ANNO LXXI - 2003/04 NUOVA SERIE A - N. 55,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

ANNO LXXI (2003/04) **NUOVA SERIE A - 55,4**

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

DOTTRINA

LUCIANO ANGELINI, *Linee evolutive dei modelli strutturali e del sistema delle fonti del diritto del lavoro italiano*, 491

ROBERTA BONINI, *Compravendita di "cosa futura" e appalto*, 543

LARA FIORAVANTI, *Teorie etiche e diritti degli animali*, 559

FRANCESCA MARCHETTI, *Il contratto di sponsorizzazione ed il ruolo dell'ente pubblico*, 597

MARIA MORELLO, *Aspetti dell'*accusatio iure mariti vel patris *in materia di adulterio*, 613

GIURISPRUDENZA E NOTE

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Ashcroft, Attorney General, et al. v. Free Speech Coalition et al.* (16 aprile 2002), 647

con nota di GABRIELE MARRA, *Sul Writ of certiorari verso la decisione della Corte di appello degli Stati Uniti per il Nono Distretto*, 653

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO
Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA
Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO
Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031
Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24
La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.
Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXI - 2003/04 NUOVA SERIE A - N. 55,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

LUCIANO ANGELINI

Linee evolutive dei modelli strutturali e del sistema delle fonti del diritto del lavoro italiano. Parte I. Dalle origini ai primi anni ottanta

ABSTRACT

Il diritto del lavoro vive da tempo una situazione di difficoltà e di disorientamento. La constatazione, ricorrente, viene con sempre maggiore insistenza posta al centro delle più varie occasioni di dibattito nelle quali la dottrina riflette sulle possibili cause e sugli eventuali rimedi.

La crisi che attraversa l'intera disciplina lavoristica è da molti giudicata di portata così rilevante da intaccare la stessa identità e legittimazione ad esistere della materia: l'emancipazione dalle condizioni più evidenti di miseria, la diffusione di un certo benessere di vita, la diversificazione dei bisogni e la soggettivizzazione delle aspettative hanno infatti contribuito sia ad offuscare l'originaria identità del diritto del lavoro, confondendola con obiettivi e funzioni non altrettanto fondamentali, sia ad esasperare le ragioni di un intervento normativo diventato eccessivamente pervasivo, non sempre evidentemente giustificato, ma certamente costoso. Da qui la necessità di riflettere sulle forme e sui modi attraverso i quali l'Ordinamento giuridico è andato consolidandosi, unitamente alla doverosità di interrogarsi sull'ambito di estensione della sua azione e sugli strumenti che devono essere utilizzati per meglio garantire il legittimo perseguimento delle sue finalità.

La ricostruzione delle tappe evolutive del processo di giuridificazione del diritto del lavoro costituisce un approccio indispensabile comprendere il livello di complessità intersettoriale che il sistema protettivo assicurato dall'ordinamento giuslavoristico ha raggiunto. In tal senso, lo studio della "dimensione statica" del diritto del lavoro non può procedere disgiuntamente da un'analisi di tipo dinamico, analisi resa facilitata dal fatto che tutti i modelli strutturali che hanno concorso a segnare l'evoluzione del processo di giuridificazione della materia si sono formati soprattutto grazie a combinazioni flessibili di due essenziali elementi costitutivi quali, da un lato, le fonti autonome ed eteronome utilizzate e, dall'altro, la dimensione individuale e la dimensione collettiva in cui le stesse fonti si trovano ad operare.

Ciò considerato, ripercorrere per tappe il processo di formazione della disciplina lavoristica dovrebbe sicuramente consentire di individuare gli elementi costitutivi dei modelli strutturali che, integrati, correlati, combina-

ti, totalmente o parzialmente sovrapposti, concorrono a fondare la più recente sistematica del diritto del lavoro, permettendo all'interprete di disaggregare i diversi nuclei che lo compongono e di distinguere le costanti da ciò che è invece frutto di esigenze contingenti ed eccezionali. Si tratta di una prospettiva che dopo la compiuta approvazione della c.d. riforma Biagi in materia di mercato del lavoro si rivela ancora più strategica, a fronte di un sistema giuridico destinato in futuro a "smarcarsi" in modo deciso da alcuni dei principali pilastri fondativi che ne hanno per decenni orientato il consolidamento.

In particolare, le riforme dell'attuale legislatura sembrano avere abbandonato il modello della legislazione neo-istituzionale che negli anni ha visto attribuire al contratto collettivo importanti funzioni organizzative e regolative del mercato del lavoro, funzioni di cui il legislatore ha deciso di riappropriarsi. Lo si può evincere con chiarezza analizzando, ad esempio, i contenuti della nuova disciplina in materia di contratto a termine, dove all'individuazione tassativa da parte della legge e della contrattazione collettiva delle ipotesi di legittima assunzione è stata sostituita una clausola generale, la cui attuazione è rimessa pressoché interamente all'autonomia individuale.

Inoltre, valutate le più recenti disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003, nonostante la pluralità di rinvii formali alla contrattazione collettiva – rinvii ora però destinati anche a quella territoriale ed aziendale – risulta assolutamente incontestabile il fatto che attraverso il diretto allentamento delle rigidità in materia di contratti di lavoro flessibile si siano voluti sconfessare la logica e lo spirito della legislazione di sostegno, essendo tale esito in precedenza condizionato all'autorizzazione delle organizzazioni sindacali. Una scelta che, tuttavia, non pare possa far venir meno, anzi dovrebbe addirittura accentuare l'esigenza di valorizzare la tradizionale funzione protettiva del lavoratore come contraente reso ancora più debole di fronte al significativo rafforzamento dei poteri dell'imprenditore.

LUCIANO ANGELINI

LINEE EVOLUTIVE DEI MODELLI STRUTTURALI E DEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO

*Parte I. Dalle origini ai primi anni ottanta**

SOMMARIO

1. *Considerazioni introduttive. A proposito della "condizione di debolezza contrattuale" del lavoratore e della "funzione protettiva" della normativa lavoristica.* 2. *Alle origini del diritto del lavoro. Dallo* status *al contratto.* 3. *La legislazione sociale. Il declino della "dimensione contrattuale".* 4. *L'intervento regolativo diretto dello Stato. I modelli autoritari e la codificazione.* 5. *(segue) I modelli di legislazione democratica e la "costituzionalizzazione" dei diritti dei lavoratori.* 6. *Il ruolo della legislazione speciale degli anni cinquanta e sessanta: sua ineffettività. Cenni.* 7. *Verso l'affermazione di un sistema caratterizzato da una più piena autonomia collettiva. Lo Statuto dei lavoratori.* 8. *La legislazione dell'emergenza, ovvero i primi ripensamenti critici sulla ricostruzione unitaria della funzione protettiva attribuita al diritto del lavoro.* 8.1. *La legislazione di rinvio alla contrattazione collettiva. I primi modelli.* 9. *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego.* 10. *Qualche riflessione di "metà percorso".*

1. Considerazioni introduttive. A proposito della "condizione di debolezza contrattuale" del lavoratore e della "funzione protettiva" della normativa lavoristica

Il diritto del lavoro vive da tempo una situazione di difficoltà e di disorientamento. La constatazione, ricorrente, viene con sempre maggiore insistenza posta al centro delle più varie occasioni di dibattito, nelle quali la dottrina finisce per riflettere sulle possibili cause e sugli eventuali rimedi[1]. Del resto, se è indiscutibile che sul diritto del lavo-

---

* Il saggio illustra i primi esiti di una più ampia ricerca destinata a ricostruire l'evoluzione dei modelli strutturali dell'ordinamento giuslavoristico italiano. Questa riflessione sulle fonti del diritto del lavoro si rende ancora più necessaria dopo la pubblicazione del Libro Bianco sul mercato del lavoro e l'entrata in vigore della c.d. "Riforma Biagi".

[1] Cfr., tra i più recenti convegni sul tema: *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del governo: dal libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, Atti della giornata di studio, Milano 12 aprile 2002, Milano 2002; *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Catania il 10-11 maggio 2002, a cura di C. ROMEO, Quaderni de "*Il diritto del lavoro*", n. 8, Roma 2003. I molti dibattiti sulla legittimazione e sulla valorizzazione complessiva della disciplina lavoristica, chiamata a fare i conti con gli interessi concreti dei suoi destinatari, implica anche una riflessione sull'autonomia del diritto

ro si siano in gran parte scaricate le esigenze di "governo" delle moderne società, è altrettanto vero che al diritto del lavoro si guarda come laboratorio per sperimentare nuove tecniche regolative da estendere poi ad altre branche del sociale[2].

La crisi che attraversa l'intera disciplina lavoristica è da molti giudicata di portata così rilevante da intaccare la stessa identità e legittimazione ad esistere della materia[3]: l'emancipazione dalle condizioni più evidenti di miseria, la diffusione di un certo benessere di vita, la diversificazione dei bisogni e la soggettivizzazione delle aspettative hanno contribuito ad offuscare l'originaria identità del diritto del lavoro confondendola con obiettivi e funzioni non altrettanto fondamentali; d'altro canto, tali fattori hanno esasperato le ragioni di un intervento normativo diventato eccessivamente pervasivo, non sempre evidentemente giustificato, ma certamente costoso[4].

---

del lavoro come "ramo speciale" dell'Ordinamento – autonomia da intendersi come capacità o attitudine di un sistema ad autoregolamentarsi e a fondarsi su un principio che ha in sé o pone in essere la sua validità o la sua regola di azione – nel momento in cui si trova a convivere, senza aver ben definiti i propri ambiti e confini, assieme ad altre scienze "sociali". In tal senso, approfonditamente, A. BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro. Un modello per progettare*, Torino 1993, p. 12 e p. 122.

[2] Assai interessante è il confronto dottrinale incentratosi sull'influenza esercitata dal diritto del lavoro nei confronti delle altre discipline giuridiche e, viceversa, dall'utilizzo delle categorie civilistiche da parte dei giuslavoristi. Sul tema: L. MENGONI - A. PROTO PISANI - A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in DLRI, 1990, pp. 5 e ss. Sul tema, vedi, *amplius*, gli atti del Seminario svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 e raccolti da G. SANTORO PASSATELLI, nel volume *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992; G. GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, già in DLRI, ora anche in *Id.*, *Lavoro, legge, contratti*, Bologna 1989, pp. 282-286. Sulla "fascinazione" generata dal diritto del lavoro per il ruolo centrale assunto dal tema della regolazione dei rapporti di lavoro rispetto alle dinamiche sociali, istituzionali e politiche, L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive ed individuali di lavoro*, in LD, 2002, n. 2, p. 272.

[3] Vedi, sul punto, T. TREU, *Il futuro del diritto del lavoro: contrattualismo interventismo liberismo*, in JUS, n. 3, 1985, p. 387. Del resto – *Id.*, *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, 1987, pp. 686-687 – è l'oggetto della materia a presentarsi storicamente diviso ed eterogeneo: basti pensare ai dualismi lavoro subordinato/autonomo, pubblico/privato, grande/piccolo. Cfr. anche W. DAUBLER, *Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro?*, in DLRI, 1985, pp. 74-75.

[4] Il diritto del lavoro, infatti, deve essere in grado di coniugare aspetti statalistici e dirigistici con la promozione del conflitto e dell'autonomia collettiva; tratti diseguali con principi paritari del diritto dei contratti; norme unilaterali ed inderogabili con aree regolate in modi flessibili da discipline semimperative. È la varietà di tecniche, di

Soprattutto dalla seconda metà degli anni settanta in poi, il diritto del lavoro è stato sempre più spesso percepito come un ostacolo al miglioramento dei livelli di produzione, un freno ai processi di accumulo e di distribuzione della ricchezza che sarebbero possibili rispettando le sole leggi del mercato[5]: da allora, il rischio è stato quello di rafforzare il convincimento circa l'opportunità di una completa destrutturazione del suo tradizionale sistema di garanzie[6]. Da qui la necessità di riflettere sulle forme e sui modi attraverso i quali l'Ordinamento giuridico è andato consolidandosi, unitamente alla doverosità di interrogarsi sull'ambito di estensione della sua azione e sugli strumenti che devono essere utilizzati per garantire il legittimo perseguimento delle sue finalità[7].

---

fonti, di obiettivi che attribuisce alla materia un aspetto di accentuato pluralismo, non riscontrabile in altre discipline. Così, quasi testualmente, T. TREU, *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, Torino 1987, p. 695. Una panoramica generale dei caratteri fondamentali del "nuovo" diritto del lavoro è illustrata in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Bologna 1989, *passim*, nonché dal dibattito sul tema *Il lavoro e i lavori*, pubblicato in LD, nn. 3 e 4, 1988, e nn. 1 e 2, 1989. Cfr. anche GIUGNI, *Introduzione*, in *Lavoro, legge*, cit., pp. 23-25.

[5] Le ingerenze statali nella macrostruttura del mercato del lavoro massimizzano la complessità delle sue regole, riducendo i tempi di operatività e legittimando l'adozione di nuove misure rese necessarie dalla continua verifica delle situazioni da disciplinare; così S. SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in DLRI, 1986, pp. 226-227.

[6] Posto che il diritto del lavoro nasce proprio per condizionare le forze che regolano il mercato mediante un sistema di controvalori positivi, la continua richiesta di un ritorno al puro mercato non può non mettere in discussione il fondamento della sua stessa legittimazione ad esistere. Cfr. P. TOSI - F. LUNARDON, voce *Lavoro (contratto di)* in *Digesto disc. priv. - sez. comm.*, VIII, Torino 1989, pp. 166-168. Sul punto, M. RUSCIANO, *Prospettive di riforma tra "deregulation" e nuove regole*, in LD, 1990, pp. 289 e ss. Sulle conseguenze contraddittorie che talune forme di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro possono avere sull'effettività del diritto delle pari opportunità e sulla nozione di azione positiva cfr. i saggi pubblicati in LD, 2004, n. 3-4, sul tema *'Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Una riflessione sui lavori flessibili*, a cura di M.V. Ballestrero.

[7] Quello che è certo è che l'allontanamento dal contratto non è stata una scelta arbitraria: né le numerose disposizioni obbligatorie di legge, né la massa, altrettanto rilevante, di accordi collettivi sono effetti casuali. Ognuno di essi nasce dalla concreta esperienza storica, economica e politica; la possibilità di invertire queste opzioni di politica del diritto dipende da un ripensamento delle ragioni che hanno portato a sacrificare le "potestà" regolative individuali, tenendo però sempre presenti le situazioni concrete di ogni lavoratore nel mercato. Infatti, non avrebbe alcun senso riproporre la *finzione* dell'individuo sovrano che agisce sempre razionalmente e che realizza in modo conseguente i suoi interessi. Così S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, 1990, pp. 94-95.

Peraltro, ad una prima valutazione, tutto ciò non sembra per nulla compromettere la ragione principale della stessa esistenza del diritto del lavoro, consistente nella volontà di proteggere il lavoratore subordinato – figura che, al di là delle successive "frammentazioni" che l'hanno riguardata, sembra conservare i suoi tipici connotati socio-economici – il quale, non disponendo dei necessari mezzi di produzione, è costretto a porsi a disposizione di altri per poter esercitare un'attività lavorativa e trarne il sostentamento proprio e della famiglia[8].

Che il carattere prevalente della disciplina giuslavoristica sia legato alla protezione del lavoratore in quanto contraente più debole è autorevolmente confermato dagli stessi principi costituzionali, di cui esso rappresenta uno dei fondamenti ideologici: la protezione del lavoratore come appartenente ad una categoria o classe (con tutti i limiti che sono insiti in tale definizione) non è più espressione di un *favor* eccezionale o speciale, bensì di una vera e propria istanza di trasformazione della posizione sociale di chi lavora, apprezzabile valutando il contesto che lo circonda. Al tradizionale obiettivo della tutela della posizione contrattuale debole si è affiancato, pertanto, quello della tutela della libertà e della dignità sociale del lavoratore come persona[9].

Tutela e debolezza vengono qui assunti come due dati immanenti, preordinati e preordinanti i processi di evoluzione della disciplina lavoristica. Pur essendo immanenti, sono però mutevoli nell'apprezzamento, oltre che nel loro concreto inveramento, solo a voler considerare le condizioni socio-economiche in cui vivono i lavoratori da proteggere. Se protezione e debolezza possono considerarsi categorie an-

[8] Per tutti, O. KAHN-FREUND, *Labour and law*, London 1977², p. 6. Le ragioni della debolezza contrattuale sono da individuarsi nel cronico squilibrio del mercato del lavoro; nell'essere il lavoro la fonte esclusiva, o comunque prevalente, di sostentamento per il lavoratore e la sua famiglia; nella stessa condizione di subordinazione (nonostante la perduta identità concettuale), condizione che rende il "lavoratore subordinato" soggetto diverso da ogni altro contraente debole di "estrazione" puramente civilistica.

[9] Dovrebbe altrimenti sostenersi che si è realizzata una società di individui liberi di negoziare le proprie condizioni di lavoro, mentre appare ancora necessario ritenere che la pur indispensabile "personalizzazione dei trattamenti" non possa prescindere da un uso equilibrato delle fonti superiori di disciplina dei rapporti di lavoro. In tal senso, L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino 1988, p. 110. La valorizzazione della sola dimensione individuale non farebbe che mascherare l'affermazione del potere del contraente più forte, come osserva condivisibilmente KAHN-FREUND, *Labour*, *idem*.

cora in grado di individuare le trame di fondo del diritto del lavoro[10], una seria verifica della loro effettiva rilevanza impone di ripercorrere storicamente le tappe più significative dei processi di giuridificazione e della loro progressiva sedimentazione scientifica, quelli che hanno determinato negli anni l'attuale conformazione dell'Ordinamento, allo scopo di identificare alcune delle linee di tendenziale orientamento in grado di governare i ritmi stressanti di innovazione e di contenere la destabilizzazione a cui tale branca del diritto è stata e continua ad essere costantemente sottoposta[11].

La ricostruzione delle tappe evolutive del processo di giuridificazione del diritto del lavoro costituisce un approccio indispensabile se non altro per il livello di complessità intersettoriale che il sistema protettivo assicurato dall'ordinamento giuslavoristico ha raggiunto[12]. Basti considerare il riferimento all'insieme degli apparati pubblici di prevenzione, controllo e repressione – anche di tipo giudiziario – che grazie all'impiego simultaneo di una pluralità di tecniche normative assicurano il corretto svolgimento dei rapporti di lavoro. All'autotutela collettiva, infatti, si aggiungono gli ordinari strumenti di tutela civilistica, penale ed amministrativa, per non parlare delle misure di natura più spiccatamente previdenziale.

---

[10] La domanda alla quale il diritto del lavoro deve rispondere resta quella di come conservare, o addirittura ampliare, il livello di tutela raggiunto: DAUBLER, *Nuove tecnologie*, cit., p. 80.

[11] M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, p. 1205 ss: la periodizzazione elaborata dai giuslavoristi risente più dell'impronta degli strumenti sistematici e delle categorie sociali usate da dottrina e giurisprudenza che non della disciplina positiva sostanzialmente emanata e rispondente alle esigenze del momento. Ne consegue che l'approccio secondo le due diverse angolazioni – quella della legislazione di volta in volta vigente e quella della sua " percezione" dottrinale – non conducono sempre a risultati coincidenti. A proposito dei modelli sottostanti alle elaborazioni tecnico-giuridiche, si veda GIUGNI, *Lavoro*, cit., pp. 14-25, nonché *Id.*, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 245 e ss. e pp. 291-292.

[12] Riflettendo sulle origini e sullo sviluppo del diritto del lavoro si possono comprendere meglio sia il retroterra sia l'evoluzione del processo di giuridificazione: in tal senso, SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti*, cit., p. 215, che sottolinea come il diritto del lavoro costituisca il paradigma classico della giuridificazione. Pur dovendo considerare l'inevitabilità del cambiamento, il diritto del lavoro resta tuttavia ossessionato dalla preoccupazione di non cambiare troppo o troppo alla svelta, nell'intendo di evitare il rischio "che possano essere gettati nella disperazione coloro che devono camminare in un paese straniero ed ostile, con in tasca mappe inservibili": così, U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna 1995, p. 23.

In tal senso, lo studio della "dimensione statica" del diritto del lavoro non può procedere disgiuntamente da un'analisi di tipo dinamico resa facilitata dal fatto che tutti i modelli strutturali che hanno concorso a segnare l'evoluzione del processo di giuridificazione della materia si sono formati soprattutto grazie a combinazioni flessibili di due elementi costitutivi essenziali quali, da un lato, le fonti autonome ed eteronome utilizzate[13] e, dall'altro, la dimensione individuale e la dimensione collettiva in cui le stesse fonti si trovano ad operare[14]. Tenendo ben presente l'attitudine dei due elementi a disporsi per coppie sarà infatti possibile tracciare la tipologia dei sistemi protettivi corrispondenti alle varie "stagioni", segnalando, in particolare, le fasi in cui l'uno succede all'altro[15]. Ciò considerato, a voler molto banalizzare, si potrebbe ad esempio sostenere che il modello strutturale sul quale si è conformato il diritto del lavoro nel periodo precorporativo è riconducibile ad una dinamica di tipo *privato-individuale*; viceversa, la normazione del periodo fascista vede la componente pubblicistica egemonizzare gli altri elementi costitutivi ed accoppiarsi con la dimensione collettiva, realizzando una decisa forma di intervento protettivo: il modello prevalente diventa, dunque, quello *pubblicistico-collettivo*.

La caduta dell'ordinamento corporativo segnerà l'inizio di un tanto lento quanto difficile recupero dei valori della tradizione liberale, situazione in cui la "componente privatistica" va a coniugarsi con la di-

[13] Diritto pubblico e diritto privato rappresentano le due componenti di base del diritto del lavoro: sul punto, v. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, idem. Sulla scelta metodologica di procedere alla "periodizzazione" del dibattito in tema di autonomia collettiva, v. S. LIEBMAN, *Autonomia collettiva e legge*, in *Letture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, a cura di M. D'ANTONA, Napoli 1990, pp. 49 e ss.

[14] TREU, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 695 e 700, ricorda che tra i dualismi che segnano l'evoluzione del diritto del lavoro non dovrebbe sottostimarsi l'importanza di quello che giustappone *grande/piccolo*.

[15] L'utilizzo del "modello" *fonti-dimensioni* quale unità strutturale del processo di giuridificazione del diritto del lavoro non è altro che la conseguenza di una prima operazione di interpretazione sistemica secondo la quale ogni mutamento (del modello) resta sempre prevalentemente determinato dall'evoluzione del rapporto tra le fonti; evoluzione che viene, tuttavia, valutata quasi integralmente nel contesto delle dimensioni individuale e collettiva in cui si inscrivono le posizioni giuridiche dalle stesse fonti generate. Utilizza il metodo di "lettura" incentrato sull'evoluzione del sistema giuslavoristo per coppie oppositive anche L. GAETA, *Le metamorfosi del lavoro nel contesto dell'economia globale*, in *Le metamorfosi del lavoro in Italia e San Marino. Un inedito confronto fra vicini di casa*, Atti del Convegno di Urbino del 14 aprile 1997, a cura di L. ANGELINI, P. PASCUCCI, Napoli 2000, p. 21 ss.

mensione collettiva godendo di un inedito sostegno dello Stato che, soprattutto dopo l'emanazione del c.d. Statuto dei lavoratori, non si limita più a garantire le sole condizioni "esterne" al miglior funzionamento del sistema[16]. Da questo momento la posizione giuridica del lavoratore non sarà soltanto quella di parte del contratto di lavoro, ma anche quella di membro di un'organizzazione costituita allo scopo di proteggerlo contro le prevaricazioni della produzione. Contemporaneamente anche la coppia *privato-individuale* esercita un ruolo essenziale: contro l'eccessiva *standardizzazione* dei trattamenti assicurata dall'intervento sindacale, essa continua a dare risposta alle richieste di autoidentificazione ed autoaffermazione degli interessi individuali che dovessero sentirsi eccessivamente sacrificati rispetto a quelli collettivi.

La convivenza dei due modelli non crea difficoltà fino a quando la crisi economica non stravolge i punti di riferimento del sistema, costringendo il legislatore ad intervenire ripetutamente, tanto da determinare un forte tasso di variabilità strutturale del diritto del lavoro. Si apre così la fase della c.d. legislazione dell'emergenza e della crisi, caratterizzata da una serie di provvedimenti eccezionali che dispongono deroghe alla precedente normativa garantista, di tipo permanente o temporaneo, ad efficacia immediata *ope legis* o solo successivamente autorizzate da un provvedimento amministrativo, se non addirittura dalla conclusione di uno specifico accordo sindacale[17].

Se la seconda metà degli anni settanta fa registrare, in modo incontrovertibile, l'inizio della più seria crisi sistemica e strutturale della legislazione lavoristica, tuttavia, anche in precedenza, l'operazione di

---

[16] Senza, peraltro, sottostimare la rilevanza della coppia *pubblico-individuale*, al cui "operato congiunto" si deve la formazione di un patrimonio di garanzie legali del lavoratore individualmente considerato. Ulteriore espressione del predetto binomio è anche la giurisprudenza del lavoro quando, ad esempio, è chiamata ad accertare l'ampiezza della potestà derogatoria delegata all'autonomia collettiva unitamente alla correttezza del suo esercizio: vedi G. DE TOMMASO, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di autonomia collettiva*, in MGL, 1989, p. 537. Per un'ampia riflessione sul tema, M. PEDRAZZOLI, *Qualificazione dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in LD, 1990, p. 355 e pp. 549 e ss.

[17] È l'autonomia negoziale che, in non poche ipotesi, registra un significativo ampliamento delle sue prerogative. Tuttavia, se il ricorso al c.d. "garantismo collettivo" si intensifica quando si tratta di scaricare sui sindacati la responsabilità di stipulare difficili accordi sulle deroghe da apportare alle discipline precedenti, il loro ruolo può addirittura venire messo in discussione quando occorre dare risposte ad esigenze ed interessi pubblici, come è accaduto nel noto caso del contenimento del costo del lavoro.

successione di un modello all'altro dell'intervento giuslavoristico protettivo non ha comportato una semplice e totale sostituzione del nuovo al vecchio: nella maggior parte delle ipotesi si realizza, infatti, un'articolata combinazione-integrazione tra modelli che rendono confuso il sistema, ma lo conformano in modo più attento alla complessità della situazione sociale da disciplinare. La conseguenza inevitabile è quella di un accumulo continuo di materiali nuovi solo parzialmente sostitutivi dei precedenti; un accumulo raramente interrotto da momenti di globale ripensamento critico[18], così da rendere davvero proibitiva l'analisi delle trame fondative e dei nessi funzionali caratterizzanti la struttura dell'ordinamento.

Tutto ciò considerato, ripercorrere per tappe il processo di formazione della disciplina lavoristica dovrebbe sicuramente consentire di individuare gli elementi costitutivi dei modelli strutturali che, integrati, correlati, combinati, totalmente o parzialmente sovrapposti, concorrono a fondare la più recente sistematica del diritto del lavoro, permettendo all'interprete di disaggregare i diversi nuclei formativi, distinguendo le costanti da ciò che è invece frutto di esigenze contingenti ed eccezionali[19]. Si tratta di una prospettiva che dopo la definitiva approvazione della c.d. riforma Biagi in materia di mercato del lavoro si rivela ancora più strategica, a fronte di un sistema giuridico che sembra destinato a "smarcarsi" in modo deciso da alcuni dei principali pilastri fondativi che ne hanno per decenni orientato il consolidamento[20].

---

[18] G. FERRARO, *Prospettive di revisione del libro V del codice civile*, in DLRI, 1982, p. 1.

[19] Sulla incontestata validità della scelta del metodo sistematico/problematico e delle "griglie espositive" per coppie opposizionali "tradizionali" proprie del diritto, al fine di stabilire il tasso di innovazione/continuità delle diverse fasi evolutive dell'ordinamento, da ultimo M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Relazione, Giornate di Studio Aidlass, Padova 21-22 maggio 2004, p. 4 datt. Sulla necessità di partire da una sintetica ricostruzione delle tradizionali caratteristiche fondamentali del diritto del lavoro concorda anche C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, ivi, p. 2 ss. datt.

[20] Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in LD, 2003, p. 572 e p. 576, per il quale la memoria delle radici costituisce un punto di riferimento per non "affondare", soprattutto a fronte di un diritto del lavoro che non è un modello precostituito di astratta razionalità. Da qui la necessità di sempre più giuristi il cui sapere abbia ad oggetto "il nascere e l'ininterrotto trasformarsi di un costrutto storico così poco ingessato da poter essere smontato e rimontato in forme che

In particolare, le riforme dell'attuale legislatura sembrano avere abbandonato il modello della legislazione neo-istituzionale[21] che negli anni ha visto attribuire al contratto collettivo importanti funzioni organizzative e regolative del mercato del lavoro, funzioni di cui il legislatore ha deciso di riappropriarsi[22]. Lo si evince con chiarezza analizzando, ad esempio, i contenuti della nuova disciplina in materia di contratto a termine, dove all'individuazione tassativa da parte della legge e della contrattazione collettiva delle ipotesi di legittima assunzione è stata sostituita una clausola generale, la cui attuazione è rimessa pressoché interamente all'autonomia individuale[23].

Anche dalla lettura delle più recenti disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003, nonostante la pluralità dei rinvii alla contrattazione collettiva – rinvii ora però destinati anche a quella territoriale ed aziendale – risulta assolutamente incontestabile il fatto che, attraverso il diretto allentamento delle rigidità in materia di contratti di lavoro flessibile si sia voluto sconfessare la logica e lo spirito della legislazio-

non smettono di stupire, ma sono difficili da classificare per il loro empirismo, la loro asistematicità, la loro apparente arbitrarietà". Purtroppo, scrive sempre ROMAGNOLI, *Autonomia collettiva e legislazione*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onere di Luigi Mengoni, cit., p. 1202, "la velocità dei cambiamenti della geografia economica e del sistema produttivo sta umiliando il metodo di produzione normativa appartenente alla memoria storica del diritto del lavoro... ogni soluzione giuridificata nei testi contrattuali non è che la sosta momentanea d'un processo creativo di regole alimentato e sostenuto dal dinamismo delle realtà aziendali". Nel suo *Il lavoro che cambia*, cit., p. 14, ROMAGNOLI sottolinea altresì che il ritorno ai principi costitutivi debba essere apprezzato come una sorta di misura compensativa destinata ad esorcizzare la paura delle crisi di transizioni provocate dai grandi cambiamenti sociali. Sulle critiche alla tradizione del diritto del lavoro, protettivo ed inderogabile, alla luce del principio di eguaglianza, BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in LD, 2004, p. 501 ss.

[21] Il modello neo-istituzionale si fonda sulla integrazione del sistema sindacale come sistema sociale autonomo nell'ambito dei circuiti normativi disegnati dalla costituzione formale: cfr. M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, Introduzione a *Id.*, Letture di diritto sindacale, Napoli 1990, pp. XVII ss.

[22] Sui contenuti del c.d. Libro Bianco, in particolare su concertazione e dialogo sociale, vedi L. Mariucci, *La forza di un pensiero debole. Una critica del "Libro Bianco del lavoro"*, in LD, 2002, n. 1, p. 4 ss.

[23] In tal senso, ZOLI, *Contratto e rapporto*, cit., pp. 11, 32: alla contrattazione collettiva residuerebbe soltanto una funzione di controllo attraverso l'introduzione di limiti di carattere quantitativo. Sulle conseguenze della mancata previsione di tale clausola di contingentamento, v. *amplius*, L. ANGELINI, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in RGL, 2003 I, p. 106 ss.

ne di sostegno, essendo tale esito in precedenza condizionato dall'autorizzazione delle organizzazioni sindacali. Una scelta che, tuttavia, non pare possa far venir meno, anzi dovrebbe addirittura finire per accentuare l'esigenza di valorizzare la tradizionale funzione protettiva del lavoratore come contraente reso ancora più debole a fronte del significativo rafforzamento dei poteri dell'imprenditore nella gestione dei rapporti di lavoro[24].

2. *Alle origini del diritto del lavoro. Dallo* status *al contratto*

Superati definitivamente i legami con il regime feudale delle arti e dei mestieri, liberalizzati i commerci e l'iniziativa privata, quella che va rapidamente a formarsi è una nuova società che ben si potrebbe definire "mercantile", caratterizzata com'è dalla presenza sempre più qualificata di una categoria di soggetti che attraverso la stipula di contratti risolvono spontaneamente i crescenti conflitti di interesse che li dividono. Durante le successive fasi che saranno tutte segnate dagli esiti di una inarrestabile rivoluzione industriale[25], alcuni tra questi "liberi individui" – quelli che possono disporre dei mezzi di produzione – assumono il ruolo di imprenditori; altri, la netta maggioranza, quella di lavoratori che si mettono alle dipendenze dei primi. Non più servi della gleba, tutti questi lavoratori, detentori unicamente della loro forza-lavoro, continuano ancora a cedere la propria libertà e a sottomettersi ad altri, sebbene ora lo facciano con "uso di ragione" e per "volontario" consenso[26].

[24] ZOLI, ivi, pp. 32-33. A proposito del processo di destrutturazione sistemica dei rapporti di lavoro attuato dal decreto 276/2003 e sull'uso delle "differenze" come nuove basi del diritto del lavoro, cfr. G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, e M. NOVELLA, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, entrambi in LD, 2004, rispettivamente p. 527 e p. 557 e ss. V. anche ANGELINI, *Azioni positive e politiche del mercato del lavoro tra "vecchio" e "nuovo" diritto*, in L. CALIFANO (a cura di), *Donne, politica e processi decisionali*, Torino 2004, p. 87 ss., in part. p. 105 ss.

[25] L'evento nuovo portato dall'industrializzazione è la concentrazione del lavoro nell'ambito dell'organizzazione produttiva manifatturiera che sostituisce gradualmente la commessa esterna ai lavoranti a domicilio: così GIUGNI, *Diritto del lavoro*, cit., p. 257.

[26] BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 16: ad avviso dell'Autore, "il meccanismo contrattuale riproduce le disuguaglianze esistenti fra i possidenti e rafforza la non visibilità dei poteri economico e politico che di fatto lo creano". Sull'origine della no-

Da questo momento, il libero accordo, lo scambio, la visione patrimonialistica del contratto andranno a costituire i fondamenti della originaria elaborazione teorica del rapporto di lavoro, che si svilupperà pienamente nell'ambito del diritto civile[27]. Infatti, oltre a ritenere inopportuna l'esistenza di un diritto particolare[28], i codificatori dell'ottocento avevano attribuito una posizione del tutto marginale al "problema lavoro". Il Codice civile italiano del 1865, ad esempio, poneva come unica regola sostanziale per poter validamente obbligare la propria opera all'altrui servizio il divieto di legami a tempo indeterminato e a vita (artt. 1627-1628), in ossequio ad una "visione liberistica pura", ai sensi della quale non sarebbero stati tollerati vincoli predeterminati non derivanti dalle pure leggi del mercato[29].

Tra i tipi contrattuali utili ad un possibile incardinamento della particolare relazione obbligatoria che vincola l'operaio al suo "padrone", la scelta finirà per cadere sulla fattispecie della locazione di opere (artt. 1570-1627)[30]. In verità, non mancano coloro che ritengono più rispondente ai nuovi principi ricondurre la relazione di scambio lavoro-retribuzione nell'ambito del contratto di compravendita[31]. Di certo, qualunque altra fosse stata la possibile formula giusprivatistica in concreto adottata, considerata la visione esclusivamente patrimonialistica posta a fondamento del sistema, essa sarebbe risultata comunque inadeguata a rappresentare la particolare natura della relazione da disciplinare.

---

zione di contratto di lavoro, v. G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in PD, 1984, p. 207.

[27] Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano 1902.

[28] Il diritto del lavoro delle origini è soltanto una mera appendice del diritto dell'impresa. Sull'ammissibilità ed i limiti di un'articolazione dell'ordinamento giuridico in rami speciali, R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in RGL, I, 1960, p. 84.

[29] V. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 20, ad avviso del quale sarà proprio il mercato a dimostrare "l'impraticabilità di questo integrale astensionismo".

[30] Prevalse l'opzione francese: v. G. LYON CAEN, *Defense et illustration du contrat de travail*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 1968, pp. 59-60, nonché G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Paris 1982, pp. 7-11. Cfr. M. CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, in RIDL, I, 1986, p. 235.

[31] Il che avrebbe attribuito al lavoratore la qualità giuridica di "cosa", senza tenere in alcun conto l'implicazione della persona nell'esecuzione della prestazione. Cfr. U. ROMAGNOLI, *L'amarcord del diritto del lavoro*, in PD, n. 3, 1982, p. 409-410, nonché *Id.*, voce *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto IV*, Torino 1989, p. 479.

Sarà proprio la volontà di far emergere correttamente la realtà del lavoro salariato – implicante la necessità di contemperare la libertà del lavoratore e la sua contemporanea dipendenza[32] – a sollecitare approfondite riflessioni sull'opportunità di predisporre una speciale disciplina in grado di evitare gli abusi del datore di lavoro e lo sfruttamento del lavoratore[33], per il quale la forza-lavoro rappresenta l'unico mezzo disponibile in grado di garantirgli la sopravvivenza[34].

3. *La legislazione sociale. Il declino della "dimensione contrattuale"*

La concorrenza illimitata che si instaura tra lavoratori tutti alla ricerca di un posto di lavoro è già di per sé destinata a favorire forme sempre più esasperate di sfruttamento. Per tale motivo, fin dalla fase della prima industrializzazione, la constatazione della rapida esplosione della c.d. "questione sociale" da un lato, e della lenta e difficoltosa affermazione del movimento operaio dall'altro[35], impongono al legislatore di predisporre una serie di interventi diretti ad assicurare forme di elementare protezione[36]. È proprio con l'aggregazione di questi inter-

[32] G. GIUGNI, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 257 e ss.: all'individuazione del rapporto di dipendenza è collegata la considerazione della posizione contrattualmente debole del lavoratore.

[33] L'esigenza di un intervento protettivo si rafforza anche in considerazione del fatto che il lavoratore è costretto a mettere in gioco le proprie energie lavorative, le quali, non essendo separabili dalla sua persona, implicano il rispetto di principi essenziali di libertà, dignità e sicurezza.

[34] V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli 1962, p. 1071, nel quale si afferma, tra l'altro, che "se tutti gli altri contratti riguardano l'*avere* delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'*essere*"; una situazione che è stata efficacemente definita come "*colonizzazione*" del comportamento del lavoratore da S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, 1990, p. 90, ad avviso del quale, sia per la legge che per la contrattazione collettiva, il rapporto di lavoro è principalmente uno *status* sociale, vincolante e minuziosamente disciplinato. La migliore tutela del singolo lavoratore è, pertanto, quella che conduce ad istituzionalizzare l'eterodeterminazione.

[35] Lo sviluppo del sindacato, sicuramente più lento di quello dei partiti, si lega all'altrettanto debole e tardiva industrializzazione del paese; la disciplina protettiva, più che perseguire una concreta capacità di riequilibrio della posizione delle parti, si svilupperà in modo ambiguo, prestandosi ad accenti eccessivamente paternalistici.

[36] Questa prima legislazione protettiva si dirige a soggetti, materie ed aspetti che, più che essere individuati e qualificati giuridicamente, lo saranno "socialmente". Cfr. U. ROMAGNOLI, *Alle origini del diritto del lavoro: l'età preindustriale*, in RIDL, I, 1985,

venti di legislazione sociale minimale che ha origine il primo nucleo del diritto del lavoro, nucleo composto esclusivamente da comandi di natura inderogabile[37].

Di questa fase della legislazione, due sono i momenti che, segnando rispettivamente il suo inizio e la sua fine, meritano di essere ricordati. Il primo può essere fatto risalire all'emanazione della legge 15 giugno 1893, n. 295 istitutiva dei Collegi dei probiviri[38]. Formati dai rappresentanti elettivi delle parti sociali interessate e presieduti da un magistrato, tali Collegi hanno la funzione di risolvere le controversie di lavoro per via conciliativo-arbitrale. La mancanza, pressoché assoluta, di normative legislative applicabili[39], comporta che la maggior parte dei giudizi siano resi secondo equità, anche sulla base delle regole collettive ricavate dall'osservazione della prassi[40]. Risulta anche da ciò evidente l'importanza che assumerà per il futuro diritto del lavoro la formazione extralegislativa delle sue norme e, non di meno, l'interpretazione giurisprudenziale che ne verrà data[41].

Il secondo momento coincide con il passaggio dal periodo liberale

---

pp. 514 e ss., nonché *Id.*, *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto disc. priv. - sez. comm.*, IV, Torino 1989, pp. 477 e ss. A tal proposito, v. anche SIMITIS, *La giuridificazione*, cit., p. 216 e pp. 223-224.

[37] In tema di "legislazione sociale", tra gli altri, vedi L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli 1991, nonché *Id.*, *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali*, a cura di A. MAZZACANE - P. SCHIERA, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Bologna 1990, p. 315. V. ancora, GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in LD, n. 2, 1994, p. 207 ss. Sul contributo del c.d. "periodo della manifattura" alla formazione del moderno diritto del lavoro, U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, Bologna 1995, pp. 41, 62-63, 82, sottolinea come nella manifattura si consumi il rovesciamento senza ritorno della funzione della proprietà privata dei mezzi di produzione e si affrontino per la prima volta i problemi organizzativi e gestionali connessi a forme massificate di produzione continuativa e coordinata.

[38] U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*, in *Id.*, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna 1984, p. 123, nonché G. GHEZZI, *Lezioni di storia di diritto del lavoro*, Bari 1967.

[39] Cfr. M. CAPPELLETTO, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, in RTDPC, 1977, p. 1198.

[40] Trae spunto dalla giurisprudenza probivirale lo studio di G. NALETTO, *Analogia ed equità nel diritto del lavoro*, Padova 1991.

[41] ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero*, cit., p. 123 e ID, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 86 ss. V. anche M. OFFEDDU, *Attualità di una ricerca: probiviri industriali e licenziamenti*, in DLRI 1981, p. 98 ss.

a quello corporativo, comportando un radicale mutamento strutturale del sistema giuslavoristico come settore normativo autonomo[42], un passaggio che era stato già in parte preannunciato dalle severe critiche avanzate dalla dottrina tedesca, poi seguita da quella francese, sull'inserimento dell'obbligazione di lavoro tra i modelli civilistici e patrimonialistici della locazione di opere[43].

Fonte di legittimazione per "versioni politiche" più autoritarie che segneranno la storia degli Stati tra le due guerre, le nuove correnti di pensiero acontrattualistiche sostengono che l'elemento costitutivo del diritto del lavoro deve essere individuato nel dato organizzativo e sociale che vincola gli uomini all'impresa[44], comunità organica formata dalla combinazione di forze umane e di mezzi materiali, con un ordine interno ed un fine comune[45]. Il contratto di lavoro non sarebbe, cioè, in grado di "creare" il rapporto, la cui costituzione conseguirebbe al successivo, autonomo e distinto atto dell'effettivo ingresso del lavoratore nell'impresa[46]. Più che la mortificazione del contratto, ciò che si intende perseguire è la rivalutazione dell'impresa come spazio libero non contrattualizzabile, a cui corrisponde una condizione di dipendenza e di subordinazione della persona del lavoratore verso l'imprenditore, il solo che detiene il potere di regolare le esigenze organizzative e produttive dell'intera comunità di lavoratori[47].

Tra i più significativi provvedimenti legislativi che segnano la fine del sistema liberal-democratico e della c.d. legislazione sociale è neces-

[42] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 22.

[43] Sul ruolo della dottrina rispetto alla nascita ed allo sviluppo del diritto del lavoro, v. B. VENEZIANI - G. VARDARO, *La "Rivista di diritto commerciale" e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in *Quad. Fiorentini*, n. 16, 1987, pp. 441 e ss., e L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in RTDPC, 1987, p. 246.

[44] V. anche, per le citazioni bibliografiche, TOSI - LUNARDON, voce *Lavoro (contratto di)*, cit., pp. 140 e ss., in particolare p. 162.

[45] J.A. BRODERICK, *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 1968, p. 143, il quale propone una peculiare applicazione della tradizionale teoria istituzionalistica ai rapporti di lavoro.

[46] V. anche P. DURAND e R. JASSAU, *Traité de Droit du Travail*, Paris 1947, p. 457: nella negazione del conflitto permanente tra imprenditore e lavoratori è possibile individuare un altro – e non affatto secondario – aspetto delle tesi "acontrattualistiche".

[47] G. ARRIGO - G. VARDARO, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma 1982, p. 165. Sugli orientamenti dottrinali dei primi decenni, v. anche M. CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, in RIDL, I, 1986, pp. 231 e ss.

sario ricordare il R.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 in materia di regolamentazione organica dell'orario di lavoro che per molti decenni costituirà l'unica cornice istituzionale dell'istituto[48]. Si tratta, evidentemente, di un caso emblematico di quella formazione stratificata dell'ordinamento che troverà molte successive conferme[49].

Non meno significativa è la regolamentazione adottata in materia di lavoro impiegatizio con il R.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, poi convertito nella legge 18 marzo 1926, n. 562, in sostituzione del precedente d. lgt. 9 febbraio 1919, n. 112. Oltre a preannunciare alcune tematiche che, riprese dalla successiva codificazione, costituiranno una sorta di "premessa organica" della disciplina dell'intero contratto di lavoro[50], in quelle disposizioni si coglie il fondamento di distinzioni che hanno caratterizzato il lavoro operaio e quello impiegatizio[51]. A non voler riflettere poi sulla disposizione di cui all'art. 17, norma che dichiara espressamente il carattere inderogabile della nuova legislazione – a meno che non ne sia specificamente consentita la deroga consensuale – salvo ovviamente il caso di particolari condizioni od usi più favorevoli all'impiegato[52].

Quanto ricordato dovrebbe permettere di constatare come il sostanziale astensionismo che aveva caratterizzato l'azione dello Stato durante gli anni della prima legislazione sociale abbia lasciato il campo libero, nella decisiva fase storica fra le due guerre mondiali, ad un sempre più marcato interventismo di impronta statale, finalizzato ad una puntuale regolamentazione dei rapporti di lavoro[53].

---

[48] Sul tema, in generale, P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, voll. I e II, Milano 1984, 1985.

[49] MARIUCCI, *Le fonti*, ivi; TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 692.

[50] La promulgazione della c.d. "legge impiegatizia" è comunemente interpretata dalla dottrina come una manovra atta a dividere il (possibile) fronte unitario dei "lavoratori subordinati": per tutti, F. MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, in RTDPC, 1966, p. 893. V. anche F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *ivi*, 1974, p. 1098.

[51] Tra i quali sicuramente meritano di essere segnalati: il trattamento economico di malattia; i regimi di garanzia salariale; il ricorso alla Cassa integrazione guadagni ed i trattamenti di anzianità.

[52] Da questo momento, in conformità alle descritte finalità protettive, la quasi totalità della disciplina legislativa dei rapporti di lavoro, acquisirà l'inderogabilità rispetto agli atti dell'autonomia privata. Al riguardo, A. CESSARI, *Il* favor *verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano 1966, come pure R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli 1976.

[53] Come sottolinea TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 692, il diritto del lavoro delle origini mostra già tutta l'eterogeneità del suo oggetto, avendo in sé una componente di legislazione protettiva (legislazione sociale), una repressiva (sull'organizzazione sin-

4. *L'intervento regolativo diretto dello Stato. I modelli autoritari e la codificazione*

Dalla crisi dell'esperienza liberale il ruolo dello Stato esce completamente trasformato. Presa coscienza della precarietà della sua stessa "forza di conservazione"[54], da mero garante istituzionale, lo Stato finisce per assumere il compito di centro di direzione economica e di organizzazione sociale. Lo impongono, in particolare, i postulati della scuola keynesiana che esigono la realizzazione di un forte compromesso politico tra esigenze del mercato e giustizia sociale, da un lato, e tra pacificazione e controllo delle azioni di contestazione legate all'affermazione della classe operaia, dall'altro[55].

Una prima versione del nuovo interventismo statale si incarna nei regimi totalitari sorti in Europa nel periodo tra le due guerre[56] e si caratterizza per la costruzione di una realtà sociale in cui i rapporti tra Stato, impresa e lavoratori si svolgono sotto il controllo di un potere politico assoluto e unificato. È lo Stato che, pur riservandosi la possibilità di disciplinare direttamente le condizioni minime di lavoro[57] ed i rapporti professionali, riconosce all'impresa uno spazio di autonoma regolamentazione. Ed è sempre lo Stato che, di fronte all'identificazione tra interessi economici dell'impresa ed interessi generali della nazione, si impegna a proteggere i lavoratori, ai quali chiede in cambio l'assunzione di un dovere di fedeltà dai connotati tipicamente politici[58].

---

dacale e sul conflitto), una disciplina tipicamente contrattuale e delle obbligazioni e una componente di diritto autonomo collettivo. Nessuna delle descritte componenti scomparirà completamente durante la progressiva evoluzione dell'ordinamento.

[54] L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano 1984, p. 11.

[55] BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., p.23.

[56] *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, a cura di G. VARDARO, Milano 1988.

[57] Non dovendosi più limitare a garantire la sopravvivenza e la conservazione delle condizioni fisiche ed educative della popolazione.

[58] "In effetti, la modernità reazionaria del diritto del lavoro corporativo risiede proprio in ciò: nel rilegittimare il rapporto di lavoro come rapporto di dominio, nello stesso momento in cui somministra dosi cospicue di garantismo al lavoratore in quanto contraente debole, genera l'aspettativa che lo scopo di reintegrare l'essenza egualitaria del contratto di lavoro venga saldamente realizzato. Viceversa, il problema è soltanto spostato, dal diritto privato al diritto pubblico. Ma, in compenso, il diritto del lavoro si mette la coscienza in pace". Così, ROMAGNOLI, voce *Diritto del lavoro*, cit.,

Funzionalizzata al maggior sviluppo dell'economia nazionale e strutturata gerarchicamente, l'impresa ed il suo capo diventano responsabili del rendimento del lavoro e del mantenimento dell'ordine produttivo; da ciò direttamente consegue il divieto sia del conflitto sociale sia della costituzione di autonome organizzazioni di categoria, sostituite con soggetti di natura pubblica caratterizzati da una gestione fortemente corporativa.

Si realizza anche una marcata pubblicizzazione dei rapporti individuali di lavoro: in particolare, viene creato e sviluppato un articolato sistema di previdenza sociale, prevalentemente destinato ad alleviare, ai fini di una più solida pacificazione sociale, le condizioni di vita dei settori più svantaggiati della popolazione[59]. La *ratio* di questa tipologia di interventi, in linea di continuità con i primi provvedimenti legislativi in materia di assicurazione infortuni e malattie professionali[60], non può essere colta che nel tentativo di perseguire quella ampia legittimazione politica e di ottenere quel diffuso "consenso sociale" di cui lo Stato totalitario ha assoluto bisogno. Il modello di governo descritto – frutto del compromesso tra ideologia liberale e definitiva incorporazione del diritto del lavoro nel diritto civile – sarà concretamente realizzato in Italia con la codificazione del 1942[61].

Per quanto riguarda le relazioni sindacali, queste sono direttamente conformate al disegno autoritario del regime corporativo fascista stabilito dalla legge 3 aprile 1926, n. 563, in base alla quale si legittima una regolamentazione essenzialmente pubblicistica fondata sulla costituzione del sindacato unico di categoria e sull'efficacia *erga omnes*

---

p. 485 e *Id*, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 101: il lavoro non è più il contenuto di un diritto della persona che lo presta, ma è diventato il contenuto di un dovere sociale il cui adempimento costituisce l'unico titolo giustificativo della tutela promessa. *Amplius*, P. PASCUCCI, C. BONCI, L. ANGELINI, *La gestione del lavoro a Pesaro in età fascista. Primi lineamenti di una ricerca*, in *Dal tramonto all'Alba. La provincia di Pesaro e Urbino tra fascismo guerra e ricostruzione*, a cura di A. Bianchini e G. Pedrocco, Bologna 1995, p. 160 ss.

[59] G.G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, I, Milano 1983, p. 373 e pp. 383-384. V. pure U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre*, in VARDARO, *Diritto del lavoro e corporativismi*, cit., p. 167.

[60] L. GAETA, *Industrializzazione e diritto: gli infortuni sul lavoro e la magistratura (1865-1898)*, in PD, n. 5, 1981, pp. 153 e ss.

[61] Tra i primi manuali successivi alla codificazione e precedenti all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Diritto del lavoro*, Roma 1944, p.15, e F. PERGOLESI, *Diritto del lavoro*, Bologna 1947.

dei contratti collettivi stipulati da sindacati riconosciuti come persone giuridiche di diritto pubblico[62].

Pur formalmente garantita dalle norme del Capo I delle Disposizioni sulla legge in generale[63], la natura giusprivatistica del sistema risulta profondamente alterata. Soltanto con il d.lg.lgt. del 23 novembre 1944, n. 369 – che abrogherà l'ordinamento corporativo mantenendo però in vigore i contratti collettivi già stipulati – ci si indirizzerà verso il superamento della discrasia tra disciplina pubblicistica del contratto collettivo e disciplina privatistica del contratto individuale di lavoro[64]. Alcuni effetti di tale discrasia, tuttavia, sopravvivranno ancora a lungo nell'Ordinamento[65].

