

# GIURISTI E LEGISLATORI

PENSIERO GIURIDICO  
E INNOVAZIONE LEGISLATIVA  
NEL PROCESSO DI PRODUZIONE DEL DIRITTO

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO  
FIRENZE, 26-28 SETTEMBRE 1996

a cura di PAOLO GROSSI



*Milano - Giuffrè Editore*

## PREFAZIONE

Salutiamo con soddisfazione questo volume della nostra « Biblioteca » per una ragione formale e per una assai più corposa ragione sostanziale.

Perché è il cinquantesimo volume della serie, un numero tondo che segnala un bel mucchio di libri precedenti; circostanza indubbiamente materiale, ma segno altrettanto indubbio che la « Biblioteca » ha raccolto e dato un volto compiuto a parecchie e diverse energie ed iniziative.

Perché questo cinquantesimo volume costituisce un momento preciso — però né il primo né l'ultimo — nella realizzazione del programma del nostro Centro; e perché dimostra, a venticinque anni di distanza, la vitalità di quel programma. Insigni protagonisti della odierna scienza giuridica italiana compiono, su invito del Centro e nell'ambito dell'azione del Centro, due operazioni culturalmente pròvide: guardano storicamente ai proprii assetti disciplinari; vi guardano cercando di cogliere il ruolo che, in questi, hanno assunto scienza e legislazione, cercando di cogliere quanto della riflessione dei giuristi sia (o non sia) stato assorbito nelle trame della normazione legislativa.

Mi sia consentito di sottolineare queste due operazioni culturali.

Riguardo alla prima, mettiamo subito le cose in chiaro: non vogliamo che il cultore del diritto positivo si improvvisi storico, che sarebbe deleterio giacché le improvvisazioni sono un nemico da battere sempre e dovunque. Ottimo se egli appare munito di un sapere storico e si dimostra personaggio complesso. Ciò deve però avvenire per profonde scelte personali e culturali e, comunque, ben al di fuori di perniciosi diletterantismi. La nostra mira è — se vogliamo — strumentalmente più modesta ma anche metodologicamente più ambiziosa: obbligare il cultore d'un diritto positivo, generalmente avvezzo a immobilizzare il suo oggetto conoscitivo fuori del tempo

e dello spazio e a ingigantirlo quasi che fosse il migliore dei diritti possibili o addirittura l'unico, a pensarlo storicamente e pertanto a relativizzarlo. Oggi questa relativizzazione, compito istituzionale e professionale dello storico del diritto e del comparatista, si impone; precisando che relativizzare non significa immiserire o dispregiare, ma soltanto inserire in un tessuto relazionale e pertanto in un orizzonte più vasto che ne esalta le peculiarità situandolo nel contesto storico che ha contribuito a generarlo e forgiarlo.

La seconda operazione culturale è parimente provvida, perchè consente di guardare — per così dire, contro-luce — l'apparato legislativo e arrivare a un'altra salutare relativizzazione. Legge e legislatore, messi in relazione dialettica con gli apporti o palesi o sepolti o rifiutati di dottrina giurisprudenza e prassi, si rivelano in una loro nudità, con tutta l'aureola delle proprie virtù ma anche con il fardello delle proprie miserie; e subiscono una feconda relativizzazione.

L'ordine giuridico ricomincia ad essere pensato in una misura più complessa. Siamo stati troppo abituati alle virtù taumaturgiche del legislatore; siamo stati troppo abituati ad affidargli il monopolio della produzione giuridica; siamo stati troppo abituati ad un culto acritico della legge; siamo stati troppo abituati all'ossequio della legge in quanto legge, cioè in quanto autorità e forma. Non si tratta di negare il grosso e prevalente ruolo che la legge non potrà non avere in una società intricata e complicata quale la nostra attuale; si tratta invece di recuperare quel pluralismo giuridico che, a cinquanta anni dalla promulgazione della Costituzione, è rimasto, per troppi aspetti vitali, un disegno sepolto nel testo costituzionale, afferrato soltanto nelle pagine coraggiose di alcuni giuristi (autorevoli ma certamente scarsi e sparuti).

Oggi dobbiamo operare parecchi recuperi rispetto a questa visione anchilosante, e il primo passo può essere proprio costituito da una immersione della legge in un più ampio crogiuolo storico, dove emergono forze che, nella concretezza, indirizzano il corso del diritto e vi incidono a fondo. Un primo passo che deve portare al risultato di una visione critica di quel letto di costrizione che è oggi, per la società e per l'azione in essa del diritto, il decrepito dogma della cosiddetta gerarchia delle fonti.

Verificare negli ultimi cinquanta anni le sordità o le disponibilità

del legislatore italiano verso la scienza giuridica di maestri e di giudici può essere salutare, perché contribuisce a storicizzare, cioè a concepire al centro di forze molteplici, un prodotto che tendiamo troppo spesso a isolare e pertanto ad assolutizzare.

L'analisi storica, se condotta con vigilanza, se non è cioè l'immersione nella bottega del rigattiere a ricercar gustose ma inutili cianfrusaglie, si rivela un apporto insostituibile alla intelligenza del presente e alla consapevolezza critica del giurista di diritto positivo.

\* \* \*

Il volume rispecchia con fedeltà, secondo il nostro costume, gli atti del Convegno così come effettivamente si svolsero nei giorni 26, 27, 28 settembre 1996.

Gli interventi nella discussione di Raffaello Braccini, Giovannangelo De Francesco, Giorgio Marinucci e il secondo intervento di Franco Cipriani si sono sviluppati fino ad assumere la veste di autentiche comunicazioni. Pur con una loro intitolazione — che ne segnala l'autonomia — sono stati lasciati nell'ambito delle discussioni delle varie sedute rispettando così la loro genesi concreta.

Una specifica comunicazione di Federico Spantigati, che si aggiunge all'intervento nella discussione, viene collocata in calce al volume; sempre in calce al volume, appare quale comunicazione il contributo che Ernesto Lupo, solo per carenza di tempo, non poté inserire nella viva dialettica dell'ultima seduta.

Chiude il volume e lo corona magistralmente la riflessione retrospettiva che ha voluto redigere per gli « Atti » Angelo Falzea. Falzea, a causa di concomitanti impegni accademici, non ha potuto partecipare alle prime due giornate di lavori ma si è compiaciuto di operare una acuta lettura dei testi provvisori delle relazioni distribuiti durante il Convegno e di concretarla in uno scritto. Scritto che è, per il nostro volume, il miglior suggello che si potesse immaginare.

PAOLO GROSSI



INCONTRO DI STUDIO  
SU

« GIURISTI E LEGISLATORI »

Pensiero giuridico e innovazione legislativa  
nel processo di produzione del diritto

\*

ATTI



## PROGRAMMA

(così come fu diffuso agli interessati, ed effettivamente si svolse,  
nei giorni 26-27-28 settembre 1996)

### GIOVEDÌ, 26 SETTEMBRE 1996

- Ore 11,00 - Paolo GROSSI: Saluto ai Congressisti.  
Enzo CHELI: Introduzione ai lavori.
- Ore 15,30 - Luigi MENGONI: Diritto di famiglia.  
Carlo ANGELICI: Diritto societario.  
Stefano RODOTÀ: Diritti sociali.
- Ore 17,30 - Discussione.

### VENERDÌ, 27 SETTEMBRE 1996

- Ore 9,30 - Giorgio GHEZZI: Diritto sindacale e del lavoro.  
Andrea FEDELE: Sistema tributario.  
Giuliano AMATO: Libertà di impresa e intervento pubblico.
- Ore 11,30 - Discussione.
- Ore 15,30 - Paolo CARETTI: Sistema dell'informazione.  
Giorgio BERTI: Organizzazione pubblica.  
Umberto ALLEGRETTI: Procedimento amministrativo.
- Ore 17,30 - Discussione.

### SABATO, 28 SETTEMBRE 1996

- Ore 9,30 - Francesco PALAZZO: Diritto penale.  
Ennio AMODIO: Processo penale.  
Andrea PROTO PISANI: Processo civile.
- Ore 11,30 - Discussione.



PAOLO GROSSI  
PAROLE DI SALUTO

Cari Colleghi ed Amici,

dando avvio concreto ai nostri lavori, desidero tranquillizzarVi: non son io, per Vostra fortuna, chiamato a tenere il discorso introduttivo, affidato — come risulta nel programma divulgato da tempo — alla parola sicura e prestigiosa di Enzo Cheli. Io devo invece assolvere a un adempimento assai più modesto, che mi compete come Direttore del Centro organizzatore dell'Incontro, ed è quello — doveroso e gradito — di porgere, col più cordiale benvenuto, un sincero ringraziamento a quanti sono stamattina qui convenuti, magari affrontando il sacrificio di viaggi cominciati in ora antelucana.

Mi è caro inoltre esprimere pubblicamente uno schietto sentimento di gratitudine al prof. Luigi Labruna, Presidente del Comitato per le scienze giuridiche e politiche del C.N.R. (che ci onora oggi della sua presenza) per quanto ha fatto con amichevole disponibilità in ordine alla compiuta realizzazione del nostro appuntamento congressuale, e a tutti gli insigni Relatori, che col loro impegno han reso questo Incontro un momento assai significativo sotto il profilo culturale.

Né posso tacervi un sentimento intenso di soddisfazione che in quest'ora mi domina, triplice soddisfazione.

Innanzitutto, per il prestigio grande dei colleghi Relatori: non credo di dedicarmi a vuote enfaticizzazioni, se constato che i protagonisti del nostro convegno sono anche gli autentici protagonisti dell'attuale riflessione giuridica italiana.

In secondo luogo, per il tema prescelto e che ci accingiamo a studiare nelle due giornate congressuali: il rapporto fra pensiero giuridico e legislazione, fra il divenire del pensiero giuridico e il

divenire della produzione legislativa nell'arco storico che va dalla Costituzione repubblicana ad oggi. Un tema e, al tempo stesso, un problema, un viluppo di problemi: si tratta di due linee che corrono parallele ignorandosi vicendevolmente? O ci sono interferenze, connessioni, collisioni, collusioni? Domande tutte che ci riconducono al cuore del programma scientifico del nostro Centro ed esprimono una realtà nodale nello svolgimento storico del diritto contemporaneo; domande alle quali non so se saremo capaci di dare una risposta ma che è urgente affrontare e approfondire nel momento attuale di indiscutibile crisi della dimensione legislativa quale monopolizzatrice della produzione giuridica. Nell'odierno momento — in cui, ormai senza pudori, il legislatore manifesta tutta la sua incapacità a ordinare il rapido sviluppo della società e la legge rivela, con le proprie rigidità, un'intrinseca inadeguatezza rispetto alla funzione ordinatrice confidatagli dalla civiltà moderna; in cui la scienza giuridica è chiamata a un nuovo ruolo attivo e produttivo —, guardare al contributo sollecitante di questa nel recente sviluppo legislativo italiano assume il significato di una doverosa e non procrastinabile presa di coscienza.

Con una precisazione, necessaria perché chiarificatrice, e tale da impedire equivoci e rimuovere ostacoli alla nostra analisi: quando qui si parla e fittamente si parlerà di «scienza», di «scienza giuridica», il riferimento non sarà soltanto a una riflessione che è patrimonio esclusivo delle aule e degli istituti universitarii. Il sapere giuridico, infatti, come sapere ineluttabilmente teso a incarnarsi, a diventare esperienza, si presenta quale una complessa realtà corale in cui, accanto al maestro universitario in posizione ovviamente preminente, giudice avvocato notaio hanno un ruolo prezioso e incisivo da svolgere. «Pensiero giuridico» è tutto questo, ripetendo oggi, volentieri, quanto tenemmo a puntualizzare, or sono venticinque anni, redigendo la pagina introduttiva del primo volume dei nostri «Quaderni fiorentini».

Non posso tacere un terzo motivo di soddisfazione, che, anzi, mi permetto di sottolineare con forza. Ho detto, un minuto fa, che vedo qui raccolti come protagonisti i più prestigiosi giuristi italiani. Mi piace aggiungere che si tratta di giuristi appartenenti alle aree più diverse della riflessione giuridica e mi piace registrare queste diversità, interpretandole come un segno di unità, di quell'unità della

scienza giuridica cui troppo spesso siamo poco sensibili o di cui addirittura ci dimentichiamo. Tutti noi — storico del diritto, filosofo del diritto, civilista, penalista, amministrativista, e via dicendo — siamo presi da un pieno coinvolgimento nelle rispettive specializzazioni, né dobbiamo rifiutarlo perché ciò è soltanto un naturale frutto storico: la nostra, dopo più di duemila anni di indagini, è una scienza raffinata, scienza necessariamente articolata in strumenti tecnici diversificati e necessariamente impegnata in approfonditi scavi settoriali. Tutto ciò non è da rifiutare, e mi guardo bene dall'invocare per il giurista un sapere eclettico, che è il nemico di ogni riflessione autenticamente scientifica.

Vorrei soltanto che questi scavi, assolutamente meritorii, che ciascuno di noi opera nel proprio ristretto campo d'indagine, non avvenissero, come troppo spesso avvengono, in una compiaciuta solitudine; vorrei che ciascuno di questi approfondimenti, che ognuno di noi opera all'interno di quella grande unità che è la scienza giuridica, fosse sorretto da una coscienza più complessa, coscienza della necessità di forgiare a puntino la tessera singola ma anche di inserirla nel più ampio contesto unitario; perché l'unità della nostra scienza non è un artificio ma è unità di sapere, di metodo, di statuto epistemologico, che esige in ognuno di noi (se vuole adempiere appieno al mestier suo) la consapevolezza della realtà complessiva e l'esigenza del reciproco confronto fra i giuristi. Non chiedo al civilista o al penalista di rinunciare ad esserlo, gli chiederei di esserlo più pienamente, con gli arricchimenti, che — soli — posson venire dal colloquio, dal raffronto, dalla disponibilità ad esperienze vicine.

Ebbene, in questo Convegno noi diamo testimonianza piena di questa unità: i singoli Relatori non hanno né dissipato né attenuato le specifiche competenze, ma han lavorato l'uno accanto all'altro e in confronto con l'altro, seduti a un ideale tavolo di comune lavoro realizzando quanto io proponevo, fin dal lontano 1971, quale insegna programmatica del nostro Centro e privilegio della nostra azione intellettuale: lo storico del diritto accanto al cultore del diritto positivo, il filosofo del diritto e il comparatista accanto allo storico, e così via, in reciproco colloquio ed arricchimento.

È sottolineando questo sentimento di compiuta soddisfazione, è con la speranza che possiamo — tutti — uscire arricchiti da questo

Incontro, che chiudo queste poche parole di saluto, invitando il prof. Giovanni Conso ad assumere la presidenza della prima seduta congressuale. Giovanni Conso è un mio grande e caro amico, ma è anche quell'autorevolissimo personaggio che, accanto a un ruolo rilevante nel campo degli studi processualistici e penalistici, ha svolto da par suo le funzioni altissime di Presidente della Corte Costituzionale e di Ministro di Grazia e Giustizia. Sono grato a Conso che, pur tra molti e gravi impegni, ha accolto immediatamente, con generosità, il mio invito a essere qui tra noi per questa seduta iniziale. A Lui vada il mio grazie affettuosissimo.

Un rinnovato grazie, infine, anche a tutti i presenti.

GIOVANNI CONSO

Caro Paolo,

ad essere lusingato ed onorato sono io per l'invito rivoltomi con tanto calore. L'affetto che ci lega dai tempi ormai lontani del « nostro » CUN ti ha fatto pensare a me per pura amicizia. Ne ero commosso sin da prima e ancor più lo sono dopo aver appreso che questo Convegno è l'ultimo da te organizzato come direttore del prestigioso Centro di studi fiorentino da cui siamo ospitati in tanta splendida sede. Vorrei, perciò, che con l'aiuto di tutti gli altri amici presenti questa tua direzione finisca in bellezza, nel miglior modo possibile; un compito, peraltro, agevolato dalla circostanza che tu sai preparare gli incontri culturali in maniera impareggiabile. Ne hai dato l'ennesima dimostrazione appena un attimo fa, auspicando un confronto estremamente aperto, ma, al tempo stesso, assolutamente sereno, in unità d'intenti a servizio del sapere.

Si tratta di un messaggio davvero importante che, come hai sottolineato con forza pari alla chiarezza, ben si addice ad un incontro dedicato alla scienza giuridica, ma che ritengo valga altresì per le scienze diverse dal diritto, a cominciare da quelle politiche, insite nelle alternative prospettate dal titolo. Lo dovremo, dunque, tenere quale costante punto di riferimento in ciascuna di queste tre giornate, anche se ogni relatore non potrà non affrontare l'impegno affidatogli che nell'ottica del proprio settore, secondo l'eterna dialettica tra specificità ed insieme. All'insieme attengono i grandi principi, quelli che tendono ad unire al di là delle pur tante prospettive emergenti dall'esigenza di un confronto approfondito, sollecitato a ragione degli ormai cinquant'anni di vita della nostra Costituzione, base di partenza per ogni discorso giuridico e fulcro di ogni necessario bilanciamento.

Certo, le sollecitazioni che il tema del Convegno suggerisce sono

talmente numerose da imporre delle scelte. Mi limiterò, pertanto, a qualche rapida considerazione, senza minimamente pretendere di fissare dei binari, tanto più perché si tratta di considerazioni spontanee, quasi d'istinto.

La prima muove dal titolo. Partire dal titolo è quasi scontato, soprattutto quando il titolo presenta margini di incertezza. Questo « giuristi e legislatori » appare senza dubbio intrigante. Prendiamo il primo dei due termini: è « giurista » anche il magistrato, anche l'avvocato, o solo il docente universitario? E veniamo al secondo termine: è « legislatore » solo il Parlamento o, al massimo, può esserlo anche il Governo oppure lo sono altresì tutti coloro che in qualche modo partecipano all'attività legislativa? A seconda del come si risponde ai due quesiti, l'approccio al tema cambia.

La « e » del titolo, poi, potrebbe essere intesa nel senso di una contrapposizione: da un lato i giuristi, dall'altro i legislatori. O, invece, nel senso di un affiancamento dei primi ai secondi, così da consentire a questi di utilizzare le meditazioni di quelli. O, ancora, nel senso di portare l'attenzione soltanto su chi sappia essere, al tempo stesso, giurista e legislatore. Vi è, infine, anche l'eventualità che si verifichi una sorta d'osmosi, nel senso che, accostandosi al processo di produzione del diritto in modi più o meno diretti (le vie sono tante), il giurista diventa addirittura un compartecipe della legislazione.

Direi che proprio quest'ultima ipotesi, con il crescere degli interscambi di opinione, la diffusione della convegnistica, il moltiplicarsi degli strumenti di informazione, sia quella destinata a trovare una sempre maggiore concretizzazione. Non credo, infatti, che residui ormai la possibilità di isolare l'attività dello studioso di diritto positivo dall'attività legislativa. Se ne diventa protagonisti anche con l'espone le proprie idee, maturate magari nell'eremo dove ci si chiude per dedicarsi allo studio nel modo migliore possibile: con la pubblicazione delle proprie tesi e con la manifestazione delle proprie critiche, implicitamente si fa una proposta di modifica più o meno radicale.

Seconda considerazione. « Giurista » è sostantivo che si riferisce all'individuo: io credo di essere un giurista, tu sei un giurista, lui è un giurista particolarmente rinomato, anche l'avvocato è un giurista, anche il magistrato è un giurista, e così via dicendo. Il legislatore,

invece, che cos'è? Si potrebbe rispondere che lo siamo tutti in quanto partecipi del dialogo sui temi oggetto di una qualche proposta normativa. Ma ciò che si legge nella presentazione del Convegno fa pensare, piuttosto, al Parlamento e magari anche al Governo (la crisi del decreto-legge induce, però, a porre in ombra quest'ipotesi, che dovrà ridivenire del tutto eccezionale per rientrare nei binari costituzionali). Diciamo, comunque, che legislatore è chi emana le norme, chi dà loro forza operativa o, più precisamente, efficacia giuridica. Prima ci sono soltanto dialoghi. Anche il deputato o i deputati, il senatore o i senatori che presentano una proposta di legge, il Governo che approva un disegno, formulano progetti come potrebbe fare un qualsiasi studioso. Se quelli hanno un carisma più forte, è solo perché vengono incanalati lungo un *iter* che ha tappe ben precise, disciplinate dai regolamenti parlamentari (l'assegnazione di un numero, l'attribuzione ad una commissione, il passaggio ad un'assemblea, poi all'altra), con un'ufficialità che assicura loro effetti giuridici intermedi. La differenza sta, appunto, qui: la voce dello studioso, anche il più illustre, non ha mai la benché minima efficacia giuridica, mentre alla legge, anche la peggiore, questa non manca mai.

Passando al sottotitolo, ecco emergere un'altra sollecitazione. La provoca il binomio « pensiero giuridico e innovazione legislativa ». Il concetto « pensiero giuridico » implica un richiamo allo studioso, allo scienziato del diritto. Qui il magistrato o l'avvocato, in quanto tali, restano sullo sfondo. Se, poi, un magistrato o un avvocato per conto proprio si cimenta in studi che si traducono in contributi scientifici rilevanti — e ve ne sono di rinomati — anch'egli viene a dare il suo apporto al pensiero giuridico. Non, dunque, in quanto esercita l'attività giudiziaria o l'attività forense, ma in quanto giurista culturalmente, e non solo professionalmente, impegnato. Il richiamo al legislatore è, invece, insito nel concetto « innovazione legislativa » in stretta corrispondenza ad ogni mutamento normativo. Poiché produrre diritto è compito della classe politica o, meglio, delle formazioni politiche per il cui tramite concretamente si estrinseca la dialettica parlamentare, sembra materializzarsi una sorta di contrapposizione fra due estremi: la classe politica e il giurista accademico. Ma siamo davvero di fronte ad una contrapposizione assoluta? Nel processo di produzione del diritto, che è fenomeno di estrema

complessità, confluiscono un tale insieme di rapporti ed una tale varietà di piani che nemmeno il giurista accademico, salvo casi estremi di isolamento nella pura astrazione, può restarvi estraneo, potendone diventare, talora magari inconsapevolmente e, più spesso, se non direttamente, comunque indirettamente, partecipe in misura di varia consistenza.

Il richiamo ai cinquant'anni della Costituzione repubblicana svela l'intento di sollecitare un approfondimento culturale con l'occhio rivolto ai principi, senza cedere alle lusinghe dell'emotività né alle compromissioni dell'ora contingente né alle tentazioni d'una sempre frettolosa superficialità. Al tempo stesso, la scelta di un momento così particolare, contrassegnato com'è da una ricorrenza storica densa di significato non solo di per sé, ma anche per le concomitanti spinte ad una consistente revisione della seconda parte della Carta (non, quindi, dei principi, né dei diritti e dei doveri), significa voler polarizzare l'attenzione sull'oggi più che sul passato o sul futuro. Delimitazione tanto più propizia in quanto la complessità dei problemi sottostanti ai rapporti tra pensiero giuridico ed attività legislativa è tale che, solo con il focalizzarli entro un ambito cronologicamente ben individuato, si può evitare che la discussione si disperda in una molteplicità di rivoli non idonei a condurre al raggiungimento di risultati utilizzabili per un confronto il più possibilmente omogeneo.

Aggiungerei un'ultima considerazione: il tentativo di puntualizzare — nel senso di mettere a punto — l'influenza del pensiero giuridico, del mondo accademico, del giurista dogmatico, deve, studi storici e filosofici a parte, tenere sempre più in conto l'esigenza di guardare con crescente attenzione non solo al diritto positivo come dettato normativo, ma anche al diritto vivente come sua applicazione concreta, ad evitare l'accusa di allontanarsi troppo dalla realtà, sino a perdere, insieme ai contatti, la capacità di coglierne le effettive esigenze, arrivando al punto di sfiorare la contraddizione. Il diritto vivente, infatti, si rifrange nella e dalla giurisprudenza, che prende quotidiana vita dall'operato della magistratura e dall'apporto dell'avvocatura. Ma, allora, come non considerare giuristi i magistrati e gli avvocati? E come non includerli anche tra i legislatori? A parte le proposte che a titolo individuale o in forma associata vengono frequentemente avanzate sia dai primi

sia dai secondi, lo stesso inserimento nella vita parlamentare e nella vita governativa è, per quanto li riguarda, in continua, sia pur criticata, crescita, tanto sotto forma di assunzione diretta delle correlative funzioni quanto sotto forma di collaborante impegnato negli uffici ministeriali.

Molteplici sono, dunque, i modi, diretti o indiretti, attraverso cui si può estrinsecare l'influenza del pensiero giuridico. L'importante è che l'onestà intellettuale della mediazione scientifica non venga mai offuscata da condizionamenti politici, pur dovendosi tenere sempre in conto la praticabilità delle soluzioni conseguenti ad ogni approfondimento concettuale.

La partecipazione, ricca anche di precedenti storicamente ragguardevoli, a commissioni extraparlamentari incaricate di redigere in via propositiva o addirittura in via di redazione finale testi normativi di grande rilievo è la dimostrazione più eloquente del ruolo non di rado anche ufficialmente affidato a giuristi in ordine alla produzione legislativa e, conseguentemente, del peso da essi quasi sempre esercitato nel concretarsi della stessa. Riandiamo, per limitarci alle vicende più vistose della nostra epoca, alle commissioni che tanto hanno lavorato per il codice penale del 1930 (se ha potuto reggere fino ad ora, lo deve proprio all'impostazione scientifica che le è stata di base), per i tre codici del 1942, per il codice di procedura penale del 1988.

Penso, in particolare, a Giandomenico Pisapia, l'emblema di quest'ultima importante, anche se in parte sfortunata, vicenda, destinata comunque ad entrare, per la novità delle sue scelte ideali, nella storia del pensiero giuridico. I critici maliziosi e, peggio, gli avversari preconcepiuti, che hanno battezzato il nuovo codice come « codice di professori », non si sono accorti che una tale etichetta implicava sul piano della coerenza sistematica un elogio da loro evidentemente non voluto, dimenticando, comunque, che la Commissione aveva operato sotto il vincolo di una nutrita legge-delega.

Se mai era, ed è tuttora, il caso di porsi il delicato problema, non raro per i codici, della ricerca di una paternità, lungo i confini dei rapporti tra le direttive del Parlamento, i progetti della Commissione ministeriale, il controllo della Commissione bicamerale e l'occhio del Ministro Guardasigilli, cui spettava di dire la parola definitiva per conto del Governo destinatario della delega. Confini non certo facili

da individuare, come comprova l'oscillazione tra chi preferisce denominarlo « codice Pisapia » e chi « codice Vassalli », Ministro sì, ma giurista di gran vaglia, un po' riecheggiando la consuetudine di definire « Rocco » il codice precedente, non senza magari talora confondere il penalista Arturo con il ministro Alfredo. Direi che tanto vale limitarsi a sottolineare come ci si trovi di fronte ad un *mix* di aspetti disparati, non facilmente disgiungibili in radice. Ciò posto, non resta che valutare con attenzione gli esiti dell'osmosi così operata, l'efficacia del confronto, l'utilità della collaborazione, la capacità di reggere al rischio di sempre incombenti compromessi. Ed è proprio a questo proposito che dovrebbe risultare determinante la presenza di dogmatici puri, attenti a non lasciarsi fuorviare da inaccettabili distorsioni e capaci di opporsi alle influenze delle forze politiche.

A completamento di questo rapido abbozzo dei rapporti tra giuristi e legislatori, una domanda è ancora d'obbligo: dove va a collocarsi la Corte costituzionale? Organo di giuristi? Organo di legislatori? Data la complessità della sua formazione e delle sue funzioni, non vi è certo posto per risposte in termini manichei. La domanda potrebbe, allora, tradursi così: la Corte è più organo di giurisdizione e, quindi, di profilo tecnico-giuridico, una sorta di magistratura altamente anomala, oppure è più organo che, continuamente impegnato sul versante della stabilità normativa, diventa in qualche modo partecipe dell'attività degli organi legislativi, risentendo, quindi, della loro natura, tipicamente di stampo politico?

Basta un dato per escludere la possibilità di una risposta nel secondo senso dell'alternativa. L'attività politica implica di per sé una più o meno ampia libertà di scelte, salvo, ovviamente, il rispetto delle norme costituzionali, peraltro esercitabile soltanto a posteriori, mentre la Corte non ha mai veri spazi di discrezionalità a disposizione, tenuta come essa è, anzitutto, a rispettare i termini della questione o del ricorso che le viene sottoposto e, in secondo luogo, ad attestarsi sui binari tracciati, per un verso, dai precetti costituzionali invocati quali termini di confronto e, per l'altro, dalle interpretazioni portate alla sua attenzione quali oggetto di tale confronto, con possibilità di prescindere solo quando risultino chiaramente disattese da altre conformi a Costituzione o, comunque, dal diritto vivente.

È l'esistenza di siffatti limiti ad aver dato vita all'ormai ben nota tipologia delle pronunce di inammissibilità non più circoscritte, come avveniva inizialmente, alle ipotesi di vizi formali inficianti la richiesta, bensì comprensive anche delle ipotesi nelle quali il difetto di legittimità costituzionale lamentato in concreto si presenta tale che, se effettivamente riscontrato, non ne deriverebbe una conclusione a rime obbligate, ma si renderebbe, invece, necessaria una scelta discrezionale tra più soluzioni tutte parimenti possibili a livello di conformità costituzionale e, pertanto, una scelta riservata al legislatore. Non senza escludere, attraverso il meccanismo delle sentenze monito, l'eventualità di una forzata supplenza nel caso di un reiterarsi della questione per il mancato operare degli organi legislativi.

Tutto questo non deve, peraltro, far dimenticare come, accanto alle sentenze totalmente o parzialmente ablativo, tipico strumento di concretizzazione dell'accertata fondatezza e del conseguente accoglimento della questione dedotta, la giurisprudenza della Corte costituzionale dia spazio sempre maggiore a sentenze manipolative variamente congegnate, con sostituzione di parole e, più spesso ancora, con aggiunte di previsioni ampiamente articolate, talora andando persino al di là dei termini iniziali di prospettazione. E ciò che altro è se non creazione vera e propria di norme, di norme autenticamente nuove, che si aggiungono all'esistente, operazione tipicamente legislativa, che ad ogni sua applicazione connota la Corte quale soggetto legislatore? Con il che i « giuristi », provenienti dall'accademia o dalla magistratura o dall'avvocatura, che fanno parte del collegio giudicante, assurgono, sia pur soltanto sporadicamente nella fattualità, ma potenzialmente sempre, a « legislatori », non diversamente — a parte, appunto, la sporadicità del fenomeno — da quei loro colleghi docenti universitari, magistrati o avvocati che divengono parlamentari, affrontando un'esperienza del resto già precedentemente vissuta da più di un giudice costituzionale. Ne viene confermato che le contrapposizioni come gli stacchi non possono mai essere così netti da creare solchi insuperabili. A prevalere è, dunque, la congiunzione « e », non la congiunzione « o », ulteriormente sottolineando quanto utile sia il sommarsi di una pluralità di apporti.



ENZO CHELI

## INTRODUZIONE

1. Il tema che viene proposto per questo incontro di studio è stato sinora poco esplorato. Si tratta di un tema vasto e sfuggente, che viene a collocarsi a confine tra la storia del pensiero giuridico, la storia politico-istituzionale e la sociologia del diritto e che pone al centro della riflessione questa domanda: in che misura e attraverso quali canali la cultura dei giuristi ha potuto influire, nell'arco degli ultimi cinquant'anni — dal dopoguerra ad oggi —, nei processi di innovazione legislativa del nostro paese? È chiaro che quando si parla, in questo contesto, di influenza della cultura giuridica bisogna riferirsi non tanto agli aspetti strettamente tecnici della produzione normativa (aspetti cui sono chiamati a provvedere particolari organi dell'amministrazione destinati ad affiancare i centri politici produttori delle norme: si pensi agli uffici legislativi dei Ministeri, al Consiglio di Stato, all'Avvocatura dello Stato), quanto agli aspetti sostanziali di questa produzione, ai fini ed ai contenuti (o, se vogliamo, al nucleo politico) della normazione adottata.

Il Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, sotto la guida di Paolo Grossi, ha chiesto a dodici giuristi appartenenti a diverse aree disciplinari (giuristi positivi e non storici, anche se giuristi sensibili alla considerazione del dato storico) di dare una risposta alla domanda che ora veniva formulata, risposta che è stata offerta attraverso altrettante relazioni dedicate a settori particolarmente significativi ai fini della valutazione del rapporto tra giuristi e legislatori. Questi settori sono stati individuati nel diritto di famiglia, nei diritti sociali, nel diritto societario, nel diritto del lavoro e sindacale, nel processo civile, nel diritto pubblico dell'economia, nell'organizzazione amministrativa, nel procedimento amministrativo, nel sistema

tributario, nel sistema dell'informazione, nel diritto penale e nel processo penale.

Compito di questa introduzione è soltanto quello di offrire qualche indicazione di sintesi sul lavoro compiuto e sui risultati raggiunti.

2. Per valutare nel suo complesso il quadro, assai variegato, che emerge dalle diverse relazioni di settore occorre innanzitutto far richiamo a due premesse.

La prima premessa riguarda la delimitazione temporale del campo di indagine, che, come sappiamo, è stata riferita all'arco dell'ultimo cinquantennio: un cinquantennio che, sul piano delle fonti, ha visto, come evento dominante, la nascita e gli sviluppi della costituzione repubblicana. È appena il caso di osservare come questa delimitazione temporale non sia stata casuale, ma determinata dalla convinzione che la costituzione del 1948 abbia segnato un chiaro spartiacque non solo sul piano dei processi di produzione normativa attraverso la costruzione di un nuovo sistema di fonti, fondato su un nuovo principio di legalità, ma anche sul piano della cultura giuridica, per le innovazioni che la stessa costituzione — in quanto costituzione rigida e programmatica — ha indotto sul piano del metodo e delle tecniche ricostruttive della scienza giuridica.

Non si può, infatti, dubitare del fatto che sia stata proprio l'affermazione di nuovi principi e nuovi valori sovraordinati alla legge, quali quelli espressi in costituzione, a indurre la dottrina a spostare gradualmente il proprio interesse dal terreno della pura esegesi a quello della politica legislativa, di una politica cioè elaborata non sotto la spinta di indirizzi contingenti, ma in funzione preminente dell'attuazione del modello costituzionale. Da qui l'esigenza di fissare il punto di partenza di una ricerca diretta a confrontare indirizzi della scienza e indirizzi della legislazione proprio nel processo costituente del 1946-47 e nel prodotto costituzionale che da tale processo ebbe vita.

Su questo piano occorre innanzitutto ricordare come gli storici delle istituzioni ed i costituzionalisti abbiano da tempo avuto occasione di sottolineare il ruolo svolto dai giuristi e dalla loro cultura nel processo costituente. Se la costituzione del 1948 è stata, come comunemente si afferma, il risultato di un compromesso — del

« compromesso » nobile maturato tra le diverse aree della cultura politica del tempo (la cattolica, la socialista e la liberale) —, il modello costituzionale tracciato in questa carta è certamente opera della cultura dei giuristi che all'interno della costituzione si trovarono a dover operare.

È noto, d'altro canto, come la scienza giuridica avesse già dato un contributo essenziale all'avvio del processo costituente attraverso i lavori della Commissione di studio per la riorganizzazione dello Stato istituita nell'ambito del Ministero per la Costituente (la c.d. Commissione Forti), che operò tra il 1945 ed il 1946 e che era composta interamente da giuristi, sia accademici che pratici. Ma è proprio nell'azione della Costituente e, in particolare, nei lavori preparatori della Commissione dei 75, presieduta da Meuccio Ruini — e delle tre Sottocommissioni in cui tale Commissione si articolò — che il ruolo dei giuristi emerge, tra l'autunno del 1946 e la primavera del 1947, con particolare evidenza. Si pensi, in particolare, alla costruzione organica (secondo il modello c.d. della « piramide rovesciata ») del sistema delle libertà, individuali e di gruppo, tracciato nella prima parte della carta, che trova il suo fondamento essenzialmente nelle posizioni espresse nell'ambito della 1<sup>a</sup> Sottocommissione da La Pira, Dossetti e Moro, posizioni in gran parte ispirate alla filosofica politica di Mounier e Maritain e alle teorie istituzionaliste di Hauriou, Duguit e Santi Romano. Si pensi all'impianto del governo parlamentare delineato nella seconda parte, dove la linea di compromesso tra vecchio e nuovo parlamentarismo, fondato sul ruolo preminente dei partiti, venne in primo luogo tracciato da Mortati, Perassi e Tosato. Si pensi, infine, all'impianto delle garanzie giurisdizionali — della giustizia ordinaria, amministrativa e costituzionale — che trovava negli interventi di Calamandrei e Leone le sue direttrici fondamentali.

Il modello costituzionale fu, dunque, tracciato, nelle sue linee portanti, ad opera dei giuristi e della loro cultura. Giuristi-politici o giuristi-legislatori che in questa fase operarono non solo e non tanto, secondo tradizione, come consiglieri del « principe », bensì come portatori diretti di un'ideologia istituzionale che riuscì a rompere l'isolamento dell'« accademia » e ad imporsi alla classe politica come espressione di una cultura generale.

È, d'altro canto, vero che le vicende politiche e culturali della

Costituente furono del tutto peculiari, segnate com'erano dall'eccezionalità del momento che il paese viveva; ed è anche vero che la confluenza che, in questa particolare fase, si venne a manifestare tra istanze di rinnovamento politico ed istituzionale e cultura dei giuristi non si sarebbe mai più manifestata nelle fasi storiche successive. Il fatto è che, dopo l'avvento della carta repubblicana, i giuristi tenderanno sempre più a ripiegare dentro i confini delle Università, manifestando un certo distacco dalla sfera della politica ed una notevole indifferenza ai processi di produzione normativa guidati dalla politica.

Questo almeno è quanto accade in una prima fase, che copre l'intero arco degli anni '50. Successivamente, a partire dalla metà degli anni '60, con l'inizio della stagione del « disgelo costituzionale », questo stato di cose si verrà in parte a modificare attraverso un riavvicinamento graduale della cultura accademica al mondo della politica, ma senza che in alcun caso la categoria dei giuristi riesca ad assumere un ruolo in qualche modo paragonabile per intensità con quello svolto negli anni della Costituente.

3. La seconda premessa cui vorrei accennare si collega alle caratteristiche generali del rapporto tra giuristi e legislatori quale si è venuto a delineare dall'avvento della carta repubblicana ai nostri giorni. Un rapporto il cui esame richiederebbe di mettere a confronto, nei loro diversi passaggi, due processi storici paralleli quali quelli che hanno caratterizzato, da un lato, gli sviluppi della cultura giuridica del nostro paese nelle varie fasi di questo cinquantennio, dall'altro, gli indirizzi che, in questo stesso arco di tempo, si sono manifestati nei processi di produzione normativa. Si tratta di materia che, nei suoi aspetti generali, non ha sinora formato oggetto di indagini condotte con metodo storico: da qui l'esigenza di limitare il discorso, in questa sede, soltanto a qualche osservazione preliminare e sommaria.

Per quanto concerne la cultura giuridica — intesa non come prassi, ma come cultura scientifica o accademica — due sembrano essere le tendenze di fondo che più ne hanno caratterizzato gli sviluppi in questo dopoguerra: l'abbandono progressivo del formalismo e del metodo esegetico, sostituito (anche sotto l'influenza crescente dei modelli anglosassoni) da un approccio pragmatico e

realista al fenomeno giuridico; la perdita di unitarietà dell'esperienza giuridica, frantumata sempre più nella varietà dei diversi specialismi. Le due tendenze hanno di fatto prodotto effetti divergenti nella sfera che stiamo esaminando, relativa ai processi di innovazione normativa.

Se il realismo ha spinto, infatti, a valorizzare la tendenza verso la « politica del diritto » a danno della stessa interpretazione dello *ius conditum* e ad accentuare, di conseguenza, il ruolo dei giuristi nei processi di produzione normativa, lo specialismo ha condotto, di contro, a depotenziare l'impatto della cultura giuridica su questi processi, perché ha contribuito a ridurre la forza che il diritto viene, invece, a manifestare quando « fa sistema », quando cioè si esprime attraverso le sue costruzioni più organiche e razionali. Le tendenze della cultura giuridica di questo cinquantennio hanno, di conseguenza, spinto, per quanto concerne i processi di produzione normativa, in direzioni opposte: stimolando, da un lato, attraverso il realismo, la « politica del diritto » e la presenza dei giuristi come protagonisti in questi processi; frenando, dall'altro, attraverso lo specialismo, l'impatto dei modelli elaborati dalla scienza giuridica nella sfera politica ai fini di un loro impiego nell'individuazione degli interessi e dei valori da includere nel prodotto legislativo.

Se passiamo poi ad esaminare l'altro termine di confronto, e cioè i caratteri assunti, in questo cinquantennio, dai processi di produzione normativa, il primo dato che viene ad emergere attiene alla particolare ricchezza e complessità del sistema delle fonti normative impiantato nel quadro dell'ordinamento repubblicano.

Basti solo considerare come, in questo quadro, la legge del Parlamento abbia attenuato la sua centralità di fronte allo sviluppo crescente dei poteri normativi dell'esecutivo; come alle fonti statali si siano affiancate le fonti regionali e contrattuali; come alla produzione nazionale si sia sovrapposta la produzione comunitaria. La scelta del pluralismo istituzionale operata come linea portante dalla costituzione del 1948 ha, quindi, trovato proprio nell'arricchimento e nella maggiore articolazione del sistema delle fonti il suo riflesso più diretto e immediato. Se all'interno di questo quadro assai articolato andiamo poi a valutare gli indirizzi che si sono manifestati nell'impiego dei vari strumenti di produzione normativa, i fenomeni più evidenti che emergono, sono, da un lato, quello dell'inflazione

legislativa, dall'altro, quello dell'accresciuta negoziazione tra gli interessi di settore coinvolti nelle scelte del legislatore. L'eccesso di produzione legislativa ha condotto a privilegiare la legislazione minore (le c.d. « leggine ») sulle grandi leggi d'impianto a vocazione sistematica (che pure non sono mancate in determinati passaggi della nostra storia politica). Da qui la conseguenza di quello sviluppo disorganico, frammentario e casuale del nostro sistema normativo, che è sotto gli occhi di tutti e che forma l'oggetto di tante denunce. A sua volta l'attività di negoziazione (favorita dalla presenza di governi deboli e prigionieri di maggioranze instabili) ha aggravato questi vizi, accentuando la complessità delle mediazioni e sostituendo alla ricerca dell'interesse generale la difesa degli interessi delle categorie interessate al prodotto normativo. È accaduto così, molto di frequente, che gruppi di pressione esterni alla sfera parlamentare abbiano assunto il ruolo di promotori e redattori di testi normativi che sono stati approvati senza alcun serio confronto con le esigenze dettate dall'interesse generale. Sviluppi questi che — come appare evidente — non sono stati frutto del caso, ma che hanno rappresentato lo specchio diretto dei caratteri assunti, fin dall'immediato dopoguerra, dal nostro sistema politico-istituzionale, come sistema segnato da un alto tasso di disomogeneità sociale e politica e, di conseguenza, incapace di aggregare, a livello di governo, indirizzi politici unitari e di lunga durata.

Si potrebbe a questo punto pensare che l'inflazione normativa, da un lato, e la maggiore permeabilità del processo normativo alla pressione degli interessi settoriali, dall'altro, possano aver favorito anche l'inserimento nei processi normativi dei giuristi come categoria tecnica guidata da interessi comuni. Ma così non è stato. E questo si spiega agevolmente ove si pensi che, dopo la Costituente, la categoria dei giuristi, nel nostro paese, non ha mai rappresentato un gruppo di pressione omogeneo, portatore di un proprio progetto di società e di Stato e dotato di forza sufficiente per imporre i suoi obiettivi, i suoi modelli ed i suoi valori alla classe politica.

4. Richiamate queste premesse di ordine generale, vediamo ora, alla luce degli elementi che emergono dalle diverse relazioni, in che misura e attraverso quali forme la cultura giuridica italiana ha

avuto modo di esercitare, nel corso del cinquantennio, la sua influenza sui processi di innovazione legislativa.

Su questo piano, il primo dato che emerge attiene alla varietà delle risposte che la ricerca ha dato.

Il fatto è che l'influenza del pensiero giuridico sulla normazione, quando c'è stata, non ha mai rappresentato un fenomeno costante e uniforme, ma ha variato sensibilmente da settore a settore, da epoca ad epoca.

Per quanto concerne i settori questa influenza si è presentata forte e ricca di esiti positivi in talune aree disciplinari (il diritto del lavoro, il processo civile, il processo penale, il procedimento amministrativo, il diritto dell'informazione), debole e marginale in altri (il diritto di famiglia, il diritto tributario, il diritto dell'economia, il diritto penale).

Questa variabilità dell'incidenza dell'azione dei giuristi sulla legislazione non sembra essere derivata soltanto dalla casualità delle vicende politiche, ma anche dalle attitudini e dai livelli di maturazione del pensiero scientifico inerente alle varie aree dottrinali.

È accaduto così che l'impatto nella sfera politica sia risultato più evidente ed efficace quando si è espresso attraverso elaborazioni orientate verso prospettive di reimpianto dei vari settori normativi, ispirate a esigenze non tanto di ordine dogmatico, ma pratico (si pensi, in particolare, al contributo offerto dalla scienza giuridica allo statuto dei lavoratori, alla riforma del processo del lavoro, alla riforma del codice di procedura penale). In altri termini, l'influenza della cultura giuridica sulla legislazione ha assunto connotati forti quando ha potuto collegarsi all'esistenza di dottrine, per così dire, « forti », cioè ad impianti sistematici ben caratterizzati tanto sul piano della scelta degli obiettivi che dell'affermazione dei valori.

Se passiamo poi ad esaminare come l'influenza del pensiero giuridico sia variata non in relazione ai singoli settori, ma alle diverse fasi storiche di sviluppo del nostro sistema politico, il dato che emerge è che questa influenza è stata marginale nel corso degli anni '50; crescente negli anni '60 (in coincidenza con la svolta di centrosinistra); ancora maggiore all'inizio degli anni '70 (nella fase di più intenso « disgelo costituzionale »: si pensi, in particolare, alla nascita dell'ordinamento regionale ed al ruolo giocato dalla dottrina, prima nella fase dell'impianto statutario e poi, attraverso la

Commissione Giannini, nel trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni).

Questa influenza è stata sensibile anche all'inizio degli anni '90, quando, nel corso dell'XI legislatura, il Parlamento, premuto dalla crisi dilagante del sistema dei partiti, ha manifestato un particolare attivismo su alcune direttrici di « grande riforma » (come quelle in tema di autonomie, di procedimento amministrativo, di sciopero nei servizi pubblici, di disciplina della concorrenza, riforme che nascono tutte con leggi varate nel 1990).

L'esame delle vicende connesse a questi diversi passaggi del cinquantennio induce, dunque, a mettere in luce un altro aspetto: i momenti in cui l'influenza della cultura giuridica viene ad assumere forme più intense sono quelli in cui, nel sistema politico-istituzionale, vengono a imporsi istanze riformiste, esigenze di svolta negli indirizzi politici o tentativi di impostare programmi politici di più ampio respiro.

Per quanto concerne, infine, i « canali » (cioè le forme e gli strumenti) attraverso cui l'influenza della cultura giuridica si è venuta in questi anni a manifestare, le relazioni tendono in generale a mettere in luce la distinzione tra un'influenza diretta ed un'influenza indiretta: tra l'influenza, cioè, che hanno esercitato, a titolo personale, alcuni giuristi-legislatori, in quanto occasionalmente investiti, come ministri o come parlamentari, di funzioni politiche (giuristi che, pertanto, in relazione a questo ruolo, non vengono ad affiancare, ma ad impersonare il « principe »), e l'influenza esercitata dai giuristi-consulenti, chiamati a esprimere o a partecipare ai lavori di particolari organi consultivi, come le Commissioni ministeriali incaricate della redazione di determinati progetti. Fino a giungere all'influenza più diffusa e capillare realizzata semplicemente attraverso gli ordinari strumenti di distribuzione del pensiero scientifico, quali le pubblicazioni, i dibattiti, le conferenze e i convegni. Un'influenza, quest'ultima, legata al clima culturale generale e di cui risulta impossibile misurare in concreto l'impatto sulla legislazione sia in via immediata che sulle lunghe distanze. Da qui la propensione di alcuni relatori a sottolineare come la sola influenza verificabile sia, in definitiva, quella « personalizzata », che si è venuta cioè a esprimere attraverso la coincidenza occasionale nella persona del giurista (del giurista — ministro o del giurista — parlamentare) delle funzioni proprie del legislatore.

5. Sulla scorta di questi dati quali emergono dalla ricerca, si può, dunque, tentare di individuare, sia pure in via di prima approssimazione, le cause primarie o, se vogliamo, le costanti storiche che, al di là delle contingenze occasionali legate alle vicende della politica, hanno più concorso, in questi anni, a far sì che la cultura giuridica del nostro paese potesse lasciare il proprio segno sul piano dell'innovazione normativa.

Queste costanti, a ben guardare, si vengono a collocare essenzialmente su due piani.

Un primo piano — cui abbiamo già in precedenza accennato — è quello che si collega all'elaborazione ed al varo delle « grandi leggi », degli interventi riformatori di ampio respiro, che impongono visioni organiche, scelte destinate alla stabilità e una chiara selezione degli interessi politici. Dalle relazioni di settore emerge come, rispetto a questo tipo di leggi, sia accaduto spesso che una classe politica sprovvista di disegni generali di lungo respiro abbia avvertito l'esigenza del ricorso alla scienza, non solo come supporto tecnico, ma anche come soggetto qualificato all'individuazione di valori ed all'elaborazione di modelli. In questi casi la politica ha usato la scienza, ma la scienza ha finito per giocare un ruolo da protagonista, avendo dovuto supplire al vuoto di idee e di strategie generali della classe politica.

Considerando il ruolo esercitato dalla dottrina nell'elaborazione delle « grandi leggi », sembra quindi possibile individuare una sorta di regola generale, in base alla quale si constata come l'influenza della cultura giuridica sulla normazione tenda a risultare crescente nelle leggi organiche ad alto tasso di sistematicità, ma a basso tasso di negoziazione, decrescente nelle leggi settoriali a basso tasso di sistematicità, ma ad alto tasso di negoziazione con gli interessi di categoria.

L'apporto della dottrina tende, d'altro canto, ad aumentare quando la legge di largo impianto venga anche a incidere su un'area dove la scienza giuridica sia già stata in grado di elaborare una propria « politica del diritto », fondata su convinzioni diffuse e su valori assunti a fondamento delle costruzioni tecniche (si pensi ai valori della trasparenza, del garantismo, della tutela preferenziale della parte debole). Questo apporto viene, invece, naturalmente a ridursi, quando, con la riduzione della sistematicità dell'impianto,

venga anche ad aumentare la pressione degli interessi settoriali interessati alla legge: in questo caso è la forza di questi interessi che tende a prevalere su ogni diversa istanza collegata a scelte di ordine culturale.

Un secondo piano su cui vengono a collocarsi le cause storiche che spiegano l'influenza esercitata dalla cultura giuridica sulla legislazione è quello che si collega al processo storico dell'attuazione costituzionale. Le vicende di questi anni sembrano dimostrare chiaramente come il peso della cultura dei giuristi nell'attività di normazione sia venuto ad aumentare nei momenti in cui sono stati avviati o ripresi processi di attuazione costituzionale, diretti a sviluppare istituti, principi e valori che venivano a trovare la loro prima matrice nel disegno costituzionale.

In questi passaggi storici la categoria dei giuristi ha potuto, infatti, ottenere un particolare ascolto da parte della classe politica, in quanto categoria investita di un compito naturale di interpretazione del modello costituzionale e di mediazione tra questo modello e gli indirizzi della legislazione. Il richiamo alla costituzione ed all'attuazione del suo disegno ha rappresentato, pertanto, in molti casi, la leva che la cultura giuridica ha potuto utilizzare per attivare determinati processi di innovazione legislativa o per orientare questi processi verso sbocchi diversi da quelli preventivati dalla classe politica.

In questa opera di filtraggio dei valori e degli interessi costituzionali verso la sfera della politica, la cultura dei giuristi ha, d'altro canto, trovato un forte sostegno, sul piano istituzionale, negli indirizzi nella giurisprudenza costituzionale, che a sua volta ha tratto dalla dottrina stimoli e orientamenti. Il rapporto di interazione tra scienza giuridica e giurisprudenza costituzionale è stato, infatti, nel nostro paese, sempre molto stretto, non soltanto in conseguenza dell'origine « colta » e della natura « programmatica » della costituzione, ma anche in ragione della particolare struttura dell'organo di giustizia costituzionale: una struttura che ha reso questo organo sempre molto attento agli impulsi provenienti dal mondo della scienza. Anche il canale della giustizia costituzionale ha consentito, quindi, alla cultura dei giuristi di rafforzare la propria presenza e la propria pressione verso la sfera politica della normazione. Su questo piano, basti solo considerare come molti degli indirizzi di politica

legislativa che si sono tradotti, in questi anni, in leggi di « grande riforma » (si pensi alla riforma del diritto di famiglia o del sistema radiotelevisivo) siano sorti proprio sul terreno scientifico dell'analisi e della critica della giurisprudenza costituzionale.

Concludendo, mi sembra, dunque, che il quadro storico dei rapporti tra giuristi e legislatori quale emerge dalla ricerca possa essere, in estrema sintesi, così riassunto: nell'arco di questi cinquant'anni la cultura giuridica non ha avuto la forza di imporre alla classe politica un proprio disegno unitario di politica del diritto, anche perché mancava (a differenza di quanto accadde nella fase costituente) questo disegno. Questa cultura è riuscita, però, in molte occasioni a incidere su alcune normazioni di grande impianto (lo statuto dei lavoratori, il processo del lavoro, l'assetto delle autonomie territoriali, il procedimento amministrativo, il nuovo codice di procedura penale), specialmente quando la negoziazione tra gli interessi in gioco ha potuto elevarsi verso la soglia più alta dell'attuazione costituzionale e della traduzione in nuovi istituti di valori espressi nel disegno costituzionale.

6. Vorrei, a questo punto, chiudere con un accenno alle prospettive future del tema che stiamo esaminando, accenno fondato sulla considerazione di alcune tendenze che si collegano a processi di lunga durata non solo nazionali, ma che, negli ultimi tempi, hanno assunto particolare evidenza nell'ambito del nostro sistema politico-istituzionale.

Una prima tendenza, molto visibile, è quella che sta conducendo a dare un valore crescente alle istanze tecniche o politico-tecniche rispetto alle istanze connesse ai presupposti della rappresentanza politica: per cogliere una spia di questo indirizzo, basti solo pensare, al ruolo che vanno oggi assumendo nel nostro paese — ma, in generale, il fenomeno riguarda tutti i paesi occidentali di tradizione parlamentare — le autorità amministrative indipendenti, autorità che trovano la loro legittimazione fondamentale nell'investitura tecnica e che vengono nella sostanza a esprimere, attraverso la loro neutralità, una nuova dimensione nell'organizzazione costituzionale dello Stato, che viene a collocarsi a confine tra amministrazione e giurisdizione.

Una seconda tendenza è quella che si sta manifestando attraverso la dispersione dei processi normativi fondati sull'eteronomia, con la dilatazione delle fonti a matrice non legislativa, con la contrattualizzazione in atto dei rapporti di imperio, con gli indirizzi creativi della giurisprudenza. In questo quadro di « fuga dalla legge » anche la posizione del legislatore nei suoi rapporti con la società sta oggi mutando molto rapidamente e questo pone in gioco nuove forme di collegamento sia con le istanze tecniche che con gli interessi organizzati.

Una terza tendenza, peraltro più strettamente collegata alla situazione contingente del nostro paese, è, infine, quella che, proprio in questa legislatura, sta conducendo verso il riassetto del nostro impianto istituzionale: un riassetto che non potrà non coinvolgere, con gli equilibri della forma di Stato e di governo, anche il sistema delle fonti, ma che — secondo i programmi sinora enunciati — dovrebbe in ogni caso far salvi i valori espressi nella prima parte del disegno costituzionale.

Se queste tendenze, per il fatto di rispondere a mutamenti strutturali in atto nella realtà giuridica, sono destinate in futuro a svilupparsi — e noi riteniamo che lo siano — esse non potranno non riflettersi anche nel settore che stiamo esaminando, cioè nel sistema dei rapporti tra giuristi e legislatori, dal momento che si tratta di tendenze che sembrano tutte spingere non solo verso innovazioni profonde nei processi di produzione normativa, ma anche verso l'incremento dell'apporto del momento tecnico ai contenuti della legislazione.

Per questo, proiettando in avanti le indicazioni che vengono a emergere da questa ricerca, sarei portato a pensare che la funzione dei giuristi — della cultura giuridica come cultura scientifica orientata verso esigenze di ordine pratico — stia oggi andando incontro, nel nostro sistema, ad una stagione di forte ripresa del colloquio con la sfera politica del legislatore.

È vero che questa prospettiva non può essere oggi limitata soltanto al settore della scienza giuridica, dal momento che il processo è più generale e che le domande del legislatore tendono sempre più a investire l'intera area delle culture specializzate: ma è anche vero che per la scienza giuridica — per la stessa collocazione

di questa scienza nel quadro delle scienze sociali a stretto confine con la politica — queste domande, riferite alla particolare fase di passaggio che il nostro sistema sta oggi attraversando, pongono sin d'ora in gioco l'esigenza di risposte più dirette e maggiori responsabilità.



*Relazioni*

(Prima seduta congressuale)



LUIGI MENGONI  
DIRITTO DI FAMIGLIA

1. Tradizionalmente la scienza del diritto si costituisce come scienza pratica elaboratrice di modelli di decisione di casi giuridici mediante l'interpretazione di testi normativi. Il vincolo a testi scritti, che specifica l'argomentazione giuridica nel genere del discorso pratico, non implica necessariamente la subordinazione dei giuristi al potere politico da cui i testi promanano. A questa condizione subalterna la loro scienza è votata solo quando si esaurisce nell'esegesi degli enunciati legislativi, ossia in un lavoro interpretativo chiuso nella dimensione terminologica del testo. I giuristi della scuola esegetica non hanno avuto, come tali, alcuna influenza sulla formazione delle leggi modificative o integrative del *code Napoléon*, né, in Italia, sulla formazione del codice civile del 1865.

Verso la fine del secolo scorso i giuristi hanno acquistato un titolo autonomo di partecipazione alla legislazione nei Paesi dove la scienza giuridica si è sviluppata sul piano speculativo-dogmatico, qualificandosi come scienza sistematica. Allora i concetti in cui si articola il discorso della legge, analizzati a livello esegetico, si trasformano, mediante operazioni di astrazione generalizzatrice, in concetti scientifici ordinati in un sistema deduttivo, nel quale devono integrarsi, per essere giustificate, le regole concrete di decisione tratte dai testi legali. Il sistema scientifico del diritto assurge a misura della razionalità del codice e delle leggi collaterali, di guisa che, come scrive Rudolf Sohm, « mediante la preminenza del concetto scompare formalmente la positività del diritto ». Questa « preminenza del concetto » sulla materia politica della legislazione si è tradotta, nel 1896 in Germania, nel 1907 in Svizzera e nel 1942 in Italia, in tre codificazioni che sono tipicamente opera della scienza giuridica.

Ma la forma del codice è anche il limite della possibilità dei giuristi di subordinare i contenuti della legislazione alla razionalità di un precostituito sistema di concetti giuridici. Perciò, con la perdita progressiva della centralità occupata dal codice civile negli ordinamenti degli Stati liberali è venuta meno anche la preminenza della cultura giuridica, che è precipuamente cultura accademica, nei processi di formazione delle leggi. Sono sì adducibili esempi di giuristi che hanno svolto un ruolo determinante nell'elaborazione di alcune leggi di grande respiro incidenti profondamente in materie regolate dal codice (Gino Giugni per la legge 20 maggio 1970, n. 300, Luigi Carraro per il testo definitivo della riforma del diritto di famiglia, ecc.), non però in veste di giuristi accademici, come rappresentanti di un ceto scientifico, ma in qualità di componenti di un ufficio legislativo del Governo o di membri del Parlamento, cioè di un organo tecnico o politico preposto alla legislazione.

Nella legislazione speciale, sempre più incalzata dall'accelerazione impressa al mutamento sociale dal progresso tecnologico, va emergendo la collaborazione di un diverso tipo di giurista, cattedratico o no, non più portatore di esigenze di razionalità sistematica e quindi di una linea di continuità con le categorie della scienza giuridica, bensì qualificato da un'elevata specializzazione in determinate materie di alto contenuto tecnico (nuovi contratti commerciali, relazioni industriali, tutela dei programmi informatici, regolamentazione dei mass media, controllo delle pratiche monopolistiche, ecc.), per le quali l'intervento della legge richiede un'adeguata tecnicizzazione della disciplina.

2. Nell'ultimo trentennio la marginalizzazione del rapporto tra cultura accademica e legislazione si è manifestata anche nell'elaborazione delle leggi che hanno profondamente rinnovato la disciplina del codice civile in materia di diritto di famiglia: le due leggi sull'adozione del 1967 e del 1983, la legge sul divorzio del 1970, più volte modificata, e la legge di riforma organica del 1975. La relazione ufficiale al primo progetto di quest'ultima, presentato nel 1967 dal Ministro della giustizia Oronzo Reale, avverte, senza tanti complimenti, che si è ritenuto di non avvalersi della cultura giuridica per non impaniarsi « nelle trovate verbali degli accademici del diritto ».

Il contrasto con i lavori preparatori del primo libro (pubblicato

nel 1939) del codice civile del 1942 non potrebbe essere più netto. Anche questo testo fu opera della scienza giuridica, sebbene in un senso particolare correlativo alla posizione per così dire deflata e scarsamente integrata del diritto di famiglia nel sistema dogmatico del diritto civile. Per questa parte del codice la dottrina si fece tramite — specialmente col memorabile libro di Antonio Cicu, che ebbe grande e durevole influsso sull'orientamento della giurisprudenza — della concezione hegeliana del matrimonio e della famiglia, congeniale all'ideologia dello Stato etico allora dominante, ma arretrata rispetto alla mutata posizione sociale della donna, già osservabile negli anni venti in conseguenza della guerra (si ricordi il largo impiego delle donne nelle industrie belliche durante la prima guerra mondiale) e del processo di industrializzazione del Paese. Più aperta, già nei primi decenni successivi al codice del 1865, si dimostrò la dottrina giuridica nei confronti delle istanze sociali di attenuazione dello sfavore legislativo per i figli naturali. Nel codice del 1942 il miglioramento della loro condizione è sensibile sia sul piano della ricerca della paternità sia sul piano dei diritti patrimoniali, ma rimane pur sempre un non lieve residuo dell'antico sfavore (ritenuto non ulteriormente comprimibile, a tutela della famiglia legittima), che invece la nuova legislazione sociale, di formazione extra-civilistica, aveva ulteriormente ridotto.

I tempi non erano ancora maturi e non lo erano nemmeno nel 1947, come attesta l'ambiguità delle formule con cui la Costituzione repubblicana sancisce due principi opposti a quelli che reggono il diritto di famiglia nel codice del 1942: principio di eguaglianza dei coniugi e principio di parificazione giuridica dei figli naturali (riconosciuti) ai figli legittimi nei rapporti col genitore; ma il primo soggetto alla possibilità di limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità della famiglia, il secondo contenuto nei limiti della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima. I tempi maturarono solo vent'anni dopo sotto l'impulso della rivoluzione industriale e della ventata di pensiero neoilluministico che investirono l'Italia negli anni sessanta e ancora nel decennio successivo.

Sono state sopra riferite le parole (di inusitata arroganza pur in un documento burocratico) con cui la relazione al primo disegno di legge per la riforma del diritto di famiglia giustifica il rifiuto di coinvolgimento della cultura giuridica, quasi che il ritardo nell'at-

tuazione dei principi costituzionali fosse imputabile agli schemi argomentativi dei giuristi piuttosto che all'inerzia del potere politico. I primi interventi incisivi nel tessuto della disciplina vigente non furono opera sua, ma della Corte costituzionale, sollecitata dalla parte più avanzata della giurisprudenza di merito, a sua volta ispirata dall'interpretazione dell'art. 29 elaborata da una frazione minoritaria, ma autorevole, della dottrina. Anziché insistere nel tentativo di estrarre dal principio di unità della famiglia, a garanzia dell'autogoverno del gruppo, una regola di supremazia coordinabile col principio di eguaglianza dei coniugi, questa interpretazione mette in evidenza l'antinomia dei due principi e la supera attribuendo al principio di eguaglianza un valore assoluto, tale da assorbire il principio dell'unità, che viene identificata con l'accordo dei coniugi e così ridotta a una sorta di plebiscito di tutti i giorni. Ne risulta una concezione della famiglia orientata in senso paritario e individualistico, di guisa che la formula « diritti della famiglia », cui si riferisce la tutela della norma costituzionale, si converte nella formula « diritti (degli individui) nella famiglia », e nei rapporti col pubblico potere i coniugi vengono in considerazione piuttosto sotto l'aspetto della loro qualità individuale che sotto l'aspetto unitario della coppia.

In questo orientamento interpretativo si è inserita la svolta storica determinata dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 126 e 127 del 1968 e n. 147 del 1969, che hanno cancellato dal codice penale i reati di adulterio, di relazione adulterina e di concubinato, e hanno parificato l'adulterio del marito a quello della moglie come causa di separazione personale; sentenze poi integrate, in linea col modello individualistico della famiglia, dalla sentenza n. 179 del 1976 che ha abolito, sul versante dei rapporti fiscali con lo Stato, la regola del cumulo dei redditi dei coniugi (non separati) ai fini della determinazione della base imponibile e della relativa aliquota d'imposta. È un modello (probabilmente estraneo alle intenzioni dei costituenti) sociologicamente recente, ma filosoficamente risalente al giusnaturalismo illuministico dei secoli XVII e XVIII: Thomasius sosteneva che il fine del matrimonio, diversamente dal fine dello Stato, può essere adempiuto « solo pacto et amicitia, citra imperium », e Cesare Beccaria criticava *ante litteram* la categoria dell'interesse superiore della famiglia, elaborata dalla dottrina giuridica nel clima della filosofia neoidealistica del primo Novecento, contestando

la morale domestica tradizionale che « comanda un continuo sacrificio di se stesso a un idolo vano, che si chiama *bene di famiglia* ». Questo modello interpretativo dell'art. 29 — mediato da una giovane dottrina che aveva portato la riflessione ermeneutica direttamente sul terreno costituzionale saltando la precomprensione civilistica — era una scelta obbligata per la Corte: la natura dei suoi poteri non le consentiva di intervenire se non con lo strumento della sentenza caducatoria, cioè per una via che radicalizza in senso rigorosamente formale il principio di eguaglianza dei coniugi.

Del resto il modello era ormai dominante nella cultura europea, come attestavano le riforme in corso o già compiute nei Paesi divorzisti, orientate alla sostituzione del concetto di divorzio-sanzione di una colpa con quello di divorzio-rimedio a una situazione oggettiva di fallimento del matrimonio. A questa direttiva si uniformò la legge del 1970 che introdusse in Italia l'istituto del divorzio.

Poiché, però, l'interpretazione dell'art. 29 in senso individualistico si è affermata attraverso il collegamento di questa norma col principio fondamentale dell'art. 2, che riconosce e tutela i diritti inviolabili del singolo, essa deve incorporare anche il limite del dovere di solidarietà, imposto dallo stesso art. 2 come criterio di responsabilizzazione del singolo per il benessere degli altri membri delle formazioni sociali, *in primis* la famiglia, in cui si svolge la sua personalità. Gli interessi individuali dei membri della famiglia sono legati da una relazione di solidarietà in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione comune di appartenenza al medesimo gruppo, pur dovendosi osservare che l'obbligo di solidarietà ha di per sé (cioè nella misura in cui non sia tradotto in specifiche regole giuridiche di condotta) una scarsa forza di coordinamento.

In questa prospettiva, che addolcisce la cruda definizione individualistica della famiglia come gruppo acefalo con ruoli non predeterminati e interscambiabili, va apprezzato l'art. 7 della legge del 1977 sulla parità tra uomo e donna, che autorizza il padre lavoratore ad assentarsi dal lavoro per alternarsi alla madre lavoratrice nella cura del bambino e così consentirle periodi di ripresa dell'occupazione allo scopo di conservare la professionalità precedentemente acquisita.

3. Il tema del rapporto tra giuristi e legislatore comprende non solo la partecipazione diretta ai processi formali di produzione delle leggi (nella forma di pareri richiesti dal potere politico o nella veste di componenti di commissioni ministeriali incaricate di elaborare i disegni di legge), ma anche l'incidenza dall'esterno su tali processi dell'interpretazione costituzionale, delle valutazioni di politica del diritto, delle proposte di soluzione formulate dalla dottrina giuridica.

Anche sotto il secondo profilo l'influenza della cultura giuridica universitaria sulla riforma del diritto di famiglia è stata di modesto rilievo, se si eccettuano il contributo sopra ricordato di una minoranza ideologicamente impegnata alla costruzione del modello interpretativo dell'art. 29 Cost. (coordinato con l'art. 2), sul quale è poi caduta la scelta di fondo del legislatore, e la collaborazione del prof. Nicolò Lipari al disegno di legge presentato al Senato dalla sen. Franca Falcucci, poi confluito con altri nel progetto unificato approvato dalla Camera dei deputati nel dicembre del 1971. All'appuntamento con la riforma la dottrina si è presentata divisa e incerta fra tradizione e innovazione, disorientata dall'impetuoso ritorno del pensiero illuministico, caratteristica del quale, come si sa, è di « porsi all'insegna del radicalismo ».

È vero che il secondo convegno dei civilisti, tenuto a Venezia nel 1972, si svolse in un clima diverso da quello del 1967, meglio disposto nei confronti del progetto politico di riforma *ab imis* del sistema. Ma a quell'epoca la Camera dei deputati aveva già raggiunto un accordo di massima su un progetto unificato. La maggiore apertura dell'accademia servì comunque a indurre i riformatori ad alcune modifiche. Il temperamento più importante fu apportato alla disciplina della separazione dei coniugi. Il rigore logico del modello di riferimento — che comporterebbe l'abbandono di ogni misura sanzionatoria, anche di ordine non penale, delle violazioni degli obblighi derivanti dal matrimonio, e in particolare dell'obbligo reciproco di fedeltà (significativamente il progetto della Camera parlava di « impegno », non di obbligo, per sottolinearne il carattere di « affare privato ») — fu attenuato dal Senato recuperando la rilevanza della colpa, sotto specie di addebito della separazione giudiziale, quale criterio differenziatore degli effetti patrimoniali della separazione.

Il progetto fu modificato in vari punti anche nella parte relativa alla filiazione naturale, ma senza alterarne le linee fondamentali e quindi disattendendo le preoccupazioni della dottrina per la ricaduta del modello sull'interpretazione del limite di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima posto dall'art. 30 Cost. alla direttiva di parificazione dei figli naturali ai figli legittimi nei rapporti con i genitori. La ricaduta ha quasi vanificato il limite spingendo la riforma verso soluzioni, sulle quali non si esprimono in questa sede giudizi di valore, ma che innegabilmente hanno indebolito le difese della famiglia legittima.

4. In definitiva la sorte dei giuristi accademici in questa vicenda legislativa, penetrata nel cuore della società, è stata quella della hegeliana nottola di Minerva, che spicca il volo solo al crepuscolo: nella specie, quando la legge ormai è fatta e non resta che interpretarla.

Metodologicamente la distanza tra giuristi e legislatore si può qui misurare con la distinzione tra « diritto del principio » e « diritto del modello » recentemente formulata nella dottrina francese da Irene Théry. La maggioranza dei giuristi, almeno nell'ultima riflessione del 1972, era aperta a innovazioni anche profonde, al riconoscimento dei diritti della donna (salvo però un principio di organizzazione che assicurasse dall'interno l'unità della famiglia), a una tendenziale parificazione dei figli naturali ai figli legittimi (fermo però un sostanziale rispetto del limite stabilito dall'art. 30 Cost.), purché fosse salvaguardato il radicamento del diritto di famiglia nell'etica del dovere e della responsabilità. Il Parlamento, invece, era sollecitato dalle pretese del nuovo modello emergente dall'evoluzione accelerata della società: un modello fondato sulla categoria etica, tipicamente illuministica, del diritto individuale alla felicità, non ancora analizzata sistematicamente e delle cui potenzialità di sviluppo lo stesso legislatore non era pienamente consapevole. Il modello si è inverato con una coerenza senza smagliature, travolgendo anche i deboli argini predisposti dalla legge del 1975 a riparo dell'unità della famiglia.

Questo modello ha mutato le basi antropologiche del diritto di famiglia, con conseguenze che oggi vanno dalla decadenza dell'istituto matrimoniale all'insistente proposta di riconoscimento giuri-

dico delle coppie omosessuali. Ma i progressi, se così si possono chiamare, della medicina in materia di embriologia e di biotecnologie stanno minando le stesse basi biologiche, così che, per esempio, diventa incerto in questo campo il concetto giuridico di concepito. Si è detto che il diritto di famiglia va incontro al terzo millennio dubitando di se stesso. Non è questa la condizione migliore per fronteggiare la sfida delle nuove tecniche riproduttive.

CARLO ANGELICI  
DIRITTO SOCIETARIO

1. Una ricerca in merito all'influenza esercitata dalla dottrina sulla legislazione societaria dell'ultimo cinquantennio coinvolge, a mio modo di vedere, scelte metodologiche che non possono essere eluse: l'esigenza in ogni caso, al fine di un minimo di chiarezza del discorso, che vengano esplicitate le prospettive assunte a premessa dell'indagine.

La questione, a ben guardare, è fondamentalmente quella se e sulla base di quali criteri sia possibile isolare tra i protagonisti (in senso sostanziale) delle vicende legislative un soggetto qualificabile come (ed operante quale) « giurista ». Ed è una questione la quale appare estremamente delicata per motivi che vanno oltre il generalissimo rilievo che ben difficile (e comunque astratto) è individuare ed isolare interessi e motivazioni di cui il « giurista » sia portatore in quanto tale.

Al di là di ciò vi è infatti da notare (e sarebbe ipocrisia nascondere) che colui il quale opera come « intellettuale » nel settore del diritto societario ben raramente si presenta in questa « pura » veste. Egli è in effetti per lo più un soggetto il quale offre anche, e contestualmente, i propri servizi professionali ad un mercato, un soggetto quindi che a tale mercato partecipa e che tende per molti profili a divenirne un momento esponenziale <sup>(1)</sup>.

---

(1) Intendo dire che il « giurista, in quanto soggetto che opera per un « cliente », non è necessariamente e di per sé portatore di interessi suoi propri, interessi cioè individuabili sulla base di una considerazione della sua sola posizione, ma di interessi appunto del « cliente »: la sua attività è in effetti quella di compiere una loro mediazione.

Ciò non vuole escludere, ovviamente, che sia possibile isolare interessi del « giurista » in quanto tale: è stato così osservato, per esempio, che in alcuni casi le soluzioni dell'ordinamento giuridico (in una con il sistema di remunerazione dell'attività dell'av-

Ma soprattutto debbono essere sottolineate le caratteristiche di questo « mercato », quello nel quale vengono offerte le prestazioni professionali dello studioso del diritto societario. Ed esse possono venire illustrate mediante un semplice confronto con la situazione (che a me pare) differente in altri settori come quello del diritto del lavoro (ma lo stesso penso potrebbe dirsi per il diritto penale oppure per i diversi segmenti del diritto pubblico).

Intendo dire che in questo è agevole (e frequente) una collocazione del « giurista » con la quale esso si pone nella prospettiva di una delle parti di un conflitto di interessi nettamente caratterizzati da un punto di vista sociologico (od ideologico nel caso del diritto penale, oppure politico nel caso del diritto pubblico). Un punto di vista che invece non sembra possibile adottare in relazione al diritto societario.

In questo caso, cioè, omogenea è la posizione sociologica degli « utenti » del diritto societario ed omogenea quindi la posizione dei destinatari dei servizi professionali del giurista che pratica la disciplina.

Ne risulta una ben maggiore difficoltà di distinguere tra le scelte del « giurista » in quanto tale e l'esigenze dei settori economici che si avvalgono dello strumento societario, la tendenza quindi del primo a farsi espressione delle seconde.

Anche ciò spiega, per esempio, l'impegno ben maggiore che, sia sul piano della ricerca scientifica sia su quello della elaborazione di proposte di riforma, è stato dedicato dai « giuristi » al settore della società di capitali rispetto a quello delle società di persone: in quanto nel primo sono certamente maggiori gli interessi economici e quindi in senso lato quelli professionali.

2. Credo quindi che nel nostro settore sia ben difficile, ancora più di quanto avviene in altri, ricercare posizioni e poi interventi che

---

vocato) possono costituire un incentivo o al contrario un disincentivo per l'instaurazione di controversie giudiziarie e, di conseguenza, uno degli elementi di costo da valutare in sede di riforma [cfr. per esempio, in punto di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società, COFFEE, *Organhaftung im amerikanischen Recht*, in *Corporate Governance*, a cura di Federsen-Hommelhoff-Schneider, Köln, 1996, p. 165 ss. (a p. 178)]. È chiaro comunque che anche in tal caso il « giurista » non si presenta per così dire allo stato puro, ma, almeno formalmente, come portatore e mediatore di interessi altrui.

siano riconducibili al « giurista » in quanto tale. Credo invece potrebbe riconoscersi una qualche utilità ad un esame di quelli che potrebbero chiamarsi i « canali » tramite i quali il suo intervento nel processo di produzione del diritto potrebbe essersi manifestato.

Anche qui, naturalmente, è necessario un atteggiamento selettivo. È necessario cioè svolgere l'attenzione ai momenti ed alle sedi nelle quali il « giurista » interviene in tale sua qualità (da essa traendo in certo modo le ragioni che legittimano il proprio intervento): escludendo pertanto quelli ove si presenta esplicitamente come soggetto politico oppure come diretto gestore di interessi economici (2).

Da questo punto di vista merita in primo luogo di essere evidenziato, con un discorso che può essere solo esemplificativo e disorganico, il « canale » di intervento che più di tutti si connette, fino ad immedesimarsi, con l'opera di riflessione critica sulla propria materia che il « giurista » compie. Mi riferisco a quell'opera, fondamentalmente di lunga durata, di analisi della realtà ed elaborazione di concetti per comprenderla che si riflette poi (in certo modo inevitabilmente) sugli strumenti legislativi volti a disciplinarla (3).

Un esempio vistoso di ciò mi sembra possa trovarsi nella lunga vicenda che si è conclusa con la previsione, nella legge 216/1974, della possibilità di emettere azioni di risparmio da parte delle società

(2) Anche qui, naturalmente, merita appena di essere segnalata la difficoltà che incontra questa opera di selezione sia in generale con riferimento al « giurista » sia in particolare riguardo al commercialista: basta ricordare il tradizionale rilevante contributo che il ceto cui appartiene il primo fornisce alla composizione della classe politica, e basta ricordare il particolare ruolo che, almeno nei sistemi dell'Europa occidentale, è assunto dalle strutture giuridico-burocratiche nella direzione delle imprese, un ruolo che appunto tradizionalmente prevale (o, forse, prevaleva fino ai tempi recenti) su quello delle strutture tecniche: quella che potrebbe chiamarsi la dialettica tra « giuristi » e « ingegneri ».

(3) In questo senso, invece, il nostro compito può dirsi in certo modo agevolato rispetto al modo in cui si porrebbe con riferimento ad altri settori dell'esperienza giuridica: è infatti tradizionale per lo studioso del diritto commerciale una diretta e più esplicita considerazione dei fatti economici sottostanti alla realtà giuridica, di quella che si chiamava la « natura delle cose »: basta pensare, ovviamente, all'insegnamento di VIVANTE, oppure, in tempi recenti, a tentativi come quello di SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988; basta ancora pensare alla metodologia che, ormai diffusa ben al di là del suo ambiente di origine, va sotto il nome di *economic analysis of law*.

con azioni quotate in borsa. Non è difficile in effetti scoprire le origini di questa vicenda in interventi della dottrina che, già prima dell'emanazione del codice civile del 1942, avevano ravvisato all'interno della grande società azionaria una fondamentale dicotomia tra *azionisti-imprenditori* ed *azionisti-risparmiatori* (4).

Si trattava, come noto, della classica questione concernente la tutela delle minoranze azionarie. Ed in tal modo la si impostava secondo modi che a me paiono innovativi: si abbandonava cioè il consueto parallelismo, sempre più ritenuto fuorviante, con i temi della società politica e ci si volgeva a comprendere gli specifici contenuti economici della questione (5). La questione diventava in sostanza se prendere atto della eterogeneità di interessi che possono presentarsi nella società azionaria ed elaborare allora forme di tutela differenziate.

Ne è risultato un notissimo dibattito nel quale l'alternativa era fondamentalmente se, constatata quella eterogeneità di interessi e constatata la sua irreversibilità, modulare anche in termini tecnico-formali i diversi tipi di partecipazione alla società oppure, in certo senso al contrario, elaborare strumenti di incentivazione i quali per così dire inducessero all'esercizio effettivo di diritti (e strumenti quindi di autotutela) concretamente in realtà inutilizzati. Un dibattito tra i cui protagonisti mi piace ricordare, oltre al mio Maestro, Giuseppe Ferri, Autori come Giuseppe Auletta e Giorgio Oppo (6).

È troppo noto l'esito legislativo di questo dibattito, la conclusione nel primo senso con la legge del 1974 e nelle successive leggi

---

(4) E v. infatti già FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, (1932), ora in *Scritti giuridici*, III, 1, Napoli, 1990, p. 12 ss.

(5) Così, per esempio, sembra ormai aver perso ogni presa un modo di argomentare il quale, nel delineare l'assetto organizzativo della società azionaria, muovesse da esigenze di « democrazia »; mentre la stessa regola della collegialità degli organi sociali è esaminata secondo parametri sempre più distanti da quelli utilizzati per gli organismi di tipo politico: v. da ultimo ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società per azioni*, Milano, 1997; e STELLA RICHTER jr., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Libonati, Milano, 1995, p. 277 ss.

(6) Cfr. in particolare FERRI, *la tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma*, (1961), ora in *Scritti giuridici*, III, 1, cit., p. 190 ss.; OPPO, *Prospettive di riforma e tutela della società per azioni*, (1961), ora in *Scritti giuridici*. II. *Diritto alle società*, Padova, 1992, p. 294 ss.; AULETTA, *L'ordinamento della società per azioni*, in *Riv. società*, 1961, 1.

di riforma. Da un lato, con l'introduzione delle azioni di risparmio, si sono rafforzati i diritti patrimoniali di azionisti non interessati all'esercizio dei poteri amministrativi nella società; dall'altro l'auto-tutela che con tali poteri potrebbe esercitarsi è stata in certo modo surrogata da forme di vigilanza pubblica ad opera della Consob; da un altro lato ancora si sono previsti strumenti di pubblicità e trasparenza volti a rendere efficiente il mercato nel quale i titoli azionari vengono negoziati.

Non è questa naturalmente la sede per interrogarsi sugli esiti di queste soluzioni e sulla loro progressiva evoluzione (7). Può essere forse invece interessante osservare che si è poi verificato uno spostamento di attenzione da parte dei « giuristi » e del legislatore e che in effetti tema centrale sembra essere divenuto quello indicato per terzo, il **mercato** (8).

Il discorso, cioè, non pare più tanto appuntarsi su un'analisi dei diversi tipi di interessi che si esprimono nella partecipazione azionaria, quanto per così dire sul luogo in cui essi oggettivamente s'incontrano e si compongono. Sicché il problema non sarebbe quello di elaborare forme giuridiche idonee alla tutela dei primi, bensì l'altro di dotare il mercato di un livello di efficienza tale da consentire esso stesso la tutela auspicata.

Mi riferisco in tal modo, come evidente, ad una linea di pensiero che è consueto far risalire alla scuola economico-giuridica di Chicago e che ormai si è ampiamente diffusa nella dottrina europea ed italiana (9). Essa è chiaramente ispirata da (ed ispira) una politica di

(7) E si veda, per una valutazione degli esiti economici della riforma sul punto, il recente studio su *Le azioni di risparmio*, Roma, 1997, a cura della *Assogestioni*.

(8) E v. per esempio, sia pure in termini generici, SCHWARK, *Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht*, in *Festschrift für Walter Stimpel*, Berlin-New York, 1985, p. 1087 ss.

(9) Non credo siano necessarie particolari indicazioni sul punto: si tratta degli esiti di un orientamento di microeconomia il quale ha avuto il suo pioniere in COASE (e cfr. i saggi raccolti in *Impresa, mercato e diritto*, trad. it., Bologna, 1995) e che, utilizzato anche nell'ambito pubblicistico (traducendosi nella tendenza che va sotto il nome di *public choice*: v. per tutti la sintesi di FARBER e FRICKEY, *Law and Public Choice*, Chicago and London, 1991), si è tra l'altro tradotto in una riconsiderazione di gran parte dell'esperienza privatistica: così in materia di contratti [e v. per tutti i saggi di MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in *Southern California Law Rev.*, 47 (1974), 695; e *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical,*

*deregulation* <sup>(10)</sup>; mentre presuppone (con una chiara scelta, anche qui, politico-ideologica) un mercato la cui efficienza sia tale da consentire un adeguato apprezzamento (intendo dire: la possibilità di valutare in termini di prezzo) delle multiformi soluzioni tecnico-giuridiche elaborate dalla prassi <sup>(11)</sup>.

Ciò ha dei chiari riflessi in termini sistematici e si traduce in un moderno contrattualismo: la valutazione cioè dell'impresa e della società come *nexus of contracts* <sup>(12)</sup> e secondo schemi che potrebbero addirittura richiamare il tradizionale modello della *societas* romani-

---

*and Relational Contract Law*, in *Northwestern University Law Rev.*, 72 (1978), 854], di *antitrust* (cfr. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago and London, 1976), di illecito civile (v. in particolare CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven and London, 1970), e così anche in tema di *corporations*: cfr. soprattutto la sintesi di EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass., 1991; e le raccolte di saggi a cura di POSNER, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Boston and Toronto, 1980; e ROMANO, *Foundations of Corporate Law*, New York and Oxford, 1993.

<sup>(10)</sup> Né è possibile dimenticare che, per quanto specificamente concerne la materia societaria, questo tipo di proposte presenta un ben maggiore grado di plausibilità in un sistema federale come quello statunitense, ove, potendo i privati scegliere il luogo della *incorporation* e quindi l'ordinamento statale applicabile alla società, possono ritenersi in certo modo già in grado di scegliere nella loro autonomia le soluzioni organizzative da applicare per la loro attività: cfr. per tutti, sottolineando particolarmente questo aspetto ed in certo modo con esso caratterizzando la prospettiva generale dell'ordinamento, ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, D.C., 1993, spec. p. 14 ss.; e v. anche, tra gli altri, BAYSINGER-BUTLER, *The Role of Corporate Law in the Theory of the Firm*, in *Journ. Law and Economics*, 28 (1985), 179.

<sup>(11)</sup> Ed è appunto a questo aspetto che si sono rivolte le principali critiche nei confronti dell'orientamento cui si accenna: cfr. per esempio BEBCHUK, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, in *Columbia Law Rev.*, 89 (1989), 1395; EISENBERG, *The Structure of Corporation Law*, *idem*, 1461; GORDON, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, *idem*, 1549; BRUDNEY, *Corporate Governance, Agency Costs and the Rethoric of Contract*, in *Columbia Law Rev.* 85 (1985), 1403; cfr. invece per tutti, sottolineando questa possibilità di apprezzamento, EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure*, cit., p. 20 ss.

<sup>(12)</sup> Per questa formula [di cui a volte criticamente si sottolinea il significato atecnico: v. per esempio BRATTON, *The «Nexus of Contracts» Corporation: A Critical Appraisal*, in *Cornell Law Rev.*, 74 (1989), 407 (a p. 446)] cfr. tra gli altri, dal punto di vista dell'economista, CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, in *Journ. Law and Economics*, 26 (1983), 1; FAMA-JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, *ibidem*, 301; e JENSEN-MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, ora in *Economics and Social Institutions*, ed. by Brunner, Boston, 1979, p. 163 ss.

stica. Ciò implica inoltre una valutazione della disciplina societaria come una sorta di *standard form of contract* o di *default rules* <sup>(13)</sup>, poste a disposizione dei privati al fine di ridurne i costi di transazione; e si traduce in un movimento giuspolitico volto ad ampliare gli spazi dell'autonomia privata ed in sostanza ad affermare la derogabilità in via di principio delle regole legislative <sup>(14)</sup>.

Dal punto di vista che qui interessa preme da un lato osservare che con tale prospettiva potenzialmente si inverte in buona misura il percorso seguito dal legislatore italiano e prima segnalato: non più, cioè, una ricerca della tutela di interessi supposti deboli tramite una rigida prefigurazione dei loro modi giuridici di rilevanza ed in sostanza quindi la loro tipizzazione; al contrario si propone la massima apertura di spazi per la atipicità <sup>(15)</sup>. Preme dall'altro sottolineare che non sono mancati riflessi legislativi derivati dagli orientamenti cui si accenna: si pensi soltanto, in ambito europeo, alle recenti leggi sulla *société par actions simplifié* <sup>(16)</sup> e sulle *kleine Aktiengesellschaften* <sup>(17)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cfr. per tutti EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure*, cit., p. 15 ss.; e MCCHESENEY, *Economics, Law, and Science in the Corporate Field: A Critique of Eisenberg*, in *Columbia Law Rev.*, 89 (1989), 1530.

<sup>(14)</sup> E v. pure, ugualmente favorevole ad ampliare quegli spazi di autonomia e perciò critico nei confronti della disposizione del § 21, *Aktiengesetz*, decisamente orientato invece in senso contrario, MERTENS, *Satzungs-und Organisationsautonomie in Aktien-und Konzernrecht*, in *ZGR*, 1994, 426; e v. pure, nella nostra letteratura, le recenti considerazioni di SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 703.

<sup>(15)</sup> Si sottolinea in definitiva che quel bisogno di protezione è con maggiore efficienza soddisfatto dal mercato; e, nei confronti della critica per cui il singolo azionista non dispone degli strumenti per compiere la necessaria opera di apprezzamento, si replica osservando che nel mercato operano investitori i quali, come quelli « istituzionali », sono in grado con il loro comportamento di fornire indicazioni da tutti percepibili: cfr. ancora EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure*, cit., p. 17 ss.; v. però, chiedendosi criticamente se tale comportamento è in grado, data la particolarità degli interessi cui questi investitori si dirigono, di orientare effettivamente il mercato nel senso di un'efficienza del sistema economico, HESS, *Corporate Governance - zum Stand der Diskussion in den Vereinigten Staaten*, in *Corporate Governance*, cit., p. 18.

<sup>(16)</sup> Mi riferisco alla legge 94/1 del 3 gennaio 1994, per una prima valutazione della quale cfr. GUYON, *Présentation générale de la société par actions simplifié*, in *Rev. sociétés*, 1994, 207; e, con riferimento a singoli aspetti, i saggi di JEANTIN e LE CANNU.

<sup>(17)</sup> Si tratta del *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*, del 2 agosto 1994.

Ne è risultato per un altro verso, proprio perché è il mercato a divenire parametro di riferimento, un interesse volto non tanto e non soltanto ai tipi reali di azionista, quanto ai tipi reali di società, alla diversa collocazione cioè che esse e le corrispondenti partecipazioni assumono nel mercato mobiliare.

Si può pensare in proposito all'influenza che nella dottrina tedesca ed in quella italiana hanno avuto la *Typuslehre* <sup>(18)</sup>, ma si può pensare soprattutto al ruolo che in sede interpretativa e propositiva ha svolto e svolge l'alternativa individuata con la coppia *close* e *publicly held corporation* <sup>(19)</sup>: un ruolo che ormai chiaramente si avverte anche sul piano dell'assetto legislativo.

In effetti già al momento della riforma del 1974 erano state avanzate proposte volte ad intendere la società con azioni quotate in borsa come un distinto tipo societario <sup>(20)</sup>. Ancora più chiara è divenuta successivamente la tendenza ad un loro trattamento differenziato: si pensi soltanto alla legge sulle offerte pubbliche di acquisto che non solo riserva ad esse il proprio campo di applicazione, ma che espressamente riconosce il diritto di recesso dell'azionista quando, per effetto di sopravvenute vicende societarie, non può più avvalersi di quel mezzo di autotutela rappresentato dalla negoziabilità dei propri titoli in borsa <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> V. in proposito per tutti SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 20 ss.

<sup>(19)</sup> Ed è naturale ricordare in proposito il noto saggio di MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, in *Virginia Law Rev.*, 53 (1967), 259; e v. pure, per un significativo esempio nella nostra dottrina di questa prospettiva, con riferimento ad un problema specifico, G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, p. 51 ss.; v. pure, tra i tanti che rilevano questa tendenza alla distinzione tra i due « tipi », WIEDEMANN, *Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht*, in *Der Betrieb*, 1993, 141.

<sup>(20)</sup> Così FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, p. 306 ss.

<sup>(21)</sup> Mi riferisco all'art. 13 della legge 18 febbraio 1992, n. 149, *disciplina delle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli*.

Neppure in tal senso può del resto considerarsi privo di rilievo l'art. 4ter della legge 7 giugno 1974, n. 216, introdotto con d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 89; esso, quanto meno sottolineando l'esigenza di una parità di trattamento degli azionisti delle società quotate, evidenzia la peculiarità del relativo assetto di interessi, la circostanza che in tal caso la parità di trattamento dei soci viene ad essere in certo modo assorbita dalle esigenze di pariteticità dei partecipanti al mercato (e v. pure, nello stesso senso disciplinando

È questo, la differenziazione in tipi in relazione ai rapporti con il mercato, un processo ancora in corso e del quale ovviamente non è possibile prevedere gli esiti. Mi permetto solo di osservare che esso implica un confronto con un sistema legislativo il quale, a differenza di altri anche dell'Europa continentale, sembra offrire tradizionalmente minori spazi di manovra: per convincersi di ciò basta pensare all'appiattimento di cui da noi, non invece in Francia e Germania, soffre lo schema della società a responsabilità limitata rispetto a quello della società per azioni.

Pare significativo del resto che una situazione normativa per certi aspetti analoga stia ora inducendo molti legislatori degli Stati Uniti di America ad elaborare un nuovo modello societario, la *limited liability company*, sostanzialmente intermedio tra le figure tradizionali della *partnership* e della *corporation* (22).

3. Forse è ora il momento di passare alla considerazione, pure qui ovviamente soltanto esemplificativa, di un altro dei « canali » in cui l'opera del giurista si riflette sull'attività del legislatore: quando ciò avviene come conseguenza (direi quasi: come reazione) diretta o indiretta degli esiti cui giunge l'attività professionale del primo.

Un esempio particolarmente evidente, e che in buona parte si collega a quanto appena accennato, mi sembra possa cogliersi nella evoluzione circa il modo in cui il pensiero giuridico, ed in questo caso soprattutto nella sua manifestazione giurisprudenziale, ha affrontato i temi connessi all'utilizzazione della clausola di gradimento nella società per azioni.

È noto infatti che tale tematica comparve, per così dire ufficialmente, con due decisive sentenze della Cassazione del 1931 e che a seguito di esse e soprattutto di un contributo di Ascarelli si affermò una valutazione positiva di tali clausole (23): valutazione che il codice

---

specificamente le operazioni di acquisto di azioni proprie, l'art. 12 della ricordata legge 149/1992).

(22) Per un significativo esemplare di tali leggi v. il *Act* adottato il 26 luglio 1994 dallo Stato di New York, avente appunto per oggetto il *Limited Liability Company Law* come *Chapter 34 of the Consolidated Laws*.

(23) Si tratta, come noto, di Cass., 28 febbraio 1931, e Cass., 31 gennaio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 635; e dell'ulteriore commento di ASCARELLI, *Sui limiti statutari alla circolazione delle azioni e sui diritti individuali degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 487.

del 1942 intese confermare con il suo art. 2355. Noto è anche che, superando dubbi manifestatisi in occasione della legge del 1962 e nonostante il permanere di alcune incertezze riguardanti singoli dettagli applicativi, su tali posizioni si attestarono per lungo tempo la giurisprudenza e la dottrina di gran lunga prevalente.

Si comprende perciò la risonanza che ebbe una decisione del 1978 la quale, capovolgendo l'orientamento consolidatosi, affermò l'esigenza che tali clausole non rendessero l'azionista « prigioniero del suo titolo » e ne diede quindi una valutazione fondamentalmente negativa (24). In effetti ci si poneva così al centro di una pluralità di interessi potenzialmente contraddittori: quello alla stabilità dei gruppi di controllo e quindi della gestione imprenditoriale, quello, al contrario, al loro ricambio e quindi alla concorrenza nel c.d. mercato del controllo, quello alla tutela del valore economico della partecipazione delle minoranze azionarie e quello alla tutela dei partecipanti al mercato (25).

Non sorprende allora che questa evoluzione del pensiero e della pratica giuridica abbia provocato un intervento del legislatore: la ricerca in sostanza, con esiti per la verità ambigui, di un punto di compromesso tra tali interessi con la legge del 1985. Punto di compromesso con cui si è tentato da un lato di consacrare la nuova soluzione giurisprudenziale, dall'altro di limitarne le conseguenze negative nei confronti di assetti di interessi preesistenti (26).