Anche se in forme meno evidenti, la stessa regolamentazione del contratto individuale risente del medesimo compromesso tra ideologia liberale e corporativa. Ne costituiscono segnali inequivocabili la collocazione sistematica delle norme lavoristiche nel libro V – che regolamenta unitariamente lavoratori subordinati ed autonomi, imprenditori commerciali ed agricoli e società di capitali[66] – come pure la definizione di prestatore di lavoro subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c., in cui è facile evidenziare la perfetta sintonia fra il termine collaborare ivi utilizzato e la formula adottata nel precedente art. 2086 c.c. L'intento è chiaramente volto a legittimare la visione di un rapporto di la-

[62] Tale assetto si estrinseca in alcune norme-chiave della disciplina codicistica sul contratto collettivo in tema di efficacia (art. 2069 c.c.), ultrattività (art. 2074 c.c.), inderogabilità (art. 2077 c.c.), nonché in materia di ordinanze corporative ed accordi economici (artt. 2063-2066), per non parlare di ogni possibile forma di autotutela collettiva (artt. 502 e ss. c.p.). ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., pp. 106, 108: la legge del 1926 si abbatte come un defoliante sul movimento sindacale dell'età liberal-democratico, risparmiando i soli sindacati che, riconosciuti dallo Stato, accettino di riconoscersi come un suo docile strumento.

[63] Tutte le norme corporative – ovverosia le ordinanze corporative, gli accordi economici collettivi e le sentenze della magistratura del lavoro nelle controversie collettive – erano state incluse nel sistema gerarchico delle fonti subito dopo le leggi ed i regolamenti.

[64] Cfr., *amplius*, G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano 1985.

[65] Ci si riferisce agli orientamenti giurisprudenziali diretti a convalidare la vigenza di norme quali gli artt. 2070 e 2077 c.c., nonché al lento processo di abrogazione o revisione delle norme di repressione dello sciopero da parte della Corte costituzionale. In dottrina, v. M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino 1984 e F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1971.

[66] Le norme sul contratto di lavoro avrebbero dovuto sistematicamente essere fatte rientrare tra quelle disposizioni contenute nel libro IV del Codice civile dedicato alle obbligazioni ed ai contratti.

voro di tipo "comunitario"[67], costituito sulla base di interessi condivisi, dove i lavoratori, se gratificati dalla qualifica di collaboratori, sono però tenuti a prestare il loro lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, ad ulteriore conferma della natura intimamente autoritaria di quel rapporto[68].

Risultando prevalente l'interesse dell'impresa, perfettamente identificato con quello del suo titolare, al lavoratore, stretto fra collaborazione, fedeltà e subordinazione, non resta altro che affidare (quasi paradossalmente) la sua residua tutela al dettato dell'art. 2094 c.c., norma che riconosce piena natura corrispettiva e di scambio al contratto di lavoro[69]. Con la codificazione, pertanto, il legislatore fascista ha lasciato al lavoratore, in termini esclusivamente individuali, soltanto un piccolo spazio di opposizione[70].

Merita inoltre ricordare che l'art. 2094 c.c. è la norma con cui viene recepita gran parte della precedente elaborazione dottrinale in materia di subordinazione, concetto che rappresenta – a partire dalla riflessione originaria di Ludovico Barassi[71] – il termine-chiave nel linguaggio giuslavoristico e per l'attività degli interpreti[72], essendo utilizzato come fondamentale criterio discretivo diretto a definire il campo di applicazione del diritto del lavoro.

5. *(segue) I modelli di legislazione democratica e la "costituzionalizzazione" dei diritti del lavoratore*

I modelli di legislazione democratica che all'indomani della seconda guerra mondiale succedono a quelli "autoritari" appena descritti si

---

[67] V.G. D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano 1958, p. 58; M.F. RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano 1956, pp. 71 e ss.

[68] Basti rinviare alla lettura delle più importanti disposizioni in materia di disciplina del rapporto di lavoro (artt. 2103, 2104, 2106 c.c.).

[69] In tale contesto, potrebbe essere considerata come disposizione di tutela anche quella, di matrice ancor più "liberista", tradottasi formalmente nel testo dell'art. 2118 c.c., che consente ad entrambi i contraenti vincolati a tempo indeterminato di recedere dando il preavviso. Le relazioni di lavoro sono così ricondotte nell'ambito del diritto privato, in forme assai diverse da quelle auspicate dai sostenitori del c.d. "socialismo giuridico": v. *amplius*, CASTELVETRI, *Le origini dottrinali*, cit., pp. 246 e ss.

[70] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 29.

[71] L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano 1901.

[72] *Amplius*, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli 1967; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano 1985.

caratterizzano per la volontà di creare – sottraendolo alla "colonizzazione" del diritto civile e, contestualmente, emancipandolo dall'implementazione pubblicistica corporativa – un settore giuridico autonomo, qual è oramai da considerare quello lavoristico, diretto ad attenuare attraverso nuove forme di interventi di tutela alcune delle più evidenti disuguaglianze esistenti nella società. In tal modo, la normativa lavoristica si vede attribuita una rilevanza ontologicamente superiore a quella dello stesso diritto civile o del nuovo diritto commerciale.

Concepita, dunque, come "speciale" per i soli lavoratori subordinati, sia che promani dalle leggi statali di tutela o sia piuttosto il frutto dell'attività di autotutela collettiva delle libere organizzazioni professionali dei lavoratori, la disciplina lavoristica persegue la progressiva correzione delle condizioni di disuguaglianza socio-economica esistenti, al fine di contrastare quelle forme di sfruttamento che un sistema di capitalismo privo di limitazioni non può non generare[73]. In ciò si evince la volontà di realizzare un vero e proprio progetto di riforma economico-sociale che pone al centro l'azione di tutela dello Stato, ma che ambisce, sia pure in condizione subordinata a questa[74], all'apertura di spazi sempre maggiori per l'attività sindacale di negoziazione collettiva, sebbene sia ancora prematuro parlare di un vero protagonismo sindacale nell'azione di riforma e di gestione del sistema socio-economico inteso nel suo complesso.

Oltre che nel riconoscimento dell'azione sindacale collettiva, nell'affermazione legale dei suoi interessi, nell'estensione della legislazione sociale all'ambito previdenziale, l'intervento statale di protezione si è storicamente concretizzato anche attraverso l'inserimento dei principi fondamentali del diritto del lavoro tra le norme di rango costituziona-

[73] G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel "Laboratorio Weimar"*, in *Itinerari*, Milano 1989, p. 39. Partendo dall'esempio storico di Weimar, si comprende come la limitazione ed il superamento della disuguaglianza, insita nella stessa espressione del potere sociale della proprietà legittimata dalla forma contratto, possa risultare una conseguenza dell'azione dello Stato che protegge il lavoratore in ragione della sua situazione sociale. In tal senso, U. SINZHEIMER, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, in ARRIGO - VARDARO, *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 49 e ss.

[74] La piena legalizzazione dei sindacati e l'affermazione di autonomia della loro azione non raggiungono mai livelli di giustapposizione nei confronti dello Stato, anzi spesso comportano una qualche "pubblicizzazione" delle organizzazioni professionali ed una loro sottomissione gerarchica ai fini statali: VARDARO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 44.

le[75]. All'impronta inequivocabilmente *pro labor* della Carta costituzionale italiana entrata in vigore nel 1948 (artt. 1 e 35) fa seguito, infatti, una significativa valorizzazione (se non addirittura rifondazione) della posizione dei lavoratori dipendenti, sia come garanzia dei loro diritti individuali sia come esercizio dell'azione di autotutela[76]. In particolare, i diritti sanciti per i cittadini-lavoratori nel Titolo III presuppongono i più generali diritti di libertà garantiti dal Titolo I, parte I a tutti i cittadini della Repubblica, dei quali realizzano l'evoluzione e il rafforzamento necessari alle insuperate esigenze di tutela presenti nel mondo del lavoro[77].

Tra le norme espressamente riferite al lavoro subordinato, una posizione di rilievo va indubbiamente riconosciuta all'art. 3 comma 2[78], il quale assume, a livello di principio fondamentale, l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini. Pur risolvendosi in una dichiarazione programmatica analoga a quella di cui al successivo art. 4, il Costituente individua specificamente nei lavoratori subordinati sia l'oggetto che i soggetti dei differenti programmi di emancipazione perseguiti, consentendo altresì di elevare a principi fondamentali molte delle norme del titolo III di cui si è già detto. In definitiva può sicuramente affermarsi che il rilievo costituzionale del diritto del lavoro costituisce una delle manifestazioni più significative ed importanti dell'"anima sociale" dello Stato che, attraverso i principi della sua Carta costituzionale, dichiara di voler perseguire obiettivi ben più ambiziosi della mera protezione del soggetto debole del rapporto di lavoro[79].

---

[75] Cfr. G. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in RGL, I, 1949-1950, pp. 1 e ss. La "costituzionalizzazione" segna non soltanto il grado più alto di giuridificazione delle relazioni di lavoro, ma – è l'opinione di S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 87 e ss. – qualifica pure il passaggio ad una nuova fase del diritto del lavoro, incentrata sul tentativo di riscoprire l'individuo. V. ancora SIMITIS, *La giuridificazione*, cit., pp. 1 e ss.

[76] C. SMURAGLIA, *La Costituzione ed il sistema del diritto del lavoro*, Milano 1958; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, in RGL, n. 4, 1955 pp. 81 e ss.

[77] R. SCOGNAMIGLIO, *La rilevanza del lavoro nelle disposizioni fondamentali della Costituzione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di *Id.*, Milano 1978, pp. 15 e ss.

[78] U. ROMAGNOLI, Sub *art.3, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pp. 162 e ss.

[79] Tutto ciò serve a smentire qualsiasi interpretazione che evidenzi continuità, in chiave statica o addirittura paternalistica, con il modello di disciplina protettiva contenuta nel Codice civile.

Purtroppo l'ampia rifondazione dell'assetto lavoristico sancito dal processo di costituzionalizzazione non determinerà immediate modifiche della disciplina sostanziale del rapporto, nonostante il nuovo modello di normazione rispondente ai principi costituzionali fosse da considerarsi come ampiamente sostitutivo del precedente. Non soltanto non verrà operata alcuna vera riforma della disciplina codicistica, ma saranno addirittura marginalizzati anche alcuni tentativi tesi ad utilizzare i precetti costituzionali in chiave di rilettura interpretativa della normativa vigente[80]. Ci si vuole qui esplicitamente riferire all'azione promossa dai fautori della c.d. "teoria della monovalenza" dei diritti pubblici di libertà, i quali attribuiscono agli stessi diritti una pregnanza solo pubblicistica, cioè relativa esclusivamente ai rapporti cittadini-Stato, quindi totalmente ininfluente a reprimere le prevaricazioni e gli abusi tra privati (nel nostro caso, tra lavoratori ed imprenditori)[81].

Se in termini di diritto positivo il dettato costituzionale non è riuscito a condizionare né la ricostruzione *post*-bellica né l'avvio del c.d. miracolo economico – lasciando, peraltro, ampio spazio all'affermazione di un incontrollato autoritarismo aziendale[82] – anche sul piano giurisdizionale l'ininfluenza dei nuovi principi sugli assetti effettivi del diritto del lavoro si protrarrà almeno fino al 1956, anno che vede finalmente insediarsi la Corte costituzionale[83].

---

[80] SMURAGLIA, *La Costituzione, idem.*

[81] U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 1*, in G. GHEZZI - F. MANCINI - L. MONTUSCHI - U. ROMAGNOLI, *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma 1972, pp. 1 ss. La tesi della monovalenza dei diritti di libertà assumeva la disciplina civilistica come normativa-base delle collettività e vedeva nelle disposizioni disciplinate l'espressione di atti normativi essenzialmente politici, destinati ad organizzare il vertice dello Stato. V. anche F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano 1965, p. 89.

[82] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 32.

[83] La prima sentenza in tema di sciopero e di serrata a fini contrattuali, quella che decise per l'incostituzionalità dell'art. 502 c. p., risale addirittura al 1960. Le uniche due eccezioni ammesse sono legate all'impiego dell'art. 36 Cost., grazie al quale i giudici promuovono l'estensione indiretta del trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi – cfr.: M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna 1971 – e al ricorso all'art. 37 Cost., visto l'orientamento delle Corte di Cassazione diretto ad annullare la validità delle clausole contrattuali che prevedono regimi retributivi diversi tra lavoratori e lavoratrici: *amplius*, M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna 1979.

6. Il ruolo della "legislazione speciale" degli anni cinquanta e sessanta: sua ineffettività. Cenni

La lunga parentesi di inattuazione costituzionale, unita al disagio per le situazioni di non tutela di ampi settori del mercato del lavoro [84] messe efficacemente a nudo dai risultati di un'impietosa inchiesta parlamentare della metà degli anni cinquanta, ha indotto le forze politiche del tempo ad emanare una serie di leggi a tutela delle c.d. fasce marginali della forza lavoro. Si tratta di una significativa serie di provvedimenti che, pur espressione di una cultura garantistica di buon livello, ripropongono una tecnica di intervento non troppo diversa da quella sperimentata durante gli anni della prima legislazione sociale [85].

Nonostante l'impianto sicuramente garantistico che li caratterizza, i suddetti interventi legislativi – che dettano norme in tema di apprendistato, appalto di manodopera e contratto a termine ed a cui si aggiungono quelle specificamente finalizzate alla protezione delle lavoratrici madri, nonché dirette a vietare il licenziamento delle donne per causa di matrimonio – si riveleranno negli anni a venire scarsamente efficaci [86]. Non avrebbe, del resto, potuto essere diversamente, a fronte di un contesto in cui la stessa forza-lavoro anche nelle aree "forti" del mercato vive ancora in una condizione di grave sottoprotezione. Infatti, a parte le modeste misure risarcitorie di fonte interconfederale, ogni lavoratore era allora licenziabile *ad nutum ex* art. 2118 c. c., oralmente e senza necessità di motivazione, nel rispetto di un breve termine di preavviso [87].

Un provvedimento di sicuro rilievo, almeno dal punto di vista della sistematica giuridica, è rappresentato dalla legge n. 741 del 14 luglio 1959, emanata allo scopo di attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi fino ad allora stipulati, aggirando il diverso meccanismo

---

[84] Unica legge di questo controverso periodo storico che sotto il profilo della tutela dei lavoratori subordinati merita di essere particolarmente apprezzata sarà quella che nel 1949 disciplinerà il sistema del collocamento, garantendo parità di accesso nell'avviamento ed un'equa ripartizione delle occasioni occupazionali.

[85] Il legislatore si pone l'obiettivo di integrare la disciplina codicistica perfezionando il sistema tradizionale di "tutela minimale" del lavoratore, considerato soggetto contrattualmente debole e bisognoso di protezione.

[86] Ciò indipendentemente dal contenzioso giudiziario dalle stesse generato.

[87] Sul ruolo di "direzione" delle norme sui licenziamenti come strumento di un'effettiva politica economica dello Stato, v. SIMITIS, *La giuridificazione*, cit., pp. 219-221.

previsto dalla seconda parte dell'art. 39 Cost[88]. Nonostante la Corte Costituzionale ne abbia impedito la "stabilizzazione" dichiarando l'incostituzionalità del successivo provvedimento di proroga[89], non dovrebbe sottovalutarsi il fatto che furono molti i contratti collettivi ritualmente depositati e recepiti in decreto e, di conseguenza, innumerevoli le disposizioni di origine pattizia rese in tal modo inderogabili *in peius*.

7. *Verso l'affermazione di un sistema caratterizzato da una più piena autonomia collettiva. Lo Statuto dei lavoratori*

La constatata ineffettività dell'intervento sociale dello Stato quasi esclusivamente realizzato attraverso leggi imperative, generali ed astratte, indurrà alla progressiva affermazione di un ordinamento lavoristico attento al reale pluralismo sociale e politico, pluralismo basato sull'autonomia collettiva, sulla discussione e sul consenso liberamente raggiunto dagli attori sociali. Si diffonde la convinzione che lo Stato non sia più in grado di dirigere autonomamente l'azione economica; per riuscire a farlo efficacemente, esso dovrà saper coinvolgere attivamente le varie associazioni rappresentative dei diversi interessi economici in conflitto utilizzando i loro meccanismi di negoziazione, meccanismi attraverso i quali quel conflitto potrà essere meglio contenuto e canalizzato[90]. Le conseguenze di ciò sui processi di giuridificazione e di articolazione dei modelli della contrattazione collettiva sarebbero state ben presto evidenti[91], specie in tema di prerogative riconosciute all'azione collettiva, in particolare quando connesse all'azione di autotutela

[88] Sulla legge n. 741/1959 come importante momento di "disgelo istituzionale", cfr. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino 2004, p. 75.

[89] V. Corte cost., sent. 106/1962. Cfr. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 141, il quale parla esplicitamente di legge tecnicamente mediocre, ma comunque rispondente ad una esigenza di giustizia.

[90] La rivendicazione dell'autonomia di classe e delle sue forme di lotta parte da una reinterpretazione della Costituzione come momento autocosciente di trasformazione dei rapporti sociali. *Amplius*, L. GAETA - G. VARDARO, *Per una storia della Costituzione del lavoro tedesca*, Milano 1989.

[91] G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli 1984, pp. 19 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in RIDL, I, 1985, p. 16.

che assurgerà ad elemento centrale ed insostituibile all'interno del nuovo sistema[92].

Erede dei "progetti pluralisti" del *socialism* inglese d'inizio secolo, il processo di progressiva affermazione del ruolo di piena autonomia normativa dei gruppi sociali si manifesta storicamente attraverso due importanti modelli: quello britannico di "astensione legislativa" e quello italiano basato sulla c.d. teoria dell'ordinamento intersindacale[93].

Sviluppato sulla tecnica delle "immunità", vale a dire sulla tutela "in negativo" che esonera i sindacati dalla responsabilità penale e civile in cui altrimenti incorrerebbero ai sensi delle norme generali di *common law*[94], il sistema inglese si fonda sul principio liberista della neutralità del diritto e dello Stato rispetto alla lotta di interessi che divide i gruppi sociali. La sostanziale deroga alle regole di responsabilità civile o criminale, infatti, non comporta alcuna regolamentazione delle prerogative dell'organizzazione sindacale o dell'azione di sciopero. Lo Stato – il cui ruolo è esclusivamente limitato a garantire ad imprenditori e lavoratori l'esperibilità degli istituti di conciliazione e di arbitrato volontario per la più rapida soluzione degli accordi – cede la regolamentazione diretta dei rapporti collettivi alle norme ed alle pratiche sociali, a cui si affida per ottenere l'ordine, la pace e l'efficacia degli interventi realizzati. La negoziazione collettiva si configura così come l'asse portante di un sistema dei rapporti di lavoro specializzato e differenziato dal sistema normativo dello Stato, capace di creare diritti nuovi non più appartenenti alla dimensione individuale ma, piuttosto, a quella collettiva[95].

La teoria del c.d. ordinamento intersindacale elaborata da Gino Giugni grazie ad una profonda analisi ricostruttiva dell'esperienza stori-

---

[92] In particolare, occorre rilevare come il diritto di sciopero sia opportunamente inteso quale "strumento" per perseguire obiettivi di eguaglianza sostanziale, cioè mezzo per promuovere la partecipazione dei lavoratori alla trasformazione dei rapporti economici e sociali. Sul punto, P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, nonché *Id.*, *Riflessioni sullo sciopero economico*, entrambi in *Il diritto sindacale*, a cura di F. MANCINI - U. ROMAGNOLI, Bologna 1971, pp. 347 e ss. e pp. 367 e ss.

[93] BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 31.

[94] È questa la principale caratteristica del sistema inglese di "protezione" dei diritti sindacali. Per tutti, KAHN-FREUND, *Labour*, cit., p. 29 e pp. 229-230, e LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Industrial Relations and the Courts*, in *Industrial Law Journal*, vol. IX, 1980, p. 67.

[95] W. STREECK, Status *e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, in DLRI, n. 40, 1988, pp. 708-709.

ca italiana degli anni cinquanta e sessanta[96], si fonda prevalentemente sull'utilizzo della nozione di pluralità degli ordinamenti giuridici formulata da Santi Romano. Dopo aver osservato che "le manifestazioni di autotutela collettiva sono espressione di una complessa trama di rapporti, (...) suscettibile di essere costruita e studiata come sistema di relazioni industriali" e come tale non riducibile al contesto formale del diritto di derivazione statuale, Giugni sostiene che tale sistema si presenta come un ordinamento indipendente ed originario, composto da regole che hanno, nella vita sociale, una loro indiscutibile effettività[97].

Favorita dall'inattuazione legislativa degli artt. 39 e 40 Cost.[98], la teoria rivendica, in quanto "diritto vivente", l'incisività dei processi di giuridificazione spontanea delle formazioni extrastatuali di cui si dotano i soggetti delle relazioni industriali[99]: un sistema che, prima ancora della tutela dei suoi destinatari, mira a stabilire un equilibrio di interessi – o meglio, un loro nobile compromesso – tra le parti sociali in conflitto[100]. Ne consegue che l'elemento centrale dell'ordinamento intersindacale è rappresentato dallo studio della negoziazione e del contratto collettivo che, sottratto a qualsiasi interferenza statuale, non può che avere un'efficacia di diritto comune[101].

L'impostazione teorica descritta assume come propria una prospettiva pluralista in cui si evidenzia la forte influenza del modello volontaristico inglese: non va tuttavia dimenticato che in questo specifico caso l'esaltazione dell'ordinamento sindacale autonomo e prestatale, attraverso l'uso della nozione di "ordinamento" come costruzione dogmatica, avviene contemporaneamente alla riaffermazione del carattere assorbente e generale dell'ordinamento statuale (generale) su quello sindacale (particolare)[102].

---

[96] G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano 1960, e *Id.*, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in RTDPC, 1970, pp. 388 e ss.

[97] G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari 1991, pp. 15 e ss.

[98] Il fenomeno delle relazioni collettive si è così dovuto consolidare entro una cornice tecnica esclusivamente civilistica: BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 92-95.

[99] G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano 1972, pp. 79 e ss.

[100] *Idem*, p. 183: "Non c'è nulla in questo modello che preveda qualcosa di simile ad una ‹pace sociale›; non si propone nessuna politica del diritto, ma si esprime una politica generale nel diritto".

[101] VARDARO, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 99-100.

[102] *Idem*, p. 105: si vuole, in tal modo, giustificare la circolazione dei contenuti normativi dell'ordinamento intersindacale all'interno di quello statale, senza dover in-

Al di là della fondatezza delle critiche sull'insufficiente rigore formale che la connoterebbe, è comunque certo che la teoria dell'ordinamento intersindacale aiuta a comprendere come e perché durante la "favorevole" congiuntura storica della fine degli anni sessanta il movimento sindacale si renderà disponibile al dialogo, anzi arriverà ad auspicare l'istituzionalizzazione dei suoi rappresentanti nell'impresa e la loro esclusiva legittimazione alla gestione e all'amministrazione del conflitto[103]. Tali obiettivi saranno tutti raggiunti (e non avrebbe potuto essere altrimenti) con l'emanazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, il c.d. Statuto dei lavoratori.

Fatta eccezione per lo stralcio di cui alla legge n. 604 del 1966 in materia di licenziamenti individuali, l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori rappresenta la prima vera riforma strutturale del rapporto di lavoro come attuazione dei principi costituzionali[104]. In effetti, rispetto alle precedenti discipline, lo Statuto esprime una più complessa filosofia garantistico-promozionale tesa, da un lato, a rafforzare la ga-

---

taccare la sistematica delle fonti. Cfr. TARELLO, *Teorie e ideologie*, cit., pp. 93-94. Per RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 1216, l'idea di un "ordinamento sindacale" rafforza la configurazione "eteronoma" della contrattazione collettiva; il tasso di eteronomia della disciplina lavoristica verrebbe così ad essere determinato dalla normativa di due distinti ordinamenti – quello statuale e quello intersindacale – con ovvia riduzione dell'area su cui può effettivamente incidere l'autonomia negoziale. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 144, sottolinea come, malgrado le iniziali incomprensioni, ordinamento intersindacale e ordinamento statuale esprimono punti di vista non necessariamente antagonistici di una medesima realtà che possono regolare soltanto quando riescono ad integrarsi compiutamente.

[103] Sulla funzione conoscitiva, cioè sull'ampliamento della prospettiva di indagine del diritto del lavoro che si ritiene assolta dalla nozione di ordinamento intersindacale, v. ancora GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 17: in particolare, l'A. sostiene che "nell'attività interpretativa e nella produzione normativa, sia legislativa sia contrattuale, i canoni di valutazione di un ordinamento giuridico diverso da quello statuale possono esplicare – se dotati di effettività – una decisiva influenza sulla cultura e sull'ideologia dell'interprete, del legislatore e delle parti stipulanti. In tal senso, l'ordinamento intersindacale non è un sistema chiuso, ma interagisce con l'ordinamento giuridico statuale operando come fattore di rinnovamento di questo ultimo (...)".

[104] All'attuazione dei principi costituzionali si richiamano tutte quelle norme inderogabili dello Statuto di cui ai Titoli I e II (artt. 14-15-16), norme generalmente assistite anche dall'apposita sanzione penale dell'art. 38 che, in funzione di tutela della libertà e dignità del lavoratore, con riferimento a possibili situazioni repressive verificabili nell'impresa – in quanto organizzazione basata sul principio di autorità – arricchiscono il patrimonio dei diritti intangibili del lavoratore. Oltre a tale obiettivo, lo Statuto tende a rafforzare l'effettività del principio di libertà sindacale all'interno dei luoghi di lavoro ed a sostenere l'attività delle organizzazioni sindacali nell'impresa.

ranzia dei diritti individuali dei lavoratori, e diretta, dall'altro, a sostenere l'organizzazione sindacale, giustamente ritenendo che la tutela delle posizioni soggettive si realizza anche attraverso il rafforzamento strumentale dei poteri collettivi[105].

Oltre alle specifiche riforme introdotte nella disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni collettive in azienda, interessa qui rilevare come lo Statuto dei lavoratori abbia prodotto una serie di significativi effetti sulla dinamica e sulla struttura delle fonti del diritto del lavoro, sia per le tecniche normative utilizzate[106], sia per le aree di disciplina investite[107].

Rispetto a questa specifica prospettiva di riflessione va preso in esame quel gruppo di norme, appartenenti al ceppo delle garanzie individuali, che realizza importanti modifiche di istituti-cardine del rapporto di lavoro, così com'era stato a suo tempo previsto dal Codice civile. Si tratta, in particolare, degli artt. 7, 13, 18 in materia di potere disciplinare, *ius variandi* e licenziamento, norme che interagiscono in modi diversi con le precedenti discipline. Infatti, mentre l'art. 13 sostituisce integralmente l'art. 2103 c.c., l'art. 7 integra i precetti di cui all'art. 2106 c.c.; per non parlare poi dell'art. 18 che, in combinazione con i correttivi della disciplina codicistica dell'art. 2118 c.c. introdotti dalla legge n. 604 del 1966 – considerata anche la difficile determinazione del suo campo di applicazione ai sensi dell'art. 35 –, darà vita ad uno dei casi più complessi di intreccio-sovrapposizione normativa dell'ordinamento lavoristico italiano[108]. Inoltre, lunghe *querelles* interpretative sorgeranno intorno al necessario coordinamento delle stesse disposizioni statutarie, in particolare – in tema di "licenziamento disciplinare" – tra l'art. 7 e l'art. 18, a riprova che stratificazione e sovrap-

[105] Lo Statuto, cioè, realizza il modello di una legislazione veramente protettiva, capace di contrastare i poteri del soggetto forte del rapporto (a partire dal licenziamento), attraverso l'apposizione di limiti al loro esercizio, che risulterà legittimo soltanto se rispondente ad effettive esigenze tecnico-produttive dell'impresa e, comunque, sempre rispettoso di fondamentali valori, quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana.

[106] BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 83, sottolinea come la legge sindacale "promozionale", da un lato impone ai giuristi la costruzione di nuove teorie dei rapporti tra i sindacati e lo Stato, dall'altro lato costringe i giudici a decidere su questioni di diritti sindacali che fino ad allora non erano mai entrate nelle aule giudiziarie.

[107] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 37.

[108] Ci si riferisce, evidentemente, al modello del c.d. "parallelismo delle tutele" in materia di licenziamento, per nulla intaccato dalla legge di riforma n. 108 del 1990.

posizione di fonti possono verificarsi anche all'interno di uno stesso testo normativo[109].

Ben più rilevanti sono gli effetti prodotti sulla sistematica delle fonti dalle norme dello Statuto dei lavoratori che costituiscono la c.d. legislazione di sostegno dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro[110]. Tra le scelte fondamentali fatte dal legislatore statutario in tema di politica sindacale rientra sicuramente anche quella consistente nel rafforzamento del sindacato confederale, rafforzamento destinato a favorire, all'indomani dell'"autunno caldo", il controllo sui movimenti di base e sulle formazioni extra-sindacali[111]. Rispetto all'astensione degli anni cinquanta e sessanta conseguente all'inattuazione dell'art. 39 Cost., lo Statuto dei lavoratori adotta una politica interventista che, pur non introducendo alcuna regolamentazione della rappresentanza e dell'attività delle organizzazioni sindacali, determina significativi mutamenti nei rapporti tra Ordinamento statuale e sistema sindacale[112].

Anche lo speciale procedimento di repressione della condotta antisindacale può essere considerato un sostegno giurisdizionale esterno all'attività del Sindacato, al quale viene attribuita in via esclusiva la legittimazione attiva (art. 28). La norma offre uno straordinario strumento di garanzia che va ben oltre i diritti statutari, con ciò tutelando

---

[109] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 38. Per ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 156 ss, l'obiettivo dello Statuto è quello di creare un clima di rispetto della dignità e della libertà umana nei luoghi di lavoro, ridisciplinando, razionalizzando, procedimentalizzando i poteri del datore di lavoro.

[110] ROMAGNOLI, *Autonomia collettiva e legislazione*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, cit., pp. 1200-1201. La trama fondativa dello Statuto riassume un'opzione di politica del diritto che permette al preesistente ordinamento intersindacale di proseguire la sua costruzione col sostegno dello Stato, senza farsi "catturare" dalla legge. Cfr. ID, *Attuazione e attualità dello statuto dei lavoratori*, in RTDPC 1990, p. 387 ss.

[111] F. MANCINI, *Lo Statuto dopo le lotte operaie del 1969*, in *Id.*, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna 1976, p. 187.

[112] Resta inalterata la situazione conseguente all'inattuazione dell'art. 39 Cost.: il sindacato continua ad essere un'associazione di fatto ed il contratto collettivo mantiene un'efficacia di diritto comune. Lo Statuto, peraltro, fa affidamento sull'effettività sostanziale della rappresentanza sindacale, astenendosi dal porre qualsiasi tipo di disciplina relativa al suo funzionamento; i riferimenti alla contrattazione collettiva di cui agli artt. 4, 6, 7, 35 e 36, infatti, lasciano totalmente impregiudicata l'attività sindacale. Cfr. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 163, secondo il quale lo Statuto segnerebbe il passaggio dalla prospettiva di un diritto interamente statalizzato ad un diritto promozionale inteso come corpo di regole di un gioco aperto a risultati non precostituiti rigidamente.

l'insieme delle condizioni necessarie ad una più efficace azione sindacale in azienda. Non a caso, dunque, mettendo in discussione le teorie limitative fino ad allora prevalenti[113], l'art. 28 St. lav. ha dato un impulso di grande rilievo al processo di piena ed ampia affermazione del diritto di sciopero.

Ma ben più delle modifiche o innovazioni dirette, lo Statuto ha esercitato un'importante influenza di tipo sistematico; si vuole con ciò sottolineare l'alto grado di effettività raggiunto dalle sue disposizioni (effettività che costituisce il parametro principale con il quale valutare ogni esperienza giuslavoristica[114]), senza dubbio assecondata sia dal favorevole momento storico – contrassegnato dall'affermazione di un forte potere sindacale e sostenuto da un inedito dinamismo dei movimenti di base – sia dall'introduzione (di poco successiva) del nuovo processo del lavoro, che si caratterizza soprattutto per la celerità imposta alla "ritmica" procedurale[115].

La vera ragione dell'eccezionale capacità dello Statuto di influire sulle relazioni sociali deve essere tuttavia ricercata nella particolare combinazione realizzatasi tra il tradizionale modello delle garanzie individuali[116] ed un inedito organico sostegno dei poteri collettivi; si pongono così le basi di un ampio fenomeno di riassetto delle fonti lavoristiche, la cui analisi costituisce parte significativa dell'oggetto della presente riflessione, soprattutto per gli effetti di moltiplicazione e sovrapposizione delle tecniche di tutela che il recuperato dinamismo del sistema finirà ben presto per produrre[117].

In conclusione può senz'altro sostenersi che lo Statuto ha reimpostato l'assetto giuslavoristico in modo tanto significativo da determina-

[113] U. ROMAGNOLI, Sub *art. 28*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma 1972, pp. 409 e ss.

[114] Non avrebbe alcun senso limitarsi all'analisi dei soli profili formali della disciplina. L'esempio più evidente è offerto dalla legislazione speciale degli anni cinquanta e sessanta, la cui diffusa ineffettività ha compromesso la reale funzione garantistica dei provvedimenti.

[115] *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro*, a cura di T. TREU, voll. I e II, Bologna 1975-1976.

[116] Nel solco della migliore tradizione giuslavoristica, alle norme dello Statuto il legislatore attribuisce il carattere dell'inderogabilità, fatte ovviamente salve "le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali più favorevoli ai lavoratori".

[117] R. DE LUCA TAMAJO, *"Garantismo" e "controllo sindacale" negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro*, in RGL, 1978, p. 653. Per ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., pp. 175-176, sembra corretto parlare di neo-istutuzionalismo, ossia di integrazione del sistema sindacale come sistema sociale autonomo nei circuiti normativi disegnati nel-

re una serie di effetti sul piano del riassestamento sistematico e strutturale dell'intero ordinamento lavoristico, provvedendo ad innovare – a più livelli e con diversa stabile intensità – la cornice istituzionale delle relazioni industriali e del rapporto di lavoro[118]. Peraltro, non si dovrebbe dimenticare che anche lo Statuto dei lavoratori è un provvedimento che, favorito dal suo tempo, ne è pure figlio. Emanato alla fine di un lungo ed ininterrotto periodo di espansione economica allo scopo di rendere partecipi anche i lavoratori delle nuove condizioni di benessere raggiunte dal Paese[119], ben presto le sue norme si troveranno ad operare in una situazione di crisi generalizzata, segnata irrimediabilmente da profondi processi di ristrutturazione e di riconversione industriale, rispetto alla quale non potranno non manifestare tutti i limiti – alti costi di sistema ed esigui strumenti di intervento utilizzabili – di un disegno strategico ritagliato su misura delle medio-grandi imprese fordiste considerate tra i principali artefici di una condizione socio-economica proiettata verso un costante potenziale sviluppo[120].

8. *La legislazione dell'emergenza, ovvero i primi ripensamenti critici sulla ricostruzione unitaria della funzione protettiva attribuita al diritto del lavoro*

Per far fronte alla grave crisi economica e produttiva della metà degli anni settanta che stravolge il modello garantistico forte ed unidirezionale voluto dallo Statuto dei lavoratori saranno promossi alcuni

---

la costituzione formale; un'autoregolazione che si dilata sempre più, a fronte di un legislatore che delega alla negoziazione collettiva la responsabilità di integrare una disciplina legislativa sempre più generica per adottarla alle mutevoli esigenze socio-produttive.

[118] Tra i casi esemplari da cui si evince il ruolo svolto dallo Statuto sotto il profilo della dinamica sostanziale delle fonti è giusto citare la disciplina del contratto a termine, quella dei trasferimenti d'azienda e degli accertamenti sanitari. In tal senso, MARIUCCI, *Le fonti*, cit., pp. 41-44.

[119] Il principio dell'inderogabilità della norma di legge anche da parte della contrattazione collettiva accompagna tutta la breve fase del "garantismo forte" incentrato sullo Statuto dei lavoratori. In tal senso, ivi, p. 101.

[120] Lo Statuto, infatti, non prevede alcuna norma che si occupi dei meccanismi di intervento in materia di crisi aziendali o di gestione della politica attiva del mercato del lavoro: gli artt. 33 e 34 in tema di collocamento sono davvero poca cosa rispetto alle rilevanti esigenze di regolamentazione indotte dal mercato. Sul punto, L. MONTUSCHI, *Sub artt. 33-34*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario del Codice civile*, cit., pp. 465 e ss.

importanti interventi legislativi che, seppur in un'ottica emergenziale priva di una efficace coordinazione sistematica, introducono rilevanti mutamenti nei tradizionali rapporti fra le fonti[121].

La crisi economica, infatti, produce un cambiamento del legame esistente tra regolamentazione normativa ed esigenze economiche: il recupero di un buon *trend* di crescita economica, il contenimento del *deficit* pubblico e la ristrutturazione del sistema produttivo non possono non tradursi in politiche di "riduzione" del benessere sociale[122]. È pertanto inevitabile che il condizionamento della norma giuridica alla necessità di un recupero economico[123] finisca per influire sulla concezione stessa del diritto del lavoro, quale "settore giuridico" che più di ogni altro, attraverso meccanismi di distribuzione della ricchezza sociale, cerca di perseguire la realizzazione di sempre più diffuse condizioni di uguaglianza sostanziale[124].

Verso la fine degli anni settanta, la descritta crisi economica e l'emergenza sociale e politica diventano due aspetti complementari dello stesso fenomeno; in quasi tutti i Paesi dell'Europa occidentale[125] si diffonde rapidamente la convinzione che soltanto nuove e più strette

[121] Sarà proprio la contestuale attenuazione delle rigidità normative e la corrispondente incentivazione di discipline "flessibili" a ridestare il problema del concorso/conflitto tra legge e contrattazione come fonti del diritto: MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 101 e *Id.*, voce *Contrattazione collettiva*, in *Digesto disc. priv.- sez. comm.*, IV, Torino 1989, p. 45.

[122] BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 43.

[123] Tutto ciò crea un problema che si potrebbe definire di "giuridificazione", nel senso che il diritto del lavoro finisce per formalizzare ed istituzionalizzare l'insieme delle aspettative sociali attraverso un processo inevitabile di specificazione, differenziazione ed imputazione a soggetti giuridicamente e/o socialmente individuati, con la conseguenza di una massiccia regolamentazione della "sfera vitale". Sul punto, v. J. HABERMASS, *Diritto come "medium" e come istituzione*; N. LUHMANN, *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti* e G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici* post-*strumentali*, tutti in PD, n. 1, 1987, pp. 41-118.

[124] Non si tratta soltanto di favorire il risanamento delle aziende in crisi, ma anche di agevolare la razionalizzazione dello sviluppo delle imprese come condizione per ottenere un abbassamento delle percentuali di disoccupazione. Tutto ciò a scapito della posizione del lavoratore come contraente debole che continua, tuttavia, a restare l'obiettivo principale anche di successivi e più recenti provvedimenti quali, ad esempio, la legge n. 108 del 1990, che ha generalizzato la tutela contro i licenziamenti, e la legge n. 125 del 1991, che rafforza le garanzie contro le discriminazioni uomo-donna e promuove l'adozione delle azioni positive.

[125] Cfr. *Crisi economica e mutamenti politici nell'area mediterranea*, a cura di T. TREU, Roma 1983, pp. 215-235; A. TAROZZI, *Stato di emergenza*, Milano 1983.

relazioni tra governo, sindacati ed organizzazioni imprenditoriali potrebbero realizzare politiche capaci di far superare le difficoltà[126]. Infatti, appare evidente che il modello di *welfare state* venutosi a formare dopo il secondo conflitto mondiale, sovraccaricato da eccessive pretese e da forti aspettative sociali, avesse ormai esaurito ogni capacità di controllo sociale e di equilibrio rispetto al sistema economico e produttivo del Paese[127].

Persa la fiducia nella legge quale esclusivo strumento regolatore, dimostratasi questa incapace di soddisfare da sola la crescente domanda di regolamentazione proveniente dalla società[128], soltanto il ricorso a meccanismi che realizzano una sorta di "delega" di funzioni normative generali in capo alle organizzazioni sociali avrebbe potuto evitare il pericolo di un improduttivo affidamento a forme ancora più pervasive di giuridificazione statuale diretta.

Certo, questo modello di democrazia "contrattata" che va costruendosi in forme sempre più definite[129] implica il superamento del Sindacato come associazione volontaria di rappresentanza; accettata

---

[126] M. REGINI, *I dilemmi del Sindacato*, Bologna 1981. Sull'impiego del termine "neocorporativo" come disvalore, v. *Dallo Stato corporativo alla libertà sindacale*, a cura di L. BELLARDI, Milano 1985. Cfr. anche S. LEONARDI, *Autonomia e unità nel sindacalismo italiano: un* excursus *storico*, in LD 2003, p. 650 ss.

[127] Ad esclusione della Gran Bretagna, nei Paesi europei è prevalsa la scelta di conservarne la struttura: vedi LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico*, in DLRI, 1989, p. 277. Del resto, se la concertazione sociale è una costante dei governi socialdemocratici, l'unica condizione che pare veramente necessaria alla sua affermazione è la presenza di un governo non *anti-labour*. Sono soprattutto l'instabilità e la debolezza a rendere i governi maggiormente disponibili alla sperimentazione delle più disparate ipotesi di concertazione, allo scopo di consolidare la propria legittimazione politica. In tal senso, REGINI, *I tentativi italiani di patto sociale a cavallo degli anni '80*, Bologna 1984, p. 298.

[128] P.C. SCHMITTER, *Teoria della democrazia e pratica neocorporativa*, in SM, 1983, p. 412, nonché *Id.*, *Comunità, mercato, stato, associazioni? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in SM, 1983, p. 74.

[129] V. G. GIUGNI, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, in DLRI, 1985, pp. 53 e ss.; poiché il governo di una società complessa richiede una rete di strutture decisionali articolate, sarebbe un errore eliminare lo strumento offerto dalla concertazione sociale, che può esprimere utilità sia dal punto di vista della governabilità del sistema, sia sul piano della sempre più incisiva partecipazione delle forze sociali alla vita democratica del Paese. A proposito di superamento della concertazione da parte del "nuovo" metodo del dialogo sociale sostenuto nel Libro Bianco del ministro Maroni, v. anche ANGELINI, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 108 ss.

l'attribuzione "legale" della maggiore rappresentatività, il Sindacato viene inevitabilmente cooptato – come istituzione di mediazione dell'interesse collettivo e di rappresentanza "istituzionale" – per esercitare un'azione indispensabile di controllo e di gestione della crisi[130].

Legittimato come interlocutore privilegiato, coinvolto nei processi decisionali fondamentali per lo sviluppo economico del "Sistema paese", il Sindacato deve però pagare una progressiva sottomissione o, più limitatamente, scontare una rilevante perdita di autonomia "strategica" a fronte della necessità di assecondare e condizionare la volontà pubblica dello Stato[131]. Mentre, infatti, i primi rapporti Stato-parti sociali realizzano una mera recezione in testi legislativi di accordi precedentemente siglati tra le contrapposte organizzazioni sindacali[132], in seguito l'intervento del Governo diventerà più penetrante, tanto da essere determinante nell'indurre le parti alla trattativa[133].

Con l'accordo triangolare del 22 gennaio 1983 – il c.d. *Accordo Scotti* – si registrano, inoltre, due importanti novità: la prima attiene alla

[130] La produzione legislativa non è il frutto di una mera recezione dei contenuti della contrattazione collettiva, ma è originata dalla partecipazione diretta delle forze sociali alla gestione dell'economia nazionale. In questa direzione si collocano anche alcuni più recenti interventi legislativi quali la l. n. 146 del 12 giugno 1990 e la l. n. 223 del 23 luglio 1991. Per una riflessione teorica di più ampio respiro sull'esperienza neocorporativa, v. *La società neocorporativa*, a cura di M. MARAFFI, Bologna 1981 e A. PIZZORNO, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, in *Conflitti in Europa*, a cura di C. CROUCH - A. PIZZORNO, Milano 1977.

[131] BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 44-47. Con il coinvolgimento negli accordi tripartiti, il sindacato vede stravolte molte delle sue consolidate posizioni "rivendicative" che si impongono come critiche rispetto agli assetti economico-sociali consolidati. Non è paradossale, quindi, che il prevalere dello "scambio politico" rappresenti anche un fattore di crisi della negoziazione collettiva tradizionale. Sul tema, cfr. U. ROMAGNOLI, *La deregolamentazione e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al Congresso Europeo di Diritto del lavoro, Parigi, 13-15 settembre 1989, datt., p. 18. I sistemi politici nei quali il sindacato ha acquisito questo ruolo stabile sono stati definiti "neo-corporativi": P. C. SCHMITTER, *Teoria della democrazia e pratica neocorporativa*, in SM, 1983, p. 385; E. TARANTELLI, *Economia politica del lavoro*, Torino 1986. Vedi anche LEONARDI, *Autonomia*, cit., p. 653: i sindacati, tuttavia, inizieranno ben presto a valutare con preoccupazione i gravi rischi insiti in una pratica – denominata da Pizzorno come "scambio politico" – che inevitabilmente ingessa il conflitto sociale dentro una rigida cornice di compatibilità capitalistica e macroeconomica.

[132] Ad esempio, l'accordo sul salario garantito del 21 gennaio 1975, successivamente tradotto nella l. 20 maggio 1975, n. 164 sulla Cassa integrazione guadagni.

[133] È il caso dell'accordo del 26 gennaio 1977 sulla c.d. scala mobile. V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, cit., pp. 202-203.

gamma di materie che ne costituiscono l'oggetto; la seconda riguarda il fatto che il Governo interviene non più come semplice mediatore esterno, bensì come vera e propria parte, assumendo direttamente tutta una serie di specifici impegni che concorrono ad integrare l'equilibrio complessivo dell'intesa. È l'intera politica economica del Governo che diventa oggetto di contrattazione[134], realizzando un tipico atto di concertazione sociale. Ma ciò che maggiormente interessa, almeno in questa sede, è la constatazione che a detto "scambio politico"[135] corrisponde un vero e proprio "scambio giuridico", attraverso il consolidamento di quelle tecniche di rinvio legge-contratto[136] grazie alle quali la legislazione di quegli anni riuscirà ampiamente a ristrutturarsi[137].

8.1. La legislazione di rinvio alla contrattazione collettiva. I primi modelli

Volendo riproporre una prima schematica ricostruzione del processo di giuridificazione attraverso il quale si è giunti all'affermazione ed al consolidamento delle tecniche legali di rinvio al contratto collettivo – tecniche che hanno caratterizzato quelle che la dottrina ha definito le fasi dell'"emergenza" e della "flessibilità" del diritto del lavoro[138] –,

---

[134] Questi accordi trilaterali non sono contratti collettivi; essi, infatti, vengono ricondotti nell'ambito degli atti di indirizzo politico del governo. Cfr. T. TREU, *L'accordo del 22 gennaio: implicazioni e aspetti giuridico-istituzionali*, in *Rapporti CESOS*, 1982-83, pp. 385 e ss.; S. SCIARRA, voce *Contratto collettivo*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, Torino, 1989, p. 75; G. FERRARO, *Tendenze neocorporative e magistratura del lavoro*, in PD, 1984, pp. 293 e ss.

[135] È stata così definita la tendenza di alcuni governi ad offrire provvedimenti a difesa dell'occupazione e dei salari in cambio di consenso alla loro politica economica. L'espressione è stata elaborata in Italia da PIZZORNO, *Scambio politico*, cit., pp. 407-433, poi utilizzata da altri Autori come E. TARANTELLI, *Il ruolo economico del sindacato*, Bari 1978, e L. RUSCONI, *Scambio, minaccia, decisione*, Bologna 1984, *passim*.

[136] L. MENGONI, *Legge e contratto collettivo*, in MGL, 1980, p. 692.

[137] Ciò evidenzia un'altra caratteristica della concertazione sociale: essa non sarebbe una "fonte del diritto del lavoro", ma soltanto un metodo informale di legittimazione delle fonti preesistenti, alle quali farebbe recuperare autorità ed efficacia sociale. Si veda, in proposito, ROMAGNOLI, *La deregolamentazione e le fonti*, cit., p. 18. Cfr. anche SIMITIS, *La giuridificazione*, cit., pp. 256-262.

[138] R. DE LUCA TAMAJO, *L'accordo interconfederale del 26 gennaio 1977 e il quadro di riferimento politico-sindacale*, in *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO - L. VENTURA, Napoli 1979, p. 111.

può essere utile ricondurre i provvedimenti di quegli anni a due grandi gruppi, approssimativamente corrispondenti a due diversi modelli di legislazione: il primo, di tipo vincolistico e autoritario, che inverte il tradizionale rapporto tra le fonti; il secondo, di tipo promozionale e a sostegno di una gestione consensuale del mercato del lavoro, che utilizza diverse combinazioni variabili tra fonte legislativa e contrattuale[139].

Il modello di tipo vincolistico e autoritario si concretizza prevalentemente in alcuni interventi sul costo del lavoro, tra i quali va ricordata la legge n. 91 del 1977 (Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza) che recepisce con modifiche le principali misure previste dall'accordo interconfederale del 26 gennaio 1977 su costo del lavoro e produttività[140]. Nello sterilizzare l'indennità di anzianità mediante la decurtazione dal suo calcolo dell'indennità di contingenza, allo scopo di abolire le c.d. scale mobili anomale, tale legge prevede che gli accordi interconfederali per l'industria (sulla contingenza) costituiscano il trattamento *massimo* di indicizzazione (art. 2) e che le norme regolamentari o contrattuali che dispongono diversamente siano nulle "di diritto" (art. 4). Com'è evidente, siamo di fronte ad un'inversione del tradizionale rapporto legge-contratto collettivo, caratterizzato da una legislazione inderogabile *in peius* (avente lo scopo di porre la disciplina di tutela minimale) e dal contratto con funzione soltanto migliorativa[141].

Il secondo gruppo, quello degli interventi di tipo "promozionale", riunisce la quasi totalità dei provvedimenti in materia di crisi aziendale e mercato del lavoro: dal fondamentale e complesso intervento del

[139] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 49, specifica che tale combinazione si realizza tanto sul piano genetico – come "legislazione contrattata" – che su quello funzionale, come "legislazione derogatoria".

[140] Con la perdita di dinamicità degli altri livelli contrattuali, l'accordo interconfederale riprende quota grazie alla decisa rivalutazione avvenuta a metà degli anni sessanta. Ciò determina anche uno spostamento automatico delle attività negoziali verso il centro, con accentuazione della rigidità complessiva del sistema. V. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., pp. 60-64, e SCIARRA, voce *Contratto collettivo*, cit., p. 65.

[141] A. CESSARI, *Il "favor" verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano 1966. Confermano la linea della legislazione derogabile *in melius* molti altri provvedimenti che caratterizzano i successivi anni ottanta. Tra questi, vanno ricordate le disposizione della legge n. 297 del 29 maggio 1982 che, superata l'indennità di anzianità con l'istituto del trattamento di fine rapporto, dichiarano la nullità – e la conseguente sostituzione di diritto – di tutte le clausole difformi dei contratti collettivi regolanti la materia del trattamento di fine rapporto (art. 4 co. 2).

1975 sulla Cassa integrazione[142], si passa alla ben più ambiziosa disciplina della legge n. 675 del 12 agosto 1977, che intende favorire l'avviamento di lavoratori occupati in aziende in crisi attraverso un articolato meccanismo di mobilità interaziendale[143]. In tutto il periodo segnato dalla crisi, il sistema di garanzie e di sostegno economico subirà consistenti adattamenti, principalmente orientati ad un abbassamento dei livelli di tutela, comunque giustificati dalla necessità di far fronte a salvataggi o risanamenti aziendali, ovvero finalizzati al contenimento di inflazione e *deficit* pubblico. Queste esigenze di tipo "concessivo" – che non si esauriscono ovviamente nella descritta fase dell'emergenza – vanno tuttavia tenute distinte da quel complesso di problemi implicanti la necessità di predisporre tecniche normative adeguate alla nuova cultura della flessibilità che permea e condiziona, dai primi anni ottanta, gli assetti produttivi ed il convulso sviluppo del mercato del lavoro[144].

Intorno alla c.d. flessibilità ruota, infatti, una molteplicità di interessi diversi[145]. Ci sono, ad esempio, quelli dei singoli lavoratori, tradizionalmente inclini alla stabilità del rapporto, che manifestano una

---

[142] Si tratta della legge n. 164 del 1975 che aveva parzialmente recepito l'accordo interconfederale sul "salario garantito": cfr. M. MISCIONE, *Cassa integrazione e tutela della disoccupazione*, Napoli 1978; M.V. BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano 1985.

[143] M. D'ANTONA, *La disciplina della mobilità dei lavoratori nelle leggi sulla riconversione industriale*, in *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO - L. VENTURA, Napoli 1979. Tra le forme flessibili di gestione delle crisi aziendali va richiamata anche la disposizione introdotta dalla legge n. 215 del 26 maggio 1978 che consente di derogare al primo comma dell'art. 2112 c.c. qualora, intervenuta la "dichiarazione di crisi aziendale", si sia stipulato un accordo tra le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in ordine al trasferimento d'azienda o in merito al collocamento dei lavoratori eventualmente in esubero. Cfr. M. MAGNANI, *La mobilità interaziendale del lavoro*, Milano, 1984.

[144] La nozione di flessibilità difficilmente può essere dissociata da quella di innovazione tecnologica: P. ZANELLI, *Impresa, lavoro, innovazione tecnologica*, Milano 1985. Sul tema, v. anche *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*, a cura di M. D'ANTONA, Napoli 1990. Più recentemente, B. VENEZIANI, *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in DLRI, 1993, pp. 235 e ss e ANGELINI, *Nuove tecnologie, organizzazione del lavoro, ruolo del Sindacato. Riflessioni giuridico-sindacali sulle realtà italiana e sammarinese alle soglie del 2000*, in *Le metamorfosi del lavoro*, cit., p. 83 ss.

[145] In senso complessivamente critico per le implicazioni che comporta in termini di inevitabile diminuzione del livello di garanzie, v. M. V. BALLESTRERO, *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?*, in LD, 1987, pp. 289 e ss.

crescente disponibilità verso una gestione più differenziata delle condizioni dell'impiego, considerando ciò utile ad un più facile accesso al lavoro e comunque rispondente anche ad una migliore organizzazione dei tempi di vita[146]. Senza riserve è l'interesse mostrato dalle imprese che da sempre esprimono l'esigenza di un minor numero possibile di "lacci e lacciuoli" nell'utilizzo della manodopera (maggiore libertà di assumere e di licenziare), anche in considerazione dell'accesa competizione che la presenza in mercati sempre più instabili impone loro[147]. Ben più restie sono le associazioni sindacali dei lavoratori, alle quali la flessibilità, disarticolando le forme tradizionali di aggregazione degli interessi legate alla condivisione di una comune condizione di lavoro, rende difficile la rappresentanza e compromette la rappresentatività. Tuttavia, dopo una prima radicale chiusura, ben presto l'azione sindacale non si esprimerà in forme politicamente contrarie ad ogni processo di flessibilizzazione dei moduli gestionali dei modelli produttivi: i Sindacati si mostreranno disponibili alla negoziazione e al dialogo anche su tali problematiche[148].

Questa diffusa esigenza di flessibilità non può non avere conseguenze rilevanti e innovative sull'assetto giuslavoristico del nostro come di tutti i Paesi ad economia avanzata[149], specie per quanto con-

[146] Potrebbe trattarsi di una vera e propria "rivoluzione" culturale, se si pensa che la stabilità del rapporto, unitamente ad un complesso di garanzie uniformi, ha da sempre rappresentato, oltre che la condizione ottimale di lavoro, un vero e proprio valore. Non bisogna tuttavia mai dimenticare che l'adesione dei lavoratori alla flessibilità può essere la conseguenza di un'imposizione piuttosto che il frutto di una libera scelta.

[147] È la variabilità del mercato che vede le imprese decisamente orientate ad acquisire un livello sempre maggiore di flessibilità; ciò anche a danno del grado di uniformità e di standardizzazione della disciplina che serve loro per programmare e pianificare, con relativa certezza, le strategie di investimento e di produzione. La flessibilità si traduce anche nel definitivo superamento del modello fordista, così come nell'introduzione delle nuove tecnologie informatiche, sia per quanto concerne la gestione del processo produttivo, sia per la collocazione del prodotto. Cfr. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., pp. 52-53.

[148] Va sottolineato che la quasi totalità degli interventi legislativi riguardano il tema della flessibilità "esterna", concernente le modalità di accesso da parte dell'impresa al mercato del lavoro (assunzione, forme d'impiego), e non quello della flessibilità "interna", relativa all'uso della forza lavoro occupata. Ciò non significa che le due dimensioni della flessibilità non siano collegate: più si incentiva il ricorso a forme "atipiche" di impiego, più si facilita anche la gestione flessibile della manodopera occupata. Sul punto, A. PERULLI, *Le relazioni industriali e i due fronti della flessibilità*, in DLRI, 1986, pp. 85 e ss.

[149] In proposito, v. M. D'ANTONA - R. DE LUCA TAMAJO - G. FERRARO - L. VENTURA, *Il diritto del lavoro degli anni '80*, voll. I e II, Napoli 1988; G. ARRIGO -

cerne l'avvio di quei processi di rinnovamento dei rapporti tra le fonti e, in particolare, per ciò che riguarda la tendenza alla c.d. "deregolamentazione contrattata" [150].

La prima tendenza è senz'altro quella orientata alla c.d. "deregolamentazione assoluta". Essa consiste nella semplice rimozione di precedenti vincoli legislativi, dei quali si siano accertate l'inutilità e la dannosità; ad esempio, ciò è avvenuto con la progressiva liberalizzazione degli avviamenti nominativi, anche per quanto concerne le assunzioni con contratti di formazione e di apprendistato, peraltro non computabili ai fini dei limiti numerici previsti per l'applicazione di altre leggi o istituti di garanzia [151]. Altrettanto evidente è la *ratio* dei provvedimenti diretti a promuovere il ricorso a forme flessibili di impiego, quali i contratti di formazione e lavoro ed i contratti a tempo parziale (artt. 3 e 5, l. n. 863/1984) [152].

La più importante tendenza, tuttavia, rimane quella alla c.d. "deregolamentazione relativa": la legge si emancipa dal modello normativo uniforme e rinvia alla contrattazione al fine di derogare a disposizioni altrimenti "inderogabili", consentendo così di recuperare nuovi ambiti di fles-

---

P. ICHINO - G. LOY - M. ROCCELLA, *Il diritto del lavoro dopo l'emergenza*, Milano 1988. È importante sottolineare che la cultura della "flessibilità" oltre che determinare conseguenze ed effetti sul tenore delle regolamentazioni sostanziali penetra nella struttura stessa del diritto del rapporto di lavoro, con esiti sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto: MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 111. V. pure G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in DLRI, 1986, p. 667. Per un'analisi comparata, v. *Law, collective barganing and labour flexibility*, a cura di B. VENEZIANI, in *E.C. Countries*, Roma 1992.

[150] Cfr. G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in DLRI, 1986, pp. 317 e ss., e SIMITIS, *La giuridificazione*, cit., pp. 236-245 e ss. Cfr. anche R. ROMEI, *La deregolazione del diritto del lavoro nella recente esperienza legislativa italiana*, in *Le relazioni sindacali in Italia. 1986/1987*, Roma 1988, p. 395, e R. GREGO, *Norma giuridica, azione collettiva e garanzie individuali nella crisi della società industriale*, in FI, 1983, p. 93. V. anche BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 258-259.

[151] È una condizione che è stata efficacemente definita "fuga dal diritto del lavoro" da F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in IS, n. 28, 1992. Rientrano, tra questi, anche i provvedimenti di parziale alleggerimento della disciplina sul contratto a termine (art. 9, l. n. 79 del 25 marzo 1983), nonché quelli diretti ad un ripensamento delle garanzie in materia di trattamenti di malattia e di accertamenti sanitari (art. 5, l. n. 638/1983).

[152] M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, 1990, pp. 529 e ss., nonché *Id.*, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro*, in RIDL, I, 1987, pp. 226 e ss.

sibilità[153]. Si tratta di una tecnica che se da un lato conferma quella mutazione nel rapporto tradizionale delle fonti introdotta nel periodo della crisi[154], dall'altro lato impone – in quanto oramai stabilizzata – di ragionare sempre più attentamente sui processi di legittimazione di un contratto collettivo cooptato ed asservito a funzioni nuove[155].

Il favore manifestato verso l'accoglimento dell'esigenza di flessibilità anche nel rapporto tra le fonti ha condizionato la stessa riflessione giurisprudenziale che pur dimostrando una inedita disponibilità ad attenuare l'applicazione rigorosa del principio di inderogabilità delle norme giuslavoristiche[156] – in considerazione della varietà delle forme di combinazione legge-contratto che hanno indubbiamente accresciuto gli spazi di intervento di quest'ultimo – non arriverà mai a metterne in discussione il fondamento giuridico[157].

9. Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. La legge-quadro n. 93/1983

Una delle più interessanti combinazioni tra legge e contratto collettivo è indubbiamente quella realizzatasi nel pubblico impiego con l'approvazione della legge-quadro n. 93/1983. Tale legge, infatti, persegue e realizza, per quanto allora possibile, l'armonizzazione dell'accresciuta forza politica delle organizzazioni sindacali con il tradizionale si-

[153] A tale indirizzo è possibile ricondurre una serie innumerevole di interventi legislativi, tra i quali: l'art. 5 della l. n. 903/1977 sulla parità uomo-donna; gli artt. 1 e 2 della l. n. 863/1984 in materia di contratti di solidarietà; le norme sui contratti di formazione e lavoro (art. 5, comma 4, l. n. 863/1984); l'art. 23 della l. n. 56/1987 sui contratti a termine.

[154] Che riflette, pertanto, obiettive esigenze sia del sistema produttivo globale, sia di singoli specifici "attori".

[155] Al quale, peraltro, la dottrina non ha attribuito una funzione di piena alternatività e fungibilità rispetto alla legge, né gli ha riconosciuto una piena capacità derogatoria. In tal senso, G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova 1981. Attraverso tali forme di responsabilizzazione delle parti collettive verso la necessaria introduzione di elementi di flessibilità nel rapporto di lavoro si realizza il c.d. passaggio dalla fase del garantismo individuale a quella del garantismo collettivo.

[156] Per un'analisi casistica, v. L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna 1985, pp. 413 e ss.

[157] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 103.

stema giuridico e con le esigenze complessive di governo del personale pubblico[158].

A voler premettere qualche considerazione di tipo politico-istituzionale a proposito del modello utilizzato dal legislatore, pare interessante sottolineare come la contrattazione collettiva riesca ad affermarsi nel pubblico impiego proprio nel momento in cui nel Paese tutta l'azione sindacale, pur partendo dalla (e tendendo sempre alla) tutela delle condizioni di lavoro, pone al centro del suo impegno alcuni tra i più generali obiettivi di politica economica. Dopo aver ampiamente rivisitato la tradizionale concezione della "separatezza" tra Stato ed economia, ovvero tra politica e mercato, a fronte di una crisi economica che impone un ruolo dello Stato non più mero garante delle "regole del gioco"[159], anche il sindacato accetta gradualmente di rivedere l'impostazione tipicamente rivendicativa che aveva caratterizzato la sua azione[160], impegnandosi in quelle che sono state definite vere e proprie *prassi neocorporative.*

Può, dunque, sostenersi che, nel pubblico impiego, l'accordo contrattuale si afferma e viene consapevolmente accettato come fonte di norme quasi contestualmente all'assunzione, da parte del sindacato, di sempre più convinte aperture verso la concertazione sociale[161]. Il sindacato confederale, legittimato ad essere interlocutore credibile del potere politico nella gestione della situazione di crisi sociale, va coinvolto attivamente anche nel difficile governo dell'amministrazione pubblica, rispetto al quale può contribuire al miglioramento della funzionalità strutturale e dell'efficienza complessiva[162]. L'acquisizione di un forte potere contrattuale nel pubblico impiego da parte delle Confederazioni fa seguito, quindi, al superamento del loro precedente ruolo di Parte ed all'essere divenute soggetti "politici", come tali interessate a ripartire equamente tra tutti i lavoratori pubblici e privati le scarse risorse che la crisi economica rende ancora disponibili[163].

---

[158] L. ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di "privatizzazione"*, Napoli 1990, p. 18.

[159] U. ROMAGNOLI - T. TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, Bologna 1977, p. 278.

[160] GIUGNI, *Concertazione sociale*, cit., pp. 59 e ss.

[161] L. FIORILLO, *Dentro e fuori la legge quadro: chi disciplina l'impiego pubblico*, in LD 1989, pp. 541 ss.

[162] P. PASCUCCI, *Autoregolamentazione dello sciopero e accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Studi Urbinati 1982/1985*, pp. 250-251, 294, 298-299.

[163] ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., pp. 151-157.

Il fatto assolutamente rilevante secondo cui nel 1983 contrattazione sindacale pubblica e privata convergano su un modello di politica sindacale più concertativo che rivendicativo non significa però che a tale esito esse siano pervenute seguendo strade parallele; in effetti, occorre ben considerare che quando nel pubblico impiego si discute di contrattazione collettiva, si fa necessariamente riferimento ad una esperienza ben diversa rispetto a quella sviluppatasi intorno alla concezione "liberal-individualistica" che tradizionalmente caratterizza il lavoro privato[164].

Mentre nel rapporto privato, infatti, una volta emersa la contraddizione tra la condizione reale di debolezza del lavoratore subordinato e la sua formale situazione di parità contrattuale con il datore di lavoro, il sindacato e la contrattazione collettiva assumono il ruolo di indispensabili strumenti riequilibratori delle disparità di potere fra le parti[165], in quello pubblico la posizione di soggezione dell'impiegato all'Amministrazione è stata sempre considerata culturalmente e giuridicamente al di sopra di ogni contestazione[166], in quanto strettamente funzionale alla stessa esistenza di un datore di lavoro chiamato a perseguire la realizzazione degli interessi generali della società[167].

In definitiva, è necessario riconoscere che la contrattazione sindacale "pubblica" non ha mai vissuto vere stagioni conflittuali: essa ha cercato di agire in modo prudente all'interno del sistema amministrativo, soprattutto per non scardinare la delicata struttura delle sue fonti[168]. Né c'è mai stato effettivamente spazio, almeno fino alla metà de-

---

[164] *Ibidem*.

[165] Per tutti, KAHN-FREUND, *Labour*, cit., pp. 11 e ss.

[166] È lo stesso legislatore che conoscendo lo stato di "soggezione" in cui versano i pubblici dipendenti fornisce le garanzie più adeguate alla loro tutela. Tali garanzie hanno spesso realizzato, e continuano a realizzare, condizioni di sicuro privilegio rispetto a quelle in cui si trovano a lavorare i dipendenti privati.

[167] Purtroppo, l'operazione ha finito per determinare una sorta di "burocratizzazione" del sindacato, senza consentire allo stesso di rinsaldare il legame con i lavoratori, legame che rimane la sua vera unica fonte di legittimazione. In tal senso, v. ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., pp. 156-157.

[168] La prima tappa del "percorso" di avvicinamento del pubblico impiego all'area privatistica del rapporto di lavoro è ravvisabile nelle sentenze della Corte costituzionale che riconoscono anche ai pubblici dipendenti, fatta salva la garanzia delle prestazioni indispensabili relative ai servizi essenziali, il godimento del diritto di sciopero, della libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva. V. corte cost., sent. 46/1958, in RGL, 1958, II, p. 255; *id.*, sent. 123/1962, in FI, 1963, I, c. 5; *id.*, sent. 31/1969, in FI, 1969, I, c. 795; *id.*, sent. 125/1980, in FI, 1980, I, c. 2369. In

gli anni sessanta[169], per un sindacato la cui azione e la cui presenza fosse avvertita come "corpo estraneo", tollerabile solo se riducibile ad uno dei tanti gruppi di pressione con i quali le pubbliche amministrazioni intrattengono continue relazioni istituzionali[170]. Ciò aiuta a comprendere come e perché si sia sviluppata inizialmente una pratica di contrattazione occulta ed impropria delle pubbliche amministrazioni con le diverse realtà associative di tipo sindacale sorte nel pubblico impiego e, soltanto successivamente, tale pratica sia stata "trasfusa" in varie leggi e leggine[171].

Per la verità, occorrerà attendere l'emanazione delle "discipline settoriali" degli anni settanta per poter definitivamente sostenere l'avvenuta affermazione del principio della "contrattualizzazione"[172] del rapporto di lavoro con le pubblice amministrazioni. Infatti, soltanto con l'accordo-quadro sindacati/governo del 17 marzo 1973 viene fissata la regola della periodicità triennale della negoziazione di settore nel pubblico impiego che, d'ora in avanti, sarà sempre sostanzialmente disciplinato in base ad una variabile combinazione di fonti negoziali e di fonti legislative[173].

---

dottrina, cfr. F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1971, nonché F. CORSO, *Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali*, in DLRI, 1981, pp. 57 e ss. e MARIUCCI, *Le fonti*, cit., pp. 103-104.

[169] Ma sarà soltanto con la legge-quadro che potrà affermarsi definitivamente nell'ordinamento italiano il principio secondo cui i pubblici dipendenti possono concorrere alla determinazione delle proprie condizioni di lavoro, facendo valere interessi "estranei" a quelli espressi dal datore di lavoro-pubblica amministrazione.

[170] Sono considerazioni di ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., pp. 151-154. L'emanazione del decreto n. 29/1993 potrebbe aver mutato la fondatezza delle considerazioni appena esposte: cfr. S. SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, in DLRI, 1993, pp. 485 e ss., nonché U. ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in LD, 1993, p. 231.

[171] Sebbene non sia rinvenibile un vero e proprio "sistema" di relazioni industriali o di contrattazione collettiva, la c.d. vertenza (a metà degli anni Sessanta) sul riassetto degli statali, a cui si aggiungono quelle per il riordino del parastato e degli enti locali, segna un mutamento della presenza e dell'azione sindacale nel pubblico impiego. Il sindacato, cioè, proponendosi come interlocutore dei pubblici poteri, inizia a farsi portatore di un vero e proprio interesse, a ciò legittimato dalla riconosciuta (da parte dello Stato) capacità di rappresentare tutto il mondo del lavoro. V. U. ROMAGNOLI, *Il nodo politico dell'amministrazione pubblica e i sindacati*, Bologna 1974, p. 685.

[172] S. CASSESE, *Le varie fasi della "contrattualizzazione"*, in *Burocrazia ed economia pubblica*, Bologna 1978.

[173] *Amplius*, M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna 1978.

La lunga sequenza di leggi settoriali, di regolamenti e di delibere attraverso cui le diverse strutture amministrative regolano i rapporti di lavoro con i loro dipendenti, trasforma il pubblico impiego in un'area (del lavoro subordinato) estremamente eterogenea, nel cui ambito si rinvengono ingiustificate "diversificazioni normative", tali da rendere sempre più indispensabile ed urgente un disegno di complessiva razionalizzazione della materia[174]. È in questa situazione che maturano le elaborazioni dottrinali e le proposte sindacali e politiche che si tradurranno nella legge-quadro n. 93 del 29 marzo 1983[175]. Nel determinare i presupposti procedurali su cui realizzare un ordinato ed armonico inserimento della contrattazione collettiva nel sistema di pubblico impiego, tale legge introduce una puntuale ricognizione delle materie regolabili per legge e quelle regolabili per accordo sindacale, operando l'individuazione dei comparti di contrattazione, dei soggetti e dei livelli del procedimento negoziale[176].

Al di là della constatazione che molto di quanto prefigurato dalla legge-quadro non "funzionerà" – elevato sarà infatti il grado di conflittualità intersindacale e di antinomia che si instaurerà tra regole formali e prassi reali[177] – resta indubbiamente interessante analizzare il modello di ripartizione di competenze per materia fra fonte sindacale e legislativa[178] che, seppur fallisce l'obiettivo di un'organica razionalizzazione normativa, non perde di rilievo ai fini di uno studio

[174] V. gli atti della Commissione d'inchiesta sulla c.d. giungla retributiva (1977). Sulla contrattazione anteriore alla legge n. 93/1983 (anche se di vera e propria contrattazione non si potrebbe parlare per mancanza di efficacia diretta degli accordi per i lavoratori), cfr: M.S. GIANNINI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: un bilancio*, in DLRI, 1982, pp. 170 e ss.; U. ROMAGNOLI, *La resistibile ascesa del contrattualismo nel pubblico impiego*, in DLRI, 1980, pp. 192 e ss; G. PERA, *Legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione del pubblico impiego*, in FI, V, 1979, c. 125 e ss.; G. FERRARO, *Autonomia collettiva e pubblico impiego*, in RGL, I, 1973, pp. 573 e ss.

[175] La soluzione giuridico-istituzionale consistente nel proporre la piena privatizzazione di tutti i rapporti di lavoro non verrà accolta, sebbene la legge-quadro possa essere senz'altro considerata un deciso passo verso di essa: ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., pp. 56-59.

[176] *Commentario alla legge 29 marzo 1983, n. 93*, a cura di M. RUSCIANO - T. TREU, in NLCC, 1984, pp. 593 e ss.; M. GRANDI, *Contrattazione collettiva, conflitto collettivo e tutela sindacale nella legge-quadro sul pubblico impiego*, in DL, I, 1983, pp. 302 e ss. Cfr. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 265-270.

[177] A. ORSI BATTAGLINI, *Della quadratura di molti circoli*, in PD, 1984, pp. 5 ss.

[178] Che darà adito a diversi rilievi critici da parte della Corte dei conti.

come questo che ha per oggetto la sistematica delle fonti giuslavoristiche[179].

Destinata a razionalizzare l'esistente, è innegabile come la legge-quadro si distingua innanzitutto per un alto grado di sofisticazione tecnico-politica[180]. Infatti, l'inserimento del contratto collettivo nell'ordinamento pubblicistico non si esaurisce in un intervento di mera delegificazione, ma comprende un vero e proprio progetto di legificazione in tema di relazioni sindacali, nel quale si stabiliscono gli ambiti di competenza riservati alla legge (art. 2) e si individuano i tipi, le procedure e le forme delle fonti normative che ad essa potranno legittimamente sostituirsi (art. 3).

In particolare, *ex* art. 2, viene specificata una serie di materie per le quali è previsto un principio di riserva esclusiva a favore della legislazione (artt. 95 e 97 Cost.)[181]; quanto non è ivi contemplato, deve considerarsi rientrante nella c.d. *area delegificata*, la sola in cui è possibile il verificarsi della "concorrenza" tra legge e contrattazione collettiva. Tale situazione di concorrenza risulta disciplinata dagli ultimi due commi dell'art. 29, che consentono agli accordi sindacali di far venire meno la vigenza di tutte le norme di legge riguardanti materie non espressamente indicate dall'art. 2. Pur aperto a successive modifiche legislative, il rapporto legge-contratto collettivo nell'ambito dell'area delegificata è quindi contrassegnato da equivalenza e quasi piena fungibilità[182].

Il significato complessivo della legge n. 93/1983 è pertanto quello di delegificare la materia del pubblico impiego, delineando contemporaneamente un sistema organico nel quale la contrattazione collettiva, fonte dotata di agilità e snellezza, trovi un suo spazio nel rispetto del-

---

[179] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 105, sottolinea come la razionalizzazione non possa prescindere, per quanto concerne la fonte collettiva, dallo stabilire regole di legittimazione dei soggetti negoziali in rapporto alla loro effettiva rappresentatività, nonché prospettare una riforma più generale del campo d'applicazione del diritto del lavoro.

[180] La contrattazione collettiva è vista come una tecnica di produzione consensuale di norme, mutevole ed adattabile quanto a forme, contenuti, scopi, attraverso cui si realizza l'ottimale contemperamento degli interessi configgenti nei diversi contesti organizzativi ed istituzionali: ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., p. 19.

[181] L'area non è identificabile con certezza soprattutto perché alcune materie di cui all'art. 2 sono indicate anche all'art. 3, secondo una linea di demarcazione, che distingue norme di principio e norme di dettaglio, non facilmente tracciabile.

[182] T. TREU, Sub *art. 29*, in *Commentario*, a cura di RUSCIANO - TREU, cit., pp. 748 e ss.

le diverse autonomie costituzionalmente tutelate[183]. Se l'assetto normativo del pubblico impiego appare, di conseguenza, più ordinato e meno anacronistico, tra il lavoro pubblico e il lavoro privato permangono notevoli diversità, per ridurre le quali la migliore cultura giuridico-sindacale dei tardi anni ottanta – sulla base della formula "*privatizzazione del p.i. uguale delegificazione e contrattualizzazione piena dello stesso*" – sosterrà l'opportunità di una nuova soluzione legislativa [184], che verrà a concretizzarsi soltanto con l'emanazione del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in attuazione della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421[185].

10. Qualche riflessione di "metà percorso"

Coerentemente con quanto finora argomentato, sembra accreditarsi la fondatezza dell'osservazione di Mariucci secondo la quale lo "sviluppo imperioso" di tecniche diverse di deregolazione, soprattutto se subordinate alla mediazione sindacale e combinate con inevitabili processi di neo-giuridificazione, ha determinato una moltiplicazione di regole e di statuti giuridici speciali, tale da richiedere un ripensamento dell'assetto complessivo dell'ordinamento[186]. Se l'esigenza di scaricare sui soggetti collettivi parte delle difficoltà regolative della legge è oggettivamente comprensibile come risposta a fondati processi di diffe-

[183] ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione*, cit., pp. 20-25: la legge-quadro è accostabile allo Statuto dei lavoratori per quanto riguarda il sostegno offerto al sindacato, ma se ne distacca quando provvede a disciplinare soggetti, oggetto, procedure e livelli di contrattazione. Il suo modello di sostegno, cioè, si accompagna ad una regolamentazione delle relazioni sindacali estremamente minuziosa.

[184] V., ad esempio, S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in RIDL, I, 1993, pp. 287 e ss. Già prima dell'emanazione del d. lgs. n. 29/1993, l'art. 18 della legge n. 146/1990 aveva innovato le procedure di recepimento in d.p.r. dell'accordo raggiunto; mentre nel diritto previgente i rilievi della Corte dei conti potevano essere sollevati soltanto nella fase successiva a quella contrattuale, dopo la ricordata modifica il controllo della Corte è divenuto preventivo rispetto alla stipulazione dell'accordo e sottoposto a termini perentori, spirati i quali il controllo si deve intendere positivamente effettuato.

[185] Le principali innovazioni introdotte dal decreto di cui si tratta riguardano il pressoché definitivo abbandono della concezione acontrattuale del rapporto di lavoro con lo Stato e le altre amministrazioni pubbliche; l'abrogazione, quasi integrale, della legge-quadro; la devoluzione, anche se non immediata, del contenzioso dei pubblici dipendenti al giudice del lavoro.

[186] MARIUCCI, *Le fonti*, cit., pp. 111-112.

renziazione ed articolazione normativa imposti dalla gestione del sociale, il tasso di complessità disarmonica raggiunto non può però essere troppo a lungo tollerato pena gravi conseguenze sulla tenuta complessiva del sistema[187].

Nel tentativo di acquisire una migliore conoscenza strutturale dell'Ordinamento giuslavoristico, le pagine che precedono dovrebbero essere servite a tratteggiare le principali tappe che hanno concorso a segnare il processo di giuridificazione fino alla metà degli anni ottanta, processo caratterizzato dalla combinazione e dall'aggregazione – né organica né razionale e comunque solo parziale rispetto alla forma originariamente assunta – di modelli profondamente diversi tra di loro.

La constatazione che spesso ogni modello realizzato non è definitivo tanto che la peculiare combinazione degli elementi che lo compongono è frutto di equilibri sempre nuovi in cui volontà ed azioni dei soggetti collettivi risultano decisivi al suo continuo processo evolutivo[188], di certo non sminuisce l'importanza dell'analisi statica del sistema delle fonti e delle problematiche che si agitano al suo interno. Un'analisi metodologicamente equilibrata tra osservazioni dinamiche e valutazioni statiche complessive sembra dunque la risposta più adeguata rispetto ad un oggetto da investigare che, pur caratterizzato dall'alta variabilità dei suoi processi di trasformazione, si atteggia comunque a sistema.

A tacer d'altro, l'analisi finora tratteggiata consente di avvalorare l'affermazione secondo la quale il diritto del lavoro[189] intrattiene una serie di rapporti sia con il diritto privato che con il diritto pubblico, rapporti la cui intensità varia a seconda delle epoche storiche e dell'assetto di interessi che, attraverso opportune scelte e soluzioni, l'ordinamento provvede ad apprestare per regolare la relazione tra chi lavora e chi utilizza lavoro altrui[190]. A parte la "variabile" rappresentata

---

[187] Ampiamente, SIMITIS, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 96-101.

[188] Tale constatazione induce BAYLOS-GRAU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 122, ad affermare che il diritto del lavoro realizza "un modello per inventare progetti".

[189] In cui si fanno tradizionalmente rientrare le tre aree – diverse per ampiezza, complessità e *ratio* degli interventi – del contratto individuale di lavoro, dei rapporti collettivi e dei rapporti previdenziali di sicurezza sociale.

[190] Quasi testualmente, RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 1205. La periodizzazione alla quale si limitano i giuslavoristi, avverte ancora l'Autore, utilizza più gli strumenti sistematici e le categorie concettuali della dottrina e della giurisprudenza, sebbene condizionate dalla tradizione e dalle ideologie, piuttosto che mettere in evidenza la specificità della legislazione vigente, più rispondente alle esigenze contingenti:

dalla contrattazione collettiva, ricondotta ora all'una ora all'altra delle due aree, il tipo di valutazione prospettata non sembra particolarmente difficile da effettuare poiché l'indice di presenza del pubblico e del privato nel diritto del lavoro è via via rapportabile al tasso di eteronomia e di autonomia negoziale riscontrabili nella disciplina sostanziale vigente al momento individuato[191].

Operando in tal senso è infatti possibile constatare che, nato come parte del diritto dei contratti, il diritto del lavoro riceve un decisivo impulso soltanto con la legislazione sociale che offre tutela comprimendo l'autonomia negoziale privata rispetto ad interessi di carattere evidentemente pubblicistico messi potenzialmente in pericolo dagli squilibri del mercato; una pubblicizzazione che raggiungerà poi la fase di massima espansione nel successivo periodo corporativo.

Una forte componente pubblicistica il diritto del lavoro la conserverà anche dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, non soltanto in conseguenza della costituzionalizzazione che i principi fondamentali della materia subiranno, ma anche perché esso si confermerà come il diritto dei contraenti deboli, i quali dovranno essere sempre meglio tutelati, assicurando loro, oltre alle libertà fondamentali spettanti ad ogni cittadino, "l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" (art. 3, co. 2 Cost.).

L'inattuazione costituzionale coincide con l'affermazione di tendenze giurisprudenziali[192] ed elaborazioni dottrinali – quella di Francesco Santoro-Passarelli, in particolare – che, nel tentativo di risolvere una complessa serie di problemi giuridici minanti la tenuta del diritto sindacale e del diritto del lavoro, ricorrono ampiamente al diritto privato[193]; tutto ciò a riprova che assai difficilmente il sistema giuslavoristi-

---

i due diversi tipi di approccio – quello offerto dall'analisi della disciplina positiva e quello della "percezione" dottrinale – non danno risultati sempre coincidenti.

[191] Sull'utilizzo di tale criterio, v. M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in RTDPC, 1991, pp. 407 e ss. Ad avviso di RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 1206-1207, l'operazione intellettuale di individuare i rapporti tra il diritto del lavoro e il diritto privato e pubblico, oltre che giustificata dal punto di vista teorico e storico, merita di essere segnalata per i risvolti e le utilità pratiche che comporta.

[192] Ad esempio, quella che realizza l'estensione parziale ed indiretta della parte economica dei contratti collettivi a lavoratori non ricompresi nella sfera di applicazione del contratto collettivo di "diritto comune" utilizzando l'art. 36 Cost.

[193] Basti ricordare la qualificazione giuridica delle associazioni sindacali come associazioni di fatto; la loro potestà negoziale, ricondotta nell'ambito dell'autonomia negoziale dei privati; la qualificazione come "potestativo" del diritto di sciopero. Cfr. F.

co potrà davvero emanciparsi dal "momento" privatistico, componente essenziale del suo inalienabile patrimonio genetico. Il che non impedisce di rilevare come l'uso di categorie civilistiche, utilizzate ad esempio per inquadrare e qualificare la contrattazione collettiva e l'azione sindacale in genere, seppur formalmente corretto, sia spesso sostanzialmente inadeguato a valorizzare le dinamiche sociali, come lucidamente messo in evidenza dalla c.d. teoria dell'ordinamento intersindacale, formulata come un complemento, o meglio un mezzo di "espressione piena" della visione privatistica del diritto sindacale[194]. Come avremo modo di verificare meglio in seguito, tale dialettica *pubblico-privato* continuerà a segnare anche l'evoluzione successiva dell'ordinamento lavoristico, essendo ciò facilmente intuibile riflettendo, ad esempio, sulle esperienze di legislazione contrattata o sulla progressiva funzionalizzazione della contrattazione collettiva verso obiettivi di interesse pubblico (ad esempio, la questione del sindacato maggiormente rappresentativo)[195].

Non è qui il caso di anticipare troppo sbrigativamente valutazioni che meritano ben altri spazi di riflessione. Questa pur sommaria lettura delle componenti privatistiche e pubblicistiche della materia dovrebbe risultare già sufficiente a suffragare due constatazioni, in parte anticipate, essenziali allo sviluppo della ricerca. La prima attiene all'esigenza di un diverso ordine nel sistema delle fonti, caratterizzato da regole di fondo chiare e predeterminate, con le quali costruire quello "zoccolo duro" di diritti inderogabili degli individui e delle organizzazioni sociali, al di fuori del quale l'autonomia negoziale dei privati va lasciata libera di esprimersi[196].

La seconda – come ampiamente ribadito nelle considerazioni introduttive del saggio – concerne il rilievo dell'importanza del recupero di una prospettiva sistemica del diritto del lavoro, sempre più afflitto da *caos* normativo, da trasformismo delle fonti, da incertezza ed oscillazioni nelle decisioni giudiziarie, nonché da confusione dei ruoli. È

SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in Id, *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, p. 227 ss.

[194] RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 1218.

[195] M. D'ANTONA, *Sindacato e Stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in RGL, I, 1989, p. 405.

[196] Ancora RUSCIANO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 1231, ad avviso del quale, in questa fase "intermedia", il diritto del lavoro può chiedere più al pubblico che al privato.

assai difficile che una disciplina ritrovi il senso della sua legittimazione e della sua autonomia se non se ne studiano gli elementi fondativi e non li si pongono in relazione con le altre branche dell'Ordinamento giuridico[197].

A tal fine non va sottovalutato un altro profilo, di tipo più pragmatico, che porta a considerare l'evoluzione del diritto del lavoro come processo strettamente connesso alle diverse strategie di politica economica, cioè all'intreccio dei rapporti Stato-economia, com'è accaduto, per fare un esempio, durante la c. d. fase del diritto del lavoro della crisi, nella quale si è realizzato il coinvolgimento del Sindacato in politiche "pubblicistiche" di concertazione sociale, oppure con i provvedimenti legati alla *deregulation* ed al "ritorno al mercato", che hanno concorso all'affermazione, nel contesto della disciplina giuslavoristica, di una logica di stampo più privatistico. Sarebbe del resto assurdo nascondersi che, oltre ad essere una tecnica protettiva di un soggetto debole sul piano socio-economico e quindi distributivo di garanzie e di risorse, il diritto del lavoro è ormai diventato anche, e forse soprattutto, un diritto chiamato a disciplinare i ruoli e le modalità produttive di tutte le moderne società post-industriali[198].

[197] L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in RCTP, 1990, pp. 18 e ss., in part. p. 23, quando ricorda, come indispensabile, l'esercizio del "controllo del pensiero sistematico".

[198] *Amplius*, U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, it., pp. 15, 196 ss: il diritto del lavoro è un diritto generato da una società che si modella sul mercato, che deve continuamente evolversi se vuole riuscire a far convergere ed integrare la dimensione economica e quella sociale, dimensioni tra le quali "ha sempre oscillato con la fiducia di saper calcolare l'impatto dei loro condizionamenti reciproci"; inoltre, il diritto del lavoro deve saper "coniugare la logica delle compatibilità rispetto al sistema economico con la logica concessivo-acquisitiva che circoscrive il suo successo nei conflitti distributivi all'area dei protetti", imparando ad "interrogarsi su come ricercare le armonizzazioni difficili in una società ove si moltiplicano gruppi e ceti che non stanno più nella stessa barca...". Sulle capacità della razionalità giuridica di arginare e governare la razionalità economica, a conferma dell'autenticità della dimensione giuridica e delle sue ragioni, sembra scommettere anche O. MAZZOTTA, *Lavoro, impresa, eguaglianza*, in LD, 2004, p. 593 ss., in part. pp. 603-604.

ROBERTA BONINI *Compravendita di "cosa futura" e appalto*

ABSTRACT

L'articolo si propone di affrontare inizialmente la tematica concernente la distinzione tra compravendita di cosa futura e appalto.

Sotto il profilo teorico e definitorio non appare difficile la distinzione dei due istituti, non potendosene altrettanto affermare la possibilità di certa distinzione nel campo pratico, laddove la configurazione logico giuridica di volta in volta assunta dal regolamento negoziale impone un esercizio interpretativo scrupoloso.

Comprese le differenze strutturali dei due tipi contrattuali e le relative discipline, ci si domanda se l'istituto della compravendita di cosa futura sia utilizzabile dalle P.A. in luogo delle ordinarie procedure connesse all'utilizzo dell'appalto pubblico.

Sul tema, a lungo dibattuto da dottrina e giurisprudenza, è intervenuto di recente il Consiglio di Stato, esprimendo un indirizzo risolutorio.

In particolare, questo studio considera l'ipotesi della possibilità di utilizzo del negozio di compravendita di res futura rispetto all'operazione di acquisto di beni immobili, da ristrutturarsi ad opera del venditore, tanto in ambito privato che pubblicistico, non essendo questione di facile risoluzione, posto che si è in presenza di un bene per certi versi attuale e tuttavia diverso da quello che l'acquirente mira ad ottenere mediante le trasformazioni che interverranno.

ROBERTA BONINI

COMPRAVENDITA DI "COSA FUTURA" E APPALTO

La dottrina[1] è andata ormai chiarendo come la distinzione fra compravendita di cosa futura e appalto non presenti serie difficoltà, poiché i due istituti sono dotati di struttura e funzioni diverse.

A livello definitorio si insegna che la vendita di cosa futura viene definita come il contratto sinallagmatico con cui un soggetto si obbliga nei confronti di un altro a trasferirgli la proprietà di un bene, non appena questo verrà ad esistenza, verso il corrispettivo in denaro, mentre l'appalto è il contratto con cui una parte si obbliga, con organizzazione dei mezzi propri e con gestione a proprio rischio, a compiere un'opera o un servizio, verso un corrispettivo in denaro.

Tuttavia, in concreto, la linea distintiva fra i due istituti si assottiglia a seconda della configurazione logico-giuridica di volta in volta assunta dal regolamento negoziale[2].

Così, a fronte di una pur pacifica linea di distinzione sul piano teorico, la stessa Suprema Corte[3], ha sottolineato la rilevanza pratica del problema in relazione alla corretta disciplina da applicare al caso concreto, laddove, qualificando un rapporto come vendita anziché come appalto, ne deriva, in particolare, l'inapplicabilità delle norme relative alla revisione del prezzo (art. 1664, cod. civ.), alla facoltà del committente di recedere unilateralmente dal contratto (art. 1671, cod. civ.), al rischio per il perimento o deterioramento della cosa[4] (art. 1673, cod. civ.); non-

---

[1] FURGIULE, *Vendita di "cosa futura"e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962; LIPARI, *Note in tema di compra-vendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960; GRASSO, *In tema di compravendita di cosa futura e di sua trascrivibilità*, in *Dir. e Giur.*, 1967; MOSCARINI, *L'appalto*, nel *Trattato Rescigno*, Utet, 1984, XI.

[2] Il problema è risalente già al diritto romano, costituendo uno dei principali punti di contesa tra Proculeani e Sabiniani: vd. BONFANTE, in *Riv. dir. comm.*, 1904, II, p. 497 e ss.

[3] C. Cass., sez. II, 19.04.1997, 3395, in *Il diritto marittimo*, 1999, fasc. 4, p. 1134 e ss.

[4] Nel contratto d'appalto il rischio grava ordinariamente sull'appaltatore, mentre nella compravendita grava sul compratore fin dal momento della stipula del contratto.

ché, fatto assai rilevante, l'inapplicabilità della particolare disciplina in tema di responsabilità del costruttore, in caso di rovina, pericolo di rovina o gravi anomalie della *res* imputabili a difetto di costruzione (art. 1669, cod. civ.: per gli immobili e gli altri edifici destinati, per loro natura, a lunga durata, il legislatore ha sancito che tale responsabilità possa esser fatta valere sia dal committente che dai suoi aventi causa, fino a dieci anni dal compimento dell'opera)[5].

La rilevanza disciplinare della distinzione tra le due fattispecie legali ha dunque stimolato una più attenta riflessione della dottrina[6] e della giurisprudenza, entrambe alla ricerca di criteri certi, attraverso l'applicazione dei quali sia possibile determinare *ex ante* se una certa fattispecie sia sussumibile sotto l'egida dell'una o dell'altra normativa.

Nelle fattispecie sottoposte all'attenzione dell'interprete accade, non di rado, che all'obbligazione di fare se ne affianchi una di dare e viceversa: così, esemplificando, nella vendita di cosa futura, nel caso in cui la *res* dedotta in contratto debba essere prodotta dallo stesso venditore per poi esser consegnata all'acquirente, assume particolare rilievo il lavoro del cedente, mentre nell'appalto è assai frequente che il materiale necessario per il compimento dell'opera sia fornito dallo stesso imprenditore, affiancandosi all'obbligazione di fare quella di dare.

Parte della dottrina nell'indagine sulla qualificazione giuridica dell'atto ha optato per il "criterio della prevalenza", in base al quale la qualificazione, nel caso concreto, dipenderebbe dal prevalere, sotto il profilo quantitativo, dell'elemento costituito dalla materia, ovvero di quello del lavoro[7]: si avrebbe appalto e non vendita "*quando l'attività lavorativa diretta alla produzione sia prevalente rispetto alla somministrazione della materia e la materia rappresenta un semplice mezzo per attuare il lavoro volto alla realizzazione dell'opera*"[8].

---

[5] Ulteriore differenza, peraltro, riguarda la denuncia dei vizi della cosa e la proponibilità della conseguente azione, per le quali sono fissati i termini rispettivamente di 8 giorni dalla scoperta e un anno per la prescrizione, in caso di compravendita e di 60 giorni e 2 anni per la prescrizione in caso di appalto.

[6] BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato Vassalli*, VII, 1, Utet, 1972.

[7] TRESCA, *Criteri distintivi fra appalto, somministrazione, locazione d'opera e compravendita*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, p. 945 e ss.; GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Morano, 1968, p. 170 e ss.; MESSINEO, *Trattato di dir. civ. e comm.*, IV, Giuffrè, 1958, p. 146 e ss.; MANGINI-BRICOLA, *Il contratto di appalto, il contratto di somministrazione*, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, Utet, 1972.

[8] C. Cass., 28.02.1987, 2161; C. Cass., 28.07.1956, 2943, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 869.

Diversamente, si avrebbe vendita di cosa futura a fronte del prevalere della fornitura del materiale quale oggetto principale del negozio, rispetto al quale l'attività lavorativa rilevi in qualità di accessorio e strumento secondario.

Tale criterio, elaborato in termini oggettivi o di valore[9], si è però rivelato inidoneo, specie nei casi in cui, con riferimento al necessario confronto fra materia e opera, non sia, con certezza, determinabile il rapporto di prevalenza dell'un elemento rispetto all'altro o comunque vi sia una relativa equivalenza.

Altri autori hanno quindi proposto un criterio distintivo di natura teleologica suggerendo di verificare come il lavoro sia stato considerato dalle parti, considerando tale indagine complementare o, addirittura, alternativa a quella fondata sul raffronto tra attività e materia, in applicazione del così detto principio della prevalenza[10].

Si tratta di una proposta di metodo che può vantare quale argomento di rilievo, in primo luogo, l'ossequio alla volontà delle parti del negozio; definita spesso come criterio "subbiettivo" o più correttamente teleologico, consente alle parti del contratto di sottoporre l'atto alla disciplina preferita e più coerente con il fine perseguito, anziché a quella che risulterebbe loro imposta dall'oggettiva misurazione delle grandezze economiche espresse nel confronto tra il dare e il fare dedotti in oggetto[11].

Tuttavia il richiamo alla volontà delle parti per qualificare il negozio non deve però intendersi quale validazione acritica dell'intenzione soggettiva, così come dichiarata dalle parti, ma come riferimento all'intento empirico che i soggetti realmente hanno voluto conseguire e che deve ovviamente trasparire dal complesso delle clausole contrattuali.

Ecco, dunque, che l'obiettivazione degli interessi perseguiti, quale pressuposto della loro rilevanza ai fini della qualificazione dell'atto,

---

[9] Al riguardo, si ricorda come l'abrogata legge fiscale 19 luglio 1941, n. 771, aveva accolto, quale unico criterio distintivo, quello della valutazione meramente economica degli elementi "lavoro" e "materia". Vigente la legge, la giurisprudenza tributaria era costante nel ritenere corretta l'applicazione esclusiva di tale principio agli effetti del riconoscimento dei benefici fiscali: vd. Comm. centr. Imp., 13. 11.1963, 1649, in Boll. trib., 1965, p. 586 e 23.01.1956, 78120, in Foro it., 1956, III, p. 196.

[10] CIANFLONE, GIOVANNINI, *Appalto di opere pubbliche*, ed. X, Milano, 1999, p. 52.

[11] CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1985, p. 59 e ss.; FERRI, *Manuale di dir. comm.*, Torino, 1989, p. 843 e ss.

viene a diminuire lo iato altrimenti eccessivo tra criterio oggettivo e criterio teleologico.

La suprema Corte di Cassazione ha più volte confermato la bontà del criterio "subbiettivo"[12], osservando come "*il criterio della prevalenza non vada inteso in termini oggettivi o di valore, ma con riguardo alla comune intenzione dei contraenti*": perciò la prevalenza del lavoro sulla materia, specie a fronte di una sostanziale equivalenza tra i valori dell'uno e dell'altra, ricorre "*allorché le parti hanno considerato l'attività produttiva (e cioè il lavoro) non come mero strumento per ottenere il bene, ma come l'oggetto immediato ed essenziale dell'obbligazione assunta*"[13].

Pertanto anche in presenza di una prevalenza quantitativa dell'elemento materiale, il contratto potrebbe comunque qualificarsi come appalto, per il modo in cui il lavoro è considerato dalle parti[14].

Proprio sulla funzione del lavoro o più esattamente sulla sua previsione o meno quale oggetto del contratto, oppure come qualità o attività del soggetto fornitore si fonda un più specifico criterio distintivo tra la vendita e l'appalto, "dell'ordinaria produzione", il quale origina dal fatto che, sovente, nella pratica commerciale, la cosa futura sia elaborata e prodotta dietro ordinazione del cliente.

Si tratta di un criterio di elaborazione giurisprudenziale[15] che ha però trovato largo seguito e apprezzamento anche in dottrina: ove il bene da costruire sia conforme ad un tipo o modello consueto all'ordinaria produzione dell'impresa, il contratto sarà da qualificarsi come vendita di cosa futura, in quanto la conformità del bene alla produzione periodica del fornitore esclude qualunque rilievo specifico dell'attività produttiva[16].

---

[12] C. Cass., 30.03.1995, 3807, in *Mass. Giur. it.*, 1995, p. 473.

[13] C. Cass., 30.06.1982, 3944, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 78; C. Cass., 06.05.1980, 2985, in Vita not., 1980, p. 483; C. Cass., 07.02.1955, 345, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1955, p. 898.

[14] C. Cass., 30.06.1982, 3944, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 78. Vd. anche C. Cass., 26.04.1984, 2626, ove è indicato che per stabilire l'esatta natura di un negozio giuridico complesso, nel quale siano commisti e combinati elementi dell'appalto e della vendita, occorre seguire il criterio della prevalenza fra le prestazioni pattuite e il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto.

[15] C. Cass., 25.06.1992, 5024, in *Nuova Giur. civ. com.*, 1992; C. Cass., 06.05.1988, 3375, in *Mass. Foro it.*, 1988, p. 566; C. Cass., 11.06.1983, 4020, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce "appalto", n. 15; C. Cass., 28.06.1980, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 895; C. Cass., 25.02.1974, 545, in *Riv. leg. fisc.*, 1974, III, p. 1428.

[16] LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, Milano, 1994; STOLFI, *Voce "L'appalto (dir. priv.)"*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, p. 632 e ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1992, p. 40 e ss.

Qualora, invece, il bene commissionato rappresenti un "*quid novi*" rispetto all'ordinario ciclo produttivo d'impresa, ciò comporta un cambiamento dei mezzi di realizzazione predisposti per la lavorazione in serie e un apprestamento specifico di mezzi di produzione con gestione e rischio a carico dell'imprenditore, quali fattori tipici dell'appalto.

In merito all'ipotesi ancor più specifica in cui il bene sia ordinato e prodotto in conformità al tipo standard, ma con eventuali variazioni o adattamenti richiesti dal cliente, la giurisprudenza ha stabilito che si ha contratto di vendita di cosa furura quando le modifiche consistano in accorgimenti marginali e secondari, dirette a soddisfare specifiche esigenze dell'altra parte, mentre si ha contratto di appalto se le modifiche stesse siano tali dar luogo a un prodotto diverso nella sua essenza da quello normalmente creato dal fornitore[17].

I tre criteri sin qui considerati, come si è detto, sono in parte alternativi ma possono anche essere usati secondo una logica di complementarietà, cioè che induce l'interprete ad un prudente discernimento a fronte di fattispecie concrete articolate e talvolta oggettivamente ambigue; evitando di semplificare le opzioni teoriche a sua disposizione.

Compravendita di "cosa futura" e P.A.

Così presentato – ma non rigidamente risolto – il problema della differenziazione degli istituti in esame, è opportuno domandarsi se ed eventualmente in che termini la P.A. possa avvalersi della compravendita di bene futuro in luogo delle ordinarie procedure connesse all'utilizzo dell'appalto pubblico; posto che, come si è detto, lo stesso criterio subbiettivo non può fondarsi sulla mera opinione dichiarata dai contraenti riguardo alla qualificazione dell'atto, essendo quest'ultima riservata allo scrutinio dell'interprete.

A riguardo – ed in via preliminare – la dottrina prevalente ritiene che non possa negarsi alla pubblica amministrazione la possibilità di avvalersi di tutti i contratti disciplinati dal codice civile, inclusa la compravendita di cosa futura, salvo che sussistano particolari ed espressi divieti normativi[18]; occorrendo tuttavia valutare sia l'effettiva

[17] C. Cass., sez. II, 29.04.1993, 5074, in *Mass. Ann. della Cass.*, 1993, p. 793; C. Cass., sez. II, 28.02.1987, 2161, ivi, 1987, p. 591; C. Cass., sez. II, 28.06.1980, 4097, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 895.

[18] Non vigendo nel nostro ordinamento il principio *nec ultra vires*, sicché tutte le persone giuridiche, sia pubbliche che private, hanno la medesima capacità giuridica.

utilitas conseguente all'uso di tale strumento negoziale, sia la relativa compatibilità con le norme disciplinanti l'esecuzione di opere pubbliche[19].

Così nel perdurare dello scetticismo di quella parte della dottrina che censura l'ipotesi come elusiva delle norme relative agli appalti pubblici, il Consiglio di Stato, con i pareri n. 596 del 11 maggio 1999, della terza sezione, e n. 2 del 17 febbraio 2000, dell'Adunanza Generale, pur ribadendo che la procedura ordinaria (individuazione dell'area, sua eventuale espropriazione, espletamento delle procedure di gara per l'individuazione dell'impresa appaltatrice) rimane preferenziale, ha legittimato con chiarezza, ricorrendo condizioni e presupposti predeterminati, l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione del contratto di cui all'art. 1472, cod. civ., senza ricorrere alla procedura di gara per la selezione fra più offerte.

A quest'ultimo riguardo, tanto più rilevante perché postula oltre alla possibilità di utilizzo del contratto di compravendita, l'obliterazione dei procedimenti di gara per la selezione del contraente, quattro sono i requisiti indicati dal supremo giudice amministrativo: infungibilità dell'immobile da acquistare; conformità di destinazione dell'immobile al P.R.G.; svolgimento dell'analisi costi / benefici e determinatezza e non modificabilità dell'immobile.

L'immobile da acquisire deve possedere caratteristiche tali da renderlo infungibile, identificandosi quale *unicum* non collocabile se non in quella specifica area territoriale (qualora, infatti, la localizzazione non sia puntuale, ma riferibile ad una zona più o meno vasta e comprensiva di aree potenzialmente idonee allo scopo, occorre che la scelta sia preceduta da una gara, anche informale, al fine di garantire l'assoluta trasparenza dell'azione amministrativa) e indispensabile per il soddisfacimento del particolare interesse pubblico.

Occorre poi l'insussistenza della disponibilità di locali e aree de-

---

In tal senso si esprime Giannini affermando una piena capacità della pubblica amministrazione nel porre in essere quei contratti ordinari che "*qualunque soggetto può concludere usando della propria autonomia privata e delle norme di diritto privato*". GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, p. 670. In tal senso si è espressa anche la Corte di cassazione chiarendo che "*la P.A., quando agisce nel campo del diritto privato, è soggetta alle norme del codice civile...*", C. Cass., sez. II, 21.02.1986, 1055.

[19] Al riguardo, vd. MARZANO, *Introduzione* ad *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987: secondo l'autore bisogna tener conto, in via esclusiva, dei limiti della legittimazione negoziale della P.A., intesa quale "*idoneità in concreto, tenuto conto dell'oggetto o dell'altro soggetto dell'atto o del rapporto*".

maniali e/o patrimoniali idonei al soddisfacimento delle necessità perseguite, in ossequio al criterio di "prioritario utilizzo o adeguamento" delle risorse statali già esistenti[20].

Infine il contraente privato, obbligato alla costruzione della cosa, deve essere proprietario del bene da *"epoca non sospetta"*[21], ad evitare acquisti sia fin dall'inizio preordinati alla stipula del contratto di vendita con la P.A.