---

(24) È questa la Cass., 15 maggio 1978, n. 2365, pubblicata tra l'altro in *Banca, borsa, ecc.*, 1978, II, 316.

(25) Si spiegano così le divergenze che si sono manifestate nella stessa interpretazione della Cass., 15 maggio 1978, n. 2365, cit.: v. in particolare le valutazioni, in certo senso contrapposte, di CASTELLANO, *Fine delle clausole di gradimento?*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 639; e DENOZZA, *Sopravvivenza (ma entro quali limiti?) delle clausole di gradimento*, *idem*, 1979, II, 10; profili di ambiguità solo in parte chiariti dalla successiva Cass., 25 ottobre 1982, n. 5567, in *Giur. comm.*, 1983, II, 153, con nota di CASTELLANO, *Declino delle clausole di gradimento*.

(26) Per un tentativo di valutazione in merito alla portata sistematica ed applicativa dell'art. 22, legge 4 giugno 1985, n. 281, (ove si dispone che: « Sono inefficaci le clausole degli atti costitutivi di società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali »), mi permetto rinviare al mio *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, II, 1, Torino, 1991, p. 157 ss.; v. pure, più di recente, SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano, 1993; e STANGHELLINI, *I limiti statutari alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997. Significativo è del resto che ancora

Si tratta in sostanza di uno dei casi in cui l'opera del giurista, ed in particolare del giudice, ha indotto l'intervento del legislatore ed ha quindi evidenziato, al di là di una concezione astratta della divisione dei poteri, la dialettica tra l'uno e l'altro: un caso in cui espressamente il primo ha avviato un processo che (almeno formalmente) si è concluso ad opera del secondo.

Né il caso può considerarsi isolato. Si pensi soltanto, per ricordare una vicenda ancora più eclatante verificatasi di recente in Germania, all'evoluzione giurisprudenziale (a sua volta conseguente a proposte della dottrina, quelle soprattutto discusse in sede di riforma del *GmbH-Gesetz* e rimaste prive di esiti legislativi) in tema di *qualifizierter faktischer Konzern* <sup>(27)</sup> ed al successivo intervento del legislatore il quale, intendendo evitare i costi che ne sarebbero potuti

---

adesso permangano incertezze applicative riguardo alla individuazione del tipo di clausola di gradimento compatibile con la nuova legge: v. infatti le divergenti soluzioni di Cass., 20 luglio 1995, n. 7890, in *Foro it.*, 1996, I, 1351; e Cass., 3 settembre 1996, n. 8084, *ibidem*, 2686.

(27) Si tratta, per indicare gli interventi più significativi, dell'orientamento affermatosi, poi con diversi accenti e con prospettive non sempre del tutto omogenee, nelle decisioni dei casi *Autokran* (*Bundesgerichtshof*, 16 settembre 1985, in *BB*, 1985, 2065), *Tiefbau* (*Bundesgerichtshof*, 20 febbraio 1989, in *NJW*, 1989, 1800), *Video* (*Bundesgerichtshof*, 23 settembre 1991, in *AG*, 1991, 429), *Stromlieferung* (*Bundesgerichtshof*, 11 novembre 1991, in *JZ*, 1992, 733), *PS-BAU* (*Bundesgerichtshof*, 16 marzo 1992, in *Der Betrieb*, 1992, 982) e *TBB* (*Bundesgerichtshof*, 29 marzo 1993, in *WM*, 1993, 687): v. per tutti in proposito il volume a cura di HOMMELHOFF-STIMPEL-ULMER, *Der qualifizierte faktische GmbH-Konzern*, Köln, 1992; e, per una valutazione dal punto di vista del nostro ordinamento, CHIEFFI, *Il gruppo di fatto qualificato*, Torino, 1996, p. 75 ss.; e dal punto di vista dell'ordinamento francese, RECQ-SCHRÖDER, *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne*, in *Rev. sociétés*, 1992, 708; v. anche, per più recenti manifestazioni giurisprudenziali, *Bundesgerichtshof*, 19 settembre 1994, in *JZ*, 1995, 519; e *Bundesgerichtshof*, 25 novembre 1996, in *WM*, 1997, 316.

La rilevanza del tema è del resto confermata, al di là della sua immediata portata applicativa dal fatto stesso che di esso si è dovuto occupare lo stesso *Bundesverfassungsgericht* (ponendosi un problema di costituzionalità nella prospettiva di un ipotetico travalicamento dei poteri della giurisprudenza: cfr. la decisione del 20 agosto 1993, in *WM*, 1993, 1714; e v. anche, in tale procedimento, la *Stellungnahme der Bundesregierung* del 26 ottobre 1992, in *ZIP*, 1992, 1664); e che rispetto ad esso ci si è posti anche il problema se con tale giurisprudenza non si violassero le regole sulla società unipersonale a responsabilità limitata poste con la dodicesima direttiva europea in materia di società: v. sul punto, in vario senso, MEILICKE, *Unvereinbarkeit der Video-Rechtsprechung mit EG-Recht*, in *Der Betrieb*, 1992, 1867; DRYGALA, *Konzernhaftung und Einmann-Richtlinie*, in *ZIP*, 1992, 1528;

derivare per la *Treubhandanstalt* creata al fine di privatizzare le imprese della *ex-DDR*, ha espressamente escluso l'applicazione di tale giurisprudenza alla *Treubhandanstalt* stessa (v. il nuovo § 28a del *Einführungsgesetz zum Aktiengesetz*) (28).

Ma forse è ancora più importante ricordare un altro modo, per certi aspetti più sfuggente e più difficile da cogliere in una prospettiva che le mie forze consentono solo di essere di breve respiro, nel quale l'opera professionale del giurista si riflette sull'attività del legislatore e ne provoca l'intervento. Mi riferisco all'opera della giurisprudenza cautelare ed agli esiti che ne derivano in tema di conformazione degli strumenti di autonomia privata.

In effetti è del tutto normale che l'elaborazione da parte dei privati, e quindi, sul piano tecnico, dei giuristi che li assistono, di strumenti per la regolamentazione dei propri interessi possa da un lato rappresentare l'occasione per interventi legislativi, dall'altro rappresentare una sorta di modello per la disciplina stessa poi adottata dal legislatore.

Si pensi per esempio, nel primo senso, al contributo svolto dai giuristi nell'elaborazione, qui aiutata in particolare dalla conoscenza dei dati comparatistici, di nuovi strumenti per accrescere l'efficienza del mercato finanziario quali quelli costituiti dalle obbligazioni convertibili in azioni e dalla possibilità di acconti sui dividendi: strumenti che a lungo discussi in dottrina sono stati poi esplicitamente riconosciuti in termini legislativi (29).

---

KINDLER, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Konzernhaftung in der Einmann-GmbH*, in *ZHR*, 157 (1993), 1.

(28) Ciò è appunto avvenuto con il *Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz* del 21 luglio 1992; su cui v. la valutazione, fondamentale critica, di WOLTER, *Qualifizierte faktische GmbH-Konzerne, der Bundesgerichtshof, die Treubhandanstalt, ein SuperGAU und das Zweite Vermögensänderungsgesetz*, in *Wirtschaftsrecht*, 1993, 8.

(29) Anche qui, e per entrambi gli aspetti, mi sembra di poter segnalare il ruolo di guida che nell'evoluzione della materia ha svolto il mio Maestro: v. infatti i saggi di FERRI, a partire dal 1954, ora in *Scritti giuridici*, III, 1, cit., p. 560 ss.; cfr. pure, per ricordare un rilevante intervento con funzioni anticipatrici, MINERVINI, *Obbligazioni convertibili in azioni ed opzione*, (1946), ora in *Scritti giuridici. Società*, I, Napoli, 1996, p. 135 ss.

Si tratta, come noto, di temi i quali, appunto già approfonditi in dottrina e giurisprudenza, hanno poi trovato una sistemazione legislativa in occasione da un lato della riforma del 1974 (v. il nuovo art. 2420 *bis* del codice civile) e dall'altro dell'adeguamento del nostro ordinamento alla seconda direttiva comunitaria in materia di

Né è difficile constatare che in tal modo il legislatore ha sostanzialmente assecondato la già rilevata tendenza costruttiva che della società per azioni vuole soprattutto sottolineare la posizione nei confronti del mercato.

Ma si pensi anche agli interventi, questa volta da parte del legislatore tributario, che hanno preso espressamente in considerazione la pratica finanziaria dei cc.dd. versamenti in conto capitale e che, seppur in maniera indiretta, hanno così legittimato una pratica di indubbio rilievo per la caratterizzazione dei possibili rapporti finanziari tra soci e società <sup>(30)</sup>.

Né può trascurarsi la rilevanza che ha storicamente assunto la ricerca (in effetti accompagnata da ampie discussioni in dottrina) di strumenti di raccolta ulteriori rispetto a quelli classici delle azioni ed obbligazioni: ricerca che si è manifestata nei termini più vistosi in quella che, essendo ormai conclusa, può chiamarsi la stagione dei titoli atipici <sup>(31)</sup>. Essa ha condotto all'esplicito ingresso nel nostro sistema legislativo della ben più ampia nozione di valore mobiliare, di cui prima si avevano soltanto sporadiche ed asistematiche tracce nel diritto scritto, nozione il cui valore sistematico sembra poter persino ricomprendere in sé ed assorbire una figura antica e centrale come quella di titolo di credito <sup>(32)</sup>.

Ma soprattutto deve essere sottolineata l'opera del giurista nel modellare strumenti contrattuali i quali, operando su un piano « parasociale », servono fundamentalmente ad adeguare l'utilizzazione della società all'esigenze richieste dal concreto assetto di interessi e dalla sua concreta utilizzazione: strumenti di particolare

---

società per azioni (v. il nuovo art. 2433 *bis*, c.c., introdotto con d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30).

<sup>(30)</sup> In argomento cfr. tra gli altri TANTINI, *I "versamenti in conto capitale" tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990; IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992; e di recente NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo: esercizio legittimo della direzione unitaria e rilevanza giuridica del gruppo di imprese*, ed. provv., Roma, 1996, p. 75 ss.

<sup>(31)</sup> E v. la sintesi di tale dibattito in STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992.

<sup>(32)</sup> Su tale nozione, in effetti ancora dai contorni incerti e soprattutto per così dire in movimento, v. per tutti i lavori di sintesi di SALAMONE, *Unità e molteplicità della nozione di valore mobiliare*, Milano, 1995; e RIGHINI, *I valori mobiliari*, Milano, 1993.

rilievo in un sistema il quale, come il nostro, sembra ancora ispirarsi ad un principio di fondamentale tipicità <sup>(33)</sup>.

Si pensi per esempio ai rapporti, senza dubbio singolari ed ancora non chiariti, tra la pratica dei sindacati di voto e la disciplina legislativa: da un lato, è certamente incontestabile la diffusione della prima nonostante una costante perplessità della giurisprudenza; dall'altro, sono ormai diffusi gli interventi di diritto scritto che espressamente la prendono in considerazione e che aprono la strada al dubbio se si sia in tal modo realizzata una sorta di sua legittimazione oppure più semplicemente una considerazione di essa quale elemento di fatto per la disciplina a prescindere dalla idoneità a tradursi in validi impegni contrattuali <sup>(34)</sup>.

Ancora più eclatante mi sembra la vicenda nella quale il legislatore utilizza (in realtà impone) soluzioni autonomamente elaborate dalla prassi. Mi limito a ricordare l'esempio più vistoso, e secondo molti perverso: quello relativo alle società risultanti dal processo di privatizzazione: qui in effetti il decreto del 1994 richiede obbligatoriamente l'adozione di clausole statutarie le quali, forse non del tutto propriamente indicate di consueto con l'etichetta della

---

<sup>(33)</sup> E v., per un'ampia rassegna, con contributi anche comparatistici, il già ricordato volume a cura di BONELLI e JAEGER, *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit.; e v. pure, per una sintesi degli atteggiamenti sul punto nell'ordinamento francese, PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, in *Rev. sociétés*, 1991, 1, e, nell'ordinamento tedesco, HOFFMANN-BECKING, *Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarung auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, in *ZGR*, 1994, 442; ancora più di recente, sempre per un'analisi comparatistica, APPENZELLER, *Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften*, Zürich, 1996.

<sup>(34)</sup> Per degli esempi di queste diverse valutazioni cfr. tra gli altri RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, III, 1, Torino, 1994, p. 493 ss.; GRASSANI, *I contratti parasociali*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, I, Torino, 1995, p. 465 ss.; GRANDE STEVENS, *Ancora sui «patti di voto»*, in *Contratto e impresa*, 1990, 961; COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25; CATERINO, *Incidenza sulla struttura societaria ed illiceità dell'organizzazione parasociale nei patti di sindacato: il caso AMEF-Mondadori*, in *Riv. società*, 1993, 847 (a p. 881 ss.); LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit., p. 11 ss.; v. pure l'ampia analisi di JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 201.

*golden share*, sono chiaramente derivate dalla prassi dei contratti parasociali <sup>(35)</sup>.

Mi si permetta al riguardo di osservare che con tale vicenda si sono forse avuti due esiti in certo modo tra loro contraddittori: da un lato un ulteriore momento della tendenza già segnalata a prendere atto delle molteplici utilizzazioni dello strumento societario, dell'esigenza quindi di consentirgli una duttilità idonea ad adeguarsi alle diverse situazioni concrete; dall'altro il mutamento qualitativo che si realizza quando quelle clausole sono imposte dalla legge stessa ed assumono quindi un significato pubblicistico tale da far dubitare del senso stesso del proclamato processo di privatizzazione <sup>(36)</sup>.

Per quanto qui soprattutto interessa merita comunque di essere segnalato trattarsi nei termini più ampi di un'ulteriore manifestazione della tendenza nel senso della progressiva neutralità delle strutture organizzative societarie, e soprattutto con riferimento alla società per azioni <sup>(37)</sup>. Una tendenza che già la dottrina aveva da tempo segnalato <sup>(38)</sup> e che si è espressamente realizzata, con l'eliminazione dello scopo lucrativo, nella legislazione speciale sulle società sportive: una legislazione, del resto, anticipata da soluzioni statutarie

---

<sup>(35)</sup> Mi riferisco, ovviamente, agli artt. 2 e 3 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332; per una valutazione dei quali v. per tutti, anche per ulteriori indicazioni, BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.

<sup>(36)</sup> Per qualche valutazione sul punto mi permetto rinviare al mio *L'autonomia nella disciplina societaria delle società «privatizzate»*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, p. 19 ss.

<sup>(37)</sup> Tendenza la quale si manifesta non soltanto nel senso di una utilizzazione di quelle strutture organizzative quale modello tipico per la grande impresa a prescindere dalle sue concrete funzioni, ma anche, in certo modo consequenzialmente, nell'ampliamento al di là del sistema delle società lucrative di istituti come quelli della trasformazione e della fusione: v. in proposito per tutti PACIELLO, *Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea*, Napoli, 1991; MARASÁ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, ora in *Contratti associativi e impresa*, Padova, 1995, p. 199 ss.; e SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996.

<sup>(38)</sup> Né credo vi sia bisogno di sottolineare il ruolo che in questa presa di coscienza ha svolto il saggio di SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151; e v. pure, ampiamente sul tema MARASÁ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

cui, come noto, la dottrina (e quella più qualificata: si pensi solo al nome di Rosario Nicolò) aveva decisamente partecipato <sup>(39)</sup>.

4. Vorrei infine segnalare un ulteriore « canale » mediante il quale il pensiero giuridico ha potuto direttamente riflettersi sull'opera del legislatore, un « canale » il quale, seppur certo non in via esclusiva, mi sembra abbia assunto un particolare rilievo proprio con riferimento al settore del diritto societario. Mi riferisco a quello rappresentato dal sistema comunitario.

È nota in effetti l'importanza che le direttive comunitarie in materia di società hanno assunto negli ultimi trent'anni per una profonda revisione dello stesso impianto codicistico in materia di società. Per quanto qui interessa deve soprattutto essere sottolineato il modo attuale in cui avviene la formazione di tali direttive e quindi, di riflesso, ma necessariamente, si incide sul sistema legislativo interno.

È questo un modo che in realtà lascia un ampio spazio di intervento al « giurista » nella sua posizione professionale. Le commissioni che predispongono i progetti sono notoriamente composte da delegati degli stati membri che proprio per tale posizione ne vengono a far parte.

Ciò comporta un duplice ordine di conseguenze in certo modo inevitabili in situazioni del genere: che i giuristi partecipanti a quelle commissioni tendono ad assumere, anche inconsciamente, un atteggiamento di difesa delle tradizioni proprie del pensiero giuridico nazionale; e che, da un certo punto di vista per converso, tali commissioni stesse vengono a rappresentare una sorta di *forum* ove gli elementi comuni al pensiero giuridico europeo, ed anche e soprattutto quelli non legislativamente formulati, trovano spazio di espressione e strumenti per ottenere poi una traduzione in termini espressamente normativi <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Cfr. infatti in argomento CIRENEL, *Le associazioni sportive società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 467; e, per una valutazione dell'attuale soluzione legislativa, VOLPE PUTZOLU, *Le società sportive*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, p. 303 ss.

<sup>(40)</sup> Sarebbe anche interessante verificare la reale influenza, per sua natura comunque non di breve termine, che questa impronta (che potrebbe dirsi « dottrinale ») delle direttive è in grado di esplicare quando conduce il legislatore europeo ad adottare

Ne risulta anche l'eventualità che esigenze percepite dal « giurista », e che hanno trovato ostacoli ad affermarsi mediante i processi legislativi nazionali, riescono poi in certo modo a scavalcarli utilizzando il canale comunitario: ciò, ovviamente, con maggiore facilità quanto più è indiretto il significato politico del singolo problema e quanto più esso è in grado di presentarsi in termini essenzialmente « tecnici ».

Gli esempi di ciò sono molteplici ed una loro completa illustrazione dovrebbe richiedere una puntuale analisi di ogni singola direttiva. Mi limito quindi ad indicarne due soltanto che, forse arbitrariamente, mi paiono di particolare significato per il nostro tema.

Si pensi in primo luogo alla quarta direttiva in materia di bilancio. Essa, dal punto di vista del nostro ordinamento, si è inserita in un dibattito (per la verità acceso) con il quale dottrina e giurisprudenza discutevano sia la funzione stessa del bilancio sia l'idoneità della disciplina vigente a soddisfare esigenze di trasparenza che l'evoluzione del mercato poneva <sup>(41)</sup>. Non è privo di interesse perciò constatare che, a seguito dell'attuazione della direttiva, si è avuto una sorta di trapianto nei sistemi legislativi continentali della formula giurisprudenziale di *common law* della *true and fair view* <sup>(42)</sup>:

---

disposizioni con contenuto chiaramente definitorio e, ancor più, impegnativo in termini teorico-costruttivi: si veda per esempio la definizione della fusione contenuta nella terza direttiva in materia di società (art. 3). Sarebbe anche da chiedersi quanto ciò abbia influito sull'evidente processo di modificazione delle tradizionali tecniche di redazione legislativa negli ordinamenti degli Stati membri, sulla tendenza sempre più esplicita ad inserire nei testi normativi regole di *definitions* chiaramente modellate sulla tradizione di *common law*.

<sup>(41)</sup> Per una chiara sintesi di tale noto dibattito v. ora COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, VII, 1, Torino, 1994, p. 23 ss.

<sup>(42)</sup> Cfr., chiaramente sottolineando questa derivazione ed evidenziandone alcuni problemi, JAEGER, *La « clausola generale » del bilancio nella direttiva comunitaria e nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 471.

Noto è del resto che la difficoltà di questo « trapianto » ha condotto ad atteggiamenti (almeno formalmente) divergenti in sedi di attuazione della direttiva da parte degli Stati membri: così, per indicare il profilo più evidente, la regola contenuta nell'art. 2, par. 5, della direttiva (secondo cui « Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione della presente direttiva contrasta con l'obbligo di cui al paragrafo 3, occorre derogare

una formula che, a mio parere coerentemente con il pensiero di parte qualificata della nostra dottrina, preclude la ricerca a volte tentata in giurisprudenza di una « assoluta » verità del bilancio <sup>(43)</sup>.

Forse è sintomatico, perciò, che attuata la direttiva si sia sostanzialmente placato il dibattito tra i giuristi sul punto.

L'altro esempio riguarda la dodicesima direttiva sulla società unipersonale. Si trattava qui di un tema in cui evidente è il ruolo delle prospettive dogmatiche del giurista: basta in proposito ricordare che ad esse si devono le diverse tradizioni sul punto dell'ordinamento tedesco [ove da tempo, almeno dall'inizio del secolo, la figura è stata giurisprudenzialmente ammessa ed ove il legislatore senza particolari difficoltà ha potuto, con la *GmbH-Novelle* del 1980, riconoscerla esplicitamente <sup>(44)</sup>] e dell'ordinamento francese [che invece aveva tradizionalmente un atteggiamento di ostilità, in definitiva repressivo, e che solo con la legge del 1985 ha consentito uno spazio di legittimità alla società unipersonale <sup>(45)</sup>]. Esso coinvolge in effetti i temi stessi del contratto e della persona giuridica <sup>(46)</sup>.

Non avrei dubbi allora che, al di là della esplicita motivazione politica della dodicesima direttiva [quella di fornire uno strumento di agevolazione per la piccola e media impresa <sup>(47)</sup>], la sua adozione

alla disposizione in questione onde fornire il quadro fedele di cui al paragrafo 3 », proprio quella ove la « clausola generale » più direttamente manifesta la sua portata applicativa, non è stata riprodotta nella normativa interna nell'ordinamento tedesco (v. il § 264, Abs. 2, del *Handelsgesetzbuch*, nel testo risultante dalla legge del 19 dicembre 1985 di attuazione della direttiva): ciò perché ritenuta superflua, ma in effetti possibile causa di confusione.

<sup>(43)</sup> Per un primo cenno in merito alla portata di questa « clausola generale » mi permetto rinviare ai miei appunti in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di Bussolotti, Torino, 1993, p. 24 ss.

<sup>(44)</sup> V. sul punto, per tutti, KUBLER, *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1994, p. 292 ss.

<sup>(45)</sup> Si tratta della legge n. 95/697 del 11 luglio 1985 *relative à l'entreprise unipersonnell à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée*.

<sup>(46)</sup> Per una chiara rassegna delle tendenze legislative manifestatesi negli Stati europei cfr. WEIGMANN, *Le società unipersonali: esperienze positive e prospettive di diritto uniforme*, in *Contratto e impresa*, 1986, 831.

<sup>(47)</sup> Ed infatti nel terzo considerando del preambolo della dodicesima direttiva espressamente si fa riferimento al « programma di azione per le piccole e medie imprese ».

sia stata resa possibile da più ampie tendenze culturali del pensiero giuridico europeo: da un lato una riduzione del ruolo in origine assegnato alle caratteristiche strutturali del contratto di società, con l'accentuazione invece di quelle funzionali di atto di organizzazione, compatibili allora anche con una struttura unilaterale; dall'altro il superamento nella tematica sulla persona giuridica delle discussioni in merito ai suoi rapporti con il « substrato », la tendenza invece a ravvisare in essa un complesso di regole di azione, il cui ruolo è fondamentalmente quello di disciplinare i meccanismi di imputazione propri di un'attività tramite le regole stesse identificata (48).

Vi è poi un altro profilo che non credo possa essere a questo proposito sottovalutato. Mi riferisco alla generale riflessione sul ruolo della limitazione di responsabilità e, per così dire, al processo di sua progressiva « demitizzazione »: non solo infatti rappresenta ormai un dato comune la sua non necessaria interdipendenza rispetto allo schema della personalità giuridica [tanto è vero che non mancano le proposte, specie nella letteratura nordamericana, volte ad affermare pure per la *corporation* forme più o meno intense di responsabilità illimitata dei suoi membri (49)], ma sempre più si comprende come essa non rappresenti altro che un modo di regolare

---

(48) Comunque in generale, sulla portata della novità legislativa, i recenti saggi di IBBA, *La società a responsabilità limitata con unico socio*, Torino, 1995; CHIEFFI, *la società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996; e ZAMPERETTI, *la società unipersonale a responsabilità limitata. Organizzazione interna e procedimenti decisionali*, Milano, 1996.

(49) Per tale discussione v. tra gli altri, in diverso senso, HANSMANN-KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law Journ.*, 100 (1991), 1879; GRUNDFEST, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective*, *idem*, 102 (1992), 387; HANSMANN-KRAAKMAN, *Do the Capital Markets Compel Limited Liability? A Response to Professor Grundfest*, *ibidem*, 427; LEEBRON, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, in *Columbia Law Rev.*, 91 (1991), 1565; ALEXANDER, *Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens*, in *Harv. Law Rev.*, 106 (1992), 387; e cfr. pure, riprendendo questi temi nella dottrina tedesca, VAGTS, *Wohin mit der beschränkter Haftung der Aktionäre? Neue Strömungen im amerikanischen Gesellschaftsrecht*, in *ZGR*, 1994, 227; la discussione tra M. LEHMANN, *Das Privileg der beschränkter Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht*, in *ZGR*, 1986, 345; e ROTH, *Zur "economic analysis" der beschränkten Haftung*, *idem*, p. 371 ss.; ed il saggio di ADAMS, *Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung*, Baden-Baden, 1991.

i rapporti finanziari con i terzi, una sorta di clausola di diritto presente nei rapporti con essi instaurati <sup>(50)</sup>; una clausola la quale allora può essere sostanzialmente derogata [e si pensi alla prestazione di garanzie personali di fatto richiesta, ma in realtà imposta, dai creditori « forti » <sup>(51)</sup>] oppure introdotta anche quando non legislativamente prevista. Se così è, appare molto meno sorprendente che la si possa postulare anche in vicende sostanzialmente unipersonali; e ciò sulla base delle garanzie che conseguono ad un'applicazione della disciplina societaria.

Mi sembra in sostanza che la recente previsione della società unipersonale a responsabilità limitata possa rappresentare una sorta di esempio paradigmatico del dialogo che nella nostra materia andiamo ricercando tra il « giurista » ed il « legislatore »: un'ipotesi in cui, avvalendosi dello specifico canale comunitario, il clima culturale nel quale il primo opera e che contribuisce a creare è stato in grado di influire sul secondo e di consentirgli, in sostanza, il superamento di schemi ideologici forse non più attuali.

---

<sup>(50)</sup> In tal senso cfr. soprattutto i rilievi di POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 43 (1976), 499; e, per una loro valutazione critica, LANDERS, *Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy*, *idem*, 527; e v. pure la valutazione di questa discussione in BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups, Bankruptcy Law*, Boston and Toronto, 1985, p. 444 ss.

<sup>(51)</sup> E v. infatti, traendone conseguenze in merito alla pratica giurisprudenziale per il *lifting the veil* ed in particolare distinguendo a tal fine secondo trattarsi della tutela di creditori « volontari » oppure « involontari », EASTERBROOK-FISCHEL, *Limited Liability and the Corporation*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 52 (1985), 89; in senso in certo modo analogo, ADAMS, *op. cit.*, p. 58 ss.

Del resto è soprattutto in una considerazione dei *torts creditors*, tipicamente « involontari » quindi, che si caratterizzano le proposte ricordata a nota 49.

STEFANO RODOTÀ  
I DIRITTI SOCIALI

1. Nell'immaginario dei giuristi il rapporto con i legislatori è ordinariamente inteso a senso unico. Dalla loro parte stanno la necessaria sapienza tecnica e la capacità di dare i buoni suggerimenti per le riforme legislative: responsabilità dei legislatori se, poi, di quella sapienza non si servono o se non ascoltano i suggerimenti. Questo vuol dire che i giuristi percepiscono il loro ruolo come immancabilmente positivo, rigettando sul legislatore ogni colpa per le scelte di merito, la cattiva redazione delle leggi, l'assenza di interventi adeguati o tempestivi.

È ovvio che una rappresentazione così schematica e semplificata non corrisponde ai dati della realtà. Questa, infatti, ci mostra un processo a due vie, interazioni tra i due mondi, ed interventi dei giuristi che in molti casi si presentano come freno all'innovazione legislativa o come tentativo di ridurne o svuotarne significato e portata. Naturalmente, questa più complessa capacità d'incidenza del giurista cresce quando il circuito dell'innovazione normativa non si risolve in una sorta di confronto diretto, sia pure a distanza, con il Parlamento, visto come il legislatore per eccellenza, ma vede la presenza di altri soggetti, la Corte costituzionale in primo luogo.

Un caso esemplare, e che merita d'essere immediatamente segnalato, è rappresentato dalla vicenda del diritto di proprietà che, diritto individuale per eccellenza, la Costituzione ha cercato di collocare all'interno di una trama di rapporti tendenzialmente capace di dare rilevanza all'interesse sociale. Ciò non vuol dire, ovviamente, che la proprietà diventa un diritto sociale: ma certo la concreta configurazione dei suoi statuti può (deve) riflettere una molteplicità di interessi incarnati da soggetti diversi dal titolare formale del diritto. Partendo da questa premessa, e da questa

interpretazione delle norme costituzionali in materia, negli anni '60 viene tentata una ridefinizione dello statuto della proprietà urbana che non soltanto opera una scissione tra titolarità e facoltà di edificare, ma arriva alla conclusione che al proprietario di un'area urbana possa spettare, ai fini dell'edificazione, solo un diritto di superficie e che, in ogni caso, il plusvalore generato dall'intervento pubblico debba tornare alla collettività. Sono queste le conclusioni di una commissione nominata dal ministro dei Lavori pubblici, Fiorentino Sullo, nella quale furono particolarmente attivi giuristi come Massimo Severo Giannini e Domenico Rubino. Le conclusioni di questa vicenda sono note. La ripulsa dell'ipotesi formulata dai giuristi ebbe anche l'effetto di travolgere il politico che l'aveva fatta propria, proponendo una legge urbanistica che venne attaccata con grande durezza, soprattutto in occasione delle elezioni politiche del 1963.

Assai più fortunata, invece, è l'operazione costruita da Aldo Sandulli che, con un paziente lavoro di recupero della nozione di espropriazione non ablativa o di valore e utilizzando uno strumento come la « Rivista giuridica dell'edilizia », pone tutte le premesse per la costruzione da parte della Corte costituzionale di un modello di proprietà che, invece, esalta i poteri del proprietario (la sentenza chiave, com'è noto, è la n. 55 del 1968). L'operazione è sicuramente facilitata dalla presenza nella stessa Corte proprio di Sandulli, con una sorta di unione personale difficile da ritrovare in altri casi. Ma essa segna comunque un momento decisivo, determinando anche la portata delle successive innovazioni legislative, come dimostra la vicenda della legge Bucalossi, dove la disciplina autonoma della facoltà di edificare venne sostanzialmente vanificata sempre dalla Corte costituzionale.

2. Si individuano così alcuni percorsi della resistenza dei giuristi all'innovazione legislativa: che, nel caso appena ricordato, assume una particolare rilevanza, trattandosi di resistenza all'innovazione costituzionale. Al tempo stesso, emerge con chiarezza la rilevanza dei « luoghi » nei quali il giurista si trova ad operare, non potendosi genericamente limitare l'analisi ad una misurazione dell'incidenza della riflessione scientifica, fuori dal contesto in cui operano i suoi protagonisti. In particolare, più che alle commissioni

ministeriali incaricate di predisporre schemi di disegni di legge di riforma (spesso lasciati nei cassetti dagli stessi ministri committenti), l'attenzione dev'essere rivolta alle commissioni che preparano i testi dei decreti di attuazione delle direttive comunitarie. Se, ad esempio, si considerano i decreti riguardanti la responsabilità del produttore e le clausole contrattuali abusive, o lo schema a suo tempo predisposto per la pubblicità ingannevole (materie che riguardano quell'area di diritti, di difficile collocazione, che sono i diritti dei consumatori), ci si avvede del costante tentativo di ridurre l'incidenza delle prescrizioni comunitarie quando esse sembrano toccare in modo troppo marcato le posizioni imprenditoriali, il cui controllo, tuttavia, è proprio il fine dell'intervento del legislatore comunitario.

Da questa constatazione sarebbe improprio trarre la conseguenza che i giuristi si ritagliano un ruolo di difensori degli interessi costituiti, così confermando una loro vocazione conservatrice. Il mondo degli studiosi, infatti, è ormai così articolato che ogni generalizzazione è impropria. Più correttamente, allora, deve dirsi che sono i legislatori a scegliere il giurista ritenuto più omogeneo, o più disponibile per l'operazione politica che si vuol perseguire, ed alla quale egli è chiamato a dare non solo la veste tecnica, ma la copertura scientifica. Neppure questa, a ben vedere, è una gran novità, visto che siamo piuttosto di fronte ad una delle infinite variazioni della figura del « giurista del principe », che rimane una delle descrizioni più convincenti degli abituali rapporti tra giurista e legislatore.

Il ricorso a questa formula non implica necessariamente una sottovalutazione del ruolo del giurista, o un biasimo per la sua scelta, visto che non sono rari i casi in cui l'autorità del consigliere, o la capacità di farsi politico egli stesso, finiscono con l'attribuirgli un'influenza decisiva sulle decisioni e gli orientamenti del principe (si può pensare al rapporto tra Alfredo Rocco e Benito Mussolini). Piuttosto, il ricorso a questo schema interpretativo consente di distinguere tra due tipi di relazioni tra giuristi e legislatori: uno che si risolve tutto nel gioco dei rapporti personali; l'altro che testimonia la presenza d'una cultura giuridica in una fase politica (si pensi al *New Deal* o, per restare a vicende di casa nostra, all'avvio del primo centro-sinistra o all'influenza dei giuslavoristi tra la seconda metà degli anni '60 e i primi anni '70).

Ad ogni modo, un'analisi di tali questioni richiede anche un attento esame delle motivazioni personali e del contesto in cui il lavoro viene svolto, con particolare riguardo alla natura della « committenza », dove ormai giocano un ruolo assai rilevante i grandi interessi economici. Si può notare che, almeno nella fase attuale, la progettazione legislativa di origine accademica affida le sue possibilità di successo soprattutto alla forza della committenza o alla « contiguità » politica con i legislatori, più che all'intima sua qualità ed alla forza dell'argomentazione. La ragione di tutto questo risiede sempre nel fatto che, sul versante politico-legislativo, permane forte la tendenza a considerare il giurista un mero consulente. E tuttavia il permanere di questa situazione individua una condizione di debolezza della cultura giuridica che, malgrado una presenza persino ossessiva di temi giuridico-istituzionali nel dibattito quotidiano, stenta a manifestare una sua evidenza, e si trova così spesso sopravanzata dalle presenze più motivate di economisti e politologi.

3. La materia dei diritti sociali individua con nettezza un punto particolarmente critico dei rapporti tra giuristi e legislatori, per le implicazioni teoriche (sono i diritti sociali veri diritti?) che finiscono con il condizionare il modo in cui i giuristi prospettano le relative questioni; perché emergono chiaramente i progetti di politica del diritto di volta in volta perseguiti; perché si è obbligati a definire in concreto la portata dell'innovazione costituzionale. È bene ricordare, infatti, che Vittorio Emanuele Orlando, all'Assemblea costituente, aveva proposto che i principi e i diritti in tema di rapporti etico-sociali, dalla famiglia all'istruzione e alla salute, fossero collocati fuori dal testo costituzionale, in una sorta di preambolo. Qui si colgono diversi motivi che, di fronte all'innovazione legislativa, possono fare del giurista il soggetto che si assegna il ruolo di chi cerca di riassorbire le rotture prodotte nell'ordinamento giuridico. Orlando, in breve, rifiuta una trama normativa fatta di principi, destinati a rompere il classico schema positivistico; vuole evitare sia l'emersione autonoma dei diritti sociali, sia la loro collocazione in posizione tale da porsi non solo come limite alla legislazione ordinaria, ma come strumento concreto di ridefinizione delle posizioni soggettive; e, più in generale, ribadisce la classica strategia di contenimento della dimensione politica del diritto.

Come si sa, la tesi di Orlando venne respinta. La logica che l'aveva ispirata, tuttavia, può essere ritrovata nella ricostruzione di una parte significativa della disciplina costituzionale come norme « programmatiche » o « ad efficacia differita ». E, se questa fu operazione condotta con convinzione dalla Corte di Cassazione negli anni '50, ad essa furono proprio i giuristi, con poche eccezioni, a dare il necessario alimento.

4. Quando la Costituzione repubblicana avvia un nuovo ciclo della vita del sistema giuridico italiano, gli studiosi del diritto privato sono appena reduci dalla maggiore impresa legislativa del secolo, la codificazione civile del 1942, alla quale molti tra loro hanno variamente partecipato. Minore è stata la loro presenza e la loro influenza nella fase costituente, alla quale hanno dedicato attenzione modesta perché non si coglieva ancora la portata dell'innovazione nel sistema delle fonti, o perché consapevolmente s'intendeva limitarne gli effetti. Così, l'influenza degli studiosi si dispiega in due direzioni:

*a)* la difesa del codice civile, del quale viene negato ogni carattere fascista, respingendosi la tesi (peraltro del tutto minoritaria) di quelli che, anche per ostilità all'intervenuta unificazione del diritto privato, reclamavano l'abrogazione del nuovo codice ed il ritorno al codice civile del 1865 e al codice di commercio del 1882. Infatti, discutendosi della « defascistizzazione » della legislazione, l'influenza del regime sul codice civile viene circoscritta solo ad alcune norme, considerate come « festoni » di cattivo gusto, e quindi eliminabili senza che l'impianto generale della codificazione dovesse risentirne. Si fa così strada la tesi, per lungo tempo accettata quasi senza discussione, del carattere puramente tecnico della codificazione, che era anche un modo per allontanare ogni sospetto politico dai giuristi che vi avevano partecipato;

*b)* la sostanziale non influenza della Costituzione sul sistema privatistico, al quale si vuol mantenere un suo sostanziale carattere sovraordinato. Questa linea è già visibile nei lavori dell'Assemblea costituente, dove Piero Calamandrei e Vittorio Emanuele Orlando intervengono, ad esempio, per criticare la norma sulla parità dei coniugi, adoperando come argomento proprio il fatto che il codice civile conteneva un ben diverso modello; trova conferma nel modo in cui vengono affrontate le norme di rilevanza privatistica in un

testo pure altamente simpatetico verso l'impresa costituente qual era il *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (1950) curato da Piero Calamandrei e Alessandro Levi; si manifesta esplicitamente nella lunga amputazione dalle ricerche civilistiche d'ogni riferimento alla Costituzione, anche quando si analizzano istituti da questa esplicitamente considerati (e questo è un atteggiamento tutt'altro che scomparso, visto che anche opere recentissime, ad esempio in materia contrattuale, ignorano del tutto la giurisprudenza costituzionale, espungendo così ogni elemento sociale dalla disciplina complessiva di quel fondamentale istituto privatistico).

La verità è che l'assunzione nella Costituzione dei principi relativi ad istituti fondamentali del diritto privato viene considerata come un'espropriazione, e non come una conferma della rilevanza fondamentale di quelle materie. Sì che pure gli interpreti più sensibili al dato costituzionale sono portati a chiedersi fino a che punto il trasferimento nella Costituzione dei principi fondativi della famiglia o della proprietà non possa preludere ad un abbandono della logica che aveva portato a connotarli e collocarli come « istituti del diritto civile ». Questo si converte in un'operazione politica di notevole portata, con l'amputazione di una parte fondativa dell'ordine giuridico e con il conseguente avallo delle operazioni di inattuazione della Costituzione.

Queste prime notazioni mostrano come, all'inizio dell'ultimo cinquantennio, la preoccupazione prima di una parte significativa del ceto dei giuristi, i privatisti appunto, sia quella di tener lontano il legislatore dal loro testo fondamentale, il codice civile: tanto il legislatore d'una riforma possibile, quanto il legislatore della riforma realizzata (la Costituzione). Inoltre, questo avviene al riparo d'una duplice assunzione: la ribadita natura « tecnica » dell'opera del giurista e una sua sostanziale estraneità, non dirò subordinazione, alla scelta politico-legislativa, rispetto alla quale il massimo dell'attenzione e della possibile partecipazione rimane l'eventuale contributo alla qualità tecnica del prodotto legislativo. La netta separazione tra *ius conditum* e *ius condendum* si presenta così, da una parte, come la ribadita affermazione del monopolio interpretativo; e, dall'altra, come esplicita estraneità alla fase « politica » di mutamento del diritto. Il legislatore è doppiamente lontano: perché la sua parola si arresta nel momento in cui la legge viene approvata; e

perché l'opera sua è « scientificamente » indifferente quando si avventura sul terreno privilegiato della codificazione civile, che continua ad essere considerato sostanzialmente al riparo da qualsiasi innovazione che non lo modifichi formalmente, si tratti della Costituzione o d'una legge speciale. Le eccezioni sono poche, anche se significative (si pensi a Salvatore Pugliatti per il diritto di proprietà, i cui contributi, non a caso, rimasero per un tempo non breve ai margini della riflessione giuridica).

È solo negli anni '60 che l'asse della riflessione si sposta, con l'esplicita attenzione per i dati costituzionali e per la legislazione speciale, di cui si comincia a sottolineare il valore dirompente rispetto al modello codicistico. E questo comincia ad indurre i giuristi a mettere a punto strategie di intervento più consapevoli e dirette: che, per quanto riguarda la Costituzione, trovano finalmente il loro naturale interlocutore nella Corte costituzionale; e sollecitano un rinnovamento del quadro legislativo ordinario sia per adeguarlo ai tempi mutati, sia per l'acquisita consapevolezza del dilatarsi, anche dal punto di vista sistematico, delle frontiere fino a quel momento definite dal codice civile.

5. Dall'accademia, in quella lunga fase che va dal 1948 agli anni '60, non si sprigionano fuochi. Si accumulano, piuttosto, materiali che si riveleranno utili nel tempo successivo. Ma si tratta di un lavoro, nella sostanza, autoreferenziale: il legislatore non compare nell'orizzonte del giurista accademico, preoccupato di dialogare con i suoi pari, interessato magari a cambiamenti metodologici profondi, ma in definitiva lontano dal tema del mutamento della legislazione.

Quando s'indaga il rapporto tra giuristi e legislatori, infatti, penso che sia più opportuno adoperare il termine « mutamento » più che quello « riforma », dal momento che quest'ultimo allude a qualcosa che mette in discussione la legislazione precedente. Tuttavia, per esaminare la vicenda italiana, è opportuno tener conto di una particolare situazione che la caratterizza soprattutto tra la fine degli anni '60 e la prima metà degli anni '70. In quella fase, infatti, l'accento venne posto fortemente sulla riforma, ma il cambiamento del sistema giuridico, più che all'intervento del legislatore, venne affidato a prassi e a modelli giurisprudenziali « alternativi ». Con altri intenti e prospettive, questo atteggiamento si consolida nel

periodo più recente, anche se la logica è profondamente mutata: non si tratta più di « indirizzare » la giurisprudenza, ma di razionalizzarne gli orientamenti.

L'analisi del rapporto giuristi-mutamento del sistema giuridico, quindi, deve riguardare, da una parte, il modo in cui si struttura l'insieme delle relazioni tra giuristi e « agenzie » del mutamento normativo soprattutto in una fase in cui si tende a ridimensionare il diritto di fonte statale a vantaggio di quello di fonte privata (*deregulation*) o giurisprudenziale; e, dall'altra, la molteplicità delle collocazioni dei giuristi accademici, che non operano soltanto attraverso il canale tradizionale dell'elaborazione e della conseguente influenza « scientifica », ma vedono crescere il loro peso quando si presentano come consiglieri del principe (capi di gabinetto o capi di uffici legislativi ministeriali, consulenti a vario titolo), come titolari di particolari uffici pubblici (Consob) o riunendo nella loro persona la stessa funzione legislativa (parlamentari).

Inoltre, per meglio definire i criteri di analisi, il rapporto qui considerato può riguardare i *contenuti* della legislazione, la *tecnica* legislativa, l'indicazione delle *materie* su cui intervenire.

6. Come già era accaduto altre volte, e in particolare per la riforma della codificazione civile dopo la prima guerra mondiale, anche in questa fase la necessità d'un mutamento nell'ambito del diritto privato comincia ad essere affermato nella materia della famiglia. Molte indicazioni vengono dal mondo degli studiosi per un forte rinnovamento della disciplina codicistica, sottolineandosi la necessità dell'attuazione costituzionale e di un adeguamento ad una realtà sociale profondamente cambiata. Quando, a metà degli anni '60, queste indicazioni vengono raccolte da governo e parlamento, e si comincia a discutere concretamente di una riforma del diritto di famiglia, i giuristi partecipano con particolare vivacità al dibattito (ricordo, in particolare, due convegni dedicati al tema dalla « Rivista di diritto civile »).

Quella discussione può essere considerata significativa per diverse ragioni. Perché rappresenta la prima, corale occasione di coinvolgimento dei civilisti sul terreno della politica del diritto; perché si manifestano con nettezza divaricazioni metodologiche e politiche, che spesso seguono il crinale tra le generazioni (e, in

questo senso, rappresentano pure l'annuncio di novità più generali nell'ambito della ricerca civilistica); perché, nel confronto tra posizioni scientifiche ed esiti legislativi, segna il prevalere delle impostazioni più marcatamente legate alla logica della Costituzione (ma questo, più che alla forza di persuasione delle argomentazioni giuridiche, è risultato che dev'essere attribuito alla dinamica politica di quegli anni, in particolare all'esito del referendum sul divorzio, che ebbe anche l'effetto di sbloccare la discussione sulla riforma del diritto di famiglia).

7. Nella seconda metà degli anni '60 si verificano altri due fatti che contribuiscono a connotare l'atteggiamento dei civilisti verso il mutamento del sistema normativo. Il primo si risolve in una vicenda tutta interna all'accademia e riguarda una discussione sulle « clausole generali ». Ad una sottolineatura della loro rilevanza in sistemi sociali altamente dinamici, e quindi di una sorta di loro congenialità al tempo che s'era avviato, si risponde con critiche fondate sui rischi che una tecnica del genere comporta per la certezza del diritto e, più radicalmente, per lo stesso carattere democratico del sistema. Il ricorso alle clausole generali si diffonderà negli anni successivi: ma il punto rilevante di quella discussione è rappresentato dal fatto che emerge con nettezza una riflessione sul ruolo del giudice come protagonista dei processi di adeguamento del diritto *in sintonia* con una scelta del legislatore che opera una nuova distribuzione di poteri, fino ai limiti d'una « delega », per l'individuazione e la definizione stessa della norma applicabile.

Nella stessa fase, però, la valorizzazione del ruolo del giudice è vista anche *in funzione alternativa*: dove, tuttavia, l'alternatività è intesa piuttosto come una valorizzazione, metodologicamente e politicamente orientata, di potenzialità esistenti nell'ordinamento, sviluppate secondo una logica che prende le mosse dai principi costituzionali e dalla dichiarata opzione a favore degli interessi « deboli ». In questa operazione si possono cogliere diversi significati: la fine dell'indifferenza del civilista per i dati costituzionali; la più generale revoca in dubbio della neutralità delle attività giuridiche; il risolversi dell'attività del giurista anche in una « scelta di campo ». Guardata con più distacco, e liberata dalle inevitabili forzature polemiche, questa linea potrebbe essere considerata come

una estrema manifestazione della tesi kelseniana sull'interpretazione come individuazione dei possibili molteplici significati della norma, tra i quali si tratta poi di operare una scelta. E in quegli anni gli sforzi di una parte consistente dei civilisti furono appunto orientati verso la produzione di modelli interpretativi coerenti con un'opzione di politica del diritto e dei quali era destinatario il giudice.

Ma proprio questo orientamento suscita le perplessità di quanti, pur condividendo l'intento di mutamenti del diritto, giudicano la via dell'uso alternativo come un indebolimento della linea delle riforme. In altri termini, quando il giurista elegge il giudice, e non più il legislatore, come soggetto del mutamento, implicitamente rinuncia a riforme di carattere generale, o comunque fortemente connotate da un'esplicita scelta politica. La prospettiva della riforma, in questo modo, verrebbe indebolita proprio da chi la proclama necessaria.

Una spiegazione può essere trovata nella sostanziale sfiducia, diffusa nel ceto dei giuristi come nella società nel suo insieme, verso la possibilità di effettive riforme realizzabili per via legislativa. Tesi, questa, almeno parzialmente smentita dall'intensa stagione riformatrice che si ebbe proprio all'inizio degli anni '70. Stagione che, a sua volta, può essere spiegata anche dalla forte dinamica impressa all'ordinamento proprio dall'innovazione risultante da un attivismo giudiziario sostenuto da un'intensa elaborazione scientifica di modelli che si ritrova soprattutto nell'area dei diritti della personalità (di cui si propone una lettura allargata fino a comprendere appunto i diritti sociali), della tutela dell'ambiente, del diritto all'abitazione, con un ricorso assai marcato alla tecnica della responsabilità civile.

Questa è un'impostazione che si consolida nel tempo, e che privilegia l'asse giurista-giudice rispetto a quello giurista-legislatore. Tuttavia, proprio nella fase più recente, si è rivolta l'attenzione ad un diverso modo d'intendere l'attività giudiziaria. Il giurista non dovrebbe proporsi come produttore di modelli, o disvelatore delle molteplici possibilità interpretative d'una norma, e quindi come un interlocutore attivo della magistratura. Il suo ruolo dovrebbe essere piuttosto quello di un razionalizzatore degli orientamenti giurisprudenziali, in un mondo in cui dominano le prassi contrattuali, lo *ius mercatorum*, e nel quale alla legislazione spetterebbe ormai un ruolo residuale.

La riflessione dei giuristi dovrebbe così essere ascritta, con

qualche semplificazione, ad una versione debolissima del pensiero debole, visto che sarebbe destinata unicamente a farsi attraversare da quei corposi dati di realtà che sono i regolamenti contrattuali e il fluire della giurisprudenza. In questa ricostruzione, tuttavia, si riflette piuttosto una razionalizzazione delle operazioni di quella parte del ceto dei giuristi impegnato professionalmente più che una generale vocazione del nostro tempo per questo specifico ruolo dei giuristi.

8. Se, a questo punto, si rivolge lo sguardo ai diritti sociali in senso stretto, e si considerano i problemi legati alla salute, all'abitazione e all'istruzione, si possono registrare gradi diversi di rilevanza del rapporto tra giuristi e legislatori. Questa diversità può essere misurata in termini quantitativi o qualitativi: dunque, per la larghezza del ricorso ai giuristi, personalmente o grazie alla rilevanza assunta dalle loro elaborazioni, e per l'incidenza sui contenuti della legislazione.

Per quanto riguarda il diritto alla salute, il confronto più immediato tra l'elaborazione dei giuristi e l'innovazione normativa ha come punto di riferimento la giurisprudenza nel suo complesso. Terreno privilegiato è sicuramente quello del danno alla salute, dove l'influenza dei giuristi è quantitativamente e qualitativamente rilevante, come dimostrano le vicende del danno biologico e della misura del danno, con significativi effetti di innovazione normativa (basta riferirsi alla reinterpretazione dell'art. 2059 del codice civile). Per queste vie, che sono poi soprattutto quelle della giurisprudenza costituzionale, il diritto alla salute si configura come diritto fondamentale, e di esso si dà una ricostruzione di particolare ampiezza (« benessere fisico e psichico »), alla quale gli studiosi dedicano una notevole attenzione e che sarà a fondamento sia di leggi come quella sull'interruzione della gravidanza (oltre che della prima decisione della Corte costituzionale in materia), sia della tutela dell'ambiente messa a punto dalla giurisprudenza, muovendo da una considerazione congiunta degli artt. 9 e 32 della Costituzione e da una nozione allargata di danno. La legge di riforma sanitaria, invece, non presenta tracce significative di contributi dei giuristi.

Le elaborazioni riguardanti il diritto all'abitazione, particolarmente consistenti tra la fine degli anni '60 e i primi anni '70,

contribuiscono quasi esclusivamente a preparare il terreno propizio alla controversa legge sull'equo canone nelle locazioni, a parte qualche sporadica eco nella giurisprudenza e, in modo più consistente, in prassi amministrative comunali.

I tentativi di dare più sicura fondazione al diritto all'istruzione si perdono nel labirinto delle tante riforme mancate, come quelle riguardanti il diritto a un salario (o a un lavoro) minimo garantito. Qui, tuttavia, si può cogliere lo sforzo di prospettare i diritti sociali come precondizioni dello stesso processo democratico, che ha bisogno di un « minimo » di reddito, salute, istruzione, abitazione, informazione.

A quest'ultimo proposito, la dimensione sociale del diritto all'informazione è oggetto di una ricca riflessione da parte degli studiosi, che lascerà tracce nei vari interventi legislativi, a cominciare dalla prima riforma della Rai del 1975. Vero è che taluni strumenti, come il diritto di accesso, vengono fortemente ridimensionati in sede parlamentare e, successivamente, dalle interpretazioni giurisprudenziali. Ma la riflessione sul rapporto tra mezzi d'informazione e diritti dei cittadini si rivelerà particolarmente feconda nella materia dei diritti della personalità, dove il riconoscimento di una serie di diritti, da quello alla riservatezza a quello all'identità personale, si realizza tutto nel circuito giuristi-giudici, superando anche la vicenda d'origine, ma con scarsissimi riflessi nella legislazione (basta ricordare la « disattenzione » per la disciplina delle informazioni personali e delle banche dati).

Assume così rilevanza il nesso tra una serie di diritti, in largo senso sociali, e la libera costruzione della personalità. Una prospettiva, questa, nella quale devono essere anche considerati, più che un fumoso « diritto alla cultura », diritti specificamente individuati, come quelli delle minoranze linguistiche. Proprio in questa materia si è avuta una ricchissima riflessione scientifica, con una fertile collaborazione tra giuristi e studiosi di altre discipline (i linguisti, soprattutto), che ha prodotto proposte legislative di notevole qualità, purtroppo bloccate dalla resistenza di forze politiche diverse (misini e repubblicani in particolare).

9. Considerando il tema dei diritti sociali nella prospettiva della ridefinizione della cittadinanza, merita d'essere ricordata la

vicenda che vide molti giuristi protagonisti della fase di preparazione degli statuti regionali, in molti dei quali si cercò appunto di dare più netta rilevanza ad alcuni diritti già riconosciuti dalla Costituzione. Qui si può cogliere, una volta di più, l'attitudine dei giuristi a porsi come mediatori tra modello costituzionale e attuazione costituzionale. Un'attitudine, questa, che si manifesta con particolare nettezza là dove proprio i giuristi avevano parlato di questo o quell'aspetto della disciplina costituzionale come « pagine bianche », lasciate sicuramente all'iniziativa del legislatore, ma disponibili pure per la « scrittura » ad opera di interpreti-mediatori.

Se si analizzano gli effetti delle teorizzazioni relativi alle pagine bianche del programma costituzionale, ci si avvede che esse hanno avuto soprattutto l'effetto di liberare il legislatore dal vincolo costituzionale. Un atteggiamento, questo, che può essere valutato con criteri diversi, compreso quello di una sorta di contributo dei giuristi ad una restaurazione della pienezza dell'azione legislativa e, per questa via, del primato della politica. Nella realtà, quelle operazioni, consapevolmente o no, si iscrivono in quel progetto di « resistenza » richiamato all'inizio, dal momento che, massimamente nella materia dei diritti sociali, contribuiscono ad indebolire o a cancellare del tutto la valorizzazione del momento sociale, nelle sue varie accezioni, perseguita dalle norme costituzionali.

Là dove la presenza delle indicazioni costituzionali è apparsa ancora troppo ingombrante, e non facilmente eliminabile, sono emersi due atteggiamenti, tra loro complementari. Da una parte, si sono reinterpretati soprattutto il diritto di proprietà e d'iniziativa economica privata, collocandoli nel quadro dei diritti fondamentali, per allentare i vincoli di tipo sociale che pure la Costituzione esplicitamente enuncia. In questa prospettiva l'intervento del legislatore non è contemplato, né invocato. Questa, invece, è la richiesta che viene quando si prospetta la necessità di una riscrittura della « Costituzione economica », facendo soprattutto riferimento al nuovo quadro delineato dal Trattato di Maastricht.

Le fortune del testo costituzionale, dunque, consentono non solo di misurare la portata e l'effettività dei diritti sociali nel sistema giuridico. Individuano anche le modalità del rapporto tra giuristi e legislatori (o, più propriamente, con i diversi attori dell'attuazione

del diritto), fortemente influenzato proprio dal modo in cui i primi intendono e ricostruiscono la portata delle norme costituzionali.

Le vie dell'intervento dei giuristi si sono via via arricchite non solo grazie alle presenze più marcate e diffuse rese possibili dal moltiplicarsi di luoghi istituzionali che sollecitano il ricorso a competenze giuridiche (si pensi in particolare alla moltiplicazione/inflazione delle *authorities*). Sono divenuti più visibili e influenti anche canali non formalizzati, come quelli offerti dalle società di ricerca e consulenza e dalla presentazione di relazioni in convegni promossi da soggetti economicamente o politicamente forti. Ma non è detto che a questo arricchimento degli strumenti e delle occasioni corrisponda una crescita effettiva dell'influenza culturale e politica dei giuristi.

*Discussione*  
(Prima seduta congressuale)



FRANCO CIPRIANI

Non avevo intenzione d'intervenire, ma, nella relazione di Luigi Mengoni ho colto una riflessione che si riferisce ad un tema a me particolarmente caro e che mi induce a prendere brevemente la parola.

Mengoni ha affermato che, alla luce di quello che è accaduto in questi ultimi vent'anni, sarebbe stato meglio se il legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975 avesse soppresso la separazione dei coniugi. Egli non si è riferito alla colpa, né all'addebito, ma proprio alla separazione. Di qui, a parer mio, l'importanza della sua affermazione.

Mi sia consentito ricordare che quasi tutti gli ordinamenti prevedono il divorzio, non la separazione. Qualche anno fa sono stato in Polonia e ho tenuto a Torun una conferenza sul nostro diritto di famiglia. Ebbene, i presenti, quando hanno sentito dire che da noi, quando un matrimonio fallisce, si chiede la separazione e solo dopo tre anni il divorzio, han cominciato a sorridere: si guardavano negli occhi increduli. In effetti, che senso ha? Che senso ha prendere formalmente e solennemente atto, addirittura in tribunale, che la coppia si è disgregata e continuare ciò nonostante a considerare ancora coniugi i suoi componenti?

Che non abbia alcun senso è dimostrato dal fatto che gli stessi italiani, ormai, hanno capito che la separazione non è che l'anticamera del divorzio. Non da oggi, se due coniugi si separano legalmente (e dico legalmente per ricomprendere la consensuale e i provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.*, ché la gente neppure si pone il problema della sentenza di separazione passata in giudicato), parenti e amici, per non dire dei due principali interessati, cominciano a parlare dell'altro come di « *ex moglie* » ed « *ex marito* ». Di più: in questi ultimi tempi sta accadendo qualcosa che fino a ieri, per quella

che è la mia esperienza, non era mai accaduto: quando un matrimonio fallisce e ci si rivolge ad un avvocato, si va « per il divorzio », ma non perché non si sappia che bisogna chiedere prima la separazione e poi, dopo tre anni, il divorzio, bensì perché si reputa ormai concluso il matrimonio.

La conseguenza è che nel triennio (che è tale solo per modo di dire, ché nulla esclude che nella realtà gli anni si raddoppino o si triplichino) avviene di tutto: nuove relazioni, nuove convivenze, nuovi figli. Non solo, ma quel che va sottolineato è che nessuno se ne scandalizza più. Anzi, oggi avviene il contrario di quello che accadeva trent'anni fa: se un separato o una separata non ha una nuova storia « ufficiale » si resta perplessi.

Così stando le cose, l'idea di Mengoni, studioso tanto autorevole quanto equilibrato, non può essere considerata né eccessiva, né estemporanea.

Piuttosto, a me sembra che, se si entra nell'ordine d'idee di riformare la separazione, sia il caso di intendersi.

Se è vero che gli italiani hanno ormai capito che la separazione non è che l'anticamera del divorzio, pure vero è che non sono pochi gli italiani che, quando il matrimonio fallisce, rifiutano di divorziare: spesso, per non dire di solito, il coniuge che subisce la separazione, preferisce subire anche il divorzio; vi sono coniugi che rimangono separati per decenni, mogli che chiedono la separazione e poi si oppongono al divorzio, mariti che subiscono la separazione e poi si affrettano a chiedere il divorzio.

In questa situazione, a me sembra che i tempi siano prematuri per sopprimere la separazione. Anche perché vi è la separazione consensuale, che non so quanto sia opportuno abrogare. In realtà, attualmente il problema non sta nell'esistenza della separazione, ma nella durata dell'anticamera, ossia nel processo di separazione e nei rapporti tra la separazione e il divorzio.

Se due coniugi sono d'accordo nel separarsi, non vedo perché li si debba obbligare a divorziare: che si limitino a separarsi e vivano separati per tutta la vita (del coniuge meno longevo). Bisogna però dare ad ognuno dei due la facoltà di chiedere, non dopo tre anni, ma anche il giorno dopo, il divorzio.

Viceversa, non mi pare si possa ammettere che il coniuge o i coniugi, che vedono fallire il proprio matrimonio e vogliono scio-

gliere il vincolo, debbano essere obbligati a chiedere al giudice prima la separazione e poi, in un nuovo processo, il divorzio. Questo sistema, che ho definito del doppio processo, si spiega storicamente, ossia tenendo conto che fino al 1970 non avevamo il divorzio e che nel 1970 si prevede il divorzio pensando, secondo me, più a sanare le situazioni pregresse che al futuro. Oggi, però, dopo 26 anni, dobbiamo avere l'onestà di ammettere che si tratta di un sistema perverso, una cattiveria bella e buona che viene perpetrata sulla pelle dei coniugi che vedono fallire il proprio matrimonio e che si ritrovano a dover percorrere una *via crucis* per uscire dal tunnel. Bisogna perciò trovare il modo di unificare i due processi, disciplinando subito, all'inizio dell'unico processo, lo stato di separazione e pronunciando dopo un po', ossia alla fine del processo, il divorzio.

A parer mio, il problema può essere risolto stabilendo che ogni coniuge, in caso di fallimento del matrimonio, può chiedere o la separazione o il divorzio. Il convenuto in separazione, però, deve poter chiedere il divorzio. Se è chiesta la sola separazione, la stessa deve essere dichiarata dal giudice alla prima udienza (potrebbe ben farlo con decreto camerale il presidente subito dopo il fallimento del tentativo di conciliazione). Se è chiesto (dall'attore o dal convenuto) il divorzio, bisogna dichiarare e disciplinare sin dalla prima udienza la separazione e poi rinviare a breve per la pronuncia del divorzio.



LUIGI MENGONI

Nella mia relazione l'accento all'opportunità di una revisione dell'istituto della separazione dei coniugi è stata un'aggiunta estemporanea: non era previsto nel testo provvisorio che ho letto, né comparirà nel testo definitivo che sarà pubblicato negli Atti. Ma ormai la voce è dal sen fuggita e nella discussione orale mi sento debitore di un chiarimento. Non intendo proporre la soppressione pura e semplice dell'antico istituto della « separazione dei corpi »: proposta nemmeno pensabile in un Paese di tradizioni cattoliche, in cui esiste tuttora una minoranza non trascurabile di cittadini fedeli all'insegnamento della loro Chiesa, per la quale l'indissolubilità del matrimonio è principio di diritto divino. È innegabile però che per la maggioranza della popolazione l'introduzione del divorzio ha fortemente indebolito la funzione originaria della separazione dei coniugi, cioè di strumento per una pausa di riflessione sulle ragioni delle difficoltà manifestatesi nella vita coniugale, che distenda gli animi e favorisca la riconciliazione. Oggi, salvo casi marginali, la separazione ha semplicemente la funzione di anticamera del divorzio, e a questo fine tre anni sono troppi: sul piano teorico si risolvono in una finzione di conservazione di un vincolo in realtà definitivamente interrotto, sul piano pratico diventano fonte di immoralità. La convivenza di uno dei coniugi con una terza persona non è ritenuta dalla giurisprudenza, per sé sola, causa di conversione della separazione senza in separazione con addebito, e lo stesso legislatore, nell'art. 232, secondo comma, c.c., mostra di non credere al rispetto dell'obbligo di fedeltà durante la separazione. Si tenga pure presente che, data la lunghezza dei tempi della nostra giustizia, non di rado i processi di separazione si prolungano ben oltre i tre anni previsti dall'art. 3, quarto comma, della l. n. 898 del 1970, e che fino a

quando la sentenza di separazione non sia passata in giudicato non è introducibile la domanda di divorzio.

Stando così le cose, riterei più opportuno che la domanda di separazione fosse prevista in alternativa alla domanda di divorzio, non come presupposto di questa; ferma, s'intende, nel caso di scelta della prima alternativa, la possibilità, dopo un congruo lasso di tempo, di conversione della sentenza di separazione in sentenza di divorzio a domanda di un coniuge o, congiuntamente, di entrambi. Non mi nascondo che l'innovazione comporterebbe alcuni problemi, processuali e sostanziali, non facili. In primo luogo, il problema se il coniuge convenuto con una domanda di divorzio possa replicare domandando in via riconvenzionale la separazione (la risposta negativa non sarebbe dubbia nel caso inverso), e ancora il problema se la domanda di separazione possa, nel corso del processo, essere convertita in domanda di divorzio. Ma il nodo più grosso riguarda gli effetti patrimoniali, che dovrebbero essere regolati in guisa da evitare che la scelta dell'una o dell'altra alternativa possa determinare disparità definitive di trattamento. Sono problemi indubbiamente seri, che qui possono essere soltanto accennati; ma non mi sembrano nodi gordiani, che non possano essere sciolti se non « tagliando » l'istituto della separazione. Del resto disponiamo in questa materia del modello del diritto francese.

ANTONIO JANNARELLI

Il mio intervento intende limitarsi ad alcune considerazioni di carattere generale suggerite dalle relazioni « privatistiche ». Nel porre a confronto le prospettive con cui il rapporto tra giuristi e legislatori è stato affrontato dai tre relatori, si può constatare innanzitutto che al termine « giuristi » è stato di volta in volta assegnato un significato diverso, rispondente peraltro anche ad atteggiamenti distinti — se non addirittura divergenti tra loro — ma che pur si inseriscono nel quadro dell'esperienza giuridica e ne rimarcano in ogni caso la complessità.

Nella relazione di MENGONI il primato è stato chiaramente assegnato alla scienza giuridica. I giuristi sono identificati in generale negli studiosi che elaborano modelli giuridici sulla base dei materiali legislativi. Nello svolgimento di tale compito essi alimentano la successiva produzione di nuovi *input* legislativi secondo un modello circolare. In una prospettiva correttamente ispirata al positivismo giuridico e ad un moderno approccio sistemico, potrebbe essere dunque ripresa la formula di Lerminier secondo la quale « la scienza comincia dopo che la legislazione ha scritto i suoi testi » <sup>(1)</sup>.

In tal modo, secondo Mengoni, viene così da un lato riconosciuta la piena autonomia dei giuristi dal legislatore, sul presupposto della distinzione tra diritto e legge, dall'altra individuato lo stretto legame che pur sempre esiste tra questi due momenti, nel senso che — ed è questo il pessimistico messaggio di Mengoni — cesserebbe la scienza giuridica e con essa il ruolo dei giuristi, laddove, per gli accidenti i più vari, il materiale legislativo si rivelasse irriducibile ad

---

<sup>(1)</sup> La citazione riportata nel testo derivante dall'opera *Philosophie du droit*, Bruxelles, 1832, 369 è tratta da ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, Bologna 1978, 150.

una lettura sistematica, ad un possibile ordine interno. Nella relazione di ANGELICI, viceversa, i giuristi cui è rivolta l'attenzione non sono gli studiosi, lontani dalla prassi, che si limitano a riflettere sulla stessa e ad elaborare modelli euristici, bensì proprio gli operatori giuridici altamente qualificati che, in termini di ceto professionale, operano all'interno di uno specifico orizzonte concreto, quello segnato in particolare dall'autonomia privata, dall'iniziativa economica sotto la spinta della cangiante e mutevole realtà e degli interessi che in essa emergono.

Per quanto schematico ciò possa apparire, non mi sembra scorretto ricondurre le due diverse prospettive sin qui richiamate, e riflesse nelle posizioni di Mengoni e di Angelici, a quelle proprie rispettivamente del cultore del diritto civile e del diritto commerciale.

Non è un caso, allora, che il quadro si riveli decisamente più complesso e sofferto proprio nella terza relazione, quella di RODOTÀ, in cui il termine giuristi non si coniuga a modelli altamente formalizzati quali quelli accolti dagli altri relatori e che in misura singolare e fatte le debite distinzioni, sembrano riecheggiare nella loro netta divaricazione la contrapposizione intervenuta nella esperienza dell'ottocento tedesco tra pandettisti da un lato e germanisti dall'altro. Nella relazione di Rodotà, infatti, il termine giuristi viene ad essere identificato con i « privatisti » e dunque non con un modello astratto, ma con un dato reale, immerso nella storia del nostro paese, ossia con le concrete e specifiche figure emerse e con i movimenti culturali da queste ispirati nei diversi momenti della nostra storia. I protagonisti, in definitiva, non sono più figure astratte, ma concreti soggetti: il che significa, allora, che la ricerca non corre più sul filo dei modelli, ma delle specifiche esperienze e ciò deve però valere sia dal versante dei « giuristi » sia da quello dei « legislatori ».

Or dunque, salvo a ritornare nella fase conclusiva di questo intervento alle ulteriori implicazioni che discendono dalle diverse impostazioni che sono alla base delle tre relazioni ora richiamate, vorrei avanzare un'altra considerazione generale, questa volta di ordine « contenutistico » a proposito delle valutazioni tracciate da Rodotà nel giudicare gli orientamenti di fondo più significativi dei privatisti italiani dall'avvento della Repubblica ai giorni nostri.

Nel ripercorrere criticamente le « scelte » dei gius-privatisti

emerse nel trascorso cinquantennio, molto giustamente Rodotà ha posto l'accento sull'atteggiamento di chiusura e di rigidità manifestata dalla scienza giuridica italiana nel corso degli anni cinquanta nei confronti della Costituzione, ossia del mutamento fondamentale intervenuto nelle fonti dell'ordinamento giuridico interno. La manifestazione più emblematica di tale atteggiamento è stata appunto quella di sostenere la centralità del codice civile sino al punto da suggerirne il primato in vista della corretta interpretazione dello stesso testo della carta costituzionale.

In realtà, il processo involutivo della riflessione privatistica italiana, la crescente incapacità di rapportarsi al reale in nome di un rigido dogmatismo — peraltro di importazione — hanno origini lontane, risalgono già alla fine degli anni trenta. È in quegli anni, infatti, che con la consueta lucidità Ascarelli <sup>(2)</sup> denunciava il progressivo formalismo della scienza giuridica italiana e le implicite ricadute di questo processo anche nel sistema di cooptazione operante all'interno dell'istituzione Università; progressivo formalismo su cui è tornato autorevolmente, per indagarne le radici e le forme, un altro grande giurista come Orestano <sup>(3)</sup>. Non è un caso, tornando ad Ascarelli, che la percezione acuta e la denuncia dell'affermarsi di un dogmatismo arido, proprio nel momento in cui il diritto privato andava incontro a trasformazioni profonde, siano venute con significativa tempestività e lungimiranza da un giurista che nella riflessione giuridica di questo secolo ha gettato un ponte tra chi, come appunto è proprio dei commercialisti, opera nella concreta realtà economica e nel suo incessante mutare, ed il civilista spinto soprattutto all'elaborazione teorica e alla sistemazione.

---

<sup>(2)</sup> ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale I*, in *Foro it.*, 1937, IV, 25 ss., nt. 4.

<sup>(3)</sup> ORESTANO, *op. cit.*, p. 275 ss. È interessante notare che questo autore riprende (*op. cit.* p. 150 n. 53), facendola propria, l'osservazione di HERNANDEZ-GIL, *Metodologia del derecho*, Madrid 1945, 151, secondo il quale, « In Italia ha avuto una certa preponderanza una dogmatica aprioristica. I postulati, i dogmi concettuali, frequentemente non venivano derivati 'a posteriori' per via induttiva, dal proprio diritto positivo, ma su questo si proiettavano dogmi già formati intorno a diritti positivi diversi: il diritto romano e il diritto tedesco. Con ciò si cadde in un apriorismo pericoloso, si elevarono a concetti di validità universale elementi in definitiva estranei al proprio ordinamento: questo era versato in stampi non formati con la sua stessa argilla ».

Gli atteggiamenti di chiusura presenti nella riflessione privatistica degli anni cinquanta, più che essere espressione soltanto o esclusivamente di una ostilità « politica » alla carta costituzionale, sono il frutto di una rigidità mentale, di una marcata scissione dal mondo reale. La prova più evidente della autoreferenzialità della riflessione giuridica italiana negli anni cinquanta rispetto ad un « sistema dogmatico » assunto come unico orizzonte della ricerca è offerta dalla semplice lettura degli argomenti affrontati dalle riviste giuridiche dell'epoca: argomenti del tutto astratti e lontani dalle vicende della vita quotidiana di quel decennio cui pure si andavano introducendo novità meritevoli di attenzione. Ciò non esclude, ovviamente, che il mancato confronto con la nuova realtà, innanzitutto con la carta costituzionale, oltre ad essere conseguenza di un abito culturale inadeguato, sia stato anche in sintonia con gli indirizzi politici allora dominanti, volti come è a tutti noto, in nome di una sostenuta continuità nell'ordinamento giuridico, a rinviare o a ritardare il processo di adeguamento alla nuova carta fondamentale. Sotto questo profilo, il rapporto tra giuristi e legislatori finisce con il legarsi strettamente a quello tra giuristi e la politica, tra i giuristi ed il potere politico: rapporto quest'ultimo — come ha del resto opportunamente ricordato Rodotà — su cui di recente si è tornati a riflettere, mettendo in discussione sia la « neutralità » dello stesso codice civile rispetto all'ideologia corporativa, sia il presunto ruolo di « resistenza » che sarebbe stato svolto dai giuristi in occasione della nuova codificazione.

A questo riguardo, a proposito pur sempre degli anni cinquanta, mi sembra opportuno rammentare, per il suo carattere paradigmatico, quel famoso caso giurisprudenziale in materia di filiazione (in particolare, in materia di affidamento della prole in presenza di un padre la cui unica colpa era quella di essere ateo) che vide un solo giurista Walter Bigiavi chiamato a fronteggiare una ampia parte della civilistica italiana (con presenze che, con il senno di poi, possono apparire sorprendenti). Ebbene, nel famoso libretto scritto da Bigiavi con la consueta maestria di polemista, « *Ateismo ed affidamento della prole* » <sup>(4)</sup>, occasionato dal dibattito intervenuto su quel caso

---

(4) BIGIAVI, *Ateismo e affidamento della prole*, Padova 1951.

giurisprudenziale, si possono toccare con mano le malattie che minavano alla base la scienza privatistica italiana. Il giurista che aveva pagato sotto il fascismo per la sua diversità razziale doveva intervenire con tenacia a difendere il contenuto pur sempre liberale del codice civile, affidato alla formale posizione di preminenza assicurata nella disciplina in materia di potestà paternale al padre, a fronte di una civilistica che continuava ad ignorare la costituzione, esaltava sì il codice civile, ma al tempo stesso si prestava con disinvoltura a capovolgere le indicazioni di quest'ultimo non appena dietro un padre ateo si potesse intravedere un soggetto politico — a quel tempo una parte della sinistra — distante dal clericalismo allora di moda.

In realtà, l'emersione di un'insensibilità generale per la carta costituzionale e, secondo le circostanze, per lo stesso codice civile, qui richiamata con specifico riferimento alla lontana stagione degli anni cinquanta, segnala per la nostra esperienza giuridica nazionale un più generale ed a mio avviso ancora attuale problema di fondo in ordine al rapporto tra giuristi e legislatori: problema di fondo tanto più grave e pericoloso se si considera con attenzione la stagione storica che stiamo attraversando. Infatti, a mio avviso, la resistenza al nuovo costituisce un atteggiamento ricorrente nella privatistica italiana, quale conseguenza di un più profondo malessere che ha origine in un più radicale difficile rapporto con il « positivismo giuridico », tale per cui, di volta in volta, orientamenti di chiusura al nuovo, in nome della conservazione di un « sistema » consolidato anche per semplice pigrizia mentale, si accompagnano a disinvolute operazioni ermeneutiche che si collocano ben aldilà di una semplice interpretazione « evolutiva » del diritto scritto. Esempolari, a me sembrano le vicende giurisprudenziali che in questi anni si registrano a proposito del regime di comunione dei beni tra coniugi.

In questa sede, ovviamente, non si intende entrare nel merito della scelta effettuata dal legislatore del 1975 laddove preferì il regime di comunione quale regime legale della famiglia, salvo ribadire, come del resto a me stesso è capitato di fare in tempi non sospetti <sup>(5)</sup>, la non necessaria coincidenza tra l'introduzione del

---

<sup>(5)</sup> Si v., in particolare, JANNARELLI-QUADRI, *La rilevanza costituzionale della famiglia: prospettive comparatistiche*, in *Dir. famiglia*, 1983, 1124 ss., ed in part. 1146.

principio paritario e della solidarietà economica tra i coniugi nonché l'assenza di un modulo legale in ordine all'organizzazione della convivenza, con un uno specifico modello di regolamentazione dei rapporti patrimoniali: ciò, mette conto rammentarlo, a dispetto di qualificata dottrina di matrice cattolica di cui furono espressione Pietro Schlesinger e F. Donato Busnelli all'indomani della riforma del 1975 (portati rispettivamente a denunciare addirittura il fatto che la complessiva redditività di ciascuno dei coniugi fosse rimasta fuori dal governo e dal controllo familiare e ad intravedere nella qualificazione in termini di impresa collettiva della disciplina di cui all'art. 230-*bis*, in materia di impresa familiare, un efficace strumento di controllo del potere imprenditoriale). Qui è sufficiente limitarsi ad osservare, come del resto era già evidente nel panorama delle esperienze giuridiche dei paesi industrializzati sin dall'inizio degli anni settanta, che il principio di solidarietà economica — strettamente legato a quello dell'uguaglianza dei coniugi nel contribuire ai bisogni della famiglia — permea l'intero sistema del diritto di famiglia, nel senso di introdurre sia elementi separatistici nei regimi di comunione sia elementi comunitari nei regimi separatistici: rilievo questo tanto più importante se si considera poi il rapporto che va assicurato tra il regime patrimoniale adottato dai coniugi in costanza di convivenza e la regolamentazione dei rapporti economici in sede di divorzio.

Per quanto numerose possano essere le riserve sulla scelta legislativa del 1975 ed innegabili le spinte presenti oggi nella società a favore di un individualismo sfrenato, non si può però accettare la via adottata dalla Suprema Corte di cassazione tesa a denervare l'istituto della comunione dei beni tra coniugi al di là di un intervento legislativo. Essa, infatti, anche con l'avallo di parte della letteratura che da sempre ha guardato con sospetto se non con astio alle scelte della legge di riforma del diritto di famiglia, ha avviato un sistematico processo di stravolgimento del regime legale di comunione che si colloca ben oltre i limiti di una interpretazione adeguata o evolutiva. In tal modo, l'ostinata fedeltà ad una legislazione « datata » e al diritto su questa elaborato, con il conseguente rifiuto dei nuovi prodotti legislativi, e la disinvoltura con la quale ci si discosta dal diritto scritto contribuiscono entrambe, senza peraltro distinzioni politiche, a segnalare la carica di ambiguità che continua

a contraddistinguere nella nostra esperienza il rapporto tra giuristi e legislatori.

I primi, infatti, continuano ancora in larga parte a rispecchiare un forte pregiudizio nei confronti del positivismo giuridico, con la conseguenza che il conservatorismo o addirittura nostalgici ritorni al passato convivono tranquillamente con fughe in avanti. È inutile aggiungere, ovviamente, che quest'abito mentale va ben oltre la schiera dei giusprivatisti (è sufficiente richiamare, anche sulla scorta dei lavori di questo convegno, le profonde oscillazioni presenti nell'esperienza del diritto penale tra garantismo e giustizialismo) e si ricollega a quel più diffuso sentimento contraddittorio nei confronti delle istituzioni e dello Stato di diritto, che costituisce una malattia che continua ad affliggere la nostra società e avverso la quale si sono mobilitate lucidamente, e se ne apprezza oggi sempre di più il valore, la lezione e l'opera di Uberto Scarpelli.

Ma, ciò che qui preme soprattutto rimarcare, l'atteggiamento dei giuristi ora richiamato si rivela oltremodo pericoloso se si riflette sull'attuale momento storico. Infatti, la più generale crisi degli Stati nazionali e dell'assolutismo giuridico, la riscoperta della formazione extralegislativa del diritto, da tempo al centro della riflessione di Paolo Grossi — nel cui percorso si colloca, a mio avviso, il presente convegno —, proprio perché vanno ad incrinare il positivismo giuridico e dunque lo specifico fisiologico rapporto tra giuristi e legislatori, che in esso si iscrive, richiederebbero dai giuristi piena consapevolezza critica del passaggio epocale che si sta attraversando e, in particolare, delle nuove « responsabilità » che gravano sui giuristi nella produzione di un diritto che non presuppone necessariamente una legislazione.

È rispetto a questo problema che, a mio avviso, si misura il senso compiuto della nostra discussione. Infatti, fare il punto sui rapporti tra giuristi e legislatori, con specifico riferimento all'esperienza italiana, nel momento storico in cui i giuristi sono chiamati al « compito » di alto contenuto sociale e civile di produrre diritto, significa comprendere meglio le difficoltà reali, i rischi che possono incontrarsi, ma anche individuare tempestivamente i possibili rimedi cui far ricorso per fronteggiare il nuovo scenario che emerge nella realtà europea. In questa prospettiva, il pessimismo che dovrebbe spronarci non è tanto e solo quello additato da Mengoni, il quale,

muovendo ancora nell'esclusiva ottica positivistica, vede nell'imbarbarimento della legislazione un dato che impedirebbe ai giuristi di fare il loro mestiere, bensì piuttosto quello che trae origine dalla già indicata « inadeguatezza » culturale del ceto giuridico e, in particolare, dei « dottori » rispetto al compito di creare diritto fuori e aldilà della legislazione: compito per il quale una rinnovata sapienza tecnica si deve coniugare anche con un nuovo statuto etico della professione di giurista.

Ebbene, è proprio rispetto a questo ultimo tema che nell'indagine emergente dalle relazioni, si può riscontrare un'assenza di non poco momento. In particolare, nel tracciare l'analisi del rapporto tra giuristi e legislatori che ha caratterizzato l'esperienza nazionale negli ultimi decenni, è mancato del tutto il riferimento all'istituzione universitaria e alle diverse scuole che in questa sono emerse, ai sistemi discutibili di cooptazione praticati. In altre parole, non si può analizzare il rapporto tra giuristi e legislatori senza prendere in considerazione le istituzioni culturali che sono deputate alla formazione degli operatori che animano il sistema giuridico. Né, d'altro canto, si può considerare il degrado dell'Università come un dato di fatto a fronte del quale il ceto accademico si colloca come semplice osservatore esterno. A voler essere consequenziali rispetto al bilancio critico e problematico dianzi tracciato bisognerebbe concludere che la crisi delle istituzioni universitarie non è solo causa, ma anche conseguenza della crisi culturale dei giuristi, nel nostro caso dei giusprivatisti. Invero è nell'istituzione universitaria che al tempo stesso si formano i futuri professori, ma anche gli operatori pratici siano essi avvocati o magistrati o pubblici funzionari. L'istituzione pubblica Università non ha il solo compito di trasmettere un sapere tecnico consolidato, ma anche, e direi soprattutto — rispetto alle strutture private che sono al traino della logica del mercato — di dare consapevolezza e dignità culturale alle diverse « professioni », con particolare riguardo ai mutamenti che investono nel sistema diritto proprio il rapporto tra giuristi e legislatori.

A ben vedere, è giusto con riferimento all'incrinarsi del rapporto tra giuristi e legislatori cui siamo stati abituati nell'esperienza di questo secolo — almeno nell'area del diritto continentale — che si collocano le concrete possibilità di rivitalizzazione della scienza giuridica che non deve essere necessariamente al traino di un

legislatore peraltro sempre più sciatto. È qui sufficiente richiamare due significativi fronti che, per quanto diversi tra loro, richiedono ai giuristi di tornare a lavorare nella loro officina e all'istituzione universitaria di recuperare la sua funzione originaria.

Sul versante della più ristretta esperienza nazionale si colloca infatti la singolare ed interessante stagione apertasi con l'espansione dell'area dei giudizi di equità per i quali non è previsto giudizio di appello ma il solo ricorso innanzi alla Suprema Corte di cassazione. Ebbene, l'esperienza sin qui intervenuta ha già fatto emergere problemi e soluzioni che mettono in discussione quanto meno l'esclusività del sistema con cui si è abituati ad operare, e, in particolare del rapporto tra norme scritte e principi non scritti. Soprattutto a livello della Cassazione la verifica circa l'adeguatezza della soluzione adottata dalle Corti minori che hanno giudicato secondo equità contribuisce all'accumularsi di principi nuovi e diversi che vanno ad iscriversi in un orizzonte parallelo chiamato a convivere con il sistema costruito sul diritto scritto.

Sul versante decisamente più ampio rappresentato dal diritto di fonte comunitaria, il solo adeguamento della stessa interpretazione dei diritti nazionali alla luce della disciplina comunitaria, su cui insiste da tempo la Corte di Giustizia, e la conseguente maggiore attenzione per le soluzioni giurisprudenziali maturate nelle esperienze dei paesi dell'Unione richiedono ai giuristi e soprattutto alle istituzioni deputate alla formazione degli operatori giuridici, ossia alle Università, l'incisiva revisione degli abiti mentali che hanno contraddistinto e assecondato nell'era dell'assolutismo giuridico il rapporto tra giuristi e legislatori. Certo, come ci addita l'esperienza storica, la costruzione di un nuovo diritto solo in parte fondato sulla legge è una opera lunga e faticosa, nel corso della quale molti potranno essere gli errori e rispetto alla quale la formazione di un sistema compiuto costituirà una meta ancora più decisamente lontana. È comprensibile, d'altro canto, che questa sfida troverà restii e dubbiosi coloro che sono abituati ad operare in un sistema giuridico compiuto e coerente e che affidano le speranze della propria sopravvivenza ad un legislatore sapiente e « guidato » dalla dottrina. Ma è altrettanto indubbio — ed è questo il segnale più importante che ci proviene dal nostro presente e, soprattutto, dal futuro prossimo — che con questa « mentalità » portata ad idealizzare una esperienza

compiuta e per certi versi alle nostre spalle, si accentuano i rischi di un ulteriore impoverimento della nostra riflessione giuridica. Nel febbraio del 1995, la *House of Lords*, ossia la più alta espressione del potere giudiziale inglese e la più fedele custode della tradizione di *common law*, nel caso *White v. Jones*,<sup>(6)</sup> in materia di *negligence* di un *solicitor*, ha dato ampio spazio all'analisi delle esperienze degli altri paesi, in particolare di *civil law*, e alla relativa letteratura giuridica. C'è da augurarsi che nel prossimo futuro — con riferimento alla crescente esperienza di diritto comune europeo — ciò possa accadere anche nel nostro paese. Ma perché questo risultato si realizzi è indispensabile che i giuristi tornino ad operare da giuristi nelle Università e si appropriino in pieno di quel ruolo sociale che è stata una costante della civiltà giuridica europea.

---

(6) Il caso si legge in 1995, 1 A11 ER 691 ss.

STEFANO RODOTÀ

Due cose rapidissime. È certo che quando parliamo di giuristi, e lo ricordava anche Paolo Grossi stamattina, ci riferiamo ad una platea molto larga di operatori giuridici. Però io avevo dato un'interpretazione riferita solo ai giuristi della scuola, perché questo mi sembrava coerente con il sottotitolo del nostro incontro che parla di pensiero giuridico: cioè non tanto di coloro i quali hanno ruoli operativi (il giudice, il magistrato), quanto di quelli che sono pagati per fare quest'altro tipo di lavoro e di ricerca.

Accanto al circuito giurista-legislatore ho, poi, individuato anche il ruolo del giurista-giudice con una funzione di intervento sul tessuto normativo che invece l'attività ordinaria del giurista della scuola evidentemente non ha.

Questa è una prima considerazione. Si deve poi ricordare che ci sono state rotture importanti. È stato fatto il nome di Ascarelli, e vorrei qui ricordare il saggio di Luigi Mengoni sull'impresa. Quindi è vero che sono avvenute molte cose, è chiaro che non era possibile fare un catalogo.

L'ultima considerazione riguarda la comunione dei beni. È vero che la giurisprudenza della Cassazione l'ha reinterpretata, ha introdotto elementi di tipo contrattualistico, è vero che una certa lettura ci presenta questa interpretazione delle norme sulla comunione dei beni come una sorta di ritorno al passato. La verità è che nel modello qui ricordato da Mengoni, della riforma del diritto di famiglia, quella disciplina della comunione era in parte il risultato di una contrattazione e in parte di una scelta politica. Se studiamo l'evoluzione della disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, negli anni in cui in Italia si introduceva la comunione dei beni, negli altri paesi uscivano libri o ricerche che parlavano di introduzione di elementi separatisti nella disciplina della comunione proprio per l'emersione del dato

egualitario. In Italia si diceva che la condizione della donna è economicamente subordinata a quella dell'uomo e lo strumento della comunione dei beni consente in parte di rimediare su questo terreno a condizioni materiali di diseguaglianza. Ma non v'è dubbio che l'emersione nella realtà di una maggiore condizione di parità e la stessa logica egualitaria interna alla riforma avrebbero portato fatalmente al riemergere di elementi separatisti.

Quanto all'Università, e questo è un dramma, pensate alla fine che hanno fatto, o al modo in cui sono stati mandati o non mandati, i pareri richiesti nella passata legislatura della commissione bicamerale sulle riforme istituzionali.

SERGIO LARICCIA

Intervengo con riferimento alla relazione del prof. Mengoni, traendo anche spunto da un'osservazione contenuta nella relazione di Stefano Rodotà, il quale sottolineava come talora i giuristi hanno rappresentato e continuano a rappresentare un freno per l'innovazione legislativa. Condivido questa opinione, che vorrei però considerare in connessione con quanto diceva nella sua relazione il prof. Mengoni, a proposito della frammentazione che ha caratterizzato la cultura giuridica italiana in occasione della presentazione delle proposte di legge in tema di riforma del diritto di famiglia. La ragione principale che spiega la scarsa influenza che la cultura giuridica ha esercitato sui contenuti e sulle difficili scelte della riforma stessa, alla quale faceva riferimento l'affermazione del ministro Oronzo Reale ricordata da Mengoni, è proprio consistita nella diversità di opinioni e posizioni della cultura giuridica alla fine degli anni sessanta.

Occorre però considerare che il diritto di famiglia è un settore nel quale l'elemento ideologico e l'elemento religioso hanno avuto sempre un'importanza assai rilevante: pertanto, quando si parla di « cultura giuridica », occorre usare anche altri aggettivi, che consentano di tenere presenti le forti differenze che, in tale ambito, hanno contraddistinto le impostazioni della cultura (giuridica) cattolica, di quella laica e di quella marxista. La valutazione di tali differenze è certo una questione assai complessa, che in Italia trova le sue premesse in un lontano passato e che, cinquant'anni fa, ha contraddistinto il dibattito all'assemblea costituente sull'approvazione dell'art. 7 della Costituzione, quando lo scontro fra le diverse concezioni ideologiche e religiose è emerso con particolare evidenza. È noto che il tentativo di influire sull'evoluzione della società civile determinando una riforma del diritto di famiglia orientata a favore

della prevalenza di precise scelte ideologico-religiose in senso cattolico è stato compiuto con particolare impegno dall'unione dei giuristi cattolici italiani nei nove anni compresi tra il 1966, quando è stata presentata la prima proposta legislativa di riforma del diritto di famiglia, e il 1975 quando, dopo l'approvazione della legge sul divorzio del 1970 e la conferma di tale legge a seguito dell'esito del *referendum* abrogativo svoltosi l'11 e il 12 maggio 1974, si concluse la lunga vicenda parlamentare con l'approvazione della legge di riforma del diritto di famiglia.

Il nesso tra l'approvazione di tale legge e la questione del richiamo dei patti lateranensi nell'art. 7 della Costituzione, unica norma costituzionale che anziché guardare al futuro guardava al passato ed introduceva una pesante ipoteca su tutti i problemi che risentono l'influenza di orientamenti confessionali, apparve evidente quando ci si rese conto che l'approvazione della riforma del diritto di famiglia avrebbe dovuto essere preceduta da una precisa scelta legislativa riguardante l'introduzione del divorzio in Italia. Occorre infatti decidere se ci si dovesse orientare a favore di una concezione « laica » della famiglia, concepita come gruppo che, per la sua sopravvivenza, dovesse fare esclusivo affidamento sulla costante volontà dei coniugi di rimanere marito e moglie o, piuttosto, a favore della concezione cattolica, che, all'epoca dell'approvazione delle norme del codice civile, determinò la scelta, contenuta nell'art. 149 c.c., che stabiliva come il matrimonio « potesse sciogliersi soltanto con la morte dei coniugi ».

È noto che, a proposito di tale questione, si determinò un'autentica « spaccatura » non soltanto nella società civile, ma anche nella cultura giuridica: ed è sufficiente pensare all'opinione, per tanti anni minoritaria, sempre sostenuta da Arturo Carlo Jemolo, un « cattolico-liberale », a favore dell'opportunità di eliminare il principio di indissolubilità del matrimonio e alla posizione sostenuta da quei giuristi, autorevoli ed aperti ai tempi nuovi, e mi limito a ricordare soltanto i nomi di Pietro Rescigno, Leopoldo Elia e Nicolò Lipari, esponenti dell'orientamento, come allora si diceva, di « cattolicesimo-democratico », che induceva a contestare le posizioni assunte da altri cattolici, come, tra i molti altri, Sergio Cotta, Gabrio Lombardi e Pietro Gismondi, incapaci di comprendere quali

scelte fossero più coerenti con le indicazioni della carta costituzionale.

Fatta questa precisazione a proposito delle forti divisioni che hanno caratterizzato la cultura giuridica italiana a proposito della riforma del diritto di famiglia, vorrei però osservare che non sono d'accordo nel ritenere che sia stata limitata l'influenza della dottrina e dei giuristi sulla legislazione riguardante il diritto di famiglia: ed infatti, proprio nei quattro anni intercorsi tra l'approvazione della l. n. 898 del 1970 e l'esito del *referendum* del maggio 1974 è avvenuto in Italia quello che non era mai avvenuto in precedenza: che cioè i giuristi hanno sentito l'impegno civile di influire sugli orientamenti dell'opinione pubblica chiamata ad esprimersi su un problema nel quale era necessario avere chiare anche alcune premesse, di ordine per così dire « tecnico », che condizionavano con evidenza l'accoglimento delle varie soluzioni sulle quali si discuteva.

Ricordo con piacere i dibattiti di quegli anni, nei quali anche io ho svolto una piccola parte, partecipando ai lavori di un gruppo, del quale facevano parte tra gli altri Carlo Lavagna, Giovanni Pugliese e Piero Bellini, che preparò uno dei progetti di legge esaminati dal parlamento, e intervenendo con passione, con alcuni scritti, nel tentativo di influire sulle scelte che mi sembravano più giuste ed opportune. Penso che la posizione assunta da alcuni giuristi su questioni di grande rilievo per lo sviluppo della vita democratica italiana, e vorrei ricordare Costantino Mortati, Paolo Barile e Stefano Rodotà, siano state forse determinanti nel favorire l'approvazione di una riforma del diritto di famiglia coerente con le esigenze di armonizzazione costituzionale e con le aspettative della popolazione italiana.



LUIGI MENGONI

Non direi che a proposito della riforma del diritto di famiglia la cultura giuridica si sia divisa in una cultura giuridica cattolica, una cultura giuridica laica e una cultura giuridica marxista. La divisione era trasversale, e quindi non definibile con le categorie “ destra-sinistra ”, o “ cattolici-laici ”: da un lato i giuristi, cattolici e laici, di orientamento tradizionale, che vedevano la riforma come un passo avanti nella linea del codice civile, ritenuta conforme alla Costituzione e in questo senso suscettibile di avanzamenti; dall’altro i giuristi, di varia estrazione ideologica (marxisti, c.d. cattolici democratici, radicali, ecc.), orientati verso una struttura normativa totalmente nuova della famiglia, caratterizzata dal riconoscimento dell’individualità dei suoi membri e della separabilità dei loro interessi e tendenzialmente fondata su una moralità “ vuota di ogni cosa che non siano diritti ”. Naturalmente all’interno dei due schieramenti (soprattutto del primo) le posizioni erano diversificate. È prevalso il secondo orientamento perché si è fatto portatore di una interpretazione costituzionale di rottura col passato in sintonia con le aspirazioni della nuova società pluralistica. Ma non è mia intenzione avventurarmi su un terreno per me poco sicuro.