In secondo luogo, l'immobile deve avere la destinazione urbanistica prevista dal Piano Regolatore Generale ed essere quindi compatibile con l'uso cui verrà destinato[22].

Occorre però domandarsi se la destinazione d'uso abbia o meno un suo intrinseco valore, poiché in caso di risposta affermativa la P.A. potrebbe non avere interesse all'acquisto del bene tramite negozio privato, potendo infatti evitarne il costo attraverso l'esperimento delle procedure ad evidenza pubblica.

In realtà, pur riconoscendosi alla destinazione d'uso un suo precipuo valore, il privato, quale proprietario del bene, può ottenerne il mutamento[23] con vincolo d'utilizzo da parte del solo ente pubblico, prescindendo dalla stipulazione futura del contratto con tale soggetto.

Per vero, nella prassi, il Comune autorizza, con maggior facilità, il cambio di destinazione se a conoscenza del fatto che il richiedente contrarrà poi con la P.A.

La pubblica amministrazione, poi, dovrà procedere ad una valutazione di raffronto "costi/benefici" (i quali debbono essere espressamente indicati in contratto e risultare dalla documentazione da trasmettere al Consiglio di Stato, cui compete l'onere di esprimere un giudizio anche sulla "convenienza amministrativa" della stipula dell'atto di acquisto[24]); raffronto, in primo luogo, tra l'ipotesi di ricorso all'acquisto di cosa futura e il ricorso all'istituto dell'appalto.

---

[20] Corte dei Conti, sez. contr., 19.09.1995, 121, in *Riv. Corte Conti*, 1995, 6, p. 16 e 15.02.1993, 16, ivi, 1993, 1, p. 19.

[21] C. Conti, sez. contr., 15.02.1993, 16, cit.

[22] Vd. Consiglio di Stato, Ad. gen., parere n. 1292-1766/91 del 28.04.1992.

[23] Il cambiamento di destinazione può essere ottenuto immediatamente se conforme alle disposizioni del P.R.G., altrimenti è preventivamente neccessaria la richiesta di variante del piano stesso.

[24] Art. 5 RD n. 2440/1923 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato): "I progetti di contratti devono essere comunicati al Consiglio di Stato, per averne il parere, quando l'importo previsto superi le lire 600.000.000 se si tratta di contratti da stipularsi dopo pubblici incanti o le lire 300.000.000 se da stipularsi dopo privata licitazione o nel modo di cui al precedente

Deve, cioè, essere dimostrato il maggior costo, diretto e indiretto, che, in relazione ai tempi di realizzazione dell'intervento, si avrebbe seguendo il normale procedimento in materia di opere pubbliche.

Tale comparazione è ad oggetto plurimo, non risolvendosi esclusivamente in mero apprezzamento economico, ma coinvolgendo tutti gli aspetti dell'intervento (tempi, garanzie, affidamento, ecc.).

L'utilizzo da parte della P.A. del contratto di cui all'art. 1472, cod. civ., in luogo dell'appalto, dovrebbe, in linea di massima, rivelarsi strumento utile all'abbattimento delle spese relative all'operazione, evitando in primo luogo, i costi e i tempi propri della gara; ove, come è noto, la misura del tempo, costituisce essa stessa un costo, sicché la sua riduzione è ritenuta tra gli obbiettivi principali dell'attività amministrativa.

Sotto questo profilo, la snellezza e la semplicità caratterizzanti, sotto l'aspetto procedurale e negoziale, la compravendita di "cosa futura", se raffrontate all'inevitabile prolisso svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, realizzano, specialmente in senso giuridico oltre che economico, l'interesse primario del buon andamento della pubblica amministrazione affermato dall'art. 97 della Carta Costituzionale, che, storicamente, nella volontà del legislatore, si realizza attraverso la scelta più efficiente, efficace ed economica[25].

Certo, sotto il profilo prettamente monetario, per la pubblica amministrazione il peso del pagamento di un'indennità di esproprio potrebbe risultare *ictu oculi* meno gravoso dell'esborso del prezzo di mercato dell'immobile acquisito attraverso il negozio di diritto privato.

L'art. 5-*bis* del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359, determina, infatti, la misura dell'indennità di espropriazione, per le aree edificabili, nella semisomma tra valore venale del bene e reddito dominicale riva-

art. 4. Il Consiglio di Stato darà il parere, tanto sulla regolarità del contratto, quanto sulla convenienza amministrativa, al quale uopo gli saranno forniti dai ministeri i documenti, le giustificazioni e le notizie che riterrà di chiedere. Il parere del Consiglio di Stato sarà dal ministero comunicato alla Corte dei Conti a corredo del decreto di approvazione del contratto, del quale viene chiesta la registrazione. Per ragioni di evidente urgenza, prodotte da circostanze non prevedibili, da farsi risultare nel decreto di approvazione del contratto, potranno comunicarsi al Consiglio di Stato, l'approvazione ministeriale, in luogo dei progetti di contratto, i verbali di aggiudicazione o gli schemi di contratto sottoscritti dalla parte."

[25] COGLIANI S., *Alcune riflessioni in tema di appalto e compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, p. 1080.

lutato con riferimento all'ultimo decennio, con una decurtazione del 40%.

Il fatto poi che la medesima norma stabilisca la possibilità per l'espropriando di convertire la procedura in cessione volontaria del bene, non potendo così aver luogo la suddetta decurtazione dell'indennizzo, non comporta comunque un'inversione del giudizio sulla convenienza economica dell'esproprio rispetto all'acquisto privatistico.

Ciò nonostante l'acquisto di un immobile "futuro" conserva l'indubbio vantaggio di racchiudere l'intera operazione negoziale, astrattamente scindibile in due diversi contratti, (compravendita e appalto) in un unicum giuridico, con assoggettamento della fattispecie alla sola normativa che regola la compravendita di "cosa futura", dalla cui applicazione derivano conseguenze non trascurabili.

Infatti, il trasferimento della proprietà avviene, proprio in ossequio al disposto dell'art. 1472, cod. civ., solo se e quando il bene viene ad esistenza: conseguentemente, in caso contrario, nonché nel caso di venuta ad esistenza di una *res* difforme da quanto dedotto dalle parti in contratto, il negozio sarebbe inficiato da nullità e la pubblica amministrazione non patirebbe alcun danno economico immediato, poiché non sarebbe tenuta a corrispondere alcuna somma al venditore[26]; per contro avendo titolo, in caso di inadempimento del medesimo, al ristoro di tutti i danni eventualmente patiti, in quanto l'art. 1476, n. 2, cod. civ., impegna il cedente a far acquistare al compratore il diritto, quando l'acquisto non sia effetto immediato del contratto.

Diversamente, nel caso in cui la P.A. sviluppi l'operazione attraverso l'acquisto dell'area edificabile e il successivo appalto dei lavori attraverso le procedura di gara, a fronte dell'inadempimento dell'appaltatore, salvo il risarcimento del danno, vi sarebbe la risoluzione del contratto d'appalto, ma la sopravvivenza della precedente compravendita.

La P.A. avrebbe dunque inutilmente – seppur temporaneamente – affrontato gli esborsi necessari all'acquisto dell'area, dovendo, per con-

[26] Peraltro non avendo preventivamente affrontato l'esborso di acconti, in ossequio a quanto statuito dal Consiglio di Stato. Il Consiglio, con parere 19 dicembre 1989, n. 1838, ha infatti ritenuto opportuno che il contratto preveda il pagamento del prezzo successivamente alla consegna del bene e alla verifica dell'avvenuta realizzazione dell'edificio in conformità alle esigenze dall'amministrazione. Conforme: C. Conti, sez. contr., 22.03.1956, 68: con cui viene altresì chiaria la legittimità dei soli pagamenti in conto relativi ai contratti "ad esecuzione continuata".

tro, sostenere nuovi costi per ripetere la procedura già esperita e quindi indire una nuova gara.

In definitiva, il ricorso, da parte della pubblica amministrazione, allo strumento contrattuale della compravendita di "cosa futura", di cui all'art. 1472, cod. civ., risulta essere non solo del tutto legittimo, ma anche economicamente utile tanto in riferimento al contenimento dei costi e alla riduzione dei tempi quanto nell'ottica dell'assunzione, in via preventiva, delle migliori garanzie avverso il possibile inadempimento del venditore.

La prima, ovvia, cautela dell'acquirente pubblico rende in ogni caso indispensabile che il contratto di vendita di cosa futura venga stipulato sulla base di un progetto esecutivo completo e non modificabile durante l'esecuzione dei lavori.

Poiché, infatti, la compravendita ha per oggetto un *dare*, l'opera dev'essere progettata in modo tale da poter essere in grado, *ex se*, di soddisfare compiutamente le esigenze dell'amministrazione.

Con ciò, non volendosi escludere, in maniera assoluta, la richiesta di adeguamenti, costituendo, per contro, *condicio sine qua non* che l'oggetto del contratto sia esaustivamente determinato, sin dal momento della stipulazione negoziale, e che non subisca interventi modificativi, nel periodo intercorrente tra la stipula del contratto e la consegna del bene.

Sono, peraltro, "*da ritenersi ammissibili* – a giudizio della Corte dei Conti – *interventi esecutivi di modesto rilievo e tali, comunque, da non alterare i termini sostanziali*".

Ne consegue l'esclusione di ogni ingerenza dell'acquirente nello svolgimento delle opere.

La P.A. dovrà limitarsi, in corso d'opera, a quelle attività eventuali di verifica e collaborazione, insite nelle clausole generali relative ai principi di buona fede, correttezza e diligenza, che tuttavia non trasmodino in forme di compartecipazione nelle cure, nei rischi, nelle iniziative e nelle spese che restano tutte di competenza del venditore, in via esclusiva.

In conclusione, si può ritenere che l'esperibilità della vendita di "cosa futura" sia certamente ammissibile tanto in astratto che in concreto, ma, nella pratica, sia condizionata dalla ricorrenza di situazioni particolari e di presupposti predeterminati.

Compravendita di beni (parzialmente) futuri

Resta da chiarire se il contratto di compravendita di *res* futura sia o meno strumento idoneo rispetto all'operazione di acquisto di un bene immobile da ristrutturarsi ad opera del venditore, tanto in ambito privato che pubblicistico; posto che qui si è in presenza di un bene per certi versi attuale e tuttavia diverso da quello che l'acquirente mira ad ottenere mediante le trasformazioni che interverranno prima dell'avverarsi dell'effetto reale del trasferimento, di cui tali trasformazioni costituiscono la *conditio sine qua non*.

Nell'uso comune del termine e, ancor più, nel campo della pratica edilizia, il termine "ristrutturazione" indica gli interventi volti alla costruzione o al rifacimento dell'opera architettonica, tanto intesa nel suo insieme strutturale, quanto con riferimento a specifiche parti o porzioni dell'edificio, mancanti oppure bisognose d'esser rimesse a nuovo, sia in vista della conservazione del bene che al fine della destinazione del medesimo ad un utilizzo diverso da quello precedente.

Il nuovo codice dell'edilizia[27], all'art. 3, definisce gli interventi edilizi, già identificati con l'art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, altresì distinguendo il concetto di "ristrutturazione" da quelli di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo.

Così, l'art. 3, cod. ed., alla lettera *a*), definisce quali "*interventi di manutenzione ordinaria*" quelli riguardanti le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle utili per l'integrazione e il mantenimento in efficienza degli impianti tecnologici esistenti; alla lettera *b*) quali "*interventi di manutenzione straordinaria*" le opere e le modifiche di rinnovo e sostituzione di parti anche strutturali degli immobili e quelle di realizzazione e integrazione dei servizi igienico-sanitari e tecnologici, purché non vi sia alterazione dei volumi e delle superfici delle unità immobiliari, né modifica della destinazione d'uso; *c*) quali "*interventi di restauro e di risanamento conservativo*" gli interventi edilizi destinati alla conservazione dell'organismo edilizio e a garanzia della funzionalità, attraverso un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali del bene, ne consentano destinazioni d'uso compatibili con essi.

In tale categoria vengono ricompresi il consolidamento, il ripristino

[27] Approvato con Decreto del Presidente della Repubblica, 6 giugno 2001, n. 380, modificato dal decreto legislativo 301/2002, entrato in vigore il 30.06.2003 in supplemento ordinario n. 239/L alla Gazzetta Ufficiale del 20 ottobre 2001, n. 245.

e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio.

L'articolo in esame, alla lettera *d*), finalmente, definisce quali "*interventi di ristrutturazione edilizia*" quelli "*rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente.*

Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti.

Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione, con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica".

Individuate così le ipotesi "giuridiche" di ristrutturazione, occorre precisare che, al fine di meglio inquadrare, caso per caso, la fattispecie concreta riassumibile sotto la normativa in questione, sarà altresì utile un processo ricognitivo volto alla considerazione delle effettive esigenze funzionali da soddisfarsi per mezzo dell'immobile e dei relativi livelli di funzionalità, nonché della consistenza e dei tempi delle attività necessarie.

Sarà altresì opportuno svolgere una indagine di raffronto fra le caratteristiche strutturali e topografiche attuali e quelle volute in esito ai lavori di ristrutturazione.

Vanno però chiarite, alla luce del dato normativo di cui all'art. 3, cod. ed., le differenze intercorrenti tra quanto descritto dalle lettere *b*), *c*) e *d*) della norma.

Gli interventi di manutenzione straordinaria di cui alla lett. *b*) hanno lo scopo di garantire la conservazione nel tempo della costruzione alla quale sono riferiti, nella sua specificità anche fisica e materiale, anche a fronte di rinnovazioni e sostituzioni strutturali di quelle porzioni del bene che risultino usurate.

Si tratta di opere intese al rinnovamento e al migliore utilizzo dell'immobile che, sebbene possano incidere sulle strutture, non devono determinare l'alterazione dei volumi e delle superfici, né la modifica della destinazione d'uso della *res*[28], caratterizzandosi per la ripetizione fedele di alcune parti della struttura architettonica.

[28] Consiglio di Stato, sez. V, decisione 7 luglio 1987, 455, in *Riv. Amm.*, 1988, p. 1392 e 21 novembre 1985, 417; T.A.R. Lazio, sez. II, 02.11.1983, 959.

Anche le opere di restauro e di risanamento conservativo di cui alla lett. *c*) mirano alla conservazione dell'organismo edilizio, ma, a differenza degli interventi di straordinaria manutenzione, si svolgono nell'ambito del più ampio confine costituito dagli elementi di ordine tipologico, formale e strutturale che caratterizzano l'edificio.

Il bene è, in tal caso, considerato nella sua proiezione temporale passata e futura, nel quadro del contesto urbanistico in cui è inserito; e i lavori sul medesimo hanno la finalità di realizzare "un ponte fra le due dimensioni", in modo da consentire l'armonico adeguamento del fabbricato all'evoluzione del complessivo assetto urbanistico[29].

Da entrambe si differenzia l'opera di ristrutturazione di cui alla lett. *d*), la quale, mediante un insieme sistematico d'interventi, è diretta, non alla conservazione del bene[30], ma alla sua "*trasformazione*".

A tale riguardo merita menzione una decisione del Supremo Collegio[31] che ha individuato nel risultato finale dei lavori il criterio per differenziare manutenzione straordinaria, restauro e risanamento, da una parte, e ristrutturazione, dall'altra: nel primo caso si è in presenza di opere dirette a conservare l'edificio, nel secondo gli interventi "*trasformano l'organismo edilizio mediante un rifacimento che ne interessa la maggior parte*"[32].

A fronte dell'analisi svolta e del fatto che l'art. 3, cod. ed., lett. *d*), afferma che l'esecuzione dell'insieme sistematico di opere con cui avviene la ristrutturazione può "*portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente*", deve ritenersi che tale "differenziazione" del nuovo bene rispetto a quello precedente sia una semplice eventualità, infatti, in base alla lettera della legge, la ristrutturazione comprende *anche* ripristino, sostituzione, eliminazione, modifica e inserimento di nuovi elementi..., ma non si esaurisce in essi.

Non tutti i lavori, dunque, hanno la capacità di trasformare l'immobile.

L'immobile da ristrutturarsi ad opera del venditore potrà considerarsi "cosa futura" solo allorché gli interventi effettuati sul medesimo

---

[29] FODERINI D., *La ristrutturazione edilizia mediante l'integrale demolizione e ricostruzione delle opere*, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 2000, II, p. 68.

[30] Consiglio di Stato, sez. V, 23.06.1997, 704, in *Giur. bollettino legisl., tecnica*, 1997, p. 4293; 17.12.1996, 1551, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 1997, I, p. 555.

[31] C. Cass., 05.04.1994, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 678.

[32] Conforme, Consiglio di Stato, sez. V, 27.09.1990, 695, in *Foro Amm.*, 1990, p. 2043.

abbiano portato, attraverso la trasformazione dell'organismo edilizio, ad un *quid novi* rispetto al bene nella sua strutturazione e fisionomia originarie.

Quid novi in ragion del quale il compratore abbia stipulato il contratto, dal momento che suo unico scopo era l'acquisto dell'immobile così come risulti dalla ristrutturazione realizzatasi prima dell'effetto acquisitivo.

Proprio in questo senso, si deve parlare d'immobile parzialmente futuro, perché, senza le opere di ristrutturazione, non sarebbe mai venuto ad esistenza in questa sua nuova fisionomia.

In conclusione, solo nei limiti e alle condizioni che si sono illustrate, la volontà delle parti potrà costituire il criterio distintivo per eccellenza fra vendita di "cosa futura" e appalto: quel "criterio subbiettivo" in ossequio al quale l'acquirente stipula il contratto solamente perché interessato, nella propria rappresentazione volitiva, all'immobile "futuro" (o parzialmente "futuro"), così come verrà ad esistenza a seguito dei lavori del venditore.

Inoltre, la *res* oggetto del contratto di compravendita sarà altresì futura quando, pur mancando una mutazione radicale delle caratteristiche fisiche dell'edificio, come sopra delineata, le opere di ristrutturazione avranno avuto quale obbiettivo specifico – proprio della rappresentazione volitiva delle parti del negozio – quello del cambiamento della destinazione d'uso dell'immobile.

Infatti, elemento essenziale per la negoziazione è la volontà del contraente di acquisire un immobile che però, allo stato attuale, non esiste, poiché non ancora idoneo alla destinazione finale propria degli intendimenti dell'acquirente; sarà dovere del venditore, attraverso gli idonei lavori di ristrutturazione, portarlo ad esistenza per farne acquisire la proprietà al compratore, non essendo questo effetto contestuale alla conclusione del contratto.

Dunque, potrà utilizzarsi il contratto di compravendita di "cosa futura" di cui all'art. 1472, cod. civ., sia da parte del privato che della pubblica amministrazione, in quanto la *res* immobile oggetto di contrattazione non esiste ancora alla stato attuale, tanto sotto il profilo fisico che sotto quello giuridico, ma verrà ad esistenza solo in seguito ai necessari lavori di ristrutturazione.

LARA FIORAVANTI *Teorie etiche e diritti degli animali*

ABSTRACT

La questione dei diritti degli animali è stata oggetto, a partire dagli anni '70, di un vivace dibattito.

La discussione sui diritti della persona e delle minoranze, ha portato alla maturazione di un'etica interspecifica, che si traduce nell'espansione della coscienza morale al di là dei ristretti confini della specie umana verso il restante mondo degli esteri senzienti.

Insieme al movimento impegnato nell'affermazione dei diritti degli animali si è sviluppato quel settore di studi e di ricerche in cui si affronta il problema etico-filosofico del rapporto con i non umani.

Le tre prospettive etiche principali, relative al rapporto uomo-animale, sono quelle riferibili a Peter Singer, Tom Regan e Mary Midgley.

Le tre teorie correggono o superano la visione antropocentrica dell'etica che considera la razionalità umana come unico parametro nell'attribuzione della considerazione morale agli esseri viventi, allargando la riflessione etica oltre al mondo umano fino ad inglobare quello vegetale o animale.

Tuttavia l'obiettivo non è quello di considerare l'animale non umano come prossimo, ma rivendicare e difendere la sua diversità per esigerne il rispetto, al fine riconoscergli la dignità di soggetto di diritto, tutelandolo quindi dalla sofferenza, dalla violazione e dalla sopraffazione dell'uomo.

LARA FIORAVANTI

TEORIE ETICHE E DIRITTI DEGLI ANIMALI

Il comportamento dell'uomo verso gli animali non è stato esente, nella cultura occidentale, (e di tradizione cristiana), da forti ambiguità.

La caccia, praticata con congegni spesso sofisticati e crudeli, i combattimenti tra animali aizzati dall'uomo, le sevizie imposte loro per divertire le corti regnanti ecc., rivelano la gravità delle deviazioni cui si è giunti.

Il presupposto è, infatti, che gli animali possono essere usati dall'uomo a proprio piacimento, anche per ragioni del tutto effimere.

Tale approccio rimane pressoché identico anche in epoca moderna.

Mentre si ridimensionano alcune pratiche barbariche, si apre la strada all'impiego degli animali per ricerche sperimentali, con risultati di grande interesse scientifico.

Solo all'inizio del XIX secolo nascono in Inghilterra le prime associazioni per la protezione degli animali, ma la situazione sostanzialmente non cambia.

Si può affermare che il XX secolo conosce le forme più brutali e sadiche di maltrattamento degli animali, con le indicibili torture cui vengono sottoposti in campo militare, con gli allevamenti di massa a scopo alimentare, con la macellazione meccanica e con la pratica sempre più estesa della vivisezione.

Fortunatamente, anche a seguito delle crudeltà arbitrariamente perpetrate e dell'immensa sofferenza inflitta agli animali, è venuta sviluppandosi oggi una nuova sensibilità, espressione di una più profonda percezione della continuità esistente tra mondo animale e mondo umano.

Questa nuova coscienza si è in parte già tradotta in atti legislativi, che vietano alcune pratiche di violenza gratuita e ne disciplinano altre, consentendone l'uso solo nel caso in cui non si danno alternative praticabili.

La cura degli animali non rivela solo nobiltà d'animo, manifesta anche una matura consapevolezza del valore che si attribuisce alla vita e alla sua preservazione; è indice della percezione che l'uomo ha di

essere parte di un sistema più ampio e di dover rispettare equilibri imprescindibili[1].

L'etica animalista è una conseguenza di una sensibilità recente, sebbene nella storia del pensiero occidentale non manchino elementi di riflessione che hanno anticipato le posizioni attuali.

Kant, ad esempio, nella sua celebre *Metafisica dei costumi* del 1797 motiva l'esigenza di salvaguardia della natura e di rispetto degli animali in base a ragioni di opportunità per l'uomo, facendo leva, cioè, sul fatto che soltanto così si evita l'imbarbarimento e l'insensibilità anche nei confronti della sofferenza umana.

Più tardi sono gli empiristi inglesi ad attribuire fondamento specifico ai doveri dell'uomo verso gli animali introducendo come criterio di discernimento la sensibilità al dolore che accomuna uomo e animale.

Questa è la tesi di Jeremy Bentham, il quale subordina a tale criterio le motivazioni più tradizionali, per le quali il rispetto degli animali si fonda invece su un sentimento universale di benevolenza e sulla possibilità di ammansire gli uomini.

Il recente dibattito sull'etica animalista ha preso avvio da queste premesse (su cui torneremo nei prossimi paragrafi per un approfondimento).

La ragione per cui la moralità occidentale è stata a lungo circoscritta ai soli soggetti umani era dovuta alla convinzione che la sua insorgenza fosse legata alla presenza di razionalità, abilità linguistica e autonomia.

Gli animali venivano così banditi dalla sfera di esercizio dell'etica; a loro veniva riconosciuta rilevanza morale solo indirettamente, in ragione delle ripercussioni che certi comportamenti adottati nei loro confronti potevano avere sulla vita degli uomini. Sulla base di questo assunto, che sanciva la distanza qualitativa tra uomo e animale, veniva giustificato il loro uso anche sotto forma di pesante sfruttamento.

Questa distanza oggi risulta molto meno rilevante e le ricerche biologiche, in particolare quelle ispirate a ipotesi evoluzioniste, tendono a negare la rigida separazione tra i due mondi e ad affermare piuttosto l'esistenza di un continuum tra uomo e animali anche per quanto concerne le possibilità di espressione; ed è questo il contesto nel

[1] GIANNINO PIANA, *Bioetica. Alla ricerca di nuovi modelli*, Milano 2002, pp. 257-266.

quale si sono sviluppate in questi ultimi decenni le tesi a sostegno dei diritti degli animali.

La "questione animale"

La nuova riflessione sui rapporti tra l'uomo e i non umani può inoltre inquadrarsi nel cambiamento del clima filosofico verificatosi intorno agli anni '60, quando si ha una transizione dalle ricerche di metaetica ed analisi del linguaggio a quelle di etica normativa, ed emergono temi appartenenti in senso proprio alla bioetica.

Nel contesto di tali riflessioni, ponendosi al centro del dibattito il concetto di persona umana e dei suoi diritti, si assiste ad un approfondimento della nozione stessa di umano e della crucialità di tale nozione in rapporto, ad esempio, al diritto alla vita.

Il che ha condotto a interrogativi analoghi concernenti i non umani.

L'istanza di una nuova moralità, che si occupi dei rapporti che l'uomo deve intrattenere con l'ampia sfera del non umano, si collega alla presa di coscienza che la sopravvivenza della nostra specie è strettamente collegata a quella delle altre.

Accanto a questa motivazione, quella della comunanza nella paura per la morte, se ne può scorgere un'altra.

Infatti, seppur separati nella storia, umani e non umani sono stati per un certo periodo vicini nel momento in cui alcuni umani sono stati posti, perché considerati tali dall'intera comunità, in una situazione "da animali".

Scrive a proposito Luisella Battaglia: "non esiste, in altri termini, dopo Auschwitz, una natura umana il cui possesso assicuri il tranquillo godimento dei diritti: il diritto di essere trattati come umani può venir revocato da un momento all'altro. Sappiamo ormai cosa significa essere trattati come animali, sfruttati come animali, uccisi come animali. La reificazione dell'uomo, la perdita di ogni sacralità della persona, quindi il colmo dell'inumano, ha suscitato un tale orrore, ha traumatizzato così profondamente la coscienza morale, da riverberarsi anche sul termine di paragone, il non umano"[2].

Dopo Auschwitz, in altre parole, si può comprendere come l'animalità sia una condizione, non un fatto di natura, e che la stessa uma-

[2] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari 1997, pp. 31-33.

nità è una condizione che deve essere riconosciuta, e che non può mai essere garantita.

L'esigenza di rispondere alla domanda se gli animali siano soggetti di diritto percorre la storia del pensiero filosofico e filosofico-giuridico occidentale e l'elaborazione teorica recente su questo tema, specialmente nella letteratura anglosassone, si è sviluppata in vari modelli e filoni di cui quelli più accreditati sono, quello di indirizzo neoutilitarista (che si può ricondurre soprattutto all'opera di Peter Singer), e quello neokantiano (che si può ricondurre soprattutto all'opera di Tom Regan).

La "questione animale" nasce all'interno del più ampio dibattito riguardante il rapporto uomo/ambiente, conservando però una sua specificità nel perseguire, come obiettivo fondamentale, il superamento di quella concezione dualistica ancora oggi dominante, che contrappone l'uomo all'animale.

A partire dagli anni Settanta, con l'approfondirsi della discussione sui diritti della persona e delle minoranze e con lo strutturarsi del movimento ecologista, il dibattito sulla tutela degli animali assume un ruolo centrale, sottolineando una tendenza all'espansione della coscienza morale al di là dei ristretti confini della specie umana verso il restante mondo degli esseri senzienti.

L'etica tradizionale, intesa come dottrina del bene morale e della legge universale, in questo complesso panorama socio-culturale, lascia il posto ad un'etica applicata alle concrete problematiche sollevate dalle nuove aree di interesse pubblico (medicina, ambiente, biotecnologie).

Ai problemi ambientali della progressiva riduzione delle risorse disponibili, dell'accentuarsi di processi di inquinamento che coinvolgono i beni fondamentali – terra, aria, acqua –, ai problemi del sempre più minaccioso controllo dell'uomo sulla vita e la morte, non si poteva rispondere facendo riferimento ad un astratto, per quanto valido, principio etico; in questo contesto, quello degli anni Settanta, nasce l'etica applicata al regno della vita, la bioetica.

La bioetica determina un'estensione del tradizionale orizzonte morale non più confinabile all'interno della nostra specie. "Poiché la bioetica è l'etica applicata al regno della vita, essa riguarda tutto ciò che è vivente, umano e non umano, e per estensione anche l'ambiente in cui si svolgono le varie forme di vita. Accanto alla bioetica medica e a quella ambientale vi è, dunque, una bioetica animale – che si occupa degli aspetti morali delle relazioni dell'uomo con i non umani e,

quindi, dei diritti degli animali, delle implicazioni etiche connesse alle sperimentazioni biomediche, all'ingegneria genetica, alla zootecnia, ecc."[3].

Da questo momento si incomincia a parlare di animalismo, non più soltanto in riferimento ai vari movimenti impegnati nella difesa dei diritti degli animali, ma come settore specifico di indagine che si occupa delle problematiche riguardanti la relazione di interdipendenza che unisce l'uomo alla restante sfera degli esseri senzienti.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, proclamata dalle varie leghe protezioniste europee davanti all'Unesco nel 1978, conferma l'attenzione della riflessione filosofica nei confronti del rapporto dell'uomo con le altre specie[4].

Il documento afferma non soltanto il diritto all'esistenza degli esseri non umani, includendoli ufficialmente nella comunità morale, ma sottolinea anche lo stretto legame che intercorre tra la specie umana, gli animali e l'ambiente naturale.

Nel preambolo alla suddetta Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, si legge: "Ogni animale ha dei diritti [...] il disconoscimento e il disprezzo di questi diritti hanno portato e continuano a portare l'uomo a commettere dei crimini contro la natura e gli animali [...] il riconoscimento da parte della specie umana del diritto all'esistenza delle altre specie animali costituisce il fondamento della coesistenza delle specie nel mondo [...] il rispetto degli animali da parte dell'uomo è legato al rispetto degli uomini tra loro".

In queste righe emerge il rapporto di reciproco condizionamento tra gli organismi viventi che compongono la "comunità naturale" nell'ottica di quella visione sistemica che è propria dell'etica ecologica.

Molti degli articoli della Dichiarazione, infatti, insistono proprio su questo legame di interconnessione tra gli esseri viventi, mostrando come la tematica animalista non possa essere separata da quella più generale del rispetto di ogni forma di vita, inclusa quella vegetale.

I vari movimenti di liberazione animale, sempre più numerosi a partire dagli anni Settanta, rivendicarono una piena autonomia dalle posizioni ecologiste, rimarcando la specificità della propria causa.

Essi altresì contribuirono alla nascita di quella che oggi viene chia-

[3] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, cit., p. XIII.

[4] L'atto ufficiale che segna la nascita della considerazione morale delle specie non umane, è la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale*, proclamata di fronte all'Unesco dalle leghe protezioniste europee il 15 ottobre del 1978.

mata etica di liberazione animale che fa degli esseri senzienti dei soggetti di diritto, in contrapposizione all'etica della responsabilità umana, per la quale gli esseri senzienti sono destinatari di doveri.

La rinnovata considerazione etico-filosofica per la tematica animalista è testimoniata non soltanto dal proliferare delle numerose organizzazioni politiche e sociali impegnate in questa causa, ma anche dalla comparsa, sempre più frequente, di libri-denuncia contro la vivisezione, gli allevamenti intensivi e, più in generale, lo sfruttamento animale.

È nell'ambito della cultura angloamericana degli anni Sessanta e Settanta che si diffonde l'idea di un'etica di liberazione animale, soprattutto in seguito alla pubblicazione di scritti che sono diventati il manifesto ideologico di tale etica.

Animal Machines (1966) di Ruth Harrisson, *Victims of Science* (1975) di Richard Ryder, *Animal Rights* (1976) di Andrew Linzey, *The Moral Status of Animals* (1977) di Stephen Clark, sono soltanto alcuni esempi delle pubblicazioni che in quel periodo annunciano quella liberazione animale che troverà in Peter Singer il suo più autorevole rappresentante e fondatore.

In alcuni di questi testi per la prima volta emerge, in maniera realistica e crudele, l'atteggiamento fortemente discriminatorio dell'uomo nei confronti degli esseri di specie diversa dalla propria, che, per questa ragione, sono considerati inferiori.

Lo Specismo

In particolar modo sarà Richard Ryder a far aprire gli occhi sulle nefandezze non più tollerabili di una scienza moderna incurante e indifferente di fronte alla tortura fisica e alla sofferenza psicologica di esseri senzienti, come noi, la cui unica colpa è di non appartenere alla specie *homo sapiens*.

Il termine *specismo* fu coniato dallo psicologo di Oxford Richard Ryder nel 1970, ed inserito *nell'Oxford English Dictionary* dove è definito:

"discriminazione o sfruttamento di certe specie di animali da parte degli esseri umani sulla base dell'assunto della superiorità umana".

Il movimento di liberazione animale ha evidenziato che, così come

la razza e il sesso non sono criteri eticamente rilevanti per determinare il tipo di trattamento che dobbiamo riservare agli individui, allo stesso modo, la specie di appartenenza non può essere considerata una caratteristica eticamente rilevante in relazione alla quale giustificare il nostro comportamento discriminatorio nei confronti dei non umani.

Il termine specismo suggerisce un parallelismo tra gli atteggiamenti degli uomini verso gli animali non umani e gli atteggiamenti dei razzisti verso i membri di una razza che considerano inferiore. In entrambi i casi, c'è un gruppo interno che giustifica lo sfruttamento da esso operato nei confronti di un gruppo esterno sulla base di una supposta differenza, motivazione moralmente inaccettabile.

Peter Singer sottolinea la necessità, tipica di qualsivoglia movimento di liberazione, di un continuo allargamento dei nostri orizzonti morali al di là dei confini della nostra specie verso quegli esseri senzienti che condividono con noi umani l'interesse primario a non soffrire.

"Un movimento di liberazione esige – scrive P. Singer – un'espansione dei nostri orizzonti morali ed un'estensione o reinterpretazione del fondamentale principio etico di uguaglianza"[5].

Sulla necessità di un ripensamento filosofico del tradizionale principio di uguaglianza insisteranno tutti i teorici della liberazione animale, auspicando il passaggio da un'etica intra-specifica, avente al suo centro la specie umana, ad un'etica inter-specifica, che ricomprenda tutte le specie viventi con pari dignità.

L'etica di liberazione animale viene così a configurarsi non come un atto di benevolenza o di carità nei confronti degli animali, ma come una richiesta di giustizia, un appello ai principi morali universali la cui applicazione è richiesta dalla ragione.

A risvegliare l'attenzione per le soggettività senzienti non umane contribuirono non soltanto le organizzazioni animaliste che si impegnarono sul piano politico e sociale per il riconoscimento giuridico dei diritti degli animali, ma anche il repentino cambiamento che si verificò nell'approccio scientifico-filosofico, (in particolare in seguito alla crisi del behaviorismo), e la nascita di nuove discipline (in particolare l'etologia cognitiva), parteciparono alla nascita di un nuovo modo di

[5] PETER SINGER, *Il movimento di liberazione animale: la sua filosofia, le sue conquiste e il suo futuro*, tr. it. di P. Cavalieri, A. Pillon, Torino 1989, p. 8 (*The Animal Liberation Movement: its Philosophy, its Achievements and its Future*, Nottingham 1985).

guardare agli animali, non più considerati come meri oggetti fisici, ma come "altre menti" portatrici di una loro esperienza soggettiva.

A partire dalla metà degli anni Settanta, l'autorevole zoologo dell'Harvard University, Donald Griffin, pubblica una serie di volumi e articoli che oltre ad includere un'imponente mole di materiale documentario, difendono la possibilità di attribuire pensiero cosciente agli animali.

Entrando in polemica con l'approccio behaviorista, secondo cui l'unico oggetto possibile di una psicologia scientifica è costituito dal comportamento manifesto, cioè dall'insieme delle reazioni dell'organismo osservabili dall'esterno, Griffin fa notare che non c'è da sorprendersi se la possibilità dell'esistenza della coscienza nell'animale sia stata naturalmente trascurata[6].

Griffin mette in evidenza che gli animali, nel loro atteggiamento quotidiano di ricerca dei mezzi per la sopravvivenza, vivono anche un'esperienza mentale soggettiva che non può essere interpretata come una risposta meccanica a certi stimoli.

L'etologia cognitiva, così come la intende Griffin, si propone di studiare il comportamento dell'animale, impegnato nella ricerca dei mezzi per soddisfare i propri bisogni, non in una situazione di laboratorio creata artificialmente, ma nel suo ambiente naturale, proprio perché l'osservazione sul campo di come l'animale fa fronte a tali sfide – scrive Griffin – potrebbe fornire le migliori indicazioni sui suoi sentimenti e i suoi pensieri.

Griffin, inoltre, mettendo in evidenza come gli animali siano anch'essi dotati di un sistema nervoso centrale composto da neuroni e sinapsi simile a quello umano, si chiede quale sia quell'attributo fondamentale che permette di assegnare solo e soltanto all'uomo la facoltà di pensiero o di provare sentimenti.

Griffin quindi ritiene necessario superare l'antimentalismo che ha caratterizzato la psicologia comportamentista, sottolineando che la difficoltà di dimostrare l'esistenza di stati mentali, siano essi umani o animali, non può portare alla conclusione della loro non esistenza.

"Il compito che ci attende – scrive ancora Griffin – è quello di avventurarci al di là del confine della nostra specie cercando di racco-

[6] DONALD GRIFFIN, *Cosa pensano gli animali?*, Roma-Bari 1986, p. V (*Animal Thinking*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1984).

gliere informazioni soddisfacenti su ciò che altre specie possono pensare o sentire".

In questo modo, gli studi di Griffin sulla possibilità di attribuire stati mentali agli animali, si ricollegano alle riflessioni di Thomas Nagel contenute nel famoso articolo pubblicato nel 1974, *What is It Like to Be a Bat?*

L'articolo di Nagel rappresenta una svolta decisiva nella considerazione degli animali negando ormai, in maniera definitiva, ogni possibilità di una loro riduzione a semplici oggetti materiali e affermandone lo status morale di soggettività coscienti.

Nagel assume come concetto centrale della sua riflessione il carattere soggettivo dell'esperienza ritenendo che anche agli animali possa senza alcun dubbio essere attribuito: "L'esperienza cosciente – scrive Nagel – è un fenomeno esteso. Si manifesta a numerosi livelli di vita animale [...]. Senza dubbio si manifesta in innumerevoli forme per noi totalmente inimmaginabili, su altri pianeti, in altri sistemi solari, attraverso l'universo"[7]; quindi non possiamo, come affermerà in seguito più volte lo stesso Nagel, negarne l'esistenza semplicemente perché tali fenomeni non rientrano nei limiti della nostra possibilità di conoscenza.

Chiedersi, come fa Nagel, che effetto fa essere un pipistrello, e più in generale, essere un animale, vuol dire accettare l'esistenza di esperienze soggettive, altre da noi, non esprimibili in un linguaggio umano e, al contempo, riconoscere la realtà di determinate entità coscienti che oltrepassano la capacità umana di una loro comprensione razionale.

Le numerose acquisizioni sulla vita e la natura degli animali ad opera di scienziati ed etologi che, come Jane Goodall, hanno trascorso gran parte della loro esistenza con gli esseri non umani, dimostrano che non è più possibile rivolgersi agli animali secondo un approccio del tipo soggetto-oggetto; occorre ripensare il legame dell'uomo con gli animali nei termini di una relazione con altri soggetti dotati, come scrive Viola, di una loro identità e interessi[8].

---

[7] THOMAS NAGEL, *Che effetto fa essere un pipistrello?*, in ID. *Questioni mortali*, tr. it. di A. Besussi, Milano 1986, p. 163 (*What is like to be a bat?*, from "The Philosophical Review" LXXXIII, 4, 1974, pp. 435-50).

[8] FRANCESCO VIOLA, *Dalla natura ai diritti*. I luoghi dell'etica contemporanea, Roma-Bari 1997, p. 254.

Gli animali nella storia del pensiero occidentale.

L'attuale dibattito sulla questione animale non nasce, comunque, ex novo nella nostra epoca, ma ha alle sue spalle secoli di tradizione filosofica nella quale l'animale non umano, in quanto "altro da noi", ha suscitato vasto interesse e profonda curiosità.

Nel corso della storia della filosofia si sono alternate tesi assai diverse e spesso contrapposte, riguardanti il trattamento che dobbiamo riservare agli animali: dalla visione cartesiana che fa degli animali dei semplici "automi naturali" incapaci di provare piacere e dolore ed escludendoli dalla comunità morale, si è passati all'atteggiamento kantiano di generica benevolenza dell'uomo verso gli animali come strumento per elevare il proprio senso di umanità, per giungere infine, nell'età dei Lumi, ad un iniziale riconoscimento dello status morale dell'animale.

Jeremy Bentham fu il primo a destabilizzare in modo significativo la visione antropocentrica dell'etica e dieci anni dopo la pubblicazione delle *Lezioni di etica* (1771) in cui Kant definiva gli animali "semplici mezzi privi di una coscienza di sé" completava la sua *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (pubblicata però nel 1789), in cui parla degli animali come di agenti suscettibili di felicità e quindi portatori anch'essi, come gli umani, di interessi fondamentali di cui occorre tener conto se non si vuole essere accusati di una rinnovata tirannia nei confronti dei soggetti deboli della società [9].

L'introduzione ai principi della morale e della legislazione, segna la nascita del positivismo utilitaristico e fa di Bentham il precursore teorico della difesa dei diritti degli animali.

Al centro della riflessione benthamiana spicca il principio di utilità, ovvero il "principio della maggiore felicità per il maggior numero" di esseri coinvolti in un'azione.

Bentham pone, come capacità fondamentale di un organismo vivente, non la capacità linguistica o la razionalità o ancora, l'intelligenza, ma la capacità di provare piacere o dolore quale requisito indispensabile per determinare la nostra sopravvivenza.

In questo modo, l'abisso metafisico tra uomo e animale, creato da

[9] "Quali altri agenti ci sono, quindi, che, mentre sono sotto l'influenza della direzione dell'uomo, sono suscettibili di felicità?" (JEREMY BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, c. XVII, tr. it. di S. di Pietro, Torino 1998, p. 420).

secoli di razionalismo filosofico, scompare e gli "altri animali" ritornano ad essere entità coscienti e sensibili, nuovi soggetti sociali che condividono con noi lo stesso interesse a non soffrire.

Paragonando la situazione degli animali a quella degli schiavi neri, ed auspicando il giorno "in cui il resto degli animali del creato potrà acquisire quei diritti di cui non si sarebbe mai potuto privarli, se non per mano della tirannia" [10], Bentham fu uno dei pochi filosofi a presentare il dominio dell'uomo sugli animali, così come sugli schiavi o sui neri, come tirannia, piuttosto che come governo legittimo.

Bentham, in particolare, fa notare come il principio dell'uguale considerazione degli interessi possa essere applicato anche ai membri di specie diversa dalla nostra, aprendo così la strada verso quell'egualitarismo interspecifico, che diventerà poi la bandiera ideologica di tutti i movimenti di liberazione animale.

"I francesi hanno già scoperto – egli scrive – che il nero della pelle non è una ragione per cui un essere umano debba essere abbandonato senza rimedio al capriccio di un carnefice. Può arrivare il giorno in cui si riconoscerà che il numero delle gambe, la villosità della pelle [...] sono ragioni altrettanto insufficienti per abbandonare un essere senziente allo stesso destino? Quale attributo dovrebbe tracciare l'insuperabile confine? [...] La domanda da porre non è "Possono ragionare?" né "Possono parlare?", ma "Possono soffrire?" [11].

Gli effetti del ribaltamento di prospettiva operato da Bentham risultano evidenti: non solo vengono abbandonati i tradizionali parametri (intelligenza, razionalità, linguaggio), in relazione ai quali un essere vivente può entrare a far parte della comunità morale, ma anche il concetto di "agente morale" perde la sua centralità, e affiora un nuovo concetto, quello di "paziente morale".

"Al centro dell'etica – scrive la Cavalieri riferendosi a Bentham – si trovano dunque i pazienti morali – individui concreti, empiricamente caratterizzati dall'inclinazione a sfuggire il dolore e a perseguire la felicità. Da questo modo di essere dei pazienti scaturiscono gli obblighi degli agenti" [12].

---

[10] JEREMY BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, cit., c. XVII, p. 421, (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London 1789).

[11] JEREMY BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, cit., c. XVII, pp. 421-422.

[12] PAOLA CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino 1999, p. 78.

Il Darwinismo

Dopo il punto di svolta verificatosi con l'affermarsi dell'utilitarismo benthamiano, un ulteriore scossone alla visione strettamente antropocentrica dell'etica fu sferrato da quella rivoluzione cosmologica di cui Darwin (1809 – 1882) fu protagonista indiscusso. Nelle sue opere principali, *L'origine della specie* (1859) e *La discendenza dell'uomo* (1871), divenute ormai classiche, Darwin proclama il principio della continuità tra le specie, individuando negli animali non umani i diretti antenati da cui noi uomini discendiamo; tra l'uomo e l'animale ci sarebbe, argomenta Darwin, soltanto una differenza di grado, non di genere.

Tutte quelle capacità superiori (razionalità, linguaggio verbale), che l'uomo crede di possedere in maniera esclusiva, non sono altro che il risultato di un lungo processo evolutivo, tramite il quale quelle stesse capacità, presenti negli animali in una condizione iniziale, hanno poi raggiunto nell'uomo massimo sviluppo.

"Nondimeno, per quanto grande sia la differenza che passa fra la mente dell'uomo e quella degli animali più elevati – scrive Darwin – è differenza solo di grado e non di qualità. (...) le varie emozioni e facoltà come l'amore, la memoria, l'attenzione, la curiosità, l'imitazione, la ragione ecc (...) si possono trovare in una condizione incipiente, o talora anche ben sviluppata negli animali sottostanti" [13].

Darwin ha quindi dimostrato che noi uomini possiamo rintracciare negli animali non umani le radici delle nostre stesse capacità di amare e di ragionare, istituendo così un unico filo evolutivo che, se ripercorso a ritroso, è in grado di svelarci la nostra più profonda origine.

Henry Stephen Salt

Se a partire dal diciottesimo secolo, nelle opere dei filosofi ci si imbatte più frequentemente nella tesi della insostenibilità di ogni assimilazione degli animali a oggetti, nulla cambia per quanto riguarda l'atteggiamento quotidiano nei confronti degli animali non umani che continuano ad essere correntemente utilizzati dall'uomo per cibarsi op-

[13] CHARLES DARWIN, *I poteri dell'uomo e quelli degli animali inferiori*, in AA.VV., *Diritti animali, obblighi umani*, cit., pp. 84-85.

pure come mezzi di puro intrattenimento o a scopo ricreativo come accade in molti sport.

Questa critica all'uso strumentale degli animali da parte dell'uomo potrebbe essere attribuita ad un teorico animalista contemporaneo, in realtà fu con largo anticipo ed esaurientemente avanzata da Henry Stephen Salt (1851-1939), il quale può essere considerato un punto di riferimento imprescindibile per il dibattito animalista contemporaneo.

Nella prefazione del libro di Salt, intitolato, *Animals' Rights Considered in Relation to Social Progress*, Peter Singer scrive: "Sebbene non la prima, *Animals' Rights* è, io credo, l'opera migliore del diciottesimo e diciannovesimo secolo sui diritti degli animali. Ogni volta che rileggo il libro di Salt, – [...] – io mi meraviglio di come egli anticipi quasi tutti i punti discussi nel dibattito contemporaneo sui diritti degli animali" [14].

Henry Salt, filosofo inglese, amico di Gandhi, fondatore della "Humanitarian League" e impegnato nelle più importanti riforme del suo tempo, (dalla lotta contro la pena di morte alla riforma dei sistemi carcerari, alla rivendicazione dei diritti delle donne e delle minoranze oppresse), considera lo sfruttamento degli animali in atto negli sport, nei circhi, negli zoo, incompatibile con il progresso civile, culturale, sociale raggiunto dall'uomo alle soglie del ventesimo secolo. Ma soprattutto, insiste Salt, occorre chiedersi se il maltrattamento degli animali, sia conciliabile con quella dignità umana, che dovrebbe contraddistinguere ogni appartenente alla specie *homo sapiens*.

"Noi dobbiamo decidere – scrive Salt nell'introduzione del suddetto libro – non se la pratica della caccia alla volpe, per esempio, sia più o meno crudele della vivisezione, ma se tutte quelle pratiche che infliggono sofferenza non necessaria agli esseri senzienti non siano incompatibili con i nobili istinti dell'umanità" [15].

Quella che Salt elabora nel suo *Animals' Rights* è una vera e propria ideologia animalista nutrita di diverse ed eterogenee tradizioni di

---

[14] PETER SINGER, *Preface*, in Henry Stephen Salt, *Animals' Rights Considered in Relation to Social Progress*, Society for Animal Rights, Clarks Summit, (Pennsylvania), 1980, p. VIII. Prima edizione: Centaur Press, London, New York 1892, 1905, 1922. "Though not the first, Animals' Rights is, I believe, the best of eighteenth – and nineteenth-century works on the rights of animals. Every time I re-read Salt's book – (...) – I marvel at how he anticipates almost every point discussed in the contemporary debate over animals' rights".

[15] HENRY STEPHEN SALT, *Animals' Rights*, cit., p. XI.

pensiero: l'utilitarismo benthamiano, il liberalismo spenceriano e, naturalmente, il darwinismo.

In particolare Salt prende come punto di riferimento la teoria dei diritti di Herbert Spencer e afferma che agli animali, così come agli uomini, va riconosciuto il diritto fondamentale alla libertà, nella misura in cui, però, questa loro libertà non vada ad infrangere quella altrui. Più precisamente Salt parla del diritto ad una "libertà astratta" degli esseri senzienti che permette loro di realizzare il proprio sviluppo individuale[16].

Ma ciò che fa di Salt il precursore di quella che più tardi Peter Singer chiamerà "liberazione animale", è la sua visione della società fondata sull'idea di progresso; "egli vedeva – scrive Luisella Battaglia riferendosi a Salt – il cammino della civiltà avviato infallibilmente verso il riconoscimento di dignità umana, per successive aggregazioni, a tutti gli individui che ne sembravano per natura esclusi: dagli schiavi alle donne fino ai non umani"[17].

Con tono profetico Salt afferma che se noi stiamo ormai riconoscendo giustizia alle razze cosiddette inferiori, dobbiamo sbarazzarci dell'antiquata nozione di un grande abisso tra noi e gli animali riconoscendo il comune legame dell'umanità che unisce tutti gli esseri viventi in una fratellanza universale[18].

Salt considera la liberazione animale una tappa obbligatoria dell'ormai irreversibile progresso sociale; infatti egli ritiene che l'immane sofferenza a cui gli uomini quotidianamente sottopongono gli altri animali, per cibarsi, oppure per scopi puramente ricreativi, non sia moralmente accettabile soprattutto se compiuta dall'uomo contemporaneo razionale e altamente civilizzato: "Such actions may be perdonable in a savage, or in a schoolboy [...] but they are wholly unworthy of a civilised and rational man".

Salt stabilisce, così, un netto parallelo tra il progresso civile e politico e il trattamento che riserviamo agli esseri più deboli che, per lungo tempo, sono stati relegati in una condizione di schiavitù e considerati come meri oggetti atti a soddisfare i capricci momentanei della nobile stirpe umana. Ma, fiducioso nel progresso irreversibile della ci-

[16] "Animals have rights, and these rights consist in the restricted freedom to live a natural life – a life, that is, which permits of the individual development – subject to the limitations imposed by the permanent needs and interest of the community".

[17] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, cit., p. 34.

[18] HENRY SALT, *Animals' Rights*, cit., p. 10.

viltà, Salt è altresì sicuro che l'idea di umanità non sarà più per lungo tempo confinata all'uomo, ma inizierà ad estendersi, come un cerchio che lentamente si allarga, anche agli animali inferiori, come in passato tale cerchio si è esteso fino a comprendere i popoli primitivi e gli schiavi.

Nelle ultime pagine Salt sottolinea che il suo libro non è un appello alla misericordia o una richiesta di benevolenza nei confronti dei cosiddetti "bruti non umani", ma egli vuole rimarcare lo stretto vincolo che intercorre tra la tutela dei diritti umani e la tutela dei soggetti più deboli, siano essi uomini o animali.

L'attuazione concreta della tutela dei diritti umani, infatti, approderà prima o poi alla successiva affermazione dei diritti delle razze considerate inferiori, e permetterà la realizzazione di quello spirito universale che, superando un'ottica esclusivamente antropocentrica, sarà in grado di abbracciare in una stessa comunità tutti gli esseri senzienti, portando così a compimento quel processo di civilizzazione che si era ingiustamente fermato entro i confini della specie umana.

Etica di liberazione animale, teoria dei diritti, etica della responsabilità umana

Le prospettive etiche per affrontare la questione animale sono molteplici, e ciascuna ha la sua filosofia e il suo sistema di pensiero, per cui non è facile giungere a conclusioni omogenee e definitive.

Tuttavia si può affermare che vi sono tre impostazioni principali relativamente al rapporto uomo-animale dal punto di vista etico.