Quanto al *referendum* sul divorzio, confesso di avere dimenticato che anche il popolo è in un certo senso legislatore quando sia coinvolto in un’iniziativa referendaria. Non metto in dubbio che la parte della cultura cattolica (giustamente) schierata per l’astensione abbia avuto una non piccola influenza sull’esito della consultazione popolare. Ma erano cattolici (giuristi e no: il più in vista, Giuseppe Lazzati, non lo era) che in quell’occasione operarono nella società in veste di politici. I giuristi, come tali, non sono mai stati trascinatori di folle.



*Relazioni*  
(Seconda seduta congressuale)



GIORGIO GHEZZI

## DIRITTO SINDACALE E DEL LAVORO

1. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto sindacale e del lavoro. — 2. L'esperienza repubblicana. Dal diritto postcorporativo al « disgelo costituzionale ». — 3. Le creazioni e i contributi della dottrina e la loro incidenza sul sistema normativo: il contratto collettivo di diritto comune, la teoria dell'ordinamento intersindacale, i processi di concertazione sociale ed il ruolo del diritto di sciopero. — 4. A proposito dello statuto dei lavoratori: dinamiche politico-culturali e sistemazione normativa. — 5. Altre direttrici di ricerca: dalla disciplina dei licenziamenti e degli scioperi nei servizi pubblici essenziali (con particolare riguardo all'attività della Commissione di garanzia) ai rimedi antidiscriminatori ed alle dinamiche del mercato del lavoro.

1. Ci si chiede — è questa l'ipotesi di lavoro su cui si è voluto fondare la discussione odierna — se e in qual modo la cultura giuridica (stipulandosi, opinabilmente anche se non arbitrariamente, che si tratti della dottrina, come dire, innanzi tutto, della cultura « accademica ») riesca, in determinati contesti storici — e noi prenderemo in considerazione solo quello che va dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi — ad innestare principi e valori, che essa medesima formula ovvero ricava, o addirittura talune sue specifiche proposte, nel processo di formazione delle norme di legge. Se e in qual modo, quindi, il pensiero giuridico possa riuscire o effettivamente riesca, presso di noi, a divenire anche un vettore di trasformazione degli apparati normativi, o almeno, più semplicemente, ad elaborare prodotti immediatamente funzionali a tale trasformazione. Al fondo del quesito è, con ogni evidenza, l'analisi del rapporto tra pensiero giuridico, di cui (con altrettanto evidente riduzionismo) si assume portatrice la classe accademica, e classe politica.

La questione diviene, però, più complessa (e complicata) quando la si affronti intendendo riflettere sul settore specifico del

diritto sindacale e del lavoro: qui, invero, sembra offuscarsi la (sia pur apparente) chiarezza propria di taluni di quei criteri di distinzione che si sono ora richiamati, in quanto posti alla base dell'ipotesi di lavoro.

In primo luogo, infatti, il termine di confronto non può più essere costituito — neppur solo primariamente, addirittura a pena di scadimento della stessa efficienza del metodo prescelto soltanto dagli enunciati normativi posti da leggi o da atti ad esse equiparati. È vero che, anche per ogni altro settore dell'ordinamento, « non tutta la disciplina del vivere sociale può reperirsi nell'insieme delle leggi di un diritto » <sup>(1)</sup>, e che quasi ogni dato legislativo viene ormai integrato, con crescente rilevanza, da nuovi principi giurisprudenziali formati in seguito all'interpretazione evolutiva ed alla applicazione delle clausole generali, ma è soprattutto nel diritto del lavoro che assume rilevanza — per motivi storico-politici e sistematici a tutti noti —, assieme al ruolo creativo dell'interpretazione, il fenomeno della formazione e della disciplina di istituti di centrale importanza per via, in tutto o in parte, extralegislativa <sup>(2)</sup>. Diviene quindi necessario, dato questo così vasto retroterra, estendere l'analisi alle possibili influenze esercitate dal pensiero giuridico ben oltre l'apparato normativo inteso nel senso — proprio del più tradizionale positivismo — delle sole fonti di produzione legislative: fino a riconoscere, quale punto di riferimento di possibile influenze della cultura giuridica, un processo di produzione del diritto assai più articolato, comprensivo, ad es., della contrattazione collettiva <sup>(3)</sup> e

(1) Così TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 25 e 29.

(2) Si può ricordare il convegno sulla « Formazione extralegislativa del diritto », tenuto ad Ancona nei giorni 2 e 3 maggio 1968, i cui *Atti* sono contenuti nel *Quaderno* annesso quale supplemento al *Foro it.*, gennaio 1970. Un commento in LOMBARDI VALLAURI, *Sulla formazione extralegislativa del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, p. 430 ss. Può inoltre rammentarsi, sotto profili più specifici, il volume *La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana (1950-1964)*, a cura dei « Gruppi di studio sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro » delle Università di Bologna e di Bari, Bologna, 1968.

(3) È nota, del resto, la tendenza legislativa a riconoscere sempre più spesso ai contratti collettivi di diritto comune una funzione di produzione di regole (derogatorie, per lo più, rispetto ad altrettante norme di legge) con efficacia generale. È nota, anche, la polemica suscitata da chi (vedasi ancor oggi, soprattutto, FERRARO, *Ordinamento, ruolo*

soprattutto degli stessi procedimenti di concertazione sociale; ed a ricomprendervi, altresì, la creazione — per quanto operata seguendo percorsi interpretativi di categorie già note — di nuovi istituti (lo si vedrà a proposito del c.d. contratto collettivo di diritto comune), ovvero l'enucleazione dei principi primi di peculiari discipline (si pensi all'esercizio del diritto di sciopero), cui soltanto in tempi successivi farà poi seguito una regolamentazione legislativa.

In secondo luogo, assumono qui — almeno nell'esperienza empirica — una maggiore complessità anche la figura e i compiti assolti dallo stesso giurista accademico. Divengono qui, infatti, assai più fluidi e comunque assai più diretti i canali di comunicazione che lo sollevano alla sfera della politica ed ai processi istituzionali di produzione normativa: vuoi attraverso la mediazione (talvolta istituzionalizzata in apposite « consulte » o in più specifiche commissioni) data dalla collaborazione, più o meno « organica », di questi medesimi giuristi con le organizzazioni sindacali dei lavoratori o con quelle dei datori di lavoro; vuoi attraverso l'assunzione, da parte loro, di incarichi politici nelle commissioni parlamentari o addirittura, nell'esecutivo, di natura ministeriale. Ora, è certo, quanto al secondo di questi aspetti, che esso ha storicamente riguardato e ancor oggi riguarda un numero non indifferente di studiosi di pressoché ogni disciplina giuridica: non si tratta però, in relazione ai giuslavoristi (e il discorso potrebbe ripetersi per pochi altri giuristi, ad es. per i tributaristi e, oggi, per gli amministrativisti), di incarichi di carattere più generico o più ampiamente politico, ma — almeno per quel che riguarda l'ipotesi di lavoro di cui sopra — di responsabilità più specifiche, o anche, se si vuole, più ristrette, eppur tali da consentire un'immediata traduzione del pensiero o delle propensioni politico-giuridiche di chi tali responsabilità assume, se non subito in norme, almeno però, certamente, in non irrilevanti *inputs* di natura immediatamente politica e addirittura legiferante. In casi

---

*del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, specie p. 425) tende a ravvisare un (tendenziale) processo di equiparazione, o di assimilazione, o almeno di identità di funzione, tra norme imperative di legge e manifestazioni dell'autonomia collettiva, con l'enucleazione d'un corrispondente criterio di ampia fungibilità tra fonti legali e fonti contrattuali della disciplina dei rapporti di lavoro.

come questi, evidentemente, Minerva nasce davvero con l'armatura addosso.

2. Anche un'altra avvertenza è forse realisticamente necessaria: occorre guardarsi, cioè, da quelle interpretazioni pseudolineari dei processi di formazione dei sistemi normativi, che vanamente tentano di presentarne la dipendenza da rigorose concatenazioni di carattere soltanto concettuale: come se gli incentivi a legiferare, nelle società complesse, non derivassero, al contrario, dalla necessità di rimediare, quando vengano in gioco interessi politicamente rilevanti, a ben concrete situazioni di necessità, se non di emergenza o addirittura di allarme sociale (4).

In realtà, la riforma del diritto del lavoro, quale si impose nella grande età della transizione all'ordinamento postcorporativo, prese le mosse, prima di tutto, dalla necessità politica, perché si presentò come reclamata dagli stessi fatti storici che diedero origine alla Costituzione repubblicana: ebbe, però, addirittura contemporaneamente, pur se in diretta conseguenza di ciò, anche la ventura offerta dall'incontro con una generazione di studiosi i cui maggiori esponenti venivano da esperienze «altre», e non soltanto capaci di sintonizzarsi sul mutamento delle condizioni istituzionali, ma anche di operare con strumenti rigorosi — una volta crollate le impalcature del preesistente sistema, e senza che a queste si sostituissero diverse e a loro volta organiche normative — l'indispensabile determinazione dei criteri di identificazione, in termini di diritto statale vigente, d'un inedito diritto extralegislativo: sì da convertirlo, questo stesso, in nuove forme di equilibrio all'interno del complessivo ordinamento democratico (5).

Non si trattava di operare modifiche parziali o aggiornamenti di settore: la riflessione giuridica non poteva più esaurirsi in considerazioni attinenti a profili prevalentemente tecnici all'interno d'una dimensione normativa da fingersi come immutata. Né apparve mai vincente la tesi dell'attendismo (*id est*: aspettiamo la riforma legisla-

---

(4) Cfr. ROMAGNOLI, *Dal diritto dell'emergenza ai nuovi scenari legislativi*, in *Lavoro, salari, istituzioni: verso l'XI Legislatura*, suppl. di *Notiz. giur. lav.*, Roma, 1992, p. 47.

(5) Cfr. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, pp. 92 s.

tiva, e solo dopo di essa — senza di che, si potrà solo parlare di « speranze tradite » — il giurista sarà di nuovo in grado di mettersi al lavoro). Venne sconfitta, insomma, una pur possibile (e pur propagandata) presa di posizione del tipo di quella, che altri ha avuto modo di criticare su un più generale piano metodologico <sup>(6)</sup>, che può suonare così: « il giurista deve stare in ozio fino a che il politico non abbia deciso quale soluzione adottare ». Semmai — va obiettato —, la scelta della rivisitazione civilistica del diritto del lavoro, tutta condotta in chiave di sviluppo dinamico degli istituti dell'autonomia privata e delle direttive interne proprie del sistema codicistico, non riuscì, a lungo — e certo, per qualche tempo e fatte salve autorevoli eccezioni, in vari casi non volle —, a rileggere quelle medesime direttive alla luce dell'innovata gerarchia delle fonti, e quindi (anche) in chiave di espansione dei principi costituzionali, da contemperarsi poi tra loro come gerarchia dei fini.

Anche nel diritto sindacale e del lavoro, in altre parole, la rivendicazione della tecnicità puramente concettualistica del lavoro del giurista nella regolamentazione dei rapporti economici e sociali — pur se vissuta come legittima reazione alle sovrastrutture ideologiche di tipo statualista e, forse, per quanto concerne l'aspirazione alla continuità di metodo con il positivismo liberale, all'interno dell'interpretazione parentetica del fascismo offerta dal pensiero crociano — minacciò di esaurirsi, non per tutti, ma certo per molti e almeno in linea di principio, in una sostanziale disattenzione e distacco nei confronti della portata innovativa, anche sul piano concettuale, degli elementi e dei principi propri della Costituzione repubblicana.

È solo il « disgelo » costituzionale, a cavallo degli anni '60, che, riaprendo anche il dibattito sulla funzione e sull'efficacia dei principi costituzionali nel diritto privato, « rimette in movimento la situazione, assicura spazi e prospettive » e soprattutto — come altri ha giustamente notato <sup>(7)</sup> —, delinea un quadro unitario di riferimento agli studiosi che alla tentazione del formalismo erano rimasti immuni

---

<sup>(6)</sup> Si tratta ancora di RODOTÀ, *op. cit.*, p. 87.

<sup>(7)</sup> Si tratta di C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Schiavone, Bari-Roma, 1990, p. 272.

e alle nuove generazioni di ricercatori. Con la sua prima sentenza, la Corte costituzionale estende la sua competenza anche alle leggi anteriori alla Costituzione e sgombra il campo dalla teoria che negava valore precettivo alle norme programmatiche della Costituzione: « si apre così il terreno per una ristrutturazione del diritto privato alla luce della Costituzione, di nuovi sviluppi civili e sociali, della ripresa di un ruolo interventista dello Stato nell'economia » (8).

Con la giusprivatistica, anche la dottrina lavoristica ritrova allora, nell'opera di adeguamento costante delle norme ai principi, « una sintonia di fondo tra il rinnovamento dei propri strumenti concettuali e i processi in atto nella società italiana » (9). Di lì a non molto, il punto di riferimento dell'impegno culturale diventerà la ricollocazione dell'intera trama del diritto del lavoro attorno ai principi costituzionali: se ci vorranno ancora anni per giungere a varare lo statuto dei lavoratori, auspicato da Giuseppe Di Vittorio fin dal lontano 1952, e con esso a realizzare l'idea di un intervento legislativo a tutela dell'esercizio dei diritti costituzionali nei luoghi di lavoro, ma, ora, anche a sostegno dell'autonomia e dell'iniziativa sindacale, ebbene questa idea rinasce ed acquista concretezza e fattibilità proprio nella seconda parte degli anni '60 (10).

3. Sono, dunque, in ogni caso, i tempi scanditi dalla storia politica e, contestualmente, i giacimenti normativi emergenti dalla continuità di applicazione del *corpus* civilistico codificato, a rendere, anche se non sempre consapevolmente, ma certo in modo oggettivo, politici del diritto i giuristi che, nell'immediato dopoguerra, si accingono a riedificare il diritto dal lavoro.

La ricostruzione non avviene, però, mediante un secco ritorno all'esperienza precorporativa. È proprio l'insieme dei principi codi-

---

(8) Si rammenti, in precedenza, CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

(9) Così ancora C. SALVI, *op. cit.*, p. 273. Quanto alla civilistica, rimane fondamentale, per l'indirizzo prospettato, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974. La più ampia apertura problematica sul raccordo tra norme civilistiche e tessuto costituzionale si trova ancora in RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 1956, p. 1 ss., ripubblicato in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 139 ss.

(10) Vedasi fin d'ora TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1972, p. 149 ss.

ficati — e non più il sottile ed argomentato rinvio agli usi normativi, ovvero alle consuetudini mercantili, talvolta qualificate « di ordine pubblico », cui avevano dovuto richiamarsi, seppur con grande accortezza tecnica, decenni prima, i probiviri e chi contestualmente rielaborava la giurisprudenza <sup>(11)</sup> — che permette, adesso, di identificare la figura del contratto collettivo di diritto comune, come strumento di composizione dei conflitti collettivi operata tra associazioni di diritto privato costituite per la tutela di interessi collettivi e come regola, frutto di autonomia privata, dei rapporti intercorrenti tra i singoli che, appunto, aderiscono ai sindacati stipulanti <sup>(12)</sup>. Ed è esattamente la consapevolezza, presente fin dall'inizio di questa incisiva operazione di politica del diritto, dell'intima struttura normativa di questo contratto, « immediatamente operante sugli effetti del contratto individuale di lavoro », e dunque subitamente « modificativa di situazioni di diritto o di potere » <sup>(13)</sup>, che induce e conforta, tra l'altro, a sostituire, nella stessa lettura ed interpretazione di molte tra le norme codificate, al contratto collettivo corporativo di natura pubblicistica di cui esse in origine parlavano il contratto collettivo di diritto privato: e dunque, come altri direbbe, a « defascistizzarle », almeno nella maggioranza dei casi e fatta salva, ovviamente, la novità costituita dalla applicazione diretta di codesto contratto, in linea di principio, soltanto agli associati.

A risultati di questo genere, che già in qualche modo incidono, di per sé, sul tessuto legislativo, e che quindi sono qualcosa di più di mere bonifiche, si giunge, dunque, introducendo, nello stesso *habitat* normativo sul quale altri aveva preteso di far germogliare i

---

<sup>(11)</sup> Vedasi REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, ripr. anastatica con introduzione di CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, Torino, 1992. Cfr. anche CAPRIOLI, *Questione di paternità*, in *Lav. e dir.* 1995, p. 405 ss., nonché ROMAGNOLI, *Un giurista liberal-democratico e il diritto dei probiviri*, in *Riv. tri. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 49 ss. e *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, p. 85 e ss. Ravvisa una riqualficazione, operata nell'ordinamento statale e *sub specie* di usi locali, di regole originariamente « sociali », CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, p. 214 e ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. TARELLO, *Teorie e ideologie*, cit., p. 51.

<sup>(13)</sup> Così, vari anni dopo, sistematicamente MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, e *Legge e autonomia collettiva*, ripubblicati in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, rispettivamente pp. 272 e 289 s. (nonché p. 305).

principi corporativi, « elementi e motivi paradigmatici della cultura liberal-democratica » (14), tra i quali, *in primis*, il riconoscimento della valenza positiva della competizione e del conflitto, così come del pluralismo associativo; ed ognuno sa quanto, di questa operazione volta ad *intelligendum* — in finzione, si potrebbe dire con il fondatore della scuola storica del diritto, di *Rechtsfindung* —, il diritto del lavoro postcorporativo (e specialmente il diritto sindacale) sia rimasto debitore di Francesco Santoro-Passarelli (15). Soltanto sul finire degli anni '50, infatti, e pur sempre nell'ambito stesso della dottrina lavoristica di ispirazione « privatistica », si manifesta un'esigenza nuova: quella non solo e non tanto di « cristallizzare il quadro formale entro cui si veniva esercitando l'autonomia sindacale », ma altresì — superando (pur presupponendola) una trattazione limitata alle forme del diritto statale — « di occuparsi, sia pure nelle grandi linee, dei contenuti normativi della autonomia collettiva » medesima (16).

È, in effetti, ad un altro giacimento che ora si fa ricorso: a quello sedimentato appunto da questa stessa autonomia negoziale. Per farvi appello, la dottrina (nella persona, questa volta, di Gino Giugni) ricorre, infrangendo dichiaratamente il mito della statualità del diritto, ad una nuova teoria sistematica ed interpretativa: che mira a fornire un adeguato schema conoscitivo dei rapporti contrattuali collettivi attribuendo natura originaria, fondata sulla capacità di porre da sé le norme destinate a regolare la produzione giuridica, al sistema stesso delle relazioni intersindacali, considerato appunto quale ordinamento irriducibile ai soli dati preesistenti dell'ordinamento statale (17). Si afferma, in altre parole — e su basi

---

(14) Sono parole di ROMAGNOLI, *Francesco Santoro-Passarelli e il diritto del lavoro*, di imminente pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 1996.

(15) Dell'opera geniale e complessa di F. SANTORO PASSARELLI sia lecito, qui, richiamare soltanto il « manifesto » originario costituito dal saggio *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 136 ss., ripubblicato in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 177 ss.; nonché, naturalmente, le varie edizioni del fortunatissimo manuale *Nozioni di diritto del lavoro*.

(16) Sono espressioni ancora di TARELLO, *Teorie e ideologie*, cit., p. 77.

(17) La nota dottrina del GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, configura l'ordinamento intersindacale come una struttura originaria (con autonomi criteri di legittimazione rappresentativa con proprie regole di competenza, con

paritarie —, il c.d. « ordinamento intersindacale », « nell'ambito del quale contratto ed obbligazione si riquaificano nella peculiare luce di strumenti organizzativi del potere sociale » (18).

Sarà proprio sul fondamento, ancorché talvolta rimesso in discussione, di questa inedita visuale, che diverrà possibile, negli anni immediatamente successivi, prender finalmente contatto, in termini rigorosamente giuridici, con una realtà altrimenti difficilmente attingibile: quella dell'intima struttura (non soltanto del contratto collettivo in sé e per sé considerato, ma) della contrattazione collettiva intesa come processo contrattuale che, specie se sorretto da formali clausole di rinvio, si snoda ed articola a vari livelli; dei riflessi che questo produce sugli obblighi e sui diritti delle parti sindacali stipulanti; del contenuto di effetto obbligatorio dello stesso impegno testuale di tregua, ricondotto al dominio delle sole relazioni tra i gruppi; del significato da assegnarsi, in particolare, alla contrattazione aziendale per un verso, e per altro verso ai procedimenti (conciliazione ed arbitrato) di c.d. « giurisdizione privata », e così via.

Soltanto molto più tardi — addirittura a cavallo degli anni '90 — ci si accorgerà, vuoi nella dottrina vuoi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, in realtà, neppure il contratto collettivo di « diritto comune » può essere considerato come una fattispecie giuridica di diritto privato una ed universale, sempre eguale a sé medesima, indipendentemente dalle modifiche subite dalla sua funzione. Che potrà infatti diversificarsi a seconda che lo scopo perseguito sia di carattere immediatamente normativo sui rapporti individuali di lavoro, ovvero si traduca in una dimensione procedimentale cui il datore si assoggetta in tema, ad es., di licenziamenti o trasferimenti collettivi; oppure si tratti, ancora, di contratti « di riallineamento »,

---

peculiari strumenti, quale ad es. lo sciopero, atti a ristabilire, se turbato, un ordine diretto « prima ancora che a realizzare la tutela dei suoi destinatari, a fissare un equilibrio di interessi fra forze sociali contrapposte »; e quindi come un sistema autosufficiente di norme sulla produzione giuridica, entro le quali si risolve lo stesso fenomeno organizzativo; sistema che ha per fondamento il riconoscimento della reciproca funzione rappresentativa assoluta dalle parti, e l'attribuzione all'accordo comune del carattere di fonte permanente per ogni possibile regolamento di interessi collettivi). Vedasi, soprattutto, le pp. 93 ss.

(18) Così ancora GIUGNI, *op. cit.*, p. 116.

destinati a favorire il graduale ritorno alla legalità (ad es., contributiva) di iniziative imprenditoriali che, specie nel Mezzogiorno — ora animate da intento di sfruttamento, ora, invece, soltanto per sopravvivere — a queste legalità si sono sottratte, e ad agevolare con questo anche la c.d. « riemersione » del « lavoro nero ». Altri ed ancor più delicati problemi di qualificazione susciterà, sempre negli anni più vicini a noi ed in quelli che stiamo vivendo, la trasposizione della figura contrattuale di cui parliamo negli stessi comparti del pubblico impiego (tema che, per altro, in queste giornate di studio è affidato a diverso relatore): discutendosi, allora, se i vincoli di vario tipo posti a salvaguardia dei tetti di spesa fissati dagli strumenti di bilancio e dalle leggi finanziarie siano o no compatibili (in quanto interpretati come « esterni » o, al contrario, come coesenziali, e come tali « funzionalizzanti » la negoziazione sindacale condotta in questi settori) con la piena riconduzione di questi contratti, ancora una volta, all'autonomia negoziale privata.

Nel frattempo, però, il riconoscimento delle grandi virtualità dell'ordinamento intersindacale teorizzato da Gino Giugni non si esaurisce nella miglior conoscenza di una trama giuridicamente apprezzabile delle relazioni industriali, entro la quale si snoda la fenomenologia poco fa ricordata. Esso si sviluppa anche nella qualificazione di più complesse vicende: perché l'identificazione della reciproca funzione rappresentativa assolta dalle differenti parti sindacali e delle rispettive competenze — fonte riconosciuta della struttura originaria dell'ordinamento intersindacale —, lungi dal produrre effetti nel solo circuito dei rapporti tra sindacati concorrenti o contrapposti, trova nuovi canali di comunicazione con lo stesso ordinamento statale, e, questa volta, non più soltanto attraverso gli strumenti dell'interpretazione che rendono conoscibili gli accadimenti sindacali in termini di diritto dello Stato, ma, seppur in modo indiretto, del tutto fattuale e (se si vuole) prodromico, proprio sul piano della produzione legislativa.

Infatti, allo scambio bipolare tra le confederazioni « maggiormente rappresentative » dei lavoratori da un lato e, dall'altro, le rappresentanze di interessi dell'industria privata e in mano pubblica, si affianca, almeno a partire dal 1983, uno scambio tripolare, il cui terzo polo è costituito dal Governo: inteso non tanto come datore di lavoro, quanto come detentore delle risorse destinate, in primo

luogo, ad incrementare i livelli di occupazione e le prestazioni in cui si sostanzia lo « Stato sociale ». Una parte importante dei « Protocolli d'intesa » in cui lo scambio stesso si traduce porta, allora, alla predisposizione di materiali destinati ad essere successivamente immessi, secondo le forme costituzionalmente previste, nell'ordinamento giuridico dello Stato, e la concertazione tripolare si pone, così, come anomala fonte politica di produzione normativa, in particolare attraverso le leggi « negoziate » che ne discendono e che ad essa sono ombelicalmente collegate. Si fa più intima, insomma, la connessione tra i due ordinamenti (ad es., le vicissitudini e infine la scomparsa del più importante tra gli automatismi salariali ormai regolati anche per legge, come dire la « scala mobile », vanno di pari passo e quasi si immedesimano con le successive e più rigorose ridefinizioni della struttura della contrattazione collettiva e dei suoi livelli): e questo, se provoca, da un lato, riflessi, inconvenienti e persino perturbazioni sul piano dei rapporti tra gli organi costituzionali, si accompagna anche (e paradossalmente, se si pensa che il nuovo fenomeno nasce proprio da un'accentuazione del rilievo attribuito al ruolo dell'autonomia sindacale) a rischi di « istituzionalizzazione » del sindacato stesso, chiamato a trattare con l'esecutivo anche a nome di cittadini (come contribuenti o come destinatari di prezzi o tariffe, ovvero come percettori di redditi nominali taglieggiati dall'inflazione e così via) che al sindacato stesso non hanno rimesso, a tal proposito, mandato alcuno<sup>(19)</sup>. Quale che sia la risposta che deve darsi a questi problemi, sembra in ogni caso significativo che a molte tra le fasi più rilevanti di concertazione sociale a struttura tripolare sia legato, indirettamente o invece in prima persona, proprio l'antico ideologo dell'ordinamento intersin-

---

(19) Mi si consenta di rinviare, per questa problematica e per esempi concreti, a GHEZZI, *Effetti sul diritto del lavoro e riflessi costituzionali dei procedimenti di concertazione sociale*, in *Boll. inf. cost. e parl.*, 1993, p. 55 ss., ripubblicato in *Dinamiche sociali, Riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, Torino, 1996, p. 197 ss. Già in precedenza, le tendenze dell'ordinamento intersindacale a reagire sul diritto pubblico dello Stato (e queste tendenze « operano indiscutibilmente nel senso di una diversa dislocazione dei centri effettivi di potere e possono pertanto avere consistenti riflessi sul piano degli stessi rapporti costituzionali ») erano state lucidamente avvertite ancora da GIUGNI, *Stato sindacale, pansindacalismo, supplenza sindacale*, in *Pol. del dir.*, 1970, p. 49 ss., specie p. 50.

dacale, vuoi come esperto (o, forse, « demiurgo ») in un primo tempo, vuoi, in tempi successivi, ad es. in occasione del notissimo accordo del 23 luglio 1993, come Ministro del lavoro.

Ancor più complesso, nel lungo periodo, il discorso sul diritto di sciopero: il cui problema appare, fin dall'inizio, quello delle « condizioni d'uso »<sup>(20)</sup> del concetto giuridico di sciopero, o, meglio, della normativa in cui esso si risolve; delle condizioni, cioè, in presenza delle quali risulta accettabile una proposizione del tipo: il debitore di lavoro che rifiuta di adempiere la prestazione, pur ancora possibile, perché è in sciopero, non è inadempiente.

Si sviluppa allora, di fronte alla norma, immediatamente precettiva, espressa dall'art. 40 Cost., ed al vano rinvio che vi si legge, un tipico « momento giurisprudenziale del diritto legale »<sup>(21)</sup>, come dire una fase di elaborazione inventiva da parte dei chierici del diritto (giuristi o giudici che siano), consapevoli o no del fatto che « il significato di una enunciazione normativa, cioè la norma, non è precostituito al, ma è prodotto dal, processo interpretativo »<sup>(22)</sup>. Ma, proprio per il fatto che la legge di attuazione costituzionale non viene emanata (né lo sarà, fatte salve le disposizioni protettive e garantistiche contenute nello statuto dei lavoratori del 1970, fino alla legge n. 146 del 1990, limitata per altro al solo sciopero nei servizi pubblici essenziali), quella stessa elaborazione inventiva si riduce, per molto tempo, a cercar di colmare il vuoto legislativo interpolando gli spazi lasciati liberi (un *gap stopping*, insomma): individuando, cioè, con iniziativa propria e per proprio conto, tutti quei presupposti di applicazione di cui tace la legge costituzionale, allo scopo di disapplicare le norme contenute nella Costituzione e di restituire vigore al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, tutte le volte in cui sia constatato che quegli stessi presupposti di applicazione, o condizione d'uso, siano venuti meno. Ma i presup-

<sup>(20)</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 113.

<sup>(21)</sup> In conformità ai risultati raggiunti da LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*.

<sup>(22)</sup> Così TARELLO, *Il problema dell'interpretazione: una formulazione ambigua*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, p. 349 ss., qui p. 357, e già *Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 405 ss., specie pp. 424 e 427 ss.

posti in parola vengono individuati — ecco il punto — mediante una tecnica definitoria gravida di conseguenze pratiche e politiche. Se, infatti, si assume — come fa a lungo la cultura giuridica dominante — che lo sciopero consiste soltanto in « un'astensione concertata dal lavoro per la tutela d'un interesse professionale collettivo », ne consegue che esso è legittimo solo in quanto sia rivolto a realizzare scopi di carattere economico, ottenibili soltanto nei confronti del datore di lavoro, e si concretizzi, per di più, in un'astensione « completa » dal lavoro, con perdita, quindi, dell'intero corrispettivo.

Solo verso la fine degli anni '60 la dottrina giuridica si accorge che, così interpretando — « prolungando », cioè, quasi si tratti d'una tangente, « quel che metaforicamente si dice volontà del legislatore » (23), ma in modo da escludere dalla sfera della legittimità, ad es., proprio in quanto non « completi », soprattutto gli scioperi « articolati » —, non si tiene presente, ed anzi la si sovverte, la stessa gerarchia delle fonti che l'ordinamento presenta: ed infatti la metaforica volontà del legislatore che, appunto, occorre « prolungare », non è, come per vari lustri si è fatto, quella del legislatore ordinario, sibbene — soprattutto in un ordinamento a costituzione « rigida » — quella del costituente. È alla luce della norma costituzionale, insomma, che, qui come in ogni altro campo, va riqualificata ed interpretata la legge ordinaria, e non viceversa. C'è di più: svaniscono, agli occhi di quella medesima dottrina, i termini stessi elaborati dalla menzionata tecnica definitoria, cui si sostituiscono (proprio allo scopo di rendere più efficienti, perché più ricche di informazioni rilevanti, le stesse premesse del discorso giuridico) i dati, storiograficamente ricostruiti, forniti dalle rilevazioni empiriche della sociologia del lavoro e delle relazioni industriali: e queste, come anche la storia del movimento sindacale, mostrano che le molteplici forme assunte volta per volta dal « fenomeno » sciopero — al pari dei tipi e delle tattiche non solo del conflitto, ma anche della contrattazione — danno luogo ad una morfologia di comportamenti

---

(23) Così MELANDRI, *È logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?*, in *Studi in memoria di A. Gualandi*, II, Urbino, 1969, p. 127. Il medesimo saggio anche in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1 ss.

umani accertabili e descrivibili soltanto *ex post*, che sfuggono, comunque, alle maglie di qualsiasi definizione precostituita.

L'opera di questa dottrina critica <sup>(24)</sup>, che incide profondamente, negli anni successivi, anche sulla giurisprudenza, trova, in qualche modo, un suo coronamento, nel 1968, in una sorta di *dissenting opinion* espressa, in sede scientifica, da un giudice costituzionale (e di lì a poco presidente della Consulta) quale Giuseppe Branca. L'impostazione metodologica del suo intervento <sup>(25)</sup> tende infatti, tra l'altro, a raccomandare all'interprete di tener presenti i frutti delle indagini empiriche, rinunciando a servirsi di concetti prefabbricati a tavolino; mentre, a loro volta, è vero che i doveri di buona fede e correttezza incombono sui lavoratori come su tutti i soggetti dei rapporti obbligatori — e così dicasi del limite (se ed in quanto operante nell'ordinamento) costituito dal divieto di abuso del diritto —, « ma sia chiaro: a quei doveri si viene meno solo quando il comportamento, oltre che riprovevole, non è utile agli scioperanti (arg. anche dall'art. 833 c.c.) ».

4. È tuttavia nello statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970) che dialetticamente convergono, per poi sistematicamente integrarsi, tendenze e prospettive di politica del diritto tra loro diverse, di parte delle quali si fanno alfieri giuristi di differente estrazione, spesso simpatetici verso l'una o l'altra delle grandi centrali confederali. Debbono superarsi, però, talune iniziali antinomie. Da un lato, prima di tutto, la contrarietà ad interventi legislativi (persino alla prima e ancor limitata normativa sui licenziamenti individuali, espressa dalla legge n. 604 del 1966), fatta tradizionalmente propria dalla CISL; d'altro lato, la convinzione della CGIL, sin dai tempi di Di Vittorio, che l'intervento del legislatore non solo abbia ad auspicarsi, ma che, per essere davvero fecondo, debba consistere

---

<sup>(24)</sup> Per la quale mi si permetta rimandare a GHEZZI, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 24 ss., ripubblicato in *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, cit., p. 223 ss. Vedansi anche MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero e il c.d. danno ingiusto*, ancora in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 49 ss., nonché BIGLIAZZI-GERI, « Strozziatura » della produzione o del diritto di sciopero?, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, p. 457 ss.

<sup>(25)</sup> GIUS. BRANCA, *Riflessioni sullo sciopero economico*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, specie p. 161.

nell'applicazione al mondo del lavoro dei principi costituzionali, assistiti, quando necessario, da un robusto apparato sanzionatorio di tipo penale.

Sconfitta, poi, la linea astensionista dall'approvazione della prima legge limitativa dei licenziamenti, ecco manifestarsi una seconda antinomia: se, cioè, sia davvero sufficiente realizzare la parola d'ordine della « Costituzione nelle fabbriche », o se invece non debba privilegiarsi, anche (pur non soltanto) a miglior supporto dell'effettività dei diritti dei lavoratori, la promozione di più elevate garanzie per la presenza organizzata dell'attività dei sindacati nei luoghi di lavoro <sup>(26)</sup>. Si parla, a questo proposito — ed anzi talvolta se ne esasperano le differenze —, di una « linea costituzionale » sostenuta, in primo luogo, dai giuristi d'ispirazione marxista <sup>(27)</sup>, contrapposta ad una linea « sindacale » o « riformista », più o meno consapevolmente debitrice dei canoni interpretativi e delle linee d'azione espresse dalla teoria dell'ordinamento intersindacale <sup>(28)</sup>.

Ora, non v'è dubbio che lo statuto, quale poi viene varato, si atteggi in gran parte come legislazione di sostegno dell'iniziativa

<sup>(26)</sup> Vedasi ancora TARELLO, *Teorie e ideologie*, cit., specie p. 149 ss.

<sup>(27)</sup> Facenti capo, allora, soprattutto alla *Rivista giuridica del lavoro*. Vedasi, ad es., dapprima SMURAGLIA, *Un problema ormai maturo: lo statuto dei diritti dei lavoratori*, *ivi*, 1966, I, p. 265 ss., e poi — fortemente critico sul progetto di legge governativo di Brodolini e Giugni — NATOLI, *Luci ed ombre del disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, *ivi*, 1969, I, p. 315 ss.

<sup>(28)</sup> Su questo confronto di idee, si rilegga soprattutto MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Pol. del dir.*, 1970, p. 56 ss. Quanto ai precedenti contributi dottrinali volti ad accentuare, nell'emanando statuto, i profili di sostegno all'iniziativa sindacale, vedansi, ad es., ROMAGNOLI, *Lo statuto dei diritti dei lavoratori*, ne *Il Mulino*, 1965; GIUGNI, *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *Economia e lavoro*, 1967, n. 2; GHEZZI, *Intervento alla Tavola rotonda Per una moderna legislazione sui rapporti di lavoro*, *ivi*, 1967, n. 2; TREU, *Una legislazione di sostegno alla contrattazione*, in *Dibattito sindacale*, 1968, n. 2, ed ancora *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1626 e ss.; nonché la più ricca bibliografia ricordata in *Appendice a TARELLO, Teorie e ideologie*, cit. Alla fine dei conti, lo statuto dei lavoratori appare davvero — come scrive oggi GIUGNI, *Socialismo: l'eredità difficile*, Bologna, 1996, p. 52 ss. — « come il prodotto di un riformismo di impronta pragmatica o laburista, ben accetto nella capiente casa ideologica del socialismo italiano, ma forse più vicino agli orientamenti del socialismo giuridico dei primordi o al messaggio del *New Deal* che non alla cultura delle c.d. riforme di struttura affermatasi nel postfascismo ».

sindacale, e che in questo rifletta l'*input* politico di un sindacalista divenuto Ministro del lavoro come Giacomo Brodolini, il cui « braccio » progettuale è però Gino Giugni: cui un'acquisita posizione operativa consente, a quel punto, di scavare nuovi e ben precisati momenti di collegamento tra dinamiche dell'ordinamento intersindacale e garanzie proprie dell'apparato giuridico statale. E tuttavia, a ben vedere, nel tessuto normativo ormai compiuto si manifesta subito l'impossibilità, ed anzi l'artificiosità, di continuare a distinguere tra linea « costituzionale » e « linea sindacale ».

In realtà, se lo scopo della normativa resta quello di « assicurare libertà e dignità al singolo lavoratore specialmente potenziando e garantendo la presenza (contrattuale) del sindacato nel posto di lavoro » (29), questo fine trova sostanza concreta sia in una serie di situazioni giuridiche attive attribuite ai lavoratori come singoli (in tema, ad es., di protezione della personalità, di esercizio dei diritti fondamentali, di salvaguardia del patrimonio professionale e così via); sia in immunità parimenti accordate ai singoli, riguardo alle quali è però previsto un intervento sindacale nella contrattazione delle modalità da seguirsi ove quelle immunità ammettano eccezioni (vedansi i casi degli impianti di controllo a distanza e delle visite personali di controllo); sia in un susseguirsi di norme in cui l'interesse individuale e quello collettivo si integrano vicendevolmente (dalla stessa disciplina dettata in tema di atti discriminatori alle guarentigie riconosciute ai dirigenti sindacali « interni » ed « esterni » e via dicendo); sia, evidentemente, in altre norme in cui l'interesse collettivo risalta in primissimo piano (si pensi, ad es., alla costituzione delle rappresentanze sindacali ed ai diritti che loro spettano: cioè proprio a quel terreno di intervento legislativo che, per altri motivi, diverrà poi incandescente oltre vent'anni dopo, quando si porrà il problema — che lo statuto neppure affronta — della posizione giuridica dei lavoratori, iscritti o no, nei confronti del sindacato che contratta). Le norme cardine — i veri e propri punti di intersezione tra le due dimensioni in parola — sono tuttavia, anche se al momento dell'entrata in vigore non ci se ne accorge immediatamente, quelle che scolpiscono situazioni di interesse tu-

---

(29) Così TARELLO, *Teorie e ideologie*, cit., p. 152.

telabili mediante iniziative processuali di carattere collettivo (dalla tutela della salute a quella del sindacalista licenziato, dalla repressione di trattamenti discriminatori a quella, più generale, del comportamento antisindacale in senso ampio: ove, non per nulla, si identificano, appunto, condotte denominate « plurioffensive », in quanto lesive vuoi dell'interesse sindacale, vuoi di situazioni soggettive inerenti al rapporto di lavoro).

Le « rughe » dello statuto — come saranno definite — verranno alla luce più tardi, e su piani ora specifici, ora di ampia portata. Anche allora, però, su oggetti e da angolazioni politiche differenti. Se, ad es., è la giurisprudenza ad attenuare talune rigidità insite nella tutela del patrimonio professionale — e del resto la stessa nozione di qualifica intesa come « contenitore fisso » mal si concilia con le esigenze di polifunzionalità e di interrelazione oggi esibite da taluni moduli organizzativi « post fordisti » —, è invece la stessa legge (n. 108 del 1990) che interviene a modificare la disciplina della reintegra, per un verso estendendone il campo di applicazione, e per altro verso, paradossalmente e mediante l'attribuzione facoltativa al lavoratore licenziato d'una sorta di super-tutela obbligatoria, riducendo l'interesse del medesimo ad una reintegrazione effettiva <sup>(30)</sup>. Di carattere più generale, invece, sono i profili di sofferenza e di lacunosità che, sanati, almeno (e, per ora, solo) potenzialmente, dalla legge n. 125 del 1991, riguardano l'effettiva salvaguardia dalle discriminazioni fondate sul sesso (d'altronde, l'intera tematica della differenza di genere, e dunque anche delle azioni positive, non poteva che restare ignorata da un testo assai precedente la specifica maturazione culturale avvenuta, sotto questo aspetto, solo molti anni dopo). Né, parimenti, poteva chiedersi al legislatore del 1970 di antivedere il pur imminente dominio delle tecnologie informatiche e la crisi che esse avrebbero indotto vuoi nella configurazione e nell'uso delle apparecchiature finalizzate al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, vuoi in tema di indagini, e della loro possibilità d'incrocio mediante banche dati, sulle opinioni e su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale.

---

<sup>(30)</sup> Sul punto vedasi NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Dig.*, 4<sup>a</sup> ed., IX, Torino, 1994, pp. 37 ss.

Ma all'elaborazione giuridica al riguardo civilistica e lavoristica <sup>(31)</sup> — che aspira a porsi a sia pur mobile guardia di nuove frontiere nella tutela di diritti fondamentali — hanno corrisposto, per ora, scarse innovazioni normative.

Tutta politica, invece — e per motivi, del resto abbastanza noti, sui quali sarebbe un fuor d'opera insistere in questa sede —, la crisi del concetto giuridico di maggiore rappresentatività sindacale, eliminato (quanto, però, alla sola norma statutaria), solo venticinque anni dopo, ad opera di un *referendum* abrogativo popolare: del resto, come poco fa si avvertiva, la legislazione di sostegno al sindacato in fase di contrattazione dava per scontato uno stato dei rapporti tra sindacati e lavoratori (iscritti o no che essi fossero), fondato sulla presunzione d'un durevole consenso, e non si poneva, di conseguenza, il problema dei rapporti effettivi, direttamente radicati negli interessi in gioco, tra mandatario e mandante: questione oggi aperta e — malgrado il contributo portato, sullo stesso piano della proposta di riforma legislativa, ancora da Gino Giugni, in quanto Ministro del lavoro, da Carlo Smuraglia, da Umberto Romagnoli e anche dall'autore di queste pagine <sup>(32)</sup> — ancora lontana, a quanto sembra, da una soluzione. È qui, forse — oltre che nel non riuscire, per evidenti ragioni storiche, ad individuare più agili tecniche di garanzia da giustapporre ai nuovi moduli organizzativi poco fa rammentati, meno gerarchizzati e precostituiti come essi sono, ma non meno intimamente estranei di quelli «fordisti» a qualunque momento di effettiva redistribuzione dei poteri di gestione —, il punto di maggior caduta d'una normativa che, per altro, rappresenta ancor oggi, nel suo insieme il momento più innovativo cui la cultura giuridica lavoristica abbia saputo collaborare nell'ultimo cinquantennio.

## 5. Il contributo dato dal pensiero giuridico all'innovazione

<sup>(31)</sup> Si veda BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.

<sup>(32)</sup> Per un'analisi delle varie proposte e dei contributi citati, vorrei rinviare ancora a GHEZZI, *Dopo l'XI Legislatura: la rappresentatività sindacale tra iniziativa legislativa e referendum*, in *Lav. e dir.*, 1994, p. 351 ss. Sul tema del rapporto tra sindacati e consenso negli anni '90 (dal monopolio confederale alle rappresentanze sindacali unitarie), cfr. CARRIERI, *L'incerta rappresentanza*, Bologna, 1995.

legislativa e quindi al processo di produzione del diritto del lavoro non si arresta qui. Al contrario, è proprio (anche se, certo, non esclusivamente e in modo mediato) l'apporto del « ceto degli operatori giuridici », inteso nel senso già più volte espresso, che, negli ultimi tempi e soprattutto nell'arco della X e dell'XI Legislatura, favorisce, da un lato, « il riaccostarsi del diritto sindacale e del lavoro alla fonte regolativa eteronoma a dispetto del suo passato extralegislativo »<sup>(33)</sup>, e d'altro lato, con le ulteriori innovazioni, perfino — come si cercherà di illustrare con qualche esempio — diverse tecniche espressive e di attuazione delle nuove normative.

Il tutto diviene però, per altri aspetti, più disorganico, e diventa più difficile individuare autori e contorni. Così ad es., potrebbe essere eccessivo indicare nei contributi di alcuni giuristi -parlamentari l'*input* decisivo per l'emanazione della legge n. 108 del 1990 in tema di licenziamenti individuali, che, oltre a riformare, seppure con le descritte ambiguità, gli istituti della stabilità « reale » (o reintegratoria), ne fa comunque la regola, e in ogni caso estende sia questa che la minor tutela di carattere obbligatorio (o risarcitorio) anche ai datori di lavoro non imprenditori, e senza stabilire più, riguardo a quest'ultima, limiti di applicabilità « verso il basso ». In realtà, il terreno era già stato dissodato, a questo proposito, da numerose sentenze della Consulta, volte ad affermare che il recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro non rispondeva ormai più, da tempo, ad alcun principio generale del nostro ordinamento, valendo, semmai, un principio di civiltà giuridica esattamente opposto; ed elemento decisivo per la nuova legge divenne poi la necessità politica di evitare qualche effetto giudicato abnorme della preventivata approvazione d'un imminente *referendum* abrogativo dei preesistenti limiti di applicazione. Ciò premesso per dovere di verità, gli *Atti* parlamentari testimoniano tuttavia il sia pur parziale recepimento, da parte della l. n. 108, di molte tra le norme più rilevanti formulate nelle proposte di legge presentate da questi studiosi in (temporanea) veste di legislatori<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Così nell'editoriale di *Lav. e dir.*, 1992, p. 3 dedicato appunto ad illustrare il programma d'un seminario indetto dalla medesima *Rivista* su « *Lavoro e diritto nella X Legislatura* ».

<sup>(34)</sup> Vedasi — anche per gli spunti poi non accolti delle proposte (n. 2324 del 1988

Un discorso analogo, ma solo in parte, può essere fatto per la disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali: solo in parte, appunto, perché il *primum movens* va individuato, questa volta, nella « piattaforma » sindacale unitaria presentata al Senato già nel febbraio 1988, elaborata sulla base d'un « parere di massima » reso da un comitato di giuristi, « vicini » alle tre Confederazioni « storiche »<sup>(35)</sup>; cui, poi, si aggiungono altre proposte di iniziativa parlamentare, tra le quali, *in primis* — tra loro diverse per qualche significativo aspetto, ma accumulate nella medesima prospettiva metodologica di una legislazione di sostegno che identifica nell'attività negoziale collettiva la fonte prioritaria, ancorché non esclusiva, della disciplina da applicarsi a sostanziale contenimento dell'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti a lavoratori ed utenti —, quelle presentate da Gino Giugni e dall'autore del presente saggio<sup>(36)</sup>.

Nel caso della legge n. 146 del 1990, però, il discorso che stiamo svolgendo è ulteriormente complicato (e anche arricchito sotto il profilo che qui interessa) dal fatto che la legge medesima demanda non soltanto la salvaguardia della applicazione dei suoi principi, ma il loro stesso sviluppo ed attuazione ai giudizi di idoneità dei contratti ed accordi collettivi, alle valutazioni ed alle autonome proposte rese da una speciale « Commissione di garanzia », composta, come vuole il suo art. 12, da « esperti in materia di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e di relazioni industriali », scelti su designazione dei Presidenti delle Camere. Sono queste nove

---

e n. 466 del 1989) avanzate dall'autore di queste note: ad es., il superamento della distinzione tra datore nel suo complesso e unità produttiva, oppure l'indicazione di altri requisiti, oltre a quello del numero dei dipendenti, quali quelli della potenzialità economica e del capitale investito, da utilizzarsi per individuare la dimensione aziendale —, MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, p. 4.

<sup>(35)</sup> Il comitato di giuristi era composto da Piergiorgio Alleva, S. Benvenuto, Cardì, Carinci, Marco D'Alberti, Edoardo Ghera, Luigi Maliucci, Marcello Pedrazzoli, Carlo Perone, Mario Rusciano e Tiziano Treu. Il loro « parere di massima » (del 18 dicembre 1987) si trova in *Sciopero e servizi essenziali* commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146 (nella collana monografica delle *Leggi civili commentate*, n. 5, Padova, 1991, p. 210 ss.), nonché in *Lo sciopero nei servizi essenziali*, a cura di Rusciano e G. Santoro-Passarelli, Milano, 1991. p. 353 ss.

<sup>(36)</sup> Le proposte di legge Giugni (A.S. 317 del 1987) e Ghezzi (A.C. 2521 del 1988) si trovano ancora nel citato volume edito dalle *Leggi civili commentate*, rispettivamente alle pp. 207 ss. e 215 ss.

persone riunite in collegio « il soggetto — come si è scritto — dell'implementazione della legge, ossia del sistematico arricchimento, per approssimazioni successive e aggiustamenti graduali, delle tecniche idonee alla realizzazione degli obiettivi legislativamente predeterminati »<sup>(37)</sup>. Qui, dunque, la cultura giuridica è chiamata a contribuire direttamente, per così dire, alla « interiorizzazione generalizzata delle nuove regole del conflitto »<sup>(38)</sup>. Infatti, le decisioni della « Commissione di garanzia » — prescindendosi, qui, dai profili tecnici riguardanti la loro precisa qualificazione — si esprimono, pur non producendo effetti immediatamente provvedimentali e con tutta la (spesso criticabile) scarsità delle loro motivazioni, in una dimensione sostanzialmente amministrativistica (e la « segnalazione » operata dalla Commissione diviene condizione di legittimità per la stessa applicazione di determinate sanzioni ai soggetti collettivi), che però trascolora talvolta in aspetti riconducibili ad esperienze (originariamente proprie di altri ordinamenti) di giudizi o valutazioni di portata imminente sociale. E queste decisioni divengono (nel caso delle « proposte » emanate in tema di prestazioni indispensabili e in funzione integrativa o anche suppletiva della stessa contrattazione collettiva) vincolanti di fatto (anche se non di diritto), vuoi per la autorevolezza quale imprescindibile termine di riferimento, come dire fonti in senso materiale, che loro riconoscono (pur potendo disapplicarle o anche disconoscerne la legittimità) gli stessi giudici togati, vuoi perché esse possono porsi a base dei provvedimenti di precettazione (a loro volta radicalmente rivisitati dalla legge in parola).

---

<sup>(37)</sup> Secondo l'icastica descrizione fornita da ROMAGNOLI, nel *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca e proseguito da Pizzorusso (*Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, art. 40, Supplemento a cura di Romagnoli e Ballestrero Bologna- Roma, 1994, p. 28), gli autori della legge avrebbero paragonato il principio di solidarietà, che regge la legge medesima, « ad uno strumento musicale da cui non è consentito ricavare il suono che più piace a chi lo usa, ma solo il suono che ragionevolmente si aspetta la platea a cui è destinato »; e tuttavia, « poiché quest'ultima è un'entità fluida e amorfa, umorale e suggestionabile, essa appare bisognosa della supplenza esercitabile da un gruppo d'ascolto permanente e chiaramente identificato »; ma il gruppo d'ascolto — questo è il punto — ha « non solo competenza di verificare se la melodia corrisponde alle attese, ma persino poteri di correzione dello stesso spartito ».

<sup>(38)</sup> Così ancora ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 51.

Divenuti, nei fatti, qualcosa di più di semplici malleadori dell'adeguatezza delle prestazioni indispensabili — e pur rimanendo qualcosa di meno, o di diverso, dai giudici —, i « garanti » che (proprio in quanto studiosi di diritto) assumono quelle decisioni, pur senza diventare soggetti della dinamica delle relazioni sindacali, svolgono dunque un lavoro, seppur circoscritto, di sostanziale produzione giuridica <sup>(39)</sup>. Ciò, ad es., quando, colmando con la fantasia certe lacune della legge istitutiva, ma nel solco delle indicazioni tracciate dalla Corte costituzionale <sup>(40)</sup>, escogitano inedite procedure sia per la valutazione dei comportamenti (con tanto di « avviso di garanzia » per le parti sociali), sia per l'invito a modificare predeterminate modalità di azione diretta. Ma soprattutto quando, dipanando (ancora una volta) una sorta di « diritto pretorio », qualificano l'« essenzialità » di taluni servizi pubblici, o di determinate loro parti, traendola, in via indiretta, dalla constatazione d'un nesso di strumentalità necessaria con altri servizi certamente indicati dalla legge, ovvero desumendola dall'estrema complessità e non segmentabilità del servizio stesso considerato nel suo insieme; o quando, seppur con qualche funambolismo sui bordi sfumati della legge, ma certo a miglior tutela degli utenti, elaborano regole e principi di carattere extratestuale che in vario modo scoraggiano fenomeni di addensamento, contiguità o concomitanza di azioni di sciopero; e così via seguitando e distinguendo.

Osservazioni sostanzialmente diverse — e non solo perché si tratta d'un orientamento più « mirato » — possono invece riguardare la traiettoria che conduce, nell'arco di alcuni anni, la legislazione sul lavoro femminile da una dimensione garantistica e protettiva ad una prospettiva dinamica e promozionale. « Dalla tutela alla parità » è il titolo, sintetico e suggestivo, di un libro di Maria Vittoria

---

<sup>(39)</sup> Hanno fatto parte della « Commissione di garanzia », nei suoi primi due mandati triennali: Sabino Cassese (poi dimissionario e sostituito nella presidenza da Antonio D'Atena), Tiziano Treu (anch'egli dimissionario), Mario Rusciano, Umberto Romagnoli, Aris Accornero, Edoardo Ghera, Giuseppe Suppiej, Carlo Perone, Mario Grandi, Pierfrancesco Grossi. Nel terzo mandato, ne fanno attualmente parte Gino Giugni, Maria Vittoria Ballestrero, Luisa Galantino, Giamprimo Cella, Sergio Magrini, Francesco Santoni, Giulio Prosperetti, Ugo Rescigno e l'autore di questo scritto.

<sup>(40)</sup> Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 57, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 738.

Ballestrero pubblicato nel 1979 <sup>(41)</sup>. Ma, ben presto, si va oltre la vecchia parola d'ordine paritaria: e ciò anche sull'onda delle teorie, ricche di implicazioni sul piano giuridico, che mirano invece — fatta salva la base paritaria dei diritti — ad affermare la « differenza », come dire la specificità del soggetto femminile, e dunque il « diritto alla differenza » anche per quel che riguarda il lavoro. Ci porterebbe troppo lontano ricordare qui, singolarmente, i contributi di studio e di proposta che, provenienti soprattutto dalle giuriste (ma, ad onor del vero, anche da giuristi), preparano la via all'affermazione della normativa che — anche in attuazione di direttive comunitarie — predispone la legge n. 125 del 1991 intendendola come strumento per il conseguimento di obiettivi di eguaglianza in senso sostanziale. Ed è anche vero che, come annota Marzia Barbera, proprio la legge n. 125 è divenuta un autentico esempio di « realtà virtuale », dal momento che, a qualche anno dalla sua approvazione — e malgrado le innovazioni processuali che essa contiene in tema di legittimazione ad agire e di ripartizione degli oneri probatori — « ci ritroviamo a parlare soprattutto di opinioni dottrinali e non di decisioni giurisprudenziali » <sup>(42)</sup>. Tuttavia, non è escluso che in essa « sia prefigurato un itinerario destinato a concludersi, come ritiene Maria Vittoria Ballestrero, con l'estensione dei rimedi contro le discriminazioni per ragioni di sesso al di fuori del loro campo di applicazione, in modo da consentirne la fruibilità da parte di quanti appartengono a categorie comunque sfavorite » <sup>(43)</sup>.

Assai più difficile, al limite rapsodica, una ricerca condotta sugli *inputs* offerti dalla cultura giuridica alla regolamentazione del mercato del lavoro. Si può citare, a mo' d'esempio, l'insieme di interventi più volte effettuati, a questo proposito e con intenti politici tra loro diversi (ora più, ora assai meno garantistici verso i lavoratori), in Parlamento, da Pietro Ichino e, in sede governativa, da Gino Giugni, da Francesco Liso e, oggi, da Tiziano Treu, nonché, ancora

---

(41) BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979.

(42) Così M. BARBERA, *Intervento*, in *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI congresso nazionale di diritto del lavoro (Gubbio, 3-5 giugno 1994), Milano, 1996, p. 207.

(43) Sono parole di ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, in *Lavoro e discriminazione*, cit. p. 149 ss., qui p. 172.

in sede parlamentare, anche da chi scrive, sulle riforme succedutesi (in particolare con la legge n. 223 del 1991) in tema di cassa integrazione, mobilità, licenziamenti collettivi e regime delle assunzioni. Oppure, si può vedere, nelle norme della legge n. 236 del 1993 che estendono alle cooperative di produzione e lavoro la disciplina generale dettata in tema, ancora, di integrazioni salariali e di riduzioni del personale, un tardivo riconoscimento (ancora contestato, per altro, da gran parte della giurisprudenza di legittimità e perfino da quella costituzionale) della lettura del lavoro in cooperativa, risalente soprattutto a Marco Biagi, che « distingue nel cooperatore di lavoro gli aspetti attinenti alla sua posizione di socio da quelli che invece riguardano il suo coesistente *status* di lavoratore subordinato » ed individua, nella disciplina che ne regge l'attività negoziale complessiva, un giustapporsi o, meglio, un combinarsi di fonti, tra le quali, ancorché non esclusiva, proprio la normativa lavoristica <sup>(44)</sup>. L'esemplificazione potrebbe continuare: e tuttavia è lo stesso, altissimo grado di sfrangiamento della legislazione sul mercato del lavoro che in definitiva rispecchia, attorno a questa tematica, assieme alla mancanza di ampio respiro programmatico da parte delle classi politiche, anche l'incapacità del pensiero giuridico (ed economico) di elaborare, al proposito, quelle visioni organiche dalle quali soltanto può venire, come ci insegna tutta l'esperienza, un contributo davvero effettivo alla creazione delle c.d. « grandi leggi ».

Ma è proprio attorno a questi temi, sia pur intesi in senso lato, che sembra oggi addensarsi il dibattito interno alla cultura giuslavoristica: dalla riforma delle strutture amministrative del mercato del lavoro nel senso del loro decentramento o addirittura di una loro ridefinizione in una direzione più fortemente autonomistica (e dunque in una prospettiva finalmente concreta e definita di tipo federalista), alla riclassificazione dei sottotipi, o tipi alternativi, dei rapporti di lavoro; dalla razionalizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali ad un diverso impiego dei lavori socialmente utili; dall'introduzione di nuovi strumenti di flessibilità nei servizi di avviamento al lavoro alla riformulazione di una disciplina legislativa ormai ultrasettantenne sull'orario di lavoro e sulla sua possibile

---

<sup>(44)</sup> BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, pp. 127 ss. e 412 ss.

articolazione; dal riconoscimento di un « pacchetto » comune di tutele per il lavoro « in generale » (senza aggettivi, dunque, ovvero *sans phrase*), come dire l'elaborazione di « una carta dei diritti del lavoro frantumato, intermittente e occasionale, perduto o non trovato », o anche dei tanti lavori contemporaneamente autonomi e tuttavia eterodiretti, fino al compito più audace: quello di una possibile riscrittura della stessa fattispecie di base, da condursi, superandosi o meglio articolandosi le tradizionali antinomie, in chiave di riunificazione del mondo del lavoro, o, invece, in termini di valorizzazione, rispetto al lavoro subordinato e al lavoro autonomo o parasubordinato, di un (eventuale) *tertium genus* <sup>(45)</sup>.

Ma, se non mancano le proposte, o semilavorati che siano, si tratta d'un capitolo ancora tutto da scrivere. La presenza, oggi, al Ministero del lavoro di Tiziano Treu e nelle Commissioni parlamentari competenti di altri lavoristi (da Carlo Smuraglia a Michele De Luca e Gaetano Veneto) ci preavverte che, quanto a possibilità di incidenza sul processo legislativo e sui suoi contenuti, la cultura giuridica del lavoro continua a mantenere posizioni direttamente operative. Se poi essa riuscirà davvero a ridisegnare, sul ceppo rivisitato dell'ispirazione statutaria, le premesse istituzionali di più percorribili canali di produzione giuridica (anche sindacale e collettiva) atti a creare più aggiornate forme di tutela, garanzia e promozione dell'intero mondo dei lavori in qualunque modo eterodiretti <sup>(46)</sup>, è tutt'altro discorso. In ogni caso, non resta che rinviare il seguito ad un assai prossimo capitolo.

---

<sup>(45)</sup> Vedansi, ad es., le proposte articolate dall'autore del presente saggio, da Piergiorgio Alleva, Massimo Roccella, Alessandro Garilli, Massimo D'Antona, Silvano Topi e Salvatore Mazzamuto, contenute in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, a cura di Ghezzi, Roma, 1996; nonché (in diversa prospettiva sistematica e politica) la relazione presentata da Raffaele De Luca Tamajo, Rosario Flammia e Mattia Persiani all'incontro di studio su « Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia » tenutosi a Roma il 27 maggio 1996, ancora inedita. La frase virgolettata è di ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 159 s.

<sup>(46)</sup> L'auspicio è di BRONZINI, *Disciplina e produzione: il garantismo tra legge e contratto*, in *Dem. e Dir.*, 1996, p. 11. Vedasi anche ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., p. 198.



ANDREA FEDELE  
DIRITTO TRIBUTARIO

I. Premessa. — II. Ambiente culturale, principi e sistema tributario. — III. La riforma tributaria fra razionalizzazione progettuale ed incongruenze attuative.

I. *Premessa.*

1. In questa materia la velocità dell'evoluzione ed il numero di interventi legislativi rendono praticamente impossibile un approccio sistematico ed una trattazione esaustiva dell'argomento. D'altronde, le molteplici articolazioni della disciplina imporrebbero prospettive di analisi altrettanto articolate e complesse, per le quali mancano ancora adeguate elaborazioni del materiale normativo in ordine a possibili influssi del « pensiero giuridico ».

Ritengo pertanto necessario limitare, innanzi tutto, l'area di riferimento per queste considerazioni ai profili « sostanziali » degli istituti fiscali, dunque agli aspetti della relativa disciplina che esprimono i criteri del « concorso » alle pubbliche spese e configurano, se unitariamente considerati, il « sistema tributario », come complesso, funzionalmente ordinato, dei criteri di riparto dei carichi pubblici. Ciò non esclude, naturalmente, la considerazione della disciplina « formale » (dell'attuazione, del contenzioso, ecc.) dei tributi, che si svela invece essenziale per l'adeguata progettazione e l'effettiva realizzazione di ogni « riforma » del sistema; tuttavia l'assetto normativo degli istituti della riscossione, dell'accertamento o del contenzioso assume rilievo, in questa prospettiva, solo nelle sue relazioni di strumentalità, compatibilità od incoerenza con gli assetti sostanziali via via progettati e quindi, in tutto od in parte, tradotti negli atti normativi che, negli ultimi quaranta o cinquant'anni, hanno scandito le vicende del nostro sistema tributario.

In quest'ottica, che privilegia l'evoluzione del complesso dei

tributi organicamente considerato, si può immediatamente rilevare una caratteristica propria del settore dell'ordinamento qui considerato: il « pensiero » che dialetticamente dovremmo giustapporre all'attività legislativa è prevalentemente elaborato dai cultori della scienza delle finanze; le linee di fondo dei « progetti » di riforma esprimono indirizzi ed ideologie fiscali maturate previamente in un contesto culturale che il giurista avvertiva, almeno sino ad epoca relativamente prossima, come estraneo alla propria formazione, cosicché il suo intervento era apprezzato essenzialmente per il contributo tecnico alla redazione dei testi normativi, alla traduzione in proposizioni giuridicamente significative di programmi già formulati e sistematicamente compiuti.

Ora il ruolo degli studi economici nella progettazione del sistema tributario e delle sue riforme è, ovviamente, essenziale ed il loro influsso sulla produzione normativa in materia fisiologico ed opportuno. Le modalità in cui il fenomeno si è manifestato parrebbero però evidenziare il tacito consenso di giuristi ed economisti su di una sorta di riparto delle competenze, con una sostanziale rinuncia dei primi alle funzioni di propulsione ed indirizzo dell'evoluzione del sistema ed una riduzione del loro ruolo alla tecnica redazionale ed alla disciplina « formale », che, in quest'ottica, è però apprezzata come meramente strumentale a scelte già effettuate sul piano della disciplina « sostanziale ».

In termini generalissimi, potrebbe dirsi che questo è solo uno dei condizionamenti negativi derivanti dall'originaria esigenza, fortemente avvertita dai primi cultori del diritto tributario, di affermarne l'autonoma dignità scientifica. La necessità di una netta distinzione da altri ambiti culturali, in particolare da discipline che studiano i medesimi fenomeni con diversi fondamenti ed approcci scientifici ha forse favorito una restrizione della « competenza » dei tributaristi soprattutto laddove essa avrebbe dovuto necessariamente porsi come concorrente con quella dei cultori della scienza delle finanze.

A mio avviso, possono però essere individuate, nella storia del diritto tributario italiano, ragioni ben più specifiche di un atteggiamento culturale che — all'inizio del periodo qui considerato e per più decenni successivi — ha reso più difficile a chi aveva ricevuto una formazione esclusivamente giuridica l'assunzione di funzioni

propositive e propulsive di interventi legislativi riformatori del sistema tributario. Questo atteggiamento sembra ormai superato, ma, nel frattempo, concorrendo con scelte politiche ed assetti di interessi di ben altra origine, ha fortemente segnato l'evoluzione della legislazione tributaria. Fra l'altro è stata favorita una sorta di divaricazione, sistematica e temporale, fra progettazione e realizzazione delle modifiche strutturali del sistema fiscale e proposte di interventi sulla disciplina « formale » dei tributi: riforme dell'attuazione dei tributi originariamente progettate come momento iniziale di una graduale evoluzione degli aspetti « sostanziali » del sistema si sono esaurite in interventi limitati agli obblighi dei contribuenti ed ai poteri dell'Amministrazione finanziaria, senza incidere significativamente sull'organizzazione amministrativa e sulla disciplina dei singoli tributi; riforme globali del sistema tributario hanno in definitiva trascurato le necessarie implicazioni dei nuovi assetti distributivi del carico fiscale con l'organizzazione dell'Amministrazione finanziaria e le modalità del controllo e dell'attuazione dei tributi.

Mi sembra quindi necessario chiarire innanzitutto le ragioni e l'evolversi di un atteggiamento culturale che ha fortemente caratterizzato i rapporti fra « pensiero giuridico » ed innovazione legislativa in materia tributaria ed a questo scopo è dedicata una prima parte del mio contributo.

2. Vi è poi un altro aspetto dei rapporti tra « pensiero giuridico » ed « innovazione legislativa » che in materia fiscale assume caratteristiche sue proprie. Negli interventi dedicati ad altre aree dell'esperienza giuridica si sono poste in luce le molteplici ed articolate modalità di intervento degli operatori giuridici nel processo di produzione del diritto. Si è visto, in particolare, come le soluzioni normativamente accolte siano spesso il diretto risultato dell'esercizio delle funzioni di sussunzione degli interessi, di mediazione e composizione dei medesimi, istituzionalmente ricomprese nelle competenze professionali degli operatori giuridici. Va però ricordato che nella fiscalità si manifestano, e dovrebbero trovare razionale composizione, molteplici conflitti di interessi, della più diversa natura ed a differenti livelli. Da un lato (e questo è, a mio avviso, l'aspetto qualificante ed essenziale del fenomeno tributario), si tratta di comporre aspettative ed esigenze, naturalmente conflit-

tuali fra loro, di categorie, gruppi, settori od articolazioni della collettività in ordine al riparto dei carichi pubblici; dall'altro si delinea il contrasto, articolato e disaggregabile fino al singolo rapporto tributario, fra interesse fiscale ed interesse del privato alla conservazione del proprio patrimonio.

La funzione degli operatori giuridici si qualifica, dunque, in questo settore, in modo assai differenziato e deve essere diversamente apprezzata proprio in funzione della molteplicità degli interessi in gioco e del diverso rapporto fra soluzioni proposte ed esigenze di equità e giustizia distributiva.

Nei rapporti di lavoro, ad esempio, od in genere nei rapporti tra privati, la soluzione del conflitto di interessi e l'adozione, in sede contrattuale, transattiva o statutaria, di un modello di regolamento costituisce in sé un potenziale contributo all'evoluzione degli assetti normativi, in quanto alla definizione del modello stesso concorrono necessariamente i portatori degli interessi in conflitto (o comunque le strutture organizzative che li rappresentano), la soluzione adottata è mediata dalla trattativa contrattuale e dal meccanismo negoziale, che la distaccano dalle posizioni delle parti, oggettivandola. Nei corrispondenti settori dell'ordinamento, possono quindi essere apprezzati alla stregua di contributi del « pensiero giuridico » all'innovazione legislativa anche i diretti risultati dell'attività professionale degli operatori del diritto, si traducano essi in disciplina collettiva od in clausole negoziali tipizzate.

In materia fiscale, invece, l'attività professionale si risolve innanzi tutto in consulenza, od assistenza nel contenzioso, per singoli contribuenti o gruppi ovvero categorie organizzate e prospetta pertanto, a questo primo livello, soluzioni direttamente orientate alla salvaguardia di interessi puntuali, non mediate dal confronto con diversi interessi contrapposti o comunque coinvolti. Anche laddove il « prodotto » dell'intervento del giurista sia una proposta di innovazione legislativa, mancherebbe dunque il filtro della trattativa ed, in genere, una consapevole prospettiva di composizione dei molteplici interessi in gioco. Queste considerazioni devono essere estese anche all'attività del tecnico del diritto che opera come « consulente del principe » e pertanto ai risultati della partecipazione a Commissioni o comitati ministeriali ovvero all'elaborazione di disegni di legge, decreti legislativi ed altri atti normativi.

Certo, anche l'intervento a tutela di specifici interessi (del singolo cliente, di gruppi organizzati, di categorie, ecc.) può concorrere all'evoluzione del sistema normativo; non mi sembra però opportuno raffrontarlo direttamente ad atti normativi rispetto ai quali il conflitto e la composizione degli interessi in gioco sono istituzionalmente necessari, al massimo livello di rappresentatività.

Vorrei quindi limitare le mie osservazioni a proposte di innovazione legislativa, formulate da singoli cultori della materia, da Commissioni od altre strutture organizzative, ma già frutto di un consapevole tentativo di valutare le molteplici e contrastanti esigenze, del governo della finanza pubblica, delle parti sociali, di categorie e classi di contribuenti, e specificamente destinate ad influire sull'opinione pubblica. Queste caratteristiche mi sembrano sicuramente sussistere per le proposte e gli interventi che riguardano il sistema tributario nel suo complesso (quindi con una considerazione più ampia ed articolata di posizioni ed interessi coinvolti), diffuse nella collettività degli operatori del settore tramite i normali mezzi di comunicazione, come saggi ed articoli su pubblicazioni periodiche, monografie, convegni e dibattiti, piuttosto che direttamente inserite nei procedimenti di produzione normativa.

In particolare, credo sia opportuno dedicare una certa attenzione ai rapporti fra proposte di riforma complessiva del sistema tributario elaborate e diffuse tra i cultori della materia (che non sono solo giuristi) e risultati di interventi normativi rivolti appunto, all'intero sistema fiscale od a parti rilevanti di esso.

Una seconda parte di questo scritto è quindi dedicata ad alcune sintetiche considerazioni sulla vicenda della « riforma tributaria », come programma in qualche modo già elaborato dalla dottrina, o da parte di essa, alla fine degli anni '30, cui dovrebbe raffrontarsi la concreta attuazione normativa, tardivamente sfociata nella riforma degli anni '70 ed in parte ancora incompiuta. L'evoluzione del nostro sistema tributario sembra infatti caratterizzata da una costante divaricazione temporale fra interventi sulla disciplina sostanziale dei tributi e modificazione della disciplina « formale » della loro attuazione, secondo un modello dapprima giustificato razionalmente, sul piano progettuale, in funzione di un più efficace impatto sul costume sociale e sulla « coscienza fiscale » dei cittadini, ma in concreto realizzato, per esigenze politiche e carenze strutturali, in

modo piuttosto irrazionale e con effetti forse opposti a quelli auspicati.

## II. *Ambiente culturale, principi e sistema tributario.*

1. L'attitudine del « pensiero giuridico » ad influire sull'evoluzione legislativa è, innanzi tutto, funzione di un sistema di principi, comunemente accettato, che giustifica, in termini di « valori », progetti e linee di sviluppo degli assetti normativi.

All'origine, il quadro dei principi fondamentali in materia finanziaria era, più o meno consapevolmente, desunto dal sistema concettuale elaborato dagli economisti classici. Le ragioni per cui si è determinata questa situazione sono piuttosto evidenti. L'analisi economica del fenomeno finanziario pubblico è giunta, nella cultura moderna, ad elaborazioni organiche e complessive della materia (significative anche politicamente) ben prima che gli studi di ispirazione puramente giuridica sull'argomento raggiungessero un pari livello scientifico. Le prime trattazioni sistematiche dei problemi di finanza pubblica sono opera di studiosi di formazione non esclusivamente giuridica. I risultati di questo approccio ai fenomeni finanziari e fiscali si prospettavano, per quanti li affrontavano anche con intenti di mera esegesi e ricostruzione giuridica, come dati acquisiti alla cultura dominante, alla stregua di principi sovraordinati alla stessa disciplina normativa. Si realizzava, sul piano culturale innanzi tutto, una commistione degli approcci scientifici alla materia che consentiva il recupero di un sistema di principi guida, anche se non risultanti da alcun testo normativo; correlativamente, nell'organizzazione accademica degli studi, la materia finanziaria era trattata congiuntamente, nei suoi aspetti economici e giuridici, sia che l'insegnamento fosse affidato ad un economista, sia che spettasse ad un giurista.

La generale accettazione da un sistema di principi o criteri ispiratori <sup>(1)</sup> si risolve in accentuata capacità progettuale e coscienza

---

<sup>(1)</sup> Che non implica necessariamente l'accoglimento di giustificazioni del fenomeno fiscale di tipo « contrattuale » o « corrispettivo », ma si manifesta anche laddove si accentui il fondamento « politico » (od « etico », che oggi si direbbe forse « solidari-

sistematica di un'intera classe politica più che di un'area ristretta di « tecnici del diritto »: l'originario impianto del sistema tributario italiano è il frutto di un dibattito di alto profilo culturale e di un disegno politico complessivo che devono essere positivamente valutati, come anche gli studi più recenti riconoscono <sup>(2)</sup>, al di là di ogni giudizio « politico ».

2. A questa prima fase subentra però, nel diritto tributario come in ogni altro settore dell'esperienza giuridica, un lungo periodo in cui si affermano e prevalgono, nella formazione culturale degli operatori del diritto, atteggiamenti ed indirizzi incompatibili con quelli esposti nel precedente paragrafo <sup>(3)</sup>. Ne deriva un tendenziale rifiuto dell'uso di strumenti conoscitivi diversi da quelli propri della tradizione giuridica, in particolare, del riferimento immediato ai risultati conseguiti in altri settori delle scienze umane. Gli studi giuridici si autonomizzano da quelli economici, ma perdono l'implicito od esplicito collegamento con il quadro razionale dei principi elaborato dagli economisti.

---

stico ») del dovere tributario — cfr. ad es. PESCATORE N., *La logica delle imposte*, Torino, 1867, in part. pagg. 17 ss.; 263 ss., ove espressamente riconosce la funzione ordinatrice della dottrina economica, pur criticando i criteri giustificativi del « concorso » adottati dai singoli autori, in particolare nel saggio di esame critico della teoria di John Stuart Mill.

(2) Si veda, ad es., il giudizio nettamente positivo espresso da MARONGIU G., *Storia del fisco in Italia*, II. *La politica fiscale della Sinistra storica (1867-1896)*, Torino, 1966, pagg. 3-25, ove sono efficacemente sintetizzate le conclusioni raggiunte nella ricerca svolta nel precedente Vol. I. *La politica fiscale della Destra Storica (1861-1876)*, Torino, 1985.

(3) Per le indicazioni di dottrina e giurisprudenza sulla svolta impressa alla scienza giuspubblicistica italiana intorno agli anni '80 del secolo scorso può farsi riferimento a CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pag. 15 ss.

Con specifico riguardo al diritto tributario, va sicuramente ricordata la posizione dell'ORLANDO V.E., *Studi giuridici sul governo parlamentare*, ora in *Diritto Pubblico Generale- Scritti vari (1881-1940), coordinati in sistema*, Milano, 1954, pag. 383 ss.; *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, pag. 277 ss. Per un'assai equilibrata sistemazione, in questa prospettiva, dei problemi giuridici fondamentali di questo settore dell'esperienza giuridica si può comunque fare riferimento a ROMANO S.(anti), *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, che, nella parte dedicata al diritto finanziario, costituiscono una lucidissima esposizione dei principi ispiratori di tutta la successiva evoluzione del diritto tributario italiano.

La « rinunzia » ad un sistema di « principi » sostanziali ha notevoli riflessi su aspetti fondamentali dell'attività giuridica, dall'interpretazione alla ricostruzione degli istituti di diritto positivo, ma ha un primo ed immediato impatto sull'attitudine dei giuristi alla progettazione dello sviluppo del sistema tributario. L'impostazione data agli studi giuridici in questo settore, da Vittorio Emanuele Orlando in poi, privilegia il collegamento fra fenomeno fiscale e « sovranità » dello Stato, ma, così facendo, riduce, in sostanza, il diritto tributario a diritto « formale », a regola dell'esercizio di un potere piuttosto che criterio d'equa ripartizione dei carichi pubblici. Sono i giuristi stessi a riconoscere estranee alla categoria funzioni propositive e capacità di indirizzo in relazione alle modifiche della disciplina sostanziale dei tributi ed a limitare, più o meno consapevolmente, la loro « competenza » agli interventi sulla disciplina « formale » (accertamento, riscossione, contenzioso).

I pochi « progetti » di riforma del sistema tributario che si dimostrano in grado di influenzare il successivo evolversi della legislazione (il progetto Meda, ad es. (4)) non esprimono comunque il risultato di un dibattito fra i giuristi che si occupano della materia, ma si originano in altri ambiti culturali.

Questi orientamenti della cultura giuridica potrebbero, per qualche aspetto, spiegare il venir meno di coerenti indirizzi e programmi per l'evoluzione del sistema tributario italiano, soggetto, sino al termine degli anni '30 di questo secolo, ad interventi puntuali in relazione a specifiche esigenze via via rilevate od a proposte di immediato rilievo politico, ma sostanzialmente conservato nella sua struttura di fondo, delineata sin dai primi anni dell'unificazione.

Come « reazione » alle carenze della cultura giuridico-tributaria si giustifica la proposta del Griziotti e della sua scuola, volta fundamentalmente al recupero dei « principi », in particolare dei criteri distributivi dei carichi pubblici, come regole generali e parametri di validità della disciplina positiva, ma anche come programma ed indirizzo all'attività legislativa (5). Pur respinto, in circa un

---

(4) Cfr. MEDA F., *Riforma generale delle imposte dirette sui redditi e nuovo ordinamento dei tributi locali*, in *Documenti e discussioni sulla formazione del sistema tributario italiano*, a cura di S. Buscema e N. D'Amati, Padova, 1961, pag. 241 ss.

(5) La posizione del Griziotti è ampiamente documentata nei due volumi di saggi,

quarantennio di vivace dibattito, dalla cultura giuridica dominante, che correttamente (almeno secondo la logica intrinseca del proprio sistema concettuale) ne rilevava le incongruenze, l'indirizzo degli studi in materia finanziaria promosso dalla « scuola pavese » esprime una reale esigenza di « apertura » nella formazione degli operatori del diritto e contribuirà notevolmente ai successivi sviluppi della dottrina, sia pure in direzione diversa da quella di uno, storicamente impossibile, « ritorno alle origini ».

3. I tratti dominanti della formazione professionale e della « cultura » dei giuristi interessati alla materia si riflettono, almeno in parte, sul programma di riforma dell'intera disciplina del fenomeno fiscale sinteticamente esposto nella parte iniziale del Rapporto della Commissione economica all'Assemblea costituente <sup>(6)</sup>, forse l'unico esempio nella storia del diritto tributario italiano, di progetto « globale », coinvolgente tutti gli aspetti del concorso dei privati alle pubbliche spese e tutti i possibili livelli di fonti normative. Il Rapporto è sostanzialmente opera del Vanoni, ma vuole esprimere il risultato di un ampio lavoro di raccolta di opinioni e materiali effettuato dalla Commissione attraverso l'invio di questionari, interviste a personalità eminenti del mondo accademico e professionale, relazioni di organi dello Stato ed altre strutture, studi affidati ad esperti autorevoli e così via.

In breve, il Rapporto propone uno schema organizzativo delle norme tributarie ordinato su quattro livelli: *a)* l'enunciazione di pochi principi essenziali nella Costituzione; *b)* la formazione di una legge tributaria fondamentale, ad alto grado di stabilità avente sd oggetto la disciplina organica di tutti i profili generali del fenomeno

---

che raccolgono i suoi più importanti contributi (cfr. GRIZIOTTI B., *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*, Milano 1953; Id., *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956).

Di questo indirizzo le tesi di Vanoni costituiscono una rielaborazione filtrata da una più spiccata sensibilità per i profili giuridici dei problemi coinvolti (cfr., ad es., VANONI E., *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, ora in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1961, 106 ss.).

<sup>(6)</sup> Cfr. *Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea costituente*, Vol. V., Finanze, Roma, 1946; il Capitolo I (contenente la relazione introduttiva) è pubblicato anche in VANONI E., *Opere giuridiche*, Vol. II, Milano, 1963, pag. 475 ss.

tributario, ma non il sistema dei tributi ed i singoli istituti che lo costituiscono; c) le singole leggi relative, appunto, agli assetti sostanziali del sistema secondo gli indirizzi di politica legislativa via via emergenti; d) più o meno limitati interventi, nella produzione normativa, degli enti locali dotati di autonomia finanziaria, con riferimento ai tributi di loro competenza.

Se si tiene conto che la Commissione riteneva doversi attribuire funzione programmatica alle norme costituzionali in materia fiscale e rango e valore costituzionale alla legge fondamentale parrebbe riemergere la « preferenza » dei giuristi per la disciplina « formale » del fenomeno tributario, cui però il Vanoni attribuisce un più concreto fondamento operativo, subordinando, in sostanza, la riforma dei tributi alla riforma dei loro modi di attuazione, quindi dell'organizzazione e dell'attività dell'Amministrazione finanziaria.

Sostanzialmente estranea, in quel momento, alla cultura ed alla sensibilità della maggior parte dei giuristi è invece la proposta, pur desunta dalla relazione della Corte di Cassazione, di una norma costituzionale in cui si affermino insieme il dovere del concorso alle pubbliche spese e l'esigenza che le scelte del legislatore ordinario circa la distribuzione del carico fiscale siano ispirate a criteri di razionalità e coerenza evocati con la formula della capacità contributiva. Ed invero il Vanoni, che del Griziotti era discepolo, con molto equilibrio evita il ricorso ad argomenti e formule del dibattito ancora in corso, richiamando piuttosto considerazioni generalmente invalse negli studi di scienza delle finanze, non solo italiani.

4. Come è noto, le proposte contenute nel Rapporto della Commissione economica furono sostanzialmente accolte dalla Costituente per quanto riguarda la formulazione delle norme costituzionali, in particolare dell'art. 53, comma 1, con la previsione del « dovere » di concorrere alle pubbliche spese « in ragione » della capacità contributiva di ciascuno.

Minore influenza ebbe invece il progettato intervento riformatore attraverso una legge generale sugli aspetti « formali » dell'attuazione dei tributi, giacché a questo testo fondamentale non si pose mano.

Promosse dallo stesso Vanoni durante la fase del suo diretto intervento in politica, vi furono, in effetti, rilevanti modifiche della

disciplina dell'attuazione delle imposte dirette, che resero effettivo l'obbligo generalizzato della dichiarazione orientando la conseguente attività amministrativa al controllo di quanto dichiarato.

Tuttavia, dopo la legge sulla perequazione tributaria nel 1956, questo indirizzo di riforma sembra estinguersi.

D'altro canto, permane fra i giuristi la tendenza a non affrontare i temi della riforma del sistema, nei suoi aspetti sostanziali. Lo stesso dibattito sull'opportunità dell'introduzione dell'imposta sulle società, unico intervento innovativo sistematicamente rilevante in questo periodo, si svolge prevalentemente fra scienziati delle finanze.

L'attività dei giuristi si concentra essenzialmente al livello dell'interpretazione dei testi legislativi, dell'applicazione delle norme, della ricostruzione sistematica, subisce e non promuove l'evoluzione del sistema.

Eppure, l'esigenza di adeguare il sistema fiscale italiano ai modelli desumibili da altri ordinamenti, che si ritengono più evoluti, è ben presente nell'ambito della cultura economica, il programma della riforma è già tracciato e viene compiutamente esposto sin dall'inizio degli anni '50.

Solo il tema della riforma del processo tributario, disciplina « formale » per eccellenza, è, ovviamente considerato di competenza esclusiva dei giuristi ed infatti vengono proposti e discussi diversi progetti che non trovano però sbocco legislativo, anche perché il problema di fondo è qui innanzi tutto di natura economico organizzativa, trattandosi di conciliare scarsità di mezzi, efficienza, ed esigenze di idonee garanzie processuali.

5. La fase successiva è, per la dottrina tributaria, un momento di rielaborazione degli schemi e delle costruzioni sistematiche già formulate sin dall'anteguerra e che necessitavano comunque di ulteriori adeguamenti ai sopravvenuti interventi legislativi. Si prospetta però una tematica nuova, che ripropone ai giuristi questioni « sostanziali » sino ad allora scarsamente trattate.

La formula introdotta nell'art. 53, comma 1, cost., manifesta notevoli potenzialità applicative in termini di sindacato delle scelte del legislatore ordinario e, una volta superata, con la prima sentenza della Corte Costituzionale, la questione della natura programmatica della norma, l'interesse dei contribuenti costituisce una costante

spinta all'elaborazione di un sistema di principi sostanziali dell'imposizione, che configurano vincoli per il legislatore, ma indirizzano altresì l'evoluzione dell'intero ordinamento tributario. Dalla mera prospettazione delle « garanzie » del contribuente si perviene alle esigenze di razionalità del sistema; la nozione di capacità contributiva si connette alla solidarietà ed all'eguaglianza sostanziale.

Il merito maggiore di un'elaborazione che integra, via via, il quadro dei « valori », dei criteri sostanziali di riferimento, da gran tempo mancanti in questa materia, va riconosciuto, evidentemente, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale (7). La dottrina ha saputo però inserirsi in questo processo sia individuando le norme in potenziale contrasto con il principio costituzionale, sia sistematizzando e consolidando gli spunti desumibili dalle singole sentenze, criticando o promuovendo gli indirizzi via via emergenti dalle decisioni complessivamente considerate. In definitiva, attraverso il sindacato di legittimità costituzionale, i giuristi sono tornati ad occuparsi delle scelte legislative, del « merito » della soluzione dei singoli conflitti di interesse, sino ad allora escluso dall'area delle proprie competenze. Tuttavia la percezione dell'esistenza di regole sovraordinate, di un quadro di principi necessariamente traducibile in indirizzo dell'attività legislativa, non si è risolta in interventi sul piano della conformazione del sistema: secondo la stessa struttura del giudizio di legittimità costituzionale ogni questione si incentra sulla singola norma, rilevante ai fini della decisione del giudizio *a quo*; il comma 2 dell'art. 53 cost., che prescrive un modo di essere del « sistema » tributario, resta, nella giurisprudenza della Corte, norma « programmatica »; i cultori della materia non elaborano un loro progetto di riforma del sistema tributario coerente al principio costituzionale; si limitano alla rilevazione della sua generalissima portata e, al più, all'individuazione dei tributi, o loro applicazioni, non compatibili con il principio stesso.

6. L'atteggiamento di fondo dei giuristi nei confronti della progettazione del sistema tributario si manifesta ancora nella fase di impianto della riforma tributaria. La natura e la struttura dei singoli

---

(7) Gli interventi della Corte in materia fiscale sono raccolti e commentati da DE MITA E., *Fisco e Costituzione*, I, Milano, 1984, II, Milano, 1993.

tributi sono delineati, già nei lavori preparatori della Commissione per la riforma, sulla base dei progetti e degli studi già elaborati da oltre un ventennio, soprattutto dai cultori della scienza delle finanze. I giuristi concorrono, ovviamente, alla redazione degli atti normativi, in particolare, tramite la loro partecipazione al Comitato Tecnico per la riforma tributaria, alla redazione dei testi dei decreti legislativi. In questo ambito, essi possono influire, in modo anche rilevante, sull'articolazione delle norme e sulla ricostruzione sistematica di singoli istituti o gruppi di istituti (andrebbe, ad es., studiata l'influenza del De Gennaro sulle scelte di tecnica redazionale e sui collegamenti sistematici nella disciplina dei singoli tributi). Appare comunque ridotta la loro capacità di incidere sulle opzioni di fondo, sulla struttura del sistema.

Anche le prime, rilevanti, innovazioni apportate, già alla metà degli anni '70, alla disciplina dell'attuazione dei tributi sono precedute da uno scarsissimo dibattito e sono sostanzialmente subite da un ambiente giuridico pur tradizionalmente sensibile ai problemi del diritto tributario « formale ». Solo quando l'innovazione tocca, all'inizio degli anni '80, il sistema sanzionatorio, per compensare, con un aumento degli effetti di dissuasione, l'eventualità dei controlli, l'interesse degli operatori giuridici si risveglia tempestivamente e la legge c.d. « manette degli evasori » è preceduta da una serie di progetti e proposte e da un adeguato dibattito.

Da quel momento, comunque, sembra che la dottrina abbia preso definitivamente coscienza dalla necessità di risolvere i problemi dei controlli e degli accertamenti fiscali di massa. Il dibattito su coefficienti, *minimum tax*, studi di settore, conciliazione e definizione per adesione è stato impostato con sufficiente tempestività, talvolta anche anticipando gli interventi legislativi.

Anche sul piano della disciplina sostanziale l'interesse dei cultori della materia sembra ormai rivolgersi ai temi più generali e strutturali oltre che all'interpretazione delle singole disposizioni di legge. Basti ricordare l'ampio dibattito apertosi sull'abbandono, nella redazione del Testo Unico delle imposte dirette, della clausola generale in materia di reddito imponibile e della correlativa norma di chiusura.

Ma, più in generale, tutte le proposte di modifica delle norme impositrici sono oggetto di discussioni critiche e dibattiti, cui la

collettività degli operatori giuridici e dei cultori della materia dedica ormai un'attenzione forse non inferiore a quella rivolta alla tradizionale attività di interpretazione e sistemazione del diritto vigente.

7. In definitiva, si deve riconoscere che i giuristi sembrano, a questo punto, più attenti alla valutazione nel « merito » dei nuovi istituti: sin dalla metà degli anni '70 la « crisi » della riforma è oggetto di convegni, dibattiti e discussioni; agli interventi critici circa gli assetti raggiunti si accompagnano proposte, più o meno articolate, di nuovi istituti da inserire nel sistema. Insomma le iniziative volte a promuovere ed influenzare l'evoluzione della disciplina legislativa non sono più considerate estranee alla « competenza » dei cultori del diritto tributario.

La diffusione del dibattito e l'accresciuto interesse per le proposte di modificazione legislativa non sembrano comunque aver influito sulla qualità della produzione normativa, sempre più episodica e contingente, né sulla razionalità complessiva di un sistema le cui strutture fondamentali sono rese sempre più incerte da continui ritocchi e sovrapposizioni di interventi non coordinati.

La « vocazione » alla progettazione degli istituti sostanziali potrà trovare ampio spazio, per giuristi e scienziati delle finanze, nelle modifiche strutturali che, per consenso unanime, dovranno entro breve termine, portare ad una « riforma della riforma ». Resta da vedere se il generale interesse e la ricchezza dei contributi troveranno riscontro nella qualità delle soluzioni adottate e della produzione normativa che dovrà esprimerle.

### III. *La riforma tributaria fra razionalizzazione progettuale ed incongruenze attuative.*

1. Nella seconda metà degli anni '30 si apre sulla *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze* un dibattito sul tema della codificazione tributaria, cui contribuiscono scritti illustrativi della più recente evoluzione dei sistemi tributari di altri stati ed analisi e proposte immediatamente rivolte all'ordinamento italiano. Fra queste ultime spicca un articolo del Vanoni che è già un ampio

programma di riforma <sup>(8)</sup>. Egli ritiene che una sostanziale ristrutturazione del sistema fiscale possa essere realizzata solo a seguito di un'effettiva modificazione di assetti economici e sociali, del costume e delle ideologie dominanti: il legislatore deve seguire l'evoluzione della società recependo a livello normativo nuovi valori ed assetti, che non possono essere semplicemente calati dall'alto. La tesi si connette ad una contingente valutazione della « rivoluzione fascista », per l'autore realizzata solo a livello politico, non nella sostanza dei rapporti economico-sociali; in essa si esprime tuttavia un orientamento sempre mantenuto dal Vanoni, volto a promuovere una reale evoluzione del costume fiscale prima di imporre nuove forme di concorso alle pubbliche spese.

Questo atteggiamento di fondo impone un distacco temporale fra interventi normativi sulla disciplina « formale » e « codificazione » del sistema tributario sostanziale: va innanzi tutto formulata una legge tributaria fondamentale che unifichi e coordini la disciplina dei rapporti fra fisco e contribuenti, promuovendone la collaborazione e la partecipazione all'attuazione del concorso alle pubbliche spese; la responsabilizzazione dei contribuenti e la maggiore efficacia dell'azione amministrativa derivanti dalla nuova disciplina degli assetti « formali » consentirà poi una graduale modificazione del complesso dei tributi, soprattutto nel senso della personalizzazione del sistema. Insomma, la codificazione del diritto sostanziale doveva costituire la fase terminale di un processo iniziato con la legge tributaria fondamentale vista come strumento essenziale di propulsione e di indirizzo nello sviluppo del diritto tributario.

A sostegno della sua proposta il Vanoni richiama l'esperienza tedesca, di cui non sembra però cogliere la sostanziale diversità dei punti di partenza rispetto al sistema fiscale vigente in Italia, giacché l'unificazione dei procedimenti e del contenzioso è, in quel contesto, l'ultima fase di un processo di unificazione di sistemi fiscali in origine completamente autonomi <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Cfr. VANONI E., *Il problema della codificazione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1938, I, 361 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. BECKER E., *Accertamento e sviluppo del diritto tributario tedesco*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, I, 155 ss.

2. Negli anni immediatamente successivi, la proposta del Vanoni si traduce in progetti di interventi normativi unitari, almeno del settore dell'imposizione diretta; egli partecipa infatti attivamente a Commissioni ministeriali ed all'attività dell'Istituto nazionale di finanza. Le relazioni sull'attività di quest'ultimo istituto <sup>(10)</sup> danno notizia sia della redazione di un articolato relativo ai principi generali delle leggi tributarie, sia dell'approfondita discussione (45 sedute) sull'articolato della bozza di Testo Unico delle imposte dirette (costituito di ben 420 articoli) comunicato dal Ministero delle finanze, al quale fu approntata un'elaborata relazione illustrativa, in parte anche critica. Di questi elaborati non si hanno testi pubblicati; sembra che il testo relativo ai principi generali sia andato disperso; sarebbe forse interessante pubblicare il materiale ancora disponibile anche per eventuali raffronti con le soluzioni in seguito adottate, ad es., nel T.U. del 1958 e nei decreti delegati della riforma tributaria.

Dalle notizie reperibili risulta comunque confermata la netta separazione anche formale fra la disciplina dei « principi generali », che realizzerebbe l'idea della legge fondamentale, e quella delle singole imposte. Non è chiaro, invece, se il progetto prevedesse effettivamente un distacco temporale fra l'entrata in vigore della legge sui principi generali e quella del Testo Unico delle leggi sulle imposte dirette, anche se è probabile, data la velocità impressa ai lavori per la redazione di quest'ultimo, una scelta politica orientata all'emanazione contemporanea di ambedue gli atti normativi.

La guerra e la crisi politico-istituzionale che ne seguì non consentirono l'utilizzazione del materiale normativo così elaborato. Il problema della « codificazione » tributaria restava aperto, ma sulle modalità della sua soluzione sembravano già sussistere orientamenti abbastanza consolidati.

3. Come già si è accennato, la distinzione fra legge tributaria fondamentale e leggi relative alla disciplina sostanziale dei singoli tributi riemerge nel Rapporto della Commissione economica all'Assemblea costituente, ove alla prima si riconosce esplicitamente una

---

<sup>(10)</sup> Pubblicate in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1942, I, 115 ss.

maggiore rilevanza sistematica ed ordinatrice dei rapporti fiscali, quindi rango e valore costituzionale.

Il rapporto delinea un complesso sistema normativo, articolato su quattro livelli: poche e sintetiche disposizioni nella Costituzione, che esprimono i principi generalissimi; una « legge fondamentale » tributaria portante la disciplina degli assetti formali e che costituisca una base stabile per l'intero sistema, dotata pertanto di forza superiore alla legge ordinaria: in sostanza, una legge costituzionale per la materia; leggi speciali per la disciplina dei singoli tributi; altre leggi per la disciplina dell'autonomia tributaria degli enti locali <sup>(11)</sup>.

Si tratta di un programma di ristrutturazione complessiva delle fonti del diritto tributario, che incorpora anche un progetto di riforma del sistema fiscale. In esso si mantiene, anzi viene sottolineata dal diverso « valore » costituzionale delle fonti relative, la distinzione fra la disciplina « formale », ispirata a moduli unitari, e quella « sostanziale » dei tributi, necessariamente caratterizzata dalla diversa *ratio* di ciascuno di essi.

Come è noto, l'ambizioso progetto delineato nel rapporto della Commissione economica ha trovato attuazione, nella fase costituyente, solo per il primo livello normativo, quello dei principi generali inseriti nella Costituzione, in particolare nella formula dell'art. 53, alla cui fondamentale rilevanza per il successivo sviluppo della dottrina del diritto tributario e della « cultura » dei tributaristi già si è accennato.

Non si è posto mano, invece, alla « legge fondamentale tributaria » nella sua prospettata veste di legge costituzionale, mentre l'intervento sulla disciplina sostanziale dei singoli tributi e quindi sul sistema fiscale era necessariamente rimesso al legislatore ordinario.

La tesi di fondo per cui la modifica della disciplina dei rapporti fra contribuente e fisco deve precedere la riforma degli assetti sostanziali riemerge comunque nella successiva attività politica del Vanoni uomo politico e ministro delle finanze. La cosiddetta « riforma Vanoni » costituisce una parziale ma incisiva realizzazione del progettato intervento sistematico sulla disciplina « formale », che era destinato a promuovere una positiva trasformazione dello « spirito »

---

<sup>(11)</sup> Sull'argomento cfr., da ultimo, BORIA, *Sistema tributario*, in *Digesto IV*, Sez. Comm., Torino, 1997.

dei rapporti tributari; l'effettiva imposizione dell'obbligo della dichiarazione dei redditi a tutti i contribuenti è un'innovazione di grande rilievo, che sposta l'asse portante dell'intera disciplina dell'attuazione dell'imposte dirette e con cui la dottrina dovrà fare i conti nei decenni successivi.

Sul piano della concreta attuazione dei suoi fini, questa « riforma » richiedeva però, e gli scritti del Vanoni ne danno pienamente conto, un contemporaneo rinnovamento delle modalità operative, delle strutture organizzative e della mentalità dominante nell'Amministrazione finanziaria. Dell'impegno profuso in questo senso restano tracce rilevanti, sia sul piano normativo e delle istituzioni, sia nelle testimonianze di collaboratori e funzionari. Non si può tuttavia dire che lo scopo sia stato raggiunto; è anzi constatazione corrente che la prassi e l'atteggiamento dell'amministrazione non si sono adeguate alle importanti innovazioni introdotte nella disciplina positiva. È dunque venuta meno una condizione essenziale per la modifica del costume e dell'attitudine dei contribuenti di fronte al fenomeno fiscale.

Già sotto questo profilo, il processo di rinnovamento promosso dal Vanoni risulta incompiuto e limitato, in qualche modo, agli assetti normativi dell'attuazione delle imposte dirette.

Con la legge Tremelloni del '56 la « riforma » sembra fermarsi: soprattutto, risulta spezzato il collegamento fra nuova disciplina dell'accertamento e della riscossione e trasformazione del sistema tributario secondo gli indirizzi di personalizzazione e di razionalizzazione già delineati dalla dottrina.

4. Probabilmente il disegno riformatore perseguito dal Vanoni comprendeva una successiva fase di innovazione degli istituti sostanziali. In effetti, l'unico intervento significativo realizzato su questo piano è l'introduzione dell'imposta sulle società, (cioè, dell'imposta personale sui soggetti diversi dalle persone fisiche). Inserito nel preesistente sistema fiscale, per il resto inalterato, questo istituto risulta piuttosto un completamento della sua struttura a due livelli di imposizione, reale e personale, con netta prevalenza dei tributi del primo ordine, e non un elemento destinato a favorire nuovi assetti sistematici.

Anche la legge istitutiva della nuova imposta è del 1956; nello

stesso anno muore Vanoni; ma il blocco del processo riformatore si era probabilmente già verificato.

La legge delega per il Testo Unico delle imposte dirette aveva subito, in sede parlamentare, sostanziali limitazioni: la scelta politica era, chiaramente, per la conservazione del sistema tributario in essere; le innovazioni già introdotte nella disciplina formale dei tributi — in particolare l'effettiva imposizione di un generalizzato obbligo di dichiarazione — venivano mantenute, ma, inserite nel contesto degli istituti previgenti, perdevano ogni funzione promozionale di nuovi assetti sostanziali.

Questa soluzione, essenzialmente conservatrice, è definitivamente delineata nel Testo Unico delle imposte dirette del 1958, applicabile dal 1° gennaio 1960, che sembra segnare la chiusura della fase riformatrice progettata in sede costituente. L'originario programma di interventi normativi volti a promuovere sostanziali modificazioni dello spirito e delle modalità operative dell'Amministrazione finanziaria da un lato, del costume fiscale e dell'atteggiamento dei contribuenti dall'altro ha sostanzialmente fallito i suoi scopi.

In realtà il T.U. del 1968 contiene alcune interessanti innovazioni, ma nell'impianto formulare piuttosto che nei contenuti della disciplina. La proposta di introdurre nella legislazione positiva in materia di imposte dirette una « Parte generale » per la codificazione dei principi generali, validi per tutti i tributi, trova infatti una sua prima, anche se limitata, attuazione. Tuttavia i primi sedici articoli delle « Disposizioni generali », hanno una portata precettiva limitata ed un contenuto prevalentemente definitorio, mentre la disciplina dell'attuazione (obblighi dei contribuenti, accertamento riscossione) è, coerentemente agli indirizzi della delega, sostanzialmente riproduttiva delle norme preesistenti.

Nei primi due Capi del Titolo I risulta con grande evidenza la scelta dei redattori di utilizzare la terminologia, i criteri distintivi e l'impianto classificatorio dato da Achille Donato Giannini nella prima ricostruzione sistematica del fenomeno fiscale sotto il profilo giuridico, risalente alla metà degli anni '30 ed all'epoca prevalentemente accolta dagli operatori giuridici. È a questa scelta che si deve la diffusa utilizzazione, da parte del legislatore, degli operatori giuridici e in genere dei cultori della materia, di formule (come presupposto d'imposta, sostituzione o responsabilità tributaria, ade-

sione all'accertamento e così via) in cui termini ben noti nel lessico giuridico assumono significati nettamente divergenti da quelli loro attribuiti in ogni altro settore dell'esperienza giuridica.

Il carattere meramente estrinseco e formale dell'intervento effettuato con l'introduzione della « parte generale » del Testo Unico conferma dunque la natura sostanzialmente restauratrice di questo intervento e l'abbandono di ogni proposito di reale innovazione del sistema.

5. Eppure l'esigenza di una riforma del diritto tributario sostanziale era diffusa e pacificamente riconosciuta sin dall'inizio degli anni '50. Anche a prescindere dalle intuizioni e dai progetti del Vanoni, le linee essenziali di un rinnovato sistema tributario erano emerse nel dibattito fra gli scienziati delle finanze e del raffronto con gli ordinamenti degli altri Stati.

La direttiva fondamentale per la riforma, secondo l'opinione dominante alla metà del secolo, era rivolta alla personalizzazione del sistema mediante l'abolizione delle imposte reali (o la loro drastica riduzione) e l'introduzione di un'imposta sul reddito complessivo delle persone fisiche, con aliquota progressiva ed incidenza tale da riequilibrare il peso relativo dell'imposizione diretta e di quella indiretta, che all'epoca forniva un gettito notevolmente superiore.

Il libro del Cosciani, pubblicato nel 1950, riassume efficacemente le considerazioni critiche sul sistema allora vigente, le proposte per l'introduzione di nuovi istituti e di modifica di quelli esistenti <sup>(12)</sup>.

L'arresto del processo evolutivo sul piano delle scelte politiche e della legislazione positiva ha probabilmente favorito una sorta di cristallizzazione dei progetti di riforma, del disegno di un sistema tributario ottimale, che resta quello già delineato negli anni '50.

Per altro verso, il progetto di riforma degli istituti tributari sostanziali poteva essere considerato autonomamente, senza alcuna implicazione con interventi sulla disciplina « formale » perché si riteneva che la c.d. « riforma Vanoni » già avesse adeguato le modalità di attuazione delle imposte dirette alle esigenze di un'imposizione a carattere generale e fortemente personalizzata.

---

(12) Cfr. COSCIANI C., *La riforma tributaria*, Firenze, 1950.

La divaricazione temporale fra gli interventi normativi sulla disciplina dell'attuazione e l'auspicata riforma del sistema dei tributi contribuisce quindi al distacco fra la progettazione di nuovi assetti sostanziali e la considerazione dei problemi derivanti dallo sviluppo dei rapporti economici e sociali, dall'ampliamento della base dei contribuenti, dalle esigenze organizzative ed operative delle imprese, e così via.

6. Quando, dopo circa un decennio, le direttive comunitarie sull'introduzione dell'IVA rendono necessaria la ripresa del processo di riforma, le linee generali del nuovo sistema tributario, elaborate, alla fine degli anni '60, da un'apposita Commissione, seguono, sostanzialmente, le proposte ed i progetti da tempo già consolidati <sup>(13)</sup>.

Non si avverte, però, e la vicenda addietro esposta potrebbe spiegarne le ragioni, che il modello di fiscalità così realizzato è in crisi, o sta per entrarvi, negli stessi ordinamenti dai quali si è, in origine, tratto ispirazione.

Soprattutto, la riforma — progettata, come si è detto, alla fine degli anni '60 ma realizzata con la legge delega del '71 ed i conseguenti decreti legislativi — evidenzia un pericoloso distacco fra la considerazione degli aspetti sostanziali della disciplina dei tributi e la valutazione dei problemi inerenti l'azione amministrativa o, più in generale, l'attività tramite la quale si realizza il concorso dei contribuenti alle pubbliche spese. Una prima ed immediata ragione di tale distacco si rinviene sicuramente nella scelta di non procedere, contestualmente alla riforma degli istituti sostanziali (o, meglio, prima di essa), alla riforma dell'Amministrazione finanziaria, della sua organizzazione e delle sue procedure. Per questo aspetto, le responsabilità della dottrina sono minori: il problema fu ampiamente rilevato; lo stesso Cosciani, che era vicepresidente della Commissione per la riforma tributaria, si dimise quando si rese conto che non sarebbero state soddisfatte le esigenze di una, almeno parallela, riforma dell'Amministrazione. La scelta fu sicuramente politica: la riforma dell'Amministrazione impone opzioni costose in

---

<sup>(13)</sup> Cfr. *Relazione sullo stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, diretta da C. Cosciani, Milano, 1964.

termini finanziari e di consenso, va realizzata immediatamente nella struttura organizzativa e nella composizione dei singoli apparati; la riforma dei tributi può essere disegnata a livello normativo, lasciando poi all'amministrazione e, soprattutto, ai contribuenti l'onere della concreta realizzazione dei nuovi istituti. L'insufficiente attenzione, anche sul piano normativo, ai nuovi problemi dell'accertamento e della riscossione può, invece, essere imputata, almeno in parte, all'atteggiamento culturale, già indicato nei precedenti paragrafi, che non favorisce una riconsiderazione dei necessari rapporti fra disciplina sostanziale, norme su accertamento e riscossione, evoluzione degli assetti economici e sociali.

Comunque, il risultato della riforma è un sistema tributario incentrato sull'imposta personale sui redditi (a carattere fortemente progressivo per le persone fisiche) da un lato e l'IVA dall'altro; un sistema di applicazione complessa e difficile (soprattutto in una società con altissimi numeri di piccoli e minimi lavoratori autonomi), particolarmente sensibile agli effetti di « fiscal drag », caratterizzato da forte accentramento e drastica riduzione della già esigua autonomia tributaria degli enti locali. Insomma, un sistema forse superato nel disegno complessivo, eccessivamente complesso, predisposto ad inevitabili crisi, e, in particolare, collegato a modalità di attuazione ormai inadeguate.

7. In effetti, la carenza di un approfondito riesame dei problemi dell'accertamento e della riscossione, del diritto « formale » insomma, si manifesta immediatamente.

La riforma ha delineato i profili sostanziali di un sistema di fiscalità di massa, ma non vi ha adeguato la disciplina dell'accertamento e del contenzioso, tendenzialmente immutata rispetto al passato; anzi sono accentuati, nella previsione normativa, i caratteri dell'analiticità e dell'individualizzazione del controllo per ciascun contribuente. L'impossibilità di una concreta realizzazione delle attività di accertamento previste dal legislatore come necessarie appare evidente, sin dall'inizio, alla stessa Amministrazione finanziaria, che ne paventa le conseguenze in termini di responsabilità dei singoli funzionari per il mancato controllo di tutte le posizioni dei contribuenti. Si avvia quindi, subito dopo l'entrata in vigore dei decreti attuativi della riforma, un processo evolutivo della disciplina

dei controlli, nel senso della mera eventualità. Dapprima si distinguono controlli « sostanziali », possibili per alcuni soltanto dei contribuenti, e controlli formali; poi si estende anche a questi ultimi la possibilità di una concentrazione su parte soltanto di coloro che vi sono soggetti. Correlativamente, si introduce, sempre in relazione alle esigenze dell'amministrazione più che agli interessi dei contribuenti, una disciplina della « selezione » delle posizioni da sottoporre a controllo.

Sul versante della riscossione, l'enorme aumento dei soggetti obbligati al pagamento pone analoghi problemi, che vengono subito affrontati e risolti, drasticamente, addossando ai privati, come già avveniva con la tecnica della riscossione per ritenuta, l'onere della liquidazione e del versamento del tributo.

Queste rilevanti innovazioni costituiscono, più che un necessario adeguamento ai nuovi istituti introdotti con la riforma, i primi fondamenti di un nuovo impianto della disciplina dell'attuazione dei tributi, di una « riforma della riforma », se si vuole.

L'originaria scissione fra revisione della disciplina « formale » e riassetto del sistema degli istituti fiscali sostanziali sembra ancora una volta riprodurre la sequenza di interventi riformatori nell'uno e nell'altro ambito, sempre carenti, anche per il divario temporale, di un adeguato coordinamento fra loro.

8. La disciplina del controllo campionario e selettivo e quella dell'autoliquidazione e del versamento, che pure costituiscono soluzioni a loro modo efficaci ai problemi che ne hanno determinato l'introduzione, sono state altresì elaborate senza un preventivo dibattito e senza il supporto di progetti e proposte da parte di operatori e cultori della materia.

Come si è già detto, i successivi interventi legislativi che hanno segnato gli ulteriori sviluppi della più recente fase evolutiva del diritto tributario italiano sono stati di regola ampiamente discussi e talvolta hanno origine da contributi di singoli studiosi, di Commissioni o gruppi di studio.

Nel dibattito, tuttora aperto, si contrappongono due posizioni di fondo circa l'effettiva consistenza e gli scopi delle prossime innovazioni legislative in materia fiscale.

Secondo una prima concezione, l'assetto fondamentale del si-

stema risultante dalla legislazione in vigore — quindi dalla riforma promossa con la legge delega del 1971 — è in sé adeguato alle esigenze ed agli assetti attuali dei rapporti sociali e delle attività economiche. Si tratta solo di modificare singoli settori di disciplina, anche di grande rilievo, come quello della fiscalità locale, ovvero di adottare limitatamente a certe categorie di contribuenti, ad es. i piccoli e minimi lavoratori autonomi, moduli impositivi più idonei alle esigenze della fiscalità di massa. Insomma, la « riforma della riforma » dovrebbe risolversi in correzioni ed aggiustamenti, non in totale sovversione e rovesciamento dell'impianto di base dato al sistema tributario.

Secondo altre prospettive, gli stessi caratteri fondamentali del sistema tributario configurato all'inizio degli anni '70, all'epoca già superati, risultano oggi assolutamente incompatibili con i nuovi modi di produzione della ricchezza, l'organizzazione dei mercati, i rapporti effettivi fra autonomia dei privati e poteri dello Stato.

Ferma restando, per i vincoli comunitari, la struttura e la disciplina dell'IVA, la « riforma della riforma » si propone allora obiettivi totalmente eversivi del sistema esistente: il superamento dell'imposta personale ed il recupero degli istituti e dei moduli attuativi dell'imposizione reale, l'articolazione della materia imponibile in relazione ai diversi modi di produzione della ricchezza ed ai singoli cespiti, un più rilevante incremento dell'incidenza delle imposte indirette e così via.

Comunque, tutte le più recenti iniziative e proposte per l'ulteriore sviluppo del sistema tributario sembrano ispirate ad una contemporanea considerazione degli aspetti sostanziali e di quelli « formali » della disciplina fiscale. Appare definitivamente superata l'alternanza fra riforme del sistema dei tributi e dei loro elementi strutturali e riforme della disciplina dell'attuazione, che, come si è visto, ha lungamente condizionato il legislatore italiano.

GIULIANO AMATO  
DIRITTO DELL'ECONOMIA

Il diritto dell'economia, nell'evoluzione dei suoi principi e dei suoi concreti istituti, è tutto segnato dal progredire delle due tendenze forti del ventesimo secolo: da un lato l'irrobustimento e l'espansione dell'economia industriale, dall'altro la ricerca di uno sbocco al conflitto sociale che la stessa economia industriale al suo inizio aveva concorso a creare e che imponeva di redistribuire i benefici dello sviluppo oltre i confini delle élites, a cui immagine e somiglianza erano state costruite le istituzioni economiche e politiche del secolo precedente.

Attorno a queste tendenze sono sorte ideologie, si sono formate dottrine e politiche economiche, hanno preso corpo assetti istituzionali. E abbiamo avuto economie di mercato liberiste, economie di mercato ora protette ora assistite, economie miste, economie pianificate di tipo sovietico. Sul radicamento di queste varie sottospecie nei vari paesi hanno inciso numerosi fattori, che vanno dallo stadio dello sviluppo economico in ciascuno, all'intensità del conflitto sociale e alla rappresentanza e mediazione che questo ha avuto, al peso delle culture economiche ed istituzionali e degli interessi in gioco. Il tutto nella cornice del grande dilemma del secolo fra economia di mercato e economia pianificata, fra comunismo e capitalismo.

Nel suo scorcio finale, il secolo ha fornito un responso che appare al momento senza possibili repliche: hanno vinto le economie di mercato, hanno perso le economie pianificate e insieme ad esse hanno perso l'economia mista, l'impresa pubblica, il protezionismo, l'intervento assistenziale, la direzione pubblica discrezionale anche di singoli settori economici. L'economia di mercato, certo, è tutto fuorché assenza di leggi, ma l'ordine legale che le è coesistente è

fatto di regole arbitrali e non intrusive, di limiti all'azione privata e non di fini imposti *ab externo*, di antitrust e non di pianificazione. E se si guarda retrospettivamente ai decenni che abbiamo alle spalle è facile leggere in essi un'accidentata ma inarrestabile marcia verso questo esito, una marcia segnata dall'internazionalizzazione degli scambi e quindi dei mercati, dalla libertà di movimento prima dei capitali e poi delle merci che corrode confini e barriere legali, dalla concorrenza fra le imprese che sempre più si rivela capace di creare e diffondere efficienza e benessere al di là di qualunque direzione od intervento di autorità od apparati pubblici. In quest'ottica, perciò, lungimirante appare chi riuscì ad antivedere e a promuovere questa evoluzione e che ha quindi assegnato all'intervento pubblico il compito su cui gli economisti hanno finito per porre intelligentemente l'accento, scoprendo anzi nella fedeltà ad esso la ragione principale del successo delle economie di successo: rimuovere o neutralizzare i costi di transazione che non sono fronteggiabili attraverso transazioni e scambi privati.

È in questo quadro che si colloca e che va valutata la vicenda dell'economia italiana, dell'evoluzione delle relative istituzioni giuridiche, del ruolo giocato dai giuristi nelle innovazioni via via intervenute. È una vicenda largamente segnata dalle nostre posizioni di partenza e quindi dal ritardo relativo della nostra industrializzazione, dalla conseguente necessità di difendere la nostra « infant industry » nei confronti della più agguerrita concorrenza staniera, dalla debolezza del nostro ceto industriale e correlativamente dal prevalere di ceti privi di capacità integrativa al sorgere del conflitto sociale.

Su tali premesse, che erano foriere di protezionismo e assistenzialismo nell'economia e di massimalismo ed estremismo ideologico nella società e nella politica, il ventesimo secolo italiano era destinato ad aprirsi all'insegna di due aspettative: la prima era che l'economia di mercato avesse comunque bisogno di robusti puntelli pubblici per reggere all'impatto non solo della concorrenza, ma delle masse che essa stessa stava addensando attorno alle industrie, e che quindi il liberismo economico fosse ormai più nel passato (se mai c'era stato) che non nel futuro. La seconda era che il livello dell'intervento pubblico lo avrebbe deciso l'esito dello scontro ideologico fra coloro

che lo volevano a sostegno dell'iniziativa privata e coloro che erano pronti invece al salto verso l'economia pianificata.

Il nostro diritto dell'economia si è mosso per decenni tra queste aspettative, la nostra lungimiranza raramente è andata oltre gli orizzonti (che oggi capiamo limitati) che esse hanno segnato, i nostri giuristi hanno espresso ora le esigenze, ora le inquietudini dettate dall'una e dall'altra. I costi di transazione, e gli istituti giuridici più adatti per ridurne il peso, sono un pane che raramente è passato sotto i loro denti. Se è vero, come si dice scherzosamente negli Stati Uniti, che gli studi di diritto (in primo luogo dell'economia) si dividono in b.C. e a.C., dove b.C. e a.C. vogliono dire non « before Christ » e « after Christ », ma « before Coase » e « after Coase », gli anni italiani vanno contrassegnati, forse ancora oggi, con il b.C.

Di diritto dell'economia si è preso, come è noto, a parlare dopo la Costituzione di Weimar, sotto la spinta che essa fornì elevando per la prima volta al rango costituzionale la disciplina dei rapporti economici e sociali. Ciò non significa tuttavia che un diritto dell'economia non esistesse in precedenza e che non si fosse consapevoli della sua esistenza. Il codice Napoleone (così come i suoi derivati) fu scritto e vissuto come la summa dei principi e degli strumenti essenziali all'economia (pre-industriale) liberata dall'interventismo pre-rivoluzionario. C'erano inoltre al suo fianco i codici di commercio, nati come diritto dei mercanti e avviati ad essere diritto dell'impresa, della cui unificazione con il codice civile si era preso a discutere, sulla base di argomentazioni fondamentalmente economiche. In Italia poi erano tornati ad essere numerosi gli interventi regolatori del diritto amministrativo, che si esprimevano attraverso norme di autorizzazione, di concessione, di protezione, di compressione autoritativa della proprietà fondiaria a beneficio dello sviluppo industriale, di creazione di private per le attività economiche di servizio pubblico.

È del resto intorno a questi tre filoni e al loro intersecarsi in più casi conflittuale che si viene forgiando la nostra dottrina giuridica e che maturano i suoi atteggiamenti di fronte al cambiamento a cui tutti e tre sono destinati e che in concreto li investe nei decenni centrali del secolo. Ed è qui che emerge una complessiva sordità ai percorsi di lungo periodo del cambiamento, fosse anche la stessa prospettiva, che poteva risultare allora naturale e necessitata, di

un'economia ad intensa regolazione pubblica nell'interesse stesso dei produttori.

I pubblicisti, che derivano dallo statualismo di marca tedesca la specificità del diritto amministrativo di cui leggono il (rinnovato) ingresso nell'economia, sottolineano il necessario potenziale di « superiore discrezionalità » che esso conferisce allo Stato e lo allontanano su questa base dal diritto privato, al quale lo Stato non può non derogare quand'anche operi nella sfera economica. Si trovano così ad inquadrare l'intervento pubblico entro lo schema conflittuale autorità/libertà e finiscono per dare un'interpretazione totalmente irrealistica della regolazione economica che sta nascendo. Col che discipline che si avviano sui binari del protezionismo, della difesa delle industrie nazionali, della convergenza, quindi, fra interesse pubblico e interesse privato, vengono occultate in questa loro vera natura e discusse, ora adesivamente, ora criticamente, su premesse comunque fuorvianti.

Avrebbe senso criticare un tale interventismo in relazione alle alterazioni che esso introduce nei meccanismi del mercato, proprio in virtù del sostegno che fornisce all'una o all'altra impresa, all'uno o all'altro settore economico, attentando effettivamente così, se non all'interesse delle imprese, di sicuro a quella generale libertà di impresa, su cui si dovrebbe far leva per la dinamica dello sviluppo.

Ma non è questa l'angolatura dei nostri pubblicisti. E sono, caso mai, i privatisti a percepire d'istinto il problema, che è forse fra le ragioni della diffusa diffidenza da parte loro nei confronti delle leggi speciali, intruse mal tollerate, che si infilano nelle geometrie del codice e ne alterano il funzionamento. Non a caso diventa questo il terreno di divisione nei lunghi anni che ci porteranno al codice civile del 1942. È un fatto però che una buona parte degli stessi privatisti, compresi maestri tra i più illustri, tende piuttosto al « vade retro » che ad affrontare il problema di cui le leggi speciali sono espressione. E l'importante — per questa autorevole opinione — è proprio che quel problema rimanga in sede separata, che non inquina il nuovo codice, il quale dovrà prendere atto del cambiamento dei tempi, limitandosi ad assorbire — ed è già molto — il codice di commercio. In un'economia che è fra Stato e mercato e che forse si affida più allo Stato che al mercato la garanzia del secondo viene cercata rimuovendo il ruolo del primo.

Ci sono in questo panorama le eccezioni e sono le eccezioni vincenti. Sono coloro che nell'arco degli anni '30 cambiano profondamente il diritto pubblico dell'economia con la nascita dell'IMI e dell'IRI e con la nuova legge bancaria e coloro che fanno davvero il nuovo codice civile, sconfiggendo la vague del «vade retro» e cercando invece di inglobare negli istituti civilistici le ragioni delle leggi speciali, dell'incontro fra interesse pubblico e interesse privato. Il loro orizzonte è certo quello dell'economia intensamente regolata e per taluni settori anzi diretta. Non solo, ma i fallimenti del mercato sono per loro un dato ben più acquisito di quelli dello Stato. E tuttavia sulla base della nostra storia e del clima non solo italiano di quegli anni un tale orizzonte era più che comprensibile. Quelli infatti erano gli anni non soltanto della pianificazione sovietica, ma anche del New Deal rooseveltiano, seguito alla grande crisi del '29. E pochi avrebbero contraddetto quanto scriveva Giuseppe Bottai, che vedeva ormai ovunque il trionfo dell'economia diretta dallo Stato. Sarebbe quindi storicamente sbagliato non riconoscere in ciò che allora fu fatto i segni di un inusuale realismo congiunto a (relativa) lungimiranza.

Dal punto di vista del ruolo dei giuristi, peraltro, le due vicende — quella delle nuove istituzioni pubbliche dell'economia e quella del codice civile — presentano una consistente differenza; soltanto della seconda spetta a loro, o meglio a uno di loro, il ruolo di indiscusso protagonista. Nella nascita dell'IMI, dell'IRI e poi della nuova legge bancaria i giuristi hanno un ruolo ancillare, sono partecipi della costruzione ma gli architetti sono altri, al fianco dei quali essi lavorano.

E quella delle istituzioni pubbliche dell'economia sarà, delle due, la costruzione più duratura, perché lo Stato impresa, lo Stato che agisce nell'economia non attraverso atti imperativi, ma adottando esso i moduli privatistici e orientando singoli mercati attraverso le proprie imprese arriverà sino agli anni '90. Così come la separazione, nelle banche, fra prestiti a breve e prestito industriale e il governo di settore, affidato alla Banca d'Italia, serviranno a lungo a risolvere il problema del finanziamento all'industria e alle infrastrutture di cui essa ha bisogno, in assenza di un solido mercato finanziario.

Certo, anche il codice civile sarà non meno, anzi ancor più longevo. E lo sarà l'intuizione del suo artefice, Filippo Vassalli, che

tradusse in esso ciò che già nel primo dopoguerra aveva lucidamente percepito: la società di massa imponeva di introdurre l'interesse nazionale in quella sfera economica prima dominata da individualistici rapporti privati e il modo migliore di introdurlo era proprio dargli ingresso nel codice. Ciò avrebbe adattato ad esso quei rapporti, ma avrebbe anche consentito di adattare la sua stessa immissione alle loro ragioni, evitando così le intrusioni arbitrarie, ed estranee per natura all'architettura dei rapporti privati, delle leggi speciali. Era, a suo modo, una ricerca delle regole attente bensì al governo pubblico dell'economia, ma volte a smussarne la valenza derogatoria e conflittuale rispetto alle fondamenta privatistiche, e perciò contrattuali, su cui essa poggiava.

È un fatto tuttavia che la ricerca non approdò alle regole arbitrali di quell'ordine legale dell'economia di mercato che, negli stessi anni, un gruppo illuminato di economisti e di giuristi stava silenziosamente forgiando all'università di Friburgo. Approdò invece alle istituzioni dell'economia corporativa quali matrici dell'interesse nazionale a cui ancorare i rapporti privati; matrici che si rivelarono immediatamente caduche e che sterilizzarono buona parte dell'architettura di Vassalli, non appena essa fu entrata in funzione. Ma quello era, per chi lavorava in quel momento in Italia, l'inevitabile approdo. Del resto — e lo vedremo — ancora trent'anni dopo, lavorando in chiave di programmazione, non si fece altro che restare sulla medesima scia. E questo basta da solo a far apprezzare il valore di quanto allora fu fatto in una cornice internazionale ed interna dominata dall'economia regolata e diretta.

Il dopoguerra eredita le istituzioni economiche degli anni '30 con un qualche beneficio d'inventario. Ci si chiede, nei primissimi anni, se non sia il caso di smantellare l'IRI e di lasciare ai privati l'attività d'impresa. Ma la risposta è quasi unanimemente negativa.

L'Italia è bensì uno dei paesi nei quali la stessa Assemblea Costituente si trova davanti al quesito se l'economia debba fondarsi sull'iniziativa (anche e in primo luogo) privata o se possa o debba avviarsi verso la pianificazione socialista. Ed è un quesito che per lunghi anni rimarrà vivo, almeno sino a quando il partito comunista continuerà a accarezzare l'idea di una tale transizione. E tuttavia, un po' per le rinnovate ragioni di tutela di un'industria nazionale che, rilanciata sui mercati internazionali, si trovava un'altra volta ad

inseguire, un po' per le culture allora prevalenti, la difesa dal totalitarismo economico fu fatta contrapponendogli non la concorrenza e il mercato, ma l'iniziativa privata in quanto presidio di libertà politica e in quanto presidiata essa stessa — e bilanciata nei suoi limiti e nelle sue esorbitanze — dai pilastri pubblici dell'economia mista.

Del resto, se la cultura del mercato era allora particolarmente debole in Italia, neppure nel più avanzato mondo occidentale si era ancora usciti dal clima degli anni '30 e si era percepita l'onda lunga della liberalizzazione concorrenziale degli scambi che il successo bellico delle democrazie avrebbe reso col tempo sempre più irresistibile. Sotto questo profilo, che la stagione del liberismo fosse finita non lo si continuava a pensare soltanto da noi, lo pensavano in fondo gli stessi artefici degli accordi di Bretton Wood. Non a caso essi affidarono l'ordine economico internazionale all'ipotetico (e mai realizzato) esercizio da parte del Fondo Monetario di poteri di direzione e di coordinamento analoghi a quelli già sperimentati a livello statale.

È un fatto però che fuori d'Italia — e nella stessa Germania che ci era stata molto simile in passato — tra i limiti all'iniziativa privata avrebbe preso sempre più piede l'antitrust, che è per definizione regolazione non intrusiva, non finalistica, ma puramente arbitrale. Da noi l'antitrust ebbe solo un grande e inascoltato profeta negli anni del dopoguerra, Tullio Ascarelli. Ma non fu questa la strada che imboccò la nostra liberalizzazione posttotalitaria, la quale fu soprattutto liberalizzazione degli scambi. Sul piano interno invece, salvo taluni alleggerimenti, continuammo sui binari dell'impresa pubblica e delle partecipazioni statali, dell'affidamento in esclusiva all'una o alle altre di singole attività economiche, delle leggi protettive della stessa industria privata, tra le quali, come unica sostanziosa novità, presero a primeggiare, moltiplicandosi negli anni, le leggi di incentivo (giacché le protezioni doganali erano sempre meno compatibili con il libero scambio).

Ed entrammo allora in un ciclo che, *mutatis mutandis*, riproducesse circolarmente quanto era accaduto negli anni '30, in una situazione, peraltro, nella quale i segni che avremmo potuto e dovuto raccogliere andavano in tutt'altra direzione. Che cosa accadde infatti? Che le diverse batterie della nostra economia mista presero ad

operare in modo sempre più s coordinato, in una molteplicità di interventi pubblici che inseguivano non un disegno comune, ma evoluzioni, crisi, cambiamenti, che erano in realtà evoluzioni, crisi, cambiamenti dovuti alle dinamiche di un mercato del quale sempre più facevamo parte e dalle cui logiche sempre più eravamo influenzati. Ma lo s coordinamento e la frantumazione non li leggemo in questa chiave, li vedemmo come espressione (il che in parte era anche vero) dell'assenza del disegno comune. E questo evocava perciò, non più mercato e meno intrusioni, ma più programmazione per coordinare le intrusioni.

Fu così che ripercorremmo il ciclo degli anni '30: allora la *reductio ad unum* dell'interventismo fu vista nell'assetto corporativo, che restò peraltro una macchina di cui fu steso il disegno ma mai fu fatto funzionare il motore. Questa volta la *reductio ad unum* fu la programmazione, che diventò a sua volta legge, ma ebbe nei fatti una presa assai limitata. Sotto la spinta dell'economia e sotto quella delle direttive comunitarie, incombeva infatti il mercato, e fu esso, pian piano, a sgretolare buona parte del nostro armamentario. Basti ricordare che quei flussi finanziari che si volevano governare attraverso il CIPE, rivitalizzando una vecchia attribuzione del CICR, li governarono invece, e inesorabilmente, i movimenti di mercato.

Ebbene davanti a questa complessiva vicenda e davanti alle innovazioni istituzionali che ne segnarono (e ne stanno segnando) le tappe, quali sono stati l'atteggiamento e il ruolo dei giuristi?

Se non vogliamo inseguire i singoli sottotemi e disperderci in essi, possiamo dire sinteticamente che i giuristi si dividono fondamentalmente in due gruppi. Da un lato gli esegeti, lucidi e attenti, del processo di frantumazione dell'intervento pubblico, che sanno cogliere il trasferimento e insieme lo sfrangiamento dello Stato nelle leggi speciali, negli enti di intervento sempre più diversificati e sempre più lontani dall'originario e uniforme modello ministeriale, nei procedimenti che sempre più frammischiano pubblico e privato, momento autoritativo e momento negoziale. Ma lo fanno sempre *ex post*, quasi sempre sorpresi delle divaricazioni che vedono, generalmente compiaciuti della scoperta che mostrano agli altri — e che quindi è scoperta anche per loro — di innovazioni alle quali risultano per ciò stesso estanei. Con l'aggiunta che di queste innovazioni sembrano cogliere solo la parte retrospettiva, la destruttura-

zione cioè dell'uniformità amministrativa delle origini, mentre non sanno vedere il futuro che annunciano, e cioè la forza sovrachianta e scardinante del mercato. Dall'altro lato ci sono i profeti del futuro, ma è il futuro della programmazione, così come negli anni '30 erano stati profeti del futuro quelli dell'economia corporativa. E su uno dei temi più studiati degli anni '60, quello delle leggi di incentivo, è proprio la loro riconduzione a piani e programmi il terreno su cui si incontrano i giuristi innovatori e la nuova produzione legislativa.

La vera innovazione del tardo ventesimo secolo, l'arretramento dell'intervento pubblico discrezionale, il sopravvento delle regole arbitrali e degli organi arbitrali, cioè le autorità indipendenti, arriva su piste diverse, sotto la spinta di necessità diverse — dalla Comunità che impone l'antitrust, alla Corte Costituzionale che stacca dall'Esecutivo la vigilanza sui mass media. Ancora una volta i giuristi prendono atto, commentano, a volte senza neppure cogliere il senso del nuovo e cercando, caparbiamente, di ricondurre il tutto entro i vecchi confini, altre volte squarciando anche paratie tra le più consolidate, cogliendo il senso e la natura degli interessi sottoposti alla decisione non discrezionale delle nuove autorità e domandandosi addirittura se la stessa tripartizione dei poteri non sia in gioco davanti a tali cambiamenti. In ambo i casi l'innovazione però non li vede tra i protagonisti e anche quando lo sono, lo sono come tecnici, partecipi di questo o quell'episodio, non architetti della storia di cui l'episodio è destinato a far parte.

Come spiegare, in conclusione, un ruolo dei giuristi così prevalentemente, anche se spesso intelligentemente, esegetico, e così poco consapevole, nell'insieme, del senso delle innovazioni di cui si sono venuti occupando? È un ruolo tutto sommato minore rispetto a quello che essi hanno giocato di fronte all'innovazione legislativa prodotta in altri campi, e che è probabilmente dovuto al peso maggiore, nel diritto dell'economia, di quel diffuso profilo culturale su cui già anni addietro attirò l'attenzione Sabino Cassese: dottrina straniera frequentata e utilizzata in modo acritico e astorico, finestre sulla realtà che, quando vanno oltre la giurisprudenza, diventano fragili e casuali, mancanza di contatti con altre discipline.

Si può dire che da quando Sabino Cassese scriveva queste cose, molti cambiamenti sono avvenuti e in più ambiti l'accresciuta estroversione dei giuristi ha raggiunto anzi livelli tali da far perdere loro

ogni dignità e riconoscibilità professionale: per quanto io sono in grado di giudicare, il diritto costituzionale, spintosi oltre i confini della politologia e spesso della politica, è stato (sia pure non sempre) tra le vittime più illustri di questo processo. E tuttavia, nel diritto dell'economia quelle critiche non solo sono fondate per il passato, ma sono rimaste largamente valide anche oggi.

La storia costituzionale i costituzionalisti hanno comunque preso a studiarla, la storia economica i giuristi dell'economia tendenzialmente la ignorano, col risultato che il profilo storico non degli andamenti economici, ma delle stesse istituzioni dell'economia ci viene dagli studi storici degli economisti. Per non parlare di ciò a cui accennavo sin dall'inizio, il « before Coase » e l'« after Coase ». Douglas North ci ha spiegato quanto sia determinante il ruolo delle istituzioni nel favorire o nel ritardare lo sviluppo economico. È impressionante, a fronte del peso che Coase ha avuto nel portare, sotto quest'angolatura, l'attenzione dei nostri stessi economisti sulle istituzioni, la sua quasi irrilevanza negli studi dei giuristi, che al più lo hanno conosciuto attraverso il solo capitolo introdotto da noi attraverso gli studi di Guido Calabresi.

Sono, con queste lacune, i binocoli e le bussole per scrutare e capire l'orizzonte dell'evoluzione economica e dei fattori che la determinano, ciò che ci è venuto a mancare. Per questo possiamo ritenerci fortunati se abbiamo avuto qualche rara eccezione e se sono stati in molti, in fondo, a saper riconoscere e descrivere gli alberi, pur ignorando la foresta in cui questi stavano crescendo.

*Discussione*  
(Seconda seduta congressuale)



GIUSEPPE PERA

Credo che impiegherò assai meno dei cinque minuti assegnati. Ho molto apprezzato la relazione dell'amico GHEZZI; sono felice che me l'abbia promessa per la *RIDL*; se la manderà in tempo, aprirà la dottrina del 1997. In un certo senso è la continuazione di un discorso che, in ambito giuslavoristico, circola da tanto tempo, almeno dal ben noto saggio del compianto TARELLO pubblicato negli ultimi anni '60.

Credo, però, che non si debba fare un discorso limitato alla dottrina. Si dovrebbe fare un discorso più vasto su tutti gli « operatori » giuridici e soprattutto sulla giurisprudenza. Almeno nel diritto del lavoro italiano la giurisprudenza, nel vivo del contenzioso e con piena consapevolezza dell'impatto reale dei problemi, ha spesso avuto un ruolo decisivo creativo. Ricordo alcuni capitoli essenziali. La norma sulle rinunce e transazioni (art. 2113 cod. civ.) venne in sostanza fabbricata dalla giurisprudenza a partire dallo scorcio degli anni '20. In questo dopoguerra, mentre la dottrina tentennava sul punto decisivo dell'inderogabilità dell'attuale contratto collettivo c.d. di diritto comune e che forse in gran maggioranza, secondo lo schema civilistico del mandato, riteneva di non poter costruire l'inderogabilità (ricordo la relazione GIUGNI al congresso abruzzese del 1967), fu ancora una volta decisiva la giurisprudenza; in sostanza, con un argomento apparentemente terra-terra, ma che coglieva nel segno in termini di equità sociale: a che serve stipulare il contratto collettivo in sede sindacale in funzione protettiva del lavoratore, se poi il singolo lavoratore indifeso, sotto il peso della « dittatura contrattuale datoriale », può « liberamente » dismettere i suoi diritti?

Per quanto attiene alle due diverse linee di politica del diritto che hanno ispirato lo statuto dei lavoratori del 1970, quella « sin-

dacale » e quella « costituzionale », personalmente, come ho scritto diverse volte, non ho mai creduto molto a questa contrapposizione. Sarebbe bene ricordare che forse il primo che, nel 1952, parlò di adottare uno statuto dei diritti dei lavoratori facendo entrare la Costituzione nelle fabbriche, fu il segretario della CGIL on. DI VITTORIO. Da ottimo sindacalista quale era, avvertì quale formidabile argomento poteva ricavare dalla legge fondamentale della Repubblica. Perché la legge posta serve ottimamente agli innovatori e ai sovversivi, come l'on. PAJETTA ha scritto bene, nelle sue memorie, a proposito del regolamento carcerario (vi chiedo di applicare la « vostra » legge).

Certo anche il contributo della dottrina vi fu; come sempre va doverosamente ricordato quello del prof. GIUGNI al quale, non a caso, viene attribuita la paternità di questa e di diverse altre importanti leggi. Ma è bene ricordare che GIUGNI contribuì, soprattutto, nell'ambito della commissione incaricata del progetto costituita dal ministro BRODOLINI. E questo progetto fu assai più moderato di quello poi definitivamente approvato; anche perché, come pure il prof. GIUGNI ha poi talora detto, il ministro, prossimo a morire, lasciò al Suo collaboratore il mandato di evitare che lo statuto diventasse, come spesso è avvenuto, lo statuto dei lavativi. Fu il Senato (mala bestia...) che volle strafare andando oltre e spesso senza equilibrio o almeno ponendo grossi problemi, croce e delizia di un contenzioso che in una certa parte dura tutt'ora. La Camera si limitò ad approvare in pochi giorni, perché erano imminenti le elezioni regionali e la tremebonda classe politica di governo, spaventata dalla contestazione, volle fare qualcosa. Io scrissi, in *DL*, un articolo assai critico dal quale derivò una polemica con GIUGNI. Per completezza di discorso, a ventisei anni di distanza, sono almeno in parte pentito di quella presa di posizione in chiave di legge « malfatta », dato l'abnorme scempio della legislazione barbarica dell'ultimo decennio; nel confronto, lo Statuto appare di buona fattura classica, pur se, nella sua eccessiva laconicità, ha aperto problemi che con un minimo di moderazione, si potevano, avendo volontà politica, evitare.

In sostanza, come spesso avviene nell'esperienza giuridica, fu decisivo il movimento sociale. Qui fu la contestazione nei luoghi di lavoro e nelle scuole. Il moto non ebbe gli esiti politici rivoluzionari che molti allora, o per sincera convinzione o per la spinta eterna di

mettersi nel carro del vincitore, accarezzavano. Forse perché l'unico partito che in teoria ne avrebbe avuto la possibilità, quello comunista, in realtà era ormai troppo invischiato nel sistema, negli svolgimenti logici della grande politica togliattiana (che continua ancor oggi, tanto che l'on. D'ALEMA sempre ricorda che per il coacervo di destra hanno votato quindici milioni di italiani). Ma, al livello della società civile, la contestazione fu, per più versi, un fatto rivoluzionario di modifica del costume con esiti talora per sempre acquisiti. Com'è noto, da buon riformista, io non ho mai avuto tentennamenti e sono stato sempre all'opposizione. Ma debbo riconoscere che qualche esito positivo c'è stato. Faccio qualche esempio nel nostro orticello universitario. La contestazione ha dato il colpo di grazia alla vecchia goliardia, con mia grande soddisfazione. Da matricola nello scorcio del 1947, per alcune settimane, girai per Lucca con un coltello in tasca e col bastone, deciso a mandare qualcuno al camposanto se avessero tentato di mettermi in mutande. (Nello stesso ordine d'idee, odiando la prepotenza in qualsiasi forma, se mi vergogno ancora di non aver fatto il militare facendo accettare, in quel periodo in cui la cosa era facile perché l'armata era disarmo, la scusa che dovevo sostituire mio padre vecchio e malato, ne fui però molto lieto perché ero sicuro che forse mi sarei compromesso per sempre col nonnismo). La facoltà giuridica pisana era allora in strabocchevole maggioranza di professori romani. Talora il professore avvocato cominciava gli esami nel tardo pomeriggio e, se necessario, durava fino a mezzanotte in barba ai poveri bidelli; ora è regola sacra che alle 19,30 la Sapienza chiude. Certo ci sono anche altre cose non del tutto positive. Ad es. non ci si alza più all'ingresso del professore per saluto. Ma questo è tutt'altro discorso e non voglio aprire qui il tema sulla naturale e radicale incomunicabilità tra i vecchi e questi giovani.



STEFANO RODOTÀ

Volevo soltanto segnalare due punti della relazione di Giuliano Amato, che mi sembra molto interessante. Il primo è un esattissimo riferimento alla comparazione tra gli anni della programmazione del primo centro sinistra e la cultura degli anni '30.

Ricordavamo prima con Piero Craveri che in questa fase vi fu addirittura chi propose esplicitamente la rivitalizzazione degli strumenti corporativi presenti nella trama del codice civile. Quindi allora la sensazione di una ripresa di qualcosa che c'era già nella tradizione, nelle istituzioni italiane, era ben presente ai giuristi.

Un punto sul quale, invece, dissento in parte da quello che ha detto Amato ma è una questione tutta da approfondire riguarda proprio la comparazione tra ruolo dei giuristi ancillare e marginale nelle istituzioni dell'economia nuova, IMI, IRI e legge bancaria, e il ruolo invece relativo al codice civile. Ora mi sono andato convincendo, studiando sempre questo benedetto libro della proprietà, che anche il ruolo dei giuristi è stato straordinariamente marginale, e anche quello che i giuristi si attribuiscono come merito di resistenza contro alcune pretese del fascismo, è una versione tutta autoconsolatoria dei giuristi. Nel codice, nel libro terzo della proprietà, l'influenza dell'economia autarchica è straordinariamente vivente e non in filigrana. Inoltre il riferimento agli istituti dell'economia corporativa non fu eliminato per una resistenza dei giuristi, ma semplicemente perché il disegno di Mussolini era assolutamente ostile (e questo lo ha dimostrato ampiamente De Felice) all'introduzione degli strumenti dell'economia corporativa che facevano sfuggire al centro la possibilità di controllo.

In questo libro, peraltro, quell'opera di sistemazione e razionalizzazione dei risultati della ricerca scientifica e degli orientamenti giurisprudenziali, tipica opera di professori, è molto meno rilevante che in altre parti del codice.



SILVANA SCIARRA

L'intuizione che ha guidato gli organizzatori di questo convegno è di grande rilievo: essa costringe tutti noi a riflettere circa lo spirito creativo che ha animato ciascuna delle discipline in cui maggiormente ci riconosciamo ed a farlo sporgendo la testa verso il futuro. La ricostruzione storica delle fasi attraversate dai legislatori e la parallela ricerca delle ispirazioni che essi hanno subito o forse ricercato all'interno della dottrina giuridica non sarà l'unico prodotto che emergerà dalla complessa sintesi dei lavori svolti in questi giorni. Dalla fitta rete di dati, solo apparentemente separati da rigidi confini disciplinari, emergeranno i tratti di un ordinamento caratterizzato da forti elementi di originalità ed aperto al benefico influsso di ordinamenti stranieri.

A questo riguardo, vorrei svolgere alcune brevi osservazioni in margine alla relazione del prof. Ghezzi e rileggere le vicende degli anni sessanta, opportunamente collocate al centro della sua riflessione. Vedo emergere dalla sua analisi solo un accenno al futuro, quello che incombe inesorabilmente sul legislatore e sulla dottrina, descritta nelle pagine finali della relazione come impegnata su « posizioni direttamente operative ». La cautela è forse d'obbligo in un convegno come questo e riflette il disagio che attraversa chi si provi a disegnare una mappa dei diritti del lavoro che verranno, lasciando da parte il poderoso bagaglio di ideologia che non ha potuto non accompagnare la crescita della nostra materia, dall'immediato dopoguerra, fino ad oggi.

Perché ricorro all'artificio retorico di una doppia negazione? Credo che questo mi consenta di evidenziare meglio talune circostanze istituzionali entro cui elementi caratterizzanti del diritto del lavoro italiano si sono consolidati. Non vi è dubbio, infatti, che la disordinata molteplicità degli attori collettivi che hanno contribuito

ad imprimere dinamismo ad una materia ancora letargica, anche dopo il benefico influsso dalla carta costituzionale, si è lentamente trasformata in un ordine istituzionale contraddistinto da regole precise.

Nella relazione del prof. Amato mi ha colpito l'espressione « profeti del futuro »: negli anni sessanta, in particolare, i nostri giuristi del lavoro sono stati profeti di un futuro ricco di novità, e forse pieno di incognite. La sfida fu lanciata essenzialmente sul piano del metodo, ma non solo.

Un aspetto rilevante attiene al rapporto che si instaurò fra giuristi del lavoro e sindacati, dando luogo alla nascita di una cultura sindacale del tutto peculiare. Vorrei sottolineare che si trattò di *cultura sindacale*, ma *non dei sindacati*, con ciò segnalando che la simbiosi fra giuristi e sindacati non fu mai acritica, né appiattita su un mero rapporto di consulenza offerto dai tecnici alle organizzazioni dei lavoratori. Ciò che si ebbe in quegli anni fu una comune scoperta di nuove tecniche legislative, sull'onda di una comune curiosità comparatistica, che favorì, come è stato più volte sottolineato, la circolazione di nuovi « modelli ».

In realtà, proprio il rifiuto di una modellistica astratta va menzionato fa i meriti della dottrina più sensibile ed anche più sofisticata, quella, per intenderci, che aveva assorbito la lezione di Otto Kahn-Freund nella sua globalità: da un lato la consapevolezza della non praticabilità di « trapianti » da un sistema giuridico all'altro, dall'altro l'opportunità di accostarsi alle norme sociali con una sensibilità interdisciplinare. Il diritto del lavoro tagliò il traguardo delle innovazioni legislative anche per questa forza propulsiva che lo guidava e per lo spessore culturale che lo sorreggeva. Va dato atto alla dottrina di essere stata in quegli anni fino in fondo laica, anche se appassionatamente schierata sul piano delle prospettive politiche.

Ne derivò un pluralismo giuridico ricco, perché equilibrato sul piano delle responsabilità e dei ruoli. È forse questa relativa chiarezza dello scenario istituzionale, nonostante la forte contrapposizione esistente all'interno dello schieramento sindacale, che consentì al legislatore di esprimersi coerentemente, producendo leggi ispirate da pochi, ma chiari principi fondamentali: il rispetto della libertà e della dignità del lavoratore nei luoghi di lavoro, il riconoscimento di taluni diritti collettivi, l'operatività di un sistema sanzionatorio

relativamente efficiente ed in ogni caso eccezionale rispetto ai normali metodi di garanzia dei diritti.

Si potrà osservare — con il senno di un poi particolarmente drammatico come è quello che stiamo attraversando — che la struttura dello stato non crebbe di pari passo con la cultura sindacale. Non nacque uno stato sociale moderno a fronte di una legislazione lavoristica snella e avanzata; i principi costituzionali, abbastanza forti ed incisivi per segnare la produzione legislativa speciale e per guidare creativamente la giurisprudenza, non servirono a creare un apparato amministrativo adeguato. Vi fu assenza dello stato, dunque, e se si vuole della politica, tanto da indurre la cultura sindacale in una progressiva confusione dei suoi fini ed in un eccessivo frazionamento dei suoi obiettivi. Il pansindacalismo, più che una malattia infantile, divenne un'afezione cronica: non privo di vantaggi sul piano della legislazione negoziata, si rivelò deleterio nel preservare una coerenza interna del diritto del lavoro, quanto alle tecniche regolative e quanto alle finalità da perseguire.

È proprio da questa assenza di una sintesi generale e dunque da un affievolito ruolo dei principi fondamentali quale guida per il legislatore che vorrei prendere le mosse per guardare all'oggi e se possibile al futuro.

Cosa è diverso in questo pluralismo giuridico post-moderno? È proprio vero, come ci dicono i sociologi, che lo stato sociale ha — dagli anni sessanta in poi — conformato talmente la nostra vita e le nostre abitudini, da rendere impossibile un adattamento dei singoli e dei gruppi organizzati alla sua graduale sparizione? Come si ridefinisce il ruolo della dottrina a fronte di un legislatore costantemente affannato a segnalare quale è l'obiettivo primario della materia?

Si può certo affermare che al declino dello stato sociale corrisponde un vuoto di riferimento: a ben vedere il legislatore insegue obiettivi mobili, travolge in questo percorso ad ostacoli taluni capisaldi del diritto del lavoro, senza offrire alternative significative. La flessibilità, che ha ispirato tanta parte del diritto del lavoro recente, non è un principio ordinatore in sé, ma solo una tecnica gestionale ed organizzativa, incapace di aprire la strada a norme di rilievo costituzionale. Quella cultura sindacale così peculiare, che rese « profeti del futuro » i giuristi del lavoro negli anni sessanta, è

ora una cultura di retroguardia, costretta alla difesa di quel che resta, piuttosto che alla creazione di un modello alternativo; essa appare oggi attraversata al suo interno da linee ideologiche profonde, se non laceranti.

Vi è da chiedersi perché la dottrina è sempre meno capace di fornire al legislatore linee guida che non siano imbrigliate in una logica tutta contingente. Ancora una volta, le colpe — se è consentita questa espressione — sono tutte della politica, in quanto tali esterne alla dinamica creativa che si era stabilita fra attori collettivi e legislatore negli anni sessanta e che aveva consentito alla dottrina di svolgere una mediazione culturalmente, oltre che tecnicamente significativa.

Piuttosto che dialogare con un ceto sofisticato di giuristi, le organizzazioni sindacali dialogano oggi con la classe politica; da essere « governi privati », esse divengono sempre più frequentemente attori quasi-pubblici sulla scena politica; passano dalla rappresentanza dei lavoratori a quella dei cittadini, si muovono disinvoltamente all'interno di politiche concertative allargate, si preoccupano delle scelte strategiche che riguardano l'assetto economico del paese ed anche la sua collocazione internazionale. I giuristi che le affiancano sono a loro volta proiettati verso un interlocutore politico: il gioco complesso delle aule parlamentari si riflette dentro le organizzazioni sindacali, attraverso una più o meno formalizzata inclusione delle stesse nel drafting legislativo, senza che venga mai meno un intenso scambio di opinioni con il Ministero del lavoro.

Si dirà che questo è sempre accaduto, come d'altronde la relazione del prof. Ghezzi dimostra, passo dopo passo. Eppure oggi vi sono, a mio parere, condizioni particolari che è opportuno evidenziare.

I patti sociali rappresentano, specialmente in questa difficile fase di integrazione del mercato interno comunitario, l'anello che lega i sistemi nazionali all'ordinamento sovranazionale. Anche se si tratta di regole contenute in fonti non vincolanti, quali le linee guida espresse nelle raccomandazioni del Consiglio in forza dell'art. 103.2 del Trattato sull'Unione Europea, tali regole si sono insinuate nelle scelte di politica economica a livello nazionale per il tramite del consenso sindacale. Lo spartiacque ideologico riaffiora nella sua più tradizionale versione: a favore o contro regole imposte dal mercato,

a favore o contro una versione della concertazione che dimentica le priorità nazionali per far fronte a quelle comunitarie.

I « profeti » non possono prevedere con facilità se il futuro promesso da questi nuovi soggetti collettivi, attivi a livello sovranazionale ed interlocutori diretti delle istituzioni comunitarie, sarà migliore. Ma soprattutto non sanno dove collocare le loro profezie: nelle mani del legislatore lavorista o in quelle dei ministri economici; nelle pieghe delle previsioni di una banca centrale o nelle anse delle indicazioni di una banca mondiale?

Non vi è dubbio che l'internazionalizzazione dei mercati e la globalizzazione dell'economia hanno causato — e sempre più continueranno a causare — un impoverimento delle culture giuridiche nazionali, esposte al raggiungimento di obiettivi prima sconosciuti. La sfida è tutta in questa nuova dimensione del pensare giuridico, aperto oltre i confini nazionali e tuttavia attento a non disperdere le peculiarità che dentro quei confini si sono consolidate. Giuristi e legislatori andranno alla ricerca di nuove reciproche sinergie o si perderanno di vista?

La mia risposta, che credo non verrebbe smentita dal relatore, è che le sinergie auspicabili in questo momento devono essere, a dispetto dei molti vincoli che ci opprimono, di ampio respiro. La quotidianità della politica distrugge entusiasmi e passioni; nel dibattito fra giuristi la quotidianità dovrebbe invece avere un posto limitato, per lasciare spazio alla proposizione di idee guida.

Un primo punto riguarda le tecniche regolative. La legislazione sociale continua ad essere rivendicata e difesa dagli Stati nazionali, quasi a voler simboleggiare il peso storico della loro sovranità. A livello comunitario si osserva una produzione legislativa minimalistica, talvolta di mero indirizzo, che rinvia agli Stati membri l'attuazione di più puntuali programmi. Piuttosto che perseguire l'uniformità, si impara a convivere con la diversità, sia delle fonti, sia dei livelli di intervento legislativo. Questo rappresenta per giuristi e legislatori un nuovo terreno di ricerca comune, denso di conseguenze sul piano della conservazione dei tratti salienti dei sistemi sociali nazionali e nel contempo di una loro dialettica integrazione nel sistema sovranazionale.

Un altro orientamento che è possibile auspicare a livello comunitario riguarda la proposizione di principi di diritto del lavoro così

forti nella loro valenza insieme sovranazionale e nazionale, da poter controbilanciare le regole del mercato. Le organizzazioni sindacali hanno sempre usato il mercato come luogo di confronto e di verifica della propria forza; devono ora praticarlo come terreno in cui le regole della concorrenza si confrontano con le norme sociali. Giuristi e legislatori devono immaginare un diritto del lavoro non asservito al mercato, ma proiettato verso una nuova equità che dal mercato medesimo può sprigionarsi.

Un « patriottismo costituzionale », per dirla con Habermas, ha ragione di esistere e di essere coltivato se porta a formulare valori nuovi nell'ordinamento sovranazionale. Il ruolo delle istituzioni, anche di quelle comunitarie, non può essere svincolato dal rispetto di valori di fondo, condivisi nelle singole realtà nazionali e fatti emergere dal basso proprio in quanto valori caratterizzanti delle singole culture giuridiche. Può darsi che su questa via, ben nota e tuttavia da riscoprire, giuristi e legislatori ritrovino un'armonia più intensa ed una progettualità più ricca.

FEDERICO SPANTIGATI

Il tema proposto al nostro incontro è formulato: « pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto ». Nella relazione di Ghezzi sta scritto « il contributo dato dal pensiero giuridico all'innovazione legislativa e quindi al processo di produzione del diritto ». In quel *quindi* è condensato un mondo. Lo stesso mondo di Amato, che nella relazione afferma: l'innovazione è architettura. Il mondo condensato nelle affermazioni di Ghezzi e Amato è quello di coloro che valutano il diritto per ciò che è stabilito in esso dal potere.

La innovazione legislativa nelle affermazioni di Ghezzi e Amato è identica alla produzione del diritto. Nella formulazione del tema dell'incontro non è così, perché l'innovazione legislativa è posta, nel tema dell'incontro, alla pari con il pensiero giuridico, rispetto alla produzione del diritto. Ciò vuol dire che la produzione del diritto non coincide con la innovazione legislativa, bensì è un effetto, per il quale agiscono sia il pensiero giuridico che l'innovazione legislativa. Tant'è vero che Fedele ha detto nella relazione: io non mi occupo dei giuristi che fanno le riforme, vale a dire non mi occupo della innovazione legislativa, ma solo dei giuristi che elaborano scienza giuridica. Ne deduco che per Fedele la scienza giuridica ha, comunque, efficacia nella produzione del diritto. Ciò mi conforta, perché il contributo che ho scritto ha appunto tale premessa. La produzione del diritto è effetto oggi principalmente non di leggi di riforma, ma di modi di valutare il diritto, inventati o da inventare dalla scienza giuridica.

Se il pensiero giuridico ha effetto nella produzione del diritto solo in quanto contribuisce alla innovazione legislativa, come ha scritto Ghezzi, e non ha, invece, effetto direttamente per la produzione del diritto, a fianco della innovazione legislativa, il convegno

dovrebbe essere diverso da quello che è stato organizzato sul tema proposto. Se l'innovazione è architettura, come ha scritto Amato, occorre prendere atto che gli architetti oggi fanno riadattamento dell'esistente, piuttosto che nuove costruzioni. I giuristi dovrebbero oggi fare riadattamento del diritto, cioè scienza giuridica, piuttosto che innovazione legislativa, cioè leggi di riforma.

Il mio contributo scritto conclude con cinque punti di dover essere per il giurista, fra i quali non ho posto il problema che è stato finora il più discusso in questo convegno: il dover essere del giurista verso il Principe. « Principe » intendo denominare il potere politico, ovvero i titolari della decisione sulla innovazione legislativa, ovvero, per essere specifici, Craxi per Amato, quando Amato si trasformò da giurista in titolare di potere politico. Il dover essere del giurista nel mio contributo scritto è posto in relazione con il Principe, ovvero il potere politico, solo là dove ho scritto che il giurista oggi non dovrebbe apparire sui media. I media, infatti, sono una forma di relazione con il potere politico. Il dover essere del « non apparire sui media » è aspetto del dover essere più generale del giurista di tenersi appartato dal Principe.

Né il giurista che diventa Principe, né il giurista che consiglia il Principe, sono modelli per il giurista che agisce oggi scientificamente. La società è oggi più ricca di quella in cui esisteva solo il Principe, per la produzione del diritto. Vi sono varie parti sociali. Il giurista agisce oggi scientificamente con riferimento a più parti sociali, di cui il Principe è solo una.

Porto ora tre motivazioni della affermazione che l'interlocutore del giurista che lavora scientificamente non è oggi il Principe.

La prima motivazione è storica. I giuristi in Italia hanno preso a preoccuparsi del Principe negli anni '60. Lo ha ricordato Amato, che conosce molto bene i fatti perché negli anni '60 era appunto il giurista che oggi, scrivendo negli anni '90, ha descritto in contrapposizione a sé stesso. Gli anni '70 e '80 sono stati anni di decadimento della scienza giuridica italiana. I giuristi pensavano al Principe e la scienza giuridica italiana decadeva. Segno che l'interlocutore della scienza giuridica va cercato altrove per risollevarlo il livello scientifico.

La seconda motivazione è empirica. Il legislatore oggi produce innovazioni che i giuristi hanno difficoltà a inserire nel contesto della

struttura del potere. Il problema non è il Principe che fa le leggi, ma la valutazione scientifica delle innovazioni che il legislatore produce. La scienza giuridica che pensa solo al Principe non guarda ciò che il Principe ha intorno.

La terza motivazione è costituzionale. Crede nella Costituzione chi afferma oggi il pluralismo nella società italiana. Il pluralismo non è di legislatori, è di fonti diverse dalla norma. La relazione di Ghezzi e gli altri interventi sul diritto del lavoro hanno citato fatti appropriati a questo rilievo. Basti del resto pensare alle amministrazioni indipendenti. Non vi è un solo Principe, perchè non vi è un unico modo di produzione del diritto.



UMBERTO ALLEGRETTI

La domanda che sto per fare a Giorgio Ghezzi riguarda un po' il tema che ha sollevato nel suo intervento Silvana Sciarra. Mi pare importante farla, perché serve a sottolineare che c'è anche da parte dei non-lavoristi un'attenzione a questo tipo di problemi.

Ghezzi, raccogliendo gli auspici che facevano sia Enzo Cheli ieri che Barile in apertura stamattina, mostrava che noi dobbiamo occuparci in qualche modo di vedere che compito abbia la dottrina giuridica nei confronti dei grandi cambiamenti che sono, non del futuro, direi, ma già dell'oggi. Siccome i grandi cambiamenti nascono in gran parte dalla questione della globalizzazione, da quella che in mancanza di meglio chiamiamo economia postfordista, allora in questo contesto c'è un problema per i costituzionalisti cui accennava Barile. Il problema di come i diritti sociali possano avere un assetto appropriato in questo nuovo contesto. Quali sono gli orientamenti possibili? Non si tratta tanto di interrogarsi sulle angolazioni ideologiche quanto su quali sono le proposte o in qualche modo le esplorazioni potenziali, smistate su varie tendenze. C'è un libro di Bronzini e di altri che verte in particolare sulla natura del lavoro autonomo ma in realtà eterodiretto, che sta diventando la regola nell'economia del postfordismo. Tale è per esempio il caso del nostro nord-est e non è detto che continui la protezione che il marco per due anni ha dato in qualche modo a questi lavoratori; tutt'altro. In realtà questo è un tipo di economia estremamente esposta alla precarizzazione, è una attività lavorativa che ha bisogno di nuovi approcci per poter avere sia la tutela sul piano del rapporto con la controparte sia quella sul piano che una volta chiamavamo dello stato sociale e che comunque resta quello dei diritti sociali. Non so se il relatore possa darci qualche svolgimento su questo terreno.



SERGIO LARICCIA

Desidero esprimere la mia piena adesione al punto di vista esposto dal presidente di questa mattina, il caro prof. Paolo Barile, quando ha osservato che è compito dei giuristi del presente e del futuro quello di valutare con molta attenzione il problema del collegamento tra la nascita di nuovi enti, in particolare gli enti di fondazione, e la questione dello stato sociale. In proposito mi sembra giusto ricordare l'importante contributo offerto da giuristi di forte preparazione e di grande passione civile, come Nicolò Lipari e Luciano Guerzoni, per l'approvazione e l'attuazione di una delle più significative leggi di questi anni: quella sul volontariato (l. n. 266 del 1991).

A proposito di Luciano Guerzoni, amico da tanti anni, e ricollegandomi al mio precedente intervento, vorrei ricordare che attualmente Guerzoni è sottosegretario al ministero dell'università e della ricerca scientifica e collabora con il ministro Berlinguer: in questi giorni, in particolare, è impegnato nel perseguire l'obiettivo di favorire l'istituzione di nuove università dove le condizioni siano tali da convincere sulla necessità di dividere le università troppo affollate per garantire un adeguato processo di insegnamento-apprendimento. È anche questo un obiettivo di innovazione legislativa che merita l'attenzione dei giuristi.



PIERO CRAVERI

L'aver indagato, in queste due giornate di relazioni, un universo così ampio di esperienze disciplinari diverse, ci propone una varietà di fratture ed aporie all'interno di ciascuna di esse, che è difficile, anche da un punto di vista storico, ricondurre ad un comun denominatore. Non basta fermarsi infatti alla constatazione che negli ultimi cinquant'anni si acuisce sempre più il processo di frantumazione di quella concezione dello Stato e della sua correlativa concezione positivista del diritto su cui, per rimanere all'Italia, si era costruita la prima fase degli ordinamenti unitari. Le dinamiche della seconda fase, che possiamo far incominciare dal secondo dopoguerra, sembrano invero più complesse e traggono la loro motivazione non solo da fenomeni di mutamento endogeno, d'ordine preminentemente sociale e culturale, ma, specie sul versante economico ed economico-sociale, dall'impatto con altre dinamiche d'ordine internazionale, o interstatale e sovranazionale. Se dovessi segnalare una lacuna nel quadro così ampio e articolato, straordinariamente esaustivo, che questo seminario ci ha offerto, direi che manca, ad esempio, una considerazione del diritto comunitario e del suo impatto sui nostri giuristi e legislatori.

Ma il diritto comunitario è poi solo una variante di un *framework* normativo sempre più ricco ed articolato, che tende a travalicare l'ordinamento interno, generando in esso processi singolari di adattamento, come certo è quello descrittoci da Carlo Angelici in materia societaria, che potremmo definire di autogoverno normativo degli interessi contrapposti ed afferenti e che vede, rispetto ad esso, giuristi e legislatori in una posizione subordinata, o se si vuole più tecnicamente volta alla mediazione, che alla determinazione di politiche del diritto. Se poi fissiamo l'attenzione sul versante del diritto pubblico dell'economia e sul diritto del lavoro e sindacale, come

vorrei brevemente fare, abbiamo ulteriori e diversi riscontri di ciò. Per il diritto pubblico dell'economia abbiamo avuto marcate elaborazioni di politica del diritto, generate sia dalla scienza economica, sia da quella giuridica, e sussunte anche in sede politica, così da affiorare nella legislazione, con effetti tuttavia distorti, se non opposti agli obbiettivi proposti. Per il diritto del lavoro e sindacale potremmo dire che l'ordinamento intersindacale è stato un caotico luogo di incontro di modelli diversi, da un lato elaborati in sede dottrinale e che hanno improntato di sé principalmente la legislazione sindacale e del lavoro, con una specie di vera e propria delega permanente alla proposta legislativa, affidata ai giuristi da parte dei sindacati e dei partiti, e dall'altro determinati dalle diverse inclinazioni assunte nel corso dei decenni dal conflitto sindacale, che hanno conferito alla contrattazione collettiva, di volta in volta, un ruolo, vuoi decisivo, vuoi, come di recente, sempre meno esaustivo.

Troviamo chiaramente espresse queste contraddizioni nelle relazioni di Giuliano Amato e di Giorgio Ghezzi, più marcate nella prima che non nella seconda, dove forse ha prevalso la preoccupazione di mostrare come le aporie del passato vadano oggi stemperandosi e ricomponendosi in un quadro diverso, in cui la natura stessa del conflitto industriale è profondamente cambiata. Quanto alla relazione di Amato colpisce il constatare come il nucleo teorico originario della riflessione storico-giuridica in questa materia rimanga quello della cultura pubblicistica ed economica degli anni '30. Lo sforzo di riclassificazione della materia, a cavallo degli anni '60, ha portato a due esiti, lucidamente segnati da Amato, quello della elaborazione concettuale del tema della programmazione da un lato e l'analisi spietata dei processi di frantumazione dei poteri pubblici dall'altro, che ha caratterizzato le fenomenologie istituzionali, dalla metà degli anni '50 fino a tutti gli anni '80, e che ha condotto nella direzione esattamente opposta alla programmazione. In realtà due facce della stessa medaglia, la cui spiegazione non può trovarsi in questo caso che in altra sede, quella storico politica, o politico economica, nella quale può trovare una risposta proprio quello *iato* dinanzi a cui da ultimo la disciplina si trova, lamentato da Amato, quello della voga di un liberismo senza fondamento analitico. E rispetto a quest'ultimo aspetto gioca probabilmente il fatto che, accanto agli esiti così poco pregnanti della cultura della pro-

grammazione, non è affatto maturata in Italia negli ultimi decenni una corrispondente cultura del mercato, di cui il tardivo approdo della legislazione *antitrust* e l'incompiuto disegno della Consob sono espressione. Si è lasciato così il campo ad un'improvvisata acculturazione, della cui fragilità analitica non vi sono riscontri nei maggiori paesi industrializzati, incapace di elaborare politiche del diritto che non siano troppo immerse nel confliggere degli interessi afferenti, in posizioni sempre mediatricie, impossibilitate così a produrre un'effettiva regolazione delle dinamiche di mercato, come in realtà anche un'impostazione liberista, correttamente intesa, necessariamente impone, giacchè nessun mercato si presuppone come naturale, ma appunto sempre come regolato.

Sotto questo e altri aspetti l'analisi andrebbe spinta probabilmente anche oltre quanto con efficacia abbia fatto Amato. C'era certamente un peccato d'origine nella cultura della programmazione, che è anche una delle cause principali della sua rapida eclissi. Quella di portare con sé un'impronta troppo fortemente industrialista e dirigista, che echeggiava il « pianismo » degli anni '30 e che solo in seguito andò stemperandosi in una più articolata visione degli strumenti necessari ad una gestione macro-economica programmata, quando ormai era troppo tardi. E la stessa matrice possiamo riscontrare nella cultura sindacale, quasi fino ai nostri giorni. Avvenne ciò che, all'epoca del primo centro-sinistra, quando suonò l'ora decisiva della programmazione, uno dei contrasti decisivi si verificasse proprio col sindacato, per il rifiuto di questi ad una qualsivoglia politica dei redditi, il che rendeva assai difficile una complessiva gestione programmata a livello macro-economico. Il venir meno della possibilità di intervenire con una politica di programmazione sulle variabili macro-economiche è stato poi invece principalmente addebitato alla crescente e patologica frantumazione delle politiche di bilancio, determinate sempre più dalla mediazione molecolare degli interessi in vario modo organizzati e dalla conseguente centralità che assunse il governo della moneta e del credito e con esso il ruolo politico-istituzionale della Banca d'Italia e del suo governatore.

Certo la frantumazione delle politiche di bilancio ha un peso non marginale nella vicenda italiana, ma questo non deve far dimenticare come l'area degli interessi sociali rappresentati dal sindacato comportasse già allora una mediazione, la cui rilevanza macro-economica

era ormai definitivamente emersa. Non era stato così negli anni '50 e questa anomala carenza aveva indubbiamente giovato allo sviluppo industriale nel decennio del cosiddetto « miracolo economico », quando il salario poteva essere considerato una variabile inesistente. Il problema degli anni '60, all'inverso, fu proprio quello di incorporare nel governo dell'economia una dinamica salariale e un tipo di conflitto sindacale che si proponeva con i connotati classici di un sistema industriale maturo. Sotto questo aspetto decisivo la cosiddetta cultura della programmazione non ha dato quasi alcun contributo. Le soluzioni vennero piuttosto dai giuslavoristi e determinarono una singolare mistura di politica del diritto e di politiche contrattuali, la cui ispirazione era da un lato tipicamente neoliberista, anche se allora, per la loro derivazione anglosassone e in particolare statunitense, si definivano come neoistituzionaliste, dall'altro rimanevano legate a un credo sostanzialmente statalista, dominato dalla vecchia ambiguità ideologica tra classismo e riformismo.

Lo statuto dei lavoratori è in realtà il più rilevante esempio del primo tipo. Esso andava a sanare il vuoto normativo determinato dall'inapplicabilità dell'art. 39 della Costituzione e per quanto formalmente non poteva dirsi in contrasto con esso, sostanzialmente preconizzava un sistema di relazioni industriali regolato da dinamiche almeno potenzialmente opposte ad esso. E giova ripetere ciò che Rodotà ha già ricordato, come la filosofia dello statuto abbia incontrato, in una prima fase, l'ostilità sia dei giuristi, sia di quella parte dell'organizzazione sindacale, la cui impostazione ideologica era di tipo classista, favorevole ad un quadro di garanzie tradizionali, ai diritti del lavoratore, piuttosto che a quelli del sindacato. Era proprio la sua sostanza neoliberista che veniva rifiutata, quel suo riportare istituzionalmente il conflitto nella fabbrica e nell'azienda, fuori da un'ipotesi generale di conflitto, riconducibile appunto ad un'impostazione classista. Questa impostazione neoliberista era poi quella di un'altra parte del sindacato, che agli inizi degli anni '60, nelle aree industriali di sua maggiore penetrazione, in particolare le industrie a partecipazione statale, aveva già imposto la regola di una contrattazione aziendale, sebbene in una cornice di clausole di salvaguardia e di rinvio con gli altri livelli contrattuali.

L'incontro tra le due linee avvenne negli anni '70, com'è noto,

sul terreno di una generalizzazione dell'ipotesi conflittuale e con una relativizzazione di tutto l'impianto normativo dell'ordinamento inter-sindacale. Anzi c'è da dire che proprio la teorizzazione dell'ordinamento intersindacale, diversamente da come Giugni l'aveva formulata a partire da Santi Romano, divenne un porto franco, dove qualsivoglia bastimento poteva approdare. Le idee *passé-partout* trovano il tempo che trovano. Rimane il fatto che la giuslavoristica lavorò negli anni '60 su ipotesi comunque divergenti dalla presunta cultura della programmazione. E gli elementi contraddittori che essa introduceva nel sistema di relazioni industriali dovevano altresì rimanere latenti. In particolare la divaricazione tra contrattazione nazionale e aziendale, implicita nel diverso orientamento costituzionale e dello statuto dei lavoratori, che del resto ritroviamo anche oggi, sebbene ricomposta in un nuovo modello. E il modello di oggi lega l'insieme della contrattazione ad un'ipotesi concertativa, basata su parametri valutativi di tipo macroeconomico, che è proprio quella che venne respinta negli anni '60, così da contribuire in modo determinante all'eclissi dell'ipotesi di programmazione. In Italia si è venuti così recependo nelle relazioni industriali quest'ultimo modello, di derivazione sostanzialmente neocorporativa, trent'anni più tardi di altri paesi, quando in essi ha cessato praticamente di funzionare, essendo venuti meno i presupposti di una redistribuzione del reddito a livello macro-economico e determinandosi anzi la congiuntura di una redistribuzione negativa, che affida tutte le valenze residue di questa al livello micro-contrattuale.

Gli anni '70 posero inoltre il problema di cercare a livello aziendale degli ammortizzatori del conflitto, allora sovramisura. Prima del 1977, quando le confederazioni sindacali presero a svolgere un'opera di contenimento delle spinte conflittuali, tali strumenti andavano cercati necessariamente fuori dall'ambito contrattuale, che era diretta espressione proprio di quei livelli di conflittualità. Si trattava di scalzare un credo, fortemente radicato nella cultura sindacale e di riflesso in parte della giuslavoristica, che privilegiava la fonte normativa contrattuale, anzi in qualche modo l'assolutizzava. Tipico di questa tendenza era la negazione d'ogni funzionalità degli strumenti partecipativi, risolvendoli in un'impostazione di natura conflittuale, quale fu la tematica dell'informazione nella cosiddetta prima parte dei contratti nazionali di categoria.

L'ipotesi conflittuale prevaleva anche, del resto, nella configurazione degli istituti di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e i consigli operai, e la tematica consiliare ad essi connessa, costituirono il più forte nucleo istituzionale di questa impostazione, le cui macerie non sono state neppure oggi del tutto rimosse. L'ammortizzazione del conflitto prese altre strade, che la contrattazione non poteva plausibilmente battere; apparentemente marciò su di un terreno neutro attraverso la legislazione. È il caso, ad esempio, del nuovo processo del lavoro introdotto a metà degli anni '70. Se in un primo tempo, soprattutto l'intervento pretorile, sembrò a tratti affiancarsi a quello sindacale, inasprendo le condizioni stesse del conflitto industriale, in ultima analisi lo snellimento delle procedure funzionò da stabilizzatore del sistema delle relazioni industriali. Quando a metà degli anni '80 il discorso della partecipazione sindacale a livello d'azienda, dopo aver mosso i primi passi a cavallo del decennio precedente, prese forma in alcune iniziative, quali furono ad esempio i protocolli IRI, una delle parti più significative di essi, le procedure di arbitrato nelle vertenze individuali, trovò scarsissima applicazione, privilegiando i lavoratori la ormai sperimentata via processuale. Anche qui non può non segnarsi un ritardo davvero irrecuperabile, giacché la legge, già intervenuta in funzione supplente di una disciplina e prassi sindacale insufficiente, aveva finito per impoverire l'ambito stesso di autonomia contrattuale e i presupposti stessi dell'ordinamento intersindacale.

Gli anni '90 approdarono alla « concertazione », ma il tema della « partecipazione », che anch'esso ormai era entrato a far parte della visuale sindacale, non trovava più alcuna corrispondenza nei fatti e tantomeno nelle intenzioni delle controparti padronali. Il canale unico contrattuale rimaneva, da principio ideologico, mera necessità. Cadeva anche il pregiudizio sindacale del ricorso alla legge, sebbene questo, nell'ultimo decennio, abbia investito materie delicate, che hanno lasciato anche strascichi di roventi polemiche, come il salario e lo sciopero. Vi si è fatto riferimento, ad esempio, persino in materia di rappresentanza sindacale, per risolvere un problema così tradizionalmente di intrinseca appartenenza all'ambito di autonomia intersindacale, ma che non riesce a trovare soluzione da parte delle organizzazioni deputate. Rimane così vero che più si amplia la sfera della legislazione e più si riduce quella

contrattuale, ma non tanto per il rapporto causale tra questi due momenti, che potrebbe, come in passato, determinare una reciproca sinergia, quanto per il contesto liberista in cui oggi l'azione sindacale si colloca, che richiederebbe un'altra cultura e altre strategie.



SERGIO LARICCIA

La trasmissione del pensiero giuridico avviene purtroppo, in molte università, in modo non soddisfacente, per un complesso di ragioni sulle quali non è naturalmente questa la sede per intervenire. Proprio sui giornali di oggi è pubblicata la notizia che, in senato accademico vi è stato soltanto un voto contrario alla posizione assunta dal rettore Giorgio Tecce della mia università, l'università di Roma « La Sapienza », che tende ad ostacolare l'obiettivo, che si propone invece il ministro Berlinguer, di favorire la costituzione di nuove università a Roma ed in altre città nelle quali il problema del sovraffollamento da molti anni è veramente drammatico. Alla lettura della notizia ho sperato che il voto contrario fosse quello del preside della facoltà giuridica romana, considerando le grandi difficoltà che incontrano i professori e gli studenti di questa facoltà a causa dell'elevato numero di iscritti. Credo che la valutazione delle forme di insegnamento e delle pratiche della didattica abbiano grande importanza nell'influire sui processi di apprendimento e di insegnamento del diritto nelle nostre università; e che in proposito meriti dunque di essere considerato anche il problema dell'organizzazione delle facoltà giuridiche.

Vorrei concludere esprimendo il mio ringraziamento a Giorgio Ghezzi e ai molti altri studiosi del diritto del lavoro che, negli anni dopo l'entrata in vigore della carta costituzionale, hanno fornito un importante contributo per il superamento della logica dello stato come unica fonte delle norme giuridiche. Ricordo i molti ed importanti insegnamenti che, a proposito dell'interpretazione di una disposizione « chiave » qual è quella contenuta nell'art. 2 Cost., ho potuto trarre dalla lettura di libri ed articoli in tema di sindacati scritti da studiosi del diritto del lavoro come, tra gli altri, Ghezzi,

Giugni, Smuraglia, capaci di offrire un utile apporto alle esigenze di studio e di ricerca di studiosi di altre discipline giuridiche.

A questo proposito mi auguro che, se Paolo Grossi confermerà la decisione che ci ha comunicato ieri mattina di affidare ad altri l'incarico di presidente del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, il futuro presidente del Centro voglia continuare a credere nell'utilità di questi convegni ed incontri, che costituiscono alcune tra le pochissime occasioni che studiosi di diverse discipline giuridiche hanno per pensare insieme ai problemi del loro lavoro quotidiano.

RAFFAELLO BRACCINI

MUTAMENTI NELLE BASI DEL DIRITTO TRIBUTARIO:  
LA CRISI DELL'IDEA DI «SISTEMA»

1. Nel settore del diritto tributario si profila una visione pessimistica del rapporto tra l'incremento del pensiero giuridico e l'innovazione legislativa.

È notoria la « mobilità », la rapida variabilità, come pure l'erraticità, l'estrema frammentarietà della legislazione fiscale.

La dottrina è costretta ad un incessante lavoro di aggiornamento cognitivo, sezionalmente limitato alla registrazione delle « novità » fiscali del momento.

Tale opera difficoltosamente perviene alla concettualizzazione delle nuove fattispecie legali, quindi alla loro collocazione in un sistema scientifico, costruito cioè dallo studioso per una migliore comprensione dell'insieme.

Sovente la disciplina non presenta tratti fondamentali comuni e perciò non si adatta ad essere riformulata per classi e categorie in un cotale « sistema estrinseco » <sup>(1)</sup>.

La legislazione tributaria appare inoltre concepita come priva di una sua causazione interiore. Produce perciò una materia ribelle all'elaborazione dogmatica, che presuppone invece l'esistenza di un piano normativo.

Gravi ostacoli incontra allora quel pensiero accademico che coltiva la concezione di un « sistema intrinseco », come frutto di creazione legislativa, dotato di un suo ordine proprio, dove le parti e gli elementi compositivi svolgono una peculiare funzione, in reciproca relazione tra di loro <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La nozione di sistema tributario « estrinseco », di produzione scientifica, risale a: HENSEL A., *Steuerrecht*, Berlin, 1924; trad. it.: *Diritto tributario*, a cura di Jarach D., Milano, 1956, 5.

<sup>(2)</sup> La nozione di sistema tributario « intrinseco », di produzione legislativa, risale

Ma se questo modello di sistema ha avuto davvero vita nel diritto positivo, perchè e come è stato sovvertito?

Pare proficuo volgersi a considerare gli antefatti della situazione presente, per meglio comprenderla. Anche nelle sue incognite.

2. Viene alla mente una « età aurea », quella dell'epoca liberale, che avrebbe conosciuto una razionale architettura dei tributi. La legge tributaria era allora apprezzata come l'elemento « matematico » del sistema giuridico generale, cui garantiva stabilità e certezza <sup>(3)</sup>. I limiti della tassazione erano precisamente stabiliti dalla legge d'imposta. I confini del diritto tributario coincidevano con quelli del diritto privato. A loro presidio si ergeva la « difesa giurisdizionale della proprietà privata » <sup>(4)</sup>. La ripartizione dell'imposta seguiva una regola sincretica, contemperante il criterio dell'interesse (o del beneficio) con quello delle facoltà (o delle capacità). Era fatta salva l'integrità dei fondi produttivi <sup>(5)</sup>. Il dovere tributario era configurato secondo due opposte concezioni dell'istituto parlamentare dell'autoimposizione: una individualistica, come autolimitazione del diritto naturale di proprietà del privato, e l'altra organicistica, come autolimitazione del potere impositivo statale <sup>(6)</sup>. L'imposta aveva comunque l'unico scopo di fornire allo Stato i mezzi per conseguire i suoi compiti istituzionali, così come delimitati dalla concezione utilitaristica dell'epoca liberale <sup>(7)</sup>.

---

a: BLUMENSTEIN E., *System des Steuerrechts*, Zürich, 1951; trad. it.: *Sistema di diritto delle imposte*, a cura di Forte F., Milano, 1954, 116.

<sup>(3)</sup> Così: CALDARA E., *Interpretazione delle leggi*, Milano, 1908, 196, n. 199.

<sup>(4)</sup> Così: MORTARA L., *Commentario del Codice civile e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1899-1909; 5ª ed., vol. I, Milano, 1923, 318.

<sup>(5)</sup> Cfr.: SCIALOJA A., *I principi della economia sociale esposti in ordine ideologico*, Torino, 1846, 255.

<sup>(6)</sup> Sono le due correnti di pensiero, la prima di derivazione anglosassone e la seconda germanica, che sono state rievocate nello scritto « autobiografico » di: MUSGRAVE R. A., *Crossing Traditions*, in atti del Convegno « Zur deutschsprachigen wirtschaftswissenschaftlichen Emigration nach 1933 », Universität Hohenheim, Stuttgart, 1991.

Si veda al riguardo: BOSI P. e MATTEUZZI M., *Introduzione* a trad. it. di: MUSGRAVE R. A., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Bologna, 1995, XVII.

<sup>(7)</sup> Cfr.: MYRDAL G., *L'elemento politico nello sviluppo della teoria economica*, trad. it., Firenze, 1981, 200.

Si trattava di un « sistema chiuso », connesso con l'idea dello « Stato di diritto » (8).

3. Evocando così quella costruzione armonica si è consapevoli della sua schematica idealizzazione.

Contraddizioni ed insincerità di fondo non mancarono di essere denunciate dagli stessi contemporanei (9), finendo poi per emergere in piena luce al momento della crisi e dell'epilogo (10).

---

(8) Questa relazione tra « sistema chiuso » e « Stato di diritto » risale a: GIERKE O., *Johannes Althusius u. die Entwicklung der naturrecht. Staatstheorien*, 1880; trad. it., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1943. Si veda a proposito: GIULIANI A., *Sistematica e « Case-method » come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, 1957, 31.

(9) Valga come esempio di « *cabier de doléance* » la denuncia del deputato Bonfadini contro « una fiscalità inintelligente, a dispetto di ogni logica e di ogni diritto, fiscalità che, esercitata contro persone intelligenti e facoltose, finiva con un ricorso e con la condanna giudiziale del Governo al rimborso delle spese, esercitata invece contro i contribuenti poveri e ignoranti finiva con l'imporre una tassa indebita e perciò iniqua, sopra una folla di piccoli contribuenti incapaci o impossibilitati di esperire la via dei ricorsi. »; cfr.: BONFADINI R., *Lettera alla « Perseveranza » del 4 ottobre 1872*, in *La Perseveranza*, 6 ottobre 1872, che si legge in: BERSELLI A., *La destra storica dopo l'Unità*, Bologna, 1965, 164.

Sono pure significative le parole (non seguite però da concreti interventi di riforma) di Giovanni Giolitti: « Quando confronto il nostro sistema tributario con quello di tutti indistintamente i paesi civili, quando osservo le condizioni delle classi rurali in gran parte d'Italia, e le paragono a quelle dei paesi a noi vicini, dove i nostri operai si recano a cercare lavoro e dove possono fare confronti molto dolorosi per noi, io resto compreso di ammirazione per la longanimità e la tolleranza delle nostre plebi, e penso con terrore alle conseguenze di un possibile loro risveglio. No, il sistema tributario non deve, non può essere lasciato qual è ». Cfr.: GIOLITTI G., *Risposta al « Quid Agendum » di Sonnino* (21 settembre 1900), ripubbl. in: *Discorsi extraparlamentari*, Torino, 1952, 241.

L'Italia, nel doloroso ricordo degli emigrati, è anche la terra della tassazione iniqua che grava sugli strati più miseri della popolazione: se ne trova un'eco letteraria in: LAWRENCE D.H., *Italians in exile*, (1916), rist. in: *Twilight in Italy*, London, 1960, 129.

Si vedano infine: FORTUNATO G., *Questione meridionale e riforma tributaria* (luglio 1904), Roma, 1920; NITTI S., *La finanza italiana e l'Italia meridionale*, Firenze, 1912.

(10) Cfr.: DE VITI DE MARCO A., *Un trentennio di lotte politiche*, (1894-1922), Roma, s.d. (ma 1929), VI-VII (al lettore).

Sul pensiero storiografico-politico di De Viti, che attribuiva la crisi delle istituzioni democratiche e l'avvento della dittatura a vizi e contraddizioni originarie del liberalismo italiano, facenti capo soprattutto al rapporto autoritario dello stato verso i contribuenti,

Ma se l'idea stessa di sistema, propria di quella cultura, viene investita, se non travolta, lo si deve all'irruzione *ab externo* del moto di pensiero irrazionalista che caratterizza la fine di quell'epoca.

Sarà il letterato, il poeta, a scorgere che « il reticolo di leggi, regole e formule », che dovrebbe regolare razionalmente la società, è solo « un setaccio nel cui uso i buchi non sono meno importanti del saldo graticcio » <sup>(11)</sup>.

Anche l'esperienza giuridica è evidentemente influenzata da questa temperie <sup>(12)</sup>.

Chi ha ricevuto il lascito dei vecchi « sistemi giuridici » riprende, è vero, a tesserne apparentemente le maglie. Muta però il significato ed il risultato stesso di questo operare.

Si consuma l'abbandono dell'essenza interiore del sistema. Ci si orienta verso la sua « apertura » <sup>(13)</sup>.

Gli esiti di questo processo di pensiero e di prassi raggiungono ed occupano ancora il presente. Perciò li consideriamo nei loro tratti salienti.

4. La compagine dei tributi dell'età liberale, ereditata dal successivo regime, giunse apparentemente quasi intocca alle ripristinate istituzioni del secondo dopoguerra.

Lo spirito del « sistema » era invece profondamente mutato.

Lo stesso regime antidemocratico, dopo avere inizialmente ab-

---

si veda l'opera di: CARDINI A., *Antonio De Viti de Marco - La democrazia incompiuta (1858-1943)*, Bari, 1985, 376-378.

Cfr. inoltre: STEVE S., *La finanza di Antonio De Viti de Marco*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1994, I, 176-181.

<sup>(11)</sup> L'espressione fu formulata da Robert Musil nel 1918, come ce la riporta: MAGRIS C., *Scienza e poesia nei saggi di Musil: nel setaccio contano i buchi*, in *Corriere della Sera*, 18 aprile 1979.

<sup>(12)</sup> Esempio è il saggio antirazionalista ed antisistemico di: KANTOROWICZ H., *La lotta per la scienza del diritto*, trad. di Majetti R., Milano, 1908, 108. L'opera, com'è noto, fu pubblicata sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, 27.

Per i riverberi delle istanze irrazionalistiche nell'ambiente giuridico italiano, con riferimento agli anni '30-'40, cfr.: ALLORIO E., *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, 57.

<sup>(13)</sup> Sul « diritto asistemico », concepito anche come « sistema aperto », si veda: LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, 105.

bracciato una visione individualistica, privatizzante, di « Stato minimo » (che allora era detto volgarmente « Stato all'osso ») <sup>(14)</sup>, si era poi convertito ad una concezione interventistica sempre più intensa della politica economico-finanziaria <sup>(15)</sup>. Negli anni '30 la dottrina teorizza i compiti extratributari della finanza pubblica <sup>(16)</sup>.

Si era intanto accentuato, in senso autoritario, il potere di imposizione tributaria, rivendicato come funzione di governo (art. 3, l. 31 gennaio 1926, n. 100).

Il centralismo governativo è ribadito, pur nel contesto della nascente finanza corporativa, quando, in implicita modifica dell'art. 30 dello Statuto, si stabilisce che « Nessun tributo, sotto qualsiasi forma, può essere stabilito a favore di alcun ente, senza il preventivo assenso del Ministro delle Finanze » (art. 1, R.d.l. 7 agosto 1936, n. 1639).

La cultura giuridica si rifugia allora in una tradizione di pensiero risalente a Gian Domenico Romagnosi, il quale aveva formulato la nuova concezione della monarchia costituzionale, adattandovi l'ideologia fiscale del dispotismo illuminato del secolo XVIII <sup>(17)</sup>. Questo retaggio patrio si congiunge però con l'assimilazione com-

<sup>(14)</sup> Si veda la significativa citazione del discorso mussoliniano di Udine del 20 settembre 1922 in: EINAUDI L., « *L'Italia e il secondo risorgimento* », supplemento alla *Gazzetta ticinese*, 2 dicembre 1944, a firma Junius, ripubbl. in: ID., *Il buon governo*, Torino, 1950, 75.

<sup>(15)</sup> Cfr.: FAUCCI R., *Finanza, amministrazione e pensiero economico - Il caso della contabilità di Stato da Cavour al Fascismo*, Torino, 1975, 163 e 176.

<sup>(16)</sup> Si veda: PUGLIESE M., *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli Stati moderni*, Padova, 1931.

<sup>(17)</sup> Cfr. ROMAGNOSI G.D., *La scienza delle costituzioni*, Torino, 1848, I, 100-101, che così si esprime: « Il monarca, al quale fu affidata la podestà di governare, ha pure il diritto ai mezzi necessari. La domanda che egli fa non può essere contrastata per il diritto, ma per il solo fatto. Può essere controverso se i sussidi che ora domanda siano necessari, ma non mai se egli abbia o non abbia il diritto d'imporre; e se il popolo abbia o non abbia il diritto di ricusare. Data la vera necessità dell'imposta, ne nasce l'obbligazione a sottostarvi. Il consenso dunque dei rappresentanti non è costitutivo, nè traslativo del diritto, ma è semplicemente tutelare ».

Sui rapporti tra la « prerogativa regia » e la « garanzia nazionale » si veda la interpretazione « individualistica » del pensiero romagnosiano di: SALVATORELLI L., *Il pensiero politico italiano dal 1700 al 1870*, Torino, 1943, 149.

piuta dai giuristi italiani in età liberale della teoria organicistica germanica dello « *Steuerpflicht* »<sup>(18)</sup>. Declina per contro la concezione individualistica dell'imposta.