La prima si basa sulle conseguenze delle azioni in termini di piacere e pena, e si ispira, modificandolo, all'utilitarismo classico e viene denominata "etica di liberazione animale" o "utilitarismo delle preferenze".

La seconda è una prospettiva giusnaturalistica che postula l'esistenza di diritti naturali degli animali e viene solitamente chiamata "teoria dei diritti animali".

La terza infine che può essere ricondotta ad un'etica della responsabilità umana, dove i doveri verso gli uomini, gli animali e la natura sono adeguatamente bilanciati.

Movimento di liberazione animale: Peter Singer

Caratteristica di questo orientamento è l'assunzione del principio di eguaglianza come sfida per l'etica tradizionale e come base per fondare un parallelismo tra condizione animale e schiavitù umana.

I teorici della liberazione animale si schierano contro lo specismo con l'intento di porre fine al pregiudizio e alla discriminazione basati su un criterio, la specie appunto, vacuo ed arbitrario, allo stesso modo della razza e del sesso. Di qui la stretta analogia instaurata tra razzismo, sessismo, e specismo, intesi come fonte di discriminazione ingiustificabile, fondata sull'egoismo di gruppo e sulla pretesa di perpetuare l'esistente gerarchia di potere.

La sconfitta, almeno teorica, del razzismo e del sessismo pone dunque, come obiettivo di lotta immediatamente successivo, lo specismo.

Peter Singer, filosofo australiano, nato a Melbourne nel 1946 e attualmente direttore del Centre of Human Bioethics presso la Monash University di Melbourne, è l'ispiratore del movimento di liberazione degli animali.

Il movimento contemporaneo per i diritti degli animali ha preso origine e assunto consistenza in seguito alla pubblicazione di quello che è diventato la "bibbia" del movimento stesso, ossia *Animal Liberation* (1975), testo paradigmatico dell'ideologia emancipazionista nel quale Singer enuncia una nuova visione del mondo contrassegnata dalla fine dell'inumanità verso gli animali riallacciandosi dichiaratamente a una tradizione libertaria.

L'autore fa della critica all'atteggiamento specista la base teorica fondamentale in relazione alla quale poi imposta il suo discorso sulla necessità di allargare la sfera della considerazione morale anche ai non umani.

L'espansione degli orizzonti morali deve avvenire, come già postulava Salt, estendendo gli standard morali validi tra gli esseri umani agli altri animali e applicando l'uguaglianza universale anche ai non appartenenti alla nostra specie.

Non si tratta di semplice benevolenza o amore per gli animali, ma di una richiesta di giustizia, un appello a principi morali fondamentali universalmente accettati, la cui applicazione è richiesta dalla ragione.

Partendo come Salt dai principi dell'utilitarismo benthamiano, li modifica, sostenendo che bisogna basarsi su una prospettiva differente

che può essere definita della "media" o della "preferenza", cioè che tenga conto della felicità media di tutti i soggetti coinvolti.

Il motivo del passaggio da una teoria all'altra è abbastanza ovvio: la prima visione dell'utilitarismo (chiamato comunemente utilitarismo della "somma") presenta il grosso difetto di non calcolare il benessere di ogni singolo soggetto, ma soltanto il risultato finale come somma degli effetti.

Sicché un'azione che provochi una utilità alta per molti a fronte di gravi sofferenze per pochi sarà comunque preferibile e approvata purché nella somma totale la felicità di molti superi la sofferenza di pochi. Questo, ad esempio, nel caso della vivisezione porterebbe a giustificare gli esperimenti più aberranti su pochi animali e anche su esseri umani se questi permettessero di salvare molte vite umane.

Singer, invece, con la prospettiva cosiddetta della "media", cerca di tenere conto della situazione di tutti gli interessati, sia pure indicata in termini di utilità media: e questo è particolarmente importante quando nel calcolo si vogliono inserire anche gli animali.

In questa seconda prospettiva non bisogna sommare algebricamente tutte le singole conseguenze, ma bisogna valutare le preferenze di tutti gli individui coinvolti.

È, questo, l'utilitarismo della preferenza: "In questa versione – scrive Singer – le azioni vengono giudicate non in base alla loro tendenza a massimizzare il piacere o minimizzare il dolore, ma in base al loro accordo con le preferenze degli esseri interessati dall'azione o dalle sue conseguenze"[19].

E fra queste preferenze bisogna tenere in maggiore considerazione quelle più essenziali come ad esempio il diritto di sopravvivere.

La tutela morale del benessere degli animali si presenta come una richiesta di applicazione del principio etico fondamentale della uguale considerazione degli interessi di tutti gli esseri senzienti.

La trattazione del principio dell'eguale considerazione degli interessi di tutti gli esseri senzienti nasce dalle riflessioni di Singer riguardanti il principio universalmente accettato dell'uguaglianza di tutti gli esseri umani[20].

---

[19] PETER SINGER, *Etica pratica*, tr. it. di G. Ferranti, Napoli 1989, pp. 85-86, (*Practical Ethic*, Cambridge 1979).

[20] PETER SINGER, *Etica pratica*, cit., Tale principio, fa notare Singer, è entrato a far parte dell'ortodossia morale e politica contemporanea, ma se ci soffermiamo a chiederci quale sia il criterio sulla base del quale l'uguaglianza tra gli uomini viene so-

Il principio dell'eguale considerazione degli interessi viene ad assumere, nell'ambito della tematica animalista, un ruolo fondamentale: esso contribuisce a mettere in luce come l'animale, al pari dell'uomo, sia dotato di quella caratteristica, la sensibilità, che fa di lui un essere capace di provare piacere e dolore, cioè un essere che, in quanto senziente, è in grado di discriminare quanto rientra nel suo interesse e quindi costituisce il suo benessere, da quanto invece lo danneggia e che quindi deve essere evitato.

La capacità di provare sofferenza assume quindi, nel pensiero singeriano, un ruolo centrale in quanto individua coloro che sono oggetto della nostra considerazione morale rispetto a quanti ne sono invece esclusi.

Se un essere soffre, non esiste nessuna giustificazione morale che ci impedisca di prendere in considerazione tale sofferenza, "quale che sia la natura dell'essere – continua Singer – il principio di eguaglianza richiede che la sua sofferenza conti quanto l'analoga sofferenza di ogni altro essere" [21].

Estendere l'uguale considerazione degli interessi a tutti gli esseri senzienti non implica però un uguale trattamento ed uguali diritti per tutti. Questo è un punto fermo che contraddistingue l'impostazione singeriana rispetto ad altre teorie animaliste basate invece su un principio di generico egualitarismo tra l'uomo e l'animale.

"Il principio di eguaglianza – scrive Singer – non prescrive uguale o identico trattamento, prescrive uguale considerazione. Un'eguale considerazione di esseri differenti può portare ad un trattamento differente e a differenti diritti" [22].

In un testo del 1994, *Ripensare la vita*, Singer propone una ridefinizione totale del concetto di "persona".

Sostiene che spesso il termine persona è utilizzato come sinonimo di essere umano, mentre tecnicamente "persona" è un essere dotato di determinate caratteristiche, quali per esempio l'uso della razionalità e

---

lennemente sancita, le nostre certezze improvvisamente sembrano vacillare. Considerata la difficoltà di trovare un punto comune su cui basare il principio di uguaglianza tra gli esseri umani i quali nascono fisicamente diversi, con capacità morali diverse, diverse abilità intellettive, Singer conclude che l'unica base possibile per rivendicare l'uguaglianza di tutti gli esseri umani è il principio dell'eguale considerazione degli interessi.

[21] Ivi, p. 58.

[22] PETER SINGER, *Liberazione animale*, cit., p. 18.

l'autocoscienza. Dunque "persona" non è per definizione un essere umano, ma qualsiasi essere in grado di ragionare, che abbia coscienza di sé.

Questo gli consente di distinguere il problema dell'inflizione della sofferenza, da quello del togliere la vita.

Quando, in certe situazioni, siamo costretti a dover decidere quale vita tra due esseri senzienti dobbiamo salvare, determinate capacità, tra cui l'autocoscienza, certamente fanno la differenza.

"Mentre l'autocoscienza, la capacità di prevedere, di nutrire speranze e ambizioni per il futuro, di sviluppare significative relazioni con gli altri, e così via – argomenta Singer – non sono rilevanti ai fini del problema dell'inflizione del dolore, poiché il dolore è il dolore, quali che siano le capacità dell'essere [...] tali capacità sono rilevanti ai fini del problema del togliere la vita"[23].

Togliere la vita ad un essere che ha nutrito speranze, fatto progetti, lavorato per un obiettivo futuro, equivale a privarlo della realizzazione di tutti i suoi sforzi e più in generale del desiderio, secondo Singer fondamentale, di voler continuare a vivere.

Quindi, nel contesto degli esseri senzienti, Singer evidenzia che ve ne sono alcuni che sono "persone" la cui vita, in quanto esseri moralmente consapevoli, è indiscutibilmente più ricca ed articolata rispetto a quella di chi è portatore soltanto di stati di coscienza.

Scrive Singer: "Quando parlo di persona, ho in mente la definizione che ne ha dato il filosofo inglese del Seicento John Locke nel suo *Saggio sull'intelletto umano*: «essere pensante intelligente, dotato di ragione e riflessione, che può considerare sé stesso come sé stesso, cioè la stessa cosa pensante, in diversi tempi e luoghi»[24].

Concludendo si può dire che comune a tutti gli esseri senzienti è l'interesse primario a non soffrire, criterio morale che deve garantire la parità di trattamento.

La capacità di autocoscienza e di proiettare la propria esistenza nel futuro attribuisce a tutti gli animali, umani e non, uno specifico diritto alla vita.

Quello della liberazione animale non è un fenomeno isolato che si contrappone all'etica umana, esso rappresenta, invece, l'ultimo anello o lo stadio finale della liberazione umana che, soltanto in quanto sa-

[23] Ivi, p. 36.

[24] PETER SINGER, *Ripensare la vita*, tr. it. di S. Rini, Milano 2000, pp. 168-169 (*Rethinking Life and Death: The Collapse of Our Traditional Ethics*, Melbourne 1994).

prà farsi carico dell'altro da sé, uomo o animale che sia, potrà dirsi realmente compiuta.

L'argomento dei casi marginali

Peter Singer, per confutare la tesi secondo la quale soltanto gli esseri dotati di ragione e capaci di usare il linguaggio sono soggetti morali, fa ricorso all'argomento dei casi marginali.

L'argomento dei casi marginali, è attribuito nella sua prima formulazione al filosofo Jan Narveson.

Tale argomento mette in discussione l'idea per cui l'attribuzione dello status morale dipende dal possesso di facoltà superiori come la coscienza di sé, la razionalità o l'uso del linguaggio.

L'argomento evidenzia come la mancanza di tali capacità non sia sufficiente per negare il rispetto morale ad esseri umani non paradigmatici (casi marginali appunto), quali, ad esempio, gli individui gravemente disabili dal punto di vista mentale.

Alla luce di tale constatazione, l'argomento evidenzia l'incoerenza di chi attribuisce status morale ad esseri umani privi di capacità superiori e, contemporaneamente, lo nega ad animali non umani egualmente privi di tale facoltà.

Esso è quindi utilizzato per dimostrare la necessità di attribuire agli animali non umani almeno lo stesso rispetto morale che è dovuto agli esseri umani marginali, e non certo per giustificare l'esclusione degli esseri umani non paradigmatici dalla sfera del rispetto morale[25].

Tuttavia accesi dibattiti nell'opinione pubblica sono stati sollevati proprio dalla mancata comprensione dell'argomento e del suo obiettivo, erroneamente interpretato come tentativo di giustificare la discriminazione o la soppressione dei disabili.

Correttamente interpretato, l'argomento dei casi marginali non giustifica pratiche discriminatorie, ma al contrario contribuisce ad evidenziare l'insostenibilità morale di una forma di discriminazione socialmente diffusa e accettata, qual è quella nei confronti degli animali non umani.

Una teoria che intendesse giustificare l'esclusione degli animali non umani dalla sfera della considerazione morale in virtù del mancato

[25] PETER SINGER, *Etica pratica*, cit., pp. 107-109.

possesso delle capacità superiori proprie degli esseri umani paradigmatici, dovrebbe coerentemente escludere dalla sfera della considerazione morale anche gli esseri umani privi di tale facoltà. Qualora si intendesse rifiutare questa conseguenza, sarebbe necessaria una qualche ragione ulteriore per mostrare che l'appartenenza alla specie umana è un criterio sufficiente per il rispetto morale. Non essendovi, però, alcuna distinzione ontologica sostanziale fra la specie umana e le specie animali, un atteggiamento specista non ha maggiore validità di atteggiamenti razzisti o sessisti[26].

L'argomento dei casi marginali non solo raggiunge l'obiettivo di scardinare le posizioni speciste, ma mostra le contraddizioni in cui cade una posizione razionalista in etica. L'argomento, infatti, evidenzia che, per il riconoscimento del rispetto morale, i criteri basati sul possesso della razionalità risultano insufficienti. Ciò che emerge come rilevante, invece, sono la capacità di soffrire e provare piacere, di possedere ed esprimere sentimenti e di avere una vita relazionale fondata su una comunicazione emotiva piuttosto che razionale.

Molti autori esprimono lo stesso concetto usando la nozione di *interesse*: "La capacità di provare sofferenza e piacere, dolore e gioia è il presupposto indispensabile per avere degli interessi"[27].

Una pietra non ha interessi perché non ha la capacità di sentire, cioè di soffrire o di gioire; un topo invece è capace di soffrire e quindi ha interesse a non essere tormentato, e se la nostra azione può farlo soffrire noi abbiamo *prima facie* l'obbligo morale di non compierla, così come abbiamo l'obbligo morale di non farla nei confronti di un altro essere umano.

Si è detto *prima facie*, cioè in prima istanza, perché possono sopravvenire degli stati di necessità o delle scelte obbligate per cui obblighi morali più forti si sovrappongono a quello iniziale indebolendolo o addirittura cancellandolo del tutto.

---

[26] JAMES RACHELS, *Creati dagli animali. Implicazioni morali del darwinismo*, Milano 1996, pp. 156-202 (*Created from Animals: The Moral Implications of Darwinism*, Oxford 1989).

[27] PETER SINGER, *Animal Liberation*, cit., p. 27.

Tom Regan e la teoria dei diritti

Abbiamo visto come Singer imposti l'assimilazione tra umani e non umani entro una prospettiva utilitaristica, sulla base del riconoscimento del comune carattere di esseri senzienti.

Un altro autorevole esponente dell'animalismo contemporaneo è il filosofo americano Tom Regan, nato a Pittsburgh nel 1938, professore di filosofia presso l'Università del Nord Carolina.

Egli assume un ruolo centrale nell'ambito della teoria dei diritti degli animali.

Nel suo libro principale, *The Case for Animal Rights* del 1983, Regan cerca di dare carattere sistematico al problema dei nostri rapporti con gli altri esseri senzienti non umani inserendolo sullo sfondo di una teoria filosofica, quella dei diritti, alla luce della quale dimostrare l'illegittimità di un uso puramente strumentale degli animali.

Regan condivide con Singer l'idea di base che gli animali hanno rilevanza morale diretta, ma non accetta la prospettiva utilitaristica, non ritenendola idonea a tutelare gli animali in tutte le circostanze, in quanto sempre aperta al calcolo utilitaristico dei maggiori benefici e comunque troppo legata a considerazioni antropocentriche.

Anziché richiamarsi al principio di utilità e al valore delle conseguenze, Regan si avvale di un'elaborata teoria dei diritti fondata sull'idea di valore inerente degli individui – espressione, quest'ultima, con cui s'intende un tipo di valore in sé, attribuibile a uomini e animali, a prescindere dal loro valore strumentale[28].

Nella filosofia kantiana, che rappresenta la versione più classica di etica deontologica, il fondamento per assegnare valore inerente ad un essere è l'autonomia, propria dei soli umani, unici agenti morali.

In questo modo non si riesce a giustificare il nostro rispetto per tutti quei membri della nostra specie – i cosiddetti umani marginali – che risultano incapaci di agire come agenti morali in quanto mancano delle capacità a questi riconosciute.

Ne deriva che almeno alcune delle caratteristiche e qualità su cui è fondato il valore inerente si trovino in qualche misura anche nei non umani.

Regan intende fornire una visione moderna e interspecifica di etica deontologica, di un'etica cioè che consideri kantianamente anche gli

[28] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, cit., p. 39

animali come fini riconoscendo valore inerente a tutti coloro che, come gli umani, possono essere "soggetti-di-una-vita".

Per stabilire se anche agli animali possa essere applicata la teoria dei diritti, il filosofo americano inizia formulando una distinzione tra agenti morali e pazienti morali.

All'interno della categoria dei pazienti morali individua due sottoclassi, per così dire, la *a* e la *b*.

Infine unifica gli agenti morali e i pazienti morali *b* nella nozione più generale di soggetti-di-una-vita.

Tutti i soggetti-di-una-vita hanno valore inerente e sono pertanto titolari di diritti, a partire da quello minimale del rispetto per la loro natura e le loro esigenze vitali.

Gli agenti morali sono "individui che posseggono molteplici e sofisticate capacità" inclusa in particolare quella di improntare a principi morali imparziali "la determinazione di ciò che [...] si deve moralmente fare, nonché la capacità, una volta compiuta questa determinazione, di scegliere liberamente di agire, o meno, conformemente a quanto esige la moralità" [29].

Gli esseri umani adulti e normali rientrano in tale categoria, anzi ne sono il tipico esempio.

I pazienti morali invece sono privi della capacità di formulare principi morali e pertanto non sono nemmeno responsabili dei danni che i loro comportamenti possono provocare.

Per ciò che riguarda le altre capacità, come le credenze, i desideri, la memoria, l'autocoscienza ecc. i pazienti morali si dividono in:

"individui coscienti e senzienti (ovvero capaci di provare piacere e dolore) ma privi di altre capacità mentali", e
"individui non solo coscienti e senzienti, ma anche dotati delle altre capacità di ordine cognitivo e volitivo [...] forniti ad esempio di credenze e di memoria" [30].

I pazienti morali della categoria *b* "hanno credenze e desideri, percezioni e ricordi [...] sono in grado di agire intenzionalmente [...] hanno il senso del futuro, anche del proprio futuro (e quindi sono autoconsapevoli o autocoscienti), hanno una vita emozionale, una identi-

[29] Ivi, p. 214.
[30] Ivi, p. 216.

tà psicofisica nel tempo, un certo tipo di autonomia (cioè l'autonomia delle preferenze) nonché l'esperienza del benessere".

Ai pazienti morali della categoria *b* appartengono "i bambini piccoli e quegli umani che, pur essendo affetti da qualche handicap mentale che impedisce di qualificarli come agenti morali, possiedono le capacità sopra elencate"; e anche "molti animali, sicuramente i mammiferi con più di un anno di età" [31]. Agenti morali e pazienti morali della categoria *b* sono entrambi soggetti-di-una-vita, nel senso che essi possono condurre una vita che è migliore o peggiore per loro e rendersene conto: "la loro esperienza di vita è per loro positiva o negativa in termini logicamente indipendenti dalla loro utilità per altri" e come tali sono soggetti di diritto. I pazienti morali *b* corrispondono a quelli che abbiamo chiamato pazienti semplici.

Concludendo si può dire che, secondo Regan, tutti i soggetti-di-una-vita in quanto tali sono dotati di valore inerente, hanno quindi il diritto basilare ad essere rispettati nella loro natura, nella loro costituzione psico-fisica, il diritto a seguire la vita che la loro natura consente, senza essere ostacolati volontariamente da nessuno.

Per quel che riguarda gli umani marginali che sono completamente menomati o pazzi tanto da non avere mai istanti di lucidità e gli animali cosiddetti inferiori, che non soddisfano quelle condizioni minime di consapevolezza e di processi cognitivi per rientrare nella sfera dei soggetti-di-una-vita, Regan sostiene che hanno una qualche "cittadinanza" nella sfera dell'etica, ma che non possono essere considerati come titolari di diritti.

Nei loro confronti si devono attuare meccanismi di tutela basati sulla benevolenza e sul dovere generale di non procurare sofferenza; inoltre la crudeltà deve essere sempre scoraggiata in quanto non si può mai tracciare una linea di demarcazione certa tra una categoria e l'altra, e nel caso di dubbio occorre applicare i parametri della categoria superiore.

L'etica della responsabilità umana

Accanto all'etica di liberazione animale e alla teoria dei diritti si sono delineati approcci più sobri che possono ricondursi, in senso lato, a talune forme di etica della responsabilità.

[31] Ivi, p. 336.

Non è necessario estendere i diritti ai non umani al fine di sostenere che possiedono un valore intrinseco e meritano protezione, giacché è possibile parlare del rispetto dovuto alle entità viventi a tutti i livelli.

Il concetto di rispetto ha il pregio, rispetto a quello di diritto, di portare minori difficoltà concettuali e normative, ed inoltre, per chi non condivide le tesi estreme dell'egualitarismo interspecifico, un discorso che faccia leva sulle responsabilità umane può configurarsi come un'alternativa ragionevole e praticabile.

In linea generale, si intende porre il problema del valore delle varie forme di vita organica onde pervenire ad una visione globale, che consenta di bilanciare adeguatamente i doveri verso gli uomini, gli altri animali e la natura.

In altre parole si tratta di ricercare i fondamenti teorici atti a regolare il modo in cui dovremmo trattare gli animali e di approntare un codice morale che sia più adeguato ai dati scientifici di recente emersi ed insieme più rispettoso della nuova sensibilità nel frattempo maturata.

Si attribuisce un'importanza prioritaria alla nozione di responsabilità umana nei confronti degli altri esseri, con un significativo ridimensionamento della nozione di diritto, centrale invece, come già visto, nell'impostazione emancipazionista.

E non è rara la critica allo stesso concetto di diritto che viene considerato inapplicabile alla sfera dei non umani in quanto è un concetto propriamente umano, assente fra le altre specie.

Tale è la concezione di John Passmore, il quale ribadisce a più riprese che "una cosa è dire che è sbagliato trattare gli umani con crudeltà, un'altra che gli animali hanno dei diritti. [...] L'idea che il concetto di diritto possa applicarsi ad altri che agli esseri umani mi sembra del tutto insostenibile" [32].

Secondo Passmore il riconoscimento di regole nei confronti delle altre specie significa che sono gli uomini che hanno perso taluni diritti, non che gli animali ne hanno acquistati, in quanto non possono averne, dato che non appartengono alla società umana.

Egli riconosce che dal punto di vista ecologico l'uomo costituisce

[32] JOHN PASSMORE, *Man's Responsability for Nature*, Duckworth, London 1980 (*La nostra responsabilità per la natura*, Milano 1986).

un'unica comunità biotica con le piante, la terra e tutti gli esseri viventi, ma solo nel senso del ciclo vitale che li coinvolge tutti.

Il fattore caratteristico di una comunità è per lui la comunanza di interessi e il riconoscimento di un impegno reciproco tra i suoi membri e, da tale punto di vista gli uomini, gli animali e le piante conformano un'unica comunità: "gli uomini e i batteri – è la conclusione di Passmore – non spartiscono gli stessi interessi né tanto meno hanno obblighi reciproci".

Solitamente Passmore viene criticato perché si richiama ad una nozione troppo schematica di comunità trasponendo meccanicamente alla comunità biologica le regole ritenute valide per la comunità umana.

Inoltre per sostenere la tesi dell'assenza di comuni interessi fra umani ed altre specie si avvale di un esempio estremo (rapporto uomo/batterio) e quindi poco rappresentativo, considerandolo invece paradigmatico.

Un'impostazione sostanzialmente riconducibile ad un'etica della responsabilità umana è presente anche in Mary Midgley, autrice di numerosi saggi sulle relazioni uomo-animale e di uno dei libri più acuti apparsi nel filone "animalista", *Animals and Why they Matter* del 1984[33], tradotto in Italia col titolo *Perché gli animali.*

L'autrice parte dalla constatazione che la competizione tra la specie umana e quella animale per l'appropriazione del territorio e delle risorse è ormai finita.

L'uomo è divenuto il dominatore quasi assoluto e fornito di mezzi tecnici tali da essere in grado di distruggere tutta la vita animale del pianeta (compresa quella umana).

Questo rende doveroso un ripensamento del nostro rapporto con gli animali atto a superare la cosiddetta "esclusione assoluta", vale a dire l'idea che gli animali non hanno diritto ad alcuna considerazione morale.

La Midgley non considera lo specismo una forma arbitraria di discriminazione paragonabile al razzismo e afferma che la preferenza accordata alla specie uomo sia un pregiudizio: il legame di specie, è forte, la preferenza naturale per i propri simili esiste, ma ha un fondamento biologico, non un'origine culturale, a differenza del pregiudizio razzista.

[33] MARY MIDGLEY, *Animals and Why they Matter*, University of Georgia Press, Athens 1984 (*Perché gli animali. Per una visione più umana dei nostri rapporti con le altre specie*, Milano 1985).

"Tutti gli animali sociali – afferma l'autrice – si rivolgono in modo privilegiato ai loro conspecifici [...]. La predisposizione alla risposta preferenziale di specie sembra indubbiamente innata".

Esiste una tendenza di natura emotiva, nell'uomo come negli altri animali, a rivolgersi in modo preferenziale ai propri simili, ma si tratta di una tendenza innata, spontanea, priva di qualsiasi giudizio di valore.

Il tentativo di elaborare "una visione più umana dei nostri rapporti con le altre specie" conduce la Midgley a considerare le più diffuse concezioni relative alla diversità tra uomo ed animale e ad analizzare sia lo stile di pensiero che la prassi tradizionalmente improntati al modello dell'esclusione.

La Midgley cerca in tal modo di individuare un percorso intermedio tra la posizione massimalista di Singer e Regan – l'egualitarismo interspecifico – e la posizione tradizionale, che identifica nella specie umana il confine ultimo di ogni considerazione morale.

Esistono legami di affinità all'interno delle varie specie che non vanno sottovalutati, ma occorre gettare un ponte tra di esse, anche in considerazione del fatto che tra l'uomo e gli animali sono sempre esisti, oltre ai rapporti di conflitto, quelli di compenetrazione.

La salvezza dell'uomo è legata a quella di tutti gli altri esseri viventi e va vista inserita nella biosfera, nell'ecosistema globale.

Riprendendo ancora le parole di Luisella Battaglia: "Sono proprio le particolari attitudini simpatetiche, più sviluppate nell'uomo che in tutti gli altri animali, a darci la possibilità di sfondare i confini della specie ed estendere l'area di solidarietà ai non umani. Si tratta di superare il minimalismo etico, quella sorta di parsimonia morale, o avarizia dei sentimenti, che porta a far coincidere le barriere di specie coi limiti estremi della moralità, per configurare una "comunità mista" di cui l'uomo, insieme agli animali, fa parte"[34].

Bilancio critico

Fra le varie teorie etiche analizzate possiamo trovare differenze e affinità.

Comune alle tre impostazioni è il rifiuto della separazione uomo/animale e il riconoscimento della natura animale dell'uomo.

[34] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, cit., p. 48.

Sappiamo, infatti, che la tematica animalista si sviluppa all'interno del più ampio panorama ecologico-ambientale che pone al centro della propria attenzione il rapporto di reciproca influenza tra uomo e ambiente.

Mentre l'etica di liberazione e la teoria dei diritti affrontano la questione animale evidenziandone la specificità rispetto alle tematiche ambientaliste, l'etica della responsabilità umana la inserisce in una prospettiva di continuità con temi largamente ecologici.

Tutti e tre gli orientamenti, pur nella loro peculiarità, rientrano nell'ambito della "Shallow Ecology" (o ecologia di superficie) in contrapposizione al filone della "Deep Ecology", (ecologia profonda), secondo la distinzione introdotta da Arne Naess[35].

La "Deep Ecology" assume una prospettiva ecosistemica che decentra la posizione dell'uomo nel mondo e sottolinea il legame di interdipendenza reciproca tra i vari organismi viventi, siano essi senzienti o non; in questo contesto di relazioni orizzontali, quindi non gerarchiche, ciascun elemento della "comunità biotica" ha valore non in sé stesso, ma solo in quanto è elemento indispensabile di un tutto sistemico, contribuendo così al mantenimento dell'equilibrio biosferico.

"Biosfera" e "ecosistema" sono termini che introducono una visione olistica ed ecocentrica del mondo naturale; infatti, come scrive Viola, i beni che l'ecologia si propone di proteggere sono beni-sistemi, piuttosto che beni-singoli[36], quindi all'interno di questa visione sistemica in cui ognuno è legato a ciascun altro, l'uomo si viene a configurare come un nodo della rete biosferica caratterizzato da una relazionalità intrinseca con la natura che lo definisce nella sua essenza.

Le "Shallow Ecologies", pur superando l'antropocentrismo cosid-

[35] Per la distinzione fra "Deep" e "Shallow Ecologies" v. MARIACHIARA TALACCHINI, *Introduzione. Una scienza per la natura, una filosofia per la terra*, in AA.VV., *Etiche della terra*, p. 17. "Le *Shallow Ecologies* ricomprendono filosofie (visione utilitaristica dei diritti), tradizionalmente legate a un punto di vista umano e di utilità umana, in cui la natura deve essere sì prudentemente sfruttata, ma solo per il valore strumentale che essa riveste per l'uomo, che individualmente considerato resta il perno della considerazione morale. Le *Deep Ecologies*, al contrario, vogliono introdurre in filosofia il punto di vista della natura; ciò consiste nell'assumere una prospettiva ecosistemica che decentri la posizione degli esseri umani nel mondo, nel riconoscere valore alle totalità naturali a prescindere da qualunque utilità umana, nell'agire secondo l'imperativo di interferenza minima con i processi naturali".

[36] FRANCESCO VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, I luoghi dell'etica contemporanea, Roma-Bari, p. 46.

detto forte, teso a legittimare comportamenti umani di oppressione e di sfruttamento nei confronti della natura, restano comunque vincolate, anche se non direttamente come nel caso dell'etica della liberazione animale e della teoria dei diritti, ad una visione in cui l'elemento umano rimane un punto di riferimento imprescindibile.

Le tre impostazioni, infatti, rifiutano comunemente l'antropocentrismo forte, ma, secondo il punto di vista estremamente originale della Talacchini, sarebbero esempi di un antropocentrismo moderato o comunque corretto.

L'etica animalista e la teoria dei diritti allargano la considerazione morale ad altri soggetti, nella fattispecie gli animali, sulla base, però, del possesso di caratteri antropomorficamente rilevanti, che coinciderebbero rispettivamente con la capacità di provare piacere e dolore o dell'essere soggetti-di-una-vita[37].

Gli animali quindi assumono valore e divengono degni del nostro rispetto e della nostra tutela secondo che presentino specifiche caratteristiche umane; l'uomo resta dunque l'elemento di paragone principale, in relazione al quale determinare lo status morale dell'animale.

Le due impostazioni postulano una forma di estensionismo morale, nel senso che estendono appunto la titolarità etica oltre l'umano, "ma – scrive la Talacchini – tale estensione è attuata attraverso un'analogia con il mondo umano [...], l'estensionismo ripropone indirettamente l'antropocentrismo, inteso come difficoltà a ragionare in termini morali al di fuori di schemi "antropomorfici"[38].

Pur tenendo conto di quanto dice la Talacchini, la valenza antropocentrica dell'etica di liberazione animale e della teoria dei diritti rimane una problematica aperta su cui persistono numerose opinioni discordanti.

Mentre l'etica di liberazione animale e la teoria dei diritti negano in maniera risoluta l'antropocentrismo (anche se poi, come abbiamo visto, esso riapparirebbe sotto altre vesti), l'etica della responsabilità umana opera soltanto una correzione o revisione del classico antropocentrismo, sottolineando comunque il ruolo privilegiato dell'essere umano.

Nel contesto della responsabilità umana nei confronti della natura

---

[37] MARIACHIARA TALACCHINI, *Introduzione. Una scienza per la natura, una filosofia per la terra*, in AA.VV., *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Milano 1998, p. 53.

[38] Ivi, p. 31.

si mette in evidenza la necessità di un ripensamento dei nostri rapporti con l'ambiente secondo modelli alternativi a quelli dominanti, finalizzati allo sfruttamento e alla distruzione: l'uomo cioè si pone come custode o amministratore dell'ambiente, cui spetta una gestione responsabile, saggia e oculata delle risorse naturali.

Ciò che in questo ambito assume rilevanza, è la nozione di dovere in contrapposizione a quella di diritto, propria dell'etica liberazionista.

L'essere umano, in quanto unico essere capace di trasformare e manipolare l'ambiente circostante, è il solo su cui ricade il dovere morale del massimo rispetto di quelle forme di vita soggette al suo controllo.

La crisi dell'antropocentrismo cosiddetto forte, che contraddistingue i tre orientamenti in esame, implica la messa in discussione della visione gerarchica del mondo vivente in relazione alla quale esisterebbero esseri superiori, nella fattispecie l'uomo, ed esseri inferiori, tutto il mondo non umano privo di quelle capacità logico-razionali tipiche dell'*homo sapiens*; le tre posizioni, infatti, sono accomunate dalla necessità di un superamento della razionalità umana come unico parametro nell'attribuzione della considerazione morale agli esseri viventi, spingendo così la riflessione etica al di là del mondo umano fino ad inglobare quello vegetale o animale.

Tuttavia, richiamandoci ancora una volta alle riflessioni di Viola, se queste allargano l'ambito della comunità etica anche ai non umani, è pur vero che il punto di vista umano è comunque ineludibile: prendersi la responsabilità di un corretto atteggiamento nei confronti della natura, o sottolineare la necessità di tutelare gli interessi degli animali, richiede la capacità di mettersi nella situazione dell'altro e, soprattutto, richiede la capacità di distaccarsi dai propri interessi ed assumere il bene dell'altro come proprio[39].

Un'ultima differenza tra le tre teorie, è la diversa concezione della nozione di specie.

Caratteristica dell'etica di liberazione e della teoria dei diritti è il superamento del concetto di specie e l'assunzione di un principio di uguaglianza interspecifica che determini l'espansione progressiva del cerchio etico, fino ad inglobare esseri di specie diversa dalla nostra.

Quella del "cerchio etico che si espande" è una figura emblematica con cui la maggior parte dei teorici di liberazione animale sono so-

[39] FRANCESCO VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, cit., p. 269.

liti indicare il concetto di una moralità che getta lo sguardo oltre i ristretti confini del gruppo, della razza, del sesso e ora anche della specie. *The Expanding Circle* è, infatti, anche il titolo di un libro di Peter Singer.

L'etica della responsabilità umana, invece, recupera tale concetto, opponendosi alla considerazione degli animali come persone, sostenendo che, per tutelare gli interessi degli animali, non sia necessario rinnegare il legame di specie, che è un legame biologico, ma è sufficiente affidarsi alla capacità, esclusivamente umana, di estendere la propria solidarietà al diverso da noi, nella fattispecie ai non umani.

In ultima analisi, se il concetto di specie sembra apparentemente rimarcare una distinzione tra l'etica di liberazione animale e l'etica della responsabilità umana, ad un esame più approfondito le due posizioni in realtà convergono su un principio fondamentale e cioè sulla consapevolezza che l'etica che voglia dirsi veramente "umana" debba superare l'umano e accettare il diverso; nell'ambito dell'etica animalista singeriana e reganiana questa consapevolezza si trasforma in una critica serrata alla categoria di specie e all'atteggiamento specista che ne consegue; nell'altro ambito invece, quello della responsabilità umana, si ritiene che solo e soltanto la specie umana sia capace di una "proiezione simpatetica" verso orizzonti sociali non circoscritti al proprio gruppo.

In entrambi i casi, però, il ruolo dell'uomo, anche se non esplicitamente, come nel caso dell'etica animalista, gioca un ruolo importante; tutti gli orientamenti sottolineano la necessità di un ripensamento della condizione degli esseri non umani e più in generale la necessità di de-umanizzare il mondo naturale, rispettandone la specificità.

"Quello dovuto ai non umani – scrive Luisella Battaglia – dovrebbe pertanto fondarsi su una filosofia della diversità che riconosca il valore e garantisca i diritti dei non umani in quanto tali e non in quanto umanizzabili, o aspiranti all'umanità" [40].

In altre parole, non si intende considerare l'animale come prossimo, ma rivendicare e difendere la sua diversità per esigerne il rispetto, al fine di riconoscergli la dignità di soggetto di diritto.

[40] LUISELLA BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, cit., p. 57.

Dai diritti morali ai diritti giuridici

Abbiamo cercato fin qui di analizzare come, facendo perno sulla polarità "morale" della nozione di diritto, le varie teorie abbiano tentato di dimostrare la configurabilità dei diritti animali.

Il predicato morale rinvia a principi etici generalmente accettati.

Il contenuto dei diritti morali viene ravvisato in quei trattamenti che esseri forniti di sensibilità, ma incapaci di avanzare pretese, come gli animali, ma anche gli umani incapaci, "dovrebbero ricevere sulla base di valutazioni morali che ruotano attorno al principio fondamentale di non causare sofferenza".

Arriviamo quindi a definire quali siano i diritti attribuibili agli animali non-umani: è ovvio, infatti, che ad essi non competono gran parte dei diritti attribuibili agli esseri umani.

Nessuno, infatti, potrebbe sostenere che gli animali hanno diritto di voto, o alla libertà di culto o all'istruzione superiore: per forza di cose si tratta di una piattaforma minimale di diritti, e cioè il diritto a non subire sofferenze, il diritto alla vita, e anche, secondo alcuni, il diritto di libertà.

Tutti gli esseri capaci di provare piacere e dolore, rientrano nella sfera dell'etica, e in maniera diretta; quelli non umani vi rientrano non già come soggetti attivi, ma come soggetti passivi, cioè come destinatari di doveri che gli esseri umani hanno nei loro confronti, esattamente allo stesso modo in cui gli umani marginali sono destinatari passivi dei doveri altrui.

Il problema che si pone è quello del riconoscimento agli animali di diritti in senso giuridico.

Molti sono gli argomenti, addotti per negare la configurabilità dei diritti giuridici in capo agli animali, ciascuno dei quali fa riferimento a requisiti presumibilmente necessari che solo gli esseri umani possiederebbero.

Si è sostenuto, per esempio, che solo una "persona" può essere titolare di diritti giuridici.

Ma è assai discutibile che il concetto di persona possa fornire un valido criterio di differenziazione-separazione tra umani e non umani; la riflessione moderna tende, infatti, a sganciare il concetto di persona dall'idea kantiana di razionalità, intesa come fonte della capacità di formulare concetti astratti e di improntare la propria condotta al perseguimento di finalità.

Abbiamo già visto come il dibattito degli ultimi due secoli sulla

maggiore o minore complessità di stati mentali non meramente sensoriali negli animali, ha reso inadeguata tale prospettiva, ossia l'idea di persona modellata sull'essere umano in quanto dotato in via esclusiva di una dimensione intellettiva.

Inoltre, il termine persona viene usato nell'ordinamento per indicare anche enti o associazioni, che esseri umani non sono: l'ordinamento crea le persone giuridiche in quanto ne riconosce la realtà fenomenologica di autonomi centri di imputazione di interessi, laddove le soggettività naturali ed i loro interessi rilevano solo come sostrato (necessario, ma sempre indiretto: si pensi a società, fondazioni, istituzioni).

La positiva estensione di tale figura ad altre entità, di per sé prive della fisicità e della soggettività naturale, rende plausibile, in ordine alla possibilità di principio, ammettere una costruzione giuridica analoga per i viventi non umani dotati di entrambe quelle dimensioni, e in sostanza di ammetterli nell'ordinamento come autonomi centri di imputazione di interessi[41].

Uno degli argomenti più consistenti contro la configurabilità di diritti giuridici in capo agli animali, è quello che fa riferimento all'incapacità di avanzare pretese e di rivendicare dunque il rispetto dei propri diritti.

Si può osservare che, se pur vi è tale incapacità negli animali, fallace è la premessa che ritiene la possibilità di avanzare pretese condizione necessaria della titolarità di diritti.

Se sul piano etico l'obiezione fondata sull'incapacità di avanzare pretese viene superata sostenendo che i diritti morali implicano il possesso di uno stato morale che "si può avere senza pretenderlo e perfino senza essere in grado di pretenderlo"[42], allo stesso modo, sul piano giuridico, si nega "che la capacità di comprendere cosa è un diritto e la capacità di mettere in moto da soli la macchina della giustizia siano indispensabili per il possesso di diritti giuridici"[43].

Sostenendo la tesi contraria, ampie fasce di umani finirebbero per dover essere escluse dal possesso di diritti giuridici (i casi marginali:

---

[41] ALESSANDRA VALASTRO, *Spunti per una riflessione sull'uccisione ingiustificata di animali*, in AA.VV. *Per un codice degli animali*, a cura di Anna Mannucci e Mariachiara Talacchini, Milano 2001, pp. 97-99. Vedi anche SILVANA CASTIGNONE, *Nuovi Diritti e Nuovi Soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova 1996, pp. 143-144.

[42] TOM REGAN, *I diritti animali*, cit., p. 382.

[43] JOEL FEINBERG, *Gli animali possono avere diritti?*, in AA.VV., *I diritti degli animali*, a cura di Silvana Castignone, cit., pp. 221-222.

minorati mentali o bambini); mentre gli ordinamenti moderni riconoscono anche in capo ad essi diritti giuridici per proteggerne in modo efficace gli interessi fondamentali.

Interviene qui la distinzione fra la capacità giuridica (cioè capacità di essere titolari di diritti e/o doveri) e capacità di agire (cioè capacità di esperire concretamente e direttamente azioni di rivendicazione e di tutela dei propri diritti): al difetto del secondo tipo di capacità (come nei minorati mentali e nei minori di una certa età), l'ordinamento pone rimedio tramite l'istituzione di tutori (o curatori), i quali andranno ad integrare o a sostituire la volontà dell'incapace agendo in nome e per conto dello stesso.

Se per gli esseri umani una soluzione di questo tipo è concettualmente sostenibile, non si vede perché dovrebbe apparire illogica l'idea di una capacità giuridica degli animali (ancorché relativa ad una sfera limitata di diritti) gestita da rappresentanti umani[44].

Contro l'obiezione per cui il rapporto di rappresentanza non potrebbe instaurarsi tra uomini e animali, in quanto mancherebbe da parte di questi ultimi ogni forma di gestione dello stesso, si può notare che esistono anche tra gli uomini varie articolazioni nei rapporti giuridici di rappresentanza.

In certi casi il rappresentante può assumere la figura del *nuncius*, cioè di mero trasmettitore della volontà del rappresentato, in altri al rappresentante viene (dal titolare o dalla legge) consentito di gestire gli interessi affidatigli nella più completa autonomia e discrezionalità.

È vero che al titolare degli interessi rimane in genere la possibilità di decidere le sorti del rapporto o di mutare le modalità di gestione dei propri interessi; ma ciò non sempre si verifica, come nel caso degli incapaci totali.

In linea di principio non sembra esservi motivo per negare che anche gli animali possano essere titolari del tutto passivi di questa seconda forma di rappresentanza[45].

Si perviene così a quello che può razionalmente considerarsi come l'unico requisito necessario per poter essere titolari di diritti, ossia il possesso di interessi.

Al pari dell'essere umano, l'animale può a giusto titolo considerarsi quale autonomo centro di imputazione di interessi (se pure di por-

[44] Ivi, p. 222.
[45] Ivi, p. 223.

tata più limitata), i quali soltanto dovrebbero costituire il punto di riferimento delle scelte di politica legislativa, pur alla luce di un adeguato bilanciamento con gli interessi umani eventualmente confliggenti.

La finalità principale di una legislazione a tutela degli animali non umani è quella di salvare gli animali dalla sofferenza, dalla violenza, dalla sopraffazione dell'uomo.

Si tratta quindi di impostare il problema del rapporto tra esseri umani e animali in forma diversa.

I diritti degli animali sarebbero creati per dar voce a, ed essere fatti valere in, situazioni di conflitto tra esseri umani e animali, e non verso altri animali.

Quali diritti può far valere la gazzella verso il leone che sta per aggredirla? Il proprio diritto alla vita? Il proprio diritto a non soffrire?

La prospettiva va rovesciata.

Non diritti degli animali verso l'uomo, ma doveri dell'uomo verso le altre specie animali, similmente ai doveri che l'uomo assegna a se stesso verso l'ambiente.

Certamente l'impiego della nozione di diritto soggettivo costituirebbe uno strumento giuridico psicologicamente più efficace per la salvaguardia degli animali: da un lato, esso dovrebbe indurre una maggiore attenzione nel legislatore, poiché all'idea di diritto si accompagna generalmente quella della necessità di una protezione giuridica particolarmente penetrante ed efficace; dall'altro, grazie alla maggior forza emotiva legata all'idea di diritto rispetto a quella di dovere, la prima potrebbe indurre nei consociati "una specie di inibizione a livello psicologico, più o meno conscia, che tenda abitualmente a farci desistere dal commettere azioni lesive del diritto di un altro soggetto" [46].

[46] SILVANA CASTIGNONE, *Introduzione*, *I diritti degli animali*, cit., p. 33.

FRANCESCA MARCHETTI

Il contratto di sponsorizzazione ed il ruolo dell'ente pubblico

ABSTRACT

"Il contesto finanziario delle Pubbliche Amministrazioni e degli Enti Locali è notoriamente in incessante affanno a causa dell'impari rapporto tra le risorse disponibili e la crescente esigenza ed aspettativa dei cittadini".

Nel nostro paese si avverte sempre più l'esigenza di poter far conto su Amministrazioni Pubbliche che siano in grado di adottare strategie e strumenti per il governo del cambiamento, impiegando al meglio le risorse disponibili.

Tale stato di cose è sfociato in una maggiore sensibilizzazione, sia da parte del legislatore che da parte della stessa amministrazione pubblica, nel riconoscere e legittimare pratiche che siano in grado di garantire una maggiore flessibilità nella gestione delle risorse finanziarie pubbliche anche attraverso il confronto con esperienze e strumenti contrattuali tipici del diritto privato.

L'articolo affronta in particolare lo sviluppo della recente normativa statale in materia di sponsorizzazione pubblica alla luce della L. 27 novembre 1997, n. 49, e del Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli enti locali approvato con D.L. 18 agosto 2000, n. 267.

La riconosciuta legittimazione in capo alle Amministrazioni Pubbliche di concludere contratti di sponsorizzazione con soggetti privati costituisce una pratica innovativa nel settore pubblico, la quale si caratterizza per la possibilità offerta di migliorare ed ottimizzare, attraverso il contributo delle aziende private, la qualità dei servizi e l'immagine della stessa amministrazione senza peraltro gravare sul bilancio, e rappresenta altresì un momento di fattiva collaborazione tra il Pubblico ed il privato.

L'articolo analizza gli ambiti di applicazione ed estensione del contratto di sponsorizzazione con un ente pubblico; ambiti che si estendono dal settore delle iniziative culturali a quello della sanità pubblica, dal settore urbanistico a quello dei lavori pubblici.

Il quadro si completa con brevi considerazioni in ordine all'opportunità di regolamentare in modo più dettagliato la materia della sponsorizzazione, garantendo sempre e comunque il rispetto dei principi pubblicistici finalizzati ad escludere posizioni discriminatorie da parte della pubblica amministrazione, in applicazione del principio di uguaglianza di trattamento tra potenziali soggetti interessati ad essere parte di un contratto di sponsorizzazione, e del principio di imparzialità della Pubblica amministrazione.

FRANCESCA MARCHETTI

IL CONTRATTO DI SPONSORIZZAZIONE ED IL RUOLO DELL'ENTE PUBBLICO

La pubblica amministrazione come parte contrattuale

Nell'ordinamento giuridico italiano il contratto di sponsorizzazione tra soggetti privati si è affermato già a partire dai primi anni ottanta ed ha ormai raggiunto un rilevante grado di diffusione nella prassi commerciale aziendale.

Nonostante la sua forte espansione detto strumento contrattuale non ha tuttavia trovato un riconoscimento normativo ed un'autonoma disciplina da parte del legislatore, se si eccettua la regola dettata dall'art 8 della L. legge 6 agosto 1990 n. 223[1] – Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato – con riferimento alle sponsorizzazioni in materia radiotelevisiva.

In linea generale il contratto di sponsorizzazione viene definito come contratto atipico, a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, non disciplinato da apposita previsione legislativa ma legittimato ai sensi dell'art. 1322 cc, attraverso il quale un soggetto c.d. *sponsorizzato sponsee*, o *abbinante*, si obbliga dietro corrispettivo – che può essere un corrispettivo in denaro, una fornitura di beni ovvero una erogazione di servizi – ad associare alla propria attività il nome o il segno distintivo di un altro soggetto, denominato *sponsor*, – contraente – impresa, divulgandone l'immagine o il marchio presso il pubblico.

Nel rapporto negoziale che si instaura tra *sponsor* e *sponsee*, quest'ultimo, il quale generalmente è un soggetto che gode di ampia visibilità e notorietà tra il pubblico, assume l'obbligo di fungere da mezzo di comunicazione, impegnandosi a porre in essere una serie di comportamenti (di volta in volta tipizzati nelle singole fattispecie contrattuali) rivolti a formare o ad accrescere la notorietà dello *sponsor*[2].

---

[1] Art. 8 comma 12 L. 6 agosto 1990 n. 223 "*Ai sensi della presente legge per sponsorizzazione si intende ogni contributo di un impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisiva o radiofonica o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti*".

[2] Cass. Civ. 11 ottobre 1997, n. 9880, in *NGCC*, 1998, I, pag. 625; Cass. 21 maggio 1998, n. 5086, in *Giust. Civ.* 1998, I, p. 1833.

La sponsorizzazione viene quindi considerata come una forma di pubblicità indiretta finalizzata alla diffusione di un determinato messaggio inserendolo nell'ambito di un evento sportivo, culturale, artistico o di altra natura.

L'utilizzo del contratto di sponsorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione ha invece origini più recenti.

Come sovente accade, è stata inizialmente la giurisprudenza a riconoscere la possibilità di utilizzare lo strumento contrattuale della sponsorizzazione nel settore pubblico.

In particolare, già il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 4 novembre 1995 n. 336[3], aveva affermato che l'Ente Pubblico (nello specifico la Provincia di Palermo) è legittimato, in linea generale, a concludere contratti di sponsorizzazione in qualità di *Sponsor*, al fine di conseguire l'utilità costituita dal beneficio di ritorno dell'immagine.

La Legittimazione a concludere tale fattispecie contrattuale, così come qualsiasi altro contratto privatistico, è di fatto riconosciuta in capo all'Ente Pubblico in conseguenza della capacità di diritto privato di cui esso dispone, nei limiti delle proprie finalità istituzionali, e salvo espresse eccezioni di diritto positivo.

In quell'occasione il giudice amministrativo siciliano non mancava di sottolineare il maggiore rilievo normativo dato alla capacità negoziale della pubblica amministrazione dall'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, il quale, ammettendo la possibilità di concludere accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo tali accordi al regime dei contratti, ha infatti ammesso una tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa di diritto pubblico e quella di diritto privato.

---

[3] Cons. Giustizia Amministrativa, 4 novembre 1995, n. 366, in *Foro it.*, 1996, III, pag. 466 e ss.; Cons. Giustizia Amministrativa, 28 aprile 1997, n. 35, in *Cons. Stato*, 1997, I pag. 592 e ss.; Cons. Giustizia Amministrativa, 16 settembre 1998, n. 495, in *Cons. Stato*, 1998, I, pag 1408 e ss.

Contra TAR Sicilia sez. I, Palermo, 23 Giugno 1997, n. 1003, in *Foro amm.* 1998, 933: "La scelta di procedere alla sponsorizzazione di alcune squadre sportive deve considerarsi una decisione rientrante nei poteri del soggetto pubblico che ritiene utile usufruire delle attività di campionato per consentire la diffusione della propria immagine, ponendosi quale scopo l'incremento del richiamo turistico dell'area territoriale rappresentata, senza che il comitato regionale di controllo possa imporre all'ente una limitazione nell'utilizzo di detto strumento, riconosciuto ampiamente efficace come mezzo pubblicitario, con una valutazione non basata su parametri di stretta legittimità, ma motivata da un diverso apprezzamento dell'attività finanziaria, non riconoscibile in capo all'organo controllante".

La citata sentenza ha però affermato, che la capacità a concludere contratti di sponsorizzazione in qualità di *Sponsor*, può ritenersi legittima a condizione che non vengano alterati il ruolo e l'immagine di neutralità dell'ente stesso conformemente al fondamentale principio di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Conseguenza di questo principio è che mentre può considerarsi legittima la sponsorizzazione da parte dell'Ente pubblico di singole manifestazioni sportive a carattere episodico e limitato nel tempo, deve escludersi tale legittimazione qualora lo sponsee partecipi ad iniziative di tipo agonistico (nella specie squadra di pallacanestro) le quali danno luogo ad una forte presa emotiva sul pubblico delle rispettive squadre tanto da far perdere quei caratteri di imparzialità e di neutralità che devono ispirare ogni comportamento dell'Ente Pubblico.

Da un punto di vista prettamente normativo il formale riconoscimento del contratto di sponsorizzazione nell'ordinamento pubblicistico, ossia la possibilità legalmente riconosciuta ad un soggetto pubblico di stipulare un contratto di sponsorizzazione con un soggetto privato od altro soggetto pubblico, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento in tempi ancora più recenti.

Con i principi del federalismo e della sussidiarietà introdotti dalle cosiddette leggi Bassanini, la Pubblica Amministrazione ha subito una profonda riorganizzazione; nell'ambito della quale agli enti locali sono stati conferiti poteri che precedentemente spettavano allo Stato, con un conseguente ampliamento dell'autonomia finanziaria degli enti stessi.

Nell'ambito di questa "autonomia finanziaria", agli enti locali è stata attribuita la possibilità di reperire risorse finanziarie con il ricorso a strumenti alternativi alla sfera meramente provvedimentale, quali appunto il contratto di sponsorizzazione.

La L. 27 novembre 1997, n. 449 (Finanziaria 1998) all'art. 43[4], ha

[4] Art. 43, L. 27 november 1997, n. 449.

(Contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, convenzioni con soggetti pubblici o privati, contributi dell'utenza per i servizi pubblici non essenziali e misure di incentivazione della produttività).

1. Al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile.

2. Le iniziative di cui al comma 1 devono essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e

quella privata e devono comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti. Per le sole amministrazioni dello Stato una quota dei risparmi così ottenuti, pari al 5 per cento, è destinata ad incrementare gli stanziamenti diretti alla retribuzione di risultato dei dirigenti appartenenti al centro di responsabilità che ha operato il risparmio; una quota pari al 65 per cento resta nelle disponibilità di bilancio della amministrazione. Tali quote sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, per le predette finalità, con decreti del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. La rimanente somma costituisce economia di bilancio. La presente disposizione non si applica nei casi in cui le sponsorizzazioni e gli accordi di collaborazione sono diretti a finanziare interventi, servizi o attività non inseriti nei programmi di spesa ordinari. Continuano, inoltre, ad applicarsi le particolari disposizioni in tema di sponsorizzazioni ed accordi con i privati relative alle amministrazioni dei beni culturali ed ambientali e dello spettacolo, nonché ogni altra disposizione speciale in materia.

3. Ai fini di cui al comma 1 le amministrazioni pubbliche possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati dirette a fornire, a titolo oneroso, consulenze o servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari. Il 50 per cento dei ricavi netti, dedotti tutti i costi, ivi comprese le spese di personale, costituisce economia di bilancio. Le disposizioni attuative del presente comma, che non si applica alle amministrazioni dei beni culturali ed ambientali e dello spettacolo, sono definite ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

4. Con uno o più regolamenti, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le pubbliche amministrazioni individuano le prestazioni, non rientranti tra i servizi pubblici essenziali o non espletate a garanzia di diritti fondamentali, per le quali richiedere un contributo da parte dell'utente, e l'ammontare del contributo richiesto. Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, il regolamento è emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per la funzione pubblica di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Per tali amministrazioni gli introiti sono versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati, in misura non superiore al 30 per cento, alla corrispondente unità previsionale di base del bilancio per incrementare le risorse relative all'incentivazione della produttività del personale e della retribuzione di risultato dei dirigenti assegnati ai centri di responsabilità che hanno effettuato la prestazione.

5. A decorrere dall'esercizio finanziario 1998, i titolari dei centri di responsabilità amministrativa definiscono obiettivi di risparmi di gestione da conseguire in ciascun esercizio ed accantonano, nel corso della gestione, una quota delle previsioni iniziali delle spese di parte corrente, sia in termini di competenza che di cassa, aventi natura non obbligatoria, non inferiore al 2 per cento. La metà degli importi costituisce economia di bilancio; le rimanenti somme sono destinate, nell'ambito della medesima unità previsionale di base di bilancio, ad incrementare le risorse relative all'incentivazione della produttività del personale e della retribuzione di risultato dei dirigenti, come disciplinate dalla contrattazione di comparto. Per l'amministrazione dei beni culturali e ambientali l'importo che costituisce economia di bilancio è pari allo 0,50 per cento della quota accantonata ai sensi del presente comma; l'importo residuo è destinato ad incrementare le risorse relative all'incentivazione della produttività del personale tecnico e le retribuzioni di risultato del personale dirigente della medesima amministrazione.

6. Per il Ministero della difesa, le disposizioni di cui al comma 5 non si applicano

introdotto ed esplicitamente riconosciuto la legittimazione in capo alle amministrazioni pubbliche di concludere contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni senza fini di lucro costituite con atto notarile "*al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati*".

Recentemente la disciplina contenuta nel citato art. 43 è stata di fatto estesa anche agli enti locali.

Il Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti locali approvato con D.L. 18.08.2000 n. 267 stabilisce che, i *comuni, le province e gli altri enti locali al fine di reperire risorse qualificate possono stipulare contratti di sponsorizzazione per migliorare la qualità dei servizi prestati.*

Il legislatore ha quindi voluto riconoscere la possibilità, anche in capo agli enti locali, di concludere contratti di sponsorizzazione, ritenendo tale forma negoziale uno strumento efficace ed efficiente per reperire risorse finanziarie e conseguentemente per ottimizzare il settore dei i servizi pubblici.

I limiti disciplinari per il ricorso alla sponsorizzazione nel settore pubblico sono posti dall'art. 43 della L. 449/97 e per analogia dall'art. 119 del citato Testo Unico, per cui è ammissibile il ricorso a tale tipologia contrattuale purché, in via cumulativa e non alternativa, sussistano le seguenti condizioni: 1) sia escluso qualsiasi conflitto di interessi tra attività pubblica e privata 2) i contratti di sponsorizzazione siano diretti e strumentali al perseguimento di interessi pubblici 3) i contratti in questione comportino un risparmio di spesa e/o maggiori economie per le amministrazioni coinvolte.

Le disposizioni legislative richiamate parrebbero riconoscere ed

---

alle spese di cui alle unità previsionali di base "ammodernamento e rinnovamento" (funzionamento), nonché alle spese, specificamente afferenti alle infrastrutture multinazionali NATO, di cui alla unità previsionale di base "accordi ed organismi internazionali" (interventi), di pertinenza del centro di responsabilità "Bilancio e affari finanziari".

7. di cui ai commi 2, 4 e 5 destinate all'incentivazione della produttività ed alla retribuzione di risultato sono altresì destinate, nelle misure e con le modalità determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su Per le Amministrazioni di cui all'articolo 2, commi 4 e 5, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, le risorse proposta dei Ministri interessati, in analogia alle ripartizioni operate per il personale del "comparto Ministeri", ad incrementare le somme accantonate per dare attuazione alle procedure di cui al decreto legislativo 12 maggio 1995, n. 195, ed all'articolo 2 della legge 2 ottobre 1997, n. 334.

ammettere la possibilità di avvalersi del contratto di sponsorizzazione solo ove tale strumento contrattuale comporti di fatto un risparmio di spesa per l'ente stipulante, ossia quando la Pubblica Amministrazione rivesta la figura contrattuale *di Sponsee*, lasciando quindi solo al privato la capacità di sponsorizzare e quindi di erogare risorse economiche a favore dell'ente.

Sembrerebbe, pertanto, implicitamente esclusa la possibilità per l'ente pubblico di essere parte contraente di un contratto di sponsorizzazione in qualità di *Sponsor*, ossia in qualità di un soggetto erogante un corrispettivo sia esso in denaro o in una fornitura di beni ovvero in una erogazione di servizi.

Tuttavia, così come sostenuto anche dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana[5], gli Enti pubblici, salvo espresse limitazioni di legge, hanno piena capacità di diritto privato nell'ambito delle loro finalità pubbliche: tale principio applicabile alla fattispecie contrattuale in oggetto ed in mancanza di una norma che di fatto esplicitamente lo vieti, non sembra porre ostacoli a che l'ente pubblico possa anche assumere la veste di *sponsor* e quindi possa erogare una somma di denaro, o un servizio finalizzato all'ottenimento di un beneficio di immagine per l'ente stesso, purché, ovviamente, non siano alterati il ruolo e l'immagine di neutralità della Pubblica amministrazione Sponsor.

Occorrerà, certamente, che dalla posizione di *Sponsor* assunta dall'ente pubblico derivi ragionevolmente e prevedibilmente un ricavo per l'ente stesso almeno in termini di notorietà, di consenso e di immagine tra i consociati: e che da ciò possa conseguire un consolidamento ed un ampliamento del suo "mercato"ed il conseguimento di nuovi e maggiori utili in termini di crescita non solo economica della comunità di riferimento.

In effetti una sponsorizzazione in cui l'ente pubblico assuma la qualità di *sponsor*, può avvicinarsi, pur mantenendo alcune importanti differenze, allo strumento del *patrocinio* o del *mecenatismo*. Di fatto la concessione del patrocinio da parte dell'Ente pubblico si sostanzia in una sorta di riconoscimento o di approvazione che l'ente concede ad una determinata iniziativa o attività patrocinata che rientra "latu sensu" tra le finalità perseguite dall'ente patrocinante. Diversamente dalla sponsorizzazione, l'accordo di patrocinio si atteggia piuttosto come un

[5] Si veda nota n. 3.

atto di liberalità (talvolta come donazione modale e al contempo modica) e non come contratto a prestazioni corrispettive, in quanto non si è di fronte ad un soggetto che richiede in cambio della fornitura di beni o servizi una controprestazione in termini di ritorno pubblicitario a titolo di corrispettivo, ma di un mecenate che volendo accrescere la diffusione dell'arte e della cultura, vuole indirettamente ricevere riconoscenza a seguito dell'atto di patrocinio[6].

La sponsorizzazione in cui l'ente pubblico assume la qualità di sponsor potrebbe anche avvicinarsi alla figura della sovvenzione pubblica. Ma di fatto si discosta anche da tale strumento.

In effetti, l'atto concessorio di sovvenzione, strumento attraverso il quale la Pubblica Amministrazione attribuisce una somma di denaro pubblico a favore di un beneficiario senza obbligo di restituzione a carico di quest'ultimo, assolve prevalentemente funzioni e finalità pubbliche di ausilio ed incentivazione all'iniziativa economica privata e/o alle attività non economiche della collettvità sociale.

La sovvenzione è quindi uno strumento di azione statale improntato su scopi di "benessere sociale"; ove al beneficiario della sovvenzione, a differenza della sponsorizzazione, non è richiesta dalla Pubblica Amministrazione una controprestazione, di natura corrispettiva, in termini di notorietà e di ritorno di immagine[7].

---

[6] Cfr. Cass. Civ. sez. III, 21.05.1998, n. 5086 "Rispetto alla sponsorizzazione, l'accordo di patrocinio si distingue per il fatto che il soggetto, sia esso pubblico o privato, il quale consente che l'attività di altri si svolga sotto il suo patrocinio, non è un imprenditore commerciale, perciò quand'anche egli si impegni a finanziare l'attività, tale obbligazione non trova corrispettivo nel vantaggio atteso dalla pubblicizzazione della sua figura di patrocinatore; il contratto si atteggia piuttosto come una donazione modale che come un contratto a prestazioni corrispettive".

Si vedano sul punto le osservazioni di MARZIA BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*; Rimini, 1990, p. 99 e ss.: "Il patrocinio essendo un'erogazione fondamentalmente liberale, spesso costituisce sovvenzionamento per la realizzazione di opere sociali ..... mentre la sponsorizzazione persegue fini commerciali: il ritorno pubblicitario, quindi un aumento della domanda dei prodotti".

[7] Per una approfondimento sulla figura della sovvenzione pubblica si rinvia alla lettura di G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, 1967-1971.

Possibili ambiti di applicazione ed estensione dell'oggetto nel contratto di sponsorizzazione con un ente pubblico

L'art. 43 della L. 449/1997 nel riconoscere la legittimazione della Pubblica Amministrazione a concludere contratti di sponsorizzazione si pone, nel rispetto dei tre presupposti suesposti, obiettivi ben determinati rinvenibili appunto *nel favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa, la realizzazione di maggiori economie ed una migliore qualità dei servizi prestati.*

I contratti di sponsorizzazione nel settore pubblico stanno diventando uno strumento sempre più diffuso – ed anche se si vuole uno "strumento privilegiato" – al quale gli enti pubblici possono ricorrere al fine di individuare ed identificare fonti private di risorse economiche. Ma la pratica dei contratti di sponsorizzazione si caratterizza altresì per la possibilità offerta agli Enti locali, di migliorare, attraverso il contributo delle aziende, la qualità dei servizi e l'immagine della stessa amministrazione senza gravare sul bilancio e consentendo quindi dei risparmi di spesa per la realizzazione di servizi.

Ne consegue che – ferma restando, ovviamente, la possibilità data al privato di sponsorizzare una Pubblica Amministrazione – anche una Pubblica Amministrazione possa quindi divenire *Sponsor* di un privato o di altra pubblica amministrazione, purché sussistanto i già riferiti requisiti del beneficio, anche solo in termini di immagine, per l'ente pubblico e del rispetto del principio di neutralità ed imparzialità dell'ente stipulante.

In prima approssimazione non si scorgono aree di attività della Pubblica Amministrazione che non possano in qualche modo essere interessate dal coinvolgimento di uno *Sponsor.*

Nella pratica, mentre originariamente le sponsorizzazioni si sono affermate soprattutto rispetto alle iniziative culturali svolte dai soggetti pubblici, tale strumento contrattuale ha recentemente acquisito un significativo rilievo anche in altri campi di intervento pubblico. In particolare nel settore della sanità pubblica[8], in quello dei servizi alla persona, nelle iniziative ricreative, in quelle socio-educative e nel settore urbanistico.

[8] A. GALEAZZI, *Le sponsorizzazioni e la ricerca dello sponsor nel settore sanitario*, in *Sanità Pubblica*, 2001, p. 1133; F. MASSIMINIO, *I contratti di sponsorizzazione nel settore sanitario*, in *Sanità Pubblica*, 2001, p. 1017-1032.

Molteplice e variegata è anche la tipologia delle prestazioni deducibili in contratto come adempimenti richiesti allo sponsee. A titolo meramente esemplificativo – ma anche al fine di dimensionare i possibili spazi dell'ars stipulatoria al riguardo – può citarsi l'iniziativa presa dal Comune di Chatillion, in Valle D'Aosta, che ha venduto la carta intestata del Municipio come spazio pubblicitario per un istituto di credito[9].

Si tratta, indubbiamente, di un caso estremo e forse di dubbia legittimità, specie ove il contratto avesse una lunga durata, perché ciò potrebbe configurare un vulnus al principio della libera concorrenza nel settore bancario in considerazione di quel principio di imparzialità che la pubblica amministrazione dovrebbe forse mantenere anche nei riguardi degli istituti di credito; salvo prescegliere alcuni per lo svolgimento delle attività bancarie e finanziarie correlate alle proprie funzioni.

In un altro caso di confine è stato formulato un giudizio di ammissibilità dal Tar Marche[10] con riferimento all'operato di un'amministrazione locale che, in sede di aggiudicazione di una gara informale precedente la trattativa privata per un appalto di fornitura di gas metano, aveva positivamente valutato la proposta accessoria di uno dei concorrenti, concretizzantesi nella sponsorizzazione di iniziative pubbliche dello stesso ente.

Il comune di Storo (TN) ha bandito un avviso pubblico per la sponsorizzazione del pavimento della palestra di un centro sociale pluriuso, affinché lo sponsor realizzasse i lavori di posa in opera e finitura del parquet del campo da gioco, inserendo il proprio logo in una porzione di pavimento per la durata di dieci anni[11].

Anche l'Amministrazione Provinciale di Pesaro e Urbino ha bandito un avviso di procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori, sistemazione e/o manutenzione di aree a verde di pertinenza delle strade con possibilità di ricerca di sponsor, i quali provvedessero

---

[9] In *Diritto & Diritto* – Rivista Giuridica elettronica pubblicata su internet all'indirizzo www.diritto.it /articoli/ amministrativo/iacubino 1.html e, in Il Sole 24 ore – Enti Locali del 14.05.01 "*Chatillon vende la carta intestata*" di Gianluca DI DONFRANCESCO.

[10] Cfr TAR Marche, 29 gennaio 1999 n. 133, in *Contr. Stato e enti pubblici*, 1999, p. 403 e ss.

[11] In *Diritto & Diritto* – Rivista Giuridica elettronica pubblicata su internet all'indirizzo www.diritto.it /articoli/ amministrativo/iacubino 1.html.

in cambio del ritorno pubblicitario, alla cura e manutenzione di dette superfici, per un periodo di tre anni.

In particolare l'Amministrazione di Pesaro e Urbino ha poi concesso in gestione ad una ATI, aggiudicataria della procedura ad evidenza pubblica, determinate aree a verde pubblico della città perché ne provvedesse alla sistemazione e manutenzione. Alla società aggiudicataria veniva inoltre data la possibilità/facoltà di ricercare ella stessa gli Sponsor – e concludere con questi ultimi contratti di sponsorizzazione – che di fatto si impegnassero e provvedessero alla manutenzione delle aree, per un periodo di tre anni.

Attraverso tale procedura che riveste certamente i caratteri di immediatezza e simultaneità, la provincia di Pesaro ed Urbino ha quindi demandato alla società aggiudicataria della gara sia la manutenzione delle aree a verde pubblico sia, in subordine, la ricerca degli sponsor.

La sponsorizzazione nel settore dei lavori pubblici

Uno strumento attraverso il quale è possibile ottenere capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, è quello introdotto dalla c.d. legge Merloni – L. 11 Febbraio 1994, n. 109 – ed in particolare agli art. da 37 bis a 37 nonies, aggiunti ad essa dalla L. 415 del 1998, che ha disciplinato il c.d. *project financing.* Detto istituto consiste nell'organizzare il finanziamento di un opera, oggettivamente impegnativa sotto l'aspetto finanziario, al punto tale da rendere difficilmente realizzabile l'opera stessa qualora i costi di quest'ultima dovessero essere sostenuti interamente dall'ente locale o statale. Nel caso del *project financing* l'investitore privato si espone al rischio consistente nell'affidare il recupero della spesa affrontata mediante i ricavi provenienti dalle attività svolte all'interno dell'opera stessa (es. realizzazione di centri congressi, maxi parcheggi, campi sportivi, palasport ecc.).

Ora, anche se l'istituto del project financing rappresenta uno strumento assai diverso dalla sponsorizzazione – per sua struttura e disciplina – si può azzardare che il contratto di sponsorizzazione risponde a finalità molto simili a quelle del project financing. Difatti, attraverso lo strumento della sponsorizzazione, viene attribuita alla Pubblica Amministrazione la possibilità di ottenere finanziamenti privati per molteplici iniziative di pubblico interesse.

Ciò posto, è possibile che le Amministrazioni Pubbliche possano

utilizzare la sponsorizzazione anche al fine di procurarsi finanziamenti privati per lo svolgimento di opere pubbliche e quindi di attività soggette all'applicazione della normativa in materia di lavori pubblici?

Al riguardo pare interessante una ancora recente determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici[12] alla quale era stato posto il quesito circa la possibilità per una amministrazione comunale di affidare ad un'associazione appositamente costituita, la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo degli interventi di ristrutturazione e adeguamento alle vigenti normative in materia di contenimento di consumi energetici, eliminazione di barriere architettoniche, nonché in materia di sicurezza, di un immobile di proprietà di un comune già adibito a teatro, per un importo di lavori pari a circa 18 miliardi. Detta associazione, costituita da privati, prevedeva, ai sensi del proprio statuto, tale attività quale precipua ed unica finalità, e assumeva per intero gli oneri finanziari, sulla base della consegna temporanea dell'immobile stesso con obbligo di restituzione, previa stipula di relativa garanzia fideiussoria.

Il quesito a cui l'autorità è stata chiamata a pronunciarsi attiene proprio alla compatibilità del contratto di sponsorizzazione con la normativa dei lavori pubblici. L'Autorità ha ritenuto sul punto "*che le attività di progettazione ed accessorie, nonché l'esecuzione dei lavori pubblici, quali nel caso di specie ristrutturazione e manutenzione, possano formare oggetto di contratti di sponsorizzazione alle condizioni fissate dall'art. 43, comma 2 della L. 449/1997*".

L'Autorità non manca tuttavia di precisare che dal combinato disposto degli artt. 119 del T.U. D.Lg.vo 18 agosto 2000 n. 267 e 43 della legge 23 dicembre 1997, n. 449 discende che la sponsorizzazione di interventi che interessano beni pubblici è ammessa solo allorché ricorrano le seguenti condizioni: *a*) il perseguimento di un interesse pubblico; *b*) l'esclusione di conflitti di interesse; *c*) il conseguimento di un risparmio di spesa.

Nella medesima determinazione è anche affermato che gli interventi su immobili pubblici interamente finanziati da sponsor privati non necessitano, per l'affidamento, del ricorso alle procedure di selezione ad evidenza pubblica previste dalla legge-quadro sui lavori pubblici in quanto il contratto di sponsorizzazione non rientra nella classificazione giuridica dei contratti passivi per la pubblica amministrazione; dato

[12] Determinazione del 5 dicembre 2001, n. 24 in *G.U.*, 10 gennaio 2002, n. 8.

che, attraverso la sponsorizzazione, la pubblica amministrazione addirittura consegue un risparmio di spesa. L'ente pubblico non deve quindi individuare lo sponsor tramite gara e può pertanto procedere ad affidare la progettazione dell'opera e l'esecuzione dei lavori a soggetti di sua fiducia. L'unico limite, ribadisce l'Autorità, è dato dalla circostanza che l'esecuzione delle opere devono essere affidate ad imprese che siano qualificate secondo le regole stabilite dalla normativa vigente in materia di lavori pubblici – "*l'esecuzione di un lavoro pubblico nel quale devono ricomprendersi la ristrutturazione e la manutenzione di un immobile di proprietà pubblica, può essere affidata solo ad imprese qualificate ai sensi del DPR 25 gennaio 2000, n. 34*" – con il conseguente obbligo da parte di dette imprese di sottostare al controllo, alla sorveglianza, ed alla vigilanza dell'ente pubblico, il quale rimane proprietario del bene, conservandone, di fatto, una specifica responsabilità.

La decisione dell'Autorità è senz'altro di portata innovativa. Con il contratto di sponsorizzazione lo sponsor privato non si limita infatti a corrispondere un corrispettivo in denaro per la diffusione della propria immagine, marchio o logo, bensì realizza in proprio un opera che sarebbe di competenza dell'ente pubblico e per questa via (certamente ben più onerosa) riceve quel beneficio di ritorno pubblicitario della propria immagine[13].

Considerazioni conclusive

Ad una disciplina legislativa ancora solo abbozzata corrisponde ormai una prassi negoziale variegata e non priva di chiaroscuri, dalla quale emerge come mero dato di fatto che la sponsorizzazione è già

[13] Il Comune di Rimini, al fine di incentivare una campagna di recupero, risistemazione e restauro di alcuni beni storico – artistici – architettonici ed archeologici ha bandito un avviso pubblico al fine di procedere alla realizzazione dei suddetti interventi mediante sponsorizzazione. Come si legge testualmente "*La finalità del presente avviso di sponsorizzazione è il contenimento delle spese di recupero e restauro dei beni e la valorizzazione del patrimonio artistico della Città che si intende perseguire offrendo ai soggetti privati, associazioni e/o organismi pubblici interessati la possibilià di propagandare il proprio nome nei modi e nei termini più opportuni che verranno successivamente concordati tra le parti*" * L'avviso pubblico di sponsorizzazioni indetto dal Comune di Rimini è reperibile sul sito internet all'indirizzo www.comune.rimini.it/gare/bandi2003/2003_024/bando-sponsor.htm.

divenuto uno degli strumenti contrattuali ordinariamente utilizzati dalle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento delle funzioni loro assegnate. Si tratta, da una parte, di un innovativo ed eccellente strumento per la veicolazione dell'immagine dell'impresa privata, tanto da spingerla – come nel caso sottosposto all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici – ad affrontare ingenti costi per la realizzazione di opere, e dall'altra di un canale preferenziale per assicurare al soggetto pubblico l'entrata di contributi ed utili economici per un progetto od un evento di cui l'ente stesso è promotore.

La legge si limita, con l'art. 43 della L. 449/1997, a riconoscere la sponsorizzazione nel settore senza nulla aggiungere in merito alla disciplina dello stesso, ed all'iter procedurale che la pubblica amministrazione deve seguire; e questa mancanza di un'adeguata cornice ed una sicura indicazione dei percorsi da seguire non è priva di possibili controindicazioni. Certo è che la sponsorizzazione si inquadra nell'ambito dei contratti ad evidenza pubblica e quindi dovrebbe seguire un procedimento vincolato nel quale, per la scelta del contraente, si dovrebbe garantire il rispetto dei principi pubblicistici tendenti ad escludere posizioni discriminatorie da parte della Pubblica amministrazione, dei principi di uguaglianza di trattamento tra i soggetti interessati e del principio di imparzialità della Pubblica amministrazione[14].

In attesa di una maggiore sensibilizzazione al problema da parte del legislatore nazionale – per evitare che vengano in qualche modo elusi o falsificati detti principi e per evitare di trovarsi in una "giungla" di casistiche negoziale – è forse opportuno che almeno i singoli enti adottino loro regolamenti in materia.

[14] L. 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi".

MARIA MORELLO

Aspetti dell'accusatio iure mariti vel patris in materia di adulterio

ABSTRACT

La forma patriarcale della famiglia impone la formazione di nuclei familiari che si reggono sul matrimonio monogamico, sul dogma dell'obbligo della fedeltà che, sebbene gravi in egual misura su entrambi i coniugi, sotto il profilo della relativa tutela si costituisce in modo asimmetrico a seconda che questo obbligo riguardi la donna o l'uomo.

Nel mondo romano, l'infrazione della fedeltà coniugale assunse rilevanza giuridica solo se imputabile alla donna, mentre l'adulterio del marito è ignorato dal diritto. Il termine *adulterium* indica, propriamente, il commercio sessuale di una donna *nupta* con persona diversa dal marito. La ventata moralistica che soffierà sulla civiltà romana con Augusto porterà all'introduzione di repressioni legislative dell'adulterio, grazie alla *lex Julia de adulteriis coercendis*, che resterà, sicuramente, la legge fondamentale in ordine ai reati sessuali fino all'ultima epoca del diritto romano. Mentre nell'epoca precedente, l'adulterio della donna, veniva perseguito e represso nell'ambito della famiglia, con la *lex Julia de adulteriis* lo Stato avoca i poteri prima tenuti dal *paterfamilias* e trasforma il reato di adulterio in un reato pubblico; l'adulterio della donna *nupta* sarà configurato e punito come *crimen publicum* da un tribunale competente in materia di reati sessuali. Dunque, con la *lex Julia* è la struttura stessa dell'illecito che subisce una profonda revisione, facendo assumere all'adulterio i contorni di un vero e proprio reato, dato che, anche l'uomo con il quale la donna sposata commette adulterio viene direttamente coinvolto e assume la veste di reo.

Nel procedimento penale per adulterio, dopo l'emanazione della *lex Julia*, troviamo stabilite due specie di *accusationes* distinte fra loro, l'*accusatio iure mariti vel patris* e l'*accusatio publica* o *iure extranei*, la cui esistenza, spiega bene il concetto della riforma di Augusto, sia per quanto concerne il sistema di repressione dell'*adulterium* e dello *stuprum* ed in particolar modo il funzionamento dell'azione pubblica, sia per quanto riguarda il riconoscimento da parte del legislatore dei diritti del padre e del marito sulla donna. Il padre ed il marito della donna infedele, gli unici che possano uccidere in occasione dell'adulterio, sono anche titolari esclusivi della legittimazione all'accusa di adulterio. Il fondamento di tale legittimazione di cui entrambi sono titolari e che non compete ad estranei, risiede nel particolare rapporto che li lega alla donna e che fa sì che il suo *adulterium* sia valutato quale "*iniuria*" nei loro confronti. L'*accusatio publica o iure extranei* si configura invece in un potere di supplenza che si costituisce ed è esercitabile quando il *pater* o il *maritus* risultino inerti alla scadenza di un termine stabilito. Ciò costituisce un ulteriore tassello per la configurazione dell'adulterio come un vero e proprio reato di diritto pubblico, alla cui repressione è interessato l'intero ordinamento; il che è comprensibile se si tiene conto della centralità del *matrimonium* monogamico nella struttura sociale ed economica coeva.

MARIA MORELLO*

*ASPETTI DELL'*ACCUSATIO IURE MARITI VEL PATRIS *IN MATERIA DI ADULTERIO*

SOMMARIO

1. *Premessa*. 2. *L'accusatio iure mariti vel patris e l'accusatio publica o iure extranei*. 3. *Uccisione degli adulteri e requisiti di legittimità*. 4. *Il diverso fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale*. 5. *La legislazione successiva fino a Giustiniano*. 6. *Considerazioni conclusive*.

1. Premessa

L'adulterio entra, per la prima volta, nell'orbita del diritto penale pubblico con la *lex Julia de adulteriis coercendis*, emanata da Augusto nel 18 a. C., che resterà, senza ombra di dubbio, la legge fondamentale in ordine ai reati sessuali fino all'ultima epoca del diritto romano.

Prima di questa disciplina, nel mondo romano, l'infrazione della fedeltà coniugale assunse rilevanza giuridica solo se imputabile alla donna, mentre l'adulterio del marito è ignorato dal diritto: ciò si rispecchia mirabilmente nel profilo terminologico. *Adulterium* indica, infatti, propriamente il commercio sessuale di una donna *nupta* con persona diversa dal marito[1]. Sotto il profilo istituzionale, inoltre, anche nell'esperienza giuridica romana la "*familia*" assume una rilevanza decisiva, almeno fino all'età augustea. La ventata moralistica che soffierà sulla civiltà romana con Ottaviano Augusto porterà all'introduzione di repressioni legislative dell'adulterio; infatti, nell'epoca anteriore, l'adulterio della donna, sempre riprovato sia dalle norme morali che dal costume, veniva efficacemente perseguito e represso entro l'ambito della famiglia[2]: chi fosse titolare della *manus* sulla donna colpevole poteva

* Assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino.

[1] D.50.16.101.pr.: "*Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*".

[2] La persecuzione del fatto erotico extraconiugale, strumentale alla conservazione dell'identità biologica e giuridica della cellula domestica, ricadeva con piena consequenzialità nell'orbita di quella competenza punitiva gestita dal gruppo parentale per la tutela di interessi privati, interni al gruppo stesso. Cfr. GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, p. 5.

esercitare il diritto della vendetta privata o convocare il tribunale domestico (*iudicium domesticum*), perché pronunciasse l'adeguata condanna.

La disciplina augustea si trova distribuita nel *Corpus Iuris* in due titoli del Digesto e del Codice che portano rispettivamente le Rubriche *ad legem Juliam de adulteriis coercendis* (D.48.5.) e *ad legem Juliam de adulteriis et de stupro* (C.9.9.). Con essa lo Stato avoca i poteri politici prima tenuti dal *paterfamilias* e trasforma il reato di adulterio in un reato pubblico per eccellenza; da questo momento, l'adulterio della donna *nupta* è configurato e punito come *crimen (publicum)* da un tribunale stabile e competente in materia di reati sessuali.

Ispirata da un generale rifiuto della sessualità extramatrimoniale, la normativa augustea doveva perseguire le fattispecie di *stuprum* – giusta la denominazione *lex Julia de adulteriis et de stupro* di cui al tit. 9 lib. IX del *Codex Iustinianus* – concretantesi nel rapporto sessuale con donne non sposate, *virgines* o *viduae*, ed avrebbe inoltre criminalizzato, sotto la rubrica *lenocinium*, la tolleranza dell'adulterio muliebre ed il suo sfruttamento economico.

La *lex Julia de adulteriis coercendis* che mirava a ripristinare la castità dei costumi, configurava come *crimen* e colpiva con pubblica pena non soltanto l'adulterio propriamente detto, ma anche qualsiasi relazione sessuale con donne nubili o vedove di elevata condizione sociale (*stuprum*).

Vi sono però alcune categorie di donne *in quas stuprum non committitur*, vale a dire con cui è lecito avere relazioni sessuali senza incorrere in nessuna sanzione e con le quali, secondo le disposizioni della *lex Julia de maritandis ordinibus*, non si può contrarre matrimonio. Solo più tardi l'unione stabile con esse viene riconosciuta per taluni effetti sotto il nome di concubinato[3].

L'adulterio della moglie, il solo contemplato dalla *lex Julia*, era punibile solo se commesso da soggetto che fosse *sciens dolo malo*; naturalmente non concerneva le unioni tra schiavi, per così dire coniugati solo per *contubernium*.

La sanzione che la *lex Julia* comminava contro l'adulterio era du-

[3] Secondo la dimostrazione datane da CASTELLI G., *Il concubinato e la legislazione augustea*, in BIDR, Milano 1917, l'istituto del concubinato sarebbe una conseguenza della *lex Julia de adulteriis*, la quale enumerava le persone con le quali era lecito avere senza pena rapporti sessuali, e dalla *lex Julia de maritandis ordinibus* che negava di poter stringere *iustae nuptiae* con determinate persone.

plice: civile e penale. La sanzione civile consisteva nella confisca, per la donna, di una metà della dote e di un terzo dei beni, per il complice di una metà dei beni[4]; nell'incapacità per la donna di contrarre matrimonio con un ingenuo, nell'incapacità di prestare testimonianza in giudizio[5], come conseguenza dell'infamia derivante dalla condanna; ed infine nel divorzio, di cui l'adulterio era una delle cause.

Anche uno sguardo superficiale alla struttura della sanzione rivela che con la *lex Julia de adulteriis* non si realizza soltanto uno spostamento di competenze, da quella tradizionale che affida all'ordinamento familiare la vigilanza sull'integrità dell'istituto matrimoniale a quella generale, pubblica dello Stato. È la stessa struttura dell'illecito che subisce una profonda revisione, che fa assumere all'adulterio i contorni di un vero e proprio reato, dato che, anche l'uomo, con il quale la donna maritata commette adulterio, viene direttamente coinvolto e anzi assume la veste di reo, come vedremo tra poco.

Si è molto discusso se la perdita da parte della donna della capacità di contrarre matrimonio con un libero, ossia del *coniugium*, sia da considerare come una sanzione capitale. A sostegno della tesi affermativa sono stati allegati i seguenti passi: Inst.4.18.4.[6] e C.9.9.9.[7], mentre per la soluzione negativa sembra militare D.48.5.30.1.[8], che vieta di sposare o riprendere la donna adultera, la stessa *lex Julia* che condanna con la deportazione l'adulterio qualificato dall'incesto[9], la pena inflitta per lenocinio, parificato all'adulterio, se commesso con la qualità personale aggravante di militare, ed altri argomenti, che inducono a ritenere che almeno in origine la suddetta legge non comminasse una

[4] Paolo, Sent., Lib. II, t. 27.

[5] D.22.5.18.: "*Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere*".

[6] Inst.4.18.4.: "*Item lex Julia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit [...]*".

[7] C.9.9.9.: "*Castitati temporum meorum convenit lege Julia de pudicitia damnatam in poenis legitimis perseverare; qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo poenam capitalem evaserit, sciens duxit uxorem vel reduxit, eadem lege ex causa lenocinii punietur*".

[8] D.48.5.30.1.: "*Quod ait lex, adulterii damnatam si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videamus: quod magis est. Certe si ob aliam causam ea lege sit condemnata, impune uxor ducetur*".

[9] D.48.18.5.: "*Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit; denique hoc casu servi in personam domini torquentur*".

pena capitale ma la relegazione, congiunta poi alla nota d'infamia, che, come è noto, per la donna importava pure dei segni esteriori nell'abbigliamento. Occorre però sottolineare che anche di fronte a questa interpretazione, sostenuta da autori quali il Matthei[10], e il Cremani[11], altri assumono invece che la punizione della moglie adultera non fosse altro che il divorzio e l'onta pubblica.

La *lex Julia*, come si è sopra accennato, colpisce non solo la moglie adultera ma anche il suo complice: entrambi sono considerati rei principali; inoltre, la legge contempla quali ulteriori complici coloro che abbiano favorito l'adulterio prestando il loro aiuto e la loro assistenza; infatti, il lenocinio è punito con la stessa pena dell'adulterio.

2. *L'*accusatio iure mariti vel patris *e l'*accusatio publica *o* iure extranei

Nel procedimento penale per adulterio, dopo l'emanazione della *lex Julia*, troviamo stabilite due specie di *accusationes* distinte fra loro, l'*accusatio iure mariti vel patris* e l'*accusatio publica* o *iure extranei*. Questa differenza ha un notevole interesse, da un lato per chiarire la terminologia usata dai Romani per i delitti contro il buon costume, e risolvere così alcune questioni che si presentano in tema di diritto di famiglia sulla configurazione che assumono determinati rapporti extraconiugali, dall'altro per porre in luce la specificità del regime del *crimen adulterii* introdotto dalla *lex Julia* e i principi a cui si ispira. L'esistenza, infatti, in diritto romano della speciale *accusatio iure mariti vel patris*, spiega bene il concetto della riforma di Augusto, sia per quanto riguarda il sistema di repressione dell'*adulterium* e dello *stuprum* ed in particolar modo il funzionamento dell'azione pubblica, sia per quanto riguarda il riconoscimento da parte del legislatore dei di-

[10] MATTHAEI A., De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius, t. I, tit. III, ad legem Juliam de adulteriis, ed. Neapoli 1772, pp. 283-353.

[11] "*Hactenus de iis, qui tanquam adulteri conveniri possunt; nunc eorum poena sequitur. Ante legem Juliam de adulteriis impudicarum mulierum coercitio ad maritum, cognatos, propinquos, ac necessarios pertinuisse videtur. Sed ex laudata lege poena esse coepit relegatio in insulam, quod tam certum est, ut mirum sit quosdam extitisse, qui severiorem vindictam eidem legi tribuerint. Ei tamen poenae adjungebatur publicatio dimidiae partis bonorum, et privatio testimonii. Gravior poena, hoc est deportatio speciatim statuta erat in milites, severiori nempe disciplina indigentes, si quis eorum cum adultero uxoris suae pactus esset. [...]*". Cfr. CREMANI A., De iure criminali, lib. II, cap. VI, art. 3, ed. Florentiae 1848, pp. 433-434, §. 7.

ritti del padre e del marito sulla donna[12]. Il padre ed il marito della donna infedele, gli unici che possano uccidere in occasione dell'adulterio, sono anche titolari esclusivi della legittimazione all'accusa di adulterio. Il fondamento di tale legittimazione, di cui entrambi sono titolari e che non compete ad estranei, risiede certamente nel particolare rapporto che li lega alla donna e che fa sì che il suo *adulterium* sia valutato quale "*iniuria*" nei loro confronti.

L'*accusatio publica o iure extranei* si configura, come tra poco vedremo, in un potere di supplenza che si costituisce ed è esercitabile quando il *pater* o il *maritus* risultino inerti alla scadenza di un termine precisato. Ciò costituisce un ulteriore tassello per la configurazione dell'adulterio come un vero e proprio reato di diritto pubblico, alla cui repressione non è interessato soltanto il soggetto o i soggetti lesi, ma l'intero ordinamento, il che è comprensibile se si tiene conto della centralità del *matrimonium* monogamico nella struttura sociale ed economica coeva.

Le differenze tra le due specie di *accusationes* sono assai notevoli. Anzitutto riguardo all'oggetto, l'accusa speciale *iure mariti vel patris* si può intentare solo per *adulterium* in senso tecnico, mentre l'*accusatio publica* o *iure extranei* si rivolge tanto contro l'*adulterium*, quanto contro lo *stuprum*.

Per poter intentare l'*accusatio iure mariti vel patris* è necessaria l'esistenza del presupposto delle nozze legittime, che si abbia cioè il *connubium* propriamente detto; l'accusa appare esperibile, dunque, soltanto nell'ipotesi di rapporto extraconiugale della *nupta*[13]. Il *pater*, cioè, non è legittimato ad essa qualora desideri reprimere la condotta colpevole della figlia non sposata.

Il processo è attivato da un'accusa che rimane riservata, entro sessanta giorni dalla data del divorzio, al padre ed al marito di colei cui viene addebitato l'*adulterium*: in questo lasso di tempo a nessun estraneo è concesso promuovere il giudizio; decorso inutilmente il tempo

---

[12] VOLTERRA E., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris, in *Studi economici-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1929, p. 3.

[13] Il privilegio in ordine al diritto di esperire l'*accusatio adulterii "constante matrimonio"*, non fu mai accordato alla donna. Come è noto, questa, fu sempre esclusa dall'*accusatio adulterii* conformemente alle disposizioni della *lex Julia de adulteriis* riferiteci da un rescritto di C.9.9.1.: "*Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Julia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit*".

stabilito dal provvedimento, l'accusa diventa accessibile a tutti, ma deve essere esperita nel termine di quattro mesi[14], per cui chiunque, in quanto membro della comunità interessata a difendersi dalle conseguenze dei comportamenti sessuali giuridicamente riprovati, è ammesso ad accusare. Dopo sei mesi dal divorzio, nei cinque anni che decorrono dal *dies commissi criminis*, è possibile agire soltanto contro il complice[15].

In un solo caso gli estranei sono ammessi all'accusa prima dei sessanta giorni: quando il padre o il marito facciano espressa dichiarazione di non voler muovere l'accusa. Secondo Pomponio, infatti, se il padre e il marito negano, prima dei sessanta giorni, di voler promuovere l'accusa loro riservata, gli estranei sono subito ammessi ad accusare, evidentemente per un periodo che non superi i quattro mesi, che cumulandosi al tempo già trascorso, può anche risultare di poco superiore ai centoventi giorni dal divorzio[16]. Se non vi sia stato divorzio, l'estraneo non può agire, se prima non abbia esperito l'accusa di *lenocinium* contro il marito. Che un estraneo possa accusare la donna mentre perdura il matrimonio in cui si assume che sia stato commesso adulterio è escluso anche da D. 48.5.27.pr.[17], in cui Ulpiano motiva tale divieto con la necessità che l'unione coniugale non venga turbata dall'esterno, se sia tranquilla ed il marito ritenga affidabile la moglie.

La donna e il suo complice non sono perseguibili contemporaneamente, ma occorre osservare un determinato ordine nell'accusarli:

---

[14] D.48.5.4.1.: "*Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles*"; C.9.9.6.pr.: "*Iure mariti adulterii accusare volenti sexaginta dies utiles computantur, quibus in publico eius facultas fuerit, apud quem reus vel rea postulari potest, et cum praeterierint dies isti utiles, maritus quoque iure extranei agere potest*"; D.48.5.16.5.: "*Si negaverint se pater et maritus accusaturos intra diem sexagensimum, an statim incipiant tempora extraneo cedere? Et primus Pomponius putat admitti ad accusationem extraneum posse statim atque isti negaverint; cui adsentiendum puto: fortius enim dicitur eum, qui se negaverit acturum, postea non audiendum*".

[15] D.48.5.12.4.: "*Adulterii reum intra quinque annos continuos a die criminis admissi defuncta quoque muliere postulari posse palam est*".

[16] RIZZELLI G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in BIDR, XXVIII, Milano 1986, p. 422.

[17] D.48.5.27.pr.: "*Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit*".

C.9.9.8.: *Reos adulterii duos simul marem et feminam ex eadem causa fieri lex Julia de pudicitia vetat: sed ordine peragi utrosque licet.*

D.48.5.16.9.: *Si quis et adulterum et adulteram simul detulit, nihil agit poteritque, quasi neutrum detulerit, rursus a quo velit initium facere, quia nihil agit prima delatione.*

D.48.5.18.6.: *Quaeritur, an alius adulteram, alius adulterum postulare possit, ut, quamvis ab eodem ambo simul postulari non possint, a diversis tamen singuli possint. Sed non ab re est hoc probare diversos accusatores admitti posse, dum, si ante denuntiationem nupserit, prior mulier accusari non possit. Exspectabit igitur mulier sententiam de adultero latam: si absolutus fuerit, mulier per eum vincet nec ultra accusari potest: si condemnatus fuerit, mulier non est condemnata, sed aget causam suam, fortassis et optinere vel gratia vel iustitia vel legis auxilio possit. Quid enim, si adulter inimicitiis oppressus est vel falsis argumentis testibusque subornatis apud praesidem gravatus, qui aut noluit aut non potuit provocare, mulier vero iudicem religiosum sortita pudicitiam suam defendet?*

Minore protezione sembra essere assegnata alla donna ripudiata e a quella che si trovi nella condizione di *vidua*: in questi casi si potrà scegliere se accusare prima questa oppure l'uomo. Invece, se l'adultera, successivamente al divorzio si sia risposata, colui che agisce sarà costretto a rivolgersi contro il complice, per essere poi legittimato, se del caso, a perseguire la donna, perché ai sensi di D.48.5.20.3.: [...] *neque enim aliam lex tuetur quam eam, quae nupta est, quamdiu nupta erit.*

Il presupposto obiettivo dell'esercizio di entrambe le azioni è, dunque, l'avvenuto divorzio: "*Maritus neque uxorem, neque adulterum constante matrimonio accusare potest, sed uxorem ante dimittere debet, quam vel hanc, vel illum accuset*" [18].

Soltanto se l'uomo ha divorziato iniziano a decorrere i due mesi riservati all'accusa speciale.

Esiste una stretta connessione fra lo *ius accusandi* del marito e quello del *pater*, nel senso che si esplicano entrambi nelle medesime

[18] Cfr. MATTHAEI A., De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius, t. I, tit. III, cap. IV: de accusatione adulterii, de effectu sententiae, cit., p. 319, nu. 4; D. 48.5.12.10.: "*Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quae post commissum adulterium in eodem matrimonio perseveraverit, contradictum est. Quaero, an iuste responsum sit. Respondit: ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri: sed nec adulterum interim accusari posse*".; C.9.9.11.: "*Crimen adulterii maritum retenta in matrimonio uxore inferre non posse nemini dubium est*".

circostanze e che, in generale, sono regolati allo stesso modo. Appare, tuttavia, nelle fonti, una sorta di priorità del marito in confronto al *pater* nell'esercitare questo diritto, come viene stabilito in D.48.5.2.8.: *[...] nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, [...].*

Ciò si evince e dalla forma e dalla sostanza di alcuni testi. Spesso, quando si tratta dell'accusa privilegiata, viene nominato prima il marito; così ad esempio in D.48.5.15.2.: "*Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas exspectatur*".

L'*accusatio iure patris* non appare affatto un complemento di quella del marito, tanto è vero che nasce contemporaneamente all'altra e per agire con essa non è necessario che venga meno il privilegio maritale. In definitiva, l'*accusatio iure patris* è esperibile se sia esperibile l'*accusatio iure mariti*; il marito è legittimato, dunque, all'accusa privilegiata quando lo sia anche il padre della donna. È stabilita soltanto una precedenza a favore dell'*accusatio iure mariti*, quando entrambi accusano nel medesimo tempo, ma tale precedenza non prova per nulla l'accessorietà dell'azione del padre, giacché il diritto di questo rimane intatto ed il tempo *in quo accusare non potest*, non viene computato nei sessanta giorni[19]. Anzi in taluni casi la precedenza può anche essere inversa; si ammette, infatti che in alcune circostanze il padre possa accusare prima del marito. A tal proposito le fonti ci riportano due esempi. In primo luogo quando il marito è magistrato:

D.48.5.16.pr.: "*Si maritus sit in magistratu, potest praeveniri a patre: atquin non oportet. Et putat Pomponius debere dici, quoad maritus magistratum gerit, patris quoque accusationem impediendam, ne praeripiatur marito ius, quod cum eo aequale habet: igitur non cedent sexaginta dies patri, cum accusare non potest*".

L'altro frammento, anch'esso di Ulpiano, concede la priorità al padre qualora dimostri che il marito è colpito da infamia, oppure che quest'ultimo voglia intentare il giudizio d'accordo con la donna colpevole allo scopo di eludere la legge, ed evitare ad essa la condanna per adulterio e a sé quella di lenocinio.

D.48.5.3. "*Nisi igitur pater maritum infamem aut arguat aut doceat*

[19] VOLTERRA E., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 43.

colludere magis cum uxore quam ex animo accusare, postponetur marito".

Il provvedimento legittima tuttavia, in maniera diversa, anche l'iniziativa stragiudiziale del padre e del marito dell'adultera, prevedendo, nei capitoli secondo e terzo, che tali persone possano mettere a morte l'amante di quest'ultima.

3. *Uccisione degli adulteri e requisiti di legittimità*

Il diritto di uccidere si configura diversamente a seconda che si tratti del *pater* o del marito della colpevole. Quanto alla facoltà del padre della colpevole di uccidere gli adulteri, occorre in via preliminare che essa si configuri come *ius adulterum cum filia occidendi*, nel senso che l'uccisione della donna costituisce in pratica solo una "causa di legittimazione" per l'uccisione del correo[20]; essa infatti non era vista tanto come un diritto, quanto piuttosto come un dovere del padre. La legge, pertanto, toglie al padre il potere di perdonare la figlia, ordinandogli di uccidere anche lei, qualora avesse ucciso il suo complice[21]. La *lex Julia*, dunque, scriminava l'atto del padre che, rispettando precise modalità fissate dalla stessa norma augustea, uccidesse figlia e correo colti in flagrante reato; fatto illecito altrimenti punibile[22].

La norma augustea introdusse una vera e propria serie di regole nuove, che non concessero certamente l'impunità per fatti che fino a quel momento erano stati puniti, ma che piuttosto limitarono in modo sensibile la sfera di impunità concessa, sia al *pater* che al *maritus*.

Affinché il *pater* che si avvalga dello *ius occidendi*, possa uccidere legittimamente sono necessarie queste inderogabili condizioni:

1) che sia *paterfamilias* e abbia la figlia *in potestate* al momento dell'uccisione, o che sia stato in precedenza *auctor* della sua *conventio in manum*[23];

---

[20] RIZZELLI G., Lex Julia de adulteriis, *Studi sulla disciplina di* adulterium, lenocinium, stuprum, Lecce 1997, p. 18.

[21] RABELLO M. A., *Il* "ius occidendi iure patris" *della* "Lex Iulia de adulteriis coercendis" *e la* "vitae necisque potestas" *del* "paterfamilias", in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale*, Perugia 1972, p. 235.

[22] Cfr. GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 92 e ss., il quale sembra assimilare tale figura alla legittima difesa, con riferimento all'interesse della famiglia.

[23] Occorre, dunque, l'esistenza di una potestà attuale oppure trascorsa, ma, in tal caso, solo in quanto trasmessa al genero in collegamento con le nozze.

2) che sorprenda gli adulteri in flagrante[24];
3) che l'adulterio sia commesso in casa sua o del genero[25];
4) che la reazione sia immediata e continua;
5) che uccida sia il correo che la figlia.

In carenza anche di uno solo di questi requisiti, l'uccisione è illegittima e l'autore ne risponde.

A questo punto possiamo senz'altro proporci il problema relativo alla portata del termine *pater* così come ci viene formulato dalla legge augustea. Il *pater* cui si riferiva il secondo capitolo della *lex Julia* era da intendere con particolare limitazione; non poteva essere un padre solo in senso naturalistico – *parens* –, poiché una siffatta accezione è esclusa dagli accenni legislativi alla *potestas* attuale o passata; in sostanza doveva trattarsi di un *paterfamilias* in senso tecnico, e cioè un maschio *sui iuris*, titolare o possibile titolare di *patria potestas*[26]. Rilevanti ai nostri fini sono D. 48.5.21. e D. 48.5.22. perché in essi si esclude che la *lex Julia de adulteriis coercendis* potesse riferirsi anche ad un *pater alieni iuris, filiusfamilias*[27].

D. 48.5.21.: *Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filiusfamilias pater.*

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.*

È vero che la *lex Julia de adulteriis coercendis* concede facoltà di uccidere anche ad un *pater* privo di *potestas* sulla figlia adultera, ma è

[24] "*In ipsis rebus Veneris*", come specifica efficacemente Pomponio; cfr. D.48.5.24.pr.: "*Quod ait lex "in filia adulterum deprehenderit", non otiosum videtur: voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi: [...]*".

[25] La disposizione di Augusto – precisando il luogo nel quale doveva realizzarsi la sorpresa in flagrante degli adulteri, da parte del *pater* della donna, perché questi potesse uccidere *sine fraude* l'adultero – parlava della *domus* dello stesso *pater* e della *domus generi*. In quest'ultimo caso, occorre però che il marito della donna lo abbia espressamente invitato allo scopo di fargli esercitare la repressione. Ciò accadrà, è logico ritenere, quando l'adultero sia qualcuno che al marito non è consentito uccidere o qualora quest'ultimo desideri che venga soppressa anche la donna.

[26] Cfr. ALBANESE B., Vitae necisque potestas paterna *e* Lex Julia de adulteriis coercendis, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, vol. XLIII, Palermo 1980, p. 9.

[27] Se il padre era *filiusfamilias* – quindi – lo *ius occidendi* non spettava né a lui, né a colui sotto la cui potestà egli si trovava.

pur vero che il *pater* di cui parla la legge è solo il *pater sui iuris*, dato che la legge stessa accenna al suo esser stato *auctor* della *conventio in manum* della figlia.

Quale sia la *ratio* che ha indotto il legislatore augusteo ad ispirarsi a questo particolare concetto di paternità non è difficile da comprendere. L'adulterio, infatti, come è noto, è uno di quei reati che colpisce soprattutto l'onore e la rispettabilità della famiglia[28]. Ed è da questo punto di vista che l'ordinamento nel riconoscere al padre il diritto-dovere di salvaguardare l'onore familiare leso, ha tenuto conto tuttavia non tanto del *paterfamilias* attuale – che poteva essere anche il marito o l'avo –[29], quanto del *paterfamilias* cui andava fatta risalire la responsabilità, sia pure indiretta, dell'accaduto, e cioè di colui che aveva generato e allevato l'adultera, ne aveva impostato l'educazione e disposto, eventualmente, una diversa sistemazione familiare e sociale: con ciò stesso rendendosi garante del comportamento della donna.