È sotto questo segno negativo che viene tuttavia superata, dopo un'accesa disputa dottrina, la teoria, riemersa negli anni '30, della non giuridicità delle norme tributarie, affermando il degrado del diritto di proprietà nella soggezione al potere impositivo statale<sup>(19)</sup>. È infatti la figura dell'obbligo d'imposta, in quanto disciplinato dalla legge tributaria, che fa assumere a quest'ultima natura sostanziale e che caratterizza la situazione del contribuente. Il correlativo diritto soggettivo alla giusta imposizione, baluardo del garantismo liberale, resta invece senza rilievo<sup>(20)</sup>. Si teorizza quindi la figura del « rapporto giuridico unilaterale »<sup>(21)</sup>.

La rete sistematica perde così una maglia essenziale.

Il pensiero giuridico procede oltre, realizzando un'opera di elevato valore scientifico in cui si riscontra che il contribuente è costituito debitore solo con l'emanazione da parte dell'amministrazione del provvedimento individuale di accertamento, che secondo legge determina in concreto l'imponibile e l'imposta. È la ben nota teorizzazione alloriana che fa perno sulla « giustizia tributaria nell'amministrazione » in virtù di autotutela. Questa dottrina non si

<sup>(18)</sup> Su questa dottrina: cfr. MYRDAL G., *op. cit.*, 202.

Va ricordata la polemica devitiana contro i giuristi italiani, che dimentichi del costituzionalismo britannico, si sono rivolti alle « elucubrazioni filosofiche dei professori tedeschi di diritto pubblico, che erano pagati per legittimare sotto forme liberali il regime assolutista ». Così: DE VITI DE MARCO A., Nota in: ID., *Un trentennio di lotte politiche*, cit., 299.

<sup>(19)</sup> Cfr.: DI PAOLO I., *La non giuridicità della norma tributaria*, in *Tributi*, 1939, 10; e precedentemente: LOLINI E., *La norma di diritto tributario nello Stato moderno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, I, 466; ID., *L'attività finanziaria nella dottrina e nella realtà*, Roma, 1920, 427.

La mancanza di un rapporto giuridico tributario stabilmente regolato dalla legge era già stata osservata da: ORLANDO V.E., *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, 1886, 553.

<sup>(20)</sup> Cfr.: TOSATO E., *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, 309.

<sup>(21)</sup> Così GIANNINI A.D., *Circa la pretesa non giuridicità delle norme tributarie*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1939, I, 50.

iscrive in un mero contesto di « paternalismo giuridico ». Il soggetto trova pur sempre la sua difesa in sede giurisdizionale. La situazione è concepita in termini di « interesse legittimo » (in verità si tratta di un'accezione estrema di questa figura, perchè l'atto impositivo amministrativo non è affatto discrezionale, bensì vincolato, ed incide su fattispecie già prequalificate in senso soggettivo). Al processo tributario è dato un giudice speciale. Il modello è di tipo impugnatorio, ma con notevoli aspetti della sua disciplina desunti da quella processual-civilistica <sup>(22)</sup>. Questo esito è pur sempre una riaffermazione di civiltà giuridica, ove si pensi che nella contigua legislazione autoritaria germanica si sopprimevano i tribunali finanziari di media istanza e si restringeva la competenza del tribunale supremo di finanza <sup>(23)</sup>.

La legislazione italiana di quegli anni ha precorso il disegno dottrinario, che vi trova quindi corrispondenza: la c.d. giurisdizionalizzazione delle commissioni tributarie è stata infatti appena compiuta (R.d.l. 7 agosto 1936, n. 1639). Ma questa disciplina appare inficiata in un punto vitale. Non dà al processo tributario un vero giudice dotato degli essenziali requisiti di professionalità e di indipendenza. La carenza, nonostante i successivi, ancor recenti, interventi legislativi, è tuttora da colmare. È stata intanto percorsa la strada della graduale eliminazione del giudice ordinario dalle liti d'imposta, che costituiva una fondamentale guarentigia dell'età liberale <sup>(24)</sup>.

Altri tratti rilevanti del passato riverberano i loro riflessi nell'oggi.

La legislazione a contenuto sostanziale si indirizza dapprima ai confini del sistema tributario. Nasce la fiscalità « categoriale » nel settore delle assicurazioni sociali, dove è stato riesumato il modello redistributivo bismarckiano del « solidarismo di gruppo ». Viene

---

<sup>(22)</sup> Cfr.: ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Milano, 1940.

<sup>(23)</sup> Cfr. BÜHLER O., *Principi giuridici nella legislazione tributaria tedesca del dopoguerra*, in *Jus*, 1951, 391.

<sup>(24)</sup> Non ne costituisce compenso, a causa della lamentata insufficienza della figura del giudice tributario, il fenomeno della « progressiva assimilazione del processo amministrativo al processo civile » rilevato da: ROMANO A., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258.

rotto l'originario rapporto di corrispettività attuariale tra i contributi previdenziali e le prestazioni pensionistiche (inizialmente, a carico di chi avesse lavorato più a lungo: art. 1, l. 13 dicembre 1928, n. 2900, e art. 63, R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 conv. in l. 6 aprile 1936, n. 1155; infine, a carico di chi avesse corrisposto contribuzioni previdenziali più elevate: art. 12, R.d.l. 14 aprile 1939, n. 636 conv. in l. 6 luglio 1939, n. 1272). Si profila un modello anomalo di prelievo: il « contributo in funzione di tributo », che realizza una redistribuzione iniqua perchè violativa del principio dell'universalità della tassazione. Questo modello giungerà fino a noi in versioni « solidaristiche » sempre più estese <sup>(25)</sup>.

La legislazione si volge quindi al sistema tributario con una visione ambivalente degli obiettivi da raggiungere e quindi dei mezzi da impiegare. Il suo andamento perplesso ha raggiunto i nostri giorni.

Si insinua un'ideologia di « patriottismo fiscale », legata alla visione totalitaria dello Stato-Nazione, che si fa vindice di una promessa riforma tributaria e della repressione dell'evasione.

Già dal 1926 è stata istituita la « polizia tributaria investigativa » (R.d.l. 3 gennaio 1926, n. 63).

Nel 1935 si rivitalizza l'imposta di registro, uno dei tributi più arretrati del sistema, seminante la « malaria economica », come scrisse efficacemente Luigi Einaudi. Viene infatti abolito il principio di volontarietà della registrazione fiscale delle scritture private non autenticate: d'ora innanzi vi si procede quindi d'ufficio, contro la volontà delle parti, alla sola condizione che l'amministrazione finanziaria venga in possesso legale del documento (art. 1 R.d.l. 26 settembre 1935, n. 1749 alleg. A).

Con i provvedimenti di « riforma degli ordinamenti tributari » del 1936 del ministro Thaon di Revel viene creata la « Anagrafe tributaria » per accrescere i poteri conoscitivi della amministrazione finanziaria in ordine alla situazione individuale, effettiva, di ogni contribuente (art. 12 R.d.l. 7 agosto 1936, n. 1639).

Dall'altro lato, proprio con gli stessi provvedimenti si forgiavano altri strumenti conoscitivi, ai fini dell'imposizione diretta e indiretta,

---

<sup>(25)</sup> Cfr.: BRACCINI R., voce « Parafiscalità », in *Dig. it.*, 4<sup>a</sup> ediz., vol. X, *Discip. priv. Sez. comm.*, Torino, 1994.

che si rifanno ad una concezione « catastizzante » della base imponibile: si tratta di « criteri di massima » e « coefficienti » elaborati per ogni categoria di attività produttiva, che determinano i rispettivi redditi medio ordinari prodotti o del pari i valori dei beni trasferiti. Per il reddito d'impresa si elaborano appositi « contingenti di studio », d'intesa con le categorie economiche interessate (art. 8 R.d.l. n. 1639 del 1936 cit., come convertito in l. 7 giugno 1937, n. 1016) <sup>(26)</sup>.

Tale orientamento è in linea con la progressiva valorizzazione del Catasto ai fini tributari: nel 1931 viene istituito il nuovo Catasto terreni, geometrico particellare, i cui estimi sono colpiti dall'imposta sui terreni (art. 11 e 13, c. 2 e 3 R.d.l. 8 ottobre 1931, n. 1572); nel 1939 la tassazione su base catastale è estesa all'imposta sui redditi agrari (art. 4, c. 2, R.d.l. 4 aprile 1939, n. 589); nello stesso anno è istituito il nuovo Catasto edilizio urbano, commisurandosi l'imposta sui fabbricati alla rendita catastale (art. 9 R.d.l. 13 aprile 1939, n. 652).

Ma il sistema è pure sospinto da correnti di pensiero contrastanti, che ne esigono il rammodernamento.

Dall'alto, nel 1937, viene istituito un « Ufficio di coordinamento tributario e di studi legislativi », che dovrà curare in primo luogo la perfetta forma della legislazione tributaria (l'odierno « *drafting legislativo* »), mentre per la sostanza dovrà affinare il confronto tra le risultanze del « contingente di studio » e quelle della « Anagrafe tributaria », per misurare i livelli della pressione fiscale e dell'evasione (R.d.l. 4 marzo 1937, n. 304) <sup>(27)</sup>.

È essenzialmente in ambito accademico che si svolge la discussione sui progetti riformistici.

Ascende la fama della scuola economico-giuridica pavese, nella grande personalità del suo fondatore Benvenuto Griziotti. Rievocando canoni di giustizia tributaria ispirati alla tomistica quadruplici « *causa impositionis* » <sup>(28)</sup>, si fa perno sulla funzione economico-

---

<sup>(26)</sup> Cfr.: PUGLIESE M., *La riforma degli ordinamenti tributari*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 567.

<sup>(27)</sup> Cfr.: THAON DI REVEL P., *Il coordinamento tributario*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1938, I, 57.

<sup>(28)</sup> Cfr. POMINI R., *La « causa impositionis » nello svolgimento storico della dottrina finanziaria*, Milano, 1950.

sociale del tributo, quale sua « causa » giustificatrice, e sulla « capacità contributiva », intesa come partecipazione ai vantaggi procurati dalla spesa pubblica. Si valorizza, in questa prospettiva, il ruolo del giudice per fare evolvere l'ordinamento statutario verso una sorta di costituzione fiscale rigida <sup>(29)</sup>.

Il dibattito si apre, facendosi serrato, con una schiera di giuristi che, volgarizzando nel diritto tributario i dogmi del formalismo giuridico, rigetta come elementi estranei alla norma tributaria il concetto di « causa » del tributo e quello, collegato, di « capacità contributiva » <sup>(30)</sup>.

A fianco della scuola causale troviamo De Viti de Marco, che stigmatizza l'implicito avallo dato dai giuristi « formalisti » all'onnipotenza legislativa dello Stato in materia tributaria <sup>(31)</sup>.

Un'altra ampia discussione scientifica è aperta ancora dalla scuola pavese, che è sostenitrice di innovazioni riformistiche, razionalizzatrici del sistema dei tributi. Si auspica una possibile modifica dell'asse dell'imposizione diretta dei redditi, nel senso della sua personalizzazione. Si esige lo spostamento dell'imposizione diretta dalle cose alle persone, per estenderne l'area ed accentuarne la progressività. Si vuole che il « reddito effettivo » costituisca in futuro la nuova base della tassazione e dell'accertamento.

Luigi Einaudi difende per contro la « ottima imposta » dell'età liberale.

Il dibattito tra riformisti e conservatori trova un luogo operativo di confronto e di decisione con la costituzione, nel 1939, dello « Istituto nazionale di finanza corporativa », ad iniziativa della Banca d'Italia e dell'Istituto di finanza pavese, nonchè dell'Istituto supe-

<sup>(29)</sup> Si vuole che « il giudice riconosca il nesso di causalità fra le condizioni e il fine della legge, ossia constati che la prestazione corrisponde allo scopo e alla funzione o alla ragione politica economica volta dalla legge per giustificare lo spostamento patrimoniale, affinché essa sia dovuta: altrimenti non applica la legge al caso concreto per mancanza di causa ». Così: GRIZIOTTI B., voce « *Diritto finanziario* », in *Nuovo Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1938, 1064.

<sup>(30)</sup> Si veda per tutti: GIANNINI A.D., *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937.

Un'ampia rassegna della dottrina del tempo si trova in: GORINI B., *La causa giuridica dell'obbligazione tributaria*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1940, I, 161.

<sup>(31)</sup> Le frasi più incisive si leggono negli appunti inediti di De Viti, riportati da: CARDINI A., *op. cit.*, 375-376.

riore di Economia e Commercio di Venezia e di alcuni tra i più importanti Istituti bancari e assicurativi.

Ai lavori, che iniziano nell'ottobre 1941 e che si interrompono, forzatamente, nel giugno 1943, partecipa un vero e proprio *brain trust*, composto da quasi tutti i più eminenti studiosi di quegli anni <sup>(32)</sup>.

Il programma relativo alla materia tributaria avrebbe dovuto includere la redazione di un « Codice finanziario », già preconizzato dal 1936. Ma questa iniziativa era stata fermata da un divieto d'ordine generale del Ministro guardasigilli <sup>(33)</sup>. Verrà compiuta egualmente una « Redazione provvisoria delle norme generali del diritto tributario » <sup>(34)</sup>.

Non giungerà invece a compimento la promessa « Carta della finanza », che avrebbe dovuto affiancare le altre due carte del Fascismo: quelle del Lavoro e della Scuola.

Gli studi in programma contemplanò congegni tecnici ed espedienti informativi per potenziare i controlli accertativi dell'amministrazione. Sono infatti previsti nuovi « sistemi di imposte con basi di accertamento ad interessi contrapposti ». Si fa appello alla « invidia del contribuente » <sup>(35)</sup>. Si intende consentire anche la delazione privata? Sono i temi che ancora odiernamente si riaffacciano.

Nel 1942, un progetto di riforma tributaria, nel senso della personalizzazione dell'imposizione diretta e della tassazione del « reddito effettivo », viene infine abbozzato. Le sue linee conduttrici sono però respinte a larga maggioranza dal Comitato tecnico dell'Istituto: prevale la tesi di Cesare Cosciani del rinvio della riforma a tempi ulteriori. Restano in minoranza Griziotti e Vanoni <sup>(36)</sup>.

Il nodo riformistico viene quindi lasciato irrisolto.

---

<sup>(32)</sup> Cfr.: FAUCCI R., *Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo, 1935-1943*, in *Quaderni storici*, 1975, 626.

<sup>(33)</sup> La notizia fu fornita dallo stesso Ministro delle finanze nel discorso programmatico del 1° ottobre 1941; cfr.: THAON DI REVEL P., *L'Istituto Nazionale di Finanza Corporativa*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, I, 227.

<sup>(34)</sup> Cfr.: FAUCCI R., *op. ult. cit.*, 628.

<sup>(35)</sup> Così: THAON DI REVEL., *scritto ult. cit.*, 229.

<sup>(36)</sup> Si veda, anche per il riferimento a carteggi inediti dell'archivio Griziotti: MAGLIULO A., *Ezio Vanoni - La giustizia tributaria nell'economia di mercato*, Roma, 1991, 40.

Il regime autoritario giunge al suo epilogo con due innovazioni *in extremis*.

Viene aggiunta una ulteriore imposta di successione, per colpire con aliquote progressive il valore globale dell'asse ereditario: è la c.d. «tassa sul morto» di einaudiana memoria (R.d.l. 4 maggio 1942, n. 434). La sua sostanza, di dubbia legittimità costituzionale, ancora perdura nell'oggi<sup>(37)</sup>.

Si introduce infine un'imposta ordinaria progressiva sul patrimonio, cui si attribuiscono fini redistributivi (l. 8 ottobre 1942, n. 1220), che scomparirà nel successivo dopoguerra.

5. Il nuovo ordinamento repubblicano dovette affrontare i nodi irrisolti del duplice lascito tributario, che includeva i residui del precedente assetto dell'età liberale e le addizioni del regime perento. L'anelito riformistico dell'epoca della ricostruzione ne fu gravato.

La cultura del tempo porta ancora con sé l'idea del sistema, inteso come frutto di un «unitario pensiero logico che deve tradursi in una coordinazione organica tra i vari strumenti dell'imposizione»<sup>(38)</sup>.

Un fondo di ottimismo legislativo e dogmatico traspira anche nella lettera del nuovo testo costituzionale, che menziona il «sistema tributario» (art. 53, c. 2).

Manca però un nucleo prescrittivo dedicato organicamente alla costituzione economica e fiscale. Era questo un proposito dei costituenti che rimase inattuato, non essendo stato più discusso, dopo un rinvio ad altra seduta, «l'articolo che parla delle leggi finanziarie» (*Atti dell'Assemblea Costituente*, 23 maggio 1947). Del pari non

---

<sup>(37)</sup> In argomento, nel senso della legittimità costituzionale della tassazione differenziata di quote o legati di eguale valore, in ragione della loro appartenenza ad assi ereditari di differente ammontare: C. cost. sent. n. 147 del 1975. Ancora, per la tassazione della «eredità come tale» indipendentemente dal trasferimento in capo ai beneficiari, concependosi l'imposta come un «prelievo sul patrimonio ereditario»: C. cost. sent. n. 68 del 1985.

Si veda: BRACCINI R., *La successione del non residente nello Stato e la presunzione fiscale di esistenza di danaro, gioielli e mobilia*, in *Riv. dir. intern. priv. process.*, 1985, 293, nota 3.

<sup>(38)</sup> Così: VANONI E., *Il problema della codificazione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1938, I, 381.

aveva avuto seguito il suggerimento di formare, al di fuori dal testo costituzionale, « leggi fondamentali finanziarie » da approvarsi e modificarsi sotto particolari garanzie costituzionali (*Rapporto della Commissione economica, presentato all'Assemblea Costituente*, V, *Finanza*, I, *Relazione*, Roma, 1946, 7). I principi della tassazione avrebbero dovuto assumere centralità sistemica rispetto alla legislazione fiscale che li avrebbe poi sussunti nei singoli istituti.

La nuova Costituzione, nel riconsacrare i valori di libertà, non fa argine all'orientamento statualistico in materia tributaria. I diritti di proprietà e di iniziativa economica del privato non compaiono tra quelli fondamentali <sup>(39)</sup>. Non è riconosciuto il diritto inviolabile del contribuente ad una giusta imposizione fiscale <sup>(40)</sup>.

L'accento è invece posto sull'obbligo tributario, che è ricollegato all'idea di « Stato sociale » ed annoverato tra i « doveri politici ». Si fa appello al « patriottismo costituzionale », facendo riecheggiare l'eco dello « onorevole obbligo » della Costituzione francese del 1793.

L'aver sottolineato questo aspetto etico-politico del dovere tributario ha certo riscattato la condizione soggettiva del contribuente da quell'annichilimento che era stato rilevato dall'analisi dottrinaria formalistica, facente fulcro di giuridica rilevanza nel provvedimento amministrativo di imposizione. La genesi dell'obbligo tributario è ora costituzionalmente ricondotta alla legge. Si rivaluta, nella nuova legislazione riformistica, l'attività collaborativa cui è tenuto il contribuente, in adempimento del suo « dovere inderogabile di solidarietà ». Si espande l'istituto della « dichiarazione tributaria ».

Ma si fa pure, ineluttabilmente, largo ricorso al congegno della « ritenuta d'imposta », mediante la figura soggettiva del « sostituto », che versa l'imposta in luogo del contribuente. Si innestano *ex*

---

<sup>(39)</sup> Cfr.: BENATTI F., *Sulle libertà private*, in: « *Atti del convegno: Libertà abitare e intraprendere* » - Torino 20 - 22 maggio 1982, Napoli, 1983, 247; PACE A., *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3.

<sup>(40)</sup> Si veda: C. cost. sent. n. 283 del 1987, che ha negato in radice la configurabilità di un « diritto naturale di ciascun individuo alla rigorosa corrispondenza tra l'imposizione tributaria su di lui gravante ed i suoi redditi effettivi. Trovando l'imposizione fiscale la sua fonte proprio nell'ordinamento dello Stato ».

se fenomeni di « illusione finanziaria » per tutte quelle ipotesi concrete in cui i « sostituiti » riescono a contrattare i loro proventi reddituali al netto dall'imposta. Si creano così « false coscienze » tributarie di non semplice demistificazione. L'ideale democratico dell'imposta risulta inoltre distorto anche quando il congegno della ritenuta non è alterato dal mercato. In questa versione del criterio del « *pay as you earn* », il contribuente resta infatti passivo: non compie fattivamente un atto di adempimento (un « *act of compliance* », nel senso latino del « *complère* »), bensì subisce, per trattenuta che altri gli fa, la tassazione. Ciò differenzia il senso del dovere tributario per coloro che sono soggetti a questo strumento di riscossione, rispetto agli altri contribuenti che vi restano estranei, in modo da potenzialmente dividere il corpo sociale, quasi categorialmente, in due fazioni antagoniste e rivali <sup>(41)</sup>.

Nel contempo si evidenzia, viene a nudo, come la nuova norma costituzionale, l'art. 53, abbia infine dimidiato la tradizionale regola sincretica di ripartizione dell'imposta, con l'espunzione del criterio del beneficio a vantaggio del potenziale, pieno dispiegarsi di quello della capacità economica dell'obbligato. Si va verso la virtuale caduta, per il singolo, del nesso funzionale tra l'imposta e la prestazione dei servizi pubblici. Ha termine la grande illusione della Scuola « causale » del tributo. La tassazione si rende indipendente dai benefici arrecati al contribuente dalla spesa pubblica. Si consente così la redistribuzione della ricchezza a fini socio-economici <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Si veda: C. cost. sent. n. 11 del 1995, che ha giudicato inammissibile la richiesta di referendum abrogativo degli art. 23 e 25, c. 1 d.p.r. n. 600 del 1973 disciplinanti il meccanismo del sostituto d'imposta, ritenendone la « inscindibile connessione » con l'imposta sul reddito.

In senso adesivo, cfr.: DE MITA E., *Il referendum sul sostituto era davvero inammissibile*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 febbraio 1995, 23; FALSITTA G., *Latitudine del divieto di abrogazione delle leggi tributarie mediante referendum e la nozione tricotomica di tributo*, in *Boll. trib.*, 1995, II, 266; FEDELE A., *La nozione di tributo e l'art. 75 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1995, 26 e ss.

Prima della pronuncia della Corte, si vedano: in senso favorevole all'ammissibilità del referendum: MARTINO A. in *Il Giornale*, 22 ottobre 1993, 1; MARONGIU G. *Via al referendum fiscale*, in *La Voce*, 29 dicembre 1994, 15 e 31 dicembre 1994. E in senso contrario: DE MITA E., *Il referendum vietato*, in *Il Sole-24 Ore*, 5 novembre 1993; VISCO V., *Un mondo senza tasse*, in *La Repubblica*, 8 novembre 1993, 10.

<sup>(42)</sup> Riserve sui limiti delle imposte redistributrici, in relazione alla relativa idoneità

È tramontato il garantismo della costituzione di Weimar che prescriveva al suo art. 164: « Lo Stato deve promuovere con la sua attività legislativa ed amministrativa lo sviluppo della classe media indipendente e proteggerla dall'eccessivo carico tributario e dall'assorbimento in altre classi » (43).

Ascende invece, nei paesi europei del secondo dopoguerra, l'idea riformistica dello « Stato-fiscale » che impersonerebbe appunto « l'unica forma nella quale lo Stato di diritto può essere Stato sociale ». Con le imposte sarebbe infatti possibile alterare legalmente la distribuzione dei beni (44).

Il sistema tributario diviene allora servente rispetto ai criteri cui si ispira la legislazione economico-sociale, finendovi annesso.

Il sistema « si apre » a fini a sè estranei e produce il suo contrario: un diritto fiscale « asistemico » che trova il suo eventuale significato al di fuori di se stesso.

Esiste un implicito collegamento tra gli art. 41 e 53 cost. che consente la funzionalizzazione della tassazione in base alla clausola della « utilità sociale », cui è subordinato il riconoscimento del diritto di iniziativa economica privata. Si tratta di un modello non garantistico, perchè l'apprezzamento dell'interesse superiore è rimesso alla valutazione discrezionale del legislatore ordinario (45). Non è riconosciuto costituzionalmente un principio limitativo della tassazione, funzionale al libero esplicarsi della libertà economica privata.

Il sistema è così « aperto » ad una nuova versione, in chiave statualistico-paternalistica, dell'idea illuminista di eguaglianza meri-

---

dello strumento fiscale a incidere meramente sui risultati del processo distributivo, senza toccare il sistema della produzione, sono state efficacemente avanzate da: STEVE S., *Il sistema tributario e le sue prospettive*, Milano, 1947, 99.

(43) Sull'importanza dell'uomo economicamente indipendente e sull'illibertà di una legislazione determinata dal mondo del lavoro subordinato si ricordano le incisive pagine di: HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1960; trad. it.: *La società libera*, Firenze, 143 e ss.

(44) Così: FORSTHOFF E., *Rechtsstaat im Wandel*, trad. it.: *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1975, 92 e ss.

(45) Il rilievo fu avanzato, durante i lavori della Costituente, da Luigi Einaudi nell'articolo « *Questo titolo terzo* », in *Corriere della Sera*, 21 maggio 1947 ripubbl. in: EINAUDI L., *Il buon governo*, cit., 333.

tocratica, cioè dell'eguaglianza proporzionale ai servizi che l'individuo rende alla comunità<sup>(46)</sup>. Una sua riformulazione, di ascendenza calvinista, è opera della dottrina americana dell'epoca del *New Deal*, per cui due sono i criteri della tassazione: quello della *ability to pay* e quello della *ability to serve*, dovendo l'imposta essere proporzionata direttamente al primo ed inversamente al secondo. La « *ability to serve* » si commisura all'utilità sociale che l'intrapresa economica del soggetto esprime. In questo caso non solo il « *wealth* » privato ne è arricchito, ma pure indirettamente se ne avvantaggia il « *commonwealth* »<sup>(47)</sup>.

Il nostro testo costituzionale ha una visione riduttiva di questa concezione premiale della detassazione, poichè contempla uno speciale *favor* riguardo a settori economici relativamente marginali (piccola proprietà contadina e montana, artigianato, mutualità cooperativa ecc.).

La legislazione si è tuttavia ampliata notevolmente, concretizzandosi in « esenzioni » fiscali di largo spettro, concesse discrezionalmente secondo indici di meritevolezza socio-economica. Esse hanno raggiunto una tale copia da erodere le basi del « sistema ». Tali interventi si rifanno comunque ad una giustificazione di natura extratributaria<sup>(48)</sup>.

Ha pure la struttura di un regime fiscale sostitutivo, *a posteriori*,

---

<sup>(46)</sup> Cfr.: OZOUF M., voce « *Egalité* », in *Dizionario Critico della Rivoluzione francese* (a cura di Furet F. - Ozouf M.), trad. it., Milano, 1989, 626.

<sup>(47)</sup> Cfr.: COMMONS J. R., *Institutional Economics: its place in Political Economy*, New York, 1934; e (2<sup>a</sup> ed.), Madison, 1961, vol. II, 821.

La distinzione tra « *wealth* » e « *commonwealth* » ha origine giurisprudenziale, risalendo al *Case of Monopolies* deciso a Londra nel 1602. A questa coppia di termini l'A. fa corrispondere la distinzione odierna tra « *private utility* » e « *social utility* », per quindi giustificare la discriminazione qualitativa dei redditi, suddivisi in tre diverse categorie ai fini della tassazione, ascendente nell'ordine: 1) « *personal income (salaries, wages, professional fees, profits arising from personal endeavor of the taxpayer)* »; 2) « *investment income in productive capital* »; 3) « *investment income in site-values of land* » (*op. cit.*, 817 e 833).

Una prima conoscenza in Italia degli scritti dell'A. si deve a: GRIZIOTTI KRETSCHMANN J., *Coordinamento fra diritto, etica, economia e finanza nella dottrina istituzionalista americana*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, I, 38.

<sup>(48)</sup> Si veda: C. cost. sent. n. 159 del 1985, che descrive la norma di esonero come « espressamente adottata per sottrarre alla imposizione fattispecie che altrimenti vi

il nuovo istituto del « condono fiscale », anch'esso concepito come misura premiale, che periodicamente dovrebbe ridare certezza e stabilità al rapporto tributario. Questa figura, creata dalla legislazione democratica post-bellica, è in realtà la negazione del « sistema », costituendo il sintomo più evidente della sua impotenza e quindi del fallimento della nuova fiscalità di massa, frutto della legislazione riformista, incentrata nella tassazione del « reddito effettivo » del soggetto.

Antiveggente era stata la difesa di Einaudi del « reddito normale », come presupposto dell'imposta e quindi del suo accertamento <sup>(49)</sup>.

6. Il protrarsi nel tempo degli interventi correttivi della « riforma tributaria » ha esaltato la funzione impositiva governativa. Lo stesso strumento di impianto della riforma era stato quello della delegazione legislativa <sup>(50)</sup>. Si viene poi meno al principio che esige

sarebbero soggette. Essa perciò presuppone la capacità contributiva all'atto stesso in cui esclude, per motivi extra-fiscali, l'applicazione della disciplina ordinaria ».

È invece figura del tutto autonoma quella della « esclusione ». Essa appartiene propriamente alla tecnica legislativa di determinazione della fattispecie imponibile, per via negativa. Con questo mezzo vengono indicati *ab externo* eventi ontologicamente estranei alla sfera del tributo, perchè non compatibili con la sua « ratio », non espressivi insomma della capacità contributiva colpita dall'imposta.

L'esclusione è dovuta all'intrinseca logica del tributo.

L'esenzione ha altra eziologia, extratributaria. E tale è la natura della legge che l'accorda.

È ovvio che per la visione della finanza « neutrale » non si dovrebbe dare ingresso alla categoria logica delle « esenzioni », lasciando quindi il campo alle sole « esclusioni ». È stato lapidariamente concluso: « Esenzione è parola che dovrebbe essere bandita dal vocabolario tributario »: EINAUDI L., *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Milano, 1940, 116.

L'ultima legge delega, indirizzata verso lo sfortimento delle « esenzioni » ingiustificate, ha adottato un'ampia, quanto confusa categorizzazione comprensiva anche delle vere e proprie « esclusioni », che definisce « agevolazioni strutturali ». Quelle « non strutturali » coinciderebbero con l'area delle « esenzioni » (art. 9 l. 30 dicembre 1991, n. 431).

Sul punto, cfr.: FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1991.

<sup>(49)</sup> Cfr.: EINAUDI L., *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, cit., 37.

<sup>(50)</sup> Cfr.: ZINGALI G., *Ombre di incostituzionalità sulla legge delega per la riforma tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1972, I, 76.

l'istantaneità dell'esercizio della delega, facendosi luogo ad una serie di sue proroghe che via via hanno raggiunto una durata ultradecennale: si è così avuto un trasferimento del potere impositivo dal Parlamento in capo all'esecutivo <sup>(51)</sup>. Si è fatto sempre più frequente il ricorso alla decretazione d'urgenza per incidere sugli assetti della tassazione <sup>(52)</sup>.

I supposti principi interni al « sistema » si rivelano vacui dinanzi all'ampia discrezionalità che viene riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale al legislatore ordinario.

Non vi è garanzia costituzionale specifica sul merito della tassazione circa la sua quantificazione, sia per la soglia minimale (« minimo vitale ») <sup>(53)</sup> che per il limite massimo (« *tax ceiling* ») <sup>(54)</sup>.

Il c.d. « divieto di doppia imposizione interna » si limita a prescrivere che la stessa imposta non sia applicata più di una volta in relazione allo stesso presupposto (art. 127 TUIR n. 917 del 1986; art. 67 d..r. n. 600 del 1973) <sup>(55)</sup>. La prescrizione è essenzialmente rivolta all'amministrazione finanziaria, cui è inibito iterare il prov-

<sup>(51)</sup> Si veda: C. cost. sent. n. 156 del 1985. In dottrina, cfr.: MORETTI R., nota a sentenza cit. *supra*, in *Foro it.*, 1985, I, 2853; PANDOLFELLI G., « *Venti di dittatura* », in *Dir. prat. trib.*, 1985, II, 1041; BERTOLISSI M., *Il Parlamento abdica e il Governo legifera*, in *Rass. trib.*, 1986, I, 91.

<sup>(52)</sup> Cfr.: BERLIRI A., *Ancora sulle cause della mancanza di certezza nel diritto tributario*, in *Giur. imp.*, 1984, IV, 419.

<sup>(53)</sup> Si veda: C. cost., sent. n. 97 del 1968.

<sup>(54)</sup> Non esiste giurisprudenza costituzionale specifica sul « tetto massimo » dell'imposta.

Si ha un indirizzo ormai consolidato sulla « entità » della tassazione, che è rimessa alla discrezionalità del legislatore, in quanto trattasi di una « *political question* ». È ovviamente fatta salva la verifica estrema della Corte « sotto il profilo dell'arbitrarietà o dell'irragionevolezza delle norme ».

La Corte costituzionale tedesca, con decisione del 22 giugno 1995, si è pronunciata in tema di imposizione patrimoniale, stabilendo che questa può essere aggiunta alle altre imposte sul reddito, semprechè l'insieme del carico fiscale non superi la metà circa del reddito del contribuente.

Per lo stesso tema, ma sotto il profilo della revisione costituzionale, si veda la successiva nota 76.

<sup>(55)</sup> Si vedano, in senso sfavorevole a fenomeni di duplicazione d'imposta: C. cost., sent. n. 289 del 1994; sent. n. 396 del 1992; sent. 167 del 1986; sent. n. 133 del 1984; sent. n. 119 del 1981.

vedimento accertativo per lo stesso fatto imponibile <sup>(56)</sup>. Non vi sono invece limiti determinati per il legislatore che voglia introdurre una pluralità di autonomi tributi gravanti sulla stessa manifestazione di ricchezza, secondo lo schema descrittivo delle « fattispecie imponibili sovrapposte ». Nè viene garantito un contemperamento e neppure un coordinamento tra siffatti plurimi prelievi.

È il caso dell'imposta patrimoniale sugli immobili (ICI) che è stata introdotta nel « sistema », senza eliminare nè attenuare le preesistenti imposte a sfondo patrimoniale gravanti « ad intervalli irregolari » gli stessi cespiti immobiliari: l'imposta di registro, l'imposta sulle successioni e donazioni, i diritti catastali e l'imposta di trascrizione (senza nemmeno che sia rispettata, da questi ultimi tributi, una soglia minimale immune da tassazione). La congiunzione dell'ICI all'imposizione sul reddito genera già di per sé effetti espropriativi <sup>(57)</sup>.

Altro esempio di cumulo di fattispecie impositive si ha con la novella imposizione diretta che ora assume la regola della continuità dei « valori di libro » anche in ipotesi di trasferimento successorio o donativo dei beni aziendali, mentre questi continuano ad essere colpiti, senza attenuazioni, con le imposte di successione e di donazione a « valori correnti » (art. 3, c. 25, l. 23 dicembre 1996, n. 662 che ha modificato l'art. 54, c. 5, TUIR n. 917 del 1986).

La vigente legislazione giunge inoltre a colpire con IRPEF o con IRPEG il reddito del soggetto al lordo di quella parte di esso che viene spesa per adempiere all'ICI gravante sugli immobili dello stesso percettore (art. 17 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504).

Del pari il reddito del soggetto è colpito da IRPEF o da IRPEG al lordo di quella parte dello stesso che è prelevata a titolo di ILOR (art. 10, c. 3, lettera *a*, d.l. 19 settembre 1992, n. 384, conv. in l. 14 dicembre 1992, n. 438; e precedentemente già una limitazione era stata introdotta, nel senso di una parziale deducibilità, con l'art. 5, c. 4, l. 29 dicembre 1990, n. 4051).

---

<sup>(56)</sup> Cfr.: ADONNINO P., voce *Doppia imposizione (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1950, 1016; e più recentemente: FREGNI M.C., *Appunti in tema di « doppia imposizione » interna*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, II, 14.

<sup>(57)</sup> Si vedano le valutazioni e le quantificazioni compiute da: LECCISOTTI M., *L'ICI: un esproprio occulto?*, in *Il Fisco*, 1993, 375.

Eguale analogia di indeducibilità è stata sancita per il c.d. contributo straordinario per l'Europa, introdotto retroattivamente sui redditi conseguiti nell'anno 1996 (art. 3, c. 197, l. n. 662 del 1996).

Qui il legislatore « vede doppio », direbbe Einaudi. Non si tratta di « troppo d'imposta » ma di un vero « doppio »! <sup>(58)</sup>.

La giurisprudenza costituzionale coltiva un'idea debole di « sistema tributario », limitando la verifica di razionalità della disciplina solo all'interno di isole normative costituite dai singoli tributi, concepite come altrettanti subsistemi. Si riscontrano infatti « microsistemi settoriali che rendono particolarmente difficile l'individuazione di principi generali » <sup>(59)</sup>. Si prospetta, ad opera della stessa elaborazione giurisprudenziale, un principio di « polisistematicità » insito nell'ordinamento tributario che, nel giudizio di costituzionalità della disciplina di un tributo, impedirebbe la « comparazione trasversale di istituti o normative di altri settori caratterizzati da regole diverse, in ragione della varietà delle materie disciplinate » <sup>(60)</sup>.

Ma in tal modo l'idea di « sistema » si dissolve.

Il giudizio di costituzionalità non ascende a considerare l'insieme dei tributi, a causa della eterogeneità dei contenuti dei relativi testi legislativi. Ma è pure problematico portare al controllo della Corte un solo, intero testo legislativo: nuovamente è proprio il difetto di « reciproca, intima connessione » delle disposizioni legislative che ne preclude il controllo <sup>(61)</sup>.

Il rispetto della capacità contributiva « complessiva » del soggetto non è garantito.

<sup>(58)</sup> Così: EINAUDI L., *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, cit., 44.

Si veda anche: GRIZIOTTI B., *Capacità contributiva e spendibilità*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949, I, 177 e spec. 182-183.

<sup>(59)</sup> Sui « microsistemi settoriali »: C. cost. ord. n. 392 del 1993; sent. n. 84 del 1989.

<sup>(60)</sup> Sul principio di « polisistematicità »: C. cost. sent. n. 430 del 1995. Ed inoltre: C. cost. sent. n. 121 del 1985; sent. n. 46 del 1983.

Si veda sul punto: PALADIN L., *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta al Convegno « Tassazione del reddito - Confronto tra Italia, Germania e Spagna - Padova 5-6 maggio 1997 », p. 8 dell'estratto, in corso di pubbl. in *Riv. dir. trib.*, 1997.

<sup>(61)</sup> Si veda: C. cost. sent. n. 263 del 1994.

Le più disparate « *machinae impositionis* », escogitate dalla tecnica fiscale, percorrono le spoglie del « sistema » senza trovare censura.

L'eguaglianza tributaria è intaccata con l'introduzione di « imposte speciali » che gravano solo talune categorie di redditi o di beni, tutte le volte che manchi una « causalità specifica », giustificante la discriminazione qualitativa compiuta <sup>(62)</sup>.

Ed a maggior ragione il *vulnus* si profila nei prelievi « solidaristici » a carico di talune categorie di soggetti <sup>(63)</sup>.

L'elemento temporale non ha congrua considerazione legislativa. Redditi nominali, plusvalenze, ed incrementi di valore indotti dalla svalutazione monetaria, non si sottraggono alla tassazione. Chi ha solo conservato la ricchezza, anche senza averla aumentata, è reputato portatore di capacità contributiva, in via comparativa rispetto a chi ha perduto il capitale investito in un cespite esposto alla svalutazione inflattiva <sup>(64)</sup>.

Nemmeno è scongiurata la tassazione retroattiva, che colpisce un reddito od un incremento patrimoniale conseguito nel passato.

<sup>(62)</sup> Si veda, nel senso della non necessità di una « causalità specifica » dell'imposta: C. cost. sent. n. 70 del 1960 ; n. 41 del 1975; n. 63 del 1982; n. 159 e n. 179 del 1985; n. 111 del 1997.

<sup>(63)</sup> Si veda: in senso generico sulla legittimità della imposizione categoriale: C. cost. sent. n. 70 del 1960; sent. n. 44 del 1965; sent. n. 23 del 1968; sent. n. 21 del 1969. In senso specifico, su contributi previdenziali in funzione di tributo: C. cost. sent. n. 146 del 1972; sent. n. 187 del 1975 ; ma *contra*: sent. n. 119 del 1981. In senso permissivo di deroghe (però limitate) alla corrispettività del contributo previdenziale: C. cost. sent. n. 119 del 1964; sent. n. 241 del 1989, ord. n. 246 del 1990. Specificamente sul solidarismo di gruppo: C. cost. sent. n. 132 e 134 del 1984, sent. n. 349 del 1985; n. 174 del 1986; ord. n. 99 del 1992.

Cfr. inoltre: BRACCINI R., *Finanza contributiva e fiscale nel passaggio dall'assistenza sanitaria di categoria a quella egualitaria*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 2486; ID. voce « *Parafiscalità* », cit. alla preced. nota 25; CERRI A., *Profili costituzionali del sistema pensionistico*, *Dir. soc.*, 1983, 275; ID.: *Solidarietà sociale e pluralismo di fronte al principio di eguaglianza: ovvero della distinzione tra tributo e contributo*, in *Giur. cost.*, 1987, 867.

<sup>(64)</sup> Per questa giustificazione del prelievo in termini economici, cfr.: COSCIANI C., *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino, 1970, 219.

E in termini giuridico-costituzionali: FEDELE A., *Gli incrementi « nominali » di valore ed il principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1982, I, 63.

Per la giurisprudenza costituzionale, che ha deciso secondo il principio della non sindacabilità delle scelte politiche del legislatore, si veda: C. cost. n. 126 del 1979.

Nè si danno limiti rigorosi a tutela dell'affidamento del privato operatore. La « prevedibilità » della futura tassazione è stata ipotizzata sussistente nei soggetti incisi « *post factum* », solo sulla base di « un orientamento, emerso talora nei dibattiti in materia »! Non è infine ammessa la prova da parte del contribuente sull'insussistenza, al momento della tassazione, della capacità economica espressa dall'evento accaduto nel passato <sup>(65)</sup>.

Il diritto tributario ignora la famiglia, poichè la scelta dell'unità impositiva (*tax unit*) dell'imposta personale progressiva sul reddito è incentrata sul singolo anzichè sulla compagine familiare. Ne è così aggravata la famiglia monoreddito. Non si tiene conto che la capacità reddituale del produttore si riparte tra i membri della famiglia, quanto meno secondo la disciplina civilistica dell'obbligo contributivo che lo gradua in ragione dei bisogni familiari. Il permanere di questo iniquo trattamento fiscale è stato già censurato dalla Corte costituzionale con alcune sentenze-monito <sup>(66)</sup>. La mancata riforma è cagionata dalla volontà politica di scongiurare una perdita di gettito. Milita anche la preoccupazione metatributaria che la tassazione « familiare » possa disincentivare il lavoro extradomestico della donna coniugata <sup>(67)</sup>.

Il reddito « reale » di molte famiglie si deteriora ulteriormente con l'introduzione, *a latere* dell'imposta progressiva sul reddito, di schemi ibridi di ripartizione della spesa dei pubblici servizi <sup>(68)</sup>. Si

---

<sup>(65)</sup> Si vedano, per il *trend* iniziale: C. cost. n. 81 del 1957; n. 9 del 1959. E per quello attuale: C. cost. sent. n. 315 del 1994; 373 del 1994; n. 14, n. 385, n. 410, n. 452 del 1995.

In dottrina il creatore della formula giurisprudenziale (che la capacità economica del passato è tassabile se ancora sussiste nel presente) è: ALLORIO E., *Breve trittico sulla irretroattività delle norme tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 1957, I, 334.

La difesa del requisito della « prevedibilità » si deve a: BARILE P., *Parere sull'irretroattività delle norme tributarie*, in *Dir. econ.*, 1957, 42.

<sup>(66)</sup> Risale agli anni '70 la prima « sentenza-monito »: C. cost. sent. n. 179 del 1976. È seguita: C. cost. sent. n. 76 del 1983.

Ed infine, l'ultimo (?) monito: C. cost. sent. n. 358 del 1995.

<sup>(67)</sup> Cfr.: REVIGLIO F., *Le tasse della moglie*, in *La Stampa*, 24 aprile 1982; e: VISCO V., *Sostegno alle famiglie non solo per via fiscale*, in *Il Sole-24 Ore*, 24 settembre 1995.

<sup>(68)</sup> È il « problema dell'incastro » o « trappola della povertà » formulato da: WILENSKY H.L. *The « New Corporatism », Centralization and the Welfare State*, London, 1976; trad. it. *Neo corporativismo, accentramento e stato assistenziale*, Bologna, 1980, 32.

tratta di benefici selettivi, cioè di corrispettivi parametrati al costo medio « pro capite » del servizio, ma poi graduati « per fasce sociali » secondo il reddito familiare dell'utente <sup>(69)</sup>.

È infine tassato anche il reddito figurativo di chi abita la propria casa di abitazione <sup>(70)</sup>.

Si fa perno sulla leva fiscale perchè si radichi un modello sociale di famiglia appiattito sul piano reddituale e patrimoniale.

Prevale il fine « non fiscale » <sup>(71)</sup>.

Il diritto tributario ha perduto il suo centro, perchè non trova più in sé stesso il suo principio.

Il pensiero giuridico si circoscrive, nelle sue migliori espressioni,

<sup>(69)</sup> Sul punto, con riferimento alle rette degli asili nido: C. cost. sent. n. 139 del 1985.

In dottrina, si vedano: CERRI A., *Perplexità della Corte nel definire il concetto di « prestazione imposta », oppure approccio ad una definizione « sostanziale » di imposta?*, in *Le Regioni*, 1985, 990 e ss.; e GAFFURI G., *Corrispettivi di servizi pubblici e capacità contributiva*, *ibidem*.

Si veda pure: DE MITA E., *Capacità contributiva e corrispettivi di servizi sociali*, in *Le Regioni*, 1981, 515.

<sup>(70)</sup> Cfr.: PIGNOLO E., *Casa di abitazione e capacità contributiva: irrazionalità di un'imposizione su un reddito inesistente*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1990, II, 116.

<sup>(71)</sup> Si veda la preoccupante giurisprudenza costituzionale che vuole il soggetto obbligato all'imposta « anche al di là della mera esigenza dell'acquisizione di entrate al bilancio dello Stato »: C. cost. sent. n. 111 del 1997.

Ci pare rotto in tal guisa il nesso funzionale che costituzionalmente deve legare l'imposta alla copertura delle spese pubbliche.

È opportuno richiamare il pensiero che preconizzò la stessa formulazione della norma costituzionale, quello di Benvenuto Griziotti: « L'imposta è ben delimitata dal suo principio politico, e dalla sua funzione economico-sociale, come istituto appartenente alla finanza fiscale razionale. Con ciò non si pretende che l'imposta debba essere neutrale. Ma l'imposta è essenzialmente diversa dai provvedimenti aventi uno scopo extrafiscale e la funzione economico-sociale della protezione economica oppure demografica oppure della redistribuzione della ricchezza..Queste disposizioni dell'art. 53 in quanto riguardano il rapporto fra le pubbliche spese e le entrate, che servono a coprirle, in ragione (o secondo il principio politico) della capacità contributiva, mettono in evidenza che esse si riferiscono a quei tributi aventi il carattere fiscale di provvedere al fabbisogno del bilancio e che il principio della progressività da esigere nel loro ordinamento deve attenersi alla funzione fiscale e non a quella extrafiscale dei tributi ». Altrimenti, diversamente operando, concludeva l'illustre A. « finisce per mancare il freno legislativo e si rovinano il sistema tributario e la coscienza dei contribuenti »: GRIZIOTTI B., *Finanza fiscale e finanza extrafiscale*, in *Finanza pubblica contemporanea - Studi in onore di J. Tivaroni*, Bari, 1950, 251.

all'analisi di microrazionalità di singoli addendi normativi, a causa del difetto di essenza contenutistica dell'insieme.

Si intensifica invece l'analisi applicata alla legislazione casistica, intesa a fini esegetico-pratici.

Il diritto tributario si riduce a « *droit fiscal des affaires* » (72).

7. Si genera infine un mutamento di prospettiva.

Una tassazione indefinitivamente crescente è eternata nel sonetto « *Love's Growth* » di John Donne (73).

È sopravvenuta la crisi dell'imposizione progressiva (74) e del suo accertamento (75). Si evidenziano vaste sperequazioni tra i contribuenti, che anzi si acquiscono per l'introduzione di ulteriori imposte speciali.

Si propone, a questo punto, una modifica costituzionale dell'art. 81 cost. per stabilire un limite alla pressione fiscale: una « cintura di sicurezza » contro la schiavitù fiscale (76).

(72) Limiti e utilità del « *droit des affaires* » sono illustrati da: SAVATIER R., *Droit des affaires*, Paris, 1962, 7.

(73) Il Poeta così paradossalmente si esprime:

« And though each spring do add to love new heat,  
As princes do in action get.

New taxes, and remit them not in peace,

No winter shall abate the spring's increase ».

(« *Love's Growth* », testo con trad. it. in: DONNE J., *Poesie amorose e poesie teologiche*, (a cura di Campo C.), Torino, 1971, 56.

(74) Cfr.: STEVE S., *Conclusioni*, in « *Atti del convegno: La crisi dell'imposizione personale sul reddito in Italia - Pavia 28-29 ottobre 1983* », pubbl. in: GERELLI E.-VALIANI R. (a cura di), *La crisi dell'imposta progressiva sul reddito*, Milano, 1984, 277.

(75) Cfr.: VITALE M., *L'imposta sul reddito delle imprese*, in « *Atti del convegno: È fallita la riforma tributaria? - Pavia 27-28 ottobre 1978* », pubbl., in: GERELLI E.-VITALE M. (a cura di), *È fallita la riforma tributaria?*, Milano, 1979, 15.

(76) Cfr.: FORTE F., *Le grandi regole della costituzione fiscale*, in « *Atti del Convegno: La Costituzione fiscale - Roma 1° giugno 1994* », in *il Fisco*, 1994, 6421.

È questa la prima proposta nel nostro Paese di concretizzare un limite alla pressione fiscale, costituzionalizzandolo.

Nssun cenno se ne fa invece nei numerosi progetti di « Carte » o « Statuti del contribuente » che si sono succeduti nelle ultime legislature e sono stati replicati nella presente. Non si parla finora di « un diritto a non essere contribuente » oltre una soglia determinata.

Il dibattito è nato in altra cultura e tarda ad estendersi al nostro Paese.

Il problema dell'inserimento o meno in costituzione di un limite rigidamente

La concezione statualistica dell'imposta, che si ammantava di una sorta di « ragion fiscale », compromette il pluralismo della società civile, usurpando risorse destinate altrimenti al solidarismo volontario dei diversi gruppi sociali. Questi reclamano che si introduca il principio di sussidiarietà. L'elargizione di esenzioni fiscali non lenisce le esigenze delle situazioni di reddito negativo.

Si riaffaccia il criterio del beneficio, in nuove e rammodernate versioni, per la ripartizione della spesa pubblica a mezzo dei tributi (77). Lo stesso orientamento latitudinario della giurisprudenza

---

quantificato all'imposizione fiscale è stato agitato nella letteratura americana degli anni '70-'80 ed è culminato, nella prassi, con la nota « California's Proposition 13 ». La discussione si è estesa a considerare l'opportunità di richiedere maggioranze qualificate per il voto parlamentare dell'imposta, come pure per l'approvazione di esenzioni fiscali, concepite come « *tax expenditures* ».

Il quadro culturale, in cui queste tematiche sono state affrontate, è andato oltre la reminiscenza della richiesta wickselliana di unanimità nelle scelte fiscali, per confluire nella questione filosofico-politica della possibile rinegoziazione del « contratto sociale », che si è aperta subito dopo la divulgazione della nuova teoria rawlsiana. In questo senso vanno lette le proposte neocontrattualistiche, di ridefinizione costituzionale, che toccano l'aspetto fiscale di nostro interesse.

Si vedano: BUCHANAN J.M., *The limits of Liberty, between Anarchy and Leviathan*, Chicago, 1975 (trad. it.: *I limiti della libertà*, a cura di da Empoli D., Torino, 1978, 129); ID., *Freedom in Constitutional Contract*, College Station and London, 1977 (trad. it. *Libertà nel contratto costituzionale*, a cura di Martelli P., Milano, 1990, 252); BRENNAN G. e BUCHANAN J.M., *Towards a Tax Constitution for Leviathan*, in *Journal of Public Economics*, 1977, n. 8, 271; FREY B., *Economic Policy by Constitutional Contract*, in *Kiklos*, 1979, 32; MUSGRAVE R.A., *Leviathan Cometh-or does he?*, in *Tax Expenditures Limitations*, a cura di Ladd H. e Tideman T., Washington D.C., 1981, ripubbl. in: MUSGRAVE R.A., *Public Finance in a Democratic Society*, Hemel Hempstead, 1986 (trad. it., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, cit., 447).

Va pure ricordata la visione scettica dell'inemendabilità, per la via riformistica, delle istituzioni umane, di cui sopravviverebbero solo quelle più efficienti, in un quadro evolucionistico darwiniano, secondo il pensiero di: HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order*, Chicago, 1973 (trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, a cura di Petroni A. e Monti Bragadin S., Milano, 1986).

Per l'ambiente giuridico italiano si veda il giudizio pessimistico sull'efficacia di vincoli costituzionali in materia finanziaria di: JEMOLO C.A., *Sulle costituzioni*, in *Gli occhiali del giurista*, II, Padova, 1985, 30. Più ampiamente, sul pensiero di Jemolo ed in particolare sul suo carteggio inedito con Luigi Einaudi, si veda: STEVE S., *Jemolo e l'economia*, in *Atti dei Convegni Lincei*, 99, Roma, 1993, p. 87 dell'estratto.

(77) Cfr.: VITALETTI G., *Ipotesi per un sistema fiscale basato sul principio del beneficio*, in: FOSSATI A.-GIANNINI S. (a cura di), *I nuovi sistemi tributari*, Milano, 1996, 49.

costituzionale consente infatti anche scelte legislative a favore di modelli impositivi già praticati dal vecchio sistema tributario (imposte reali e proporzionali, tasse) <sup>(78)</sup>.

La dottrina tributaristica constata le componenti contraddittorie attraversanti il « sistema ». Non può ricondurlo ad un disegno armonico senza amputarne le parti indesiderate, se non in base ad opzioni valutative, ideologiche. Vengono allora avanzate ipotesi di semplificazione tecnica, che si astengono dal raggiungere i contenuti della tassazione.

Frattanto l'orizzonte si allarga.

L'imposta non è una prerogativa del cittadino <sup>(79)</sup>. Chi vorrebbe privare l'evasore della « piena fruizione dei diritti di cittadinanza » non si riferisce per certo alla cittadinanza in senso giuridico, bensì, reputiamo, alla « titolarità dei diritti sociali ». Il riferimento alla antica formula della « *aqua et igni interdictio* » sarebbe improprio <sup>(80)</sup>.

In campo internazionale si esige, come criterio ripartitore della

Per i precedenti sul tema, si veda: SELDON A., *Charge*, London, 1977.

Più in generale, sui mutamenti in corso del quadro complessivo della tassazione, cfr.: KAY J.A., *Tax Policy: a Survey*, in *Economic Journal*, 1990 (march), 18.

<sup>(78)</sup> È consolidato l'orientamento che il sistema tributario, valutato « nel suo complesso », tollera anche imposte impersonali, non progressive. Si vedano per tutte: C. cost. n. 150 del 1985; n. 263 del 1994; n. 107 del 1995; n.143 del 1995.

Il criterio della capacità contributiva non riguarda le tasse, secondo un orientamento, anch'esso consolidato, che ha avuto inizio con: C. cost. sent. n. 30 del 1964; n. 93 del 1967; n. 23 del 1968; n. 85 del 1969; n. 119 del 1969.

<sup>(79)</sup> Cfr. BISCOTTINI G., voce « *Cittadinanza* », in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1960, 159.

L'imposta prescinde dalla cittadinanza, si applica a « tutti » (art. 53 cost.), mentre è votata, attraverso i rappresentanti, dai cittadini.

È rimasta la legislazione fiscale degli USA a collegare la tassazione alla cittadinanza, per cui si dice che « il passaporto americano è il più caro del mondo ». Ma ciò è il corrispettivo dell'eccezionale protezione che il cittadino americano riceve anche fuori dai confini dello stato.

Diversa motivazione (sanzionatoria per il reddito non prodotto in patria), ma sempre dipendente dallo stesso nesso tra cittadinanza e tassazione, aveva invece lo « *impuesto al ausentismo* », che gravava i cittadini argentini residenti all'estero. Si veda: JARACH D., *El hecho imponible*, Buenos Aires, 1971 (2<sup>a</sup> ed.); trad. it. *Il fatto imponible*, (a cura di Braccini R.), Padova, 1981, 171.

Su questo stesso tema, per ulteriore sviluppo, si veda la nota immediatamente successiva.

<sup>(80)</sup> La proposta è contenuta nel disegno di legge costituzionale del 4 giugno 1992,

tassazione, un legame di appartenenza economica (« *economic allegiance* ») del fatto o del soggetto al territorio dello Stato impositore, dove i servizi pubblici sono fruiti <sup>(81)</sup>. Era peculiare invece del mondo antico, come lo è dei suoi relitti storici, l'idea di una « *perpetual allegiance* » dell'individuo all'etnia, alla città-stato, che ne puniva il « salto del muro » <sup>(82)</sup>.

Si fa strada il concetto di « apolidia fiscale », che non si limita ai capitali finanziari (« *migration of capitals* ») ma tocca anche il « capitale umano ».

Misure fiscali sono state concepite in un passato prossimo dagli stati tirannici per colpire l'esodo delle persone <sup>(83)</sup>.

Non è in questa direzione che si volge il destino dei popoli.

Un'innovazione di grande portata è stata infine prodotta dal pensiero giuridico.

Il suo dominio non è quello della legislazione, poichè è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

Si tratta del « principio di mutuo riconoscimento » che, intro-

intitolato « A difesa dei diritti del contribuente », presentato dal sen. Visco ed altri (Senato della Repubblica, Atto n. 322).

In seno al nuovo testo, che viene proposto, dell'art. 53 cost. si legge: « ..La piena fruizione dei diritti di cittadinanza è collegata al corretto adempimento degli obblighi tributari secondo le modalità indicate dalle leggi della Repubblica ».

Si tratta dell'accezione sociologica, marshalliana, della cittadinanza, di cui viene sussunto non l'elemento civile, nè quello politico, ma quello sociale.

Nel disegno di legge costituzionale vengono giuridicizzati i « diritti sociali di cittadinanza », per sopprimerli in capo all'evasore.

Tale sanzione si urta probabilmente coi valori umanitari tutelati in costituzione. Difetta inoltre di garantismo per il rinvio generico alle « modalità indicate dalle leggi ». Ma è certo è estranea al divieto dell'art. 22 cost.

Infatti l'evasione è violazione di un « dovere politico », perchè così è costituzionalmente configurato l'obbligo tributario. E per « motivi politici » non è consentita la privazione della cittadinanza secondo l'accezione giuridica del termine.

<sup>(81)</sup> Cfr. VOGEL K., *World-wide taxation of income?*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 259.

<sup>(82)</sup> Cfr. KANTOROWICZ E.H., *Christus-Fiscus*, in *Synopsis*, « *Festgabe fur Alfred Weber* », 1948, 22; ripubbl. in trad. franc.: *Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, 1984, 72, nota 18.

<sup>(83)</sup> Si rammentano le « tasse accademiche » istituite in URSS, negli anni '70, a corrispettivo dell'espatrio di giovani laureati verso paesi non socialisti. Sul triste « tariffario » imposto ai diversi diplomi di laurea, si veda: CRESPI REGHIZZI G., *Il prezzo di un giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 463.

dotto dalla Corte di giustizia europea, ha reso effettive « le quattro libertà economiche » dell'UE (libertà delle merci, libertà dei servizi, libertà dei capitali, libertà delle persone).

Si è creato quindi un ampio spazio libero alla « concorrenza fiscale » tra le diverse legislazioni statuali <sup>(84)</sup>.

La « concorrenza tra regole », è stato osservato, riduce ai minimi termini la necessità di « armonizzazione » legislativa comunitaria <sup>(85)</sup>.

La sfida è aperta per la competitività del diritto tributario italiano.

Una nuova sistematica si prospetta nel senso di « un'apertura comparativa del diritto, della sua connessione organica con un *jus gentium* transnazionale » <sup>(86)</sup>.

La sottoscriviamo purchè l'organicità sia raggiunta dal basso, non imposta da un nuovo Leviatano.

---

<sup>(84)</sup> Così: ROMANI F., *La costituzione fiscale europea*, in « *Atti del convegno: La costituzione fiscale - Roma, 1° giugno 1994* », in *Il Fisco*, 1994, 6412.

<sup>(85)</sup> Così: SALIN P., *I problemi di armonizzazione delle imposte*, in: DI ROBILANT E.-RADNITZKY F. (a cura di), « *Atti del convegno: Una società libera per l'Europa, Torino 3-5 maggio 1990* », Milano, 1992.

Sugli inconvenienti, accanto ai vantaggi, dell'uniformazione delle norme, come pure dell'opposto processo di specializzazione delle legislazioni nazionali, si vedano le osservazioni di: SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 10.

<sup>(86)</sup> Così: CAPPELLETTI M., *Contestazione della « sistematica giuridica »* in « *Atti del Convegno internazionale: La sistematica giuridica, Roma 1-5 aprile 1986* », pubbl. in: *La sistematica giuridica*, (a cura Istit. Enc. Treccani), Roma, 1991, 371.

GIORGIO GHEZZI

L'ora ormai incalza, e non posso che procedere per rapidissimi cenni. Comincio da alcuni problemi che poneva poco fa Paolo Barile, nell'intervallo tra la prima e la seconda relazione: si riferiva, in particolare, agli artt. 39 e 46 Cost. Non verranno toccati, quanto alla loro veste formale, dai lavori della Commissione bicamerale di prossima istituzione, dal momento che l'incarico ad essa demandato riguarderà soltanto la II<sup>a</sup> parte della Carta: ma sarebbe azzardato supporre che eventuali inserzioni di nuove norme costituzionali che, ad es., in qualche modo « canonizzino » i metodi e le procedure di concertazione sociale (i grandi Protocolli d'intesa, insomma, o patto « tripolari ») non provochino anche effetti « di rimbalzo » sui molteplici contenuti del concetto di libertà sindacale (art. 39, primo comma) e sulle possibili forme di attuazione dei commi successivi della norma citata.

Sotto diverso profilo, è proprio attorno al « nucleo duro » dello stesso ultimo comma di questa norma che vertono anche quelle proposte — di cui giustamente Piero Craveri poco fa indicava l'inattuazione — di maggior democraticità sindacale o, in ogni caso, di metodi di accertamento « in fatto » dell'effettiva rappresentatività sindacale: parlo del principio della proporzionalità, della rappresentanza (riferendomi qui, evidentemente, non agli iscritti ma ai votanti) e, al suo interno, dell'applicazione del principio maggioritario. Il problema si pone oggi con ancor maggiore urgenza, dopo l'abrogazione referendaria del testo originario dell'art. 19 St. lav., e non cessa di porsi solo perché la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità di quel tanto che ne resta — con significato profondamente diverso da quello primigenio: a questo porta la manipolazione referendaria — e che abbisogna, appunto (almeno a parer mio), d'una integrazione legislativa che permetta di condizio-

nare la vigenza *erga omnes* almeno dei contratti aziendali al consenso maggioritario degli interessati.

Diverso è il destino dell'art. 46. Credo che il nucleo portante di questa norma continui a poter trovare, più innovative possibilità di applicazione pratica soprattutto sul piano negoziale (penso alla brevissima ma ricca esperienza compiuta — nell'arco di pochi mesi: poi fu forse lo stesso pericolo di stallo dei comitati paritetici che impose il silenzio — in base al « Protocollo IRI » a metà degli anni '80; ma guardo oggi, soprattutto, al sistema di partecipazione e controllo previsto, con tanto di sanzioni a carattere e natura negoziale, presso il « Gruppo Zanussi »). Non può negarsi, però che nuove possibilità di attuazione (non di quella norma costituzionale, in sé e per sé, ma del suo più intimo significato) possano oggi ravvisarsi con riguardo ai sistemi di consultazione e rappresentanza sulle questioni della sicurezza legislativamente introdotti e all'avvio dell'esperienza dei CAE — o Comitati aziendali europei — previsti da una nota direttiva comunitaria per le imprese di maggiori dimensioni operanti, nell'ambito europeo, su scala appunto transazionale.

Sullo Statuto dei diritti dei lavoratori è efficacemente intervenuto il collega ed amico Giuseppe Pera, e poco rimane da aggiungere quanto alla rielaborazione del testo originariamente uscito dall'asse Gino Giugni-Giacomo Brodolini: dal successivo dibattito, auspice anche il nuovo ministro Carlo Donat-Cattin, emersero norme di decisiva importanza, quale, ad es., quelle che introducono nell'ordinamento la c.d. tutela reale, o reintegratoria. E tuttavia non venne raccolta l'eco, che pur avrebbe potuto essere ascoltata, della discussione da lungo tempo proposta (rammento soprattutto l'apporto dell'ispirazione liberatoria, propria di una parte della tradizione socialista: da Rodolfo Morandi a Lucio Libertini e Raimondo Panzieri) attorno ai temi del controllo operaio. Lo Statuto accolse semmai, un diverso tipo di compenetrazione tra organismi di rappresentanza ed organizzazione sindacale, che fondava le premesse più per un controllo esercitato dal sindacato stesso che non per un'ispezione operaia nell'accezione del termine che si era formata nei decenni precedenti.

Silvana Sciarra e Umberto Allegretti hanno riproposto il centralissimo tema delle tendenze odierne del diritto del lavoro di fronte alla frantumazione dell'archetipo (o prototipo) normativo del rap-

porto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ed all'affermarsi di una congerie di rapporti diversi, non più immediatamente riconducibili a quel modello eppur, sostanzialmente, anch'essi eterodiretti: ad es., quella brulicante corte dei miracoli che è formata da quanti, assunti « a fattura », lavorano appunto « in ritenuta d'acconto », salvo poi esser « messi in regola » a piacimento, quando vorrà o potrà, del datore di lavoro, o committente che sia. Anche ove se ne eccettuino i casi di frode, resta un vero e proprio esercito di soggetti esclusi — al pari, sostanzialmente, degli inoccupati e dei disoccupati — da qualsiasi tipo di garanzia non solo sul piano dei diritti individuali (ad un giusto compenso, alla protezione e continuità del rapporto in caso di malattia o di fronte alla maternità, all'esistenza d'un giustificato motivo per la sua risoluzione ecc.), ma anche su quello dei diritti collettivi (a non subire discriminazioni, ad es., in ragione dell'adesione sindacale o dell'esercizio del diritto di sciopero). Si pone, a questo proposito, un problema di estensione di tutele minime, ma anche, nello stesso tempo, di più accurata precisazione della nozione di lavoro subordinato inteso in senso stretto. Già adesso si confrontano tesi e proposte diverse: ora miranti, appunto, ad estendere lo « zoccolo minimo » delle tutele storicamente proprie del lavoro subordinato a tutti quei rapporti che in qualsiasi modo si configurino come fattore normale e costante dell'attività della impresa altrui, stabilizzandosi però, nel contempo, e quale sia la definizione alla quale le parti abbiano fatto riferimento, attorno ad indici presuntivi l'attuale nozione empirica (e giurisprudenziale) della subordinazione; ora rivolte a riferire opportuni istituti di garanzia a qualsiasi forma di collaborazione personale e continuativa all'altrui attività (contratti di lavoro « senza aggettivi », o *sans phrase*), ma procedendosi, d'altra parte, al loro arricchimento con vari tipi di *optionals* costituiti da clausole aggiuntive, la più importante delle quali — quella di « inserimento nell'organico di impresa » — farebbe scattare, ove già non operanti, le vigenti « tutele forti » del rapporto di lavoro (ad es., la rammentata tutela reintegratoria); ora, invece, tendenti ad assottigliare e sovente a rendere derogabili le tutele che salvaguardano oggi quanti stanno dentro alla « cittadella » del lavoro garantito e, nel contempo, ad elevare le garanzie, fino a tratti di sostanziale parificazione, per chi ancora ne resta fuori ». Si tratta di posizioni riconducibili, nella dottrina giuridica (ma, ormai,

anche nel dibattito politico e di possibile riforma della stessa normativa), rispettivamente a Massimo D'Antona, Piergiovanni Alleva e Pietro Ichino. Non è senza significato, dal punto di vista del tema che siamo riuniti a discutere, il fatto che i primi due di questi giuristi abbiano elaborato le loro proposte nell'ambito dei lavori della Consulta giuridica della CGIL, e che il terzo — per quanto varie sue tesi non siano dissimili da altre sostenute negli ambienti industriali — trovi forti sostenitori anche all'interno della *nouvelle vague* della sinistra di ispirazione liberaldemocratica.

Si tratta, d'altra parte, d'un dibattito che, dopo lunga incubazione in sede scientifica, sta ormai esplodendo sul piano più propriamente politico e di *input* alla legislazione. Vi hanno dato un ennesimo contributo anche quanti (come Mattia Persiani, Raffaele De Luca Tamajo e Rosario Flammia) puntano alla creazione d'un'area vastissima di rapporti — una sorta di polo magnetico — la cui forza gravitazionale attrae una molteplicità di figure vuoi di lavoro sicuramente autonomo o almeno parasubordinato, vuoi invece, derivanti dalla frantumazione del modello socialtipico del lavoro subordinato, ed altre ancora, fino ad attività lavorative non mercantili. Anche questo nuovo modello di lavoro « coordinato » (alle esigenze delle imprese) si tradurrebbe però, in definitiva, in un processo di più o meno drastica erosione delle tutele: restando alla fine riservate, quelle che caratterizzano l'attuale diritto del lavoro, soltanto ai lavoratori di scarsa professionalità ed operanti in imprese organizzate secondo i moduli consueti ovvero più tradizionali. Non si può dire, evidentemente, che la dottrina giuridica, quando vuol farsi propositiva, rimanga sorda agli scenari del post-fordismo: li segue talvolta, semmai, con qualche eccessiva condiscendenza a considerarli già stabilizzati ed onnipervasivi, laddove essi appaiono, ancor oggi, incerti, sperimentali e in ogni caso relativi ad una parte soltanto, ancorché significativa, dell'evoluzione industriale del nostro paese.

Ma non può non rilevarsi come, anche sotto i profili che ho così brevemente richiamato, il patrio legislatore si trovi oggi, di fronte a ben più di una sola possibile linea di politica del diritto: tutte politicamente qualificate e, pur nella loro complessità, politicamente definibili.

Ancor oggi, insomma — e come in quel passato che ho cercato

di analizzare nella mia relazione —, i giuristi del lavoro assumono non soltanto posizioni di critica, desunta dalle evidenti crisi di sviluppo che senza posa attraversa l'oggetto dei loro studi, ma anche di proposta: pur se queste contribuiscono ad alimentare le ambiguità e le incertezze — riflesso primario, d'altra parte, delle trasformazioni dei sistemi economici e produttivi — che ogni processo di mutazione sociale porta con sé.



ANDREA FEDELE

Le osservazioni, gli interventi, le sollecitazioni emersi dal dibattito con specifico riferimento alla materia fiscale potrebbero indurmi a ripercorrere, anche con una nuova prospettiva, tutta la linea espositiva del mio intervento.

Mi limiterò invece a risposte sintetiche su temi specifici.

*Retroattività della legge e capacità contributiva.*

Un caso classico di influsso della dottrina sul « diritto vivente » nell'ambito di una questione ben delimitata, ma con notevoli implicazioni sistematiche.

È infatti la dottrina a rilevare originariamente il problema ed a prospettarlo, direi con una accentuazione forte dei profili di certezza del diritto. Poi è intervenuta la Corte costituzionale che ha integrato e consolidato un principio, o meglio un aspetto essenziale del principio di capacità contributiva. La sentenza in cui la corte ha delineato la sua soluzione riguardava l'applicazione retroattiva dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili, cioè un caso di evidente « ritardo » del legislatore, perché l'imposta fu istituita almeno un decennio dopo il periodo del primo *boom* edilizio, che avrebbe pienamente giustificato un'imposizione degli incrementi di valore delle aree. Parve allora naturale risolvere il problema disponendo una retroattività, decennale delle norme impositrici, così da coprire l'intero arco temporale in cui si erano abbondantemente manifestati indici di capacità contributiva. Il ritardo dell'intervento riformatore ha cioè determinato la dimensione temporale della disciplina impositrice. La Corte costituzionale ha però fatto applicazione di un criterio fondato sulla valutazione normativa della « permanenza » della capacità contributiva eviden-

ziata dal fatto imponibile, principio tradotto poi dalla dottrina nella formula della necessaria « attualità » della capacità contributiva (riferita, naturalmente alla data in cui possono dirsi, insieme, verificato il fatto imponibile ed in vigore l'atto normativo che tale lo qualifica).

Il criterio presenta indubbi aspetti positivi, in quanto non esclude necessariamente la legittimità di leggi impositrici retroattive, ma impone un controllo caso per caso, che può risolversi, di volta in volta, in una dichiarazione di incostituzionalità (come avvenne per l'applicazione retroattiva dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili) ovvero in rigetto all'eccezione di incostituzionalità (perché la disciplina estesa al passato sostituisce precedenti omologhi tributi per il breve arco temporale della retroattività, per la « prevedibilità », al perfezionarsi del fatto, della disciplina che lo assume a presupposto del tributo, ecc.). Tuttavia esso apre anche ulteriori ed assai complesse questioni, giacché, attribuendo una collocazione temporale alla « capacità contributiva », parrebbe configurarla come situazione di fatto, distinta dalla fattispecie imponibile, che ne costituirebbe solo un indizio, con possibili riflessi sulla valutazione del nesso inferenziale laddove, ad es. si intenda provare il presupposto del tributo mediante presunzioni.

### *I problemi dell'evasione fiscale.*

L'evasione come fenomeno di massa, è uno degli indici dell'incongruenza del sistema tributario. Sul piano normativo l'evasione non va affrontata esclusivamente adottando tecniche di repressione. Gli interventi devono riguardare, in modo più generale, sia la razionalizzazione e la riorganizzazione dell'amministrazione, sia una nuova conformazione degli istituti, al fine di ricostruire quel minimo di consenso che è necessario alla funzionalità del sistema fiscale. Dunque l'evasione è anch'essa motivo e stimolo per la riforma; il suo contenimento uno dei principali scopi della riforma stessa.

*Formule e soluzioni proposte dai giuristi nell'esercizio di attività diverse dal mero indirizzo della produzione normativa istituzionale.*

Spantigati ha nuovamente proposto una più ampia considerazione delle modalità del concorso dei giuristi all'innovazione legislativa. Devo quindi richiamare la scelta enunciata all'inizio del mio intervento e la sua motivazione. Il « pensiero giuridico » cui ritengo dover fare riferimento si esprime nel dibattito dottrinale e nelle proposte rivolte all'intera categoria degli operatori del settore.

Certo il giurista svolge molteplici altre funzioni, anche e soprattutto nel settore fiscale, con notevoli possibilità di influenzare, in fatto, i contenuti degli atti normativi. Dubito però che sia opportuno imputare al « pensiero giuridico » queste disparate e difficilmente individuabili modalità di concorso all'evoluzione normativa. Qui il giurista dà, per lo più, forma tecnica a proposte che rispondono ad interessi puntuali, di singoli contribuenti, gruppi o categorie. Eviterei un riconoscimento che comporta pur sempre la collocazione dell'intervento in una dimensione professionale, dunque lo istituzionalizza, in qualche modo, distaccandolo dai concreti interessi di cui è invece espressione. Anche nella considerazione dei processi evolutivi del sistema tributario mi sembra necessario distinguere i procedimenti istituzionali di produzione normativa, cui si rivolgono le proposte di riforma da me prese in esame, dalla complessa realtà di interessi e pressioni, a diversi livelli (dalle categorie produttive a gruppi di pressione, anche interni dell'amministrazione), che condiziona, di fatto, la finale configurazione dei testi normativi.

*Tecnica e degrado della legislazione.*

Questo è un tema da affrontare analiticamente piuttosto che in prospettiva di sintesi. Certo si può complessivamente rilevare un progressivo degrado della « qualità » dei testi normativi. La categoria dei giuristi ne è però responsabile solo in parte. Al di là delle modalità, sempre più disarticolate e convulse, della formulazione dei testi, in sede parlamentare o governativa, la obiettiva complessità dei rapporti economici, la continua innovazione sul piano delle figure negoziali sono la prima giustificazione della scarsa qualità della legislazione fiscale. In effetti, queste difficoltà si manifestano anche

a livello della redazione dei testi unici. La complessità sempre maggiore degli interventi di coordinamento e razionalizzazione nel tessuto normativo potrebbe, almeno in parte, spiegare il ritardo, ormai macroscopico, nella redazione dei testi unici. Ad un quarto di secolo dalla legge delega, devono ancora essere emanati testi unici fondamentali, in materia di accertamento, ad es. di IVA.

L'intervento di Braccini che ha, infine, ripreso un po' tutti i temi toccati dalla relazione.

Uno studio approfondito del progetto di riforma via via elaborato e perfezionato da Vanoni sarebbe interessantissimo. Come già si è accennato, nell'ambito dell'Istituto per la finanza corporativa, creato presso la Banca d'Italia, si svolsero i lavori di una commissione che esaminò e discusse un ampio progetto di testo unico, di ben 422 articoli, elaborato in precedenza da una commissione istituita presso il Ministero delle Finanze. Come risulta dalla prima relazione sull'attività dell'Istituto, pubblicata sulla Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze nel 1942, la commissione ha completato un'ampia relazione sull'intero progetto, fortemente influenzata dal Vanoni, che risulta abbia anche redatto un articolato della parte generale, secondo propri criteri, ovviamente divergenti da quelli seguiti dalla commissione ministeriale.

Il progetto del testo unico e la relazione dovrebbero ancora esistere; potrebbero essere studiati ed eventualmente pubblicati; ulteriori notizie potrebbero essere desunte da altre fonti ed anche richieste a chi partecipò a quei lavori; il prof. Steve, allora segretario dell'Istituto, potrebbe sicuramente fornire nuovi elementi. Si potrebbero insomma raccogliere gli elementi necessari ad un compiuto raffronto fra i programmi di riforma che il Vanoni intendeva realizzare e le effettive innovazioni introdotte nell'ordinamento italiano con le due leggi di perequazione tributaria ed il Testo Unico del 1958 (che, a mio avviso, riprende piuttosto le fila di un'opera di raccolta e mero coordinamento della legislazione vigente, già intrapresa nell'ambito del Ministero delle Finanze).

Si spiegherebbe così anche l'assenza di un rilevante dibattito dottrinale sull'attuazione della delega per quel Testo Unico.

Analogamente, mi sembra essere mancata un'adeguata partecipazione dei cultori della materia alla fase della formulazione dei decreti legislativi in attuazione della legge delega del 1971. Si badi,

sino stati insufficienti il dibattito pubblico e la partecipazione collettiva. Ciascuno di noi ha infatti collaborato nel Comitato tecnico per la riforma tributaria, ma si tratta di contributi personali, di difficile identificazione e di cui non mi sembra doversi tener conto, in questo contesto, per le ragioni già esposte. D'altronde, anche se è in qualche caso possibile identificare l'« autore » delle singole disposizioni, non è possibile configurare un'influenza rilevante sui criteri attuativi della delega.

Il concetto di sistema tributario non è sufficientemente valorizzato dalla dottrina; non parliamo della Corte costituzionale che continua ad affermare il valore « programmatico » del secondo comma dell'art. 53 Cost. Pur nella sua complessità il tema deve essere affrontato, se non altro perché qualsiasi riforma è proposta di una nuova struttura del sistema, presuppone la sua identificazione e la fissazione del quadro di principi in cui va inserito.

Mancando un'adeguata considerazione del sistema è più probabile che la riforma risulti inadeguata e fallisca.

È problema attinente anzitutto alla collocazione rispetto al sistema tributario anche quello dei contributi assistenziali e previdenziali, di cui Braccini si è perspicuamente occupato. È in atto un processo di trasformazione, di inserimento nel sistema fiscale. L'esito è più certo, allo stato attuale, per i contributi sanitari, destinati ad essere sostituiti da un'imposta. Più faticosa, certamente, la « fiscalizzazione » dei contributi previdenziali, fra l'altro caratterizzati da una originaria articolazione per categorie, con manifestazioni rilevanti di solidarismo per categoria, difficilmente riconducibile alla « solidarietà » che si attua nel sistema fiscale. La proposta di una radicale unificazione — con l'eliminazione delle articolazioni di categoria, come le casse previdenziali di recente privatizzate — ha una sua intrinseca razionalità ma non sembra di agevole attuazione.

Lo statuto dei diritti del contribuente è, nei suoi contenuti, un ritorno dell'idea del Vanoni circa la necessità di una Parte generale della disciplina fiscale, espressa in una legge fondamentale tributaria, dotata di forza e rango superiori a quelli delle leggi ordinarie. Ed in effetti tende a riapparire la regola della « fissità », che, nell'esperienza passata, risulta però inefficace se non è posta in una legge costituzionale e pertanto non derogabile dalle successive leggi ordinarie. Anche lo statuto dei diritti del contribuente esprime dunque

una richiesta, risalente, di razionalizzazione del sistema, la cui soddisfazione è in qualche modo condizionata dalla maggior difficoltà del ricorso alla legge costituzionale. Comunque una nuova articolazione dei poteri normativi in materia tributaria — seppur orientata più sul riparto delle competenze che non sulla gerarchia delle fonti — potrebbe essere recuperata nella preannunciata attuazione di effettivi assetti di « federalismo fiscale ».

E qui devo comunque concludere, se non altro, per evidenti ragioni di tempo.

*Relazioni*  
(Terza seduta congressuale)



PAOLO CARETTI

## SISTEMA DELL'INFORMAZIONE

1. Premessa. — 2. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 21 Cost. — 3. (*Segue*): la legislazione ordinaria. — 4. Gli sviluppi dottrinali. — 5. Il contributo dei giuristi all'innovazione legislativa. — 6. Alcune considerazioni conclusive e di prospettiva.

### 1. *Premessa.*

Non è certo agevole tentare una ricostruzione degli indirizzi dottrinali che, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si sono sviluppati con riferimento ai problemi della libertà di informazione. Ancor meno agevole è tentare di offrirne un quadro che pretenda di essere esaustivo di tutti gli infiniti contributi che sui diversi aspetti che la tematica presenta sono stati offerti all'attenzione degli altri operatori giuridici. Né certo agevole risulta, nei limiti consentiti da un intervento ad un convegno, ricostruire le fila dei condizionamenti, espliciti od impliciti, diretti o indiretti, che tali contributi hanno prodotto sull'attività del legislatore, anch'essa, come è noto assai cospicua.

Di qui la ragione di alcune scelte selettive preliminari sia in ordine agli indirizzi dottrinali (si darà conto, per accenni, soltanto di quelli ritenuti più significativi rispetto all'impostazione di fondo del convegno), sia in ordine agli sviluppi della legislazione (si prenderanno ad esempio solo alcune vicende, ritenute particolarmente indicative del modo di essere del rapporto tra giuristi e legislatore).

Sulla base di queste premesse, ho pensato di articolare questo mio intervento essenzialmente in quattro punti: il primo, relativo al quadro normativo di riferimento (costituzionale e di legislazione ordinaria) in materia di informazione all'indomani dell'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale; il secondo, relativo alle principali tendenze dottrinali che su quella base si sono successiva-

mente sviluppate; il terzo, relativo ai riflessi, che tali sviluppi hanno avuto sul processo di innovazione legislativa, nel settore considerato; il quarto, infine, relativo ai problemi più attuali che le nuove tecnologie della comunicazione pongono sia al legislatore che al giurista.

## 2. *Il quadro normativo di riferimento: l'art. 21 Cost.*

L'assumere come punto di partenza il dato costituzionale non è dettato soltanto dal doveroso rispetto delle indicazioni temporali che gli organizzatori del convegno hanno fornito ai relatori, ma soprattutto dalla convinzione che proprio nella genesi della disciplina costituzionale risiedano molte delle ragioni di un certo andamento degli sviluppi che, negli anni successivi, hanno avuto gli studi in tema di libertà di informazione, nonché delle difficoltà che tali contributi hanno incontrato nell'incidere significativamente nel processo di innovazione di un quadro normativo in gran parte ereditato dal legislatore fascista.

È noto infatti che la norma costituzionale di riferimento, l'art. 21, nasce in Assemblea costituente dal confronto tra due diverse impostazioni. L'una, che risente molto di tutta una tradizione culturale che, da Jellinek a Romano, aveva concepito i diritti di libertà come diritti pubblici subiettivi, ossia essenzialmente come aree di autonomia individuale da difendere contro indebite interferenze dei pubblici poteri, l'altra attenta invece a coglierne anche un'altra dimensione, quella cioè di diritti di partecipazione, di strumenti tesi ad una compiuta realizzazione di un sistema democratico.

Se nella prima impostazione è essenzialmente uno schema relazionale che si esaurisce nel rapporto autorità-libertà (o se si vuole apparato repressivo dello Stato e singolo titolare del diritto di libertà) ad essere al centro dell'attenzione, nella seconda è uno schema relazionale più complesso, nel quale quel rapporto si arricchisce con la presenza di un terzo soggetto (il destinatario delle manifestazioni del pensiero altrui). Uno schema inscritto in un processo circolare alimentato dall'intervento congiunto dello Stato (inteso come apparato di governo) cui spetta di garantire le condizioni generali per la più ampia e piena realizzazione della libertà di espressione, dei singoli che esercitano in questo quadro il loro diritto

individuale di esprimersi liberamente, dei cittadini che hanno diritto ad avere un'informazione libera per poter con ciò contribuire ad elevare il tasso di democraticità del sistema.

Nel confronto che tra le due impostazioni si svolge in sede costituente è senza dubbio la prima a prevalere, soprattutto se ci si limita a considerare il solo dettato letterale dell'art. 21. L'intero impianto della disciplina della libertà di stampa appare infatti, tutto centrato sull'affermazione del divieto di autorizzazioni e censure e sulla delimitazione rigorosa della possibilità di ricorrere all'istituto del sequestro, mentre contiene un unico, e assai sfumato, riferimento alla « possibilità » che la legge stabilisca norme di carattere generale dirette ad imporre obblighi di trasparenza alle imprese editoriali per ciò che attiene alle loro fonti di finanziamento. Disposizione quest'ultima che fu mantenuta, come è noto, solo grazie ad un intervento di Mortati, il quale si incaricò di precisare come essa non mirasse affatto a legittimare indebite ingerenze dello Stato nella conduzione economica delle imprese, ma solo ad assicurarne un minimo di trasparenza a tutela degli interessi dei destinatari dell'informazione stampata.

I tentativi di dare una fisionomia meno evanescente a questo diverso profilo della libertà di manifestazione del pensiero per la verità non mancarono, ma non ebbero successo: si pensi, ad esempio, alla proposta di introdurre forme di controllo sulle fonti di informazione; alla proposta di prevedere come obbligatorio, e non meramente facoltativo, l'intervento del legislatore in ordine al finanziamento della stampa periodica; o, ancora, alla proposta di prevedere espressamente la possibilità per il legislatore ordinario di intervenire a disciplinare l'utilizzazione delle imprese tipografiche e di radiodiffusione al fine di tutelare il diritto di tutti ad utilizzare i diversi mezzi di comunicazione sociale.

E tuttavia, tracce significative di una diversa possibile ricostruzione del significato e della portata della libertà di espressione non mancano, ove appena si approfondisca l'esegesi del dettato dell'art. 21 e soprattutto ove si allarghi lo sguardo ad altre disposizioni costituzionali.

Si pensi, in primo luogo, alla stessa formula utilizzata dal 1° comma dell'art. 21 nel definire i contorni della garanzia costituzionale, che allude tanto al profilo della libertà dei contenuti del

messaggio informativo, quanto a quello della sua libera « diffusione » attraverso qualunque mezzo: non dunque solo la libera manifestazione individuale (sia pure destinata al pubblico), ma anche la libertà di diffondere il che richiama alla tematica della disciplina dei « mezzi » in funzione degli interessi sia di chi comunica, sia di chi è destinatario della comunicazione. In secondo luogo, si pensi alla distinzione, operata dal costituente, tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di comunicazione privata (art. 15), nella quale pare implicito il riconoscimento delle peculiarità della prima, in quanto appunto destinata alla diffusione, con tutto ciò che questo termine evoca, come si è appena rilevato, in ordine alla tutela dei destinatari del messaggio informativo. In terzo luogo, si pensi al disposto dell'art. 2 Cost., che, al di là della disputa che si aprirà in dottrina circa la sua interpretazione quale clausola « aperta » o « chiusa », certamente si presta all'individuazione di interessi (ulteriori) da tutelare, che si riconnettano a diritti espressamente sanciti dal dettato costituzionale. Si pensi, infine, al fondamentale stretto collegamento, operato dall'art. 3, 2° comma, tra effettivo esercizio dei diritti di libertà ed esercizio dei diritti di partecipazione politica (dove, di nuovo, l'accento è posto su una dimensione dei diritti stessi che non si può esaurire nella sola tutela negativa di aree individuali inaccessibili da parte dei pubblici poteri).

Siamo di fronte dunque ad un impianto costituzionale, certamente profondamente innovativo rispetto al passato, ma anche caratterizzato da un forte grado di ambiguità, connessa alla presenza di una duplicità di piani e di prospettiva certamente percepibile, ma non adeguatamente risolta nelle disposizioni di riferimento, che finirà per pesare in modo decisivo sui successivi sviluppi dottrinali.

### 3. (Segue): *la legislazione ordinaria*.

È proprio da questa sorta di ambiguità che nascono gran parte dei principali problemi teorici ed applicativi posti dalla disciplina del settore in esame. Problemi che la dottrina ha dovuto affrontare muovendosi in un conteso normativo che si presentava, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, tutto sbilanciato sul primo versante, quello tipico della libertà individuale (peraltro con soluzioni quasi interamente risalenti al periodo precostituzionale e di cui

non potevano non riflettere il rigido indirizzo censorio) per ciò che attiene alla stampa e tutto sbilanciato sul secondo versante, quello della funzionalizzazione della libertà in questione (con soluzioni, anche in questo caso, perfettamente allineate con le caratteristiche autoritarie del regime) per ciò che attiene all'altro grande mezzo di comunicazione di massa, ossia la radiotelevisione.

E, infatti, per ciò che attiene alla stampa, si consideri che solo alcune delle disposizioni legislative, quelle più macroscopicamente in contrasto con la nuova disciplina dettata dall'art. 21 vengono immediatamente eliminate: si pensi, ad esempio, ancor prima dell'avvio dei lavori dell'Assemblea costituente, all'abolizione, col d.lgs. n. 561 del 1946, del sequestro preventivo degli stampati ad opera dell'autorità di p.s., nonché allo smantellamento delle strutture governative attraverso le quali il regime fascista aveva esercitato i suoi rigidi poteri di controllo su questo settore; si pensi, ancora, successivamente, al varo della legge n. 47 del 1948, la quale tra l'altro prevedeva l'abolizione dell'autorizzazione prefettizia per la pubblicazione di quotidiani e periodici, nonché l'abolizione dell'istituto del riconoscimento del direttore responsabile. Restava invece in piedi pressoché inalterata tutta la disciplina codicistica dei reati a mezzo stampa (non solo quelli contro la moralità e il buon costume, ma anche quelli contro l'ordine pubblico, nei quali è più evidente l'intento repressivo del dissenso politico del legislatore fascista), così come restavano in piedi numerosi poteri di autorizzazione affidati all'autorità di p.s. (in ordine all'esercizio dell'arte tipografica; in ordine alla distribuzione in luogo pubblico degli stampati; in ordine all'affissione di scritti e giornali murali e così via), nonché la disciplina dell'ordine e dell'albo dei giornalisti.

Ancora meno percettibili i mutamenti intervenuti nella disciplina del settore della radiofonia (la televisione era ancora fenomeno sconosciuto): restava in vigore il vecchio codice postale del 1936, il cui art. 1 sanciva la riserva allo Stato dei servizi di radio e telecomunicazioni, gestiti secondo il modello della concessione in esclusiva ad una società a totale capitale pubblico. Un modello nemmeno scalfito da alcuni provvedimenti adottati in questa materia dal Governo durante il c.d. periodo costituzionale provvisorio (si veda il d.l.c.p.s. n. 478 del 1947, che prevedeva l'attribuzione di un ruolo centrale nel settore al Ministro delle Poste e telecomunicazioni, con

un potere di nomina dei vertici della concessionaria pubblica, nonché penetranti poteri di controllo non solo di natura tecnico-finanziaria sulla conduzione aziendale, ma anche di indirizzo e vera e propria censura sul contenuto dei programmi), nonché da quelli adottati subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione (in particolare la nuova concessione Governo-Rai del 1952). Rispetto a questo assetto, che ricalcava sostanzialmente quello precedente, ben poco significato era destinata ad avere l'unica novità che pure quel provvedimento del 1947 conteneva in ordine all'istituzione, per il tramite di una apposita commissione parlamentare di vigilanza, di una sia pur labile forma di coinvolgimento dell'assemblea elettiva nel controllo dell'imparzialità e dell'obiettività dei servizi prestati dalla concessionaria.

Un quadro normativo dunque che, se per un verso spingeva nella direzione di una valorizzazione dell'aspetto della libertà di manifestazione del pensiero come area di autonomia privata da difendere contro le ancora vigenti indebite (rispetto ai nuovi principi costituzionali) interferenze dei pubblici poteri, dall'altro rendeva ancor più difficile affrontare e risolvere in modo soddisfacente il rapporto tra libertà-diritto individuale e libertà-diritto di partecipazione, per le soluzioni inaccettabili che, sotto quest'ultimo profilo, esso conteneva.

Alla duplicità irrisolta di piani presente nell'impianto costituzionale si somma dunque una fortissima diversificazione del regime dei due più importanti mezzi di comunicazione di massa, rendendo ancora più ardua quell'opera di sutura tra i due piani cui la dottrina (insieme, del resto, al legislatore repubblicano) era chiamata.

#### 4. *Gli sviluppi dottrinali.*

Se si tengono presenti queste premesse, non può stupire che l'attività d'interpretazione dottrinale relativa alla definizione del significato e della portata della garanzia costituzionale di cui all'art. 21 si sia soprattutto all'inizio avviata anch'essa lungo due binari distinti e tra loro fortemente diversificati.

Con tutta l'approssimazione che ogni schematico tentativo ricostruttivo di questo genere inevitabilmente presenta, si può dire infatti che l'intero sviluppo degli studi in materia sia contrassegnato

dal confronto tra due diverse impostazioni: quella c.d. individualista, tesa a valorizzare, facendo leva sul principio personalistico, gli elementi, certo prevalenti nel dettato costituzionale, che appunto alla libertà di espressione come diritto individuale si richiamano e quella c.d. funzionalista, tesa viceversa a valorizzare al massimo tutti quegli spunti, pur presenti anch'essi nella Costituzione, che alludono ad una concezione della stessa libertà, intesa come strumento, funzione appunto, per una compiuta realizzazione del principio democratico.

Questa divaricazione sulla concezione della natura della libertà in parola era destinata a riflettersi inevitabilmente sul terreno decisivo della individuazione sia dei limiti negativi, legittimamente opponibili al suo esercizio, sia su quello della individuazione del ruolo che, in positivo, ai pubblici poteri doveva riconoscersi in questo campo.

Così, sotto il primo profilo, quella contrapposizione si traduce nell'affermazione da una parte (tesi individualista) dell'ammissibilità di soli limiti esterni alla libertà in parola, che non ne pregiudichino il contenuto intrinseco, assunto questo come dato immutabile e insuscettibile di piegarsi ad esigenze pubblicistiche. Con la conseguenza che, in questa logica, il problema dei contrasti, potenziali od effettivi, tra il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e altri diritti o interessi costituzionalmente protetti viene risolto attraverso un'interpretazione riduttiva del raggio d'azione della garanzia costituzionale, dal quale vengono infatti escluse tutte le manifestazioni che non siano riconducibili al contenuto intrinseco della libertà relativa. Di qui l'ammissione dell'esistenza di limiti impliciti (appunto correlati al contenuto intrinseco delle diverse manifestazioni del pensiero), i quali si traducono nella distinzione tra manifestazioni del pensiero « privilegiate » e manifestazioni « comuni » (come quelle emozionali o di incitamento all'azione), suscettibili ovviamente queste ultime di essere assoggettate a limitazioni più penetranti.

Si tratta di tesi che, al di là dell'intima contraddittorietà tra la dichiarata finalità garantista che le ispira e i risultati opposti che di fatto, in certi casi, le medesime finiscono per produrre, non potevano non avere, ove condivise, conseguenze precise in ordine, ad esempio, alla valutazione di conformità a Costituzione di tutta una

serie di reati a mezzo stampa sopravvissuti, come si è detto, al crollo del passato regime.

Sull'altro versante (tesi funzionalista), è invece proprio il problema del potenziale contrasto tra libertà individuale di esprimere il proprio pensiero e altri interessi costituzionalmente rilevanti ad essere al centro dell'attenzione. Ma esso viene risolto non già sulla base di un'artificiosa ed aprioristica riduzione dell'ambito di operatività della garanzia costituzionale, bensì sulla base del principio (successivamente fatto proprio e generalizzato dalla giurisprudenza costituzionale) del necessario bilanciamento di tutti gli interessi in gioco.