L'ammissione del *pater* all'esercizio del diritto di uccidere gli adulteri risiede, pertanto, secondo Ulpiano, nel fatto che il legislatore ha reputato un'*iniuria* meritevole della morte il comportamento di colei che abbia osato far entrare l'amante nella casa del padre o del marito.

Per quanto riguarda l'ultimo punto, occorre dire che, se questa è la chiara previsione legislativa, le fattispecie concrete, nella loro variegata casistica, possono talora rendere più difficile al *pater* un corretto esercizio della vendetta. Può capitare innanzitutto che, mentre il padre è impegnato nell'uccisione del correo, la figlia adultera si dia alla fuga, nel tentativo di evitare una fine identica. Al padre che, ucciso il correo, vede la figlia fuggire è concessa un'unica possibilità: mettersi subito al suo inseguimento e non interromperlo finché non l'ha raggiunta, e quando l'avrà raggiunta, ucciderla. Egli non può smettere di inseguirla, perché questo significherebbe risparmiare la figlia; ma non può neppure differire in maniera programmatica la *persecutio*, perché gli è stato vietato anche questo diseguale trattamento dei due colpevo-

[28] In tal senso, di grande rilievo sono le osservazioni di CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. I, Milano 1972, p. 248 e ss.

[29] Persone, cioè, che pur avendo l'adultera in potestà, non avevano direttamente partecipato però alla formazione della sua educazione e non potevano dunque essere considerate responsabili della condotta immorale della donna, né da questa particolarmente offese. Cfr. RUGGERI RUSSO C., *Qualche osservazione in tema di* 'Ius occidendi ex lege Julia de adulteriis coercendis', in BIDR, XXXI-XXXII, Milano 1989-1990, p. 108.

li. Morto il correo, finché la figlia vive ed è inseguita dal *pater*, la liceità dell'omicidio già consumato è come "in sospeso", e dipende da un misto di volontà umana e di *casus* che rende quanto mai critica la posizione del genitore vindice[30]. Una volta che il genitore ha ucciso anche la figlia, l'intervallo cronologico intercorso fra i due omicidi, anche se apprezzabile, non torna a suo sfavore. Affinché l'uomo venga ucciso *sine fraude*, la figlia deve andare incontro, senza indugio, alla medesima sorte, sempre per mano del *pater*; la stessa legge impone, infatti, di uccidere la colpevole *in continenti*[31]: D.48.5.24.4.: "*Quod ait lex 'in continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra: debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumpta. Quod si non affectavit, sed, dum adulterum occidit, profugit filia et interpositis horis adprehensa est a patre qui persequebatur, in continenti videbitur occidisse*".

Le parole *vel contra* alludono sinteticamente, anzitutto all'illiceità, per il *pater*, che abbia ucciso la figlia colta in flagrante adulterio, dell'uccisione dell'adultero in un tempo successivo; D.48.5.24.pr. aveva affermato la necessità, perché si avesse atto *sine fraude*, dell'uccisione dell'adultero al momento della scoperta dell'adulterio, sicché tale principio rafforza l'attendibilità del *vel contra* di D.48.5.24.4. Dal *vel contra*, d'altra parte, deve desumersi pure che era considerata illecita anche l'uccisione immediata della *filia*, da parte del *pater*, se essa non era stata seguita subito da quella dell'adultero ucciso, invece, *post dies*, o *a fortiori*, oppure non ucciso affatto. Va aggiunto, a questo punto, che la frase che, in D.48.5.24.4. precede il *vel contra* contiene, già di per sé, un giudizio di illiceità per l'uccisione della *filia*, realizzata *post dies*. In sostanza, dunque, D.48.5.24.4. dichiara illecita, non solo l'uccisione dell'adultero flagrante non seguita o preceduta subito dall'uccisione della *filia*, ma anche l'uccisione della *filia* adultera flagrante non seguita o preceduta immediatamente dall'uccisione dell'adultero[32].

---

[30] Cfr. LAMBERTINI R., Dum Utrumque Occidat, Lex Julia *e uccisione in continenti degli adulteri* iure patris, Bologna 1992, p. 21.

[31] La *lex Julia*, imponendo l'uccisione *in continenti* di entrambi gli adulteri, non limita lo *ius vitae necisque* che il *pater* abbia sulla figlia in virtù della *patria potestas*, conformandolo alla disciplina dello *ius occidendi*. Cfr. al riguardo, RIZZELLI G., Lex Julia de adulteriis, *Studi sulla disciplina di* adulterium, lenocinium, stuprum cit., p. 22.

[32] Cfr. ALBANESE B., Vitae necisque potestas *paterna e* Lex Julia de adulteriis coercendis cit., p. 33.

In altri termini, il trascorrere di uno spazio di tempo fra l'uccisione dell'adultero e l'uccisione della figlia di regola faceva sì, che l'uccisione dell'adultero non fosse considerata legittima, ma venisse punita come omicidio[33]; a meno che, appunto, pur essendo trascorso fra le due uccisioni un intervallo di tempo, vi fosse tra di esse una *continuatio animi*, vale a dire una continuità nell'intento e nell'azione repressiva del *pater* il quale, in forza di questa circostanza, restava impunito per l'uccisione dell'adultero, che si riteneva fatta *auctoritate legis*, come quando aveva luogo contemporaneamente all'uccisione della figlia[34].

Un rescritto di Marco Aurelio e Commodo, dando rilevanza all'elemento intenzionale, stabilì che il padre che aveva inferto alla figlia gravi ferite con l'intenzione di ucciderla, non fosse punito, qualora questa riuscisse a sopravvivere, sempre che le ferite fossero di tale gravità da far ritenere che fosse sopravvissuta per puro caso, del tutto in contrasto con la volontà del padre[35].

Come si è già detto, la *lex Julia* concedeva anche al marito tradito di uccidere impunemente: ma a condizioni assai diverse da quelle alle quali poteva farlo il padre[36]. Al padre, dice Papiniano, si poteva concedere un'impunità più estesa di quella concessa al marito, nella speranza che non sempre ne avrebbe approfittato: per salvare la figlia, infatti, poteva accadere che egli risparmiasse il suo correo. Ma il marito, in preda allo sdegno per l'offesa fattagli dalla moglie, più difficilmente poteva essere trattenuto da questa considerazione, e quindi i limiti della sua impunità dovevano necessariamente essere più ristretti.

---

[33] Se il padre, ucciso il correo, risparmia la figlia, è responsabile di omicidio doloso e, come tale passibile della sanzione della *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 a. C.), a cui la norma augustea, cronologicamente posteriore, si limita a demandare in tal caso la punizione.

[34] Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 247.

[35] D. 48.5.33.pr.: "*Nihil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit. Quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescripserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater infixerat, magis fato quam voluntate eius servata est: quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit*".

[36] D.48.5.23.4.: "*Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus*".

Sempre in forza della legge augustea, il marito era titolare, proprio in quanto *vir*, di un *ius occidendi* nei confronti del correo di rango non elevato. In primo luogo, il marito poteva uccidere solo il correo della moglie: se uccideva anche questa si rendeva colpevole di omicidio; inoltre, non poteva uccidere qualunque correo della donna, ma solo quello che apparteneva ad un ben determinato novero di persone, poco qualificato dal punto di vista sociale e precisamente: a) schiavi; b) infami, gladiatori e bestiarii, "*iudicio publico damnati*", commedianti ballerini e cantanti, lenoni e prostituti; c) liberti, o più specificamente liberti del marito, della moglie, del padre, della madre, del figlio o della figlia di entrambi.

Si veda in particolare D.48.5.25.pr.: "*Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit*".

Diverse erano anche le condizioni di luogo richieste perché il marito potesse rimanere impunito. Diversamente dal padre, infatti, egli poteva uccidere impunemente solo se li sorprendeva nella casa coniugale[37]. In base a quanto sancito nel V capitolo della *lex Julia*, se l'adultero veniva sorpreso fuori casa, così come se era di ceto sociale elevato, non poteva essere ucciso impunemente. Il marito che non desiderasse o non potesse esercitare la vendetta privata, aveva facoltà di trattenere il colpevole, per non più di venti ore e senza interruzione, al fine di procurarsi i testimoni, che provassero la verità della sua accusa in vista del processo: D.48.5.26.pr.: "*Capite quinto legis Juliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat*".

Se il marito, nel frattempo, lasciava andar libero l'amante della moglie per lucro, egli era incriminato per lenocinio.

[37] Può essere interessante osservare, al riguardo, che la flagranza era ritenuta già in diritto attico un presupposto necessario, perché il marito potesse uccidere l'adultero scoperto nella propria casa. Cfr. su questo punto, PAOLI U. E., *Il reato di adulterio (Moicheia) in diritto attico*, in SDHI, 16, 1950, p. 272 e ss.

L'accusa *iure mariti* appare, inoltre, più agevole da esperire, essendo proponibile in un *dies feriatus* e, *de plano*, come si evince da D.48.5.12.6.: "*Sexaginta dies, qui marito accusanti utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem praesidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit, non prohibetur intra alios quattuor menses querellam suam apud iudicem deferre*".

In un'ulteriore fase, la *lex Julia* prescriveva al marito altri due adempimenti, che consistevano in primo luogo nel ripudiare la moglie, e in secondo luogo nel dare notizia entro tre giorni al magistrato, competente per territorio, dell'uccisione dell'adultero e del luogo in cui essa era avvenuta[38]. La notifica al magistrato era assolutamente indispensabile per controllare che nella fattispecie esistessero effettivamente le condizioni di luogo e di persona alle quali la legge subordinava la concessione dell'impunità: ed era quindi onere del marito provare l'esistenza delle cause di non punibilità quale omicida.

Ulteriore condizione per l'impunità, sancita in D.48.5.30.pr., era che il marito dovesse ripudiare la moglie, cosa che, anche qualora non avesse ucciso il correo, doveva in ogni caso fare se voleva evitare l'accusa di lenocinio[39]: "*Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. Tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est "adulterum in domo deprehensum dimiserit", quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere*".

Questa condizione si spiega, secondo l'interpretazione della Cantarella, con la considerazione che il ripudio della moglie era considerato una prova della buona fede del marito, il quale doveva dimostrare di avere ucciso l'adultero veramente e solamente perché aveva scoperto il tradimento della moglie, e non per altri motivi, e magari con la complicità di questa. In altri termini, attraverso il ripudio si otteneva la prova della buona fede del marito esattamente come, attraverso la *pro-*

[38] Il ripudio deve avvenire "*statim*", deve cioè seguire la morte dell'uomo senza soluzione di continuità.

[39] Sul punto cfr. BANDINI V., *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano 1934, p. 499 e ss., che mette in luce come questa regola sia una conseguenza della nuova concezione dell'adulterio come *crimen*, introdotta appunto dalla *lex Julia*.

fessio si otteneva la prova dell'esistenza delle condizioni obiettive di tempo e di persona richieste perché l'uccisione non fosse punita[40].

4. *Il diverso fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale*

Da quel che si è venuto dicendo sin qui, risulta abbastanza chiaro come il fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale fosse profondamente diverso. Del resto, questa diversità sarà sottolineata alcuni secoli dopo da Anton Matthaei, nella sua analisi del reato d'adulterio: *[...] Diversi iuris ratio est, quoniam pietas paterni nominis consilium plerunque pro liberis capit; mariti autem calor et impetus facile decernentis refraenandus fuit [...]. Olim quidem, ex lege Romuli, maritus et uxorem occidere potuit, [...]*[41].

L'uccisione dell'adultera e del suo correo ad opera del padre era considerata come l'esercizio di un diritto, e pertanto il padre dell'adultera che uccideva la figlia e il suo correo non commetteva un reato, il suo atto, non era un omicidio. Ma il discorso non ha lo stesso valore se facciamo riferimento all'uccisione del correo della moglie ad opera del marito: l'impunità di questi, infatti, ha sempre avuto, nel diritto romano, un fondamento diverso; più specificamente la considerazione da un lato dell'offesa subita, e dall'altro, del particolare stato d'animo in cui il marito si veniva a trovare in conseguenza di ciò.

Il diverso fondamento su cui poggiavano, già prima della *lex Julia*, l'impunità paterna e quella maritale risulta, in primo luogo, dall'esame della terminologia usata dalle fonti, che mentre, a proposito del padre, parlano sempre ed esclusivamente di esercizio del "*ius occidendi*", e di uccisione fatta "*iure*"[42] o "*legis auctoritate*", a proposito del marito, invece, e solo a proposito di questi, dicono, a volte, che egli uccide "*impune*"[43].

---

[40] Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 252.

[41] Cfr. MATTHAEI A., De Criminibus, t. I, tit. III, cap. III, cit., pp. 315-316, nu. 13.

[42] Cfr. D.48.5.21.

[43] D. 48.5.39.9.: "*Liberto patroni famam lacessere non facile conceditur: sed si iure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem iniuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere. Quod durum nobis esse videtur: nam cuius famae, multo magis vitae parcendum est*".

Nel caso del *pater*, dunque, si tratta di un vero e proprio potere che probabilmente s'inscrive nella struttura della *patria potestas*; nel caso del marito si tratta di condizioni di non punibilità di un atto in sé non lecito.

Come abbiamo visto, infatti, i limiti del potere paterno erano più estesi di quelli della impunità maritale, ma ciò nonostante, l'esercizio del potere paterno era subordinato ad una condizione cui non era subordinata l'impunità del marito. Il padre poteva procedere all'uccisione degli adulteri solo se era *sui iuris* e se aveva la figlia *in potestate*. E la ragione è evidente: dal momento che il fondamento della sua impunità stava nella considerazione che uccidendo gli adulteri esercitava un potere familiare, egli doveva, evidentemente, esserne titolare. Ma al marito, invece, l'impunità era concessa in considerazione del particolare stato d'animo in cui si trovava in seguito alla scoperta dell'offesa subìta. Quindi si può senz'altro affermare che nel diritto romano a fondamento di quella che ai nostri occhi sembra doversi configurare come un'impunità, sia nei confronti del *pater* sia di quelli del marito, stavano due situazioni totalmente diverse: per quanto concerne il padre, la considerazione che, uccidendo, egli esercitava un suo diritto; per quanto riguarda il marito, la considerazione che, nel momento in cui agiva, egli si trovava in un particolare stato emotivo, era dominato da un *iustus dolor*, provocato dalla scoperta dell'offesa che gli era stata arrecata. Il *iustus dolor* del marito tradito consisteva in quel particolare stato emotivo che era determinato dall'offesa a un valore che la coscienza sociale condivideva e voleva difendere in quanto tale, esso agiva come causa di esclusione della pena[44]. Il *dolor* del marito omicida, infatti, era uno degli elementi in considerazione dei quali egli godeva dell'impunità, ma da solo non bastava, era necessario anche che la coscienza sociale valutasse positivamente il movente che lo spingeva a reagire all'offesa subita: il *dolor* doveva essere *iustus*[45].

La considerazione del valore sociale della vittima, sicuramente andava ad incidere sulla valutazione del motivo che aveva spinto il marito che era stato tradito, a reagire; e questa valutazione era diversa a

[44] Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 267; RIZZELLI G., Lex Julia de adulteriis, *Studi sulla disciplina di* adulterium, lenocinium, stuprum cit., p. 17.

[45] Sulla nozione di *iustus dolor*, cfr. CANTARELLA E., cit., p. 269 e ss., che sottolinea come questo sia o meno *iustus* in virtù di quanto la società possa valutare il movente che determina l'uomo ad uccidere.

seconda del valore sociale dell'ucciso. Valutazione positiva nel caso in cui questo era basso, ma il giudizio era totalmente diverso se non fosse stato di questo tipo. Infatti, in quest'ultimo caso, nonostante il marito tradito avesse agito in un particolare stato emotivo, doveva essere punito. La posizione sociale agiva, di conseguenza, da limite alla possibilità che lo stato emotivo dell'agente venisse considerato quale causa di esclusione della punibilità.

Secondo quanto attestano chiaramente le fonti, la concessione dell'impunità all'uccisore degli adulteri non fu un'innovazione della *lex Julia*, ma fu piuttosto una revisione e una limitazione delle regole che, sino a quel momento, avevano concesso sia al padre che al marito un'impunità avente un'estensione assai maggiore. In primo luogo, lo *ius occidendi* paterno, prima della *lex Julia*, non era sottoposto alla limitazione dovuta alla necessità di uccidere anche la figlia: l'uccisione di questa era, infatti, un diritto che il padre poteva, ma non era affatto costretto ad esercitare. La legittimità dell'uccisione, inoltre, non era subordinata ad alcuna delle condizioni di tempo e di luogo che abbiamo già esaminato, vale a dire la scoperta dell'adulterio all'interno delle mura domestiche e l'uccisione degli adulteri *in continenti*: bastava semplicemente che gli adulteri fossero sorpresi in flagrante. Quanto all'impunità concessa al marito, poi, essa subì ad opera della *lex Julia* limitazioni di ampiezza ancor maggiore, poiché in precedenza la posizione del marito e quella del padre erano identiche.

Abbiamo già visto che l'*accusatio iure mariti vel patris*, come quella *iure extranei*, presuppone l'avvenuto divorzio. Gli adulteri non possono cioè essere in generale perseguiti, con l'accusa *iure mariti vel patris* o da parte dei terzi, se la donna si trovi ancora unita in *iustae nuptiae* con l'uomo al quale è stata infedele.

La donna non può essere accusata di adulterio in costanza di matrimonio da una persona diversa dal proprio marito; si è già detto sopra che al terzo viene tuttavia concesso di proporre l'accusa di *adulterium* qualora abbia in precedenza promosso un processo avente ad oggetto il *lenocinium* del coniuge e l'illecito sia stato accertato.

Per intentare l'accusa di adulterio contro la sospetta adultera, qualora il marito non divorzi, occorre, dunque, preliminarmente ottenere la condanna di questo per *lenocinium*. Il *lenocinium* è, così, inteso dal legislatore augusteo essenzialmente come attività che favorisce la commissione dell'adulterio o che trae da essa vantaggio, o anche come acquiescenza alla manifesta infedeltà della moglie sorpresa in flagranza di reato. Le condotte che danno luogo al *crimen lenocinii* si sostanzia-

no, in generale, nel conseguire un profitto dalle unioni sessuali vietate dalla *lex Julia de adulteriis* oppure nella riabilitazione della donna che abbia commesso adulterio.

Da un'attenta analisi di due paragrafi di D.48.5.14, risulta evidente la ragione per cui non viene concessa l'*accusatio iure mariti*, nel caso specifico in cui la fidanzata si sia unita in matrimonio con un altro.

D.48.5.14.pr.: "*Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*".

D.48.5.14.6.: "*Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit*".

È evidente che la ragione è sempre la stessa: poiché al momento in cui il delitto è stato commesso, mancano i requisiti richiesti per l'esistenza delle *iustae nuptiae*, non si ha un vero e proprio *adulterium*, ma uno *stuprum*. Naturalmente è ammesso in modo implicito che il marito può sempre intentare l'*accusatio iure extranei*. Riguardo alla procedura speciale, il delitto di *adulterium* va sempre inteso nel suo significato più ristretto e rigoroso, diversamente dall'*accusatio iure extranei* per la quale, sotto la denominazione di *adulterium* si comprendono anche i casi di *stuprum*. L'azione privilegiata è quindi concessa, soltanto a colui che al momento del delitto è propriamente *maritus* della colpevole, mentre il fidanzato dal suo rapporto di sponsali con la colpevole non ne viene a derivare nessun diritto speciale, giacché egli non ha se non la facoltà di esperire, come qualsiasi altro, l'accusa pubblica.

5. *La legislazione successiva fino a Giustiniano*

L'istituto dell'*accusatio iure mariti vel patris* mantenutosi vivo nei primi tre secoli dell'Impero, perde vigore rapidamente nella legislazione posteriore. La sua scomparsa, come ha notato il Volterra, è strettamente collegata alle profonde modificazioni portate sul regime classico del *crimen adulterii* dal nuovo spirito cristiano[46]. La *lex Julia de adul-*

[46] Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 4.

teriis subì, infatti, frequenti e varie modificazioni, con senatoconsulti o rescritti imperiali, per opera degli Imperatori che succedettero ad Augusto, spesso in corrispondenza alle loro vedute ed ai loro costumi individuali e familiari, e successivamente anche per l'influsso della fede cristiana da essi abbracciata.

Nel diritto romano pregiustinianeo un decreto degli imperatori Severo e Antonino, *ad legem Juliam de adulteriis*, stabilì la sanzione dell'adulterio anche contro la fidanzata infedele, disponendo che colei che fosse vincolata da sponsali dovesse essere punita in caso di rapporti carnali con persona diversa dallo sposo[47].

L'imperatore Costantino, con zelo ispirato dalla nuova religione, promulgò varie leggi contro l'adulterio[48]: la pena viene esacerbata fino alla comminativa della pena capitale[49].

Ma per quale motivo il primo principe cristiano avrebbe ristabilito la pena di morte? Gotofredo invoca l'ispirazione religiosa: *et certe christianae religioni, qua is imperatorum primus imbutus est, id omnino congruit*[50]. Ma è proprio singolare che il primo insegnamento che un principe cattolico ricavi dal Vangelo sia quello di comminare pene più severe ai rei. Inoltre, ci si può chiedere: come mai dall'episodio evangelico dell'adultera perdonata da Gesù il legislatore tragga motivo per inasprire la *poena adulterii?* Seguendo la teoria dell'Esmein[51] si potrebbe fare un richiamo alla legge mosaica e precisamente a Deuteronomio 22, 23, e Levitico 20, 10, tuttavia questo richiamo, come ci riferisce il Biondi, è fuori posto, giacché questo è proprio uno dei punti in cui la dottrina di Cristo rappresenta il superamento della legge mosaica: Gesù, infatti, perdona la peccatrice che ha avuto amore e fede in lui[52], e l'adultera sorpresa in flagrante che non è stata accusata

[47] D. 48.5.13.3.: *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*; cfr. anche GIOFFREDI R., voce: *Adulterio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Torino 1937, p. 220.

[48] C. Th. 9.40.1.; LA MANTIA V., voce: *Adulterio*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, part. II, Milano 1910, p. 307.

[49] Secondo l'opinione tradizionale, la pena di morte sarebbe stata introdotta da Costantino. Secondo altri, tra i quali il Biondi vi sarebbe invece stata con Costantino non l'introduzione della pena di morte, ma la trasformazione dell'antica uccisione *iure mariti vel patris* in pena giudiziaria.

[50] BIONDI B., *La* poena adulterii *da Augusto a Giustiniano*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano 1965, p. 61.

[51] Cfr. BIONDI B., *La* poena adulterii *da Augusto a Giustiniano* cit., p. 61.

[52] Luca, 7, 48-50.

da nessuno, nonostante scribi e farisei avessero invocato la legge mosaica[53].

Se partiamo dal presupposto che la Chiesa, seguendo l'insegnamento del Maestro, non ammette in via di principio alcuna *effusio sanguinis*, non si capisce come si possa supporre che la pena di morte abbia ispirazione religiosa. I Santi Padri di questo periodo qualificano l'adulterio come *crimen mortale*, ma rinnegano l'uccisione degli adulteri, nonché la liceità del ripudio; invocano l'equiparazione dell'uomo alla donna, ma non alcun aggravamento della pena; anzi intendono sostituire all'antica vendetta il sistema della pena spirituale, ed è precisamente sotto l'aspetto spirituale che qualificano l'adulterio come *crimen mortale*[54].

La religione cristiana ha influito in questa materia non nel senso di un maggior rigore fino alla *effusio sanguinis*, incompatibile con quello spirito di mitezza e misericordia che scaturisce da tutto il Vangelo, ma in quanto ha determinato la decadenza di quella pena privata che si concretava nell'uccisione *iure patris vel mariti*. In questa situazione si può spiegare come lo Stato, senza rinnegare la particolare gravità dell'adulterio, sia secondo la tradizione sia secondo la religione cristiana, abbia avocato a sé quella punizione *gladio*, che un tempo era devoluta all'arbitrio insindacabile del marito o del *pater*[55].

Il sistema della repressione dell'adulterio, stabilito dalla *lex Julia*, viene così rovesciato e scosso nelle sue basi, assumendo un aspetto completamente nuovo. Questa innovazione si ripercuote naturalmente anche sull'*accusatio iure mariti vel patris*[56]; infatti, la costituzione circoscrive l'esperibilità dell'*accusatio adulterii* contro la donna al marito e a taluni congiunti, i quali restano in tal modo, gli unici legittimati a promuovere l'accusa *iure extranei* che la *lex Julia* aveva previsto in rapporto a questo particolare illecito, affiancandola, in via sussidiaria,

---

[53] Giovanni, 8, 3-11.

[54] BIONDI B., *La* poena adulterii *da Augusto a Giustiniano*, cit., p. 61.

[55] BIONDI B., *La* poena adulterii *da Augusto a Giustiniano*, cit., p. 69.

[56] Da questa legge di Costantino sorgono due problemi per la storia dell'adulterio: innanzi tutto, quello di determinare se essa limita l'accusa soltanto contro la donna unita in matrimonio, riducendo quindi l'estensione dell'*accusatio iure extranei* nel solo caso di *adulterium* in senso tecnico, e lasciando invece immutato il regime dell'azione pubblica contro lo *stuprum*; e in secondo luogo, se dopo la riforma costantiniana, il marito che non accusa venga sottoposto o no al *crimen lenocinii*. Su questo punto cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 54.

a quella *iure mariti vel patris*[57]. Tale istituto, dunque, subisce il primo colpo con la costituzione di Costantino, la quale viene praticamente ad abolire, mantenendone però il nome, l'*accusatio publica* libera a tutti, restringendo il novero di coloro che sono legittimati ad accusare, concedendola soltanto a determinate persone *quos verus dolor ad accusationem impellit.*

Consideriamo il testo di C. Th. 9.7.2.: "*Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen, ne volentibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patri vel consobrino et consanguineo maxime fratri, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem imponimus, ut crimen abolitione compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione etiam ream coniugem facere, nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri, veteres retro principes annuerunt. Extraneos autem procul arceri ab hac accusatione censemus. Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant*".

Con Costantino, dunque, il *crimen adulterii* cessa di essere di diritto pubblico, quindi cessa la pubblica accusa, rimane soltanto l'azione maritale. Nel sistema di Augusto essa rispondeva ad una necessità reale ed adempiva, di fronte all'azione pubblica, una funzione propria; infatti, come si è già sostenuto, non solo veniva a dare delle facilitazioni al padre e al marito, ma concedeva loro un tempo determinato entro il quale potevano scegliere se perseguire essi stessi il delitto e vendicare il proprio onore, oppure lasciare libero corso all'accusa pubblica, che si presentava quindi come un surrogato della prima. Nella legislazione di Costantino, che si ispira al principio che nessuno deve *temere [...] foedare connubia*, i soli parenti più prossimi possono, trascorsi i sessanta giorni riservati al padre e al marito, giudicare se sia o no opportuno muovere il *crimen* contro la donna: l'azione, quindi, per adulterio è concessa soltanto nell'ambito della famiglia.

Si comprende come oramai l'*accusatio* speciale *iure mariti vel patris*, trovandosi unicamente di fronte a quella degli altri congiunti, diminuisce fortemente il suo valore e di conseguenza la distinzione fra

[57] Cfr. VENTURINI C., "Accusatio adulterii" *e politica costantiniana (per un riesame di CTH 9, 7, 2)*, in SDHI, 54, 1988, p. 67.

accusatio iure mariti e *accusatio iure extranei* viene praticamente a perdere sempre più importanza[58]. Inoltre, occorre aggiungere che mentre prima con *extranei* si intendevano tutti, esclusi il padre ed il marito, ora sotto questa espressione si comprendono soltanto le persone elencate dalla legge.

L'azione pubblica fu quindi abolita da Costantino, sebbene però sembri che ancor prima di lui, pur ristabilita la giurisdizione obbligatoria del pretore, l'accusa di adulterio, almeno durante il matrimonio, spettasse soltanto al marito, e solo eccezionalmente ai prossimi congiunti.

Lo stesso imperatore sancì due importanti e nuove disposizioni: che il marito potesse formulare il suo libello anche in base ad un semplice sospetto; che egli però non potesse ripudiare la moglie prima che essa fosse condannata per adulterio.

Il movimento di riforma, iniziato da Costantino contro il sistema della *lex Julia*, viene ripreso con vigore da Giustiniano che nella Nov. 134 al c. 10 conserva le pene *quas Constantinus disposuit velle* contro gli adulteri[59]. Confermata, per quello che concerne le pene pubbliche per il reato di adulterio, la costituzione dell'imperatore Costantino che stabilisce la *poena gladii*, per quanto si riferisce al patrimonio dell'a-

---

[58] Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 54.

[59] Nov. 134,10.: "*Si quando vero adulterii crimen probetur, iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divae memoriae disposuit; et illis similibus subiciendis poenis, qui medii <aut> ministri huiusmodi impio crimini facti sunt. De substantia vero adulteri, si habeat uxorem, dotem et propter nuptias donationem ei salvari, aut partem a nostra lege datam si dotalia instrumenta non subsecuta sunt; residuam vero eius substantiam, si quidem sint ascendentes aut descendentes usque ad tertium gradum, accipiant hi secundum ordines et gradus, si vero non sint huismodi aliqui, fisco applicari haec iubemus. Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterio mitti. Et si quidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere et copulari ei, nullum periculum ex hoc metuens, nullatenus propter ea quae in medio tempore facta sunt nuptias laedi. Si vero praedictum tempus transierit, aut vir prius quam recipiat mulierem moriatur, tondi eam et monachicum habitum accipere, et habitare in ipso monasterio in omni propriae vitae tempore. Et si quidem habeat descendentes, duas partes accipere eos substantiae secundum legum divisas ordinem, reliquam vero tertiam partem monasterio in quo mittitur dari. Si vero descendentes non fuerint, sed ascendentes inveniantur non consentientes huiusmodi inquitati, quattuor uncias eos secundum leges divisas accipere, octo vero uncias dari monasterio in quo includitur huiusmodi mulier. Si vero neque descendentes neque ascendentes habeat, aut ascendentes consenserint huiusmodi iniquitati, omnem eius substantiam accipere monasterium illi conservandam, ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur*".

dultera si ripetono con qualche complemento le disposizioni della Nov. 117 c. VIII.

La Novella 134, infatti, dispone che l'adultero sia sottoposto alle pene stabilite da Costantino, ma non dice quali; però da quanto sancirà in seguito possiamo desumere che non si trattava sicuramente della pena di morte. La pena di morte è, difatti, incompatibile con talune disposizioni della stessa *lex Julia*, che presuppongono la sopravvivenza del condannato per adulterio: così la legge vieta esplicitamente il matrimonio con la donna *adulterii damnatam*, proibisce al reo di adulterio di prestare testimonianza[60]. Giustiniano, ricordate le pene patrimoniali, che in sostanza si rifanno alla *lex Julia*, aggiunge che l'adultera, assoggettata alle competenti pene, sia battuta e reclusa in un monastero, distinta nell'abito dalle altre monache e costretta a vivere in isolamento[61]. Si darà, però, nello stesso tempo, facoltà al marito di riprendere la moglie entro lo spazio di due anni, senza pericolo di incorrere nella pena comminata dalla *lex Julia* a colui che richiama la donna condannata per adulterio. Qualora il marito, e solo lui, entro questo lasso di tempo non la riprenda con sé, le siano tagliati i capelli e rimanga per tutta la vita in convento, assumendo l'abito e la condizione religiosa. È chiaro, dunque, che l'adultera non viene condannata a morte; ciò sta a significare che le pene a cui si deve assoggettare l'adultera, precisamente quelle stabilite da Costantino, che Giustiniano dispone di applicare, non comprendono la pena di morte.

Nel diritto delle Novelle può, dunque, dirsi caduta la pena capitale, sostituita da pene patrimoniali, a danno degli adulteri ed a favore del coniuge innocente e dei figli[62].

---

[60] Cfr. D. 22.5.18.

[61] Giustiniano, dietro consiglio del vescovo romano Pelagio, fece costruire all'uopo una specie di monastero penale. Cfr. BANDINI V., *Appunti in tema di reato di adulterio* cit., p. 505.

[62] Nov. 117.8.2.: "*Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad haec, si filios non habet, tantum accipere ex alia uxoris substantia quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos et a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, iubemus et dotem secundum de hoc leges aliamque mulieris substantiam filiis conservari, et ita adulterum legitime convictum una cum uxore puniri. Et si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam et dotem propriam et propter nuptias donationem, ut si filios habent, solo usu mulier fruatur donationis proprietate secundum leges filiis servanda; aliam vero mariti substantiam eius filiis ex nostra largitate donamus. Filiis autem non existentibus antenuptialis quidem do-*

La suddetta Novella del 543 parla di accusa e di punizione degli adulteri; ma la pena per questi è sempre patrimoniale: determina vantaggi a favore del coniuge innocente e dei figli, e svantaggi a danno del reo, relativamente alla dote, alla *donatio ante nuptias*, ed al resto delle sostanze. Vi si stabiliva, inoltre, che l'adultera perdesse a vantaggio del marito l'intera dote più una parte dei beni parafernali pari a un terzo di quella, se non c'erano figli; in presenza di questi, invece, sia la dote sia l'intera sostanza materna dovevano venire loro attribuite. La donna rischiava così di vedersi completamente privata dei propri beni, senza poter godere su di essi nemmeno l'usufrutto[63].

Giustiniano mantenne pure il diritto d'accusa per il solo sospetto, ma lo circondò con la formalità di una previa triplice ammonizione scritta e testificata da tre fededegni. L'Imperatore, con la Novella 117, restringe nuovamente l'ambito di questa impunità, escludendo che la moglie possa essere uccisa e prescrivendo che, per avere facoltà di procedere all'uccisione del correo, il marito debba sorprenderlo insieme alla donna in luoghi espressamente indicati dalla costituzione, dopo avergli inviato tre diffide scritte, corredate dalle testimonianze di altrettante persone fededegne.

Inoltre, la suddetta Novella prevedeva che il marito restasse impunito per la sola uccisione del correo, e non anche per quella della moglie. Ma non solo. Anche con riferimento all'uccisione di questi, mentre da un canto prescindeva totalmente dalla considerazione della sua posizione sociale, stabiliva, dall'altro che, perché il marito potesse restare impunito, dovessero sussistere alcune condizioni che non erano state richieste neppure dalla legislazione augustea. Era necessario infatti, che venuto a conoscenza della relazione della moglie, il marito inviasse al suo correo tre diffide scritte, firmate da testimoni fededegni: e che, dopo di ciò, lo sorprendesse in casa propria, in casa della moglie, in una taverna o in una casa nei sobborghi. Come risulta chiaramente alla lettura del testo della Novella, l'invio delle tre diffide scrit-

---

nationis proprietatem mulieri competere sancimus, aliam vero mariti omnem substantiam fisco secundum antiquas applicamus leges".

[63] Cfr. GORIA F., *La Nov. 134,10,12 di Giustiniano e l'assunzione coattiva dell'abito monastico*, in *Studi Grosso*, VI, Torino 1974, p. 75. Sulla *poena adulterii* vedi anche: Paolo, Sent. 2.26.14.: "*Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri; adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidia bonorum partem auferri; dummodo in diversas insulas relegentur*".

te al presunto colpevole era una condizione necessaria ma non sufficiente perché il marito restasse impunito, richiedendosi, oltre questa formalità, anche la necessità della ulteriore sorpresa in flagrante.

Risorge così in parte e circondata di cautele quell'uccisione *iure mariti*, che è forse la nota dominante di tutta la legislazione romana intorno all'adulterio da Augusto alle Novelle[64]. Infatti, è evidente che Giustiniano, con la Novella 117, lungi dall'allargarlo, restrinse di molto il campo della impunità maritale. Attraverso l'innovazione costituita dall'introduzione della necessità delle tre diffide scritte, egli escluse anche che restasse impunito il marito che uccideva l'amante occasionale della moglie, limitando la concessione della impunità a chi uccideva l'uomo che intratteneva con la moglie quella che oggi chiamiamo "relazione adulterina"[65]. E con questo, introdusse una regola del tutto nuova in materia, che, tra l'altro, resterà in vigore anche nel diritto intermedio, come prova, ad esempio, quanto afferma l'Aretino nel suo trattato *De maleficiis*, al §. "*Che hai adulterato la mia donna*"[66]:

"*Hoc tamen est verum, nisi maritus illi quem habet suspectum ter inscriptis denunciaverit, et in presentia trium testium fide dignorum, quod permittat vivere in pace suam uxorem, et cum ea aliquid commune non habeat*".

Per quanto riguarda la legislazione giustinianea sull'*accusatio iure mariti*, abbiamo accennato all'abolizione di vari privilegi che contraddistinguevano l'azione speciale; Giustiniano, proseguendo nel suo intento rivolto a rendere per quanto possibile stabili i matrimoni e ad impedirne lo scioglimento, introduce vari cambiamenti nel campo dei delitti di adulterio. Secondo il diritto classico il marito per intentare l'accusa, deve ripudiare la donna: in talune circostanze anzi l'*accusatio* è considerata come un ripudio ed *ipso iure* scioglie le nozze. In ogni caso durante il procedimento penale non si può assolutamente né mantenere in vita il matrimonio, né condurre in moglie l'accusata. Le norme della costituzione di Costantino, emanata nel 326, non portano nessuna variazione su questo punto e sembrano perfettamente conformi al diritto classico: il marito per intentare l'accusa, anche *ex suspi-*

[64] BIONDI B., *La* poena adulterii *da Augusto a Giustiniano* cit., p. 73.

[65] CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 263.

[66] ANGELUS ARETINUS [DE GAMBILIONIBUS], De Maleficiis tractatus, ed. Venetiis 1598, f. 118va, nu. 2.

cione, deve sciogliere il matrimonio[67]. Nel diritto giustinianeo il principio muta profondamente. Infatti, nel diritto delle Novelle viene definitivamente fissato il principio che durante il giudizio di adulterio il matrimonio non si scioglie, giacché il marito ha il diritto di inviare il ripudio soltanto dopo la condanna della donna. Non solo l'accusa non ha più l'effetto di sciogliere il matrimonio, ma il marito deve sottomettersi alle medesime formalità degli altri e non è più esente dalle pene della calunnia.

Difatti, Giustiniano innova il sistema classico stabilendo nelle sue Novelle che il marito il quale non riesca nell'accusa di adulterio, sia costretto a subire le medesime pene a cui sarebbe stata sottoposta la donna nel caso di condanna. Seguendo il principio allora in vigore, la Nov. 117 al cap. 9, §. 4, ordina che:

Si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterium non probaverit, licere mulieri volenti etiam pro hac causa repudium destinare viro, et recipere quidem propriam dotem; lucrari autem et antenuptialem donationem, et pro huiusmodi calumnia, si filios non habuerit ex eodem matrimonio, tantum secundum proprietatem accipere mulierem ex alia viri substantia quantum antenuptialis donationis tertia pars esse cognoscitur. Si autem filios habuerit, iubemus omnem viri substantiam filiis conservari, firmis manentibus quae de antenuptiali donatione aliis legibus continentur; ita tamen ut etiam propter illatam adulterii accusationem et non probatam illis quoque maritus subdatur suppliciis, quae esset passura mulier, si huiusmodi fuisset accusatio comprabata.

Questa applicazione del principio del taglione alla repressione del reato di calunnia, viene, pur non dichiarandolo in forma esplicita, ad abrogare definitivamente il privilegio del marito di non essere sottoposto all'*actio calumniae*[68]. Nel caso poi di semplice sospetto viene fissata una procedura assai complicata per quanto riguarda le prove.

Si comprendono i motivi che hanno portato a queste innovazioni: da una parte lo spirito del tempo, contrario allo scioglimento del matrimonio, dall'altra la necessità di togliere il contrasto che si era formato fra le norme classiche sull'adulterio e il regime del divorzio introdotto dalle costituzioni imperiali[69].

---

[67] VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 56.

[68] Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., p. 16.

[69] VOLTERRA V., *Per la storia dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris cit., pp. 57-58.

Il principio che la donna colpevole di adulterio non potesse unirsi al proprio complice in valide nozze una volta sciolto il vincolo precedente, non si affermò, come tale, molto presto nel diritto romano. Anzi, in detti termini esso fu sancito proprio nella fase estrema della sua evoluzione, in quel c. 12 della Novella 134 che puniva sia il matrimonio tra i due complici dell'adulterio sia la semplice relazione tra colui che "*accusatus in adulterio per proditionem iudicum aut alio quolibet modo a legibus poenas effugerit*" e che "*post haec inveniatur mulieri de qua accusatus est turpiter conversatus*"[70].

A fondamento della repressione penale dell'adulterio non era un'idea o una concezione religiosa, per la quale in seguito all'adulterio, si sarebbe verificata l'intrusione di un soggetto estraneo alla famiglia con conseguenze rilevanti per ciò che atteneva ai rapporti religiosi, ma l'idea politica di rafforzare lo Stato mediante la tutela e il conseguente rafforzamento della famiglia. La repressione penale dell'*adulterium* e dello *stuprum*, cioè della unione sessuale rispettivamente con donna coniugata e con donna *ingenua* non coniugata[71], rappresentava uno degli aspetti di quella politica demografica, che voleva, tra l'altro rendere migliore il matrimonio, impedendone l'accesso a chi non ne fosse degno: di qui l'impossibilità, come si è visto, di ulteriori nozze per la *adulterii damnata*, prima, e anche per la donna semplicemente *deprehensa*, poi. Ma detta proibizione di sposare l'adultera trovava la sua sanzione non già, come è stato sostenuto, nella nullità dei matrimoni contratti in violazione di quei divieti, ma nelle pene di lenocinio. Perciò, l'uomo che avesse sposato un'adultera non conoscendola come tale, doveva una volta che fosse intervenuta la condanna della donna, ripudiarla, onde evitare di soggiacere alle pene di lenocinio[72]: il che era conforme agli intenti della legislazione augustea, la quale aveva creato appunto un meccanismo da cui derivava l'impossibilità per la *adulterii damnata* di vivere in *iustae nuptiae*[73]. Ma tuttavia la condanna

[70] VITALI E. G., *Premesse romanistiche a uno studio sull'*"impedimentum criminis" *(adulterio e divieti matrimoniali)*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. I, Milano 1972, p. 275.

[71] Cfr. A. MATTHAEUS, De Criminibus cit, p. 239 e ss; GLÜCK F., *Commento alle Pandette*, Milano 1888-1907, p. 351; VITALI E. G., *Premesse romanistiche* cit., p. 282.

[72] D. 48.5.12.13.: "*Ream adulterii uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. Quaero, an causam discidii praestitisse videor. Respondit: cum per legem Juliam huiusmodi uxorem retinere prohibearis, non videri causam te discidii praestitisse palam est. Quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio*".

[73] VITALI E. G., *Premesse romanistiche* cit., p. 283.

per adulterio non scioglieva *ipso iure* il matrimonio: occorreva il divorzio.

La Nov. 134 al c. 12 stabilisce che il matrimonio dell'adultera con il complice è punito con la morte dell'uomo e con la reclusione in convento della donna, e che, comunque, "*neque matrimonium valere*". Anche per quanto riguarda le pene, il distacco dal diritto anteriore è rilevante: mentre in precedenza era prevista la pena di morte per entrambi i coniugi, ora interviene nei confronti della donna quel particolare temperamento delle pene, quella particolare considerazione della *infirmitas sexus*, che è propria del diritto giustinianeo. Ma quanto al matrimonio, la costituzione stabiliva, sempre al c. 12: *neque valere iubemus*.

6. Considerazioni conclusive

La posizione del diritto giustinianeo dopo la Nov. 134 può quindi così riassumersi: impedimento assoluto per l'adultera condannata, ma liceità di una sua unione fino alla sentenza di colpevolezza, tranne che con il complice, nei confronti del quale l'impedimento permaneva anche in ipotesi di sentenza assolutoria.

Il fatto che l'assunzione obbligatoria dell'abito monastico sia documentata con certezza, nella legislazione giustinianea, soltanto per le adultere, la constatazione che essa era preceduta da *convenientes poenae* non meglio specificate ma presupposte come note, e la considerazione che poteva essere evitata se il marito acconsentiva, entro due anni dalla condanna, a riprendere con sé la moglie, inducono a pensare che la disposizione rispondesse al desiderio di imporre alle adultere, definitivamente respinte dal marito, uno stato di castità perfetta. Vi sono anche circostanze sociali ed economiche che possono spiegare l'adozione, a questo scopo, della monacazione forzata, anziché di semplici divieti legislativi: infatti, la donna, secondo le idee dominanti, doveva occuparsi soltanto della casa e non aveva d'altra parte molte possibilità per rendersi autonoma sul piano economico mediante il proprio lavoro; se veniva privata totalmente o in gran parte dei beni familiari e per di più le era proibito di risposarsi, come capitava all'adultera, le uniche vie di sussistenza sarebbero state il concubinato o la prostituzione.

Da quanto sin qui detto si evince come l'istituto dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris*, affermatosi nel sistema del diritto classi-

co, viene a perdere vigore in un'epoca in cui le antiche concezioni, su cui si basava l'ordinamento del matrimonio romano, sono scomparse, modificate dai nuovi principi religiosi e sociali che hanno ispirato la società cristiana. I cambiamenti portati al sistema della *lex Julia*, ci hanno rivelato come, rispetto alle istituzioni familiari, la legislazione di Augusto e quella di Costantino hanno perseguito scopi diversi e sono state mosse da intenti differenti. Mentre Augusto, che intendeva colpire per quanto possibile i delitti di stupro e di adulterio senza permettere che alcuno sfuggisse alla pena, aveva concesso a tutti l'azione contro i colpevoli, aveva obbligato il marito a divorziare dalla moglie adultera se non voleva incorrere nel *crimen lenocinii*, gli forniva insieme al *pater* una serie di facilitazioni per vendicare il proprio onore e aveva impedito alla condannata per adulterio di poter stringere nuove nozze, Costantino, invece, mirava ad impedire lo scioglimento del matrimonio ed a mantenere, nonostante l'adulterio, il vincolo coniugale.

Sotto l'imperatore Giustiniano, l'opera di Costantino viene continuata fino alle più gravi conseguenze, giungendosi così alla distruzione dell'antico regime del *crimen adulterii*. Gli scopi da realizzare sono chiari: colpire l'adulterio e impedire il divorzio. Così, mentre precedentemente alla donna condannata in giudizio per adulterio veniva assolutamente vietato di riprendere marito e veniva posta nella categoria di coloro *in quas stuprum non committitur*, con la nuova legislazione non solo si aggravano le pene contro l'adulterio, ma si cerca nello stesso tempo di far rimanere in piedi il matrimonio. Da una parte si statuisce la morte e la prigionia perpetua agli adulteri, dall'altra non si permette al marito di divorziare per adulterio se non dopo la condanna della donna, e s'introducono varie norme per poter permettere di ricostituire il vincolo coniugale con la colpevole[74].

In questo nuovo regime l'istituto dell'*accusatio iure mariti vel patris*, non solo era in contrasto con i nuovi principi, ma non rispondeva più ai bisogni pratici. Gli *extranei* non possono più accusare la donna, e, dal momento che l'azione è ristretta nel cerchio dei prossimi congiunti, non si avverte più la necessità di mantenere rispetto ad essi il diritto speciale del marito e del padre, anche e soprattutto perché i privilegi che contraddistinguono questo diritto sono contrari al nuovo sistema giustinianeo.

[74] VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, cit., p. 61.

CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

Ashcroft, Attorney General, et al. v. Free Speech Coalition et al.

SUL WRIT OF CERTIORARI VERSO LA DECISIONE DELLA CORTE DI APPELLO DEGLI STATI UNITI PER IL NONO DISTRETTO

No. 00-75 Discussa il 30 ottobre 2001 Decisa il 16 aprile 2002

Syllabus

Il Child Pornography Prevention Act (CPPA) estende la legislazione federale contro la pornografia minorile fino a ricomprendere nell'area del penalmente rilevante immagini create a prescindere dalla reale presenza di minori coinvolti nella loro realizzazione [...].

I ricorrenti sostengono che le proibizioni dei §§ 2256 (8) (B) e 2256 (8) (D) U.S.C. sono incostituzionali [....].

La sezione 2256 (8) (B) prende in considerazione materiale diverso da quello valutato in Ferber e in Miller e le giustificazioni addotte dal Governo a sostegno della limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, non trovano giustificazione nei precedenti della Corte riguardanti il Primo Emendamento [...].

La sezione 2256 (8) (D) è sovradimensionata rispetto allo scopo perché consente di considerare come forma di pornografia minorile anche films che non contengono alcuna scena o immagine riguardante la realizzazione di atti sessuali da parte di minori, purché il titolo o i trailers appaiono idonei a veicolare l'impressione che lo spettatore potrebbe trovare tali scene nel film [...].

Alla luce delle predette conclusioni, le censure mosse ai §§ 2256 (8) (B) e 2256 (8) (D) per violazione del principio di determinatezza non devono essere prese in considerazione [...].

***

Il giudice Kennedy redige l'opinione della Corte.

[...]

Il CPPA, per le ragioni sopra esaminate, contrasta con Miller e non trova in Ferber alcun sostegno.

Il Governo cerca di giustificare le pene ricorrendo a motivazioni diverse, sostenendo che le disposizioni del CPPA sono necessarie nell'ipotesi in cui i pedofili utilizzino le immagini pornografiche virtuali allo scopo di sedurre nuove vittime.

Non si può però dimenticare che esistono molti oggetti, quali video-giochi, cartoni animati, e dolciumi, che, nonostante la loro natura intrinsecamente innocente, possono essere usati per finalità immorali o illecite, senza peraltro che alcuno si aspetti che vengano dichiarati illegali per il solo fatto che potrebbero essere impiegati a tale scopo.

Il Governo può certamente punire gli adulti che procurano materiale inadatto ai bambini (v. *Ginsberg v. New York*, 390, U.S., 629 (1968)) e può imporre sanzioni penali per gli adescamenti illegali. I precedenti stabiliscono tuttavia che gli argomenti con cui gli adulti hanno il pieno diritto di confrontarsi non possono essere completamente censurati nel tentativo di salvaguardare i bambini dal loro contenuto. (v. *Sable Communications of Cal., Inc., v. FCC*, 492, U.S., 115 (1989). [...]

Nel caso in esame il legislatore vuole sopprimere tali manifestazioni di pensiero, non per proteggere i bambini dai loro contenuti ma dalle intenzioni di coloro che potrebbero usarle illegalmente per scopi criminosi.

La questione rimane comunque la stessa. Il Governo non può mettere all'indice le espressioni adatte agli adulti semplicemente perché esiste il rischio che possano cadere tra le mani dei bambini. Il danno in questione dipende esclusivamente da un autonomo e distinto comportamento e la fattispecie di reato si realizza a prescindere dalle immagini in questione.

Sviluppando tali considerazioni, si arriva alla conclusione che l'area dell'illecito disegnata dal CPPA non è ben delimitata.

L'obbiettivo è di proibire condotte illecite specificatamente individuate in relazione alla loro peculiare pericolosità, ma questa restrizione va molto aldilà di tale scopo, finendo per limitare espressioni accessibili agli adulti che non intendono trasgredire la legge.

Il Governo sottolinea ulteriormente che le immagini pornografiche riguardanti minori stimolano gli appetiti dei pedofili e incoraggiano le loro più turpi intenzioni.

Anche questa ulteriore motivazione non può garantire la legittimità della norma impugnata.

La semplice possibilità che certe immagini spingano alla commissione di reati non è una ragione sufficiente per censurarle. E il potere

esecutivo non può introdurre una legislazione alla scopo di controllare il pensiero privato di una persona. *Stanley v. Georgia*, 394, U.S., 557, 566 (1969).

Quando lo Stato cerca di controllare il pensiero o di giustificare le proprie leggi per scopi intollerabili, la libertà del primo Emendamento viene messa, senza ombra di dubbio, in pericolo. Il diritto di formare liberamente il proprio pensiero si trova alla base del nostro concetto di libertà, che, senza una adeguata protezione delle sue possibili forme di manifestazione, non potrebbe esistere.

Per preservare la libertà di pensiero e proteggerne le esternazioni [...] la giurisprudenza di questa Corte ha individuato una fondamentale linea di discrimine tra parole ed azioni, tra idee e condotte. *V. Kingsley Int'l Pictures Corp.*, 360 U.S., 639 ed anche *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S., 514, 529 (2001) ("Il normale metodo per scoraggiare la commissione di fatti illeciti consiste nel prevedere una appropriata punizione nei confronti delle persone che li commettono."). La lettura dei precedenti porta a ritenere che il legislatore non può proibire la libertà di espressione soltanto perché può aumentare le possibilità che "in un qualsiasi futuro prossimo" sia commesso un atto illecito. *Hess v. Indiana*, 141 U.S. 105, 108 (1973) (*per curiam*). Il Governo può, infatti, sopprimere la manifestazione del pensiero, finalizzata a propugnare l'uso della forza o la violazione della legge, solo se " tale spinta sia diretta ad istigare o a sollecitare il compimento immediato di una azione antigiuridica e sia idonea a determinare o esercitare una tale azione". *V. Brandenburg v. Ohio*, 395, US, 444, 447 (1969) *(per curiam).* In questo caso non c'è attentato, non c'è istigazione, sollecitazione o cospirazione. I ricorrenti hanno infatti dimostrato solo la possibile esistenza di un remoto nesso tra rappresentazioni che potrebbero ingenerare brutti pensieri, sollecitare gravi impulsi, ed eventuali abusi di minore.

In assenza di un più qualificato e convincente legame, il Governo non può proibire le libere manifestazione di pensiero basandosi sul timore che possano incoraggiare condotte illecite.

Il Governo prosegue sottolineando che proibire le produzione di immagini virtuali contribuirebbe ad eliminare il mercato di materiale pornografico riguardante minori reali. A suo parere, infatti, il prodotto virtuale sarebbe indistinguibile da quello reale perché entrambi oggetto dello stesso mercato e perché spesso confusi tra loro. Ed è in questo preciso senso, come è stato detto, che le immagini virtuali contri-

buiscono ad incoraggiare la produzione di lavori aventi ad oggetto lo sfruttamento reale di minori.

Tale ipotesi non può però essere condivisa.

Se le immagini virtuali fossero davvero indistinguibili da quelle che sono prodotte con il coinvolgimento di veri bambini, queste ultime non avrebbero mercato poiché facilmente sostituibili da quelle identiche ma legali in quanto non prodotte tramite il reale sfruttamento di minori. Pochi pornografi, di fronte all'alternativa di produrre le stesse immagini attraverso la finzione consentita dal computer, rischierebbero perseverando nell'utilizzo illegale di minori reali [...].

In breve: la definizione contenuta nel § 2256 (8) B eccede i limiti delle categorie delineate in Ferber e in Miller e le ragioni con cui il governo giustifica limitazioni alla libertà di pensiero non trovano alcun fondamento nei precedenti e nelle disposizioni del I Emendamento.

Il provvedimento limita il sostanziale esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero. Per questa ragione è incostituzionale [...].

Il giudizio della Corte di Appello è confermato.

Così è deciso.

* * *

Il giudice O'Connor concorre in parte nel giudizio e in parte dissente, con l'adesione del Chief Justice e del giudice Scalia limitatamente alla Parte II.

Parte I

[...]

Concordo con la Corte nel ritenere illegittima la scelta di sottrarre alla protezione del primo emendamento le ipotesi di "*youthful-adult and virtual child pornography*".

Infatti, sebbene le immagini pornografiche in questione possono assomigliare a quelle prese in considerazione in *New York v. Ferber [...]* non vi è dubbio che la loro produzione non danneggi alcun bambino [...].

Correttamente la Corte esclude che la connessione causale tra le immagini pornografiche che sembrano riguardare minori e l'effettivo abuso di questi sia sufficientemente qualificata per giustificare l'introduzione di un'eccezione alla libertà di manifestazione del pensiero [...].

Concordo con la Corte anche in merito alle conclusioni raggiunte in relazione alla previsione contenuta nel § 2256 (8) (D) [...].

Il Governo non è infatti riuscito a dimostrare come questa incriminazione possa effettivamente soddisfare un interesse cogente dello Stato [...].

Parte II

[...]

Non mi trovo invece d'accordo con la Corte in merito alla ritenuta eccessiva ampiezza dei divieti introdotti dal CPPA in tema di pornografia minorile virtuale.

Giungo subito al dunque, perché ci sono ben due questioni preliminari a cui vorrei fosse data una risposta negativa: la prima si chiede se alla base della proibizione non manchi un'indagine approfondita, la seconda se la fattispecie non sia indeterminata.

La Corte ha ammesso che il Governo è notevolmente interessato alla protezione dell'infanzia. *V. sopra*, *Ferber*, cit., 756-757. Questo interesse è nato sulla scia della vigorosa battaglia ingaggiata dal legislatore contro i pedofili e la pornografia minorile non virtuale. Impegno fatto proprio dai divieti imposti dal CPPA contro la pornografia minorile virtuale. Tali immagini, infatti, possono suscitare gli appetiti di chi sia intenzionato a molestare i bambini, *§121,110, stat. 3009-26, Congressional Findings (4), (10) (B)*, in nota *18 U. S. C. § 2251.*

Di contro, i ricorrenti osservano che nessun imputato si è mai utilmente difeso sostenendo che le immagini prodotte o detenute fossero state create mediante l'impiego di tecnologie informatiche [...].

Ma se riconosciamo la velocità delle evoluzioni tecnologiche nel campo della grafica-informatica, le preoccupazioni del Governo sono ragionevoli. Le immagini virtuali generate dal computer presentate alla Corte dalla associazione *Amici Curiae National Law Center for Children and Family et al.* godono, in effetti, di una notevole somiglianza con le persone reali [...].

I ricorrenti osservano ulteriormente che l'eventuale sussistenza di un interesse cogente dello Stato a supporto della incriminazione della pedo-pornografia virtuale non esclude la circostanza che la dimensione letterale della fattispecie è troppo ampia, potendosi applicare ad ipotesi del tutto inoffensive [...].

Tuttavia, pur concordando con queste osservazioni, ritengo che sia comunque possibile formulare un'interpretazione restrittiva che preservi la fattispecie da possibili vizi di legittimità costituzionale [...] limi-

tando l'applicazione dell'incriminazione alle sole ipotesi in cui l'immagine virtuale appaia realmente indistinguibile da quella reale [...].

La Corte conclude che il divieto del CPPA riguardante la pornografia minorile virtuale è illegittimo. Le basi su cui poggia tale assunto non sono però abbastanza chiare.

Benché vada riconosciuto che una regolamentazione di base, preceduta da un accuratissimo studio, potrebbe soddisfare l'interesse del governo, allo stesso tempo essa potrebbe, seppur involontariamente, comprimere forme di pensiero di fondamentale valore letterario, artistico, politico e scientifico in assenza di una qualsiasi minaccia per la società.

Se le cose stanno così, gli interessati potrebbero impugnare la disciplina come eccessivamente ampia e, al contempo, farsi carico della difficile dimostrazione del contrasto sostanziale tra tale incriminazione e alcune delle libertà costituzionalmente garantite.

[...]

[Traduzione italiana a cura di Giorgia Marchetti]

GABRIELE MARRA

LA "PORNOGRAFIA MINORILE VIRTUALE" VISTA CON GLI OCCHIALI DI J.S. MILL

A proposito di una sentenza della *U.S. Supreme Court* e di alcune recenti iniziative del legislatore italiano.

SOMMARIO

0. *Introduzione*. 1. *Ashcroft v. Free Speech Coalition. Le premesse*. 1.1. *Ratio* decidendi. 1.2. *Argomenti empirici*. 1.3. *Manifestazione del pensiero*. 2. *Sviluppi*. 3. *Scenari*. 3.1. *Convenzioni*. 3.2. *Anticipazioni*. 3.3. *Prospettiva interna*. 4. *Estensione possibile?*. 5. *Assenza di norme definitorie*. 6. *Conclusioni*.

0. Introduzione

Fin dalle sue prime tematizzazioni come argomento di politica legislativa, lo sfruttamento sessuale dei minori ha stimolato una discussione marcata in termini simbolico-ideologici, intesa a dare risposte alla sdegnata domanda di pena che trovava alimento in un arrembante vociare mass-mediologico preoccupato, soprattutto, di mettere in luce la crescente pervasività del fenomeno e l'asserita assenza di efficaci strumenti repressivi[1]. Una prospettiva che ha lasciato tracce visibili già nelle relazioni ai primi disegni di legge in materia e che ha finito per relegare la riflessione sui limiti delle scelte di criminalizzazione ai margini del processo legislativo, fornendo così la base giustificativa ad una legge che, non priva di condivisibili intenti promozionali, si è mostrata disinteressata ad un serio confronto con il dato criminologico[2], nella

[1] Si veda la ricerca condotta dal CENSIS intitolata "*Sfruttamento sessuali e minori*", *www.pacse.censis.it/considerazioni/index.html* ove si osserva "*che la pedofilia è costituita da una vera e propria costellazione di fenomeni diversi che tanto l'informazione giornalistica quanto la consapevolezza collettiva tendono a confondere*". V. anche DE RITA, *Pedofilia come problema intrafamiliare. Una bolla di sapone virtuale*, www.agora.it.; MARTUCCI, *La pornografia minorile e i* net crimes. *Pedofilia e sfruttamento sessuale dei minori come ultima frontiera della devianza*, (a cura di) Id., *Infanzia e abuso sessuale*, Milano, 2000, 108 ss.

[2] Nel corso dei lavori preparatori, l'unico canale di comunicazione con l'empiria sono stati i semplificanti resoconti della cronaca giornalistica che, condizionati dall'unificante schema dell'"emergenza pedofilia", hanno trattato allo stesso modo, quasi

quale il rango dell'interesse tutelato, specie se inteso nella sua portata ideale[3], ha giustificato ardite soluzioni repressive.

La criticità di tale impostazione, a cui, peraltro, non si sono rivelati immuni un gran numero di ordinamenti[4], è resa palese dall'ormai consolidato quadro degli studi riguardanti il c.d. diritto penale simbolico[5], ma può essere ulteriormente evidenziata dalla lettura di una recente sentenza della *United States Supreme Court.*

1. Ashcroft v. Free Speech Coalition. Le premesse

Con una decisione a maggioranza[6], la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il § 2256 (8) 18 U. S. C. nella parte in cui punisce la "*pornografia minorile virtuale*". Ovvero, la creazione, cessione e detenzione di immagini raffiguranti il compimento di una "condotta sessuale esplicita" tra o con minori, realizzate:

a) utilizzando protagonisti non minorenni, qualora la rappresentazione venga "contrabbandata" dall'autore come se la presenza di minori fosse reale;

b) impiegando soggetti che per le loro caratteristiche fisiche appaiono essere minorenni[7].

Per assenza di *petitum*, resta invece estranea all'oggetto del giudi-

---

fossero fatti di identica gravità, omicidi a sfondo sessuale, violenze sessuali commesse a danno di minori, la semplice fruizione di materiale pedo-pornografico. Cfr. *Disegni di legge n. 263, 1105, 2930; 3139* presentati alla Camera dei Deputati durante la XII legislatura.

[3] PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona,* (a cura di) FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri,* 2001, 409 s.; KOERING - JOULIN, *La dignité de la persone humaine en droit pénal,* (a cura di) PAVIA- REVET, *La dignité de la persone humaine*, Paris, 1999, 67 ss.

[4] J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, 2004, 18.

[5] Da ultimo l'ampio studio di BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, *Ind. pen.*, 2003, 491 ss.

[6] L'opinione della Corte, redatta dal giudice Kennedy, è stata supportata dai giudici Souter, Ginsberg, Breyer. Un'opinione concorrente è stata sottoscritta dai giudici Thomas e O'Connor, la quale si è però discostata dalla maggioranza con riferimento alla ritenuta eccessiva ampiezza del divieto. Dissenzienti i giudici Scalia e Rehnquist. Per un primo commento LOEWY, *Taking Free Speech Seriously: The United States Supreme Court and Virtual Child Pornography, University of North Carolina Public Law Research Paper No. 02-17*, 1 ss.

[7] ADLER, *The Perverse Law of Child Pornography*, *Columbia Law Rev.*, 2001, 209 ss.

zio l'ipotesi che punisce la realizzazione di immagini pornografiche mediante l'impiego di tecnologie grafico-informatiche tali da fa apparire reale ciò che reale non è (§ 2256 (8) (C)).

Obiter dictum, la Corte fa però osservare che in relazione ad una sottofattispecie di questa classe di condotte (l'alterazione di immagini innocenti di bambini reali, tali da far apparire gli stessi come veri protagonisti di atti sessuali espliciti) i termini della questione sembrano ben diversi. Infatti, "*sebbene le immagini riadattate* – morphed – *possono essere astrattamente ricondotte alla definizione di pornografia minorile virtuale, incidono pur sempre sugli interessi di minori reali e in questo senso appaiono analoghe alle immagini prese in considerazione in Ferber*".

Ciò non significa, però, il rilascio di una generale patente di legittimità per tutte le ipotesi di "*computer generated pornography*". Anzi, trattandosi nella maggior parte dei casi di condotte prive di concreti profili di lesività per l'integrità del bene giuridico tutelato, le relative fattispecie incriminatrici presentano più di un tratto in comune come le ipotesi dichiarate costituzionalmente illegittime dalla pronuncia in commento.

1.1 Ratio decidendi

La Corte, dopo aver premesso che le novità introdotte dal *Child Pornography Prevention Act* del 1996 (abbr. CPPA) sono in contrasto con i principi stabiliti in *Miller v. California*[8] e non possono trovare alcun supporto nella decisione riguardante il caso *New York v. Ferber*[9], ha censurato la nuova disciplina ritenendola lesiva del diritto di manifestazione del pensiero consacrato nel primo emendamento della Costituzione americana[10].

---

[8] 413 U. S. 22 (1973). Il profilo di contrasto sta nel fatto che le fattispecie del CPPA puniscono, senza peraltro considerare l'eventuale merito letterario ed artistico della rappresentazione, anche la fruizione e la produzione di materiale che non contravviene il "*community standard*", come avviene, ad esempio, nell'ipotesi di immagini aventi ad oggetto la commissione di atti sessuali espliciti da parte di un diciassettenne.

[9] 458 U. S. 747 (1982).

[10] Analogamente cfr. *Free Speech Coalition v. Reno* 198 F 3d 1083 (CA9 1999). In senso contrario, però, *Unites States v. Mento*, 231 F. 3d 912 (CA4, 2000); *United States v. Achenson*, 195 F. 3d 645 (CA11 1999); *United States v. Hilton*, 167 F. 3d 61 (CA1) *cert. deneid* 528 U.S. 844 (1999). Sul punto si consenta il rinvio a MARRA, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza USA*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 410 ss.

Tale diritto, al quale va ricondotta anche la fruizione di materiale pornografico minorile nelle ipotesi in cui quest'ultimo non sia connesso ad un pregresso abuso [11], non può infatti tollerare limitazioni al di fuori delle ipotesi in cui sussista uno stringente e qualificato legame relazionale tra immagini pornografiche e sfruttamento dei minori. Poiché le fattispecie incriminatrici sottoposte al giudizio della Corte prescindono totalmente dall'esistenza di tale nesso, devono considerarsi in contrasto con la Costituzione.

L'assenza di profili di reale dannosità per gli interessi tutelati è testimoniata anche dagli argomenti utilizzati dal *Department of Justice* (abbr. DoJ) a sostegno della legittimità della disciplina impugnata.

Secondo l'opinione dell'Esecutivo la necessità di un siffatto intervento era resa cogente dall'urgenza:

α) di impedire la circolazione di immagini che possono essere utilizzate al fine di sedurre nuove vittime;

β) di sterilizzare le potenzialità criminogene associate alla disponibilità delle rappresentazioni in discorso;

γ) di "stroncare" il turpe mercato della pornografia prodotta mediante il reale sfruttamento dei minori. Una finalità che, specie in considerazione delle possibilità offerte dagli sviluppi delle tecnologie informatiche, verrebbe certamente frustrata qualora si omettesse di attrarre nell'orbita delle condotte penalmente rilevanti anche la produzione e la detenzione di immagini "virtuali" [12].

Di contro, la maggioranza ritiene che la finalità *sub* α) non può giustificare di per sé sola la punizione della "pornografia virtuale". L'utilizzo di quest'ultima per gli scopi sopra descritti è, infatti, una condotta distinta dalla fruizione del materiale pornografico e autonomamente offensiva per l'interesse tutelato [13], la cui punizione legittimamente soddisfa la necessità di reprimere gli adescamenti illegali [14].

---

[11] Cfr. *New York v. Ferber*, 764 s. e l'opinione dissenziente del giudice Fergusson in *Free Speech Coalition v. Reno*, 1097 che sottolinea la necessità di considerare la pornografia virtuale come "*an additional category of unprotected speech*".

[12] Alla luce delle acquisizioni della tecnologia informatica, questo argomento appare quanto mai discutibile. Esiste infatti un *software*, denominato "*digital pixel examination*", in grado di "sezionare" le immagini digitali e di rivelare la loro esatta origine, Cfr. LOEWY, *Taking*, 8, nt. 34.

[13] VON HIRSCH, *Der Rechtsgutbegriff und das "Harm Principle"*, GA, 2002, 2 ss.

[14] Cfr. *Kigsley Int'l Pictures Corp. V. Regents of Univ. of N.Y.*, 360 U.S. 684 689 (1954) "*in una società di uomini liberi i deterrenti ordinariamente applicabili per prevenire i crimini sono l'educazione e la repressione degli illeciti commessi, non la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero*".

A voler seguire fino in fondo l'argomento criticato, continua la Corte, si dovrebbe anche ammettere la legittimità di interventi intesi a punire il possesso di "*videogiochi, cartoni animati e dolciumi*" in tutti i casi in cui si abbia il timore che gli stessi possano essere utilizzati a fini illegali. Ma ciò appare, prima ancora che giuridicamente infondato, contrario ad ogni ragionevolezza.

Parimenti criticabile è il secondo dei motivi addotti dall'Esecutivo.

La generica possibilità che la fruizione di detto materiale possa, in futuro, portare alla commissione di reati, non giustifica il ricorso alla minaccia penale. A tal fine, se non si vuole legittimare l'impiego del diritto penale come invasivo strumento di controllo del pensiero[15], è indispensabile che tra la fruizione di immagini pedo-pornografiche e commissione di futuri fatti illeciti intercorra un "*qualificato e convincente legame*" che, alla luce dei principi di diritto espressi in alcuni precedenti, può ritenersi sussistente solo in presenza di un pericolo concreto ed attuale ("*clear and present danger*")[16].

Ancora più significativa è la critica rivolta alla c.d. *market deterrence theory* ed alla sua prammatica funzionalità espansiva[17].

Allineandosi ad un indirizzo già evidenziatosi nella prassi giurisprudenziale, la Corte ha osservato che nel caso della "pornografia minorile virtuale" l'esigenza di deprimere la domanda che alimenta il turpe mercato della pedo-pornografia può costituire un valido argomento a sostegno della legittimità costituzionale del CPPA soltanto nelle ipotesi in cui sussista un effettivo sfruttamento di minori in carne ed ossa[18]. Diversamente, si finirebbe per punire la fruizione di ma-

---

[15] *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 566 (1969).

[16] *Brandeburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969). Il riferimento ai principi di diritto espressi in questa sentenza rende evidente l'avvenuta traslazione della materia nel complesso e variegato settore dei cc.dd. *hate speeches*. Sul punto si veda l'importante studio di ROSENFELD, *Hate Speech in Costitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis, Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41*. Nella dottrina italiana, da ultimo, CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, AA.VV. *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 111 ss.

[17] Cfr. *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 98, 109 (1990); *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 529 (2001). Argomento valorizzato con riferimento all'art. 600 *quater* c.p. da PICOTTI, *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati*, (a cura di) FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, 2001, 305 e PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, ivi, 415.

[18] *New York v. Ferber*, 761 ss.

teriale pedo-pornografico soltanto per il messaggio che veicola[19]. Una conclusione che, come detto, la Corte considera in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, diritto il cui significato ultimo consiste nel garantire a ciascuno il pieno diritto di "*guardare, leggere [...] ed ascoltare*" ciò che meglio crede, al riparo da interventi censori del legislatore.

In altri termini: l'esigenza di "*essiccare il mercato*" ("*dry up the market*"[20]) non rappresenta un autonomo bene giuridico ma una possibile *ratio* di tutela che può supportare interventi repressivi soltanto nelle ipotesi "*intrinsecamente correlate*" ad un pregresso sfruttamento dei minori[21].

1.2 Argomenti empirici

Il quadro delle argomentazioni si completa con una serrata critica alla correttezza logico-fattuale delle "presunzioni" utilizzate dal legislatore a sostegno delle sue scelte di criminalizzazione. Nell'economia della decisione, l'approfondimento della fondatezza empirica delle prognosi di pericolosità costituisce un passaggio di fondamentale importanza[22], perché consente alla Corte di rendere ragione dell'inesistenza

[19] *New York v. Ferber*, 765.

[20] *Osborne v. Ohio*, 109.

[21] Il passaggio richiama alla mente le ben note riflessioni sviluppate da J. S. MILL in *Sulla libertà*, Milano, 1990, 35 ss., ma contrasta con la più recente prassi giurisprudenziale e legislativa. Cfr. COFFEE, *From Tort to Crime: Reflections on the Criminalization of Fiduciary Duties and the problematic Line between Law and Ethics*, 19. *Am. Crim. L. Rev.*, 1981, 117 ss; HARNOUCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, *Jour. of Crim. L. and Crim.*, 1999, 109 ss. Cfr. però *Lawrence et alii v. Texas, Foro it.*, 2004, IV, 42 ss, con nota di PASSAGLIA, *Il Grande Fratello non abita più qui: La Corte suprema statunitense riconosce la leicità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti; Court of Appeal for British Columbia, R. v. Shape www.canlii.org/bc/cas/bcca/1999*. Posizioni analoghe sono espresse da FIORAVANTI, *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, (a cura di) Id., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri,* Milano, 2001, 23 e MONACO, *Art. 600 quater*,(a cura di) CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2001[3].

[22] Non è casuale che il profilo caratterizzante le opinioni dissenzienti sia rappresentato, in linea con quanto affermato dalla Corte in *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180, 195 (1990), dal rifiuto di sindacare i giudizi prognostici formulati dal legislatore ("*we should defer to its finding*") o tal tentativo di spostare l'onere probatorio circa l'assenza dell'offesa in capo al privato ricorrente (opinione dissenzien-

di quei profili di concreta offensività che costituiscono la chiave di volta della declaratoria di incostituzionalità.

In merito alla pretesa esistenza di effetti criminogeni collegati alla fruizione della "pornografia minorile virtuale", i giudici, dopo aver riscontrato l'assenza di informazioni definitive sul punto[23], stigmatizzano l'incongruenza logica del sillogismo poiché se l'opinione del governo cogliesse nel segno, si sarebbe dovuta constatare, almeno nel periodo *ante* 1996, una drastica riduzione della realizzazione di immagini pornografiche reali. La presenza di un significativo rischio penale connesso alla loro produzione avrebbe dovuto spingerle fuori mercato, innescando così un ampio fenomeno di sostituzione delle rappresentazione reali con immagini virtuali. Un evento che non trova alcun riscontro nella prassi applicativa e nelle statistiche ufficiali.

Tutto ciò porta a ritenere che nella composizione della domanda riguardante tali beni sussiste una netta differenziazione tra immagini pornografiche prodotte mediante l'abuso di soggetti reali e la "pornografia minorile virtuale": circostanza che rende infondata la pretesa di considerare la repressione della produzione e della detenzione di quest'ultima uno "*State compelling interest*"[24].

Severa è la critica anche in riferimento alla affermata impossibilità di distinguere le immagini reali da quelle virtuali: una preoccupazione "probatoria" che la Corte ritiene del tutto infondata, poiché da un esame della prassi giudiziaria non risulta che nessuno si sia mai difeso sostenendo che il materiale prodotto era realizzato mediante l'impiego di tecnologie informatiche capaci di rendere reale ciò che reale non è, né, *a fortiori*, che le Corti abbiano mai preso seriamente in considera-

---

te del giudice O'Connor). Cfr. anche HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1990[2], 31 ss.; FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela penale del buon costume*, Padova, 1984.

[23] "*There are no substantial basis for belif that erotic materials [...] operate as significant determanitive factor in causing crime and delinquency*". Così, già nel 1970, le conclusioni della *President's Commission on Oscenity and Pornography*. Più di recente LEE, *Child Pornography Prevention Act of 1996: Confronting the Challenges of Virtual Reality*, 8 *S. Cal. Interdisc. L. J.*, 1996, 639 e OST, *Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat that the Possession of Child Pornography Poses to Society, Jour, of Law and Society*, 2002, 436 ss anche per gli ulteriori riferimenti. Cfr. però quanto osservato da KAISER, *Kriminologie*, Heildelberg, 1997[3], 793 ss.

[24] In senso contrario l'opinione dissenziente dei giudici O'Connor, Scalia e Rehnquist. Per approfondimenti SMITH, *Private Possession of Child Pornography: Narrowing at - Home Privacy Right, Annual Survey of American Law.*, 1991, 1009 ss.

zione l'ipotesi di riconoscere efficacia liberatoria a siffatta eventuale prospettazione[25].

Non può, infine, passare sotto silenzio l'affinità di questa impostazione con alcune delle posizioni espresse dalla scienza penalistica statunitense che in più occasioni ha avuto modo di osservare che la pervicace strategia *pan-penalistica* cela il rischio di depotenziare l'obbiettivo di garantire un'effettiva tutela dell'interesse tutelato. Infatti, sulla premessa che ad onta degli sforzi del legislatore penale la pornografia minorile non potrà mai essere radicalmente estirpata, si osserva che il mantenimento di un area di immunità per le ipotesi di pornografia virtuale potrebbe incentivare i produttori ed i fruitori a rivolgere le loro attenzioni esclusivamente in questa direzione, contribuendo così a "minimizzare il danno"[26].

Un'analisi "costi-benefici" gravata da riserve critiche già nelle sue premesse teoriche[27], che però introduce un elemento di salutare problematizzazione delle idealistiche "certezze" che muovono le scelte punitive del legislatore, suggerendo cautela nella descrizione dei fenomeni che si intendono reprimere e nella formulazione dei giudizi di meritevolezza e bisogno di pena ad essi relativi[28].

1.3 Manifestazione del pensiero

L'impostazione espressa dai supremi giudici, si discosta da alcuni significativi passaggi elaborati dalla Corte in *Ferber*, volti ad accreditare, come premessa per giustificare una generalizzata proibizione, la tesi secondo cui la diffusione della pornografia minorile non possiede alcuna seria funzione comunicativa di idee – rappresentando un ecci-

[25] *Brif of Petionary*, cit., in LOEWY, *Taking*, 8, nt. 33. V. anche *United States v. Fox*, 248 F. 3d 394 (CA5 2001); *United States v. Vigh*, 167 F. 3d 443 (CA8 1999); *United States v. Kimbrough*, 69 F. 3d 723 (CA5 1995); *United States v. Coleman*, 54 MJ 869 (A. Ct Crim. App. 2001).

[26] LOEWY, *Taking*, 9.

[27] Per tutti WITTIG, *Der Rationale Verbrecher*, Berlin, 1993, spec. 51 ss.

[28] Sull'opportunità di non trascurare questa matrice, pur respingendo la ricevibilità delle provocatorie estremizzazioni *à la Posner* – FRANZONI, *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003, 37 s., si veda quanto osservato, sia pure in altri contesti, da CONSENTINO, *La tutela penale contro il traffico e il consumo degli stupefacenti: l'apporto dell'analisi economica del diritto, Foro it.*, 1997, II, 531 ss.; EPSTEIN, *The Moral and Practical Dilemmas of an Underground Economy, Yale L. J.*, 1994, 2175 ss.

tamento "*a un puro stato emozionale*"[29] – il cui eventuale valore deve considerarsi modesto se non trascurabile ("*the value [...] is excedligy modest, if not the minimis*"). Infatti, come osservato in *Osborne*[30], il significato "*eccessivamente modesto*" dell'interesse a poter disporre liberamente di materiale pornografico minorile, inibisce la possibilità di ritenere operante il principio di diritto elaborato in *Stanley*[31], restando così precluso il richiamo alla clausola di salvaguardia del primo emendamento.

Nel caso di specie, tale soluzione, già vigorosamente criticata nell'opinione dissenziente in *Osborne*[32], è messa in crisi dal fermo rifiuto della Corte di legittimare interventi censori del diritto penale allo scopo di controllare il pensiero dei cittadini e dall'individuazione della *ratio* giustificante l'intervento repressivo nella concreta offensività della condotta per interessi altrui. In altri termini: il valore che si intende assegnare nel "mercato delle idee" alla pedo-pornografia, non può costituire un motivo per restringere il diritto di manifestazione del pensiero al di fuori delle ipotesi in cui si riscontri la presenza di una reale offesa alla personalità dei minori coinvolti nella sua produzione.

Una chiave interpretativa illuminata dai passaggi dedicati al riconoscimento del valore fondamentale della libertà di pensiero all'interno di una società democratica – libertà che, ricorda la Corte, per essere effettiva presuppone la libera circolazione delle idee al riparo da invasioni di campo da parte dell'organizzazione statuale – e ulteriormente corroborata dal riconosciuto valore dell'"*interesse a essere lasciato solo [...] anche contro l'interesse del Governo*"[33] che di quella libertà costituisce il presupposto[34].

---

[29] FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113 ss.

[30] *Osborne v. Ohio*, 109 ss.

[31] "Se il primo emendamento ha un senso, allora lo Stato non può vantare alcun diritto per imporre ad un singolo uomo, solo nella sua dimora, la scelta di quali libri leggere e a quali film assistere". *Stanley v. Georgia*, 550.

[32] Volendo MARRA, *La detenzione*, 435 ss.

[33] È il celebre passaggio della sentenza *Olmsted v. United States*, 277 U. S. 438, 478, 72 L. Ed. 944 (*Brandeis dissenting)* richiamato in *Stanley v. Georgia*, 548 ss.

[34] Si veda anche Corte Europea dei Diritti Umani *Dudgeon v. United Kingdom*, cit. in GILLESPIE, *Tinkering*, 364.

2. Sviluppi

Com'era prevedibile, la sentenza ha da subito suscitato aspre reazione da parte di esponenti governativi, culminate nelle dichiarazioni dell'*Attorney General* Ashcroft che l'ha bollata come "*a dangerous window of opportunities for child abusers*" [35].

Il fuoco incrociato delle critiche ha prodotto, come risultato immediato, la presentazione di due disegni di legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: il *Child Abduction Prevention Act* e il *Child Obscenity and Pornography Protection Act*[36].

Quest'ultimo, che si trova già in avanzata fase di lavorazione, ha il dichiarato obbiettivo di colmare le lacune che si ritiene siano state prodotte dalla sentenza *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, caratterizzandosi, tra l'altro per:

1) una più precisa descrizione degli elementi essenziali dell'ipotesi delittuosa prevista dal § 2256 (8) (B);

2) l'introduzione di una *positive defence* per il caso in cui l'imputato dimostri che il materiale prodotto o detenuto "*non vede coinvolti minori nella sua produzione né rappresenta un tentativo di* conspirancy *per commettere futuri reati*";

3) la previsione di un'inedita fattispecie incriminatrice intitolata "*use of oscene material or child pornography to facilitate offence against minor*" (§ 1471 U. S. C.);

4) l'estensione delle ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale statunitense.

Una proposta di legge ricca di spunti significativi che, sulla falsariga degli insegnamenti della Corte Suprema, cerca di trovare un momento di accettabile compromesso tra le esigenze di tutela del bene giuridico, l'efficienza dell'attività di *enforcement* e le garanzie dei cittadini.

3. Scenari

La pronuncia in commento offre molteplici spunti di interesse che fuoriescono dal ristretto dibattito comparatistico.

L'evoluzione delle legislazioni nazionali sembra, infatti, muoversi

[35] *The New York Times*, 1 maggio 2002.

[36] Rispettivamente *H. R.* n. 1104 e 1161 in *www.house.gov*.

compatta verso la parificazione tra pornografia reale e virtuale, anche sulla spinta propulsiva proveniente dal proliferare di iniziative sopranazionali interessate ad indicare in questo risultato un passo di fondamentale importanza per l'elaborazione di strategie comuni idonee a garantire un'efficace repressione del fenomeno.

Considerando partitamente le due prospettive converrà indicare, seppur in estrema sintesi, le più importanti fonti normative elaborate in sede internazionale, per poi passare ad esaminare il quadro interno con particolare riferimento alle indicazioni *de lege ferenda* espresse dal legislatore italiano.

3.1 Convenzioni

Ai limitati fini del presente contributo è sufficiente ricordare:

a) l'art. 2 lett. c) del *Protocollo facoltativo alla convenzione sui diritti dell'infanzia riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile* approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 25 maggio 2000[37];

b) l'art. 9 comma 2 lett. b) e c) della *Convenzione sul Cybercrime* adottata dal Consiglio d'Europa il 23 novembre 2001[38];

c) l'art. 1 lett. b) della *Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*[39].

Un reticolo di prescrizioni che affonda le sue radici nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* adottata il 20.11.1989 dalle Nazioni Unite, ed in alcuni recenti auspici formulati in atti di *soft laws*[40].

L'unitaria convergenza di questi tre strumenti nell'indicare la "pornografia minorile virtuale" come fatto meritevole di pena, non deve

---

[37] "*La pornografia è intesa come ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un bambino coinvolto in attività sessuali esplicite reali o simulate [...] per scopi principalmente sessuali*".

[38] "*Child pornography shall include pornographic material that visually depicts: [...] b) a person appearing to be a minor [...] c) realistic images representing a minor*".

[39] "*Ai fini della presente decisione quadro s'intende per [...] pornografia infantile: materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente [...] una persona reale che sembra essere un bambino [...] immagini realistiche di un bambino inesistente*".

[40] Si vedano, ad esempio, la *Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma; Relazione finale del Consiglio di Tampere; Dichiarazione finale della conferenza UNICEF di Yokohama.*

però far dimenticare che la *Convenzione sul Cybercrime* e, seppur in misura più ristretta, la *Decisione quadro*, riconoscono ai singoli stati uno spazio "incoercibile" di discrezionalità in ordine alle decisioni riguardanti la punibilità di tali ipotesi. Un segno inequivoco della delicatezza della scelta, che mette in gioco alcuni dei diritti fondamentali della persona in nome di esigenze di prevenzione di situazioni di rischio per l'integrità del bene giuridico.

D'altra parte, il consolidarsi di iniziative di armonizzazione a livello internazionale ed europeo illustra l'acquisita consapevolezza della dimensione transnazionale di questa forma di criminalità, e porta a ritenere che il diritto dei bambini ad un corretto sviluppo fisico, mentale, spirituale e morale – compromesso in tutte le ipotesi di sfruttamento a fini sessuali – debba essere incluso nel novero degli interessi ritenuti comuni all'intera comunità internazionale, la cui violazione produce un'offesa che trascende l'esclusivo interesse delle singole comunità statuali sublimandosi in un'aggressione ad un elemento portante del senso di umanità[41].

Caratterizzazione foriera di rilevanti conseguenze sul piano sistematico e applicativo[42], che trova conforto anche nell'art. 1 della l. n. 268\98, nel riferimento allo sfruttamento sessuale di minori come nuova forma di riduzione in schiavitù e nella previsione di estese eccezioni al fondamentale principio di territorialità nell'ambito di applicazione di tali fattispecie (ad esempio: art. 604 c.p.; art. 5 c.p. svizzero; art. 222-22 c.p. francese; §§ 5 comma 8 e 6 comma 4 c.p. tedesco) [43].

3.2 Anticipazioni

A livello europeo le soluzioni indicate dagli strumenti internazionali in precedenza richiamati sono state anticipate dal legislatore inglese che, fin dal 1994, con una modifica al *Child Protection Act (section 7*

[41] PALAZZO, *Tendenze*, 411.

[42] AKDENIZ, *The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet, Workin papers* reperibile in www.ssrn.com; BOISTER, *Transnational Criminal Law, European Journal of International Law*, 2003, 956 ss.; DELMAS - MARTY, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Concepiton of International Law, Journal of International Criminal Justice*, 2003, 13 ss.

[43] CASSANI/ROTH, *Le juge suisse au service de la "communautè des peuples?*, (hrsg) DONATSCH et alii, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menchenrechte. Festschrift für Stefan Treschsel zum 65. Geburstag*, 2002, 450 ss. e, in termini generali, BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, 51 ss.

(7)), ha equiparato la produzione e detenzione di vere immagini pedo-pornografiche alle ipotesi in cui tali condotte abbiano ad oggetto un immagine di analogo tenore "*che, anche se realizzata attraverso programmi informatici, sembra essere reale*" (c.d. "*pseudo-photograph*").

Valorizzando la compatta opinione espressa nel corso dei lavori preparatori da alcuni *law enforcers*, la *ratio* di questa novella è stata ricondotta alla necessità di:

– prevenire la diffusione e la circolazione di materiali che potrebbero facilitare aggressioni dirette alla libertà sessuale dei minori,

– potenziare e facilitare l'attività degli apparati di controllo che, in considerazione dell'alto grado di sofisticazione ormai raggiunto dalle tecnologie informatiche, possono incontrare insormontabili difficoltà nel distinguere le immagini reali da quelle virtuali[44].

In termini più generali non si è mancato di sottolineare che la repressione della "pornografia minorile virtuale" risponde anche alla diffusa aspettativa sociale di vedere incondizionatamente neutralizzato ogni possibile fattore di rischio per l'integrità di un bene giuridico giustamente ritenuto di vitale importanza[45]. Detto altrimenti: di fronte a pratiche o condotte sospettate di facilitare, anche in modo meramente eventuale, l'abuso a danno di minori, sono ben poche le persone disposte ad accettare l'idea di poter "tollerare" questo rischio, quant'anche si tratti di interventi repressivi realizzati a detrimento di diritti individuali[46].

Di recente, nell'ambito della complessa riforma del diritto penale sessuale operata dal *Sexual Offences Act* del 2003, la materia è stata oggetto di alcuni significativi interventi novellistici che, in aderenza con le indicazioni internazionali hanno determinato un generale innalzamento dell'età della persona offesa a 18 anni e l'introduzione di al-

---

[44] STONE, *Expanding the Labyrinth: Part VII of the CJPOA 1994, MLR*, 1995, 389 ss.; GIBBONS, *Computer Generated Pornography, Int. Year. Of L. Computers Tecn.*, 1995, vol. 9, 83 ss.

[45] TAYLOR - QUAYLE, *Child pornography: an Internet Crime*, London, 2003, 24 ss.

[46] Cfr. AKENDIZ, *The Regulation*, 15 ss. con riferimento alle conclusioni di alcune commissioni d'inchiesta; MANCHESTER, *More about Computer Pornography, Crim. L. R.*, 1996, 645 ss. Nella dottrina francese l'argomento è valorizzato da LÉGER, *Les infraction de nature sexuelle commises à l'enconte de mineurs, Arc. de pol. crim.*, 1999, 13. Si veda però la recente sentenza della *United States Supreme Court* nel caso *Ashcroft v. American Civil Liberty Union et al.*, *www.supremecourtus.gov*, che ha censurato il *Child on Line Protection Act*, 47 U.S.C. § 231 in quanto comportante restrizioni eccessive alla libera manifestazione del pensiero.

cune fattispecie di nuovo conio destinate a reprimere l'incitamento, l'istigazione, lo sfruttamento e l'agevolazione della pornografia minorile[47].

Rilevanti sono state le modifiche anche sul piano extrapenale, con l'introduzione di una serie di nuovi rimedi inibitori ("*civil preventive orders*") nei confronti di coloro che, anche sulla base di un mero sospetto, siano ritenuti potenzialmente pericolosi per il benessere psicofisico dei minori[48].

Nonostante l'ampiezza dell'intervento, sono però ancora forti le perplessità in merito alla sua efficacia in quanto, si dice, la legge non si sarebbe preoccupata di affrontare con la dovuta attenzione il problema della detenzione di tutte quelle immagini non fotografiche (cartoni animati, disegni e dipinti) che un "*sex offender*" ben potrebbe utilizzare allo scopo di realizzare abusi sessuali contro minori[49].

3.3 Prospettiva interna

Sul piano nazionale una particolare menzione spetta ad un recente disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri su iniziativa dei Ministeri della Giustizia e delle Pari opportunità che, anticipando le iniziative assunte in merito dalla UE, introduce, tra l'altro, due fattispecie incriminatrici di nuovo conio: "*materiale pornografico prodotto utilizzando persone che sembrano essere minori*" (art. 600 *quater 1*) e "*pornografia virtuale*" (art. 600 *quater* 2)[50].

Nella prima ipotesi si punisce la realizzazione di rappresentazioni pornografiche anche se prodotte "*utilizzando persone che, per le loro caratteristiche fisiche, hanno le sembianze di minori degli anni diciotto*", la seconda, invece, estende le fattispecie incriminatrici previste dagli

[47] GILLESPIE, *Tinkering with Child Pornography, Crim Law. Rev.*, 2004, 361 ss ove si sottolinea la forte influenza della normativa sopranazionale sulle scelte del legislatore interno.

[48] SHUTE, *New Civil Preventive Orders: Sexual Offences Prevention Order; Foreign Travel Orders; Risk of Sexual Harm Orders, Crim. Law. Rev.*, 2004, 417 ss.

[49] GILLESPIE, *Tinkering*, 368.

[50] Il disegno di legge ha già iniziato il suo iter parlamentare. Cfr. Atto Camera dei deputati n. 4599, presentato il 13 gennaio 2004, intitolato: "*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo INTERNET*".

artt. 600 *ter* e *quater* alle ipotesi in cui il materiale pornografico "*ritrae o rappresenta visivamente realistiche immagini virtuali di minori*"[51].

Le fattispecie in commento si completano con l'opportuna introduzione di una speciale causa di non punibilità per le ipotesi in cui si dimostri che il materiale è stato in realtà realizzato mediante la partecipazione di soggetti maggiorenni o che è destinato a rimanere nella esclusiva disponibilità del suo autore[52].

Di particolare interesse sono anche le motivazioni che accompagnano la proposta de *lege ferenda.* Nella relazione di accompagnamento si legge, infatti, che "*in una prospettiva più ampia di prevenzione e repressione*" si è ritenuto opportuno introdurre queste fattispecie incriminatrici poiché anche la "*produzione e la diffusione di siffatto materiale è [...] tale da incentivare [...] comportamenti devianti, tali a loro volta, da originare ulteriori condotte lesive del bene giuridico finale della integrità psico-fisica dei minori*"[53].

4. Estensione possibile?

Pur consapevoli delle profonde differenze che intercorrono in merito al trattamento riservato agli *hate speeches* nell'ambito europeo ed italiano[54], viene spontaneo interrogarsi sul significato che i principi di diritto sviluppati in *Ashcroft v. Free Speech Coalition* possono avere

---

[51] Possono definirsi tali – art. 600 *quater* 2) comma 2 – le "*immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali*".

[52] Problematica affrontata anche dalla sentenza in commento, che ha espresso il convincimento che una siffatta "*affermative defense*" potrebbe salvare le fattispecie da censure di legittimità costituzionale per violazione del primo emendamento. Resta però aperto il problema della ripartizione dell'onere probatorio. Cfr. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 160 ss.

[53] Relazione, 5. Non manca un riferimento all'esistenza di "obblighi" comunitari di criminalizzazione come argomento a sostegno della necessità di adottare "*uno strumento [...] il più possibile efficace nel combattere, con assoluto rigore, fenomeni criminosi che integrano gravissime violazioni*" per il bene giuridico tutelato. L'esistenza di tali vincoli non può però rappresentare il pretesto per eludere le garanzie tipiche di ogni sistema penale orientato al fatto, nel contesto dei valori costituzionali di riferimento.

[54] Ad es. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero con principi costituzionali*, AA.VV. *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Studi in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 651 ss.

nell'analisi dell'assetto normativo che sembra prefigurarsi in ambito domestico ed internazionale.

Al riguardo sono astrattamente ipotizzabili due soluzioni, le cui fondamenta non possono però essere adeguatamente discusse nel breve spazio di questa nota[55].

Ad un primo livello, si potrebbe utilizzare il dato comparatistico come argomento di giudizio idoneo a fornire un contributo in termini di razionalizzazione dei processi argomentativi e decisori[56].

Una prospettiva, per così dire, "classica", ma non scontata, di recente impiegata dalla Corte Suprema nella sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la fattispecie che incriminava il compimento di atti di sodomia tra adulti consenzienti all'interno della propria dimora, dove la norma impugnata è stata valutata anche in relazione ad alcune decisioni rese dalla Corte Europea dei Diritti Umani ed alle evoluzioni intervenute nei principali sistemi nazionali[57].

Ad un livello più "sperimentale", in considerazione della natura transanzionale dell'interesse tutelato, gli argomenti tratti dall'analisi comparata potrebbero essere considerati come formanti "ufficiali", direttamente condizionanti l'interpretazione delle pertinenti fattispecie incriminatrici, in quanto indispensabili ad attivare quel processo di "ibridazione ermeneutica" da taluno indicato come tratto caratterizzante del sistema penale internazionale[58].

Soluzione ricca di suggestioni, che nel caso in esame non sembra

---

[55] Valga per tutti il riferimento a ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato, Diritto penale XIX secolo*, 2002, 1 ss. (dell'estratto).

[56] Altrettanto significativa sarebbe la possibilità di disporre di dati empirici capaci di illustrare le costanti di tale forma di criminalità. Circostanza che consentirebbe al legislatore di vagliare seriamente la realtà dei bisogni di pena che caratterizzano questa materia. Una prospettiva impiegata con profitto anche dalla sentenza in commento, ma che nel contesto nazionale si scontrerebbe contro insormontabili ostacoli. Per tutti MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, *St. urb.*, 1980-81 / 1981-82, 399 ss.

[57] *Lawrence et alii v. Texas*, 44. Di segno nettamente opposto è l'opinione dissenziente dei giudici Scalia, Rehnquist e Thomas. Si afferma infatti che "*the Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibition on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this Court...should not impose foreign moods, fads, or fashions on American*". Cfr anche BGHSt 1, 1951, 293 ss cit. in ESER, *Funzioni*, 13.

[58] DELMAS - MARTY, *L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, (eds.) CASSESE/DELMAS - MARTY, *Crimes internationaux et jurisdictions internationales*, Parigi, 2002, 95 ss.; Id., *The Contribution*, 16 ss.

però del tutto appropriata, trattandosi di fattispecie al di fuori di quella ristretta cerchia di "*core crimes*" che costituiscono l'area elettiva di intervento del diritto penale internazionale strettamente inteso. Lo sfruttamento dei minori a fini sessuali va, infatti, ascritto ai cc. dd. "*treaty crimes*"[59], rispetto ai quali gli obbiettivi di armonizzazione cui mirano le diverse iniziative internazionali, pur non potendo essere realisticamente ottenuti al di fuori di un confronto comparatistico, possono tollerare che questo argomento venga utilizzato in chiave solo euristica e, dunque, non condizionante rispetto all'attività degli interpreti o alle scelte di criminalizzazione gestite a livello legislativo[60].

In ogni caso, qualunque sia il valore che si intende assegnare al dato comparatistico[61], la lettura degli argomenti sviluppati dalla *United States Supreme Court* rafforza il disorientamento dell'interprete di fronte al tentativo del legislatore italiano di introdurre una fattispecie incriminatrice che prescinde, almeno nelle ipotesi di immagini pornografiche realmente virtuali, dalla presenza di un connotato di materialità della condotta; che si insinua nei luoghi di privata dimora[62], anche attraverso pervasive forme di controllo informatico[63], al fine di punire un *quid* che rimane pur sempre un'espressione del pensiero o, se si preferisce, una manifestazione di libertà che trova nell'art. 2 Cost. il proprio riconoscimento[64].

Nemmeno la precisazione secondo cui "*la compatibilità con i principi generali non appare in dubbio, atteso anche come la condotta presenti un oggetto materiale a contenuto illecito*"[65], può eliminare la distonia di queste incriminazioni rispetto ai principi informatori del vi-

---

[59] BOISTER, *Transnational*, 963 anche per ulteriori riferimenti. Più in generale DELMAS - MARTY, *Global Crime calls for Global Justice, European Journal of Crime and Criminal Justice*, 2002, 286 ss.; Id., *The Contribution*, 24 ss.

[60] DELMAS - MARTY, *The Contribution*, 23; 25 anche per ulteriori riferimenti.

[61] Significativo il silenzio serbato sul punto dalla Relazione anche nella parte dedicata all'analisi tecnico normativa del Disegno di legge.

[62] MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia, Ind. pen.*, 1999, 51 ss.

[63] Cfr. l'art. 14 l. n. 269/98 e gli artt. 12 e ss. del Disegno di legge n. 4599.

[64] Corte Cost. 561/87, *Foro it.*, 1989, I, 2113 s. con nota di MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale.* Diritto ricondotto all'insopprimibile guarentigia dell'autonomia personale da CADOPPI, *Art. 1, Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002², 487, nt. 29. Si veda anche COSTANZO, *La libertà sessuale ha garanzia costituzionale?*, *www.agora.it/pedofilia-internet.*

[65] Relazione, 5.

gente sistema penale. Infatti, per riprendere gli argomenti della sentenza in commento[66], tale giudizio, confondendo il giudizio di "meritevolezza di pena" con l'opinione sull'immoralità, indecenza, e licenziosità della condotta, prescinde totalmente dall'esistenza di una reale offensività per il bene giuridico tutelato[67].

5. Assenza di norme definitorie

Il quadro che emerge dalle considerazioni che precedono è reso ancor più discutibile dall'assenza di un norma definitoria della nozione di materiale pornografico.

L'omissione costituisce un tratto saliente della disciplina nazionale che, sul punto, si discosta dai più recenti "modelli" internazionali e da alcune indicazioni fornite dal dato comparatistico[68].

L'assenza è giustificata dall'"*estrema difficoltà [...] di fornire una definizione di pornografia prescindendo dai contesti in cui i comportamenti siano, nelle varie ipotesi, tenuti*". Circostanza che, secondo i proponenti, impone di mantenere "*il riferimento alla pornografia come elemento elastico della fattispecie, definito attraverso un concetto extragiuridico e suscettibile di essere "riempito" di contenuto nel caso concreto*"[69].

---

[66] Ancor più radicale la critica dei giudici Brennan, Marschall e Stevens nella già citata *dissenting opinion* in *Osborne v. Ohio*, ove è messa in dubbio persino la necessità di prevedere l'autonoma rilevanza penale della detenzione di materiale pedo-pornografico. Per ulteriori approfondimenti si consenta il rinvio a MARRA, *La detenzione*, 435 ss. V. anche PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovazione e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224.

[67] Spunti in PICOTTI, *Pornografia minorile*, 296 ss.

[68] Interventi definitori sono contenuti, ad esempio, nel § 184 comma 5 StGB, nell'art. 197 comma 3 c.p. svizzero, nella *section 7 Protection of Children Act* inglese e nel § 2256 18 U. S. C. Allineate alla soluzione interna sono, invece, la normativa spagnola (art. 186), francese (art. 227-23) e croata (art. 196).

[69] Relazione, 4. Una soluzione foriera di perniciosi effetti anche sul piano processuale. Cfr. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 568 ss. e PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale, Ind. pen.*, 1999, 529 ss. e, con specifico riferimento alla l. n. 269/98, MANNA, *Profili*, 47 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica, Pol. dir.*, 2000, 637 ss. V. anche *Lawrence et alii v. Texas*, 43.

Tralasciando l'approfondimento dei profili di sostanziale indeterminatezza di tale omissione, la principale preoccupazione è legata al fatto che una scelta di questo genere, come ben dimostra l'esperienza comparata[70], introduce un ulteriore fattore di crisi della necessaria dimensione oggettiva dei fatti di reato[71], prestandosi ad una evoluzione soggettivistica dell'esegesi delle pertinenti incriminazioni che finisce per accentuare lo slittamento della prospettiva di tutela verso la repressione del vizio[72].

5. *Conclusioni*

Queste impressioni a prima lettura sono ben lungi dal fornire risposte definitive ad un problema così complesso e articolato. Certi che questi temi non lasceranno indifferente la scienza penalistica italiana, *rebus sic stantibus* si può concludere richiamando il pensiero di un maestro del diritto costituzionale il quale, in una fondamentale opera dedicata all'approfondimento della garanzia di cui all'art. 21 Cost., osservava che "*quando vi sia [...] collisione tra il diritto di libertà di manifestazione del pensiero e un altro bene giuridico...non dovrà giustificarsi in ogni caso il sacrificio del primo [...]:occorrerà [...] operare un giudizio di prevalenza o soccombenza del valore [...] dei due interessi costituzionali [...] contrapposti*": compito di esclusiva spettanza del legislatore, da effettuarsi nel rispetto di un "*unico canone...quello di ragionevolezza*"[73].

Un limite[74] che sembra eluso anche in tutti i casi in cui si pretenda di giustificare la soppressione della libertà di manifestazione del pensiero per presuntive incompatibilità logiche[75] o in nome di progno-

[70] Volendo MARRA, *La detenzione*, 437 ss.

[71] Cfr. le motivazioni della sentenza canadese nel caso *R. Pecchiarich [1995] 22 O.R. (3d)* 748 ss. ove si afferma che la produzione di materiale pedo-pornografico virtuale, sebbene priva di profili di reale offensività nei confronti dei minori, deve essere punita in quanto attività che prova le tendenze "pedofile" dell'autore.

[72] BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Costitutional Question, Harv. J. on Leg.*, 1997, 460. Su rischi connessi ad una eccessiva soggettivizzazione si consenta il rinvio a MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni Unite, Cass. pen.*, 2001, 427 ss.

[73] BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 83.

[74] Ampiamente analizzato, anche nel contesto penalistico, da MORRONE, *Il giudice della ragionevolezza*, Milano, 2001, spec. 192 ss.; 219 ss.

[75] FOIS, *Principi costituzionali*, 113 ss.

si di pericolosità fondate su "*nessi causali indiretti ed eventuali*" o, se si preferisce, frutto di valutazioni arbitrare ed impermeabili alla valutazione empirico-criminologica[76].

[76] FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 50 ss.