In questa diversa logica, non esiste dunque alcun contenuto intrinseco della libertà in parola, per giunta definito a priori attraverso il ricorso a categorie tanto generiche quanto opinabili (le c.d. manifestazioni del pensiero privilegiate), ma esso si definisce in concreto mediante quest'opera delicata di bilanciamento, cui il legislatore è in primo luogo chiamato.

Di qui, accanto all'affermazione della rigorosa tassatività dei limiti espressamente disposti dalla Costituzione (e dunque al rifiuto della tesi dell'esistenza di limiti impliciti, concepiti nel modo anzidetto), si accompagna l'affermazione dell'ammissibilità, al di là di quelli espressamente disposti dalla Costituzione, anche di limiti interni, purché legati alla tutela di interessi di sicuro rilievo costituzionale e la cui effettiva consistenza va definita in chiave appunto di bilanciamento e non di necessaria ed automatica prevalenza di un interesse nei confronti degli altri.

In questa diversa logica, il « contenuto intrinseco » della libertà di manifestazione del pensiero non è affatto un dato assunto a priori, ma, al contrario, un dato che, in ultima analisi, si definisce in concreto nei reciproci rapporti che inevitabilmente essa intrattiene con la tutela di altri interessi di rilievo costituzionale.

Così, sotto il secondo profilo (quello relativo alla definizione del ruolo « positivo » dei pubblici poteri), se da una parte si è portati a negare in radice ogni diritto di cittadinanza a modelli che prevedano un intervento dello Stato non solo concepito come soggetto regolatore dei possibili abusi (dei c.d. limiti esterni), ma anche come soggetto direttamente impegnato a dar corpo alla sua « funzione sociale », dall'altra, al contrario, si punta ad una valorizzazione di

questo ruolo, inteso non solo come ammissibile, ma come doveroso e diretto a contenere entro limiti di compatibilità democratica l'esercizio di una libertà individuale, che presenta anche gli aspetti di un vero e proprio « potere », dotato di una potenziale forza lesiva di altre situazioni costituzionalmente protette.

Di qui la messa a punto di una articolata strumentazione operativa (con particolare riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero *sub specie* libertà di informazione) che tocca sia le strutture (costruzione di un ruolo dello Stato come diretto gestore dei servizi di informazione; previsione di limiti all'azione delle imprese di settore), sia il contenuto dei messaggi informativi (obblighi di imparzialità e obiettività), sia la specifica posizione dei cittadini-utenti (diritto di accesso).

##### 5. *Il contributo dei giuristi all'innovazione legislativa.*

È tenendo presenti gli elementi, sinteticamente richiamati, che hanno caratterizzato gli sviluppi degli studi giuridici in argomento che possono misurarsi i riflessi che essi hanno avuto sul processo di innovazione legislativa che ha interessato il settore dell'informazione, nel periodo repubblicano.

Sul piano della depurazione del tessuto normativo ereditato dal periodo fascista degli elementi di sicura incompatibilità o di dubbia compatibilità con i nuovi principi costituzionali (al di là di quella direttamente operata dal legislatore con la legge sulla stampa n. 47 del 1948) era logico aspettarsi che fosse la tesi individualista a giocare un ruolo preminente. E infatti così è stato. Tuttavia, come si è già accennato, essa ha finito anche per contribuire al raggiungimento, proprio sul suo terreno d'elezione, di risultati difficilmente conciliabili con la sua ispirazione garantista. Questa considerazione vale soprattutto per la sopravvivenza di tutta una serie di fattispecie di reato (dalla propaganda antinazionale e sovversiva ai reati di offesa e vilipendio delle istituzioni; dall'apologia di reato alla istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi), sui quali, nel silenzio del legislatore, la Corte costituzionale ha finito, salvo qualche marginale eccezione, per adottare una linea di interpretazione adeguatrice, che proprio a quella tesi (ed in particolare alla distinzione tra manifestazioni del pensiero privilegiate e no) pare ispirarsi. Anche se

è difficile stabilire uno stretto nesso di causa ed effetto tra quelle teorizzazioni e la permanente vigenza di quelle ipotesi di reato, non pare tuttavia dubbio che esse abbiano giocato un ruolo non marginale in questa vicenda. Un risultato apparentemente paradossale per una impostazione dottrinale tutta volta a ridurre l'area delle interferenze pubbliche nell'ambito della sfera di autonomia privata (individuale) definita dalla libertà di manifestazione del pensiero, ma che trova la sua spiegazione proprio nella mancata adesione ad un diverso schema relazionale nel quale sono anche gli effetti (persuasivi, di stimolo, di confronto) che l'espressione del pensiero produce sui terzi a dover essere tutelati, purché rispettosi degli altri interessi costituzionalmente protetti. Così come, d'altro canto, la tesi individualista ha finito per rappresentare più un ostacolo che un incentivo ad una ridefinizione dei rapporti interni all'impresa di informazione, offrendo in genere una lettura dell'art. 21 in rapporto agli artt. 41 e 42 Cost. prevalentemente orientata a valorizzare la libertà di espressione di chi detiene i « mezzi » rispetto a quella di chi opera all'interno dei medesimi.

Sull'altro versante, quello cioè della definizione del ruolo che, in positivo, deve riconoscersi ai pubblici poteri nel settore in esame, si può dire invece, che, almeno fino ad un certo punto (fino alla metà degli anni '70), sia stata la tesi funzionalista a fornire un contributo significativo agli sviluppi legislativi, filtrato e reso dunque più autorevole dai numerosi interventi del giudice costituzionale in materia. Ciò vale soprattutto per quello che era all'inizio dell'esperienza repubblicana il principale problema da affrontare, ossia quello del monopolio statale dei servizi radiotelevisivi.

Tutta la lunga fase che prelude alla riforma della disciplina del monopolio pubblico e che culmina con l'approvazione della legge n. 103 del 1975, vede il dibattito politico accompagnato dalla progressiva e sempre più precisa messa a punto, sul piano scientifico, di un apparato teorico che in quella riforma troverà echi puntuali. Un apparato teorico che poggia essenzialmente sui seguenti elementi:

a) sulla valorizzazione della nozione di diritto all'informazione (anche alla luce di alcune espresse previsioni di carattere internazionale: dall'art. 19 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, adottata dall'ONU nel 1948 all'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sot-

toscritta a Roma nel 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa) come ineliminabile risvolto passivo del diritto attivo di informare;

*b)* sulla sottolineatura del suo collegamento con il dettato dell'art. 3, 2° comma e dunque del nesso strettissimo tra sistema dell'informazione e democraticità del sistema (una democraticità non predicata in astratto, ma alla luce dei già richiamati principi di pluralismo politico, sociale, culturale e istituzionale, sanciti dal costituente);

*c)* sulla riconduzione dell'attività di informazione radiotelevisiva alla nozione di servizio pubblico, suscettibile, nelle condizioni date, di essere gestito secondo il modello del monopolio pubblico;

*d)* sull'affermata necessità di una revisione dell'allora vigente disciplina del monopolio pubblico sulla base di due criteri guida: quello del diretto coinvolgimento nella gestione del servizio di tutti i soggetti nei quali si esprime il pluralismo politico ed istituzionale (e dunque non solo il Governo, ma anche il Parlamento e le Regioni); quello volto ad assicurare l'apertura del mezzo a forme di utilizzazione diretta da parte dei gruppi sociali (la tutela del c.d. diritto d'accesso al mezzo radiotelevisivo).

Si tratta di elementi ampiamente recepiti, come si è detto, dal giudice costituzionale (si ricordino in particolare le sentenze nn. 225 e 226 del 1974), ma che percorrono l'intero impianto normativo della citata legge n. 103 del 1975.

Si pensi all'affermazione, come principio base, del necessario rispetto del pluralismo nell'informazione radiotelevisiva, al conseguente obbligo di completezza ed imparzialità, al deciso spostamento a favore del Parlamento dei poteri di indirizzo e controllo sulla concessionaria pubblica, alla previsione di un sia pur timido ingresso delle Regioni nella gestione del servizio, alla espressa disciplina di un diritto di accesso al mezzo.

Mi pare che si possa anzi affermare che questo primo tentativo di realizzare un soddisfacente bilanciamento tra diritto di tutti di manifestare il proprio pensiero attraverso il mezzo radiotelevisivo e diritto ad essere informati si sia realizzato lungo una falsariga che, in larga misura, proprio la dottrina (o comunque gran parte di essa) aveva contribuito a disegnare.

Si tratta tuttavia di un episodio, importante ma destinato a non avere seguito. E, infatti, quando immediatamente dopo il varo della riforma del 1975, avrà inizio il lento tramonto del monopolio pubblico, grazie anche in questo caso ad alcune decisive pronunce del giudice costituzionale (si ricordino le sentenze nn. 202 del 1976 e 148 del 1981) e si porranno le premesse per la costruzione di un sistema radiotelevisivo misto, il contributo della cultura giuridica si fa assai meno significativo.

Come è noto, infatti, gli sviluppi della vicenda che porterà all'approvazione della legge n. 223 del 1990 sono determinati da fattori essenzialmente legati agli assetti che di fatto si vanno delineando nel settore in esame, in stretta connessione con la qualità e rapidità delle innovazioni tecnologiche che lo investono. Elementi questi ultimi, rispetto ai quali i giuristi si sono trovati, in larga misura, impreparati ad offrire un tempestivo e sicuro quadro di riferimento teorico, in grado di orientare l'azione riformatrice del legislatore.

Al mutamento di prospettiva che tali sviluppi hanno determinato sia sul piano della ridefinizione del ruolo dello Stato (non più soggetto gestore del servizio, ma soggetto essenzialmente di regolazione), sia su quello degli stessi referenti costituzionali (non solo l'art. 21, ma sempre di più l'art. 41) non si è cioè accompagnata un'elaborazione teorica in grado di ricomporre entro un quadro coerente i diversi elementi che nel frattempo andavano definendo i tratti essenziali di un nuovo sistema dell'informazione.

Più in particolare, ciò che è mancato o si è rivelato insufficiente è stato un adeguato ripensamento delle soluzioni che da sempre avevano costituito il supporto dell'intervento dei pubblici poteri (riserva del servizio allo Stato, regime di concessione in esclusiva del servizio stesso) alla luce condizioni di esercizio dell'attività radiotelevisiva profondamente mutate, ma che lasciavano intatte le esigenze di tutela cui il precedente assetto aveva cercato, per la verità senza successo, di rispondere.

La dottrina è tornata così a dividersi, ancora più che in passato, facendo emergere differenze solo in parte riconducibili alla distinzione, più volte richiamata, tra « individualisti » e « funzionalisti ». E infatti, nel confronto tra i fautori dello smantellamento definitivo e radicale del vecchio modello pubblicistico, in nome di una riespan-

sione piena della libertà individuale di accesso al mezzo (nella convinzione che il suo esercizio di per sé avrebbe consentito di conseguire egualmente, se non meglio, quelle finalità di interesse generale cui il monopolio pubblico avrebbe dovuto rispondere), il fronte dei funzionalisti ha mostrato più di un elemento di incertezza e di divisione interna. Comincia così a diventare recessiva la ricostruzione unitaria della natura dell'attività radiotelevisiva in termini di servizio pubblico; comincia a farsi strada l'idea che la stessa attività ove esercitata da soggetti diversi (pubblici o privati) possa solo per questo essere assoggettata a discipline sostanzialmente diverse; si fa consistente la difficoltà a concepire la stessa possibilità di imporre obblighi positivi a carico dell'emittenza privata, a tutela di interessi di carattere generale.

Si tratta di tendenze che, mentre finiscono per consegnare le ragioni del servizio pubblico radiotelevisivo ad una logica essenzialmente concorrenziale rispetto al settore dell'emittenza privata, rivelano, a posteriori, forse il limite più rilevante dell'impostazione funzionalista al riguardo, ossia quello di non aver adeguatamente ripensato la nozione di servizio pubblico e di essere rimasta troppo ancorata ad una sua concezione di tipo soggettivistico, centrata su una sorta di identificazione tra « pubblicità » del servizio e « pubblicità » o meglio appartenenza allo Stato-persona del soggetto incaricato della relativa prestazione. Venuta così meno quella identificazione, assicurata dal modello monopolistico preesistente, la dottrina giuridica si è trovata come spiazzata e impreparata a fornire soluzioni organiche di ricambio. L'impressione che se ne ricava è che anche tra i sostenitori della tesi funzionalista tendano a riemergere spinte volte ancora una volta ad isolare contenuto e disciplina della libertà di manifestazione del pensiero e contenuto e disciplina di altre libertà (in questo caso della libertà di iniziativa economica), relegando più sullo sfondo il canone del necessario bilanciamento dei diversi interessi in gioco, che ne aveva rappresentato l'elemento distintivo.

Sta in questa carenza di elaborazione teorica una delle ragioni (anche se certamente non l'unica) delle incertezze, dei limiti e delle ambiguità che presenta la seconda legge di riforma del sistema radiotelevisivo, ossia la già ricordata legge n. 223 del 1990.

Si pensi alla scomparsa del riferimento alla nozione di servizio

pubblico nella definizione della natura dell'attività radiotelevisiva e al contestuale riemergere di tale nozione per l'attività svolta dalla sola concessionaria pubblica (con conseguente difficoltà di definire un ancoraggio unitario ai principi « comuni » che tuttavia si vorrebbero imporre a tutti i soggetti concessionari, nonché di definire un sistema unitario di controlli tesi ad assicurarne il rispetto); si pensi alla difficoltà, in questo quadro, a giustificare l'introduzione di un unico regime concessorio da applicare sia all'emittenza pubblica, sia all'emittenza privata, nonché l'imposizione di certi obblighi « di contenuto » a carico dei concessionari privati; si pensi, ancora, alla disciplina dei criteri di rilascio delle concessioni, essenzialmente calibrati su elementi di ordine tecnico-economico; si pensi, infine, alla normativa *anti-trust*, tutta giocata su aspetti di natura quantitativa (le soglie di mercato da non superare) e assai meno attenta ai profili qualitativi dei fenomeni di concentrazione (più attenta cioè al *trust* economico, che non a quello culturale o ideologico).

Se si leggono in filigrana le due leggi di sistema, la n. 103 del 1975 e la n. 223 del 1990, non è difficile cogliere nella prima il forte condizionamento operato sul legislatore dai contributi offerti dalla dottrina giuspubblicistica, mentre nella seconda tutto il peso viceversa esercitato sul medesimo dai poderosi interessi presenti nel settore considerato.

Difficoltà e incertezze queste denunciate dai più recenti sviluppi dottrinali (e dallo stesso legislatore) che sembrano destinate ad accentuarsi di fronte ai riflessi che nel campo radiotelevisivo si produrranno in seguito alle trasformazioni che stanno investendo il settore delle telecomunicazioni: dalla straordinaria capacità di trasmissione dei nuovi « mezzi » (si pensi solo ai cavi a fibre ottiche) in grado di diffondere ogni tipo di messaggio (scritto, sonoro o per immagini fisse o in movimento), all'avvio del processo di privatizzazione di un settore sin qui caratterizzato, come quello della radiotelevisione in passato, da un regime di monopolio pubblico, alla possibilità di esercitare da parte dello stesso soggetto una pluralità di attività di comunicazione tra loro diverse (dalla radiotelevisione alla telefonia), alla possibilità di utilizzare le reti per un tipo di comunicazione interattiva (anch'essa comunicazione scritta o per suoni o per immagini) secondo modalità che richiamano molto da vicino quelle della corrispondenza privata.

Si tratta di novità destinate a mutare profondamente l'assetto del mercato dell'informazione-comunicazione, ad arricchire il quadro dei suoi protagonisti, a scovolgerne gli attuali equilibri. Tutto ciò richiederà dunque un ripensamento complessivo delle soluzioni normative oggi vigenti e concepite per segmenti separati del sistema complessivo.

#### 6. *Alcune considerazioni conclusive e di prospettiva.*

In conclusione, ciò che si può dire è che, nonostante i limiti evidenti che gli sviluppi della dottrina giuspubblicistica hanno denunciato nell'accompagnare la fase di transizione della disciplina del sistema dell'informazione da disciplina per settori separati a disciplina tendenzialmente unitaria, appunto di sistema (limiti almeno in parte addebitabili, come si è sottolineato, alla laconicità e ambiguità del dettato costituzionale), essi hanno comunque contribuito all'affermazione di alcuni punti fermi che hanno nel principio del pluralismo informativo il loro asse portante e che si traducono soprattutto nella necessaria tutela dell'interesse costituzionalmente protetto ad evitare un eccessivo inaridirsi delle fonti di informazione (sia che essa si realizzi attraverso fenomeni di concentrazione proprietaria ovvero attraverso fenomeni di concentrazione delle risorse finanziarie del settore, sia che esso si realizzi attraverso fenomeni di omologazione dei contenuti informativi).

Il compito che spetta in prospettiva ai giuristi, soprattutto alla luce degli scenari nuovi che l'evoluzione tecnologica va delineando all'orizzonte (e che tendono con sempre maggiore forza ad attrarre ogni tipo di informativa nell'area della libertà di impresa ed ad assoggettarla esclusivamente ad una logica di mercato) sembra essere soprattutto quello di far salve quelle acquisizioni puntando a trasferirle coerentemente in un quadro nel quale soggetti, ruoli e funzioni sembrano destinati ad un rapido e totale rimescolamento.

Da questo punto di vista, uno dei principali nodi da sciogliere, preliminare rispetto a quello della individuazione di concrete scelte operative, è rappresentato dalla scelta dei meccanismi istituzionali da utilizzare per la loro definizione.

Le vicende che hanno contrassegnato l'evoluzione del nostro sistema dell'informazione, hanno infatti messo a nudo l'inadegua-

tezza dei meccanismi istituzionali tipici di una forma di governo parlamentare a realizzare un soddisfacente (e soprattutto stabile) bilanciamento dei diversi interessi in campo. Il riferimento pressoché esclusivo alla legge (in ossequio alla riserva disposta in materia dalla Costituzione) non ha prodotto i risultati sperati (tanto da determinare, tra l'altro, una rilevantissima funzione di supplenza da parte del giudice costituzionale), così come insufficiente (o, a volte, controproducente) si è rivelato il ricorso ai moduli ordinari della amministrazione pubblica o al giudice comune.

Se dunque quello del necessario bilanciamento degli interessi deve rimanere il criterio guida dell'intervento pubblico, esso probabilmente richiede innanzitutto una correzione di rotta proprio su questo punto, in vista dell'impiego di una strumentazione che, fatto salvo il ruolo ineliminabile della legge nella definizione del quadro normativo di fondo, sia in grado di operare in modo più tempestivo, flessibile ed efficiente.

Sono considerazioni di questo tipo che stanno del resto alla base di un fenomeno che ha investito pressoché tutti gli ordinamenti europei e che ha portato nel settore dell'informazione, ma non solo in questo, al proliferare di autorità indipendenti, le quali sia per la loro struttura che per la natura e le modalità di esercizio dei loro poteri fuoriescono largamente dai tradizionali canoni tipici della pubblica amministrazione. Si tratta di Autorità spesso ancora (come da noi) qualificate come « amministrative », ma che in realtà, almeno nelle esperienze più avanzate, tendono a diventare i veri organi di « governo » di determinati settori, realizzando, attraverso il ricorso non solo a poteri di amministrazione attiva e di controllo, ma anche di regolazione e paragiudiziali, un canale di bilanciamento e mediazione di diversi interessi non alternativo, ma nemmeno meramente esecutivo di quelli che si realizzano attraverso l'attivazione dei tradizionali meccanismi istituzionali.

Tuttavia anche questa prospettiva e soprattutto il suo ulteriore sviluppo, al di là di quello che già oggi essa ha ricevuto, pongono ancora una volta sul tappeto una serie di questioni di non facile soluzione: dalla conciliabilità dei poteri di regolazione di queste nuove autorità con le « riserve » costituzionalmente previste, alla conciliabilità dell'affidamento alle medesime di poteri di amministrazione attiva con il principio della necessaria riconduzione di ogni

funzione di questo tipo ad organi che abbiano comunque un collegamento con gli istituti della responsabilità politica, infine, alla definizione del regime dei loro atti sotto il profilo della tutela processuale delle posizioni soggettive coinvolte dai loro provvedimenti, nonché, in parallelo alla corrispondente ridefinizione del ruolo sin qui giocato da Parlamento, Governo e giudici comuni.

Si tratta di temi sui quali la riflessione, appena agli inizi, lascia già intravedere tutto lo spessore dell'opera di revisione teorica cui i giuristi sono chiamati. Ove su questi come sugli altri problemi che si sono brevemente richiamati l'apporto della scienza giuridica dovesse mancare o procedere con eccessiva lentezza e frammentarietà, probabilmente la distanza tra progettazione teorica e capacità di incidere sul processo di regolazione dei fenomeni in atto andrà inevitabilmente aumentando e si accentuerà la tendenza, già oggi avvertibile, che vede relegato il ruolo di giuristi e legislatori ad un'attività episodica ed incerta di mero tallonamento dell'innovazione tecnologica e dei riflessi che essa immediatamente produce negli assetti e negli equilibri complessivi del sistema dell'informazione.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

La bibliografia sui temi toccati nella relazione è pressoché sterminata, sì che si indicheranno qui di seguito solo alcuni contributi attraverso i quali il lettore interessato avrà modo di approfondire (e verificare) la ricostruzione delle principali linee di tendenza della dottrina giuspubblicistica e della legislazione nel settore dell'informazione che si è proposta in queste brevi note.

Sull'interpretazione dottrinale dell'art. 21 nel quadro del nuovo sistema costituzionale, basti rinviare a S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992; G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge anti-trust*, Milano, 1996.

Sull'apporto interpretativo offerto dalla Corte costituzionale, si vedano: M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 1989, pp. 105 ss.; R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà di*

*manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XII: *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova, 1990, pp. 293 ss.

Per una recente acuta analisi degli sviluppi dottrinali si veda: V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e libertà altrui*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 4587 ss.

Sugli sviluppi della legislazione di settore si vedano: P. CARETTI, *Diritto pubblico dell'informazione*, Bologna, 1994; R. ZACCARIA (a cura di), *Radiotelevisione*, Padova, 1996.

Infine sui problemi più attuali, legati alla disciplina dei c.d. « nuovi mezzi », si vedano, per un primo approccio, i saggi di A. BRIGHINA (*Tv satellitare e « authority ». Prospettive e tendenze*); P. CARETTI (*Innovazioni, mercati e diritti*); P. COSTANZO (*Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*); O. GRANDINETTI (*Diritto morale d'autore e opera multimediale nella società dell'informazione*); R. MASTROIANNI (*Opera multimediale e diritto d'autore nell'ordinamento comunitario*), pubblicati in *Problemi dell'informazione*, 1966, pp. 142 ss.

GIORGIO BERTI

## ORGANIZZAZIONE PUBBLICA

1. Definizione dell'oggetto dell'indagine: l'organizzazione pubblica e la cultura del giurista pubblicista. — 2. I giuspubblicisti e la loro partecipazione al processo politico e all'attuazione costituzionale. — 3. La razionalizzazione dei processi trasformativi dello Stato - l'attuazione della Costituzione mediante la creazione di nuove figure e di nuove regole - atteggiamenti della dottrina verso la Costituzione e i relativi processi di attuazione. — 4. La continuità dello Stato centralizzato e il progetto regionale - l'istituzione delle Regioni: riaffermazione della centralità statale. Altre leggi di organizzazione e di procedura - la presenza dei giuristi nelle commissioni di studio in qualità di esperti. — 5. I processi interpretativi: i giuristi e i giudici, i limiti dell'autorità della dottrina. — 6. Effetti benefici della presenza dei giuristi nelle dinamiche organizzative pubbliche - continuità e discontinuità nella legislazione di rinnovamento organizzativo dello Stato e di riassetto dei poteri - i rapporti con la società - le ipotesi federalistiche - la crisi del diritto pubblico e della funzione del giurista.

1. Se intendiamo per organizzazione pubblica l'intera struttura di un ordine sociale, il discorso diventa troppo ampio e fuoriesce dalla cultura giuridica in senso stretto, attingendo alla filosofia.

L'organizzazione dello Stato di diritto nei suoi elementi portanti nasce infatti dal pensiero filosofico. Il principio di legalità non è principio giuridico altro che nelle sue infinite derivazioni: appartiene alla storia dei popoli e alle innumerevoli lezioni di filosofi e di storici. Perciò quando diciamo organizzazione pubblica, dobbiamo ripiegare all'interno di un ordinamento che si è creato appunto all'insegna di una giuridicità di fondo. Il che dà senso anche al confronto giuristi-legislatori, che non si riuscirebbe neppure a profilare se non si partisse dal convincimento che tra queste due grandi aree di pensiero esiste una comunicazione naturale e necessaria, e questa comunicazione prende forma e forza dall'accettazione di inizio di un ordine basato sulla legalità e sulle garanzie.

L'organizzazione pubblica ne è dunque lo specchio. Senza di

essa non sarebbero neppure identificabili i protagonisti, le parti, i centri di azione e di responsabilità. Ritengo quindi di dover raccogliere alcuni aspetti dell'organizzazione delle cose pubbliche, in quanto queste trovino posto all'interno della Costituzione e nell'ambito dei relativi processi di attuazione, non tralasciando ovviamente la circostanza che la Costituzione ha ricevuto, in ordine alla parte pubblica dell'ordinamento, ciò che già c'era o che era comunque implicito nel dover in qualche modo adeguare l'ordinamento stesso ai principi della democrazia (libertà e separazione dei poteri).

Di conseguenza, l'impegno prevalente dei giuristi fu quello di perfezionare, con l'adattamento di cui ora ho detto, la concezione autoritaria dello Stato e dei suoi poteri. Infatti, il paradigma al quale si è attenuta la dottrina giuridica nel campo del diritto pubblico, sia per definire gli istituti sia per farne poi applicazione, fu per molto tempo il binomio autorità-libertà (M.S. Giannini). E, poiché nell'atmosfera dello Stato la parte più densa di autorità e di discrezionalità fu ed è la pubblica amministrazione, si può dire che la verifica del progressivo avvicinamento alla democrazia, ovvero della persistente diffidenza verso di essa, si pone proprio nel campo delle figure amministrative.

Occorrerebbero molte spiegazioni al riguardo, ma penso di potermene esimere, giacché certe compatibilità o incompatibilità della struttura amministrativa con la coltivazione delle libertà fanno parte del bagaglio della cultura generica, prima che di quella specializzata.

Vorrei dire ancora che il giurista pubblicista è, per sua struttura mentale e preparazione, assai meno sciolto e libero del suo dirimpettaio privatista: vi è nel giuspubblicista tradizionale una sorta di vocazione all'osservazione quasi ossessiva del potere pubblico a dispetto dei diritti e delle libertà; non ovviamente nel senso deteriore dell'amore del potere, ma in quello più accettabile della soggezione al pressante richiamo rivoltogli dall'oggetto della sua specializzazione. Del potere giuridicizzato, che resta tuttavia in certi settori grezzo e brutale come nei tempi antichi, il giuspubblicista crede di doversi infatti occupare per ragioni di materia e di attitudine professionale.

Ciò ha determinato una sorta di simpatia tra gli operatori delle istituzioni, i politici e i grandi burocrati da una parte, e i giuspub-

blicisti dall'altra. Insomma tra queste due grandi parti ci si intende nel linguaggio e nella normalità degli atteggiamenti, assai più che con altri possibili interlocutori. Penso che da ciò abbia tratto alimento un modo di essere quasi burocratico del giuspubblicista accademico, così come burocratico è il comportamento dei pratici nell'ambito delle cose pubbliche: per il giurista, essere burocratico vuol dire non coltivare un sufficiente distacco dalle cose che egli tratta e vuol dire anche accoglierne i fondamenti, come se questi fossero per definizione buoni. In realtà, si è dato sempre per buono il legislatore e da questo riconoscimento prende avvio sia la funzionalità dello Stato di diritto, sia il pensiero del giurista, che è ovviamente non creativo, ma ermeneutico e applicativo.

2. Tra struttura e creatività o innovazione, volendo adottare un certo linguaggio di studiosi inglesi dell'amministrazione, il modo di essere del sistema in Italia fa sì che prevalga la conservazione o la struttura, e la valorizzazione dei fattori organizzativi che inibiscono l'innovazione.

Staffs di studiosi impegnati in studi legislativi si sono trovati nella condizione di porgere ai politici delle proposte che costoro avrebbero accettato perché già potenzialmente da loro stessi accolte, e non certo per il contenuto innovativo ma per i profili opposti, e cioè quelli meno efficaci nel versante appunto della novità. La partitocrazia ha pesato anche su alcuni, anzi non pochi ambienti della scienza giuridica. Non vorrei essere frainteso: non penso infatti a forme di connubio sotterraneo, oppure dichiarato, che pure vi furono e vi sono, ma piuttosto alla circostanza che il potere politico impersonato effettivamente nella partitocrazia ha agito da fattore legittimante anche nei confronti di coloro il cui compito non era di agire, ma di pensare e soprattutto di sentire scientificamente i problemi dello Stato e le vicende dell'ordinamento.

Ho dunque l'impressione che i giuspubblicisti italiani (fatte naturalmente non scarse eccezioni) abbiano avvertito una sorta di investitura del potere politico, come se fossero chiamati a tessere in varie occasioni e con varie modalità l'ordito della politica mano a mano che essa si annunciava e si svolgeva nelle varie stanze del potere. E più ancora che dare un apporto di tipo scientifico, essi hanno contribuito a razionalizzare in certo modo idee e scelte. Si è

formato insomma un terreno comune, e a questa risultanza ha indubbiamente contribuito un linguaggio tecnico di maniera, fornito già in partenza dalla specialità del linguaggio giuridico pubblico. Il diritto pubblico viene così ad apparire diverso da quello privato o comune per ragioni che direi di tipo istituzionale prima che scientifico, sistematico, dogmatico ecc. Forse un'intesa data per presupposta e scontata; e occorrerebbe chiedersi allora quanto i giuspubblicisti abbiano dato non già come innovazione o ideazione, ma come supporto e coonestazione dei processi politici.

Tutto ciò che è avvenuto dell'attuazione costituzionale in fatto di organizzazione e funzioni pubbliche porta certamente il segno dei giuspubblicisti, chiamati molto spesso, singolarmente o in gruppi (collegi o commissioni), a dare forme razionali ad abbozzi di leggi o di programmi politici.

Dunque, i giuspubblicisti come coautori nel lungo processo politico e quindi, indirettamente, responsabili anch'essi degli odierni approdi? Probabilmente non sono possibili risposte precise: resta in ogni modo certo che la partecipazione dei giuspubblicisti a questo processo ha contribuito a suo modo alla pur labile democrazia in quel versante che è appunto la razionalizzazione e l'oggettivazione delle scelte politiche nelle grandi direttrici dell'azione del Governo. D'altronde, gli studiosi sono voci della società e anche se organici a qualche corpo politico, non ne accettano, pur quando vengono chiamati a farlo, il pensiero e la volontà a occhi chiusi. Gli fa sempre da scudo la formazione culturale di tipo dogmatico, forse anche nel momento stesso nel quale essi vorrebbero teorizzare proprio il ripudio della difficoltosa dogmatica.

Questa però, comunque venga costruita o dedotta, non è perforabile dagli interessi politici: allora, tutto ciò che, nel processo di riedificazione dello Stato, può degnamente confrontarsi con la stessa Costituzione, deve essere messo all'attivo della dogmatica giuridica. La quale non è buona per tutte le stagioni, ma proprio per il fatto di comporsi attraverso il pensiero e la dialettica tra norme positive e principi, mediante i confronti interpretativi, rimane sempre fedele a ciò che nel profondo del suo tessuto è la società (pur nella diversità dei suoi momenti storici). Allora la dogmatica, anche nel momento in cui alcune formulazioni che da essa emergono paiono smentite alla luce delle vicende o dei fatti, rappresenta di per se stessa e nella

sua complessità un valore, che non è solo del giurista, ma appartiene a tutti. E forse quella che si chiama comunemente la certezza del diritto altro non è che il potere interrogare principi e dogmi, dove i dogmi sono strutture di raffreddamento e di stilizzazione dei principi perché questi non siano manomessi troppo facilmente. Il diritto allora è per questa via il più fedele presidio della democrazia, proprio attraverso l'opera dei giuristi.

In questo Paese, nel quale manca un convincimento diffuso sulla funzione politica delle libertà, spetterebbe al giurista questo compito, e cioè di dare consistenza a quello strato culturale occorrente appunto a comporre contenuti e immagini della personalità individuale e a rendere quindi l'uomo il vero signore dell'ordinamento di fronte alle tante espressioni della politicità.

3. I giuspubblicisti, considerati in retrospettiva, si pongono dunque in evidenza nel corso della storia della Repubblica proprio per non aver rinunciato ad una diffusa azione di oggettivazione e di razionalizzazione dei processi di trasformazione dello Stato, nei limiti loro consentiti dall'indubbia preponderanza del ceto politico e dei partiti: se non si può dire che essi si siano assoggettati ai partiti, si può rilevare che, non avendo sempre consapevolezza della loro forza culturale, si sono mossi di fatto a seconda dell'alternarsi di attivismi e di inerzie dei partiti. Hanno comunque accettato la partitocrazia nelle sue manifestazioni reali e quasi ufficiali, e questo è un loro indubbio demerito.

Da uno Stato centralizzato e gerarchico in tutte le sue strutture, quale era lo Stato italiano al tempo della Costituzione e per molti anni fu anche dopo l'entrata in vigore di essa, pure se con esasperante lentezza e tutto sommato scarso entusiasmo, si è data tuttavia attuazione a disposti costituzionali essenziali, come l'impianto della Corte costituzionale (1956), quello del Consiglio Superiore della Magistratura (1958), la regionalizzazione (1970), la giustizia amministrativa locale (1971), la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa (1990), la sindacalizzazione e la privatizzazione del pubblico impiego (tra gli anni '70 e gli anni '90), l'istituzione di autorità indipendenti (tra gli anni '80 e gli anni '90), la riforma dei controlli amministrativi (negli anni '90) e via dicendo.

Si è trattato di misure minime di adeguamento e di moderniz-

zazione dello Stato rispetto ad un ideale processo di democratizzazione e di rinnovamento.

Consiglio Superiore della Magistratura e Corte costituzionale completavano addirittura l'orditura fondamentale dello Stato: ma neppure per questi istituti vi fu all'inizio vera attenzione e concordia di convinzioni: un intento conservativo di quel che restava del vecchio Stato dopo l'esperienza fascista ha appesantito, anche nella cultura giuridica, ogni movimento innovatore (anche se già anticipato nella Costituzione). Il dibattito alla Costituente non aveva inciso nella cultura e nei luoghi dei poteri: la stessa Costituzione pareva poi a molti alcunché di aggiunto o addirittura di posticcio e, salvo pochi nomi (tra i quali ricordo sia pure su diversi fronti culturali e ideali C. Esposito e M.S. Giannini), gli stessi giuristi del diritto pubblico non accolsero con immediatezza e con partecipazione di sentimenti e di convincimenti ciò che era scritto nella Costituzione.

L'effettività del debole, ma ugualmente prepotente accentramento politico dello Stato italiano prevalse a lungo sulla Costituzione, e in non poche parti continua a rallentare o impedire innovazioni.

Si è parlato per molto tempo di riforma della pubblica amministrazione fin dalla ben nota Commissione Forti, cioè dal 1948. Anche mercé la lunga presenza di un ministro per la riforma della pubblica amministrazione e poi della funzione pubblica, la persistente vecchia amministrazione è stata per così dire doppiata da un'esperante ed inconcludente progettazione di trasformazioni e di innovazioni (però non ispirata da grandi disegni di innovazione, e ricalcata piuttosto sui vecchi tipi), e bisogna aggiungere che anche le scuole di giuspubblicisti non si adoperarono molto per indurre il ceto politico ad affrontare tale enorme problema con la necessaria serietà. Vi furono anzi giuristi decisamente conservatori, poco propensi a lasciarsi condurre al gioco della modernizzazione. Non avevano e non hanno, al pari di molti dei politici, il senso profondo e di per sé innovatore della libertà.

Nel campo dell'organizzazione amministrativa, il massimo che fu prodotto negli anni '50, proprio sulla base di un reale connubio tra alcuni giuristi e i legislatori, fu la legislazione sul decentramento burocratico dell'amministrazione (1955), salutata a quei tempi come

alquanto innovativa, anche se si trattava di una redistribuzione di competenze rispetto alle quali all'autorità centrale manteneva non solo la funzione direttiva ma anche la capacità di riavocare a sé, proprio nei momenti nodali dell'organizzazione amministrativa, i poteri che assicurano la saldezza dell'autorità ministeriale contro deviazioni in periferia (conservazione ed anzi estensione dei rimedi gerarchici).

A questa operazione, che avvenne mediante una pluralità di leggi delegate nei vari settori amministrativi, si può accostare, azzardando un salto nel tempo, la riforma della giustizia amministrativa, avvenuta infatti sedici anni più tardi e cioè nel 1971 mediante l'istituzione dei tribunali locali.

L'ispirazione di queste due forme di decentramento, anche se tra loro lontane nella materia e nel tempo, come è evidente se non altro per la diversa collocazione nella Costituzione delle norme che le contengono, possono farsi risalire ad una stessa matrice di cultura dell'amministrazione e quindi ad un medesimo intreccio fra dottrina giuridica e decisione politico-legislativa. Il legislatore dei tribunali regionali, così preoccupato di non deviare in nulla rispetto ai caratteri di fondo della giustizia amministrativa istituita nel 1889 con l'introduzione della competenza giurisdizionale di una sezione del Consiglio di Stato, non ha rappresentato altro che una riorganizzazione degli apparati di giustizia compatibile, salvo qualche ritocco, con la protezione del potere pubblico attraverso la tutela formale della legittimità.

4. È singolare piuttosto che la continuità ora delineata abbia attraversato indenne ed anzi corroborata l'avvento delle Regioni a statuto ordinario, che risale al 1970: è come se l'attuazione regionale sia stata subito ingabbiata in una più grande e persistente struttura tradizionale, caratterizzata dall'accentramento, dal predominio del potere politico, dal gioco legge-amministrazione, dalla riconduzione dei rapporti con i cittadini alla legittimità del provvedimento amministrativo e via dicendo. A mio avviso, sia la legge sui Tar del 1971, sia la coeva legge delegata sui ricorsi amministrativi hanno potuto rinfacciare subito alle neonate Regioni la continuità politico-burocratica dello Stato unitario.

La competenza legislativa delle Regioni, come tutti sanno, non

ha avuto del resto alcuna idoneità a disancorare questi nuovi soggetti dal ceppo dell'amministrazione intorno al quale si sono trovate a nascere.

Vennero dunque in evidenza due filoni della dottrina giuspubblicistica, quello autonomistico che ha ampiamente e inutilmente cooperato alla formazione degli statuti regionali ed alle prime avventure legislative delle Regioni, e quello antiregionalista, aggrappato alla persistente fortuna del centralismo. Si deve in gran parte a quest'ultimo filone, oltre alla vecchia legge n. 62 del 1953 sulla costituzione degli organi regionali, rimasta inattuata per quasi venti anni, la legge finanziaria regionale del 1970 n. 281, che ha predisposto il rientro delle Regioni nell'area amministrativa, mercé l'istitutinganno dell'indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa regionale da parte governativa.

Ricordo che un illustre Autore (F. Benvenuti) che pure è abitualmente considerato uno dei maggiori fautori delle autonomie, non ha avuto remore nel collocare l'indirizzo e coordinamento nella nicchia che cela il più intenso autoritarismo amministrativo, e cioè nella cosiddetta alta amministrazione. Tutto questo ha fatto sì che gli statuti regionali e i primi conati innovativi nella legislazione da parte di alcune delle Regioni morissero sul nascere per far posto alla nuova forma di accentramento che le avvolgeva, assoggettando ogni loro passo al controllo ed alla direzione degli organi di Governo.

Molte altre leggi di organizzazione o in qualche modo incidenti nell'organizzazione dello Stato hanno avuto fautori e suggeritori nella dottrina, sino alle ultime leggi sul sistema creditizio, sulle privatizzazioni, e in modo particolare sulla sindacalizzazione e privatizzazione dell'impiego pubblico, e finalmente sui Comuni e le Province, sui servizi locali e sulla procedimentalizzazione dell'azione amministrativa. I giuspubblicisti presenti nelle commissioni costituite a tali fini in sede governativa furono moltissimi e della più varia estrazione: anzi i politici di Governo si preoccuparono sempre di dosare le appartenenze o le derivazioni dei giuristi consulenti, rispetto alle aree politiche.

L'aspetto negativo del vincolo di collaborazione così utilizzato sta proprio nella ricerca della fedeltà del giurista al gruppo politico che lo designa per incarichi personali e soprattutto per far parte di commissioni di studio e di progettazione: ciò ha nuociuto alla libertà

del giurista, anche se, come ho detto, il fondo della sua cultura scientifica lo ha preservato nella maggior parte dei casi da eccessivi appiattimenti e gli ha consentito di svolgere ugualmente un ruolo equilibratore e razionalizzatore: altre volte lo ha indotto invece a pasticciare mettendo insieme vecchio e nuovo in inestricabili conubii.

Insomma, proprio nelle tappe più significative del lunghissimo e incompiuto processo di trasformazione dell'organizzazione pubblica, giuristi e politici si sono abbondantemente parlati, e la maggior parte delle leggi alle quali ho fatto cenno recano abbondanti segni della naturale intesa e della cooperazione: vi è da dire piuttosto che, ad onta di ciò, la traduzione formale da parte dei politici componenti organi pubblici ha spesso deturpato alla fine anche ciò che con coerenza i giuristi avevano introdotto all'interno dei singoli progetti. Basti pensare alla legge sul procedimento amministrativo che, se la dovessi tradurre in quadro, raffigurerei come una superficie percorsa da frecce divergenti o tra loro confliggenti, dove la trasparenza appare bloccata ancora da troppo segreto, la convenzione o l'accordo dalla sigla formale dell'autorità, l'assegnazione di termini rigidi per provvedere da troppe autorizzazioni ad eluderli, e via dicendo.

5. L'arte del giurista, quando si fa operatore, è anche quella del compromesso, ed è evidente dalla lettura dei testi che il giurista è stato impegnato molto nell'attenuazione dei contrasti e delle contraddizioni più apparenti.

Ma il luogo in cui tutte le contraddizioni convergono, a cominciare da quella di fondo tra la normatività e l'effettività, fra il dover essere e l'essere, sino a quelle che intercorrono fra gli stessi disposti normativi di diversi settori oppure all'interno dello stesso settore, è l'interpretazione, attività pratica che non presuppone solo il predominio della legge positiva o della disposizione formale. L'interpretazione è la seconda faccia, necessaria e ineliminabile, della normatività: si allarga a dismisura in essa il campo a disposizione degli operatori e molto spesso il disposto formale è soggiogato da un processo interpretativo, nel quale, specie tra le cose pubbliche, l'interprete può farsi attrarre, volendo essere ottimisti ed irenici, dall'ispirazione dei valori sostanziali (e forse anche dell'etica). Sul

punto non intendo però spingermi oltre, perché l'impiego del termine concetto di valore può offuscare di per sé il quadro scientifico del diritto. Infatti nel momento in cui si trascorre dalla mera ordinazione dell'apparato normativo, tentazione alla quale troppi non ritengono di rinunciare neppure di fronte all'evidente degenerazione del sistema delle fonti di produzione del diritto positivo, alla costruzione sistematica e ispirata del mondo giuridico, la scienza giuridica perde autonomia e si ripresenta per dir così contaminata. Il « valore », espressione di cui oggi si abusa e del quale non si può rintracciare alcuna precisa o rigorosa significanza giuridica, contribuisce a togliere la ragione d'essere di una scienza giuridica che vorrebbe giustificarsi da se stessa e che invece, compiacendosi di sé, si chiude nel proprio guscio e si sottrae alla comunicazione reciproca dei mondi scientifici.

C'è da chiedersi poi se la lettura del diritto pubblico da parte della dottrina influisca ancora sull'interpretazione dei giudici, a cominciare appunto dai giudici costituzionali. Si ha di più l'impressione che la dottrina subisca invece l'interpretazione che della Costituzione e delle leggi offrono i giudici nelle loro sentenze. Probabilmente, proprio per essere stati così impegnati (in loro grande parte) nella progettazione legislativa, i giuspubblicisti non hanno maturato un'autorevolezza sufficiente a reggere i processi di interpretazione e di sistemazione e penetrare con le loro elaborazioni nella formazione dei contenuti delle sentenze.

Si deve registrare anche il fatto che la maggior forza e indipendenza delle magistrature ha turbato l'andamento dei vecchi rapporti tra dottrina e giudici. L'autorità del giudice accoglie l'autorevolezza della dottrina solo quando questa si rispecchia in un corpo di giuristi al quale tutti debbono rispetto, perché fuori dalle liti o dalle mischie tra interessi economici, ed anche politici.

Il giurista di oggi è debole perché non vi è un ceto di giuristi dotato di forte spirito di indipendenza, e pochi giuristi indipendenti non bastano a dare forza alla loro dottrina, specie se questa ricalca con supponenza persino risibile modelli stranieri.

Forse nella composizione della Corte costituzionale si sono invece avverate, direi fisicamente, le condizioni per una comunicazione fertile tra dottrina e giustizia, che però rimane limitata all'interpretazione costituzionale e non si estende al di là di questa.

Inoltre, il numero ha avuto la sua parte nell'alterazione dei fattori qualitativi ed è ovvio che l'accresciuto numero dei giuristi sia andato a detrimento della loro autorevolezza, così come il moltiplicarsi delle sedi giudiziarie, pensiamo ai Tar, ha impedito il ricrearsi di quella convenzione di reciproche influenze culturali che trovava sedi adatte nella Corte di cassazione e nel Consiglio di Stato. Molto spesso il giurista diventa allora commentatore di sentenze o epigono della giurisprudenza e non esercita la funzione critica che gli competerebbe.

6. Il pensiero dei giuristi è veramente un pensiero debole, non solo perché soverchiato dal peso delle cose che avvengono nel mondo, ma anche perché esso riflette la condizione di un ceto non bene assestato e neppure bene identificabile.

Se ripercorriamo la parabola dello Stato post-costituzionale potremmo anche compiacerci per una certa linearità complessiva che alla fine potrebbe scoprirsi nello svolgimento degli interventi legislativi, frutto però forse più del caso che della ragione. Dalla radice gerarchica dello Stato si è via via transitati paradossalmente alla demistificazione dell'assolutismo politico e a nuove aperture verso l'economia e le sue leggi, anche se persistono notevoli problemi in ordine alla compatibilità del mercato con la protezione della parte economicamente più debole della società.

Non so dire quanto abbia guadagnato in questo processo la libertà delle persone e quanto l'ordinamento possa vedersi tributario delle libertà. Per certo, non si è raggiunto nulla di sicuro e di definitivo. Molte leggi e molte sentenze testimoniano un procedere incerto, pieno di insicurezza e di riserve: quando si dà o si concede alcunché alla società, si costruisce subito ed accanto un meccanismo che consente rapidi rientri nel passato. Chi è privatizzato non è certo un libero ma rimane nella condizione del liberto che può essere ripreso dal vecchio padrone, così come chi è ammesso a partecipare può trovarsi improvvisamente escluso e zittito. Le leggi n. 241 del 1990 sul procedimento e n. 29 del 1993 sul pubblico impiego la dicono assai lunga al proposito. A questo punto non so dire se manchi forza nei giuristi o non vi sia invece sufficiente forza nella società per conquistare spazi che oltretutto non sembrano più di alcuno.

Oggi si parla sin troppo di una riforma dello Stato in senso federalistico. Moltissimi ne parlano, però nessuno ha coscienza e volontà di federalismo. Al di sotto delle proclamazioni, la consapevolezza generale è che si tratterebbe al più di un'operazione simile o peggiore di quella che ha condotto, anche con la collaborazione di molti giuristi, alla frantumazione dello Stato, nel modo peggiore che sia mai stato seguito.

Non credo che l'antidoto alla rovina di uno Stato, che ha continuato a reggersi politicamente ed istituzionalmente sul potere centrale e sulla corrispettiva riduzione delle libertà individuali e sociali, sia un federalismo purchessia, quale quello di cui variamente si parla in questi tempi. Tutt'al più, si avrà una nuova finta riforma, simile ai noti testi legislativi sui trasferimenti di funzioni statali alle Regioni, a cominciare dai vari decreti presidenziali del 1972 fino al più largo e comprensivo testo del d.P.R. n. 616 del 1977. Insomma, potremmo avere un d.P.R. n. 616 un po' rifatto, ingrassato rispetto a quello originario, ma solo per vecchiezza e per sfilacciamento dei tessuti (che sono quelli dello Stato e della Regione insieme).

Probabilmente, vincerà invece il c.d. federalismo fiscale che, di fronte ad una cittadinanza abbastanza distratta, farà comodo ai governanti nostri (e di altri Paesi) per introdurre un ordine giuridico pubblico tra il finanziario e il fiscale, dove sarà assai più arduo stabilire la separazione e la distanza tra il potere e le libertà, dove si confonderanno i grandi poteri economici e quelli politici, e sarà più agevole piegare le libertà ad uno stato di impotenza e di sopore, vinte dagli interessi dei più forti. Avverrà di questo passo che neppure il giurista servirà più e al suo posto crescerà un nuovo ceto di scienziati sociali, di impianto culturale fatto un po' di economia e un po' di scienza sociale. Morirà il diritto pubblico, ma si degraderà ancora la personalità del cittadino.

I rapporti fra la scienza giuridica e l'amministrazione, e in genere le istituzioni statali e i loro procedimenti, hanno sempre destato una certa attenzione, in quanto l'ausilio del giurista ha inciso, talora caratterizzandola o definendola, nell'azione degli apparati pubblici, sempre bisognosi di tutela o di giustificazioni.

Di fronte alle trasformazioni dell'amministrazione in Inghilterra è stato infatti osservato che le difficoltà avvertite in relazione al cambiamento dipendevano dal fatto che « i giuristi e gli amministra-

tori non parlano più la medesima lingua » (J.D.B. MITCHELL, *Administrative law and parliamentary control*, in *Political Quarterly*, 1967). Ciò significa che la collaborazione del giurista è ritenuta essenziale perché l'innovazione normativa non debordi dai confini delle strutture tradizionali e accettate dai più.

Il saggio più interessante sul rapporto tra cultura e politica del diritto amministrativo rimane in Italia quello di S. Cassese edito dal Il Mulino nel 1971. Peraltro, occorre dire che il rapporto tra il pensiero del giurista e la politica passa assai spesso per l'impegno nell'azione politica e amministrativa dei singoli giuristi, ma questo impegno è più avvertito sotto il profilo dell'apporto del pensiero giuridico alla cultura, e in particolare a quella politica (piuttosto che al legislatore), e viceversa della cultura politica rispetto a quella giuridica.

È sempre difficile cogliere l'apporto culturale rispetto all'ideologia politica, di cui pure si nutre il pensiero del giurista quando questi diviene uomo politico e si inserisce come tale nelle assemblee politiche o negli apparati governativi. Ma è altrettanto difficile delineare il confine fra apporti di tipo filosofico o di dottrina dello Stato e apporti giuridico-scientifici propriamente detti. L'uomo di cultura non lascia scoprire facilmente i diversi comparti in cui si articola il suo pensiero. Vi sono saggi scientifici di grande importanza, che hanno anche valenze di tipo politico, e influiscono poi sul pensiero di coloro che operano nella politica effettiva e nella formazione delle leggi.

Va detto in proposito che i numerosi dibattiti consacrati alla definizione dei concetti dell'etica e della politica nella filosofia statunitense non possono restare senza influenza sulle discipline giuridiche ed economiche: si pensi a J. Rawls e alle sue riflessioni sul liberalismo politico, A.K. Sen sulla disuguaglianza, M.J. Perry sull'etica in rapporto alla politica e al diritto.

Ma ugualmente dovrebbe dirsi del pensiero giuridico filosofico tedesco e si dovrebbe a questo proposito ricordare tra gli altri T. Viehweg e alla sua elaborazione dei concetti di *topica* e *giurisprudenza*. Viene anzi da pensare a questo proposito che il contributo del pensatore verso il politico è tanto più gradito o richiesto quanto più il giurista assume nelle sue ricerche il principio deduttivo, le cui risultanze sistematiche sono molto più protettive del politico perché

lo autorizzano a non farsi condizionare troppo dai fatti e dai problemi reali: il politico di partito ha sempre preferito impostazioni di principio, più adatte a imporre la volontà o la decisione comune ispirata e poi formata. Il pensiero problematico non facilita il colloquio con il politico, quanto invece esso è essenziale ai processi interpretativi che mettono a contatto il giurista con gli operatori di giustizia, anziché con i facitori di leggi.

Non possiamo trascurare per la Germania l'insieme dei contributi di E. Forsthoff sulla trasformazione dello Stato di diritto, la cui riflessione ebbe notevole incidenza nel costituzionalismo post-bellico in Germania e quindi nella formazione culturale del giurista nella società industriale. Il giudice, affermava Forsthoff, è « l'unico tipo di giurista nel nostro tempo al quale l'ordinamento giuridico vuole dare un nuovo profilo ». Osservava inoltre che « in questa società industriale il giurista svolge funzioni direttive solo divenendo tecnico egli stesso » per raggiungere poi la conclusione che « la singolare posizione che il giurista conquistò nel XIX secolo non è conciliabile con le strutture della società industriale... (il giurista) diviene necessariamente superfluo dove queste strutture sono determinanti ».

L'osservazione del comportamento e della funzione del giurista rispetto al legislatore si confonde con le mille analisi sui rapporti tra diritto e politica (M.J. Perry, J. Habermas, N. Tenzer, N. Irti, per fare solo alcuni nomi).

La scienza della legislazione dovrebbe pure essa a sua volta svolgere una funzione di raccordo culturale tra giuristi e legislatori, ma questa scienza è sempre in via di costituirsi, come rileva P. AMSELEK nella prefazione al volume collettaneo, *La science de la legislation*, Parigi, 1988: il politico rifiuta infatti canali e influenze atteggiati al rigore di una disciplina specifica.

Per la Francia, va ricordato tra l'altro il rapporto abbastanza stretto tra le grandi scuole e la politica e la burocrazia. Però, le grandi scuole formano appunto dei dirigenti e non degli studiosi, e a loro volta ricorrono ai docenti universitari per l'insegnamento delle discipline fondamentali (H. MENDRAS, *La seconda rivoluzione francese, 1965-1984*, Milano, Il Saggiatore 1993, p. 114 ss.).

UMBERTO ALLEGRETTI

## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

I. 1800-1940: una schizofrenia concettuale: il procedimento fra ipotesi teorica, fenomenologia pratica, rifiuto dogmatico. — II. Un contrasto di correnti. — III. Lo sblocco della riforma. — IV. Una conclusione.

1. La legislazione sul procedimento amministrativo e sull'accesso ai documenti amministrativi (legge n. 241/90 e modificazioni seguenti) è comunemente ritenuta uno dei fatti normativi recenti nei quali è più netta l'influenza e, addirittura, la paternità da parte della dottrina giuridica. È indubbio che essa costituisca, nel medio tempo, il risultato della lunga battaglia culturale condotta da Benvenuti e da tutta una corrente di studi da lui ispirata in favore della « processualizzazione » (in senso concettuale, ma senza imitazione del processo giurisdizionale) dell'azione amministrativa e, nella genesi ravvicinata, il frutto del lavoro di una commissione governativa caratterizzata dalla direzione culturale di un'altra importante voce della scienza del procedimento — Mario Nigro — e di uno degli autori (Pastori) appartenente a quella prima corrente. Può darsi che in questo senso si stacchi, non solo dalla legislazione amministrativa del cinquantennio repubblicano — sul finire soltanto del quale è possibile rinvenire altri consistenti esempi di influenza dottrinale, sia pur meno vistosa, sulle riforme — ma anche dal complesso più generale dei cambiamenti legislativi intervenuti nel periodo.

Se il fatto è senz'altro riconoscibile, tuttavia uno studio attento dovrebbe permettere di cogliere in maniera più esatta significato, quantità, modi e tempi di quell'influenza, che forse sono tali da dimensionare in termini più modesti che ad un approccio superficiale il seguito dato dalla legge alle premesse scientifiche che la ispirarono. E dovrebbe, insieme, se slargato all'intero quadro dia-cronico e contestuale in cui l'innovazione legislativa è venuta a

collocarsi, far risaltare, innanzi tutto il contrasto con tutta una storica tendenza in senso diverso dell'opera scientifica stessa, e poi la dialettica con altre tendenze culturali che hanno, per dir così, lavorato ai fianchi, condizionato e delimitato quell'influenza. Fatti che, l'uno e l'altro, hanno pesato sul risultato legislativo e che incidono oggi sul significato « vivente » della stessa riforma, sul suo avvenire e sui suoi sviluppi.

È questo l'unico modo per superare almeno un poco l'atmosfera di « rompicapo » (nel senso di Kuhn) che altrimenti avvolgerebbe inevitabilmente un'indagine limitata e ravvicinata sulla legge n. 241 o sulla storia del procedimento: argomenti assai perlustrati dalla dottrina amministrativistica e da presumere noti, per cui, se non si cambia il punto di vista, non si può che ripresentare il trito paradigma di « legge dottrinale » attraverso cui si suol leggere la riforma. Ma, quel che più importa, è il modo migliore per verificare quale sia il vero significato di una innovazione che, benché meritoria, si potrà rivelare, alla fine, più fragile del previsto, come del resto sa chi ne segue l'applicazione o, anche solo, è sensibile alla concretezza e alla pratica, più che alla sola idea generale, che ci si può fare di una legge sul procedimento.

I. *1800-1940: una schizofrenia concettuale: il procedimento fra ipotesi teorica, fenomenologia pratica, rifiuto dogmatico.*

2. Intanto, il processo in questione ha una genesi più antica, nel senso che l'idea e tutta la dottrina del procedimento amministrativo, fin dalle più remote manifestazioni, hanno una prevalente origine scientifico-dottrinale, sia pure intrecciata dialetticamente con una ricca fenomenologia pratico-legislativa.

È perciò illuminante rifarsi indietro a questa storia.

La storia dell'idea di procedimento non è stata, almeno in Italia, tracciata con la necessaria attenzione in seno alle ricostruzioni che ormai definiscono sempre più a fondo la piccola « grande narrazione » del sorgere e dello svilupparsi del diritto amministrativo. Esse sono state finora essenzialmente impegnate a rilevare i contorni delle figure — tra loro strettamente imparentate — dell'atto e della giustizia amministrativa; non a caso, perché si tratta dei solenni

edifici attorno ai quali viene edificata l'intera città dell'amministrazione. Ma si può esser convinti che un'altra faccia, più nascosta, di questo importante lavoro storico che si svolge nell'ambito dei più vasti itinerari dello stato liberale e di diritto si troverebbe nell'idea, affermata o negata, repressa o sviluppata, di procedimento. E che pertanto una ricognizione storiografica di questo filo di avvenimenti così apparentemente « altro » — anche se non opposto — rispetto alle figure dominanti porterebbe ad una narrazione non meno significativa e che arricchirebbe fortemente quelle di cui disponiamo. È ovvio che non possiamo qui intraprenderla perché richiederebbe un grande scavo ed apparirebbe d'altronde eccedente rispetto ai confini di uno studio sulla genesi repubblicana della legge sul procedimento; ci arrischiamo tuttavia ad affacciarne una configurazione sommaria e che, per di più, si limita ad isolare alcuni momenti forti a cui ci è stato più semplice guardare.

L'emersione dell'idea di procedimento avviene con una modalità paradossale. Basta pensare che alla nascita stessa del diritto amministrativo come ordinamento e come scienza essa si presentò all'immaginazione dei teorici ma fu subito scartata come carattere conveniente all'attività amministrativa.

Romagnosi in un famoso passo dei suoi *Principii* fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni (v. il n. XVIII del testo inserito nelle Opere di Romagnosi riordinate e illustrate da De Giorgi, vol. VII P. II, Perelli e Mariani, Milano, 1846) dopo aver enunciato il principio che « l'amministrare è il fatto di un solo; il giudicare è il fatto di molti », soggiunge: « Di fatto l'unità e la rapidità dell'esecuzione in oggetti importanti la cosa pubblica, e spesso urgenti, non può comportare i ritardi d'una discussione contenziosa e collegiale ». Si noti l'affermazione che riguarda il nostro tema: l'amministrazione non può svolgersi come discussione contenziosa. Qui, dunque, anche in nome di un quadro concettualmente unitario in cui, sulla base delle ascendenze storiche, si collocano giurisdizione e amministrazione, è chiaramente presupposta la possibilità che l'amministrazione si svolga non solo, genericamente, a guisa di procedimento, ma in forma di procedimento contenzioso o processuale; ma questa possibilità è messa da parte sulla base di affermate generalissime esigenze pratiche.

Il percorso che porta alla negazione da parte di Romagnosi del

carattere contenzioso dell'amministrare, — in un contesto nel quale l'accento sembrerebbe battere sulla negazione di un altro aspetto, la natura collegiale dell'amministrazione — è significativo.

Il principio del carattere monocratico dell'attività amministrativa, contrapposto a quello collegiale della funzione giurisdizionale, è quello che, enunciato da Roederer nella relazione alla legge 28 piovoso dell'anno VIII che ha dato origine al sistema del contenzioso amministrativo francese, era stato per l'Italia — come Romagnosi stesso, nel suo bonapartismo, non manca di rimarcare — « proclamato da Sua Maestà » (Napoleone imperatore e re d'Italia) nella prima seduta del Consiglio di Stato del Regno d'Italia. Una seduta da lui presieduta a Milano, come quelle immediatamente successive, nel maggio 1805, con lo scopo di dare precisa definizione ai principi fondamentali di amministrazione, nei quali egli, da vero creatore di un sistema, vede « principalmente dipendere la prosperità pubblica, e che, se mancano, poco o nulla giovano le Costituzioni », anche perché essi « toccano direttamente i bisogni, e gli interessi d'ogni individuo »; (ed inoltre, e quasi indissolubilmente, con lo scopo di effettuare una serie di puntigliosi interventi volti a dare norma ad alcuni fra i punti minuti della struttura amministrativa).

Nell'applicazione di Napoleone, il principio formulato dal suo grande consigliere francese per giustificare la creazione dei consigli di prefettura accanto ai prefetti, quali organi seppure elementari di contenzioso amministrativo, è nel Consiglio di Stato italico riproposto nell'intento inverso di fondare la concentrazione dell'amministrazione dipartimentale nel prefetto in luogo delle più tradizionali amministrazioni collegiali di dipartimento — e, pochi momenti dopo, per sostituire il podestà agli organismi collegiali dei comuni —, pur difese contro l'imperatore, nella stessa seduta, dal ministro dell'interno e da altri consiglieri italiani. L'accento batte insomma non sulla necessaria collegialità del giudicare, ma sull'unicità dell'amministrare, ritenuta a sua volta necessaria da Napoleone perché così « l'amministrazione ha unità di vedute, e celerità esecutiva » (« un prefetto, aggiunge poco sotto, concentra il sistema e segue gli oggetti » e « uno amministra meglio di 5 o di 7 o di 9, i quali anche si cambiano »). (Si vedano i verbali delle riunioni stesi dal segretario Compagnoni, — il primo costituzionalista italiano — pubblicati da

RAVA, *Il Consiglio di Stato nel Regno Italico e l'opera di Napoleone I Re (1805-1814)*, in *Il Consiglio di Stato Studi in occasione del centenario*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1932, vol. I).

Direttamente, dunque, la questione ricondotta al principio enunciato, già modificata rispetto a quella originariamente affrontata da Roederer, non riguarda il procedimento ma la struttura del « personale » di amministrazione. Come appunto dirà Romagnosi nel passo citato, ponendo l'alternativa unità-collegialità a fondamento della distinzione tra quelle che lui chiama « le due parti d'amministrazione », cioè per distinguere — è il problema che si poneva in quell'età originaria — amministrazione e giurisdizione.

Senonché Romagnosi, nel riferire il principio napoleonico e nel riportarne le ragioni (unità e celerità) non manca di estenderlo: l'uso plastico del principio continua, a testimonianza che siamo di fronte ad enunciati dotati di una capacità costruttiva di un sistema nuovo attraverso la loro operosità trasversale in tutto il campo di esperienza considerato. Lo estende, appunto, alla negazione del carattere di « discussione contenziosa », oltretutto di quello di « discussione collegiale », evidentemente legati fra loro nella sua intuizione, tanto da costituire insieme la fisionomia dell'amministrazione di cui si va ricercando la diversificazione dalla giurisdizione, nel cui bozzolo era stata fino al tardo Settecento racchiusa.

Il punto non è da lui direttamente sviluppato, ma è ben significativo. Ed infatti, in quella che dopo la sua, viene ritenuta la seconda grande opera di diritto amministrativo italiano, i *Principii di diritto amministrativo* di MANNA (vedili nell'edizione pubblicata da Telesio presso Jovene, 1876, I, pp. 330 ss.) si enuclea la nozione di « rito » o « procedimento » come una delle basi teoriche dell'esposizione del diritto amministrativo, e, dopo aver distinto i vari tipi di disciplina procedimentale, si lega il procedimento alla « dottrina del contenzioso » e del sistema probatorio, sostenendo che le forme normali dell'azione amministrativa sono quelle « abbreviatrici » e « sommarie », sempre a causa delle esigenze pratiche e di urgenza. « Il rito amministrativo si dice quasi di sua natura sommario », laddove nel rito contenzioso « predominano le forme investigatrici ». È sommario perché « gli affari di poco rilievo e gli affari di grande urgenza richieggono naturalmente un rito sommario » e « l'urgenza appare quasi sempre nell'amministrazione ». Con una

semplificazione sui fini (rispetto alla sottolineatura napoleonica della « unità » dell'amministrare, ben più pregnante di significato politico e ben più aderente alla realtà), è qui generalizzata la esclusione dall'amministrazione della procedura « investigatrice » e contenziosa. Come non sentire l'eco di Romagnosi, al cui ascendente culturale Manna, come si sa, era tanto legato?

Il fatto è che la negazione da parte di Romagnosi delle forme contenziose nell'amministrare non era affatto incidentale né men che meno casuale. L'esame approfondito dell'opera di Romagnosi condotto da una nota analisi (MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi, II, La scoperta del diritto amministrativo*, Giuffrè, 1987) rivela in maniera precisa che i suoi epicentri sono l'atto amministrativo e la giustizia nei confronti dell'amministrazione (oltreché l'amministrazione soggetto-autorità). Ma ciò consente altresì di porre in rilievo che quel modo di costruire l'amministrazione esclude dalla visione il procedimento: esso diventa per lui, addirittura, anche se teoricamente concepibile, elemento che differenzia la funzione amministrativa proprio dalla giurisdizionale (e questo permette di vedere altresì quanto il pensiero di Romagnosi sia napoleonico e francese piuttosto che austriaco).

3. L'esame dunque, per quanto rapido, del primo andamento delle concezioni amministrative italiane consente di trarre la considerazione che l'esclusione del procedimento, nelle sue forme evolute di forma contenziosa dell'attività amministrativa, dall'orizzonte originario del nostro diritto amministrativo non è un fatto marginale né slegato dal quadro generale. È, al contrario, strettamente legato all'affermazione stessa della divisione — in seno alla precedente categoria della *jurisdictio* — dell'amministrazione dalla giurisdizione; si origina da Napoleone, creatore della struttura politica e culturale che rimarrà alla base del nostro edificio amministrativo e del diritto che lo regge; è collegato da causa e da effetto al primato dell'atto di autorità e della giustizia *ex post* verso di esso, ossia alla centralità della tutela giurisdizionale rispetto alla stessa amministrazione.

In sostanza, alle origini del nostro diritto l'applicazione della nozione di procedimento all'attività amministrativa è negata — sebbene si pensi teoricamente alla sua presenza — per riferirla

invece al contenzioso, cioè a quella che diventerà la giurisdizione amministrativa. Si presenta dunque nella dottrina in questi primi inizi una sorta di schizofrenia tra l'affaccio di una nozione teorica, quella appunto del procedimento, e la sua espunzione o forte riduzione dal corpo concreto del sistema amministrativo: una sua presenza più che altro in funzione di assimilazione ed insieme di difesa delle caratteristiche della nascente amministrazione rispetto alla giurisdizione, in un quadro di continuo parallelismo e di costante differenziazione delle due funzioni.

Si tratterà, come spesso per le idee fondative, di un'idea assai persistente storicamente.

L'influsso di Romagnosi sui quadri mentali che — anche attraverso Manna, per quanto riguarda la componente meridionale — si riveleranno propri della nostra cultura amministrativa, affiorando in maniera straordinaria nella grande discussione del 1864 sulla legge abolitrice del contenzioso amministrativo che darà vita alla fondamentale legge del 1865, all. E, è ben noto. Esso si svela anche per il procedimento. La frase di Romagnosi del paragrafo XVIII sarà citata nella relazione Borgatti della Commissione della Camera che darà il via a quella discussione (si veda negli Atti Camera della Sessione 1863-64 alla p. 517). Lo sarà per escludere dalla tutela giudiziaria la materia, dove non vi siano diritti soggettivi, che quel legislatore intende lasciare, con l'art. 3, all'amministrazione pura. Ancora una volta, assistiamo ad una metamorfosi della famosa enunciazione di Napoleone come riferita da Romagnosi: una metamorfosi, in questo caso, addirittura abusiva, come abusivi sono (lo ha notato Mannori, alle pp. 249 ss. del suo libro) i richiami a Romagnosi per giustificare con la sua autorità, da parte dei sostenitori della soluzione adottata dalla legge, la abolizione del contenzioso amministrativo, di cui invece egli era stato il primo e sicuro fautore, e la ripartizione della sua eredità fra il giudice ordinario e l'amministrazione pura e non contenziosa. A tal punto la suggestione romagnosiana opera in questa relazione e poi in tutta la discussione, che la relazione stessa omette ogni tentativo di dar rilievo alla soluzione, pur in qualche modo velatamente garantista e contenziosa, che l'art. 3 vuol concedere all'interessato privo di diritto soggettivo in sede amministrativa. Nella discussione poi (si veda particolarmente la prima tornata del 17 giugno e fra gli altri gli

interventi di Crispi, di Mazza e di Civita, alle pp. 5427, 5428 e 5430 degli Atti Camera) l'introduzione di quelle limitate garanzie verrà dibattuta in riferimento all'alternativa se riferirle all'opposizione come ricorso contro l'atto amministrativo da proporre alla medesima autorità che lo ha formato, o invece al ricorso gerarchico rivolto all'autorità superiore: in ogni caso mostrando, dunque, di guardare, come la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti riteranno (si veda per la documentazione A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Giappichelli, 1988, pp. 11 ss.), ai ricorsi amministrativi contro atti già emanati e non alla formazione di tali atti.

Tutto avviene dunque con l'estromissione completa dell'idea di procedimento dai concetti e dalle norme generali inquadranti l'attività amministrativa: questa si identifica con l'atto amministrativo e l'atto amministrativo è l'atto imperativo puntuale e non è il frutto d'un procedimento o almeno di un procedimento contenzioso, che è semmai proponibile solo dopo che l'atto è stato emanato, in sede di ricorsi amministrativi. Il culmine di questo che è innanzi tutto un « modo di concepire » l'amministrazione-attività — nel senso preciso che le indagini di filosofia della scienza hanno messo in luce, dove i paradigmi del conoscere si identificano con la materia stessa conosciuta — si può cogliere in una traccia tarda e paradossale: due autori solidi come RANELLETTI e AMORTH (voce *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo Digesto*, 1939), scrivendo in un periodo nel quale, come vedremo, la nozione stessa sta cominciando ad affiorare con forza nel campo stesso della scienza, identificheranno la nozione di procedimento amministrativo con il processo davanti al giudice dell'amministrazione!

4. Ma la realtà è che in questa storia si è già da tempo prodotta una seconda schizofrenia — questa volta tra la concezione dottrinale e la realtà pratico-normativa del procedimento —. Mentre infatti nella sfera del pensiero si mantiene un ruolo davvero marginale o negativo alla nozione e al fatto del procedimento — tanto più se lo si considera come forma tipica legata a principi d'ordine sostanziale e di giustizia (come in Austria e per altro verso nei paesi anglosassoni: costruzione di un procedimento con partecipazione dei privati) — mentre tutto questo avviene nel contempo, nella sfera legislativa,

si produce il crescere ed il moltiplicarsi della realtà di « procedimenti » non tipizzati ma davvero molteplici e molteplicemente presenti. In essi si ha soprattutto l'intreccio nella formazione dell'atto di amministrazione di più organi amministrativi e di forme di azione articolate, che va costantemente espandendosi man mano che l'ordinamento si sviluppa, ma talora si verifica anche, sulla base di ragioni sostanziali e pratiche, siano esse di garanzia dei privati o di collaborazione all'interesse pubblico o di partecipazione, — dal provvedimento di espropriazione a certe concessioni — la presenza dei privati, dei destinatari della funzione amministrativa.

5. Dal mantenimento della prima schizofrenia al superamento, prima o poi inevitabile, della seconda, derivano gli sviluppi avutisi posteriormente sulla nozione di procedimento amministrativo.

Non sarebbe stato possibile che la dottrina, attenta al diritto positivo, ignorasse troppo a lungo la fenomenologia del procedimento. Ma la sua comprensione non poteva farsi strada se non filtrata attraverso quel « modo di concepire » l'attività amministrativa che formava il paradigma dottrinale consolidato. E pertanto riducendo il procedimento, come è stato chiarito — da CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. 1960, Cedam, pp. 499 ss.) a FORTI (*Atto e procedimento amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930) a MIELE, (*Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro italiano*, 1933), il primo affermandone la frequente ed importante presenza, il secondo sostanzialmente negandolo in sede concettuale (poiché la nozione da lui proposta di atto-procedimento equivale ad una negazione), il terzo ancora affermandolo — a nozione formale. Esso corrisponde a un « metodo di composizione degli atti dell'amministrazione secondo i loro possibili collegamenti interni », il cui rilievo dipende dalla preoccupazione di affermare la giustiziabilità degli atti ed ignora invece la possibilità di costruire regole di azione generali ispirata ad un'idea di giustizia del procedimento in quanto tale e pertanto intese prima di tutto come presenza in seno alla formazione degli atti di un rapporto fra amministrazione e soggetti coinvolti nel suo agire (v. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di Allegretti, Orsi

Battaglini e Sorace, t. II, Maggioli, 1987). In questo modo la nozione di procedimento entra senz'altro a pieno titolo tra quelle autorizzate del diritto amministrativo italiano, fino a trovare nei classici più maturi, in ZANOBINI (*Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1954, pp. 272 ss.) e in GUICCIARDI (*La giustizia amministrativa*, Cedam, 1954, pp. 79 ss.), la recezione nella teoria degli atti e delle garanzie, ma in realtà mutilata di una sua funzione alternativa nei confronti della centralità dell'atto come garanzia fondamentale di giustizia dell'agire dell'amministrazione.

L'insorgere e l'affermarsi in seno ai paradigmi scientifici di un'idea *formale* del procedimento che, ora cripticamente (dentro la categoria della « forma » degli atti) ora espressamente si consolida ai danni della nozione sostanziale e giustiziale negata getta un ponte fra la scienza e la legge, ispirando la giurisprudenza. In sostanza, è lo stato della legislazione che, rigettando i principi contenziosi e partecipatori, si dirige all'incremento del procedimento come forma e come organizzazione, ad informare di sé la dottrina e questa naviga al seguito della legislazione e a giustificazione della giurisprudenza.

È solo un filone marginale, in questa fase, quello — pur rappresentato da illustri autori, dal CAMMEO della prima epoca (*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, s.d., pp. 511 ss.) al più tardo GUICCIARDI (*op. cit.*, pp. 104 ss.) questi un poco sorprendentemente — che tenta la valorizzazione in direzione di un procedimento amministrativo partecipato della singolare disposizione dell'art. 3 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo; ma, si noti, solo nei limiti di un « programma legislativo » attuato, come dice Guicciardi, solo « in pochissimi casi ». In realtà, il significato della previsione lì contenuta dell'audizione delle parti viene ridotta dall'interpretazione più diffusa al caso del ricorso amministrativo, escludendo per lo più il procedimento di creazione degli atti. Se si considera quest'aspetto della questione, si può pensare che la prima e storica negazione del principio di partecipazione, di cui si è visto, è così autorevole da influenzare tanto la legislazione che la giurisprudenza la quale legge in maniera tradizionale — certo anche con riscontro nei lavori preparatori — quella parte della legislazione che potrebbe assumere un altro significato, in tal modo costituendo una sorta di influenza dei

paradigmi acquisiti, se non proprio sui profili positivi della legge, sulla assenza di questa nel campo della partecipazione dei privati.

Alla fine di quest'epoca, la forte costruzione sandulliana (che è del 1940) dà il crisma più solenne a questo modo di vedere le cose, in cui legge, giurisprudenza e dottrina si saldano compiutamente dando vita ad una nozione di procedimento molto precisa, ma che costituisce nel contempo la negazione della stessa possibilità di una legge generale sul procedimento, per affermare invece come caratteristica del procedimento amministrativo l'essere atipico, variegato, non obbediente a principi se non quelli di un ordine formale accontentutistico.

Il riflesso che tutto ciò ha sui temi confinanti e sull'intero sistema dell'amministrazione e del diritto amministrativo è la persistenza della costruzione di questo intorno alle idee dell'*atto amministrativo*, dell'*organo* e della giustizia amministrativa, proprio mentre altri sistemi stranieri si edificano sull'idea stessa di procedimento o quanto meno anche su quest'idea.

## II. *Un contrasto di correnti.*

6. Il preannuncio — non più che il preannuncio (ma oggi è possibile riconoscerlo come tale) — di una svolta può esser letto nel progetto di « Legge generale sull'amministrazione » preparato nel 1944-47 dalla I Commissione Forti, cioè proprio all'inizio del periodo democratico.

Qui natura e limiti del ruolo reciproco fra la dottrina e (si fa per dire, perché l'esito legislativo non vi fu) il legislatore risultano determinati da due fattori. Primo: nella commissione la dottrina giuridica accademica è prevalente, ma fu incaricata del lavoro dal governo dell'epoca, a direzione Bonomi: non siamo dunque di fronte ad un'iniziativa dottrinale. Tuttavia le ricerche storiografiche più recenti (v: FOCARDI, *La prima Commissione Forti*, tesi di laurea discussa nell'aprile 1996 nella Facoltà di Lettere dell'Università di Firenze) lasciano vedere un incontro di propositi, presumibilmente, tra Bonomi — o già fra Badoglio, che aveva prima di Bonomi concepito l'idea dell'incarico da dare alla commissione e a Forti in particolare — e colui che viene chiamato alla presidenza (Ugo Forti, appunto).

Secondo, il compito che — anche qui per concordia di intenti tra il committente e la commissione — viene demandato agli studiosi è quello (così si esprime Bonomi) di un piano di riforma che deve « obbedire ai più fecondi insegnamenti della dottrina e della esperienza amministrativa » e di (lo enuncia la stessa commissione nella presentazione del suo prodotto finale) « raccogliere » nella legge i principi che « attraverso la dottrina, la giurisprudenza e la prassi » sono venuti dando volto con una certa uniformità all'esperienza amministrativa precedente.

Codificazione della parte generale del diritto amministrativo, dunque, nel senso più stretto di legislazione di consolidamento delle tendenze giuridiche già acquisite, già positive. Codificazione generale, poiché il progetto (senza dubbio aderendo al mandato ricevuto) si occupa sia dell'organizzazione amministrativa che del procedimento, dell'atto amministrativo e delle sue forme di riesame e, infine, della responsabilità (come anche, ma in un testo separato, della giustizia amministrativa). E codificazione non dei soli principi — anche se in alcune parti solo dei principi — nell'idea che sia possibile una legge sufficientemente dettagliata.

Insomma, il passo a cui perviene il rapporto dottrina-legislatore, attraverso questa elaborazione si presenta all'orizzonte della legislazione amministrativa in forma di razionalizzazione dell'intera amministrazione tradizionale: compito consolidativo più che creativo, a nome di un diritto della continuità.

Tuttavia, oggi appunto si può notare che — sebbene questo sia il carattere generale del progetto (anche sulle materie che poi saranno oggetto della legge n. 241, tra le quali fra l'altro manca il tema dell'accesso ai documenti amministrativi) — proprio sul nucleo del procedimento amministrativo, pur nella complessiva riaffermazione del sistema tradizionale, si fa strada qualche innovazione, attraverso la introduzione di elementi di contraddittorio: comunicazione dell'avvio del procedimento, ingiustificatamente limitato, come noterà BENVENUTI (*L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, Trento, 1957, ripubblicato in *La procedura amministrativa*, a cura di Pastori, Giuffrè, 1964, pp. 539 ss.) ai procedimenti d'ufficio; assistenza degli interessati agli accertamenti tecnici, comunicazione dei risultati dell'istruttoria. Evidentemente, sotto l'atteggiamento scientifico prevalente che si è prima descritto, le tendenze

a recepire — soprattutto attraverso lo studio, pur dominato da atteggiamenti critici verso la sua trasponibilità da noi, della legislazione straniera e specialmente della codificazione austriaca degli anni '20 (si veda l'esplicita riserva contenuta nella Relazione, a p. 572 del testo ripubblicato nell'opera ora citata) — la esigenza di apertura dell'attività amministrativa alla presenza attiva delle parti private, e con essa l'elemento principale di una normazione *sostanziale* sul procedimento, si era fatta strada nello spirito della dottrina, benché non tenesse il campo nelle considerazioni esplicite che venivano portate sui vari temi né spingesse ad atteggiamenti francamente innovativi.

Certo è che, parallelamente, l'influenza scientifica opera in maniera riduttiva, come è risaputo, nella direzione dell'introduzione del tema amministrazione nel testo della Costituzione. Nel nostro campo, proprio quell'influenza — attraverso la esplicita convinzione della II Commissione Forti — impedì il tentativo, che si era affacciato in quella commissione, di includere in Costituzione una disposizione che garantisse, fra i diritti del cittadino verso la p.a., quello di aver visione degli atti amm., di rivolgere petizioni all'amministrazione con l'obbligo di questa di rispondere, di conoscere il motivo per il quale l'amministrazione convoca il privato. Tutte norme che, nel loro insieme, avrebbero integrato la partecipazione del cittadino all'azione amministrativa ma che vengono ritenute di rango non costituzionale e rinviate alla legge generale sull'amministrazione (BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di De Siervo, Il Mulino, 1978).

7. Una riprova dell'importanza della riflessione scientifica e del suo influsso si ha guardando a come si svolge la vicenda legislativa a partire dalla pubblicazione del progetto Forti e per un lungo periodo di vita parlamentare (fino agli anni '70).

Le reazioni della dottrina ai propositi espressi in quel progetto sono molto varie. Vi sono quelli critici di BORSI, (*Osservazioni sul progetto della legge generale sulla pubblica amministrazione*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, 1948), inquadrati in un più generale ed anche contraddittorio apprezzamento negativo dell'elaborazione della Commissione, che argomentano dal carattere

premature e dal contenuto squilibrato a favore del privato delle disposizioni previste (per es. sul tema della comunicazione del risultato dell'istruttoria e su quello della comunicazione dell'avvio del procedimento che incide sugli interessi legittimi). Poi quelli favorevoli di DE VALLES, (*Sul progetto di una legge generale sulla pubblica amministrazione*, in *Rivista amministrativa*, 1949, pp. 451 ss.) — che suggerisce di obbligare l'amministrazione a comunicare all'interessato anche la presa in considerazione della sua domanda —. E quelli, più tardi, nettamente negativi di Benvenuti (scritto citato) che vi vede una timidezza ed un tradizionalismo eccessivi.

Che il tema sia, comunque, affidato sostanzialmente ad una vicenda innanzi tutto dottrinale è confermato dal fatto che i tentativi parlamentari di dare un seguito alla elaborazione di Forti, che si prolungano fino al 1972, sono tutti di origine dotto. Il progetto Forti, per un lungo periodo di tempo, trova infatti una riproposizione in iniziative legislative promosse da deputati che sono professori universitari specialisti della materia: De Francesco e, anche da posizioni governative, Lucifredi, talora con l'affiancamento di altri come Resta e Codacci Pisanelli (si veda il resoconto della frastagliata vicenda in CALANDRA, *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, 1981).

È anche certo che l'atteggiamento della dottrina circa il proprio ruolo non muta: i contenuti di queste iniziative coincidono, di massima, con quelli della Commissione Forti. Non senza qualche sfoltimento di temi: a partire dallo studio dell'Ufficio della riforma diretto da Lucifredi, che è del 1953, vengono espunte, perché giudicate non mature, le norme in tema di enti pubblici e quelle in tema di responsabilità non però quelle riguardanti gli organi, gli atti ed il riesame. Si ha inoltre qualche modesta modificazione ma non in direzione chiaramente innovativa.

Si giustifica dunque l'osservazione — per dirla con le chiare espressioni di De Francesco nella relazione al suo progetto — che la funzione della scienza del diritto potrà dirsi soddisfatta quando « il legislatore utilizza i principi cui sono pervenute nell'interpretazione e sistemazione del diritto positivo la dottrina e la giurisprudenza, ponendo su basi di diritto positivo scientificamente elaborati ». « Solo allora » la funzione della scienza, dal cui angolo visuale il

deputato-accademico si pone, potrà dirsi soddisfatta: ma quale modestia di impegno se non appare in questo una funzione creativa ed innovativa!

8. Lo scarso esito che la progettazione trova in parlamento, arrivando solo una volta (nel 1958) all'approvazione da parte delle due camere ma in un testo non conforme e più spesso da parte di una sola, testimonia insieme della audizione non conclusiva che una dottrina tanto poco sorretta da pratiche e da pressioni sociali omogenee può trovare nel mondo politico. Inoltre non vi è all'epoca nella dottrina amministrativa (e men che meno sul tema specifico del procedimento, in ordine al quale la Costituzione tace) vera sensibilità per l'influenza innovatrice che la Costituzione deve avere sull'amministrazione. Una riprova ulteriore è data dal fatto che, per arrivare ad approvare la legge, si dovrà in entrambe le camere ricorrere in generale all'escamotage dell'adozione in commissione in sede deliberante.

Come si vede da questo andamento della questione nel clima complessivamente innovativo del dopoguerra e della fase costituente, il rapporto dottrina-legislazione è teso e determinante ed in qualche modo è alla dottrina che va assegnato il ruolo decisivo nel dirigere i passi della normazione. Proprio come essa aveva impedito sul nascere ogni sviluppo lungo il secolo e mezzo precedente. Alla dottrina, o meglio a quel singolare « blocco » tra costruzione scientifica, interpretazione giurisprudenziale ed intervento o inerzia del legislatore, che si può constatare in tutta la nostra storia amministrativa, va dunque riconosciuta una influenza fondamentale.

Naturalmente, se si vuole identificare come si forma e si consolida questo antico blocco, non si deve dimenticare che, in tutto questo tempo (a partire cioè dalla sua entrata in funzione come giudice amministrativo) il Consiglio di Stato evita o delegittima ogni tentativo di ricavare in via pretoria un principio di giusto procedimento, come principio generale, dalla sparsa legislazione amministrativa o da principi « naturali ». Ciò sebbene non sia assente il richiamo a questi ultimi, in maniera non molto diversa ma ben più circoscritta della classica giurisprudenza estera (per es. inglese): richiamo che filtra, anche contro l'inerzia legislativa, in campi ristretti, come quello dei procedimenti sanzionatori e soprattutto

disciplinari. La cosa non cessa con l'instaurarsi del nuovo sistema costituzionale: il giudice amministrativo non perverrà mai a dedurre dalla Costituzione, pur in presenza di norme che lo consentirebbero come il principio di imparzialità (o anche quello di buon andamento) la necessità del giusto procedimento. E la Corte costituzionale sostanzialmente seguirà il Consiglio di Stato.

9. D'altro lato, nell'ambito della comunità disciplinare, si annunciano rimarchevoli novità.

Appare infatti e si sviluppa, in questo torno di tempo, la proposta forte di Benvenuti in direzione di una legislazione generale sul procedimento largamente innovativa, basata sul principio di partecipazione e contraddittorio. Appare e si sviluppa in forme significative sotto più aspetti ed innanzi tutto perché questa volta è appunto la dottrina a prendere senz'altro l'iniziativa.

La prima veste che Benvenuti dà alla sua tesi è quella di una proposta concettuale o, come si può dire, dogmatica, o addirittura di teoria generale. Egli comincia a lavorare sul punto da giurista teorico e non da politico o da riformatore — più da *juris peritus* che non da *orator* dirà più tardi: (v. *Introduzione ai lavori del Convegno, L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, cit.), anche se certo come un *juris peritus* dentro il quale vigila già l'*orator*. Procedo infatti individuando innanzi tutto, a partire dai più classici dati del sistema amministrativo — la giurisprudenza sull'eccesso di potere (v. *Eccesso di potere amministrativo come vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950) — la presenza nell'attività amministrativa della « funzione » in quanto entità « logico-giuridica consistente nel « farsi dell'atto » o « trasformazione del potere in atto » (come preciserà in *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952). Un'entità rilevante perché obbediente ai principi generali — che appunto il Consiglio di Stato è venuto ricavando dal suo sindacato sull'eccesso di potere — dell'ordinamento giuridico amministrativo (la ragionevolezza, la giustizia, l'aderenza all'organizzazione) (così nello studio del 1950). Avanza poi individuando la esteriorizzazione della funzione nel procedimento (il passo esplicito dello studio del 1952). Lo fa, ancora, su ragioni di « logica giuridica » (*ivi*, p. 130) e propone in questo modo un concetto di procedimento, come da tutti poi notato,

che si diversifica profondamente da quello di Sandulli in quanto non « formale » o « strutturale » ma « sostanziale » o « funzionale »: procedimento inteso come « forma della funzione ». L'esteriorizzazione può avvenire, egli nota, in forma di procedimento unilaterale o, invece, in forma di « procedimento-processo », allorquando non solo esso risulta dalla cooperazione di più entità soggettive, ma queste sono portatrici di interessi soggettivi diversi, il che avviene in particolare con la partecipazione dei privati coinvolti dall'attività. L'obiettivo, non solo concettuale ma pratico, di Benvenuti è, qui (spunta dunque l'*orator*) quello di fondare la possibilità che anche la funzione amministrativa, al pari della giurisdizionale, venga svolta in forme che sono di processo e non di procedimento unilaterale. Affermazione che, anch'essa, è raggiunta in forma di concetto teorico, come *possibilità*, appunto, e non già come necessità né, men che meno, come realtà del nostro ordinamento positivo, non senza richiami alla dottrina e alla legislazione austriaca e, inoltre, al principio, della cui fondatezza in realtà egli giustamente dubita in sede storica, leggibile nell'art. 3 della legge del 1865. Tuttavia c'è in questa prospettazione un ultimo aspetto, del resto indissolubile dal fine pratico che l'autore ha in mente; il favore dell'autore per questa nuova ed alternativa forma di procedimento amministrativo discende dal fatto che essa « concorda con quella che dovrebbe essere la più alta concezione dell'amministrazione: l'agire sì al servizio della comunità ma nel rispetto non solo dei diritti, ma anche degli interessi del cittadino » (*ivi*, p. 144) e lo porta ad adombrare, attraverso il ricordo dell'auspicio e poi del disegno di legge dovuto a Forti, l'utilità e maturità di una legge sul procedimento amministrativo avente un siffatto contenuto.

Ma, se tutto ciò era già implicato direttamente nello studio del 1952, è con un ulteriore studio del 1957 (*L'attività amministrativa*, cit.) che egli giunge ad una nuova tappa della sua proposta. A questo punto Benvenuti formula esplicitamente l'invito alla riforma del sistema, auspicando una legge generale sul procedimento, il cui centro (ed unica reale « giustificazione », come egli ha cura di notare, di una legge di riforma) è la partecipazione procedimentale del privato, ossia quello che, alla maniera anglosassone si può chiamare e poi sarà da molti chiamato « giusto procedimento ».

Le motivazioni sono molto nette: riprese quelle teoriche, Benvenuti insiste sulla necessità pratica di « un ridimensionamento e un raddrizzamento delle tendenze attuali della nostra amministrazione » e — effettuata una puntuale critica del progetto Forti e di quelli che lo hanno seguito — afferma che, ben lungi dal codificare i principi dell'amministrazione tradizionale « occorre anzi innovare in quei principi », rendendo « effettiva la diretta partecipazione degli organi amministrativi alla vita del popolo ». E non manca di passare dalle motivazioni di convenienza e di necessità pratica a quella di necessità giuridico-costituzionale: seppur senza indicare a fondamento le precise disposizioni costituzionali sull'amministrazione, egli invoca « lo spirito della nostra Costituzione » e particolarmente la sua essenza democratica: per questa argomentazione, la sovranità popolare non può « essere limitata al solo campo del diritto costituzionale » (ciò sarebbe « un non senso »).

Più tardi, Benvenuti cercherà di dare corpo ed articolazione legislativa al suo invito col redigere una proposta di legge regionale veneta (di sua personale iniziativa), e più tardi ancora darà la veste più alta a questa natura costituzionale della partecipazione procedimentale, scrivendo (*Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, 1996, p. 49) che fra i diritti fondamentali di « libertà attiva » dell'uomo va annoverato quello di « partecipare all'attività della pubblica amministrazione mediante il procedimento e a controllarla mediante l'intervento critico di libere associazioni di cittadini ».

L'opera di Benvenuti dà dunque alla tematica del procedimento una svolta concettuale ed operativa fondamentale. Essa sposta il concetto dal terreno formale a quello sostanziale, fa passare i suoi principi dal problema del rapporto fra gli atti componenti il procedimento alle regole che devono informarlo, ne indica il centro nel problema della partecipazione dei soggetti esterni all'amministrazione. Inoltre, tende a fondare quei principi sull'ordinamento costituzionale, conferendo così all'auspicio di una riforma il suo fondamento più sicuro ed insieme spingendo — come infatti Benvenuti fa, con una serie di prese di posizione di quegli anni — a *militare* in favore d'una riforma così orientata.

10. L'impulso dato così da Benvenuti al radicale spostamento dei termini della questione avrà negli anni '60 e '70 un seguito notevole nella scuola da lui ispirata.

Tuttavia non si tratta solo di questo. Mario Nigro, fin dai suoi primi studi, sia pur considerando — evidentemente nell'ambito di una considerazione rigorosamente « positiva » — gli atti e i procedimenti « contenziosi », cioè in contraddittorio coi privati (proprio quelli che Romagnosi aveva rifiutato!), come un caso particolare di atti amministrativi (le « decisioni », v. *Le decisioni amministrative*, Jovene, 1953), ne riteneva necessario l'incremento in nome di un'esigenza di liberalismo amministrativo. Quest'orientamento venne da lui sviluppato più tardi, (*Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, cit.) allorché osservava che « la concezione giustiziale del procedimento è una necessaria conseguenza del riconoscimento all'atto amministrativo di un valore proprio nella protezione della libertà » e indicava come dalla Costituzione derivasse la « integrazione » fra un sistema di tutela giurisdizionale completo ed efficiente ed una apertura del procedimento ai portatori di tutti gli interessi coinvolti. La conclusione era per lui, nel quadro del dibattito maturo degli anni '80, che si potesse e dovesse adottare una legge generale, anche se nel contesto di un itinerario riformatore che comprendesse la legge sul processo amministrativo e che avesse particolari caratteri.

Del resto ESPOSITO (*Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, 1954) aveva già affermato che, « imposta solennemente dalla Costituzione l'imparzialità dell'amministrazione, potrebbe essere opportuno dare disciplina generale agli istituti e agli strumenti di tale imparzialità, sancendo in legge generale » la regola, ora particolare, « che l'attività dell'amministrazione deve svolgersi sempre in ideale contraddittorio con tutti gli interessati » e con pubblicità. E CERRI (*Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, 1973) più tardi affermò che è manifestazione necessaria dell'imparzialità amministrativa che « i diversi e molteplici interessi, esistenti nella concreta situazione, si facciano valere nella procedura ».

11. Si omette ovviamente qui la menzione di altri autori che, pur talora con restrizioni di ispirazione, si mossero nella linea evocata. È più importante osservare che, in realtà, i paradigmi tradizionali resistevano nella maggior parte della dottrina. Nel suo insieme, questa continuava ad avere per il tema del procedimento e della sua apertura ai soggetti diversi da quelli amministrativi una scarsa sensibilità, continuando a privilegiare nelle sue impostazioni l'organo, o gli organi, gli atti amministrativi (e, ormai, l'azione amministrativa nella sua varia fenomenologia), la tutela.

A questo orientamento può essere ascritto Giannini, dunque lo studioso che esercita in questi anni, con la sua grande autorevolezza, il maggior influsso sulle concezioni prevalenti dell'amministrazione. Rinunciando in questo campo, a differenza che in tanti altri, a svolgere un'opera innovativa, GIANNINI infatti fa, sì, del procedimento una categoria e uno strumento di ordinazione generale del diritto amministrativo ed afferma chiaramente il principio del procedimento — mette in luce cioè che il provvedimento amministrativo è per regola generalissima espressione di un procedimento (v. già *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1950, pp. 261 e 280; ma specialmente *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1970) e così pure distingue ed esamina il profilo funzionale accanto al profilo strutturale del procedimento (*Lezioni*, cit., p. 262; *Diritto amministrativo*, cit.). Ma, non andando oltre lo stretto diritto positivo, egli accetta come canone d'indagine il fatto che da noi non esiste, a differenza che altrove, una legge generale del procedimento, rinunciando quindi a prospettare come necessaria un'evoluzione.

Dal canto suo Cassese si dedica a scalzare le stesse fondamenta concettuali d'una legge generale, contrapponendo la varietà di funzioni — garantistiche, di partecipazione democratica, di collaborazione all'interesse pubblico — che la partecipazione del privato può svolgere (*Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Archivio giuridico*, 1970, spec. p. 172) ed escludendo la deducibilità della partecipazione da un principio costituzionale, sia l'imparzialità od altro (*ivi*, 178 ss.).

Anzi egli sostiene un atteggiamento negativo rispetto all'utilità d'una legge generale interpretando in tal senso il dibattito nordamericano (*ivi*, 44 ss.).

In un certo senso, il massimo di resistenza viene offerto da

questa corrente di studi quando la spinta verso un'innovazione normativa sul procedimento si sta facendo più vivace. All'indomani, cioè, dell'innovazione della situazione legislativa in Germania, paese nel quale un lungo dibattito si era concluso con l'emanazione di una completa legge generale. E quando, per effetto in buona parte dell'opera dello stesso Giannini, divenuto ministro per la Funzione pubblica, comincia a farsi diffusa e a penetrare nello stesso mondo politico l'idea d'una riforma complessiva dell'amministrazione.

Accade infatti proprio allora che lo stesso Giannini, con la duplice autorevolezza di riconosciuto massimo studioso del diritto amministrativo e di ministro, si oppone in maniera drastica all'idea di una legislazione sul procedimento. Quando infatti egli presenta il suo fondamentale *Rapporto* sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato (16 novembre 1979; vedi il testo in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982) lo dedica essenzialmente ai « problemi dell'organizzazione amministrativa » (« strutture, personale e tecniche di amministrazione »). Pur consapevole che la riforma dell'organizzazione non è che una delle due condizioni per « riportare la pace fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini » — l'altra è appunto « la modernizzazione delle leggi regolative dell'azione amministrativa » — intende che la riforma dell'attività avvenga « nelle norme che disciplinano ciascuna delle attività »: problema che il rapporto « lascia fuori », perché non li considera né fra « i maggiori » né fra quelli da affrontare nella fase in cui ci si trova.

Non dimenticanza, dunque, spinge a quest'atteggiamento, né giudizio contingente, ma concezione precisa, confermata da due prese di posizione di Giannini in altrettanti convegni: *Il motore immobile* (v. il volume di questo titolo, Ed. Lavoro, 1980) e *L'azione amm. tra garanzia e efficienza*, cit., entrambi tenutisi nel marzo 1980. Di fronte a due organismi, uno sindacale l'altro di ricerca, che con queste iniziative si applicano in certo modo a favore della riforma della procedura e a molti studiosi da essi riuniti, Giannini alza il tiro. Da un lato stabilisce perentoriamente che « la legge sul procedimento amministrativo in Italia non si farà; per lo meno per molto tempo non si farà » (*L'azione*, cit., pp. 167 ss.), dall'altro lato giudica che le leggi sull'azione amministrativa si sono sempre fatte negli ordinamenti « nei quali il problema delle strutture è stato risolto » preventivamente e che esse « sono sempre successive alle regole dell'organizzazione »; per

concludere, un po' paradossalmente, che finora la legge non è stata adottata « non come si crede ai fini di perpetuare arbitri, ma proprio ai fini di permettere una migliore azione amministrativa », fini esemplificati nella introduzione dei procedimenti amministrativi negoziati (*Il motore immobile*, pp. 45 ss.).

12. In mezzo alle due correnti che, seppure senza una riconosciuta formalizzazione nel dibattito dottrinale, risultano così contrapposte, si pongono altre voci.

Tra di esse, quella a cui è dovuta la concezione procedimentale più classica, la voce importante e significativa di Sandulli. Pur riconfermando in pieno le proprie elaborazioni, del resto così vitali, sul valore formale del procedimento, Sandulli — che ancora nella VII edizione del *Manuale* (Jovene, 1962, p. 327) si era limitato ad auspicare « una sempre più vasta utilizzazione » dell'intervento degli interessati — si esprime infatti in una voce esplicitamente dedicata al tema (*Procedimento amministrativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIII, 1966) anche sulle nuove questioni che si sono ormai poste. Egli pone infatti come una distinzione fondamentale tra i procedimenti, che si possono operare anche in un sistema, come il nostro, che si informa in linea di massima alla regola che « ciascun procedimento ha regole sue proprie », quella tra procedimenti « non contenziosi » e procedimenti « contenziosi ». Riguardo a questi secondi riconosce il ruolo di « spiccata evoluzione garantistica » che hanno « negli ordinamenti di autentica democrazia », mentre in altri (quelli socialisti) ne avrebbero uno di « servizio delle finalità dei pubblici poteri ». E lamenta che essi « non possono purtroppo essere considerati, nel nostro sistema attuale, se non come manifestazioni episodiche ». Aggiungendo che ciò è tanto più deplorabile per certi provvedimenti come la revoca, l'annullamento d'ufficio ed altri « aventi carattere di immediata esecutività e destinati a incidere sfavorevolmente sui diritti ». Nel contesto delle successive edizioni del *Manuale*, egli si pronuncia via via più chiaramente, sul piano costituzionale, per ricollegare all'imparzialità dell'art. 97 la partecipazione dei privati al procedimento (v. XII ed. 1974, p. 398), pur senza esprimere né la necessità dell'intervento né un'interpretazione obbligatoria della norma in tal senso e men che meno, quindi, pronunciarsi per la incostituzionalità d'una disciplina che escluda, seppure da certi procedimenti, la partecipazione. Sulla que-

stione dell'opportunità ed esigenza d'una legge generale egli nelle conclusioni al convegno Formez (v. *L'azione amministrativa*, cit., pp. 171 ss.), seppure in modo più sfumato, esprime il suo accordo con Giannini. La legge sul procedimento gli appare « poco utile, e per certi aspetti paralizzante » e ne mancherebbero « gli stessi presupposti sociali », presupposti di consenso comune e, addirittura, di « costituzione materiale »! Nel tempo stesso Sandulli riconosce che « nel procedimento amministrativo, assume particolare rilievo l'aspetto della partecipazione », sia dei privati che dei gruppi, in funzione sia di garanzia dei privati che dell'interesse pubblico e contro gli abusi. Ma il compito di perfezionare il procedimento spetterebbe ancora ai giudici, che egli critica per la scarsa sensibilità ed indipendenza che dimostrano.

Senonché appena poco dopo, nella XIV edizione del *Manuale* (1982, p. 626), chiarisce che è « un'esigenza imperiosa » la garanzia da offrire ai soggetti coinvolti nel procedimento: una legge sul punto ormai è da lui postulata.

13. Quaranta anni di ritardi, dunque (basta pensare all'Administrative Procedure Act degli Stati Uniti che è del 1946 e al caso spagnolo già sotto il franchismo) nei confronti delle potenzialità per il procedimento della instaurazione democratica e della modernizzazione (ad un certo punto si persuadono al giusto procedimento anche il legislatore tedesco e quello francese, ma ci sono perfino gli esempi dell'Est) sono il prodotto di questa peculiare vicenda culturale. Naturalmente uno dei pilastri portanti di quest'ultima è la contrarietà o scarsa sensibilità all'apertura del procedimento da parte del ceto politico e delle burocrazie. Inclusi quelli delle Regioni nel frattempo create, sulle quali la dottrina riesce ad influire, in parte del resto abbastanza limitata, nella formulazione di norme-principio statutarie ma non, nonostante precise attese ed alcuni tentativi, nella realizzazione legislativa.

### III. *Lo sblocco della riforma.*

14. La vera svolta — per lenta che sia — si ha proprio dopo il Rapporto Giannini e nello stesso anno 1980.

Dapprima il Senato introduce nella direttiva sul seguito da dare al Rapporto Giannini (vedila in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982) la legge sul procedimento. Poi si arriva alla nomina, da parte della Presidenza del Consiglio, della Commissione Nigro, con un mandato che sembra più idoneo del passato a confrontarsi con le esigenze più sentite a livello generale, perché affianca all'istanza di democratizzazione — da tradursi nella partecipazione e nel diritto di accesso, che vengono fra loro collegati — quella di « semplificazione » dell'ormai troppo complicata serie dei procedimenti nostrani.

Vengono effettuate nella Commissione Nigro le grandi scelte di impianto che saranno fatte proprie dalla legge: scelta dell'area d'intervento, del tipo e del contenuto (anche se qui si avranno modifiche non secondarie nelle fasi successive) della disciplina.

In queste scelte, si riflettono direttamente le concezioni d'una legge generale che il presidente aveva esposto nel più esteso intervento da lui dedicatovi in sede scientifica (*L'azione amministrativa*, cit.). Quanto all'area (e in funzione del carattere) della legge aveva sostenuto che essa non doveva « avere a suo fulcro principale la considerazione dell'atto amministrativo », ma anzi poteva escludere la disciplina di questo. Aveva sottolineato che non doveva « sovrapporre una rappresentazione schematica e astratta alla varietà delle forme di azione dell'amministrazione »: doveva dunque esplicitarsi in un tipo di disciplina molto flessibile, ma non limitarsi alla sola enunciazione di principi, che da soli avrebbero avuto poca vitalità. Bensì trovare il suo contenuto centrale nella previsione di quella che egli chiamava, usando il termine di organizzazione in forma certo estensiva ed in qualche modo impropria, « una serie di ipotesi di rapporti organizzativi », cioè in realtà in una trama di relazioni fra i soggetti e gli organi amministrativi da un lato e i titolari di interessi, privati e gruppi, esterni all'amministrazione, intesi gli uni e gli altri come portatori degli interessi che il procedimento deve evidenziare e permettere di comporre. Oltre a questo, avrebbe dovuto dare particolare attenzione ai procedimenti di pianificazione e ai procedimenti di massa in genere e stemperare il carattere autoritativo dell'amministrazione anche prevedendo forme convenzionali di esplicazione dell'attività.

Verrà fatta così la scelta (per implicita che fosse nel mandato ricevuto dalla commissione) di escludere una codificazione dell'in-

tera disciplina generale dell'attività amministrativa — profili organizzativi, disciplina del provvedimento, normazione del procedimento (a somiglianza della legge tedesca o di quella spagnola) — per dedicarsi fundamentalmente a quest'ultima e alla pubblicità dei documenti amministrativi, tema parzialmente incrociato con quello del procedimento, ed inoltre ad un rapporto fra atto amministrativo e attività del privato, ossia all'estensione dell'impiego dell'atto amministrativo di assenso (liberalizzazione di certe attività attraverso la sostituzione di dichiarazioni private al provvedimento positivo e il silenzio-assenso).

Si fissano così i tre oggetti fondamentali della legge (altri aspetti come la motivazione o la contrattualità si legano anche al procedimento, pur riguardando l'atto finale) e con essi la sua area d'intervento, che rimarranno immutati, anzi indiscussi, nell'approccio di tutti i soggetti in seguito chiamati ad intervenire nell'elaborazione normativa: Uffici della Presidenza del Consiglio, Consiglio di Stato, Camere.

In secondo luogo, è della commissione la scelta del tipo di regolazione. Al posto di una completa disciplina del procedimento, che riprendesse l'idea che aveva lungamente (ma invano) sostanziato l'idea di legge generale sul procedimento e che imitasse i grandi modelli stranieri, la commissione inventa una « disciplina per principi » — tranne che per l'accesso ai documenti, disciplinato con completezza, sebbene rinviato per alcune precisazioni a regolamenti —. Si abbandona quindi il proposito di fissare per legge uno o più modelli completi di procedimento e ci si limita ad alcuni interventi essenziali che lasciano il compito di determinare le forme concrete alla prassi o alle leggi di settore, ritenute l'una e le altre più idonee ad adottare nel dettaglio una disciplina consona alle esigenze amministrative. Si può ritenere questa una vera e propria « furbizia » della commissione che riesce per questa via a superare gli ostacoli concettuali e pratici fino ad allora oppostisi nel nostro paese ad una disciplina generale del procedimento.

Anche questa natura del progetto non trova obiezioni nel seguito dei lavori. Il prezzo da pagare in termini di tenuità della disciplina, che essa comporta — anche se il testo non si limiterà ad essere, visto il successo avuto in sede legislativa, un puro « messaggio, qualcosa ancora di frammentario e tentativo », come temeva

uno dei suoi autori (PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Giuffrè, 1989, p. 49) — sarà accettato: « non ha la pretesa di esaurire in ogni profilo l'esigenza di disciplina del procedimento », ma solo di « affrontare i punti di maggiore arretratezza del sistema vigente ». Così dirà la dichiarazione di Craxi del 1984 che presenterà preliminarmente l'elaborato in sede parlamentare e confermerà la relazione stessa del governo al disegno di legge infine presentato nel 1987. Sicuramente la costruzione dell'articolo evita lo scoglio di una definizione del tema in termini troppo dottrinali: e questo è forse uno dei segreti della sua riuscita. Inoltre il « giusto procedimento », che ne costituisce il cardine, viene annegato tra altri profili di riforma, utili in sé ed utili anche a disperderne un eventuale carattere astratto.

Nonostante queste cautele il testo si presenta nei contenuti coraggiosamente innovatore. Per alcuni aspetti esso rappresenta lo sbocco, avanzato e stringente, di antiche proposte dottrinali. Così sulla motivazione del provvedimento, che è resa obbligatoria con qualche eccezione. Sul contraddittorio e sulle sue forme — tra le quali sono previste non solo le osservazioni scritte ma anche l'assistenza delle parti alle ispezioni e agli accertamenti di fatto e, su richiesta, l'audizione orale delle parti —, sulla partecipazione delle aggregazioni di interessi collettivi e diffusi. Poi, sulla partecipazione tramite istruttoria pubblica alla formazione degli atti generali (non però — almeno esplicitamente — di quelli normativi). Ancora, sulla contrattualità della conclusione del procedimento prevista come possibilità generale, sull'accesso ai documenti, esteso alla generalità dei soggetti indipendentemente da un interesse qualificato e garantito con particolari modalità anche giurisdizionali. Per altri aspetti, in particolare per la figura del responsabile del procedimento, la conferenza dei servizi e l'accelerazione degli stadi intermedi del procedimento, il contributo della commissione si presenterà come particolarmente creativo; per altri ancora — la liberalizzazione delle attività private e lo stesso assenso in caso di silenzio — pur raccogliendo spinte già presenti, darà un notevole apporto innovativo nella direzione della generalizzazione degli istituti. Tranne che sul punto della esatta individuazione delle parti ammesse al contraddit-

torio, sul quale vengono presentati due testi alternativi e non ben precisi, si tratta di norme ben determinate.

15. Proprio sui contenuti, però, si ha una certa attenuazione del suo valore negli stadi successivi. L'itinerario è complessivamente ispirato all'accoglimento della struttura e degli oggetti proposti. Ma, nel merito, alcune delle innovazioni più rilevanti verranno eliminate dagli uffici della presidenza del consiglio — così l'audizione orale delle parti e l'istruttoria pubblica per gli atti generali, così anche lo svincolo del diritto di accesso dalla presenza di interessi qualificati —; altre accogliendo i suggerimenti del Consiglio di Stato, per esempio sul tema della contrattualità, che viene esclusa come regola sul piano del carattere sostitutivo. Solo sull'accesso si avrà in parlamento una battaglia per ritornare all'accessibilità più larga: da parte di Bassanini (che si lasciò poi convincere dalle obiezioni, mosse innanzi tutto dal governo) e soprattutto da parte dei verdi, sia alla Camera che al Senato: ma furono sistematicamente battute (si veda su tutto ciò il volume pubblicato dalla Camera dei deputati, 1991, *La riforma del procedimento amministrativo*).

#### IV. Una conclusione.

16. Bisogna però anche dire che, in questo modo, si perde lo slancio riformistico più avanzato, e questo aspetto influirà, come ormai cominciamo a constatare, sul livello di sensibilità e di applicazione da parte dell'amministrazione (spesso riluttante, se non in atteggiamento di sabotaggio, proprio su questo terreno), dei giudici — è ormai documentata una certa giurisprudenza restrittiva (v. CORPACI, *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 1995) — e della stessa dottrina. Di quest'ultima, una parte si spinge più in là della legge e comunque ne sottolinea il carattere di attuazione costituzionale e perciò obbligante, un'altra parte elabora restrizioni — sotto la spinta di pur comprensibili preoccupazioni pratiche — ma in termini generali tende ad allinearsi sul sostegno alla legge, anche se non sempre sul suo ulteriore progresso (che potrebbe avvenire, ma poco avviene, anche per concorso delle amministrazioni autonome).

Forse l'effetto più rilevante si verifica ancora una volta sul piano scientifico. Poco per volta, il sistema amministrativo proprio della dottrina e delle sue esposizioni tende a spostarsi, secondo infinite gradazioni di sensibilità, dall'atto e dall'organizzazione all'attività e al procedimento. È come se, solo dopo l'ausilio della legge, la dottrina nel suo insieme si sentisse di fare il passo decisivo: riprova *ex post* della solidarietà dei fattori dell'esperienza giuridica già prima individuabile nella storia del procedimento ed anche (se si accetta di notarlo) di una certa angustia positivistica permanente nella nostra scienza pubblicistica. Ma, finalmente, una parte consistente di essa è leale con la legge e ne trae le logiche conseguenze.

Si danno così sistematiche generali che riconoscono alfine all'amministrazione in quanto attività-funzione il primato sull'amministrazione soggetto-organizzazione e che, guardano alla fenomenologia dell'attività dal punto di vista della centralità del procedimento e non più dell'atto (es. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 1994, rispettivamente a pp. 23-28 e *passim* e a pp. 415 ss.; sia pure traendo poi alcune interpretazioni restrittive: si veda l'elenco di procedimenti che sarebbero sottratti, per ragioni varie, alla partecipazione): un messaggio che non può produrre tutti i suoi effetti nell'immediato delle singole ricostruzioni ma che è destinato ad andare lontano. Si percepisce sempre più nettamente « l'incrocio fra la tematica del procedimento e alcuni nodi teorici fondamentali » — i temi della discrezionalità, delle situazioni soggettive ecc. — (così TORCHIA, 1995, p. 66 s.). Si vede sempre più frequentemente nel procedimento il centro della rilevanza dell'attività amministrativa e, forse, di tutto il fenomeno amministrativo anche sul piano costituzionale e sul versante, dunque, del trattamento costituzionale dell'amministrazione, finora incentrato sulle situazioni soggettive astrattamente, sulla tutela (e dunque sugli atti) e sull'organizzazione: ciò non solo da parte di chi si è sempre mosso su questa linea, ma che ora può trovare ascolto anche da chi si collocava su altri punti di osservazione (come BERTI); ma anche da parte di autori più recenti o più recentemente collegatisi a questa prospettiva (TORCHIA, *op. cit.*; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzaroli e altri, Monduzzi, 1993). Si forma una dottrina giovane che fa del procedimento, con accenti fortemente innovativi, il centro per un ripensamento approfondito dell'attività

amministrativa nella linea dell'amministrazione di risultato (esemplare BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, 1996).

E tutto questo avviene non soltanto nella lettura della Costituzione, pur così esangue nella sua testualità in questa direzione, ma anche nell'auspicio di costituzionalizzazione di nuove norme sull'amministrazione (CASSESE-ARABIA, *L'amministrazione e la Costituzione*, Il Mulino, 1993; TORCHIA, *op. cit.*; e ovviamente ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, 1996) e indicando intanto come risultato della legge la vittoria della tesi della presenza nella Costituzione vigente del principio del giusto procedimento in antitesi alla svalutazione fatta di essa in precedenza soprattutto in sede giurisdizionale (MORBIDELLI, *op. cit.*).

Da ciò alcune ma non univocamente consentite proposte di affinamento, tra le quali le più capaci di pervenire a risultati pratici in modifiche di legislazione (sono note le ultime leggi) per ora riguardano piuttosto il tema della semplificazione e procedono più per istanze politiche che dottrinali.

In tal modo, si riconferma lo stretto intreccio tra le varie fonti produttive e cognitive e le carenze di impegno e di omogeneità, o viceversa la convergenza, della comunità scientifica si riverberano, ed in certo modo comandano, alle adempienze e inadempienze del legislatore.



*Discussione*  
(Terza seduta congressuale)



SERGIO LARICCIA

Ho molto apprezzato le tre relazioni, che hanno fornito contributi di grande interesse all'esame del tema di questo importante convegno. Con più specifico riferimento alla relazione di Umberto Allegretti, vorrei innanzi tutto esprimere il mio apprezzamento per la considerazione delle premesse storiche che consentono di comprendere i contenuti e le novità della legge n. 241 del 1990 in tema di procedimento amministrativo.

L'argomento considerato in questo convegno del rapporto tra giuristi e legislatore, fra posizioni e orientamenti assunti dai giuristi e innovazione legislativa assume caratteri peculiari in una disciplina, come il diritto amministrativo, caratterizzata dalla grande importanza che assume l'opera del giudice amministrativo: si parla, come è noto, di un'autentica funzione « pretoria ». Se è vero che in tutte le branche del diritto la giurisprudenza ha grande rilievo nel processo di interpretazione e di applicazione delle fonti normative, questo dato si presenta in modo particolarmente accentuato proprio nel diritto amministrativo.

Il collega Ignazio Marino, che è intervenuto prima di me, certo ricorderà quanto il consigliere di Stato Alberto De Roberto osservava, in un recente convegno al quale abbiamo preso parte qualche giorno fa a Tremezzo, a proposito della fase preparatoria del progetto Nigro sul procedimento amministrativo. De Roberto ricordava, con specifico riferimento al vigente art. 11 della legge n. 241 del 1990, la disposizione sugli accordi amministrativi, che quando pervenne il testo del progetto alla presidenza del consiglio dei ministri, si dedicò un intero pomeriggio all'esame di tale istituto, del quale appariva difficilmente comprensibile la *ratio*, considerando l'abitudine che induceva a considerare tradizionalmente il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini in termini di relazione tra un'attività unilaterale

dell'amministrazione ed una posizione di soggezione dei cittadini: un'abitudine che rendeva difficilmente comprensibile una disposizione che prevedeva addirittura una « compartecipazione » del cittadino nell'esercizio dell'attività amministrativa. De Roberto esponente, con l'efficacia che caratterizza i suoi interventi, le ragioni che poi indussero i magistrati del consiglio di Stato chiamati ad esprimere il necessario parere a considerare con sospetto e diffidenza la proposta di una novità alla quale attribuivano invece tanta importanza Mario Nigro e gli altri componenti la commissione da lui presieduta.

Un freno da parte dei giuristi all'innovazione legislativa nel diritto amministrativo è rappresentato dunque anche dall'opera di quei giudici che non soltanto condizionano, nell'esercizio dell'attività consultiva, l'introduzione di novità non coerenti con le aspettative di un potere forte come è quello del consiglio di Stato, ma talora impediscono o ritardano, nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, l'attuazione di novità che eventualmente il legislatore abbia previsto nel sistema.

Nello stesso convegno che prima ricordavo, un altro consigliere di Stato, Giacchetti, partiva dalla premessa che l'istituto previsto dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, quello appunto degli accordi amministrativi, costituisce una realtà « virtuale », perché a distanza di sei anni dall'approvazione della legge non vi sono decisioni giurisprudenziali che riguardano tale nuovo istituto e la dottrina continua a dibattere sul suo effettivo significato: lo stesso Giacchetti esprimeva in proposito l'auspicio di un'attuazione della norma sugli accordi amministrativi.

La vicenda dell'importante legge sul procedimento amministrativo induce a ricordare quel che giustamente osservava Giuseppe Guarino, in uno scritto del 1970 sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, a proposito dell'esigenza che il compito dei giuristi non si ritenga limitato alla considerazione del sistema normativo ma si estenda allo studio dei fatti da regolare, dei fini da raggiungere e della valutazione dei risultati. Valutare i risultati di una disposizione normativa significa in molti casi valutare anche le ragioni per le quali faticano tanto a trovare attuazione alcuni principi ai quali il legislatore attribuisce grande importanza per il conseguimento dell'obiettivo di prevedere novità più conformi al sistema costituzionale rispetto ai principi contemplati nel passato.

UMBERTO ALLEGRETTI

L'unica cosa che vorrei dire è che l'atteggiamento or ora rievocato del Consiglio di Stato, che sicuramente è quello generale percepito tante volte in passato, fa riaprire inevitabilmente oggi — anche se questo è molto sgradito al Consiglio di Stato — la questione dell'esistenza stessa del giudice amministrativo. La questione si è riaperta nel convegno dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana a Roma e altrove in tante sedi; ovviamente è una questione difficile che troverà molte resistenze. L'interrogativo sull'esistenza del giudice amministrativo non vuol dire che si debba negare la necessità dello specialismo; si può infatti pensare ad un giudice amministrativo inserito nel contesto generale del giudice unico con alcune competenze, qualificazioni di carriera e particolarità di processo e di potere. Ma la separatezza del giudice amministrativo rispetto agli altri giudici e alla società e invece la sua contiguità con l'amministrazione è una storica difficoltà: ecco dunque un'innovazione nel diritto amministrativo italiano che appare oggi necessaria.



GIORGIO BERTI

Le riflessioni di Marino e Lariccia hanno colto aspetti di rilievo forse lasciati in ombra, per lo meno nella mia relazione, e allargano un poco il quadro tematico del convegno.

Riconosco peraltro che le loro riflessioni rispondono ad un'esigenza che io stesso ho continuamente avvertito nel preparare il mio intervento. La presenza del giurista, come uomo di cultura specializzata, di fronte all'evoluzione degli ordinamenti, al progressivo incremento normativo, alla pluralità delle fonti produttive di regole e via dicendo è difficilmente catalogabile e definibile secondo direttrici sicure. Non vorrei però che al di sotto della prospettazione del problema agisse, sia pure inconsapevolmente, l'idea che al giurista competa, a differenza di altri scienziati, il ruolo o il compito di prestare collaborazione al politico, per rappresentargli costantemente gli elementi tecnici o vagamente sistematici di cui nessuna nuova disposizione potrebbe fare a meno per essere compresa da chi la deve applicare, ed essere inserita nel progrediente insieme normativo.

Se ciò fosse vero, il giurista non sarebbe più uno scienziato libero, ma una sorta di funzionario volontario, disposto a farsi chiamare per dare consigli e raddrizzare le troppe gambe storte delle figure composte dal legislatore politico. Purtroppo, e sottolineo l'avverbio, molti giuristi, specie nel campo pubblicistico, si sono appagati e talora inorgoglitì dell'ausilio dato agli apparati politici o tecnocratici, non accorgendosi di avere così disperso inutilmente il loro patrimonio culturale.

La nobilitazione della figura del giurista non proviene dalla contemplazione del risultato politico o dall'illusione che i propri disegni sistematici abbiano trovato eco o addirittura rispondenza in talune leggi, le quali si inseriscono oltretutto nell'insieme normativo

con tanto maggiore difficoltà quanto più dal testo legislativo traspare una tesi cara al giurista o al gruppo di giuristi chiamati ad occuparsene. Di solito, in un mondo largamente caratterizzato dalla prepotenza degli attori politici ed economici, il pensiero sistematico espresso dal giurista trova spazio negli ambiti che meno interessano quegli stessi attori.

Per quanto concerne l'amministrazione, mi basterebbe pensare alla vicenda della l. n. 241/90 sul procedimento amministrativo, la quale, a prescindere dalle sue intime contraddizioni, frutto a loro volta della molteplicità dei giuristi che vi si sono impegnati, non troverà certo facile accoglienza e applicazione, giacché inserita nel vecchio apparato sia di amministrazione che di giustizia. Un corpo nuovo inserito appunto in un insieme normativo e strutturale tanto stabilizzato, anche se complessivamente inefficiente, deperisce rapidamente, perché subisce la violenza continua e spesso muta di tutto ciò che lo circonda. Ed allora certe norme rimangono disapplicate o, come ha detto poco fa Lariccia, hanno contenuti soltanto virtuali.

Il giurista dunque come una sorta di suggeritore o come un collaboratore che approfitta di momenti di distrazione del dio politico per dare corpo a qualche sua piccola o grande idea? Io non credo che il giurista debba sprecare le sue virtù in questa funzione ausiliaria: la sua consulenza, se la dà o gli viene chiesta, deve sempre mostrare le radici culturali e distanziarsi dalle ragioni occasionali della chiamata alla collaborazione. L'aver partecipato a commissioni per formare statuti, regolamenti o leggi non deve essere iscritto nel proprio ideale medagliere.

Piuttosto vedo più naturale e coerente con il patrimonio scientifico di ogni giurista il lavoro interpretativo, che ha mille modi per praticarsi e che si collega immediatamente allo studio sistematico degli ordinamenti (statali e non statali). Pensare e agire come interprete non vuol dire fare l'esegeta o l'ordinatore di testi del diritto positivo, ma piuttosto trasfondere la propria cultura nell'applicazione pratica delle regole, e Dio sa quanto sia importante oggi adottare il metodo interpretativo per legare tra loro fonti della più varia provenienza, naturali e positive, scritte e non scritte, sociali e statali, sovranazionali e nazionali, e via dicendo. La sistematica delle fonti adottata nel passato presupponeva la sovranità e l'esclusività dello Stato, e oggi di questa sovranità si deve necessariamente

fare a meno. Il diritto non vince più sul piano formale, non protegge, non garantisce: il giurista deve ricavare dalla contemplazione della vita ed anche dalle regole poste una normatività sostanziale, e diventare perciò egli lo scopritore accreditato di questa normatività.



*Relazioni*  
(Quarta seduta congressuale)



FRANCESCO PALAZZO

## DIRITTO PENALE

1. Un inventario preliminare di paradossi e contraddizioni. — 2. La scienza penale nella dinamica della produzione giuridica. — 3. Il ruolo della dottrina nella vicenda della mancata codificazione penale. — 4. L'evoluzione della scienza penale italiana: dal tecnicismo giuridico alla vocazione progettuale. — 5. Successi ed insuccessi della scienza penale nel diritto penale in trasformazione. — 5.1. I criteri « scientifici » di criminalizzazione nelle tendenze legislative di depenalizzazione e razionalizzazione del sistema penale. — 5.2. I limiti del contributo della scienza nella prassi legislativa dei criteri di criminalizzazione. — 6. Contiguità e lontananze tra scienza giuridica e giurisprudenza costituzionale. — 7. Sguardo d'insieme all'evoluzione legislativa penale nei suoi rapporti col pensiero giuridico. — 8. Un'impressione finale.

### 1. *Un inventario preliminare di paradossi e contraddizioni.*

Due sono le coordinate di fondo lungo le quali intende svilupparsi il presente contributo: *a)* da un lato, la constatazione di alcuni apparenti o reali *paradossi o contraddizioni* ravvisabili a proposito del ruolo svolto dalla scienza penale nel processo di produzione legislativa; *b)* dall'altro, l'individuazione delle linee fondamentali e dei momenti più significativi dell'*evoluzione* sia degli orientamenti e degli *indirizzi della scienza penale*, sia delle *trasformazioni subite dal diritto penale*, al fine di formulare qualche ipotesi esplicativa di tali paradossi o contraddizioni.

Ad esempio, sembra essere una clamorosa contraddizione il fatto che ad un crescente impegno della cultura penalistica sul versante della politica criminale e della scienza della legislazione penale non abbia corrisposto la riforma organica del codice penale del 1930; sembra una contraddizione che la riforma organica di adeguamento alla Costituzione si sia avuta là, e cioè nel campo processuale e in quello penitenziario, dove la vocazione pro-

gettuale della scienza aveva tradizioni meno risalenti o non ne aveva affatto <sup>(1)</sup>.

Contraddizione che però — come vedremo — trova assai facilmente una spiegazione nell'interesse « politico », più o meno contingente, che ha spinto al varo della riforma penitenziaria e di quella processuale <sup>(2)</sup>. Soprattutto per quanto riguarda quest'ultima, è chiaro che la tendenza in atto alla « spettacolarizzazione » della giustizia penale rende la riforma processuale, organica o meno, assai più percepibile ed immediatamente spendibile nella vita politica quotidiana di quanto non lo sia quella del codice penale, anche perché la disciplina processuale — in particolare dell'attività requirente — riflette in modo diretto il rapporto dell'istituzione giudiziaria col cittadino e con gli altri poteri dello Stato.

Ancóra, sembra essere una contraddizione il fatto che la scienza penale, contrariamente al suo naturale spirito di sistemazione organica della materia, abbia mantenuto i rapporti più stretti con la produzione legislativa sul piano della legislazione speciale, o meglio di talune grandi leggi *extra codicem*, piuttosto che sul piano della rifondazione codicistica del diritto penale.

Come vedremo, nessuna delle due grandi linee di influenza della scienza sul diritto penale riesce a concretizzarsi nella rifondazione codicistica, ponendosi piuttosto *fuori* del codice così da contribuire anche per questa ragione a quel fenomeno di « svalutazione » del codice nonostante la sua sopravvivenza <sup>(3)</sup>. I principi costituzionali e comunque i principi di indirizzo politico, che costituiscono il prodotto scientifico più apprezzato ed utilizzato dal legislatore, giungono infatti a tradursi in innovazione legislativa o per il mezzo delle varie leggi o provvedimenti di depenalizzazione e di riforma sanzionatoria ovvero per il tramite dell'opera della Corte costituzionale: nell'uno come nell'altro caso, dunque, al di fuori — sebbene per ragioni diverse — di una trama organica coinvolgente l'intero edificio codicistico.

---

<sup>(1)</sup> Di « stranezza » parla in proposito VASSALLI, *Presentazione*, in *Per un nuovo codice penale*, a cura di M. Pisani, Padova, 1993, 1, rammentando che la prima grande riforma fu quella penitenziaria del 1975, poi quella processuale del 1988, mentre lontana rimane quella del codice penale sostanziale, che — in un ordine logicamente inverso — avrebbe dovuto essere la prima.

<sup>(2)</sup> FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. Pepino, Milano, 1993, 16.

<sup>(3)</sup> Sulla questione, assai dibattuta nella dottrina penalistica, del ruolo assunto dal codice Rocco in epoca di « decodificazione », v. *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, fasc. spec. de *La questione crim.*, 1981, (1).

Così come, inoltre, può sembrare un paradosso che, nonostante il maggior titolo di « legittimazione » che nel sistema democratico-parlamentare la scienza penale può vantare rispetto alla magistratura, sia stata invece quest'ultima ad alimentare più intensamente e frequentemente i canali dell'innovazione legislativa, specie per quanto riguarda la legislazione dell'« emergenza ». E infine, lo stesso ruolo della scienza penale rispetto all'innovazione legislativa sembra stretto nella morsa di una contraddizione: quanto più la scienza penale rimane osservante dei suoi limiti o titoli di legittimazione, che realizzi ciò o appiattendosi nel tecnicismo-giuridico ovvero sviluppando il suo ruolo storico di controllo critico e garantista della politica criminale legislativa, tanto più debole o indiretta si rivela la sua influenza. Al contrario, quanto più la sua influenza diventa incisiva e il suo ruolo coassiale alle scelte della produzione legislativa, mediante la predisposizione dei mezzi tecnici per la loro attuazione, tanto più il giurista vede attenuarsi il titolo sostanziale che lo legittima quale interlocutore paritario del legislatore.

A parte l'orientamento tecnico-giuridico e a parte la discussione sulla « valenza politica » di questo atteggiamento <sup>(4)</sup> che non ha mancato di contrassegnare per molti decenni la scienza penale <sup>(5)</sup>, attualmente i suoi maggiori titoli di legittimazione sembrano più specificamente risiedere, da un lato, nel *disinteresse* (e nella garanzia che ne deriva) che contrassegna la valutazione del giurista rispetto a quella del politico e, dall'altro, nella sua capacità di riferire la produzione legislativa al *quadro dei principi* di politica criminale intra - ed extrasistemici <sup>(6)</sup>, di origine interna o anche sovranazionale <sup>(7)</sup>, così da offrire al legislatore le linee di equilibrio tra le sempre

---

<sup>(4)</sup> NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. dir.*, 1977, 666; PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Pol. dir.*, 1979, 269.

<sup>(5)</sup> V. oltre, quanto sinteticamente osserviamo — con la relativa bibliografia essenziale — nel § 4.

<sup>(6)</sup> Una delle più cospicue elaborazioni sistematiche dei principi della scienza penale è quella del VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.; più in generale, sul compito della scienza di elaborazione dei principi, v. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss.

<sup>(7)</sup> Sul tema, cfr. in particolare BERNARDI, « *Principi di diritto* » e *diritto penale europeo*, vol. II degli *Annali dell'Università di Ferrara*, Sc. Giur., Ferrara, 1988; ID., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale, ivi*, vol. VI, 1992, 59 ss.

rinnovantisi pretese della decisione politica e quelle costanti della razionalità sistematizzante, e all'operatore giuridico la chiave per la migliore comprensione delle norme nella continuità ed unitarietà del sistema.

Senonché, anche a questo proposito è possibile annotare fin d'ora un duplice paradosso. Per un verso, vedremo in seguito <sup>(8)</sup> come una delle situazioni di maggiore compenetrazione tra scienza e legislazione penale sia quella che potremo dire della « coincidenza personale », del giurista che si fa legislatore in una vicenda dai caratteri sostanzialmente biografici. Ma, è chiaro che, se questa « coincidenza personale » è l'occasione che assicura una consistente ancorché episodica capacità di penetrazione alla scienza, è anche la situazione in cui — almeno preventivamente — si deve mettere nel conto una verosimile caduta del « disinteresse », e dunque di uno dei suoi maggiori titoli di legittimazione.

Per un altro verso, non è un mistero che l'influenza che la scienza penale ha esercitato nel rapportare la produzione normativa al quadro dei principi è stata — come meglio vedremo — non trascurabile rispetto all'attività della Corte costituzionale, ma assai più indiretta, generica e blanda rispetto all'attività del Parlamento e ancor più del Governo.

L'ultimo e più stridente, quasi sconcertante, paradosso si riassume nella progressiva divaricazione che si è venuta a creare tra l'orientamento « spirituale » della scienza penale e le consolidate pratiche di legiferazione. Il che, per contro, non esclude che proprio negli ultimi anni sia vieppiù cresciuto il numero dei penalisti « prestati » — come si suole dire — alla politica attiva nel ruolo vuoi di consulenti stabili od occasionali, palesi od occulti, di gruppi o partiti politici, vuoi di parlamentari vuoi, infine, di titolari di precise cariche istituzionali come in particolare il dicastero della giustizia. La divaricazione trae origine, da un lato, dall'evoluzione della scienza penale sempre più in direzione di una scienza della politica criminale se non addirittura di una scienza politico-criminale e, dall'altro, dalle condizioni (fattuali e istituzionali) in cui il legislatore si trova ormai costretto ad operare sempre più lontano dalle indicazioni della scienza, nell'*emergenza* di necessità, apparenti o reali, di discipline settoriali e mutevoli e tra gli ostacoli del *sistema democratico-pluralistico*.

L'impegno personale di non pochi penalisti in ruoli di politica attiva, d'altra parte, trova le sue cause tanto nel versante della scienza quanto in quello della politica. E così, da un lato, può essere

---

<sup>(8)</sup> V. oltre, § 7.

un certo senso di inappagamento dello scienziato, motivato in gran parte proprio dall'impotenza legislativa, a spingerlo all'impegno politico attivo; dall'altro lato, la caduta di presa e mordente sociale della politica può spingere a cercare patenti di riaccreditamento nella partecipazione di « tecnici » e uomini che siano espressione della cultura.

## 2. *La scienza penale nella dinamica della produzione giuridica.*

Esiste una « specificità penalistica » del rapporto tra scienza giuridica e innovazione legislativa? Credo che la risposta debba essere positiva e che le ragioni affondino proprio in due caratteristiche tra le più marcati la fisionomia peculiare del diritto penale.

In primo luogo, la *distinzione tra parte generale e parte speciale* del diritto penale. Si tratta di un « modo di essere » di questa disciplina che, condizionando lo sviluppo della scienza penale, ha finito per influenzare anche il suo rapporto con la produzione legislativa. Con grande approssimazione, si può dire che, per lungo tempo, dottrina e legislazione si sono in un certo senso divisi i campi: all'acuto interesse legislativo per la parte speciale, ove si fronteggiano in modo politicamente significativo ed immediato gli interessi in gioco, faceva riscontro un'impostazione prevalentemente e non per caso esegetica dell'approccio dei giuristi verso le singole norme incriminatrici. Viceversa, all'impegno teorico-scientifico profuso sulla parte generale e sulle premesse stesse dello *jus puniendi*, e sovente stimolato dalla perenne « cattiva coscienza » del penalista, corrispondeva un assai modesto interesse del legislatore per gli istituti della parte generale.

La divaricazione or ora segnalata è andata vieppiù attenuandosi parallelamente al cosciente ruolo assunto dal diritto penale quale strumento principale od unico di controllo della devianza e di governo della società. Fino ad arrivare al superamento della distinzione tra parte generale e parte speciale nella configurazione dei c.d. « sottosistemi » di tutela (ad es., in materia di criminalità organizzata, o di reati tributari, ecc.)<sup>(9)</sup>, ove la ripartizione di competenze tra parte generale e speciale è del tutto venuta meno.

---

(9) Sulla perdita di centralità del modello della parte generale e sulla comparsa dei « sottosistemi », v. da ultimo DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, 4 ss.; ma prima, PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 74;

Gli esempi di discipline « speciali », ove le esigenze repressive e di tutela — o comunque le caratteristiche — del singolo settore di materia giungono ad introdurre alterazioni della fisionomia di consolidati e « classici » istituti di parte generale sono decisamente numerosi. Ma non mancano neppure casi in cui è la stessa disciplina codicistica a subire i contraccolpi derivanti dal manifestarsi di particolari fenomeni criminosi. Esempi del primo tipo sono, tra gli altri, la disciplina della sospensione condizionale prevista dalla legge antinquinamento (art. 24 legge 10 maggio 1976, n. 319) in chiave spiccatamente riparatoria, oppure la speciale disciplina recentemente introdotta dalla riforma tributaria (art. 8 legge 7 agosto 1982, n. 516) per l'errore di diritto in campo appunto tributario. Esempi del secondo tipo possono essere l'introduzione di nuove categorie di pene accessorie — come l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-*ter* c.p., inserito dalla legge 24 novembre 1981, n. 689) — oppure la previsione di nuove circostanze aggravanti speciali del concorso di persone nel reato (d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito nella legge 18 febbraio 1992, n. 172) per reagire al fenomeno criminologico dello sfruttamento di minori per la perpetrazione di tutta una serie di reati « da strada » (furti, scippi, spaccio di droga, ecc.).

Orbene, scontato essendo l'interesse — diremmo quasi « obbligato » — della dottrina per il secondo tipo di innovazione legislativa, preme piuttosto segnalare come non di rado il primo tipo di innovazione legislativa (consistente in discipline « speciali » di istituti generali) raccolga il suggerimento della dottrina e costituisca in qualche misura l'anticipazione e un modo di sperimentazione settoriale di taluni indirizzi politico-criminali patrocinati dalla dottrina. Ma, per la verità, rispetto alla parte generale del diritto penale, questo reciproco avvicinamento tra giuristi e legislatori non va solo nel senso di un coerente interesse « politico » del legislatore per un uso in qualche modo strumentale degli istituti di parte generale, ma va anche nel senso convergente di una riscoperta da parte del giurista della connotazione politico-criminale delle categorie dommatiche e dei principi generali (ivi compresi quelli a sfondo tradizionalmente garantista come la legalità, o meglio la tipicità). Il maggiore sforzo in questa direzione è quello compiuto dal Bricola, attraverso l'opera di vivificazione della dommatica resa possibile dai principi costituzionali in modo da cogliere in quella la concretizzazione di principi direttivi della politica criminale <sup>(10)</sup>.

---

PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminoso*, Bologna, 1991, 23 ss.; PALIERO, « Minima non curat Praetor ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 83 ss.

<sup>(10)</sup> « Se la dommatica è vista come concretizzazione di principi direttivi della politica criminale esplicitamente o implicitamente derivati dalla Costituzione, non ha più altresì ragion d'essere lo "splendido isolamento" della dommatica stessa rispetto alla politica criminale intesa come politica delle riforme, ossia come scelta dei mezzi più

In secondo luogo, il *principio di legalità* penale — ancorché proiettato a delimitare il contributo soprattutto giurisprudenziale alla produzione giuridica — non manca di influire indirettamente sul rapporto tra legislazione e scienza. Sia perché, evidentemente, comporta una generale limitazione del ruolo delle « fonti » extralegislative nel circuito complessivo della produzione normativa penale. Sia soprattutto perché, a livello di principio, l'esigenza della legalità impone la ricerca di un titolo sostanziale di legittimazione che la scienza penale possa esibire e vantare in concorrenza rispetto a quello democratico che il legislatore può spendere in ottemperanza al principio di legalità <sup>(11)</sup>.

Questa legittimazione sostanziale, che per ipotesi potrebbe essere vista nella funzione in ultima analisi garantista svolta dai « dogmi » penalistici e nello spirito di razionalità sistematica della scienza penale, è ovviamente conquistata sul campo dal giurista nel condizionamento storicamente mutevole di fattori e situazioni molteplici.

Né garanzia né razionalità, invero, in sé e per sé considerate, al di fuori di titoli « storici » di legittimazione, possono accreditare un ruolo preponderante della scienza nel circuito di produzione normativa. Vi è infatti un « limite istituzionale » ad « ogni approccio culturalmente affascinato dal giusrazionalismo dell'*Aufklärung* ». « Le ragioni della scienza, per mantenere legittimità “ politica », devono esprimersi nelle istituzioni nella fedeltà alla divisione dei poteri. Ciò che peraltro consente a quelle

---

idonei per combattere la criminalità. I principi costituzionali operano da un lato, come pilastri sui quali appoggiare la ricostruzione dommatica e, dall'altro, come limiti garantistici di selezione tra le possibili scelte da percorrere nella strategia della lotta alla criminalità. Un tentativo di ricostruire delle categorie dommatiche in funzione di questi principi rende il giurista più sensibile alle problematiche della riforma e sollecita la sua collaborazione alla costruzione delle norme future » (BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 16).

<sup>(11)</sup> Questa preoccupazione di legittimazione democratica è avvertita per esempio dal PAGLIARO (*Principi di diritto penale*, p.g., Milano, 1995, 106), dopo aver osservato che l'elaborazione dogmatica, in quanto necessariamente sensibile nelle sue costruzioni alle esigenze teleologiche del diritto (v. ad es. la nozione di dolo eventuale nella misura in cui si allontana dal puro psicologismo), subisce pertanto il condizionamento della politica criminale.

ragioni di trovare varchi anche ampi attraverso le norme codificate, è la storicità dell'intendere unita al pluralismo ermeneutico... » (12).

Senonché il vincolo che la legalità penale pone alla scienza non può non presentare una diversa intensità a seconda che esso operi nel momento dell'applicazione ovvero in quello della formazione della legge penale. In sede di formazione, di produzione legislativa, infatti, « siamo su un piano che è politico per definizione, sul quale la dogmatica opera come qualsiasi scienza ausiliaria ». E su questo piano la partecipazione della scienza, lungi dal contrastarvi, non è affatto estranea a quell'esigenza « democratica » sottesa al principio di legalità penale: « all'idea della democrazia corrisponde un modello di formazione delle decisioni, in cui la stessa irriducibilità della *Wertfrage*, della scelta finale degli obiettivi, ricerca supporto razionale e basi di consenso in “ processi di comunicazione ” fra gruppi, interessi, concezioni ideali diverse, apporti di conoscenza » (13).

Naturalmente il « contributo democratico » della scienza, e quindi la sua coerenza con la legalità penale, è assai fortemente condizionato — come abbiamo rilevato — da molteplici fattori eterogenei e mutevoli. Innanzi tutto sta addirittura l'orientamento politico di fondo sull'uso del diritto penale come affermazione di valori o come tecnica sociale (14), essendo evidente che l'inclinazione assolutistico-autoritaria della prima opzione tende a comprimere il ruolo « democratico » della scienza sotto il manto di un legalismo che può diventare prevaricatore. Ma anche nella prospettiva di un diritto penale concepito come strumento di tecnica sociale, quale mezzo di tutela della collettività contro fatti dotati di reale dannosità sociale (15), scienza penale e ispirazione democratica della legalità sono termini di un rapporto assai elastico e cangiante. Certamente, la necessità logica prima che politica di collaudare su basi empirico-razionali le scelte di criminalizzazione apre un primo spazio al contributo della scienza. Ma è nel momento logicamente preliminare dell'individuazione dei valori da tutelare, prima che degli strumenti di tutela, che si pone più immediato ed acuto il problema di una legittimazione democratica della scienza ad interloquire. Legittimazione che è senza dubbio piena quando si pretenda che l'indicazione dei valori sia desumibile con univocità dalla tavola costituzionale: la « giuridicità » dei beni da tutelare comporta una legittimazione per la scienza a scapito però della reale « democraticità » del suo ruolo. Al contrario, quando l'individuazione dei beni sia davvero il risultato di un largo e diffuso dibattito democratico e pluralistico, la legittimazione della scienza diviene inversamente proporzionale alla rappresentatività dei partiti politici. Ma anche in tempi di crisi dei partiti, come

(12) DONINI, *Teoria del reato*, cit., 17.

(13) PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 79.

(14) Sulla contrapposizione, v. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 80-81.

(15) Si tratta di quell'indirizzo, pragmatico-razionale, della scienza penale, di cui parleremo tra poco (nel § 4).

quelli attuali <sup>(16)</sup>, il « ruolo democratico » della scienza nell'individuazione dei valori è insidiato da un pericolo e da una tentazione. Il pericolo è quello costituito dalla « concorrenza » che nella comunicazione sociale la scienza subisce ad opera dei mezzi di comunicazione di massa e della loro fortissima influenza sul ceto politico: dinanzi a questo fenomeno caratterizzato nella materia penale da un elevato tasso di irrazionalità, emotività ed artificiosità della sollecitazione della c.d. coscienza sociale, la scienza torna a ricavare il suo titolo di legittimazione sostanziale più dalla razionalità metodologica che dal « ruolo democratico ». Dall'altro lato, la tentazione può essere quella di un ingresso organico dello scienziato nelle strutture del sistema politico e/o istituzionale deputate alla produzione legislativa. Nel generoso proposito di recare un contributo al miglioramento della relazione fra partiti e realtà culturale e sociale, la scienza rischia così di perdere quella sua dimensione internamente comunitaria, dialogica, critica, imparziale e disinteressata, che ne fonda un ruolo sostanzialmente democratico, di soggetto particolarmente qualificato della « comunicazione sociale », conforme ad una considerazione socialmente pregnante e non riduttivamente formale delle radici sottese al principio di legalità penale.

Ma se pure l'impegno della scienza propositivo e progettuale dello *ius condendum*, oltre che il suo tradizionale ruolo interpretativo dello *ius conditum*, dipendono storicamente dai principi *hic et nunc* governanti la materia delle fonti del diritto penale, ciò nondimeno, anche in situazioni di spiccato giuspositivismo e legalismo come l'attuale, la forza espansiva della scienza dipende principalmente dalla « storicità dell'intendere » di cui essa è capace, essendo « garanzia e razionalità » due modi d'essere prescrittivi più che condizioni universali per il successo della scienza. Probabilmente è ancora troppo breve la distanza prospettica rispetto al secondo dopoguerra per accertare se la nostra scienza ha saputo rivelare questa capacità di intendere storicamente. Fatto si è, però, che il costituzionalismo penale di cui diremo tra poco e che quanto a garanzia e razionalità è forse la massima espressione del dopoguerra, non riuscì a « intendere storicamente » il dinamismo, l'inquietudine, il disorientamento se si vuole, di una società, come quella italiana degli anni '80, che si stava avviando addirittura a rimettere in discussione lo spirito unitario del patto costituzionale. Così come, al contrario simmetrico, la cosiddetta Scuola di Kiel di Dham e Schaffstein, che quanto a garanzia e razionalità ne era la più flagrante contraddizione, riuscì a imprestare una dignità scientifica a quell'involuzione del diritto penale cui di lì a poco si sarebbe avviato il regime nazionalsocialista.

---

(16) Con specifico riferimento alle conseguenze sul piano della politica criminale e della legislazione penale, v. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 90-91.

### 3. *Il ruolo della dottrina nella vicenda della mancata codificazione penale.*

La vicenda della mancata codificazione penale nell'Italia repubblicana <sup>(17)</sup> è estremamente significativa per la storia dei rapporti tra dottrina e legislazione. Essa rappresenta, peraltro, uno scacco per la scienza penale, visto e considerato che, da un lato, quello della progettazione codicistica sembrerebbe essere proprio il terreno di elezione del contributo scientifico all'innovazione legislativa e che, dall'altro, l'esigenza di un nuovo codice ben poteva dirsi esistente in un Paese che aveva mutato regime politico-costituzionale e condizioni economico-sociali.

Le ragioni di questo scacco non sono certamente tutte addebitabili alla scienza, ch e anzi ne furono fattori condizionanti e decisivi una certa perdurante insensibilit  politica e, poi, dagli anni '70, la pressione di una continua emergenza <sup>(18)</sup>. Ma, altrettanto sicuramente, anche il pensiero giuridico-penale porta la sua parte di responsabilit .

In primo luogo, nel momento che — per la sua proximit  al mutamento costituzionale — poteva essere il pi  propizio all'elaborazione di un nuovo codice penale, la scienza penale non mostr  un particolare slancio innovativo e anzi pales  un atteggiamento in larga parte di continuit  culturale col passato e un orientamento riduzionistico della portata delle norme penali contenute nella Costituzione: le quali, se non nelle intenzioni dei loro artefici, erano per  obiettivamente suscettibili di assumere contenuti dirompenti.

La sopravvivenza del codice Rocco ha trovato una spiegazione nella considerazione, formulata anche in tempi relativamente recenti, di una sua non plateale contraddizione con le norme costituzionali, che sarebbe

---

<sup>(17)</sup> PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in *Indice pen.*, 1980, 477 ss.; VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 5 ss.

<sup>(18)</sup> In argomento, v. in particolare FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-Problemi-Prospettive*, Milano, 1993, 12 ss.; v. pure MANNA, *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 541. Sulla perdurante emergenza, v. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, con prefazione di A. Baratta, Napoli, 1995.

comprovata dalla scarsità degli interventi ablativi della Corte costituzionale nel suo primo decennio di funzionamento: ciò indicherebbe « che non è stato avvertito un radicale contrasto tra l'ideologia della Costituzione repubblicana e l'ideologia del codice penale: contrasto che, invece, è largamente emerso a proposito del codice di procedura penale, con le conseguenti pronunce di incostituzionalità di parecchi suoi articoli » (19). Nella medesima linea si osserva, poi, che, « almeno nei Paesi che hanno un livello culturale analogo [al nostro], il contenuto delle tradizionali fattispecie incriminatrici non muta in modo apprezzabile con il variare dei sistemi politici e sociali », provvedendo d'altra parte legislatore e Corte costituzionale agli adeguamenti — in positivo o in negativo — più urgenti ed indiscutibili, « senza bisogno di mettere in moto il meccanismo troppo complesso (e, nell'attuale situazione politica, troppo incerto nei risultati) di una revisione di tutte le fattispecie dell'intera parte speciale » (20).

Sostanzialmente agli stessi risultati giunge, per ragioni peraltro totalmente diverse e quasi opposte, chi giustifica la sopravvivenza del codice Rocco sulla base dello « svuotamento fattuale » che esso avrebbe subito sia per l'intervento di una legislazione (riforma penitenziaria, sanzioni sostitutive, ecc.) che ha demolito il terrorismo sanzionatorio originario, sia per il processo di disapplicazione di molte fattispecie difficilmente compatibili coi valori costituzionali, sia per l'eliminazione da parte della Corte costituzionale — a partire dagli anni '80 — dei più illiberali aspetti del codice del '30. Con la conseguenza ultima che oggi si sarebbero di molto attenuate le aspirazioni anche culturali e sarebbe cresciuto invece il disinteresse verso la riforma globale e la ricodificazione (21).

Quando, più tardi, dagli anni '70 in poi la scienza penale svilupperà un'impressionante capacità progettuale, i tempi politico-sociali saranno ormai assai meno propizi essendo il diritto penale impiegato sul fronte del controllo dell'emergenza e della gestione di un società complessa e frammentata. Emergenza criminale e complessità sociale che, sul piano della produzione legislativa, accelerano il fenomeno delle leggi speciali, con il conseguente dibattito teorico-scientifico prima sulla « decodificazione » anche in penale (22), poi

(19) PAGLIARO, *Situazione e progetti*, cit., 478.

(20) PAGLIARO, *Situazione e progetti*, cit., 484.

(21) V., recentemente, MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., 82-83. Diversamente, riassume l'aspirazione alla ricodificazione, inserendola in un movimento legislativo europeo, MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della « ricodificazione »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 758 ss.

(22) Cfr. per tutti, DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 284 ss.

sul rapporto tra codice e leggi speciali <sup>(23)</sup> e infine sulla configurabilità di veri e propri « sottosistemi » di tutela <sup>(24)</sup>, ove spesso strumenti di natura diversa (penale, processuale, penitenziaria, amministrativa) convergono verso un unico obiettivo strategico. Con la conseguenza ultima di contribuire a divaricare l'atteggiamento della dottrina verso la prospettiva codificatoria, tra chi — quasi esasperato dallo stillicidio legislativo — riafferma la « perenne esigenza della codificazione » <sup>(25)</sup> e chi — considerando almeno per ora inarrestabile la tendenza alla legislazione speciale — ritiene improbabile e impraticabile la riforma codicistica, giudicando « più produttivo e più fecondo un approccio metodologico che privilegia gli aggiustamenti e gli adeguamenti parziali, i correttivi successivi, e che, fra l'altro, consente di prevedere meglio l'impatto sul sistema, nonché la funzionalità operativa » <sup>(26)</sup>.

Fra l'altro, dopo che per decenni la riforma del codice penale compariva tralaticciamente tra gli obiettivi dei programmi elettorali dei partiti, in occasione delle ultime elezioni del 21 aprile 1996 essa non figurava in nessuno dei documenti dei maggiori schieramenti politici <sup>(27)</sup>, ove invece si punta a riforme — certamente impegnative — ma dirette a ridonare piuttosto maggiore agilità ed efficienza strutturale, gestionale e applicativa al sistema penale.

In secondo luogo, la maggior parte dei progetti di riforma codicistica che, pur tuttavia, furono il risultato di larghi e diretti contributi della scienza, hanno avuto un carattere spiccatamente « dottrinario »: sono stati cioè il prodotto di giuristi fattisi per l'occasione legislatori, più che di legislatori-giuristi. La dibattuta questione del metodo, cioè se il codice penale debba necessaria-

<sup>(23)</sup> Cfr. PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Quest. giustizia*, 1991, 310.

<sup>(24)</sup> V. *retro*, nota 9.

<sup>(25)</sup> MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della codificazione*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Atti del Convegno di Firenze del 19-20 novembre 1993, Padova, 1995, 237 ss.; MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della « ricodificazione »*, cit., 815 ss.

<sup>(26)</sup> MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., 83.

<sup>(27)</sup> Cfr. al riguardo, SCOTTI, *La riforma della giustizia nei documenti dei maggiori schieramenti politici*, in *Doc. giustizia*, 1996, 809 ss.; sul programma dell'« Ulivo » in particolare, v. MANNA, *Considerazioni*, cit., 538.

mente percorrere una via interamente parlamentare o possa essere confezionato mediante delega <sup>(28)</sup>, rimanda forse ancor prima ad un problema preliminare, che è quello di una migliore percezione delle esigenze « legislative » da parte della scienza e di una migliore ripartizione di competenze tra giurista, teorico e pratico, e legislatore nell'allestimento di un codice.

La storia della mancata codificazione italiana si può periodizzare in tre fasi: quella (1947-1973) dei progetti parziali, quella del silenzio (1973-1988), quella dei progetti organici (1988-1995). Dei progetti della prima fase, soprattutto quello « Petrocelli » (1949-50) ebbe carattere dottrinario mostrando un'impronta fortemente retribuzionista <sup>(29)</sup>, e poi — seppure da un angolo visuale completamente diverso — il progetto Pagliaro (1988-1992) <sup>(30)</sup>. Faceva eccezione invece il progetto Vassalli (1968-1973), che — seppure redatto dal suo autore « in assoluta solitudine » — riuscì a varcare il traguardo dell'approvazione senatoriale e costituì poi la base dell'importantissima « novella » del 1974 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220). Peraltro, come ricorda lo stesso Vassalli <sup>(31)</sup>, il Senato prima, il Governo e il Parlamento poi, andarono assai oltre le indicazioni e le proposte contenute nell'originario progetto, conformando le definitive scelte del '74 ad esigenze — assai note — di natura spiccatamente « politica » <sup>(32)</sup>.

In terzo luogo, ci si può chiedere se la scienza penale italiana abbia sviluppato un sufficiente « spirito codificatorio ». Ora, a questo proposito è d'obbligo ricordare tutta una serie di iniziative scientifiche prodottesi in anni non lontani in vista della riforma codicistica <sup>(33)</sup>. Ma si tratta pur sempre di lavori caratterizzati da un

---

<sup>(28)</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 385.

<sup>(29)</sup> Esso costituì « chiaramente il tentativo di prevaricazione in sede legislativa di una determinata posizione dottrinale » (VASSALLI, *Il tormentato cammino*, cit., 10).

<sup>(30)</sup> Per questo giudizio, v. soprattutto FIANDACA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., 237.

<sup>(31)</sup> VASSALLI, *Il tormentato cammino*, cit., 12.

<sup>(32)</sup> Sugli scopi, appunto palesemente « politici » nonostante il prevalente impegno dogmatico apparentemente implicato dalla natura degli istituti riformati, v. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, 49 ss.; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 13 ss.

<sup>(33)</sup> Tra le più significative, quelle che si sono tradotte nella pubblicazione dei

duplice isolamento: sono, da un lato, il frutto di singoli giuristi, che hanno dunque lavorato in solitudine, potendo contare solo sul dibattito (in certa misura casuale) svoltosi esclusivamente sulle riviste; e sono, dall'altro, contributi in genere dedicati ad uno specifico e delimitato tema, senza raccordo alcuno con quell'ideale complesso unitario che invece dovrebbe essere costituito per l'appunto dalla trama codicistica.

Infine, la stessa più recente evoluzione generale del pensiero penalistico, che — come vedremo — è andato progressivamente allontanandosi da stabili certezze ontologiche e valutative per problematizzarsi sempre più, accentua la distanza tra scienza penale e modello codicistico <sup>(34)</sup>.

#### 4. *L'evoluzione della scienza penale italiana: dal tecnicismo giuridico alla vocazione progettuale.*

Non può naturalmente essere questa la sede per tentare di ripercorrere anche solo le grandissime linee dell'evoluzione del pensiero penalistico italiano del dopoguerra <sup>(35)</sup>. Ma è, peraltro,

---

seguenti volumi collettanei: *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Napoli, 1976; *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981; *Problemi generali del diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982; *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984; *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985; *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma*, Milano, 1987.

<sup>(34)</sup> Nel 1974, cioè in uno dei momenti in cui il discorso sulla riforma organica del codice penale è apparso meno irrealistico, Bettiol non nascondeva le responsabilità della scienza penale per questo ritardo culturale nell'intraprendere la via della riforma. Egli imputava alla dottrina sia una persistente « simpatia » per l'indirizzo tecnico-giuridico sia la mancanza di un'omogeneità di impostazione (BETTIOL, *Aspetti e problemi dell'attuale scienza penalistica italiana*, in *Indice pen.*, 1974, 273 ss.). Orbene, oggi, se le suggestioni dell'indirizzo tecnico-giuridico sembrano sostituite da qualche eccesso di concettualismo dogmatico, la mancanza di omogeneità sembra persistere, forse aggravata dal fatto che lo stesso indirizzo pragmatico-razionale (probabilmente dominante) non manca di problematizzare criticamente le prospettive riformistiche.

<sup>(35)</sup> Oltre al fondamentale saggio del VASSALLI, *Diritto penale*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 427 ss., v. le efficaci sintesi di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 1995, p. XXXVII ss.; e di MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 1992, 71 ss.

necessario cercare di individuarne almeno i grandi indirizzi, al fine di segnalare quali di essi hanno potuto meglio e più di altri instaurare un dialogo, più o meno fecondo, con il legislatore: o quantomeno manifestare una vocazione alla progettazione legislativa.

Dopo le voci autorevoli ma isolate presenti già durante il fascismo, nel dopoguerra la dottrina italiana non impiega davvero molto tempo a uscire dalle secche di una dogmatica concettualistica e formalistica e da una piatta esegesi marcatamente giuspositivista per prendere a colloquiare direttamente col legislatore <sup>(36)</sup>. Si tratti delle ultime propaggini di un *giusnaturalismo* resuscitato dai crimini della guerra <sup>(37)</sup> ovvero dei più recenti ed anche attuali *indirizzi a sfondo tendenzialmente universalistico*, di impronta neoclassica <sup>(38)</sup> oppure di stampo metodologico critico-razionalistico <sup>(39)</sup>, sono in ogni caso orientamenti che aspirano a porre dei limiti alla discrezionalità della politica legislativa, ancorché sul piano dello *strumento* di protezione (cioè delle forme, presupposti e condizioni della responsabilità penale) più che su quello degli *oggetti* di tutela (cioè degli interessi e dei beni meritevoli della tutela penale).

Ma sarà con la grande stagione del *costituzionalismo penale* <sup>(40)</sup>

<sup>(36)</sup> « È comunque innegabile che il cinquantennio al quale ci riferiamo [dal 1930 al 1980] ha visto trascorrere il tecnicismo giuridico da una fase prevalentemente acritica (non limitata al periodo fascista, ma propria anche del ventennio successivo) ad una fase decisamente critica, in cui i giuristi tecnici, facciano o meno con ciò della scienza del diritto, cercano di occuparsi molto seriamente di politica criminale e di riforma penale » (VASSALLI, *Diritto penale*, cit., 434).

<sup>(37)</sup> NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, 1945; BETTIOL, *Il problema penale*, Trieste, 1945.

<sup>(38)</sup> Nella fortunata opera del MANTOVANI (*Diritto penale*, p.g., cit., ma anche nei volumi dedicati alla parte speciale [*Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, e *Delitti contro la persona*, Padova, 1995]), sensibilità storica e apertura sociologico-realistica ben si armonizzano con un'indubbia discendenza dalla tradizione scientifica classica di origine addirittura carrariana, senza che sia qui possibile procedere ad una puntuale analisi ricognitiva di questa caratteristica.

<sup>(39)</sup> NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 38 ss.; ID., *Introduzione ad un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, *ivi*, 1949, 379 ss.

<sup>(40)</sup> Impossibile offrire un elenco di quei penalisti che, soprattutto dalla metà degli anni '70, cominciarono a trasfondere nella loro riflessione — chi più chi meno — l'ispirazione costituzionalistica, ma indubbio è che il maggiore e più conseguente sistematore di questo indirizzo fu Franco Bricola. Cfr., in particolare, BRICOLA, *Teoria generale*

degli anni '70 che la scienza passa dall'elaborazione di leggi tendenzialmente universali entro le quali collocare la « materia » penale quale che sia, all'individuazione in positivo del « volto costituzionale » del diritto penale, per ciò che concerne non solo forme e presupposti della responsabilità ma anche l'organizzazione contenutistica della parte speciale. Le leve concettuali di questa revisione costituzionale del diritto penale sono principalmente costituite dalla funzione (rieducativa) della pena e dal recupero del bene giuridico (dotato di dignità costituzionale). La dottrina si assume così il compito di una vera e propria mediazione tra la fonte costituzionale e quella legislativa (41).

Nell'ultima ideale tappa dell'evoluzione della scienza penale, essa tende a problematizzarsi: senza abbandonare il riferimento alla Costituzione, quest'ultima diventa lo scenario di fondo sul quale vengono elaborati criteri razionali di criminalizzazione di marca più schiettamente *metodologica* e ispirati a un *orientamento pragmatico-finalistico* che eleva le *conseguenze* sociali dell'opzione penale a criterio prevalente di buona legislazione. Con il risultato ulteriore che ogni valutazione preventiva o consuntiva delle scelte di criminalizzazione dovrebbe essere « scientificamente » collaudata su *basi empiriche* (42).

Ora non vi è dubbio che la capacità progettuale più elevata è rivelata dal costituzionalismo penale, teoricamente idoneo a fornire

---

*del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1974, 7; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss. V. poi, tra gli altri, MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 81 ss.; MARINUCCI, *Ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1024 ss.

(41) Per un articolato quadro di sintesi, v. FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1187 ss.

(42) V. in particolare FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale*, cit., 37 ss.; MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 19 ss.; PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 80; PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; nonché PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di P. Navolone*, I, Milano, 1990, 372.

Per un'applicazione significativa di questo indirizzo al settore sanzionatorio, v. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.

basi rigorose, perché normative, ad un nuovo sistema penale complessivo, nel suo gioco di interrelazioni tra codice e leggi speciali. Come si è autorevolmente notato, « (...) il discorso dei rapporti tra costituzione e diritto penale (...) viene a costituire un motivo essenziale dell'espansione dell'interesse del cultore del diritto penale a tematiche sociologiche e politiche che per questa via rientrano nella scienza del diritto penale contribuendo (...) a rinnovarne metodo ed indirizzi » (43).

Ma, paradossalmente, è proprio questa stringente forza di conformazione — anche contenutistica — della fisionomia legislativa del sistema a favorire la condanna del costituzionalismo al suo sostanziale insuccesso. Già sullo stesso piano dottrinale, autori non certo arroccati su posizioni conservatrici segnalano ben presto i pericoli di una « costituzionalizzazione » della politica criminale (44), cioè di un irrigidimento e di una cristallizzazione del dibattito politico entro le strette maglie di una gabbia costituzionale che rischia di accreditare strumentalmente, sotto le mentite spoglie della dignità costituzionale, quadri di valore frutto di visioni parziali, socialmente non vitali o addirittura contingenti (45).

E, inoltre, il legislatore da parte sua si sottrae pervicacemente alle assillanti pretese della *nozione costituzionale di bene giuri-*

(43) VASSALLI, *Diritto penale*, cit., 439. Nel più generale quadro dell'evoluzione della cultura giuridica, v. anche FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del Novecento*, a cura di C. Stajano, Roma-Bari, 1996, 591 spec.: « Si incrinano, insomma, grazie all'affermarsi dei due nuovi punti di vista esterni — quello assiologico-costituzionale quale parametro di validità e quello sociologico-fattuale quale parametro di effettività — sia l'autonomia del diritto quale universo separato dalla politica che l'autonomia della cultura giuridica dalle altre scienze sociali ».

(44) PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; ID., *Politica criminale*, cit., 90: « Si tratta di recuperare — contro le tentazioni di un uso giusnaturalistico o « teologico » dei valori costituzionali — gli spazi e le ragioni delle « politiche del diritto penale », rimesse alla discrezionalità e responsabilità del legislatore (s'intende, entro la cornice comunque segnata dalle libertà e dai principi regolativi costituzionali) ». Il sistema dei beni giuridici desumibile dalla Costituzione viene riconosciuto come un « sistema aperto », « democraticamente aperto a interpretazioni e a sviluppi politici (storici) diversi ».

(45) Cfr. anche PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, I, Milano, 1985, 588.

dico<sup>(46)</sup>. Nel momento in cui, da un lato, l'evoluzione tecnologica della società italiana e l'interventismo sociale dello Stato italiano toccano l'acme e in cui, dall'altro, la capacità legislativa di governare le trasformazioni con strumenti normativi extrapenalistici mostra i suoi limiti, la funzione critica e politico-criminale del bene giuridico, così tanto esaltata dalla dottrina, si rivela in pratica davvero modestissima, sopraffatta com'è dal proliferare di miriadi di fattispecie artificiali, formali, sanzionatorie di discipline extrapenalistiche<sup>(47)</sup>.

Forse qualche frutto legislativo la teoria dei beni giuridici costituzionali riesce a dare in quella tendenza all'affermazione — anche in sede penale — di interessi supra-individuali, collettivi e diffusi, come ad es. l'ambiente o l'imposizione fiscale. Ma anche qui è forse ragionevole parlare di una *consonanza* tra scienza e legislazione, più che di una vera e propria influenza della prima sulla seconda. Testimoniano in questo senso non solo il fatto che la « scoperta » dei nuovi beni sembra essere il risultato di una tendenza politica *generale* indotta da nuove consapevolezze, di gran lunga trascendenti il campo specificamente penale, ma anche la circostanza che assai sovente la tecnica legislativa di costruzione delle nuove fattispecie a tutela degli interessi emergenti è notevolmente distante dai dettami enunciati dall'indirizzo costituzionalistico della scienza penale.

Esemplare in questo senso è soprattutto la vicenda del diritto penale tributario<sup>(48)</sup>. Le grandi riforme prima del 1973 e poi soprattutto del 1982 possono esser viste anche come il risultato di quella revisione dei valori effettuata *in primis* dalla scienza sulla base delle indicazioni costituzionali a

---

<sup>(46)</sup> Per un riesame dell'intera problematica, v. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico* Milano, 1983; MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, cit., 333 ss.

<sup>(47)</sup> V. in modo particolare FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 28 ss., ove fra l'altro si nota esattamente che « la concezione del diritto penale come *extrema ratio*, propugnata con vigore anche dalla dottrina italiana contemporanea, è riuscita ormai a fare breccia nella giurisprudenza costituzionale. Purtroppo la stessa cosa non è avvenuta a livello legislativo, e v'è fondatamente da dubitare che possa avvenire nell'immediato futuro » (p. 37).

<sup>(48)</sup> V. per tutti CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto di imposizione fiscale*, Bologna, 1992, 11 ss.; PADOVANI, *Itinerari della riforma penale tributaria*, in *Legislaz. pen.*, 1984, 298 ss.

vantaggio dei « nuovi » beni pubblici e collettivi, così che « il diritto penale tributario può essere considerato, per certi aspetti, un esempio significativo del tentativo di realizzare a livello legislativo i nuovi modelli culturali » (49). Ma, se la dottrina ottenne il principale dei suoi obiettivi con l'abolizione della pregiudiziale tributaria, assai distante dagli altri obiettivi rimase la riforma per quanto riguarda la selezione e la tecnica di individuazione degli illeciti, caratterizzata come fu da una penalizzazione a vasto raggio di illeciti solo prodromici all'evasione, e talvolta bagatellari, e da una formulazione spesso infelice (50). Né migliore esito ebbe il successivo intervento riformatore del 1991, ove ancora una volta sui propositi di razionalizzazione espressi nel seno della Commissione ministeriale di revisione prevalsero le preoccupazioni politiche di non far apparire segni di cedimento nei confronti del fenomeno dell'evasione fiscale (51).

Con riferimento, poi, alla tutela dell'ambiente, l'impegno della dottrina è stato soprattutto quello — in una certa misura quasi contraddittorio o almeno rivelatore di una sorta di « conflitto interiore » — dispiegato sul fronte del bene giuridico in una duplice direzione. Da un lato, e sotto la pressione ineludibilmente esercitata dall'evoluzione della società tecnologica, quella di fare assurgere l'« ambiente », nella sue varie accezioni concettuali e valorative, alla dignità di oggetto meritevole e reclamante la tutela penale; dall'altro, e sotto la preoccupazione delle trasformazioni indotte dalla « modernizzazione » degli oggetti di tutela, quella di mettere in luce tutti i rischi connessi all'« amministrativizzazione » del diritto penale dell'ambiente (52). Propositiva ma generica la prima direzione, assai più puntuale e articolata ma (inanemente) frenante la seconda. Solo più recentemente, con un'incisività in larga parte stimolata *ex post* dalla complessità legislativa e orientata ad una sua razionalizzazione, si è cominciato ad analizzare in termini di progettazione normativa le varie possibili tecniche di incriminazione e di strutturazione delle fattispecie di « inosservanza amministrativa » al fine di renderle compatibili col principio garantista di legalità e con quello di indirizzo politico di offensività (53).

---

(49) GROSSO, *Quale diritto tributario per gli anni novanta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1003 ss.

(50) In questo senso, cfr. ancora GROSSO, *op. loc. cit.*

(51) V. in proposito le osservazioni critiche di MELE, *Riforma penale tributaria: una scelta da compiere*, in *Doc. giustizia*, 1991, fasc. 4, 15 ss.

(52) V. per tutti, nella vasta ed eterogenea letteratura al riguardo, FIANDACA-TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Roma, 1984, 30 ss.; PEDRAZZI, *Profili penalistici di tutela dell'ambiente*, in *Indice pen.*, 1991, 617 ss.; GROSSO, *Reati edilizi ed urbanistici e riforma del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 742 ss.

(53) V. l'articolato studio di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo*

Sul fronte poi della *funzione della pena*, l'impressione — e l'ipotesi che qui si formula — è che la svolta legislativa del '75 in senso rieducativo (poi confermata ancora nell'86) abbia per un verso trasceso per un altro trascurato le pur insistenti e convinte indicazioni dottrinali per una piena attuazione dell'art. 27/3 Cost. <sup>(54)</sup>. Da un lato, infatti, anche la riforma penitenziaria (e va sottolineata la dimensione limitatamente *carceraria* della svolta legislativa) sembra prevalentemente inserirsi di nuovo in obiettivi di strategia politica generale, prima (1975) di affrancamento ed emancipazione di alcune fasce di emarginazione sociale, e poi (1986) di gestione pacifica, di controllo disciplinare e di alleggerimento della tensione carceraria.

E, in effetti, sul piano culturale, la riforma del '75 non fu estranea al movimento radicale del pensiero criminologico-sociologico italiano, del tutto consentaneo più al generale clima politico-culturale (che inseriva il mondo carcerario tra le istituzioni totali, insieme al manicomio, alla caserma, ecc., prodotte dal regime liberal-capitalista) <sup>(55)</sup>, che agli indirizzi della scienza giuridico-penale « ufficiale ». Diversamente, la riforma dell'86 sembra invece meno impegnativamente collegata all'incontro tra un orientamento politico culturale genericamente umanitario e la sensibilità presente nelle alte burocrazie ministeriali per le — concretissime — esigenze di flessibilità carceraria <sup>(56)</sup>. Paradossalmente, ma solo in apparenza, dopo il tramonto dei radicalismi culturali e degli estremismi veteromarxisti, la cultura criminologica italiana promuove un rilancio e un recupero di « classicismo penitenziario » in rotta di collisione con i persistenti orientamenti degli ambienti ministeriali <sup>(57)</sup>.

---

*all'analisi delle norme penali a struttura « sanzionatoria »*, Padova, 1996, 119 ss. e 205 ss.; più specificamente GROSSO, *Reati edilizi*, cit., 753 ss.

<sup>(54)</sup> La letteratura al riguardo è vastissima; per un efficace quadro d'insieme, v. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3°, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 222 ss.; MONACO, *Prospettive dell'idea dello « scopo » nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

<sup>(55)</sup> V., pur in diverse prospettive, MELOSSI-PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977; FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980. Con più diretto riferimento alla vicenda legislativa del '75, v. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 319 ss.

<sup>(56)</sup> Cfr. PALAZZO, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Pol. dir.*, 1988, 225.

<sup>(57)</sup> V. per i due contrapposti atteggiamenti, rispettivamente PAVARINI, *Fuori delle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*,

Dall'altro lato, non è certo privo di significato il fatto che il legislatore abbia assunto — specie con la legge del '75 — una posizione in qualche modo più tranciante di quella mantenuta dalla dottrina con le sue ricorrenti e per certi versi insuperabili difficoltà in ordine al coordinamento e conciliazione delle plurime funzioni attribuite alla pena. Una sorta, dunque, di semplicismo e di ardire legislativo che fa premio questa volta sulle ineliminabili incertezze della meditazione teorica su un nodo tanto intricato del pensiero penalistico qual è quello della funzione della pena <sup>(58)</sup>.

La riforma penitenziaria del '75 vide la luce dopo una gestazione tutto considerato abbastanza breve e paradossalmente condotta a termine mentre l'attenzione della scienza era, piuttosto, concentrata sulle prospettive — allora non completamente irrealistiche — di una riforma della parte generale del codice. Così che la gestazione di questa legge veramente significativa per la vita concreta del sistema penale avvenne in un clima prevalentemente « politico » <sup>(59)</sup>, sotto l'influenza semmai, da un lato, delle Regole minime per il trattamento dei detenuti da poco emanate dal Consiglio d'Europa e, dall'altro, di una serie di drammatici condizionamenti contingenti <sup>(60)</sup>. L'opera della dottrina fu, invece, assolutamente cospicua nella successiva fase più che altro di razionalizzazione di un sistema sanzionatorio destinato ad avviarsi alla progressiva disintegrazione.

---

1986, 251 ss.; MARGARA, *La pena perduta e il carcere ritrovato: riflessione sulla crisi di una delle tante riforme incompiute*, in *Quest. giustizia*, 1993, 381 ss.

<sup>(58)</sup> Un giudizio forse un poco più unidirezionale esprime NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 315 ss., il quale, senza voler « sminuire gli effetti potenzialmente paralizzanti ai fini delle scelte di politica legislativa insiti nel perdurante e, probabilmente, irresolubile dibattito sul teleologismo della pena detentiva », ritiene tuttavia rilevante il divario esistente tra l'elaborazione dottrinale e le realizzazioni e le proposte riformistiche. A nostro avviso, come si dice nel testo, le ragioni più sostanziali della discrasia esistente tra pensiero giuridico e realizzazione legislativa in ordine al sistema sanzionatorio, risiedono in una persistente tendenza legislativa ad un'utilizzazione delle riforme dell'esecuzione penale per finalità prevalentemente *extrasanzionatorie*, siano esse quelle di surrogare la mancata riforma della parte speciale ovvero quelle di agevolare la collaborazione processuale del detenuto (come, del resto, non manca di notare lo stesso NEPPI MODONA, *op. cit.*, 325 e 327).

<sup>(59)</sup> Anche se non mancarono alcuni settori della dottrina penalistica che mostrarono una pronta sensibilità e una viva attenzione alle prospettive di riforma legislativa che sfociarono poi nella legge n. 354/1975: AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1975.

<sup>(60)</sup> V. ampiamente NEPPI MODONA, *Appunti*, cit.

Peraltro, non mancarono i moniti provenienti dalla parte più impegnata della dottrina, che giustamente segnalava l'incertezza e la fragilità del pilastro su cui veniva a poggiare l'intero edificio del rinnovato sistema sanzionatorio, cioè il potere discrezionale del giudice di cognizione o di sorveglianza (vera scelta politica di « delegazione » al giudiziario), richiamando la necessità di difficili scelte « teleologiche », « finalistiche », sui criteri di governo del sistema sanzionatorio <sup>(61)</sup>.

Ma negli anni successivi la scienza sembra assumere un atteggiamento di sostanziale rassegnazione di fronte alle sempre più evidenti connotazioni « politiche » delle riforme sanzionatorie, quale in particolare e soprattutto la c.d. legge Gozzini del 1986. Tuttavia, la dottrina non cessa di mettere in guardia contro il caos imperante ormai nel sistema sanzionatorio, e soprattutto di segnalare il pericoloso ed abnorme scollamento tra i quadri sanzionatori edittali, cui deve necessariamente guardare il giudice della cognizione, e lo strumentario degli istituti « alternativi » posto nelle mani del giudice dell'esecuzione <sup>(62)</sup>. E, proprio nei giorni presenti, non è escluso che questi rilievi abbiano trovato in qualche modo ascolto presso il legislatore, in consonanza da un lato con un più generale orientamento politico diretto a ridonare un po' di razionalità ed efficienza al sistema della giustizia penale e, dall'altro, in virtù della specifica competenza e sensibilità di singoli « legislatori » di formazione penalistica <sup>(63)</sup>.

##### 5. *Successi ed insuccessi della scienza penale nel diritto penale in trasformazione.*

Non sapremmo dire se l'indirizzo pragmatico-finalistico orientato alle conseguenze e aperto alle verifiche empiriche sia oggi maggioritario nella scienza penale italiana che si occupa di politica criminale e di criteri e scelte di criminalizzazione. Fatto sta che, in ogni caso, questo indirizzo è riuscito ad intavolare, negli anni '80, un

---

<sup>(61)</sup> V. per tutti DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 398 ss.; ID., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, *ivi*, 797 ss.

<sup>(62)</sup> NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 328 spec.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.

<sup>(63)</sup> Si allude al progetto di legge sulle misure alternative approvato prima dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati, sotto la presidenza e l'impulso dell'on. Giuliano Pisapia, e poi dall'aula il 1° ottobre 1996 (C 464) e attualmente in discussione al Senato (S 1406), ove si tenta una razionalizzazione dei rapporti tra misure alternative e sospensione condizionale della pena, peraltro sempre in un'ottica di sfooltimento carcerario e attraverso modifiche di carattere processuale anziché sostanziale.

dialogo con il legislatore non privo di qualche risultato interessante e significativo. Ma occorre subito precisare e circoscrivere l'affermazione poiché anche qui non mancano contraddizioni e paradossi. In effetti, se l'indirizzo costituzionalistico fu tacitamente ma chiaramente rifiutato dal legislatore, almeno nella sua parte più innovativa concernente la selezione dei beni giuridici da tutelare, l'indirizzo pragmatico-finalistico fu al contrario tanto formalmente consacrato dal legislatore, almeno nel suo nucleo centrale, quanto praticamente ignorato nella quotidiana prassi di legiferazione.

Certamente l'ispirazione di fondo dell'indirizzo in esame è diversa nella sua formulazione scientifico-dottrinale, da un lato, e nella sua recezione pratico-legislativa, dall'altro: ad onta delle apparenze, le radici teoriche di questo « pragmatismo » sono assai lontane dall'agnosticismo della decisione caso per caso e affondano invece in un consapevole e meditato rifiuto di ogni contaminazione metafisica del diritto penale e, ancora più in fondo, in una sorta di ansia laica e civile a che l'ineliminabile componente di strumentalizzazione violenta dell'uomo insita nella pena sia contenuta in spazi il più circoscritti possibile. Nella recezione legislativa di questa impostazione domina piuttosto una generica preoccupazione di efficienza, di tenuta, di sopravvivenza di un sistema della giustizia penale che l'inflazione legislativa spinge giorno dopo giorno sull'orlo di una totale *débâcle*. Preoccupazione, del resto, che assilla tutti gli ordinamenti penali delle società tecnologicamente avanzate.

Dunque, diversità di motivazioni di fondo ma comunanza di intenti finali per giuristi e legislatori. Ma c'è dell'altro che contribuisce a spiegare la contraddizione, il paradosso cui accennavamo dianzi.

5.1. *I criteri « scientifici » di criminalizzazione nelle tendenze legislative di depenalizzazione e razionalizzazione del sistema penale.*

I criteri generali di criminalizzazione sviluppati dall'indirizzo pragmatico-empirico-finalistico entrano a piè pari nel campo della politica criminale parlando un linguaggio diretto al legislatore, privo della mediazione dogmatica e pertanto assai più interessante per un legislatore assillato — almeno nelle proclamazioni elettorali e nei

programmi di Governo — da un'inefficienza galoppante del sistema. D'altro lato, i criteri elaborati dalla scienza penale hanno carattere dichiaratamente metodologico, di razionalizzazione delle scelte di criminalizzazione ma non impingono nei contenuti specifici della tutela: il che contribuisce decisamente a vincere la naturale diffidenza del legislatore verso il discorso scientifico caratterizzato da forte connotazione politico-criminale. Il rapporto tra elaborazione scientifica e recezione legislativa si fa pertanto più duttile ed articolato, dovendosi in effetti distinguere tra il momento della formulazione dei criteri di criminalizzazione e quello della loro gestione-concretizzazione sul piano della quotidiana attività di legiferazione.

Per quanto riguarda il momento della *formulazione*, non si può celare la soddisfazione di constatare tutto un *trend* in senso ampio legislativo di progressiva recezione dei criteri di criminalizzazione elaborati dall'indirizzo scientifico di cui stiamo discorrendo. Negli anni '80 si susseguono invero testi normativi che fanno propria la formulazione dei criteri di derivazione scientifica e che si pongono come avvenimenti particolarmente significativi — anche per la loro consonanza o risonanza all'estero — nell'evoluzione recentissima del diritto penale italiano. Basti pensare alla grande legge di « modifiche al sistema penale » del 24 novembre 1981, n. 689 <sup>(64)</sup>; alle due Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 e del 5 febbraio 1986, rispettivamente sul riparto tra sanzioni

---

<sup>(64)</sup> V. in particolare l'intervento, negli Atti di questo convegno, di LUPO, *Innovazioni nelle materie penalistiche: una testimonianza*, ove bene si coglie il passaggio dall'elaborazione scientifica alla progettazione tecnico-politica. Per più ampie notizie sull'*iter* parlamentare di elaborazione ed approvazione della legge, che comunque non fu lunghissimo (1977-81), v. PALIERO, *L'iter della legge*, in AA.VV., *Commentario delle « Modifiche al sistema penale »*, Milano, 1982, 7 s.

Preme semmai sottolineare come, nonostante la dimensione come al solito spiccatamente « politica » della fase elaborativa della legge, in quell'occasione non mancò un interessamento, se non un vero e proprio coinvolgimento di almeno una parte della dottrina. Ne sono indici, fra gli altri, la puntuale pubblicazione dei testi preparatori sulle principali riviste giuridiche (v. PALIERO, *op. ult. cit.*) e il dibattito congressuale (v. ad es. *Misure alternative e depenalizzazione in una moderna prospettiva di difesa sociale* (Roma, 2-3 dicembre 1977), in *Rass. penit. crim.*, 1979, fasc. 3-4) e non (v. ad es. DOLCINI-PALIERO, *I « principi generali » dell'illecito amministrativo nel disegno di legge « modifiche al sistema penale »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1154 ss.; PADOVANI, *La pena pecuniaria nel progetto di « modifiche al sistema penale »*, *ivi*, 1182 ss.) che ne seguì.

penali e sanzioni amministrative e sulla scelta tra delitti e contravvenzioni <sup>(65)</sup>; alle ultime leggi « comunitarie », nella parte in cui contengono criteri di delega per l'attuazione sanzionatoria delle direttive comunitarie <sup>(66)</sup>.

Solo per chi non abbia dimestichezza con questi documenti normativi, può essere qui sinteticamente riferito che la legge n. 689/1981 costituisce, innanzitutto, il necessario presupposto della successiva elaborazione dei criteri di criminalizzazione in quanto fonda una disciplina organica dell'illecito amministrativo punitivo, di cui l'Italia era sostanzialmente sprovvista. In ciò la legge n. 689/1981 rappresenta il felice risultato del connubio tra le indicazioni politico-criminali di ascendenza garantistico-costituzionale (la teoria dei beni giuridici costituzionali e il principio di offensività) <sup>(67)</sup> e quelle provenienti da un indirizzo scientifico, allora agli inizi di un fecondo sviluppo, che propendeva per un'intensa valorizzazione della comparazione al fine non solo della ricostruzione « scientifica » di principi a valenza tendenzialmente universale, ma anche e soprattutto della concreta progettazione di modelli di disciplina da offrire all'utilizzazione legislativa <sup>(68)</sup>. Inoltre, la legge n. 689/1981, nel suo consistente intervento di depenalizzazione, costituisce un'anticipazione applicativa — quasi *in corpore vili* —

---

<sup>(65)</sup> Anche alle due circolari, che per la loro stessa natura registrano la prevalenza della componente « culturale » su quella « politica », una parte della dottrina non mancò di dedicare una particolare attenzione partecipativa: v., senza pretesa di completezza, DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 779 ss.; LATTANZI, *Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251 ss.; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen.*, 1986, 35 ss.

Degno di nota è poi l'interesse che i due documenti normativi suscitarono all'estero: v. la loro traduzione francese in *Arch. pol. criminelle*, 1987, 190 ss., preceduta da una presentazione di A. BERNARDI, *Expériences italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, *ivi*, 171 ss.

<sup>(66)</sup> Si fa riferimento all'art. 2 legge 22 febbraio 1994, n. 146 e all'art. 3 legge 6 febbraio 1996, n. 52, ove sono dettati criteri direttivi generali per la scelta delle sanzioni penali e amministrative a tutela dell'osservanza dei precetti contenuti nei decreti delegati per l'attuazione delle direttive comunitarie. Tali criteri si fondano sulla natura degli interessi tutelati, nonché sulla specie e gravità dell'offesa.

<sup>(67)</sup> V. *retro*, § 4.

<sup>(68)</sup> V. ad es. DOLCINI-PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1134 ss.; ID.-ID., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.

di quei criteri di selezione dell'illecito penale e di distinzione da quello amministrativo (rango dell'interesse tutelato, intensità dell'offesa, necessità della pena) che saranno « normativizzati » in forma generale in seguito, prima con l'inconsueto strumento della circolare della Presidenza del Consiglio indirizzata agli uffici legislativi di tutti i Ministeri, e poi con le leggi di delegazione al Governo sia per l'attuazione interna delle direttive comunitarie (onde cercare di contenere il rischio in esse implicato di un effetto indotto di grossa inflazione penale), sia per la razionalizzazione e depenalizzazione di settori nevralgici del sistema penale (come, ad esempio, quello del lavoro, delle leggi di pubblica sicurezza, ecc.).

Sul versante della *gestione-concretizzazione* dei criteri di criminalizzazione il quadro si presenta invece assai differente, ancorché si debba nettamente distinguere tra le proclamazioni che i partiti e le loro coalizioni consegnano ai programmi di Governo in occasione delle competizioni elettorali e la continuità della successiva attività di iniziativa e produzione legislativa svolta nella quotidianità dell'azione governativa e parlamentare. Se nelle prime non mancano assai spesso numerosi e significativi momenti di convergenza tra le indicazioni provenienti dal mondo scientifico e i programmi elettorali per la giustizia penale <sup>(69)</sup>, nella seconda invece rimane di regola ben poco di quell'intesa tra giurista e legislatore. Quest'ultimo soccombe anche in penale alla schiavitù della contingenza incalzante, subisce le pressioni irresistibili di *lobbies* e gruppi varii, inclina regolarmente a quella prassi emergenziale e a quell'uso simbolico tipico del diritto penale e a cui accenneremo tra poco. Nella

---

<sup>(69)</sup> Con particolare riferimento alle ultime elezioni politiche del 21 aprile 1996, si può — come al solito — constatare (SCOTTI, *La riforma della giustizia nei documenti elettorali dei maggiori schieramenti politici*, in *Doc. giustizia*, 1996, 809 ss.) una certa omogeneità di propositi — anche tra le stesse coalizioni principali — per quanto concerne le linee generalissime della politica sanzionatoria in particolare, ove si punta ad un ampliamento delle misure alternative alla detenzione e ad un potenziamento della depenalizzazione (senza contare, invece, il sempre attuale tema della criminalità organizzata e soprattutto del ruolo del « pentitismo », in ordine al quale si registrano tra i partiti posizioni meno omogenee). Le suggestioni della scienza sono, poi, particolarmente avvertibili nel programma dell'« Ulivo », ove in effetti ci si ripromette di toccare due temi, come sono il concorso di persone nel reato e la responsabilità delle persone giuridiche, non solo decisamente « cari » alla riflessione teorica, ma anche difficilmente abordabili con serietà senza l'ausilio di tutto un patrimonio conoscitivo (anche comparatistico) che specialmente la cultura giuridica è in grado di offrire.

quotidianità dell'innovazione legislativa si sviluppa così una produzione inflazionistica, minuta e minore, in chiave spesso meramente sanzionatoria di discipline extrapenali, comunque lontanissima dai canoni teorici (« scientifici ») di criminalizzazione, sebbene debbasi dare atto di un recente filone legislativo, essenzialmente ma non esclusivamente di « depenalizzazione », nel quale quei criteri — in particolare i principi di proporzione e di sussidiarietà del diritto penale — trovano una concretizzazione legislativa.

Più precisamente, a parte certi richiami espressi ai principi e criteri di criminalizzazione contenuti anche in importanti leggi ordinarie di disciplina penale di *nuove* materie e *nuovi* interessi (come, ad esempio, la legge 23 dicembre 1993, n. 547, sulla c.d. criminalità informatica) <sup>(70)</sup>, è soprattutto nell'intervento depenalizzante concernente discipline *vecchie* o comunque esistenti che si coglie un'attiva influenza della scienza. Alla fine del 1993, per impulso di un Ministro della giustizia che cumula la doppia veste di scienziato autorevolissimo delle discipline penalistiche e di legislatore (si tratta di Giovanni Conso), viene approvata dal Parlamento una serie di deleghe al Governo per il riordino di talune materie nevralgiche (testo unico di pubblica sicurezza, diritto penale del lavoro, ecc.). La complessità tecnica dell'intervento razionalizzatore permette, ed anzi impone, il ricorso alla legislazione delegata <sup>(71)</sup>, consentendo così di attribuire un ruolo centrale all'attività di Commissioni ministeriali ove è facilmente riconoscibile il contributo essenziale di studiosi specialisti della materia. Soprattutto nel delicato settore del diritto penale del lavoro <sup>(72)</sup>, la delega legislativa (legge 6 dicembre 1993, n. 499) viene esercitata in piena e naturale consonanza con molti di quei principi di politica criminale e di legislazione penale dovuti all'elaborazione scientifica: coi decreti delegati del 24 marzo

---

<sup>(70)</sup> V. la *Relazione al disegno di legge governativo n. 2773*, presentato alla Camera dei Deputati l'11 giugno 1993, p. 4.

<sup>(71)</sup> Cfr. *Relazione al disegno di legge recante delega al Governo per la riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro*, in *Atti parlamentari*, Camera dei Deputati, XI Leg., n. 2496, del 26 marzo 1993, p. 2: « l'esigenza di procedere ad una riconsiderazione analitica dei settori di intervento normativo e di prospettare un vigile rimaneggiamento, suggerisce il ricorso alla delega legislativa, trattandosi in definitiva di un'attività tecnicamente molto complessa per il numero e la stratificazione delle disposizioni incriminatrici da rivalutare. È peraltro opportuno stabilire principi e criteri direttivi particolarmente analitici per la necessità di ricondurre saldamente alla volontà del Parlamento le scelte politico-criminali correlate ad una cospicua risistemazione normativa ».

<sup>(72)</sup> PADOVANI, *Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 506 ss.

1994, n. 211, del 9 settembre 1994, n. 566 e del 19 dicembre 1994, n. 758, la nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro realizza la riqualificazione di quelle violazioni lesive dei beni di diretta rilevanza costituzionale, come la salute del lavoratore, la depenalizzazione degli illeciti minori e « formali », la previsione di nuovi istituti sanzionatori, come particolari forme di estinzione della punibilità connesse all'adempimento di prescrizioni specifiche: interventi tutti ispirati al superiore principio di *extrema ratio* del diritto penale e miranti al generale obiettivo di efficienza del sistema penale <sup>(73)</sup>.

I maggiori limiti « scientifici » di questo cospicuo filone di razionalizzazione sanzionatoria di alcuni settori particolari, discendono dal tipo di intervento modificativo — la revisione (mediante delega) di discipline *preesistenti* anziché la loro rinnovazione *ab imis* (mediante legge parlamentare) — prescelto proprio al fine, tra l'altro, di assicurare in pratica un'adesione ai criteri « scientifici » di criminalizzazione più completa di quanto sarebbe stato possibile con l'intervento diretto ed esclusivo del Parlamento. In effetti, la revisione puntuale e per forza di cose frammentaria della disciplina preesistente, comporta talvolta un risultato normativo finale non facilmente intellegibile, come la Corte costituzionale non ha mancato di stigmatizzare a proposito ad esempio della depenalizzazione delle leggi di pubblica sicurezza <sup>(74)</sup>.

## 5.2. *I limiti del contributo della scienza nella prassi legislativa dei criteri di criminalizzazione.*

Certamente, all'origine di questo pur persistente divorzio c'è un vizio inveterato nella prassi legislativa italiana, ma v'è anche dell'altro. È per l'appunto il postulato centrale di questo indirizzo scientifico, cioè l'asserita necessità della verifica empirica delle scelte di criminalizzazione, a incontrare obiettive difficoltà e contraddizioni pratiche. Chi dovrebbe fornire le conoscenze tecniche, e soprattutto organizzarle e canalizzarle giuridicamente, ai fini delle verifiche empiriche preventive e successive? Piuttosto che le burocrazie ministeriali, sembrerebbe proprio dover essere la « scienza » a rivendicare un ruolo principale in questa metodologia di progettazione

---

<sup>(73)</sup> Per un quadro riassuntivo, cfr., tra gli altri BUTTARELLI, *Decriminalizzazione e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: tre passi avanti per un lungo cammino*, in *Cass. pen.*, 1994, 1140 ss.; MORANDI, *Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro*, in *Leg. pen.*, 1995, 477; ID., *Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, *ivi*, 1996, 309 ss.

<sup>(74)</sup> Corte cost., sent. 29 gennaio 1996, n. 13, in *Giust. pen.*, 1996, I, 171.

legislativa (75). Ma gli interrogativi continuano ad affastellarsi. Potrebbe il legislatore, nella lentezza dei suoi tempi decisionali sempre paradossalmente incalzato dall'urgenza, avere la pazienza di attendere i contributi di valutazione empirica in ipotesi commissionati alla scienza? Potrebbe la scienza, in particolare la scienza accademica com'è nella sua quasi totalità quella giuridica, essere nelle condizioni obiettive, strutturali, materiali di offrire il suo contributo di valutazione empirica? E inoltre, almeno fino a che la scienza penale non avesse maturato una diversa *forma mentis* consona a questo suo nuovo ruolo, non c'è il rischio che essa rimanga travolta e schiacciata dall'ingovernabile mondo degli empirismi specialistici perdendo così l'orientamento di punti valutativi? Non v'è infine, un ceto di giuristi non-legislatori che possiede già una dimestichezza con la realtà empirica, tale da accreditarlo quale interlocutore privilegiato del legislatore? Senz'altro sì: la magistratura ha una conoscenza diretta della realtà empirica e, soprattutto, delle necessità di strumenti tecnico-giuridici per la sua disciplina penale. Ne consegue che, nella prassi legislativa ormai divenuta corrente, è la « consulenza giudiziaria » più che quella « scientifica » ad imporsi in sede di valutazione empirica (76). Il che comporta, non solo un ulteriore fattore di spostamento del baricentro della radicazione effettiva del sistema penale verso zone istituzionalmente prive di legittimazione democratica, ma anche e soprattutto una crescente conformazione del diritto penale sostanziale in senso repressivo-processuale-probatorio (77).

---

(75) « ... sembrano (...) prevalere visioni decisionistiche che tendono a contrarre anziché espandere i controlli fattuali e valutativi del potere legislativo, e a dare la corsia preferenziale a pacchetti di riforme, ricchi solo della solipsistica fantasia di volenterosi uffici legislativi, sprovvisti della base conoscitiva necessaria per un'incidenza mirata sulla realtà e, se del caso, per correzioni di tiro ». « In queste condizioni — e sono le condizioni, fattuali e culturali, in cui sono costretti a lavorare gli uffici legislativi del Ministero di grazia e giustizia — possono essere compiute operazioni legislative puramente ideologiche e simboliche » (MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, cit., 27 e 30).

(76) Un cenno nello stesso senso in FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 56; NOBILI, *Verso un nuovo garantismo? Spunti per gli studenti di sociologia del diritto*, in *Crit. dir.*, 1996, 246.

(77) Sotto questo profilo, un'altra situazione paradossale è constatabile nell'evolu-

Non sono certo rari gli esempi che possono essere addotti di questa contiguità tra esigenze (ed indicazioni) giudiziario-giurisprudenziali e innovazione legislativa. A parte la linea di tendenza costituita dalle fattispecie incriminatrici costruite su chiare esigenze probatorie, cioè di alleggerimento dell'onere probatorio e quindi sostanzialmente di sospetto, mette conto qui ricordare in particolare due esempi specifici. L'uno, assai noto per la sua emblematicità, è quello della figura criminosa dell'associazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.), introdotta con la legge Rognoni-La Torre (legge 13 settembre 1982, n. 646) ad immagine e somiglianza della nozione di associazione mafiosa che la giurisprudenza era venuta elaborando in sede di applicazione delle misure di prevenzione di cui alla legge speciale del 1965<sup>(78)</sup>. L'altro esempio è costituito dalla duplice riforma dell'usura (legge 7 marzo 1996, n. 108, di riordino e modifica dell'intera materia, che era già stata modificata dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356). Obiettivamente sollecitata dalla diffusione del fenomeno e dal suo collegarsi con la criminalità organizzata, essa obbedisce a esigenze giudiziarie di carattere prevalentemente probatorio o quantomeno processuale, sia per quanto concerne la dilatazione (del resto effettuata dalla giurisprudenza già sulla base del vecchio testo) dello « stato di bisogno » personale fino alle « condizioni di difficoltà economica o finanziaria di persona che svolge un'attività imprenditoriale o professionale », sia per quanto riguarda il sistema di determinazione rigida della soglia di « usurarietà »<sup>(79)</sup>. Pur non essendo riuscito a vedere la luce dell'approvazione legislativa, non è meno significativo per la complessa dinamica che esso evidenzia dei rapporti tra le varie componenti della produzione giuridica lo schema, elaborato nel pieno delle « mani pu-

---

zione del rapporto tra scienza e legislazione penale. Se, infatti, la scienza ha per lunghi anni inclinato ad un'elaborazione teorica sottratta alla verifica della prassi e, soprattutto, della sua compatibilità col modello processuale (in argomento, v. fondamentalmente BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 453 ss.), questa situazione ha finito per produrre — nei fatti — l'opposta reazione di un sopravvento che le esigenze processuali hanno preso su quelle, anche costituzionali, del diritto penale sostanziale (NOBILI, *Principio di legalità e processo penale. In ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 656; ID., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, 264 ss.).

<sup>(78)</sup> TESSITORE, *Commento all'art. 13, legge 13 settembre 1982, n. 646*, in *Legislaz. pen.*, 1983, 295; in senso diverso, SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 60.

<sup>(79)</sup> V. l'efficace sintesi di PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium Iuris*, 1996, 771; PISA, *Mutata la strategia di contrasto al fenomeno dell'usura*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 418. Secondo CAVALIERE, *L'usura tra prevenzione e repressione: il ruolo del controllo penalistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1206 ss., i termini di ricostruzione della fattispecie, sulla base dei criteri di criminalizzazione di offensività, *ultima ratio* ed effettività, avrebbero dovuto essere molto diversi da quelli legislativi.

lite » milanesi da un gruppo di giuristi pure milanesi ad immagine e somiglianza della prassi applicativa instaurata dalla Procura della Repubblica di Milano (eliminazione della distinzione tra corruzione e concussione, responsabilità del privato per ogni ipotesi di dazione di denaro, obbligo della custodia cautelare, riconoscimento « sostanziale » della collaborazione processuale) <sup>(80)</sup>. Qui l'aspetto più clamoroso della vicenda fu che alcuni « scienziati » si assunsero essi stessi il compito di dare veste normativa alle esigenze della prassi requirente, suscitando una reazione negativa in altra parte della comunità scientifica <sup>(81)</sup>. La cosa non fece poi grandi passi in avanti, verosimilmente più per la comprensibile ancorché sorda ostilità del mondo politico che per le critiche ricevute dalla scienza (anch'essa, peraltro, non del tutto immune in quella vicenda da preoccupazioni anche extraculturali).

D'altra parte, in assenza di canali e luoghi formalizzati di costante e regolare incontro col legislatore, può la scienza penale interessarsi dell'incessante produzione legislativa penale in certo senso « minore » ma ove si consumano i più flagranti e clamorosi tradimenti dei criteri razionali di criminalizzazione? La scienza penale italiana ha certamente superato il vecchio complesso di superiorità nei confronti della parte speciale <sup>(82)</sup>, ma si è interessata — spesso con attenzione puntuale e assidua — prevalentemente alle « grandi » riforme della parte speciale: le riforme dei reati tributari, dei delitti contro la pubblica amministrazione, dei reati di violenza sessuale, della disciplina degli stupefacenti, ecc. Peraltro la delica-

---

<sup>(80)</sup> *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*, con relative *Note illustrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1025 ss.

<sup>(81)</sup> V., tra gli altri, GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di manipolite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2341 ss.; MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 463 ss. In particolare, cfr. la meditata riflessione di PADOVANI, *Il problema « Tangentopoli » tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, *ivi*, 448 ss.

<sup>(82)</sup> Probabilmente, però, è ancora vigente la tacita regola concorsuale secondo la quale l'accesso alla cattedra universitaria è precluso a chi non si sia cimentato nella teoria generale del reato. Ma, a parte ciò, alcuni fondamentali lavori di questo dopoguerra hanno metodologicamente affrancato lo studio della parte speciale dall'angusta impostazione esegetica per conferirgli una nuova e reale dignità scientifica. V., senza pretesa di completezza, PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991.

tezza politica di queste materie, che fosse tale per motivi di esibizione simbolica della spada penalistica (leggi sugli stupefacenti e sulla violenza sessuale, ad es.) ovvero per motivi di equilibrio tra interessi forti (riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione e più in generale riforme di diritto penale economico), ha regolarmente comportato una sostanziale sordità del legislatore alle indicazioni formulate dalla dottrina <sup>(83)</sup>.

Uno dei più frequentati « luoghi » di questo incontro fra giuristi e legislatori, uno dei principali veicoli di penetrazione della scienza giuridica nel mondo della produzione legislativa, sembrerebbe essere quello delle Commissioni ministeriali di studio. Assai note quale strumento « istituzionale » di ausilio preparatorio alla legislazione, di esse è pressoché ignoto tutto il resto: dai criteri di costituzione e di nomina, alla loro composizione, all'andamento dei loro lavori: e, in fondo, è abbastanza naturale che sia così. Peraltro, in via generalissima, si può osservare che, se da un lato l'equilibrio tra sapere scientifico ed indicazioni politico-legislative dipende ovviamente in gran parte dalla consistenza rispettiva delle componenti

---

<sup>(83)</sup> A titolo esemplificativo si potrebbe ricordare la vicenda della riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, la prima grande riforma repubblicana della parte speciale del codice Rocco (legge 26 aprile 1990, n. 86). Nascente da un dichiarato intento, sostanzialmente condiviso dalla dottrina, di contenere l'intervento « suppletivo » della magistratura penale (o di una sua parte) nel campo della discrezionalità amministrativa, la riforma ha finito per ottenere un effetto contrario. Non totalmente sorda ad alcune indicazioni dottrinali, per quanto riguarda in particolare le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale, la revisione delle fattispecie non tenne gran conto invece (specie per quanto riguarda l'abuso di potere) dei suggerimenti che pure la dottrina in questa occasione fu in grado di formulare (v. ad es. gli Atti del Convegno dell'ISISC, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1987). Lo impedirono sia — *more solito* — il sopravvenire ad un certo punto di « motivi di urgenza » che affrettarono l'*iter* parlamentare, sia la preoccupazione di dare un'impressione di eccessivo alleggerimento della risposta penale in un settore politicamente tanto delicato. Ripropostasi pertanto nuovamente l'esigenza di una revisione in particolare dell'abuso di ufficio, sembra riprodursi in questi giorni (settembre '96) un pericolo simile. Per quello che è possibile conoscere, pare che all'attività di una Commissione ministeriale di studio, ove sono presenti alcuni dei maggiori specialisti della materia, si affianchi l'attività di progettazione svolta in proprio in sede politica, parlamentare specificamente. Il tutto sullo sfondo dell'attesa di una pronuncia della Corte costituzionale, che potrebbe assumersi autorevolmente il compito di sciogliere un nodo politicamente — oltre che tecnicamente — difficile. Cfr. in argomento FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio*, in *Quest. giust.*, 1996, 308; CICALA, *A proposito di riforma del reato d'abuso d'ufficio*, *ivi*, 321 ss.

accademica e ministeriale, è indubbio dall'altro che vi è anche un problema di rapporto della Commissione (e dei suoi lavori) con la comunità scientifica esterna. Soprattutto quando si tratta di argomenti di grande attualità politica o d'interesse anche scientifico e culturale, funzionalità progettuale e rappresentatività scientifica delle Commissioni divengono termini di una relazione alquanto difficile. Se, infatti, l'esiguità numerica della componente accademica contribuisce a garantirne la funzionalità, specie quando gli « scienziati » siano oculatamente scelti tra di loro « affiatati », con qualche rischio peraltro di sudditanza rispetto alla componente ministeriale, diventa però difficile che l'intera o la gran parte della comunità scientifica si senta rappresentata in Commissione. Al contrario, se la componente accademica è particolarmente ampia e rappresentativa, in una Commissione dunque necessariamente consistente, ne risulterà fatalmente pregiudicata la funzionalità <sup>(84)</sup>. Verosimilmente, la soluzione più equilibrata e adeguata non è la medesima per tutte le evenienze, ma dipende — tra l'altro — dal tipo di atto legislativo perseguito, se legge, legge delega, decreto delegato, ecc., e dalla natura dell'argomento *sub lege*.

In conclusione, le « fortune legislative » senza dubbio arrise all'indirizzo scientifico pragmatico-finalistico non possono indurre eccessivi entusiasmi. Non solo perché l'adesione del legislatore in sede di semplice formulazione dei criteri di criminalizzazione è assai poco impegnativa sul piano della loro effettiva gestione-concretizzazione. Non solo perché sul piano delle valutazioni empirico-fattuali sono poi i modelli di soluzione proposti dalla magistratura ad avere le maggiori probabilità di successo. Ma anche perché, in assenza di luoghi istituzionali aperti e trasparenti di incontro tra giuristi e legislatori, gli scienziati occasionalmente presenti in questa piuttosto che in quella Commissione ministeriale possono correre il rischio di svolgere un ruolo di sostanziale coper-

---

<sup>(84)</sup> Per esempio, a proposito della legge delega per un nuovo codice penale, il Guardasigilli Vassalli, quando nominò la Commissione ministeriale presieduta dal prof. Pagliaro (con decreto ministeriale dell'8 febbraio 1988, al quale seguirono i tre successivi decreti del 30 dicembre 1988, 30 dicembre 1989 e 29 dicembre 1990, di proroga dei lavori della Commissione), aveva perfettamente presente questo genere di problemi (VASSALLI, *Presentazione*, cit., 4). Peraltro, proprio trattandosi di legge delega e — soprattutto — di tema tanto caro alla scienza, anzi — si potrebbe dire — caro più alla scienza che al legislatore, sarebbe stata forse più opportuna una composizione più vasta. Senza contare, poi, una certa qual anomalia constatabile nella completa assenza della componente ministeriale, magistratuale e forense.

tura o, al più, di mero ausilio tecnico, rispetto a scelte maturate *aliunde* e fortemente condizionanti.

Una delle poche e più recenti analisi dei rapporti tra cultura giuridica e produzione legislativa giunge a una diagnosi ancor più pessimistica, lumeggiando in particolare il versante della politica penale dei partiti e della decadenza di rappresentatività e di progettazione di questi ultimi. « Il “vuoto” di cultura politica rischia di essere colmato da un ritorno all'integralismo » punitivo, con buona pace del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale e dei criteri razionali di criminalizzazione, travolti da un dilagante *uso simbolico* della pena. In questo quadro, « non è (...) seriamente contestabile lo stato di crisi dei rapporti tra scienza e politica: a seguito della sempre più accentuata posizione di supremazia assunta dalla politica, il rapporto si è andato progressivamente trasformando in senso servente e in chiave funzionalistica » <sup>(85)</sup>.

Ancora una volta, discorso tutt'affatto diverso va svolto per quanto riguarda la penetrazione dei criteri di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

#### 6. *Contiguità e lontananze tra scienza giuridica e giurisprudenza costituzionale.*

È solo un'accezione assai larga, e in qualche modo atecnica, del fenomeno dell'« innovazione legislativa », che può consentire di prendere in considerazione i rapporti tra scienza giuridica e giurisprudenza costituzionale. È bensì vero che l'effetto « ablativo » o addirittura « modificativo » della singola sentenza di accoglimento e — più in generale — l'effetto complessivo di certi *trends* della giurisprudenza della Consulta su determinati istituti o settori dell'ordinamento hanno la capacità di contribuire efficacemente alla trasformazione della legislazione vigente, così da consentire — sotto il profilo oggettivo dei risultati — un'equiparazione tra innovazione legislativa e produzione della Corte. Ma molte sono tuttavia le caratteristiche — istituzionali e soggettive — che diffe-

---

<sup>(85)</sup> Musco, *Consenso e legislazione penale*, cit., 90: la scienza, se non si flette a cercare corrispondenze col « principe » di turno, rimane esclusa da quel perverso circuito tra il « popolo sciocco ed ignaro e gli attori del sistema politico » nel quale la legislazione penale diviene una « fabbrica di illusioni ».

renziano il rapporto che la Corte costituzionale ha con la scienza giuridica rispetto a quello che quest'ultima intrattiene invece con il legislatore. È molto facile, in effetti, rendersi conto delle plurime ragioni della maggiore contiguità esistente tra Corte e scienza giuridica <sup>(86)</sup>.

Non si tratta qui solo dell'atteggiamento in certo senso naturalmente « polemico » o quantomeno « critico » che il giudice delle leggi ha verso un prodotto legislativo sempre più condizionato dalle contingenze di una politica penale dell'emergenza quotidiana; anche altri fattori meno significativi ma non meno efficaci vengono in gioco. Per quanto riguarda comunque il primo aspetto, può essere sufficiente richiamarsi all'analisi che è stata fatta soprattutto di due fondamentali sentenze recenti della Corte costituzionale <sup>(87)</sup>, con le quali i giudici della Consulta hanno indirettamente fornito al legislatore una serie di principi direttivi coerenti col ruolo che il diritto

---

<sup>(86)</sup> Non può certo essere compito nostro quello di soffermarsi sulle caratteristiche fondamentali di elaborazione giuridica della Corte in rapporto a quelle della scienza e del legislatore. Tuttavia, è abbastanza evidente che l'innovazione legislativa tende vieppiù ad allontanarsi dai caratteri dell'attività della Corte, specie quanto al metodo di produzione giuridica. Mentre l'attività legislativa assume un carattere sempre più « decisionale » ed ha a che fare con « regole » di limitata portata, quella della Corte ha carattere « argomentativo » e ha a che fare con « principi » (su tutto ciò, v. le illuminanti parole di MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 115). Se ciò avvicina la Corte alla scienza, altri motivi di prossimità metodologico-culturale sono l'ispirazione alla « ragionevolezza » e l'orientazione alle conseguenze dei modelli argomentativi della Consulta. Con riguardo a quest'ultimo profilo, innegabile è la situazione paradossale oggi ravvisabile nel fatto che l'orientazione alle conseguenze è proposta dalla scienza come criterio fondamentale non solo di interpretazione ma anche di legiferazione, mentre per contro il legislatore rimane spesso indifferente alle conseguenze dei suoi prodotti.

<sup>(87)</sup> Si tratta delle due fondamentali sentenze in tema di ignoranza della legge penale (sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1402, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza della legge penale: « prima lettura » della sent. n. 364/1988*) e di potestà penale delle Regioni (sent. 30 ottobre 1989, n. 487, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1562, con nota di PIERGALLINI, *La potestà penale delle Regioni, oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza costituzionale*). Furono entrambe dovute alla penna di un finissimo penalista, molto sensibile — anche per la sua formazione ideologico culturale — al profilo « personalistico » del diritto penale, e che ben seppe armonizzare questa sensibilità con l'indirizzo empirico-razionale più recentemente diffusosi nella dottrina di matrice « laica »: si tratta del compianto Renato Dell'Andro.

penale dovrebbe avere di strumento di *extrema ratio*, in ragione non solo dei suoi penetranti contenuti sanzionatori ma anche del « coinvolgimento personalistico » — dell'intera personalità, anche morale — del reo che esso comporta <sup>(88)</sup>. In particolare, si può parlare di un vero e proprio capovolgimento di prospettiva che la Corte addita al legislatore, facendo propri i risultati del più cospicuo filone dottrinale degli ultimi anni. La Corte, nel richiamare il legislatore ai requisiti fondamentali di formulazione della norma penale, lo invita implicitamente a legiferare prestando attenzione più al momento di efficacia (preventiva) della minaccia penale verso i cittadini che a quello (successivo) dell'applicazione ed irrogazione della sanzione, del gioco di reciproco condizionamento ed interferenza in cui vengono ad interagire i vari istituti penalistici.

Un ruolo ulteriormente polemico e contestativo delle scelte legislative assume la Corte anche con il progressivo intensificarsi del controllo di ragionevolezza sulle singole norme incriminatrici. Pur rimanendo un terreno altamente problematico, ove non mancano cautele ed esitazioni, è indubbio che negli anni più recenti il controllo di ragionevolezza si è sviluppato dalle censure concernenti vere e proprie « sviste » del legislatore fino al controllo dell'intrinseca « adeguatezza » della disciplina normativa allo scopo di politica criminale, passando per tutta una serie di pronunce sulla proporzione della pena <sup>(89)</sup>. Ma, di questo *trend* giurisprudenziale, che certamente è potenziale portatore di intense tensioni col potere legislativo, preme sottolineare che esso si è sviluppato in relativa

---

<sup>(88)</sup> V., per quest'analisi, il contributo di G.A. DE FRANCESCO, *Il principio di colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, presentato a questo Convegno; ma già prima, v. *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 21 ss.

<sup>(89)</sup> Impossibile in questa sede procedere a citazioni, anche solo esemplificative, di questa copiosa e complessa giurisprudenza. Ci limitiamo, data l'importanza e la novità dello schema argomentativo, a ricordare la recente sentenza che si è spinta a valutare l'adeguatezza razionale della disciplina legislativa all'opzione politico-criminale: sent. 2 novembre 1996, n. 370, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1473 (con commento di PISA, *I reati « di sospetto » nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 1477), che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 708 c.p. sul possesso ingiustificato di valori. Per il resto, rinviamo alla recente analisi di INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 1997, 264.

autonomia dalla scienza giuridica penalistica, che in effetti si è interessata in modo solitamente episodico del problema <sup>(90)</sup>.

Più in generale, poi, una delle ragioni del rapporto privilegiato esistente tra scienza giuridica e Corte costituzionale risiede nella sostanziale identità delle radici che legittimano l'operato dell'una e dell'altra. Ovvio essendo il ruolo della Corte di custode dei principi *garantistici* del diritto penale ed essendosi inoltre assunta — per mezzo dell'art. 3 Cost. — l'ulteriore compito di *razionalizzazione* del sistema, la scienza giuridica viene così a condividere in definitiva con la Corte il fondamento sostanziale del proprio ruolo, che in effetti abbiamo visto consistere prevalentemente nella garanzia dei principi fondamentali e della razionalità sistematica dell'ordinamento. Anche se questa comunanza di radici ispiratrici non significa — come già si è visto e come ancora vedremo tra un attimo — appiattimento della Corte sulle indicazioni provenienti dalla dottrina.

Infine, premesso che — almeno nello spirito del costituente — il sistema di designazione dei giudici costituzionali dovrebbe per l'appunto garantire una partecipazione della scienza all'attività di controllo delle leggi, ne viene che, sebbene nella giurisprudenza della Corte siano sovente rintracciabili le impronte personali dei singoli giudici che hanno trasferito nelle sentenze la loro propria scienza oltre che sensibilità giuridica, tuttavia sembra qui essere più attenuato quel fenomeno di vera e propria « personalizzazione » dei pochi successi ottenuti dalla scienza nella sede propriamente legislativa (v. oltre, § 8). E ciò non solo perché, da un lato, la provenienza culturale dei giudici costituzionali li rende, anche se non specialisti della specifica disciplina, assai più recettivi nei confronti degli indirizzi scientifici esistenti, ma anche e soprattutto perché, dall'altro lato, il « luogo » ove e i metodi con cui le indicazioni (« legislative ») provenienti dalla scienza debbono essere mediate tra

---

<sup>(90)</sup> V., però, almeno LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte « diverse » sotto un unico titolo di reato*, in *Giur. mer.*, 1971, II, 94; PADOVANI, *La questione di legittimità della pena del furto aggravato*, in *Studi per E. Graziani*, Pisa, 1973, 448; PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192; PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 726.

loro, confrontate con le esigenze politiche e normativamente formulate, delimitano — almeno in teoria — un campo assai meno mobile, incerto e instabile della sede propriamente legislativa.

Tutto ciò, però, non significa affatto che la Corte costituzionale non maturi dei propri orientamenti in cui la piena consapevolezza dei risultati conseguiti dal pensiero penalistico si associa alla doverosa attenzione sia per gli equilibri istituzionali sia per le esigenze pratiche di cui si sia fatto interprete il legislatore.

Così, ad esempio, gli interventi della Consulta nel delicatissimo campo del sistema sanzionatorio si sono per lunghi anni attestati sulla duttile tesi della *polifunzionalità della pena*, riflettendo così da un lato le persistenti incertezze e titubanze teoriche della cultura giuridica, ma anche preconstituendosi in tal modo lo strumento concettuale ed argomentativo necessario per evitare la progressiva demolizione del vecchio sistema sanzionatorio in nome del nuovo principio rieducativo. E ciò almeno fino al 1990, alla famosa sentenza n. 313 <sup>(91)</sup> con la quale, invece, anche qui per impulso di un giudice-penalista particolarmente sensibile all'ispirazione solidaristico-sociale insita nel principio rieducativo, quest'ultimo veniva affermato in modo assai più vincolante e stringente per il legislatore, al quale sono state dunque interdette scelte sanzionatorie totalmente dimentiche di quel principio costituzionale.

D'altro lato, però, non sono mancate numerose pronunce, in gran parte manipolative, con cui la Corte ha proceduto ad un'opera insieme di dilatazione di istituti rieducativi e di eliminazione delle numerose « irragionevolezza » (lacune, omissioni, storture, disparità) disseminate a piene mani dal legislatore nelle incessanti modifiche apportate al sistema sanzionatorio. Ma si può, a questo proposito, rilevare che l'opera della Corte è stata in qualche modo di continuazione e (necessario) sviluppo di quella del legislatore, più che di recezione delle istanze espresse dalla dottrina. Semmai, si deve precisare che le pronunce costituzionali in questo campo sembrano nella loro gran parte obbedire, oltre che ad un intento di dilatazione degli istituti rieducativi e dei c.d. « benefici » del tutto consensuale alla tendenza legislativa verso l'« alleggerimento » del sistema, a un principio di fondo di tipo genericamente umanitario-personalistico. In sostanza, dove la libertà e la dignità del condannato sono direttamente in gioco come negli istituti sanzionatori, la Corte non ammette facilmente esclusioni e limitazioni alle potenzialità degli istituti di favore introdotti dal legislatore. E la Corte si fa costantemente paladina di questo valore umanitario della persona del condannato anche a costo di introdurre

---

<sup>(91)</sup> Sentenza del 26 giugno 1990, n. 313 (redattore E. Gallo), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1598, con nota di LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*.

profonde alterazioni al modello teorico strutturale e funzionale dell'istituto *sub iudice*, contribuendo dunque per questa pur nobile ragione a quel processo di disintegrazione del sistema sanzionatorio tanto lamentato dalla scienza penale <sup>(92)</sup>.

In conclusione, dunque, con riferimento al sistema sanzionatorio, è dato constatare, per un lato, sul piano dei principi (*id est* della dirompente affermazione del finalismo rieducativo) un atteggiamento di grande cautela, attenuato solo negli anni più recenti; per un altro lato, sul piano della puntuale disciplina legislativa dei « benefici » penali, un'intensa opera che in nome dell'eguaglianza di trattamento e di valori umanitari ne dilata la portata oltre le scelte legislative ma anche al di là dei loro modelli teorici di coerenza funzionale.

Con riferimento poi al principio di legalità penale, la lontananza riscontrabile tra giurisprudenza costituzionale e scienza giuridica è senz'altro molto consistente, giungendo a rasentare talvolta la contrapposizione. A fronte di un'opinione dottrinale di gran lunga maggioritaria sul carattere assoluto della riserva di legge in materia penale, la Corte ha pronunciato un'unica sentenza di accoglimento <sup>(93)</sup>, nonostante che il fenomeno dell'integrazione della norma penale da parte di fonti secondarie non possa certo dirsi raro <sup>(94)</sup>. Al contrario, per quanto riguarda la possibilità delle Regioni di emanare norme incidenti più o meno direttamente sulla sfera di punibilità definita da norme statali, la Corte si è attestata su una posizione inflessibilmente negativa, escludendo l'intervento della legislazione regionale ancorché *in bonam partem*. L'apparente paradosso della Corte, che apre incondizionatamente alle fonti *secondarie* statali in funzione *costitutiva* della punibilità quanto incondizionatamente chiude alle fonti *primarie* regionali in funzione *estintiva* od *esclusiva* della punibilità, trova probabilmente la sua spiegazione in esigenze decisamente estranee alle elaborazioni teoriche in tema di legalità penale <sup>(95)</sup>.

Da un lato, infatti, stanno sia l'impossibilità di disciplinare con la tutela penale (spesso meramente sanzionatoria) materie complesse e mutevoli

<sup>(92)</sup> Il riferimento d'obbligo è all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale che — introdotto con la riforma penitenziaria del 1975 — ha subito, da un lato, una serie di riforme legislative e, dall'altro, una consistente mole di declaratorie di illegittimità, che hanno profondamente alterato la sua originaria fisionomia di *probation* penitenziario per farne un istituto dalla forte connotazione clemenziale.

<sup>(93)</sup> Sent. 11 giugno 1990, n. 282 (rel. Dell'Andro), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 989, con nota di VICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme « in bianco »*.

<sup>(94)</sup> Osserva al riguardo VASSALLI, *I principi generali*, cit., 718, che « il realismo si è finora imposto sulla proclamazione della riserva cosiddetta assoluta, che tuttavia si cerca di far valere nelle premesse e nelle sue finalità sostanziali ».

<sup>(95)</sup> V. in argomento PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium Iuris*, 1996, 276 ss.; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del*

senza fare ricorso alle fonti secondarie; le quali ultime sono inoltre pur sempre espressione di quella stessa maggioranza politica che in definitiva controlla il potere di produzione legislativa primaria.

Dall'altro lato, sta il pericolo che proprio l'« autonomia » della potestà legislativa regionale, spesso nelle mani di maggioranze diverse da quella del Governo nazionale e comunque sensibile a tutta un'ulteriore gamma di interessi diversi e anche « localistici », possa ingenerare nell'ordinamento penale motivi di tensione o addirittura di neutralizzazione delle scelte di politica criminale che la natura degli interessi tutelati esigerebbe per contro unitarie su scala nazionale.

Anche per quanto concerne il principio di determinatezza della legge penale, se certamente la Corte ha dato prova di aver acquisito al suo patrimonio argomentativo le più sofisticate elaborazioni dottrinali in materia, d'altro lato non è affatto inverosimile l'ipotesi — recentemente formulata — che l'utilizzazione di quello strumentario concettuale per l'accoglimento o il rigetto delle eccezioni sia in parte condizionato anche dalla natura e dalla consistenza socio-politica degli interessi tutelati dalla norma sottoposta al suo vaglio per presunto difetto di determinatezza <sup>(96)</sup>.

Non mancano però altri filoni giurisprudenziali in cui la Corte ha sviluppato una più forte contiguità con la scienza penale. I più significativi ci paiono quelli che hanno recepito e attuato due principi particolarmente cari alla dottrina italiana degli ultimi decenni: il principio di colpevolezza e quello di offensività. Se il primo, pur carico di connotazioni ideologico-politiche, è tuttavia un prodotto tipicamente « scientifico » anche a causa della complessità dogmatica e concettuale di molte sue implicazioni, il secondo attiene — com'è ovvio — direttamente ai contenuti della norma incriminatrice e dunque costituisce uno strumento concettuale fatalmente destinato ad un uso spiccatamente politico-criminale. E la differenza intrinseca fra i due principi si riverbera in qualche modo anche sul rapporto che, nella sua attività di concretizzazione di quei principi, la Corte intrattiene con la scienza penale.

---

« tipo », in AA.VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994, 103 ss.

<sup>(96)</sup> Cfr., ad es., VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, 2773, a proposito di una delle pochissime sentenze dichiarative di illegittimità per insufficiente determinatezza (sent. 6 febbraio 1995, n. 34, concernente la norma che impone allo straniero extracomunitario di « adoperarsi » per ottenere il rilascio del documento di viaggio).

Infatti, per quanto riguarda la colpevolezza, « esplosa » nella giurisprudenza della Corte con la sentenza del 1988 dopo anni di quiescenza, la Consulta sembra essere oggi fortemente mutuataria verso l'elaborazione teorica, i cui echi si colgono chiaramente e quasi testualmente proprio nella pronuncia dell'88<sup>(97)</sup>. Diversamente, per quanto riguarda il principio di offensività, la cospicua elaborazione della Corte, pur essendo certamente recettiva di una dottrina peraltro non proprio unanime<sup>(98)</sup>, sembra tuttavia presentare una larga autonomia applicativa ispirata a criteri anche di opportunità. In effetti, basti pensare, da un lato, al grande margine di discrezionalità che deriva al giudizio costituzionale di offensività dalla preliminare necessità di individuare il bene giuridico di riferimento: l'incertezza, e in qualche misura l'arbitrarietà, di questa operazione condizionante l'esito del giudizio, mette nelle mani della Corte uno strumento di grande duttilità.

Non meno preziosa è, d'altro lato, l'ulteriore strada che il principio di offensività offre alla Corte per assicurarsi vasti spazi di manovra. La ritenuta costituzionalizzazione del principio di *concreta* offensività del reato permette alla Corte di salvare la norma della cui reale offensività si dubita, rimettendo al giudice ordinario la valutazione in concreto dell'offensività o meno del fatto storico.

In definitiva, mentre la forte strutturazione teorico-concettuale della colpevolezza ne fa uno strumento che nelle mani della Corte diventa necessariamente di polemica verso il legislatore, l'intrinseca componente politico-sostanziale dell'offensività lo rende un duttile strumento anche di dialogo col legislatore o almeno di compensazione (e talvolta di copertura) delle sue manchevolezze.

In conclusione, se dovessimo riassumere in poche parole i termini del rapporto che la Corte costituzionale ha instaurato con la scienza penale, diremmo che l'indubbia consonanza riscontrabile nelle sue sentenze con i più moderni sviluppi « scientifici » non le ha però impedito di prestare la doverosa attenzione agli equilibri generali del sistema. Più precisamente, si potrebbe forse dire che la Corte, ferme rimanendo la sua sensibilità e la sua attenzione per le *conseguenze* fattuali (applicative come istituzionali) delle sue deci-

---

(97) Efficace ed approfondita sintesi dello stato della questione in DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 192 ss.

(98) Ad es. il VASSALLI, *I principi generali*, cit., 735, considera quello di offensività come un principio *ispiratore*, più che normativo, del diritto penale. Per una valutazione critica delle « virtù » del principio di offensività, v. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 73 ss.

sioni, ha mostrato però un'indubbia contiguità di *metodologia* argomentativa con la scienza penale. Dunque, un esempio di felice connubio tra cultura giuridica ed innovazione legislativa?

7. *Sguardo d'insieme all'evoluzione legislativa penale nei suoi rapporti col pensiero giuridico.*

Se ora — invertendo la prospettiva — guardiamo all'esperienza giuridico-penale di questo cinquantennio dal lato dell'evoluzione *legislativa* del sistema <sup>(99)</sup>, potremo ricomporre il quadro sintetico dei rapporti tra pensiero scientifico ed innovazione legislativa, collaudando altresì quanto siamo venuti dicendo nelle pagine precedenti. In una sintesi estrema si può forse dire che i fenomeni più macroscopici di questa evoluzione sono sostanzialmente riconducibili a tre.

In primo luogo, *l'inflazione penale*: aspetto certamente immanicabile di una più generale tendenza alla sovrapproduzione legislativa, in penale essa si carica di ben altre ombre quando il pesante strumento punitivo viene brandito disinvoltamente in un repressivismo diffuso a piene mani nella disciplina delle attività più disparate e anche minime o nella pretesa di risolvere così — quasi « dall'esterno » — conflitti e problemi sociali esigenti ben diversi impegni. Qui la contraddizione tra prassi legislativa e pensiero giuridico, teorico-scientifico e anche pratico-giurisprudenziale, è davvero flagrante. Ma ancor più sconcertante è forse la contraddizione che sembra attanagliare lo stesso legislatore stretto tra l'incapacità effettuale di por freno al fenomeno inflazionistico e la volontà formalmente dichiarata di adottare criteri razionali, « scientifici », di criminalizzazione. E proprio sul terreno di questi ultimi, mentre da un lato i giuristi teorici si fanno veri e propri scienziati della legislazione, dall'altro il legislatore nel recepirli, ad esempio nelle leggi c.d. comunitarie dell'ultima versione, raggiunge uno dei massimi storici di legislazione « dottrinaria ». Dunque, una situazione di divorzio pratico e di consonanza teorica.

---

<sup>(99)</sup> Cfr., volendo, PALAZZO, *La politica criminale dell'Italia repubblicana*, in *Annali della storia d'Italia. La criminalità*, Torino, 1997 (in corso di pubblicazione).

In secondo luogo, il fenomeno della *legislazione dell'emergenza*. Avviatasi con la recrudescenza della criminalità comune agli inizi degli anni '70, la legislazione dell'emergenza si sviluppa con il terrorismo e si dilata poi con la lotta alla mafia e alla grande criminalità affaristico-economica ed organizzata. Ma durante il cammino muta d'accento. Caratterizzata soprattutto all'inizio da forti aspetti di *simbolismo penale*, si orienta poi sempre più verso obiettivi di *efficientismo*, soprattutto processuale-probatorio. Il pensiero scientifico rimane per gran parte estraneo a questo *trend* legislativo, mentre per la restante parte assume un naturale quanto inane atteggiamento critico, diretto a salvaguardare principi di razionalità del sistema e — soprattutto — garanzie costituzionali ritenute irrinunciabili. Il punto di maggior tensione tra giuristi e legislatori viene qui raggiunto quando, complice un atteggiamento emotivo diffuso anche in ambienti genericamente culturali, viene coniata l'etichetta dispregiativa del « garantismo » e alimentata la correlativa polemica. Dimenticando, forse, che uno dei compiti più naturali e fisiologici della scienza giuridica nei confronti della legislazione è proprio quello di far sopravvivere i « principi » consolidatisi come espressione di civiltà giuridica, intesa quale identità dell'ordinamento nascente dalla rivoluzione liberale <sup>(100)</sup>.

Via via che la legislazione dell'emergenza inclina sempre più verso l'efficientismo e che i risultati giudiziari cominciano a prodursi, mentre rimane sostanzialmente interrotto il circuito scienza-legislazione si attiva quello magistratura-legislazione, peraltro lungo canali meno manifesti di quelli che possono essere costituiti dalle pubblicazioni giuridiche.

In terzo luogo, vi è una tendenza composita, assai poco unitaria, che potremmo molto genericamente dire all'*alleggerimento del sistema*: alleggerimento soprattutto sanzionatorio, in sede tanto di irrogazione quanto di esecuzione della pena detentiva. A questo filone legislativo sono riconducibili molti e anche importanti provvedimenti: dalla riforma della parte generale del 1974 alle modifiche del 1990 sul regime di imputazione delle circostanze e sulla sospen-

---

<sup>(100)</sup> Cfr. in argomento le riflessioni di VASSALLI, *Emergenza criminal y sistema penal*, in *El Derechi Penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, 1995, 425.

sione condizionale delle pene accessorie, alle due riforme penitenziarie del 1975 e del 1986. Molti di questi interventi legislativi, nonostante le disorganicità, i limiti e le imperfezioni, non sono affatto estranei ai fermenti innovativi che animano il pensiero scientifico dopo il risveglio dal tecnicismo giuridico. Si tratti del coinvolgente principio della funzione rieducativa della pena, ovvero dell'avvertita necessità di rivedere gli automatismi repressivi disseminati dal codice Rocco in istituti dalle forti implicazioni dogmatiche (reato continuato, circostanze, recidiva, ecc.), oppure anche dell'episodico filtrare del principio personalistico (nella riforma dei reati di stampa, nella disciplina speciale dell'errore in materia tributaria, nel regime di imputazione delle circostanze, o nell'eliminazione delle presunzioni di pericolosità sociale): in ogni caso sembra qui manifestata una certa sensibilità del legislatore all'esigenza di rinnovamento espressa dalla dottrina. Ma, con espressione sintetica, si può forse dire che ancora una volta il primato politico delle scelte legislative domina il campo della produzione normativa <sup>(101)</sup>. Senza voler dire che il legislatore giunga a «strumentalizzare» le posizioni della scienza al fine della «gestione applicativa» del diritto penale, indubbia sembra però essere la subalternità della scienza agli obiettivi politici della legislazione. Lo sta a dimostrare di regola la consueta estemporaneità e asistematicità della soluzione legislativa rispetto al ben maggiore rigore e organicità dei modelli prospettati, ovviamente quando prospettati, dalla riflessione scientifica.

Si profila qui, in definitiva, una doppia subalternità della scienza che, in un primo momento, vede il legislatore attingere al suo laboratorio per confezionare prodotti di cui essa deve spesso riconoscere l'origine. In un secondo momento, la scienza si trova

---

<sup>(101)</sup> Ognuna di queste riforme è, seppur variamente però senza dubbio, riconducibile a un precedente lavoro preparatorio della dottrina, talvolta chiaramente riconoscibile. Ma, in ogni caso, come ha messo in luce De Francesco, queste riforme — in quanto concernenti il momento dell'*attribuzione dell'illecito* piuttosto che quello della sua *tipizzazione* — si pongono in quella linea in cui «i "frutti" dell'elaborazione dottrinale sono stati bensì utilizzati e sfruttati in sede normativa, ma soltanto nella prospettiva (e nella misura) in cui potessero venir piegati all'obiettivo di fronteggiare i problemi applicativi del diritto penale» (G.A. DE FRANCESCO, *Il principio di colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, negli *Atti* di questo Convegno).

costretta — nell'assolvimento di un inabdicabile dovere morale di impegno intellettuale e civile — a approfondire i propri sforzi nel cercare di razionalizzare a posteriori il prodotto legislativo al fine di contribuire alla sopravvivenza dell'ordinamento. Un esempio di questo lavoro scientifico, particolarmente significativo perché svolto proprio in sede di progettazione legislativa, fu il disegno di legge n. 2609/1985 col quale si tentava di rimettere un po' d'ordine (dopo le modifiche del '74 e dell'81) nel sempre più disastroso sistema sanzionatorio <sup>(102)</sup>.

Non può infine essere trascurata un'ultima linea evolutiva della legislazione penale. Si tratta di quelle leggi che hanno contribuito all'*ammodernamento* del sistema, spesso in *attuazione* dei principi e dei valori *costituzionali*. E se già talune delle riforme prima ricordate possono dirsi partecipi anche di quest'ultima linea evolutiva, è però più spesso con leggi « speciali » di parte speciale (come ad es. quelle in materia di prostituzione, di interruzione volontaria della gravidanza, di associazioni segrete, ecc.) che avviene questo ammodernamento ed adeguamento. Ma, constatando l'ennesimo paradosso, si deve ribadire che proprio su questo terreno, così ricco di implicazioni ideologiche, di fermenti innovativi e di rilevanza politica, la scienza è stata a lungo in disparte e solo più recentemente va sviluppando la sua capacità di progettazione legislativa su singole aree della parte speciale, patrocinandone l'ammodernamento e l'adeguamento costituzionale senza peraltro registrare molti successi.

#### 8. *Un'impressione finale.*

Alla progressiva dilatazione dell'oggetto della scienza penale italiana, all'incremento del numero di penalisti fattisi anche scienziati della legislazione penale, alla crescente capacità del pensiero

---

<sup>(102)</sup> Si trattò di un prodotto confezionato in gran parte sulle indicazioni di un gruppo di studiosi e presentato il 1° marzo 1985 dal Ministro Guardasigilli di allora, on. Mino Martinazzoli (v. testo e relazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 945), che nel mondo scientifico non mancò di raccogliere consensi (v. gli Atti del Convegno di Gardone, 7-8 giugno 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 979 ss.), senza però che potesse poi approdare a grandi mete legislative.

penalistico di progettare l'innovazione legislativa non ha corrisposto un'intensità di scambio e una fecondità di dialogo col legislatore pari a quelle che si sono avute e si hanno con la Corte costituzionale.

L'impressione finale è che la storia dei rapporti tra la diverse componenti « cetuali » concorrenti al complessivo processo della produzione giuridica potrebbe forse meglio essere fatta mediante antologia biografica. I pochi, o quantomeno i maggiori, « successi » della scienza sono stati solitamente successi « personali », resi possibili dal fatto che l'iniziativa legislativa — in senso ampio e atecnico — ha potuto trovarsi contingentemente nelle mani di un *giurista*: un'antologia biografica, dunque, fatta di figure di giuristi-legislatori.

A questa antologia va ricondotto, tra gli altri, il caso della duplice riforma in materia di circostanze (ad effetto speciale e regime di imputazione) <sup>(103)</sup>. Anche il recente progetto senatoriale n. 2038 (del 2 agosto 1995) <sup>(104)</sup> di riforma della parte generale del codice, ancorché non abbia naturalmente visto la luce dell'approvazione e assuma una collocazione molto particolare nel clima riformatore di questi ultimissimi anni, è nondimeno annoverabile nella nostra antologia dato il peculiarissimo ruolo svolto nel suo allestimento da parte del Senatore Roland Riz sullo scorcio dell'ultima legislatura <sup>(105)</sup>. Anzi, il progetto in discorso dà corpo esso pure ad un piccolo paradosso: promosso, infatti, nel dichiarato e meritorio intento di ricondurre nella sede *parlamentare* il dibattito sulla riforma del codice, al quale lo schema di disegno di legge delega della Commissione Pagliaro aveva finito per attribuire un tono eccessivamente « dottinario », esso risente però smaccatamente delle impostazioni ed orientamenti forse ancor più « dottrinari » del suo principale artefice <sup>(106)</sup>.

A parte queste situazioni di incontro rese possibili dalla pur sempre occasionale, episodica e in fondo casuale — ancorché

---

<sup>(103)</sup> Sia la nuova definizione delle circostanze ad effetto speciale (legge 31 luglio 1984, n. 400) che il nuovo regime di imputazione soggettiva delle circostanze (legge 7 febbraio 1990, n. 19) risentirono infatti dell'autorevole influenza del Senatore Marcello Gallo.

<sup>(104)</sup> Pubblicato, insieme alla relazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 927 ss.

<sup>(105)</sup> V., anche per cogliere gli intendimenti dell'atto di iniziativa legislativa, Riz, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *Indice pen.*, 1995, 5 ss.

<sup>(106)</sup> Per rendersene conto basterebbe considerare il particolare sviluppo dedicato alla disciplina di alcuni istituti o settori (consenso dell'avente diritto, trattamento medico-chirurgico, rapporti col diritto comunitario, ecc.), cui era stata dedicata la maggiore attenzione « scientifica » del suo artefice.

vieppiù diffusa — sovrapposizione personale tra i ruoli di giurista e di legislatore, l'influenza complessiva della scienza penale nei confronti del legislatore sembra limitarsi a quella, certo essenziale ma un po' generica, di comunicazione di grandi indicazioni di fondo: la colpevolezza, la funzione rieducativa, la depenalizzazione, la ricerca di alternative alla detenzione. Soprattutto, poi, di quelle indicazioni e temi di fondo sui quali si registra una convergenza del pensiero internazionale che tocca proprio alla scienza di segnalare al legislatore. In definitiva, l'impressione è che l'opera scientifica sia recepita dal legislatore più che altro o come un gendarme a guardia dei principi fondamentali e costituzionali o come l'indicatore di un « clima » o di un campo entro il quale l'attività legislativa si muove in autonomia di scelte.

Parafrasando il titolo di una fondamentale opera penalistica, nella sua formulazione significativamente aggiornata negli anni '80 <sup>(107)</sup>, si potrebbe forse dire che la scienza penale corre il pericolo, da un lato, di essere *inascoltata sul piano dei dogmi* e, dall'altro, di essere *sopraffatta sul piano dell'empiria*. Quanto i « dogmi » giustificazionisti del potere punitivo, le razionalizzazioni universalizzanti dei principi fondamentali — anche garantistici — restano non già estranei ma per così dire esterni alla prassi della produzione legislativa; tanto le (più recenti) impostazioni empirico-criminologiche si mostrano — almeno per ora — insufficientemente attrezzate (specie nel mondo della cultura accademica) di fronte alle necessità di un serio controllo e di una puntuale verifica dell'incessante produzione legislativa d'oggi.

Ma, se non è certo possibile ricostruire, altro che raramente e in occasione soprattutto della « convergenza personale », un rapporto unidirezionale di condizionamento della scienza sulla legislazione, non deve tuttavia essere trascurato il dinamismo di una relazione di interdipendenza tra i due mondi. Al giorno d'oggi, proprio il capitolo più sviluppato della scienza penale, e cioè quello della « teoria generale del reato » muove da un lato induttivamente dal dato legislativo — interno e comparatistico — per ricostruire descrittivamente i principi generali dell'ordinamento, e si avvale dall'altro di tutto un materiale normativo — costituzionale, ordinario, nazionale e sovranazionale — per individuare deduttivamente principi

---

(107) PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica. 1961-1983: contro dogmi ed empirismi*, Milano, 1983.

prescrittivi o di indirizzo politico-criminale attraverso la ricca mediazione della cultura storica e sociale portata dalla scienza giuridico-penale <sup>(108)</sup>.

Si profilano così « *realità strutturali, categorie sistematiche o indirizzi di scienza della legislazione*, elaborati in sede dogmatica (...), ma collaudati in ambito internazionale, i quali costituiscono il *background* epistemologico di ogni discorso scientifico o anche di politica del diritto avente basi scientifiche » <sup>(109)</sup>. Un *background*, dunque, che costituisce quella dimensione o « clima » unitario nel quale scienza e legislazione interagiscono tra loro al di là di un'influenza specifica dell'una sull'altra in relazione a singoli aspetti di disciplina.

Ciò che dunque sembra invece mancare è un reale e puntuale *concorso* tra pensiero giuridico e attività legislativa fondato più che su basi paritarie (ché qui non si tratta di rinunciare a primati o a « poteri »), sulla regolarità costante, diffusa e manifesta di un dialogo che si svolge in appositi « luoghi ».

Un esempio particolarmente indicativo, più che dall'insufficienza, dall'inadeguatezza delle modalità con cui si svolge, o non si svolge, oggi questo dialogo nella fase della progettazione legislativa, è dato dalla prassi seguita dalle nostre maggiori riviste nella pubblicazione dei progetti di legge. Pur non mancando sia nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale* sia nell'*Indice penale* un'apposita rubrica dedicata alla legislazione *in fieri*, da un lato, non risulta sempre agevole poter seguire con continuità l'*iter* parlamentare, spesso tortuoso, di un determinato testo; dall'altro lato, non si rivela sempre utile e fecondo per il dialogo tra scienza e legislazione il criterio osservato nella selezione dei progetti da pubblicare: ed invero, al criterio di una pubblicazione tendenzialmente ampia e comprensiva dunque anche di testi scarsamente rilevanti, seguito (almeno tendenzialmente) dall'*Indice*, si contrappone una selezione estremamente rigida ma talvolta anche occasionale, operata dalla *Rivista italiana*. In ogni caso, sia nell'una che nell'altra, la pubblicazione non è di regola accompagnata da note di commento che possano per un verso orientare il lettore (anche con osservazioni provenienti dall'« interno » degli organi proponenti o redigenti il testo) e per altro verso far sentire da subito la voce « esterna » della

---

<sup>(108)</sup> Sulle diverse specie di principi, elaborati dalla scienza penale, v. ancora una volta VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., 699. Il contenuto dei principi muta in costanza della formula legislativa proprio per l'opera di mediazione svolta dalla scienza tra le strutture normative dell'ordinamento ed evoluzione storico-sociale di valori, interessi, sensibilità. Basti ad es. pensare all'evoluzione subita dal contenuto del principio di « personalità » della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1°, Cost.

<sup>(109)</sup> DONINI, *Teoria del reato*, cit., 23.

dottrina (certamente, però, in tempi che non siano quelli spesso davvero biblici dei nostri ingolfatissimi periodici specialistici). La conseguenza, sotto gli occhi di tutti, è che sempre di più il dialogo e il dibattito tra mondo legislativo e mondo esterno si sposta in altre più dinamiche e meritorie sedi, (quali quotidiani o periodici di « pronto impiego »), con conseguente attenuazione però del livello culturale e tendenziale « professionalizzazione » dell'informazione.

Con la conseguenza ultima che risulta pienamente condivisibile la sconfortata ed autorevole diagnosi che « il ruolo delle riviste non è certo quello di matrici del sistema penale e di guide del suo contrastato evolversi » <sup>(110)</sup>.

Inoltre, e per concludere, va ribadito che questo dialogo dovrebbe svolgersi su due piani. Prima, quello delle funzioni attribuibili al sistema penale (simboliche od effettive, di mera deterrenza ovvero anche di recupero sociale, ecc.); poi, quello dell'allestimento specifico e puntuale dei mezzi normativi di volta in volta maggiormente coerenti con gli obiettivi funzionali prefissisi <sup>(111)</sup>.

---

<sup>(110)</sup> PEDRAZZI, in *La « cultura » delle riviste giuridiche italiane*, Atti del primo incontro di studio (Firenze, 15-16 aprile 1983), a cura di P. Grossi, Milano, 1984, 74, il quale completa lo sconfortante quadro osservando che « a paragone di altre stagioni l'impressione complessiva può essere di un disimpegno culturale. Ma la crisi — se così vogliamo chiamare un'acuita consapevolezza della complessità del problema penale e un rifiuto del semplicismo di impostazioni troppo unilaterali — è a monte delle riviste: è nel pensiero penalistico di cui le riviste sono anche oggi lo specchio fedele ». Quadro senza dubbio ancor oggi corrispondente alla realtà attuale, soprattutto nel riferimento alla complessità delle scelte di fondo e alla necessità di evitare unilateralismi falsamente semplificatori. Peraltro, è forse eccessivo parlare oggi di un totale « disimpegno » culturale e politico della dottrina penalistica, che — come si è visto — ha recentemente conosciuto sia l'approfondimento dei principi di politica criminale e scienza della legislazione sia un'attività di vera e propria progettazione legislativa, mentre rimane del tutto insufficiente o addirittura carente l'intervento di attivo e puntuale impegno nella specifica vicenda di questo o quel provvedimento legislativo.

Sempre a proposito del ruolo delle riviste, mette conto rammentare la sensibilità con cui la direzione di una tra le più giovani riviste penalistiche (« *Legislazione penale* ») avvertisse come un « sacrificio » la forzata rinuncia ad « escursioni sulla legislazione *in itinere* », non mancando inoltre di lamentare una « qualche inadeguatezza del grado di elasticità e di agilità di un certo tipo di cultura giuridica, e delle sue capacità di conciliare la serietà con la prontezza delle “risposte” » (CHIAVARIO, in *La « cultura » delle riviste giuridiche*, cit., 189-190), tanto più necessaria quando si tratta appunto di seguire partecipativamente i tortuosi itinerari della produzione legislativa.

<sup>(111)</sup> Sulla necessità di una preliminare chiarezza sui principi-guida, sugli obiettivi

È chiaro, peraltro, che un siffatto orizzonte collaborativo presuppone risolto nel senso della sua massima estensione l'annoso problema dell'oggetto della scienza penale<sup>(112)</sup>. Ad essa deve cioè riconoscersi la legittimazione non solo all'analisi esegetica e all'elaborazione sistematica delle norme vigenti di un dato ordinamento, non solo a fornire un contributo di « razionalità strumentale », che — trovando già fissati gli obiettivi finali — prospetti le soluzioni tecniche più adeguate ai fatti. In effetti, « non si vede che senso abbia fermarsi a mezza strada, annettendo al territorio della scienza *giuridica* il problema *tecnico* della costruzione di ordinamenti adeguati allo scopo, e non anche i problemi di determinazione degli scopi »<sup>(113)</sup>. Certo, una volta dilatato il campo d'azione della scienza fino al fondamento e — soprattutto — agli scopi del diritto penale si pone il problema tanto della legittimazione quanto dei confini con la politica criminale quale pratica di esercizio del potere punitivo, oltre che quale insieme razionale di principi regolativi.

Orbene, mentre sotto il profilo della legittimazione le reali frizioni si producono solamente quando la scienza intenda sovrapporre le proprie valutazioni teleologiche alle scelte già cristallizzate dal legislatore, il rischio di suoi sconfinamenti, inquinamenti o addirittura subalternità rispetto alla politica, anche partitica, è reale. La linea di demarcazione, che in fondo poi garantisce alla scienza la ragion d'essere del suo « ingresso in politica » come *scienza*, è costituita dal *metodo*. Un metodo fatto non solo di precisione « scientifica » del *linguaggio*, ma anche di *dogmatica* elaborazione sistematica dei principi, tendenze, istituti di un dato ordinamento e, soprattutto, di elaborazione di principi *extrasistemici* — non importa qui discutere se a carattere universalistico-razionale, costituzionale, sovranazionale, di un ritratto « diritto comune », ecc. — ma comunque capaci di assicurare il contrappunto costante di un controllo critico.

Per molto tempo, in fondo fino a pochi anni fa, l'« ingresso in politica » della scienza penale si arrestava alle soglie dei *contenuti* specifici di tutela: quali interessi tutelare, e soprattutto quali confini dare alla tutela di questo o quell'interesse specifico, in che termini e in che misura specifica contemperarne la tutela con quella di altri interessi confliggenti, tutto ciò tendeva ad essere riservato al campo esclusivo della politica quale esercizio concreto (legislativo) del potere punitivo. E, in effetti, è indubbio che il contributo *scientifico* dei giuristi non può che ridurre i suoi spazi via via che

---

di fondo, v. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, 19.

<sup>(112)</sup> Sui rapporti tra scienza penale, dogmatica, e politica criminale, v. DE FRANCESCO (G.V.), *In tema di rapporti tra politica criminale e dogmatica: sviluppi e prospettive della dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, 25; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 73; VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 1001 ss.

<sup>(113)</sup> Così PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, cit., 1213, al quale si rimanda anche per una più generale messa a punto della questione.

le decisioni politiche si fanno più particolari, puntuali e talvolta contingenti. Ma se oggi si constata un coinvolgimento quantitativamente crescente della scienza, o meglio di alcuni studiosi, nell'elaborazione di scelte politico-valutative specifiche sui contenuti stessi della tutela, il fenomeno si presta a una duplice considerazione. Da un lato, non è affatto escluso che la tendenza alla « scientificizzazione » delle scelte politiche, anche particolari, e il cui *input* origina spesso dallo stesso legislatore, sia attribuibile ad un proposito più o meno consapevole di conferire in tal modo all'azione politica quella dignità e quel prestigio che la sfera della politica sembra aver in gran parte perduto.

Dall'altro, di fronte a questo indubbio pericolo di strumentalizzazione e di fronte all'oggettivo minor spazio che consimili scelte lasciano al contributo *scientifico*, la penalistica potrebbe garantirsi piena autonomia culturale e indiscutibile legittimazione « istituzionale » a condizione che esaltasse — di nuovo — il proprio contributo di razionalità metodologica. E in questa prospettiva, sul piano delle puntuali scelte contenutistiche della tutela, particolarmente proficuo sarebbe il ruolo della scienza proprio se si concentrasse nelle verifiche preventive e consuntive della fattibilità e coerenza *empiriche* delle scelte legislative: in conformità, del resto, con quell'indirizzo scientifico di cui abbiamo precedentemente parlato.

È molto probabile che luoghi e modalità del concorso debbano essere diversi a seconda che il dialogo riguardi le funzioni, la « razionalità finalistica », della legislazione penale, ovvero la sua « razionalità strumentale ». Nel primo caso, alla scienza spetta soprattutto il compito di ampliare l'orizzonte in cui si collocano le scelte ideologiche di fondo, rapportandole ad esempio alle grandi tendenze internazionali di politica criminale. Nel secondo caso, alla scienza tocca un compito di più puntuale verifica del rapporto di congruenza tra soluzione legislativa e obiettivo funzionale. È indubbio, poi, che difficilmente potrà svolgersi questo secondo compito senza aver fatto preliminarmente chiarezza sulla « razionalità finalistica ».

In ogni caso, il concorso può diventare proficuo solo a condizione di una grande onestà intellettuale di entrambi i soggetti: il legislatore deve ad un certo punto rivelare gli obiettivi funzionali perseguiti, evitando utilizzazioni oblique del diritto penale. La scienza deve evitare di assumere atteggiamenti di presunta superiorità nell'inconfessato tentativo di affermare punti di vista singolari anziché garantire la razionalità delle scelte e la capacità ordinante del sistema.



ENNIO AMODIO  
PROCESSO PENALE

1. La cultura processualpenalistica e il codice del 1988: l'impatto e i suoi effetti. — 2. La posizione di primo piano dei giuristi nel processo di produzione della normativa codicistica. — 3. La dinamica dei rapporti tra accademici, magistrati-giuristi e apparati ministeriali nella attività di elaborazione legislativa. — 4. Il contributo della dottrina nella definizione delle linee del modello accusatorio. — 5. Gli istituti pensati o elaborati dai « giuristi del codice ». — 6. Affermazioni e sconfitte della cultura dei professori: dal primato alla « perdita di potere » conseguente all'entrata in vigore del codice.

1. *La cultura processualpenalistica e il codice del 1988: l'impatto e i suoi effetti.*

Per lo studioso di diritto processuale penale la scelta del terreno di indagine è quasi obbligata: la riflessione sul grado di incidenza che la cultura giuridica del dopoguerra ha avuto sulla normativa concernente il processo penale impone di concentrare l'attenzione sui contenuti del nuovo codice e sull'*iter* che ha contrassegnato la sua nascita.

Si tratta di un banco di prova ideale per misurare l'apporto dei giuristi alla produzione legislativa: la codificazione del 1988 è un *corpus* normativo imponente che ben si presta a rivelare l'eco o la recezione diretta di linee di politica processuale elaborate dalla dottrina giuridica. Essa, inoltre, contiene un radicale mutamento di sistema che offre lo spunto per scoprire le radici culturali da cui è scaturito il superamento del rito inquisitorio.

È necessaria in via preliminare una messa a punto del metodo. Il tema del Convegno sollecita indubbiamente a far uso degli strumenti della ricerca storica per far emergere i possibili legami o le dirette influenze percepibili, nell'arco di tempo che va dalla metà degli anni Sessanta alla fine degli anni Ottanta, nell'ambito dei rapporti tra cultura processualpenalistica e organi istituzionali cui è imputabile la formazione delle norme del nuovo codice. D'altra

parte, però, sia la necessità di riflettere su vicende che sono a noi cronologicamente assai vicine, sia l'esperienza diretta vissuta da chi scrive all'interno del processo di elaborazione del codice, suggeriscono di avvalersi anche di una visuale sociologica, così da svolgere l'indagine con metodo storico-sociologico (FRIEDMAN, 1989, 18).

Proprio dalla elaborazione teorica compiuta dalla sociologia del diritto si possono anzitutto desumere alcuni concetti-chiave utili a definire i confini della ricerca. Si può infatti parlare di *impatto* per denotare l'area della codificazione che, nella sua architettura o nei singoli istituti, manifesta i segni della recezione di stimoli, proposte o elaborazioni provenienti dai giuristi. La nozione implica un punto di vista meramente descrittivo, da tenere distinto da quello valutativo che è invece sotteso al criterio-guida che concerne gli effetti dell'apporto degli studiosi di procedura penale. Ed invero una volta che si sia accertata l'influenza della dottrina sul codice del 1988, ci si può domandare quali effetti siano derivati dall'impatto culturale sui testi normativi tanto dal punto di vista della efficienza del lavoro legislativo, quanto di quello della qualità del prodotto normativo: in termini di razionalità sistematica ovvero sotto il profilo del maggior o minor grado di accettazione della norma da parte degli operatori del processo.

*Impatto* della dottrina sul nuovo codice ed *effetti*, in termini di costi e benefici, della mediazione culturale sono i due poli attorno ai quali ruota la presente indagine.

Su un piano diverso si colloca invece la problematica concernente le reazioni della magistratura, ordinaria e costituzionale, e del ceto forense di fronte alla nuova codificazione. Qui il punto di vista privilegiato è quello della attuazione pratica della normativa codicistica. Al riguardo, discutere di consensi e dissensi rispetto al nuovo codice ovvero di idoneità o meno del sistema ad interpretare i bisogni di efficienza e tutela dei diritti individuali espressi dagli operatori della giustizia può essere giustificato solo nei limiti in cui si voglia capire quale incidenza ha avuto la mediazione culturale dei giuristi rispetto ai destini del prodotto legislativo, almeno nella parte in cui esso risulta influenzato o ispirato dal pensiero processualpenalistico.

Nel quadro dei temi di indagine così definiti, si possono ora individuare le aree più specifiche sulle quali conviene accentrare l'attenzione.

Va anzitutto chiarito il ruolo che i giuristi hanno avuto nell'*iter* legislativo dal quale è scaturito il codice di procedura penale del 1988. Qui l'interesse è focalizzato sulla codificazione come *processo* e non come *prodotto*, cioè come risultato finale racchiuso in un definito *corpus* normativo (VARGA, 262). Si tratta cioè di capire in che modo gli esponenti della cultura processualpenalistica abbiano fatto sentire la loro voce nelle sedi della elaborazione legislativa: se nella veste di suggeritori o stimolatori dall'esterno di scelte tutte compiute nel contesto politico-istituzionale ovvero come veri e propri attori del processo legislativo.

In questo ambito è pure necessario far luce sulle dinamiche dei rapporti tra i giuristi impegnati nel lavoro legislativo come tecnici della procedura penale e, da un lato, i politici coinvolti nella elaborazione normativa quali parlamentari, dall'altro, gli apparati costituiti dai magistrati-funzionari addetti al Ministero della giustizia.

Al di là di questo terreno, per quanto attiene all'estensione dell'impatto dottrinale, conviene distinguere due filoni: il primo riguarda l'incidenza della cultura accademica sulla scelta del modello del nuovo processo e sulla architettura complessiva del codice; il secondo investe l'apporto dei giuristi alla costruzione dei singoli istituti.

Risulta così delineata nella sua completezza l'intelaiatura logica della presente relazione. Il criterio dell'impatto sollecita a definire il ruolo dei giuristi nel processo di creazione delle norme codicistiche e a misurare l'influenza del loro pensiero sia sul piano dell'opzione del sistema processuale, sia sotto il profilo delle innovazioni trasfuse nelle diverse parti della codificazione.

Indagando sugli effetti si cercherà invece di stabilire se il contributo degli studiosi abbia procurato al nuovo codice di procedura penale il beneficio di una maggior qualità del dettato normativo ovvero abbia fatto ricadere sullo stesso i costi derivanti da precostituite ideologie o astratte ingegnerie processuali lontane dai bisogni della prassi.

## 2. *La posizione di primo piano dei giuristi nel processo di produzione della normativa codicistica.*

È ben noto che per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale ci si è avvalsi, in ossequio ad una tradizione risalente nel nostro sistema costituzionale, del congegno della legge delega. Ne è

scaturita una divisione del lavoro tra la sede parlamentare, nella quale sono stati fissati i principi e i criteri direttivi per la redazione del codice (art. 2, legge 16 febbraio 1987, n. 81), e quella governativa, in cui ha trovato collocazione, ai fini dell'esercizio della delega, una Commissione incaricata di redigere il Progetto preliminare. La Commissione, costituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia, era composta da otto professori universitari, otto magistrati e un avvocato. Secondo quanto prescritto dall'*iter* fissato dalla legge delega, il Progetto preliminare è stato sottoposto poi all'esame di una Commissione parlamentare bicamerale che ha controllato la conformità del testo ai principi stabiliti dal Parlamento.

Lo schema operativo desumibile da questo percorso sembra attribuire ai giuristi un ruolo marginale o comunque meramente esecutivo nel procedimento di formazione delle norme: dalla sede politica che ha elaborato il modello del nuovo processo, la riforma è passata all'altra sede pure politica in cui il Governo, con l'apporto all'apparenza puramente tecnico dei giuristi della Commissione Pisapia, ha preparato il Progetto preliminare sottoposto infine al filtro, anch'esso di natura politica, della Commissione parlamentare. Ne viene l'idea del prevalere delle istanze degli organi istituzionali cui è attribuita la funzione legislativa rispetto a collaboratori esterni chiamati come tecnici a coadiuvare il Governo.

La realtà è invece ben diversa. Se ne ha una conferma quando si prende atto dell'estensione e dell'analiticità davvero inconsuete che contrassegnano la legge n. 81/1987 (v. LATTANZI, 182; CHIAVARIO, 89), la delega sulla base della quale è stata costruita la nuova codificazione. Una buona parte dei 105 criteri direttivi rivela una struttura assai lontana da quella tipica delle disposizioni di principio destinate ad attivare la legislazione delegata: sono testi normativi che anticipano una disciplina minuta delle condotte processuali, talvolta riproposta poi in una formulazione letterale pressoché identica negli articoli del codice (v. ad es. direttiva n. 31 in relazione agli artt. 55, 347 e seguenti c.p.p.; direttive nn. 73 e 75 in relazione agli artt. 499, 500 e 511, comma 1, c.p.p.).

Questa ipertrofia non scaturisce dalla vocazione del Parlamento a scrivere parti del codice. Essa si spiega alla luce della storia della riforma. La delega del 1987 è lo sbocco finale di un lunghissimo

lavoro proiettato verso il nuovo processo penale, un lavoro che ha avuto inizio sul piano legislativo alla metà degli anni Sessanta, con la presentazione di un disegno di legge delega che è giunto al traguardo della approvazione parlamentare solo nel 1974. Di qui è scaturito, nel 1978, il Progetto preliminare di un nuovo codice redatto dalla Commissione ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia e composta dallo stesso nucleo di giuristi che sarebbero poi stati chiamati a dare il loro contributo alla stesura delle norme sulla base della legge delega del 1987. Anche se il Progetto del 1978 non è mai stato varato dal Governo per il sopravvenire dei gravi problemi posti dalla lotta al terrorismo politico, la sua articolata struttura, pur sottoposta alla revisione critica del modello incentrato sulla sopravvivenza del giudice istruttore, ha continuato ad avere un peso determinante nella storia della riforma.

Anche dopo il 1978, una parte dei giuristi già inseriti nella Commissione Pisapia che aveva lavorato negli anni Settanta ha continuato ad operare all'interno del Ministero della giustizia alla ricerca di spunti per rielaborare il modello di processo penale delineato dalla delega del 1974. Prima, nel 1982, un gruppo di lavoro coordinato da chi scrive e poi, nel 1983, una Commissione allargata istituita dal Ministro Martinazzoli hanno fornito al Governo contributi per coadiuvare il Parlamento nella stesura di una seconda legge delega che sapesse, ad un tempo, recuperare le innovazioni già acquisite con la delega del 1974 e il Progetto del 1978 e far progredire la riforma verso nuovi orizzonti, soprattutto sul terreno dei meccanismi indispensabili a realizzare la speditezza del processo e il contenimento del carico di lavoro dibattimentale.

L'estensione e la analiticità della delega del 1987 hanno, dunque, le loro radici nella eredità di un fervore di iniziative e di risultati raggiunti nella attività legislativa volta a dar vita al codice. I contenuti della seconda delega testimoniano di una vicenda che sta agli antipodi di quella che sembrerebbe a prima vista potersi ricavare dalla ricchezza del testo normativo elaborato dal Parlamento. La sede politica ha largamente recepito i risultati di un lavoro messo a punto dagli esponenti della cultura processualpenalistica prima all'interno della Commissione ministeriale redigente degli anni Settanta e, poi, nelle diverse Commissioni incaricate di fornire contributi al Governo ai fini della elaborazione dei nuovi criteri direttivi.

Appare chiaro, a questo punto, quale sia stato il ruolo dei giuristi nell'*iter* di formazione del codice. Essi non hanno dialogato con gli organi legislativi dall'esterno e a distanza dalle sedi istituzionali, come era accaduto invece da noi in passato, quando nel 1963 Francesco Carnelutti aveva redatto una bozza di codice nell'ambito di una Commissione ministeriale investita di un compito consultivo e propositivo, o in Francia dove la « *Commission Justice pénale et Droits de l'homme* », presieduta da Mireille Delmas Marty, è stata incaricata di formulare un progetto di riforma parziale del codice di procedura penale sottoposto poi al vaglio degli organi istituzionali (CHIAVARIO, 313).

I processualpenalisti italiani hanno assunto la veste di attori del processo di creazione delle norme sotto un duplice profilo che costituisce un *unicum* nel panorama delle esperienze fin qui conosciute. Essi hanno prima redatto il Progetto del 1978, come tecnici incaricati di fornire al Governo l'assistenza necessaria a predisporre il testo del codice sulla base della delega del 1974. Poi, nei primi anni Ottanta, hanno cooperato con il Ministro della giustizia fornendo le linee di una nuova delega da far approvare dal Parlamento, impegnandosi così in un lavoro proteso a plasmare il modello del nuovo processo. Infine, si sono dedicati alla stesura delle norme sulla base di quella legge delega del 1987 che essi stessi avevano in larga parte contribuito a far nascere attraverso le proposte fatte dal Governo in Parlamento sulla base dei loro emendamenti ovvero mediante il recupero dei contenuti normativi del Progetto del 1978.

Se si guarda al di là degli schemi formali, si può dunque a buon diritto parlare di un *codice dei professori*, tanto incisivo ed esteso è stato l'apporto degli accademici al processo di produzione normativa. La continuità dello stesso nucleo di giuristi guidati da Gian Domenico Pisapia nell'arco di tempo che va dal 1974 al 1988 ha reso particolarmente forti, per esperienza e ricchezza del patrimonio concettuale accumulato nel tempo, gli esterni all'apparato istituzionale cui era demandata la responsabilità politica della riforma. Senza voler togliere nulla alla supremazia del Parlamento (v. CHIAVARIO, 1994, 125), è peraltro di tutta evidenza che solo coloro che, nell'arco di tempo di quattordici anni, si erano continuativamente impegnati a forgiare un sistema quale andava delineandosi tra oscillazioni e

ripensamenti, potevano rivendicare e gestire di fatto un primato nelle scelte legislative.

Del resto, se è vero che i giuristi chiamati ad operare nelle Commissioni ministeriali costituiscono una sorta di « milizia dell'amministrazione », in quanto creano un ponte tra lo Stato e la società civile (MADER, 134), non può certo apparire anomalo che i professori del codice, in quanto esponenti di una cultura allineata ai valori espressi dagli organi parlamentari, si siano trasformati in protagonisti del processo di produzione normativa (v., invece, in senso tendenzialmente contrario, CHIAVARIO, 1994, 125-126).

### 3. *La dinamica dei rapporti tra accademici, magistrati-giuristi e apparati ministeriali nella attività di elaborazione legislativa.*

Può essere di qualche interesse cercare di ricostruire l'interazione tra i diversi gruppi impegnati nell'attività legislativa che ha dato vita al codice di procedura penale. Affermare, come si è fatto più sopra, che i professori si sono conquistati di fatto un primato nel processo di produzione normativa non significa affatto abbandonarsi ad una rappresentazione oleografica o trionfalistica che neghi gli aspetti problematici della posizione dei tecnici all'interno di apparati istituzionali abituati a dominare piuttosto che a subire l'*input* culturale. Senza cadere nella cronaca spicciola da *memoires d'un petit nomothète*, tenterò di delineare qui il quadro dei diversi attori dello scenario legislativo, con le peculiarità che hanno contrassegnato i rispettivi contributi.

Quelli che ho fin qui chiamato ellitticamente « giuristi », « professori » o « esponenti della cultura processualpenalistica » sono i componenti di estrazione universitaria della prima (1974-1977) e della seconda Commissione Pisapia (1987-1988), nonché delle Commissioni costituite in vista della redazione della legge delega del 1987. Essi hanno portato nel lavoro legislativo l'ideologia e il patrimonio concettuale di una materia, quale la procedura penale, che solo all'inizio degli anni Sessanta aveva acquisito una posizione di primo piano, sulla scia della giurisprudenza costituzionale demolitrice delle norme più autoritarie del codice Rocco, e che, proprio in quel tempo, era anche divenuta più robusta nel panorama accademico grazie ad una ritrovata dignità scientifica assicurata dal fiorire

degli studi promossi da Giovanni Conso. I professori reclutati dalle università in veste di collaboratori del legislatore avevano dunque una forte motivazione a costruire un nuovo ordinamento capace di ribaltare interamente l'impianto del codice del 1930, dando attuazione ai principi garantistici della Costituzione e rendendo finalmente possibile l'edificazione di un sistema processuale coerente, tale da soppiantare un tessuto normativo ormai troppo frammentario e incongruente per consentire proficue ricostruzioni dogmatiche.

Accanto agli accademici puri — la definizione va tenuta ferma anche se alcuni, a cominciare dal Presidente, portavano nel lavoro legislativo pure la loro esperienza di avvocati — vanno collocati in posizione autonoma i « magistrati-giuristi ». All'interno delle Commissioni ministeriali hanno operato infatti alcuni magistrati qualificati non solo da una grande esperienza nell'attività giudiziaria, ma anche da una solida preparazione scientifica attestata anche da pubblicazioni nel settore processualpenalistico. Pur rappresentando un gruppo con il quale gli accademici hanno sempre avuto una grande facilità di dialogo, nelle loro scelte i « magistrati-giuristi » si sono rivelati solidamente legati alle ideologie della magistratura e molto attenti alle istanze di efficienza della macchina giudiziaria.

In uno *status* ancor più marcatamente autonomo e del tutto staccato da quello dei professori, sono intervenuti nel lavoro di produzione normativa codicistica i magistrati-funzionari degli uffici ministeriali. Questi operatori, anch'essi solidali per formazione al quadro dei valori propri della magistratura, si sono manifestati sensibili ai problemi organizzativi e talvolta persino alle esigenze di raccordo con altri organi dell'esecutivo, come il Ministero degli interni per quanto riguarda i problemi della polizia giudiziaria, così da far apparire il loro ruolo pienamente integrato nel quadro dell'apparato amministrativo.

Proprio con riguardo al gruppo dei magistrati-funzionari sono sorti per i professori delle Commissioni problemi di inserimento nell'ambiente del Ministero della giustizia. Nel 1974-1975, all'inizio dei lavori per l'attuazione della prima legge delega, lo sbarco dei giuristi in via Arenula è stato visto come un'invasione dell'area delle competenze istituzionali facenti capo all'Ufficio legislativo. Così i più giovani accademici cui era stato assegnato il compito di coordinare i lavori di redazione dei testi normativi nella prima Commis-

sione Pisapia (Mario Chiavario e chi scrive), venivano indicati dai ministeriali come i « professorini », portatori di istanze libresche, sorde rispetto ai « reali bisogni della pratica giudiziaria e dell'amministrazione della giustizia » di cui erano sicuri conoscitori gli esperti magistrati del Ministero.

Queste resistenze sono poi venute meno man mano che si è creata una solidarietà tra professori e magistrati, maturata nel comune e assai impegnativo lavoro di stesura delle norme e della Relazione al Progetto preliminare del 1978. Un conflitto di tipo diverso si è invece manifestato solo molto più tardi, alla fine della stesura del Progetto del 1988, quando, ormai sfaldatosi per varie ragioni il nucleo storico dei giuristi che avevano costituito la struttura di base della Commissione Pisapia, i componenti dell'Ufficio legislativo del Ministero, presenti a vario titolo nella Commissione redigente, hanno preso le redini della produzione normativa garantendo di fatto quella continuità operativa che era stata nel passato assicurata dagli accademici più giovani impegnati a tempo pieno nella elaborazione delle norme.

Individuati così, con una semplificazione che mi auguro immune da risvolti deformanti, gli attori sociali del processo di elaborazione del codice, diventa agevole qualificare i criteri che ne hanno ispirato i comportamenti decisori alla luce della teoria sociologica della attività legislativa (LA SPINA, 57).

Gli accademici puri hanno improntato il loro contributo ad una *razionalità formale*, volta a far sì che il dettato legislativo fosse coniato in modo da costruire un sistema coerente, concettualmente trasparente e applicabile in modo uniforme. Essi hanno operato cercando di seguire anche il diverso criterio della *razionalità rispetto al valore*, sforzandosi così di creare norme aderenti ai principi costituzionali e allineate alle prescrizioni internazionali sui diritti dell'uomo, così come del resto imponeva espressamente la stessa legge delega.

I magistrati-giuristi e i componenti degli apparati ministeriali si sono invece mostrati attenti anche ad una *razionalità rispetto allo scopo*, incentrata sul valore della efficienza che « richiede un impiego calcolato, economico dei mezzi in modo da garantire il controllo degli effetti del provvedimento e la loro finalizzazione al raggiungimento efficace del risultato desiderato » (LA SPINA, 57). Peraltro, gli

stessi magistrati hanno altresì improntato il loro lavoro al criterio della *razionalità rispetto al valore*, applicato per riaffermare il primato della magistratura all'interno del sistema di giustizia penale.

Così, ad esempio, si deve alla « componente togata » della Commissione Pisapia la norma che ha imposto al Gip di fissare, con il decreto che dispone il giudizio, la data della udienza dibattimentale (art. 429 c.p.p.), così da evitare i tempi morti del passaggio del fascicolo dall'udienza preliminare alla cancelleria del giudice dibattimentale. Analogamente, è stato un magistrato a proporre la riduzione della competenza della Corte d'assise, in omaggio ad una visuale che considera la partecipazione popolare non solo un istituto che riduce in qualche modo la centralità della magistratura togata nell'esercizio della giurisdizione, ma rappresenta altresì un appesantimento organizzativo per le complicazioni richieste dal reclutamento dei giudici popolari. Infine, in omaggio ad istanze di efficienza, ma anche con il proposito di riaffermare la supremazia del pubblico ministero rispetto alla polizia giudiziaria, i magistrati della Commissione hanno ridotto gli spazi investigativi autonomi degli ausiliari dell'organo dell'accusa, varando norme così punitive per la polizia da suscitare quella reazione che ha condotto a modificare ben presto gli artt. 347 e 348 c.p.p. con la legge n. 356/1992.

Nel raffronto tra le due anime della Commissione ministeriale, ci si può chiedere se si siano dimostrati più conservatori i giuristi o i magistrati. Già notava Bentham nell'Ottocento, riferendosi agli avvocati inglesi, che sono i pratici a rivelare il maggior attaccamento alle procedure che vivono quotidianamente, così da sbarrare le strade delle riforme. Del resto, anche recentemente si è affermato che « il processo offre il più alto grado di resistenza ad ogni tentativo di riforme » (GIULIANI, 83).

Non c'è quindi da meravigliarsi se anche l'esperienza fatta da chi scrive all'interno delle Commissioni ministeriali induce a ritenere che il coraggio di realizzare una svolta così traumatica come quella del totale ribaltamento del vecchio sistema processuale sia venuto proprio da quei giovani giuristi che, proprio per non aver assorbito le consuetudini e le remore tipiche della pratica giudiziaria e per essere immuni dalle suggestioni derivanti da istanze degli apparati istituzionali o da reazioni emotive dell'opinione pubblica, potevano decidere in base agli ideali e ai principi posti dalla carta costituzio-

nale e in nome di un garantismo maturato come antidoto rispetto ai valori del vecchio rito inquisitorio.

4. *Il contributo della dottrina nella definizione delle linee del modello accusatorio.*

Dovrebbe essere ormai chiaro quale estensione abbia assunto l'impatto della cultura processualpenalistica sul codice del 1988. I giuristi hanno dato un decisivo contributo all'abbattimento del rito inquisitorio perseguendo tre distinti obiettivi: superare ogni residua manifestazione dell'autoritarismo del codice Rocco, « il più fascista dei codici » secondo la definizione dei giuristi del regime; dare attuazione ai principi costituzionali che tutelano i diritti di libertà e di difesa nel processo penale; costruire un sistema normativo liberato finalmente dalle antinomie di un ordinamento improntato a un « garantismo inquisitorio », cioè ad una struttura intrinsecamente autoritaria corretta solo in facciata dalla concessione di alcune garanzie.

Un simile programma non rappresenta certamente un contributo originale dei « giuristi del codice », ma è solo il recupero di un retroterra riformistico ben diffuso nel nostro Paese ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Si è giustamente ricordato che, in materia di procedura penale, « l'esigenza di riforma era stata avvertita subito dopo il ripristino delle libertà democratiche » (PRISAPIA, 3).

Né si può dire che il semplice ripudio dei vecchi arnesi processuali di Alfredo Rocco e il richiamo ai principi costituzionali possano di per sé significare adesione ad un modello accusatorio. Infatti la legge delega del 1974, pur decisamente protesa a sradicare il vecchio sistema, manteneva ancora la figura del giudice istruttore come magistrato investigatore, pur riducendone l'ambito di operatività.

A traguardi più avanzati erano a dire il vero pervenuti, ancor prima del 1974, alcuni giuristi come Francesco Carnelutti e Franco Cordero. Essi avevano prefigurato un modello di processo senza istruzione, analogo a quello ora vigente, imperniato su una inchiesta del pubblico ministero inidonea a formare la prova e dunque assai vicino allo schema accusatorio radicato nei sistemi di *common law*. Ma tanto Carnelutti, quanto Cordero si erano proposti alla comunità

giuridica nella veste di maestri solitari, impegnati ad elaborare norme o ingegnerie processuali come credenziali della loro maturità scientifica. Di qui la sterilità di questi messaggi che non hanno saputo far avanzare l'ideale del rito accusatorio, nonostante la completezza e l'incisività delle proposte.

Per approdare ad un sistema processuale veramente nuovo, c'era bisogno di metabolizzare la delega del 1974 mediante la stesura del Progetto del 1978. Dalla sperimentazione legislativa dei limiti derivanti dalla sopravvivenza del giudice istruttore e dalla monoliticità dello schema processuale, insensibile alla volontà delle parti e alle possibilità di semplificazione del rito, si è pervenuti a delineare la fisionomia del nuovo processo in quasi dieci anni di dibattito (1978-1987) che ha sempre avuto come centro del laboratorio riformistico le Commissioni costituite all'interno del Ministero della giustizia.

Ecco allora penetrare nel tessuto del lavoro parlamentare, mediato dagli emendamenti presentati dal Governo ai vari disegni di legge delega degli anni Ottanta, i pilastri su cui si regge il processo di parti: indagini preliminari affidate ad un pubblico ministero privato dei poteri coercitivi e della potestà di formare la prova; ruolo incidentale di controllo delle iniziative dell'accusa affidato ad un giudice-terzo, spogliato di poteri investigativi; udienza preliminare come filtro di garanzia rispetto alle imputazioni azzardate; riti differenziati in funzione di snellimento del carico di lavoro del giudice dibattimentale; dibattimento come luogo privilegiato per l'assunzione della prova, senza l'ipoteca della preventiva conoscenza dei verbali contenenti le dichiarazioni extradibattimentali e del potere di farne un uso illimitato.

Anche se è innegabile l'eco di istituti radicati nel processo anglo-americano, l'incontro dei « giuristi del codice » con quella cultura è derivato da una convergenza frutto di autocritica sui contenuti del Progetto del 1978 piuttosto che dalla importazione diretta del prodotto estero. La comparazione ha, insomma, rivestito un ruolo marginale nella messa a punto del modello, mentre ha offerto utili spunti per plasmare alcuni istituti.

A ben vedere, dunque, l'ideale del processo accusatorio per i giuristi del codice, così come per tutti gli altri attori del processo di produzione legislativa, si traduceva essenzialmente in due obiettivi

legati al superamento del vecchio rito piuttosto che ad astratte tipologie. Si voleva nel dibattimento un giudice meno attivo, veramente imparziale anche nella fase della assunzione della prova; si puntava su un organo giurisdizionale ancor più decisamente schierato nella veste di arbitro nella fase delle indagini preliminari; si aspirava a creare una netta cesura tra il dibattimento e la fase ad esso antecedente per ridare al giudice che si pronuncia sul merito dell'imputazione il primato nell'accertamento della verità.

Proprio perché la logica che ha ispirato la scelta del modello è stata quella della reazione ad un passato da cancellare, i « giuristi del codice » si sono spinti talvolta fino al punto di creare norme con una funzione di mero ripudio degli istituti del vecchio sistema o con portata precipuamente demolitoria di concetti ritenuti ideologicamente inquinanti.

Prigionieri di una sorta di *horror hereditatis* rispetto al giudice istruttore, gli estensori del Progetto hanno delineato una figura di Gip totalmente asettica, tanto da consentirgli di prosciogliere l'imputato in udienza preliminare solo in caso di evidenza della prova circa l'insussistenza o la non commissione del fatto (art. 425 c.p.p., ora modificato dalla legge n. 105/1993).

Analogamente, volendo bandire l'idea di un giudice autorizzato ad accertare il fatto anche al di là dei limiti posti dalle regole probatorie e con poteri del tutto autonomi rispetto alle iniziative delle parti, gli autori del Progetto del nuovo codice hanno eliminato qualsiasi riferimento all'accertamento della verità, proprio perché questa funzione era divenuta l'emblema del rito inquisitorio nel vecchio sistema processuale.

Da questi eccessi di zelo ideologico, concretamente percepibili nel dettato normativo, sono scaturite reazioni che non hanno tardato a manifestarsi. Oggi si lamenta, infatti, la paralisi di poteri di cui soffre il Gip rispetto al debordante gigantismo dell'organo dell'accusa. E il legislatore ha dovuto correre ai ripari, da un lato, rendendo meno iugulatoria la regola di giudizio nell'udienza preliminare (legge n. 105/1993), dall'altro, cominciando ad attribuire al Gip più frequenti occasioni di controllo dell'operato del pubblico ministero, soprattutto in materia di libertà personale (art. 299 c.p.p. modificato dalla legge n. 332/1995).

Quanto alla ideologia del diritto delle prove penali, non si può

certo far discendere dalla soppressione della formula « accertamento della verità » la reazione che ha condotto la Corte costituzionale a reintrodurre il potere inquisitorio del giudice sotto le spoglie di un inedito « principio di non dispersione della prova » (Corte cost. n. 111/1993). È peraltro comprensibile che, pressati dal grido di dolore di magistrati che lamentavano la perdita di poteri, i giudici della Consulta, educati ad una cultura che fa del giudice penale il *dominus* della prova, siano rimasti quanto meno fuorviati dall'idea che i giuristi della Commissione ministeriale avessero voluto veramente costruire un processo in cui non si accerta la verità.

Anche gli eccessi di pulizia linguistica dettati da furori ideologici possono, dunque, creare problemi nell'interpretazione di un nuovo sistema normativo.

##### 5. *Gli istituti pensati o elaborati dai « giuristi del codice ».*

« Il primo codice interamente riformato dopo l'avvento della Repubblica » (VASSALLI, *Premessa al Progetto preliminare*, 1988) reca dunque i segni di un apporto culturale che ne ha plasmato l'architettura complessiva, dando vita ad un modello originale di processo accusatorio. Ancor più nitida è però la manifestazione del contributo dei professori se si guarda agli istituti e alle norme che racchiudono la disciplina dei singoli profili dell'edificio processuale.

Non essendo possibile in questa sede svolgere una rassegna analitica di tutte le aree normative frutto della elaborazione dei giuristi delle Commissioni ministeriali, basterà segnalare alcune materie sulle quali ha avuto modo di manifestarsi l'influenza del loro pensiero.

Emblematico è il caso del *corpus* normativo dedicato alla prova. Negli 85 criteri dettati dalla legge delega del 1974, così come nei 105 principi contenuti in quella del 1987, non c'è alcun riferimento alla necessità di disciplinare in modo autonomo il procedimento probatorio. Il codice contiene invece un intero libro, il terzo, dedicato a questa materia così da dar vita, per la prima volta in un ordinamento processuale dell'area continentale, ad un vero e proprio « diritto delle prove penali », collocato all'interno del sistema in posizione autonoma. Dopo quasi due secoli in cui la procedura penale di stampo francese era stata dominata dal principio del libero convin-

cimento del giudice che aveva sottratto il fenomeno probatorio a qualsiasi regolamentazione normativa, nel nuovo codice ha trovato posto, sulla traccia di quanto già elaborato nel Progetto del 1978, una sorta di *law of evidence* organicamente concepita e sistematicamente ordinata in due titoli, rispettivamente dedicati ai « mezzi di prova » e ai « mezzi di ricerca della prova ». Essi sono saldati assieme da un gruppo di disposizioni generali che tracciano i fondamenti del procedimento probatorio. Le regole in tema di ammissione, assunzione e valutazione della prova — disperse e confuse, e persino omesse nel tessuto del codice del 1930 — sono ora ricondotte ad una trama unitaria finalizzata a far intendere che la prova è il cuore del processo. Del tutto originale, e destinata ad avere una grande fortuna nel lessico della delega del 1987 e nel testo del codice, è poi la sanzione di inutilizzabilità, creata già all'interno del Progetto del 1978 per colpire il fenomeno della trasgressione dei divieti probatori.

Un grandissimo rilievo ha infine la regola secondo cui « le prove sono ammesse a richiesta di parte », fuori dei casi in cui la legge stabilisce che sono ammesse d'ufficio (art. 190 c.p.p.). È questa la norma madre del processo di parti, dettata da una « esigenza di moralità processuale » (DE LUCA, 25), contro la quale si sono schierati subito gli avversari del rito accusatorio, riuscendo purtroppo a farla sgretolare recentemente sotto i colpi inferti dalla Corte costituzionale con la sentenza che ha allargato a dismisura la sfera operativa dei poteri probatori d'ufficio (sent. n. 111/1993).

Un simile traguardo non sarebbe mai stato raggiunto se i giuristi del codice non avessero avuto alle loro spalle una cospicua letteratura che, a partire dai saggi di Franco Cordero per passare ai contributi di Giuliano Vassalli e Massimo Nobile, non avesse rivolto una penetrante critica agli arbitri conoscitivi resi possibili dalle maglie larghissime del libero convincimento, patrocinando un ritorno alla legalità probatoria.

Un *corpus* normativo altrettanto autonomo è stato creato in materia di libertà personale. Anche qui la avanzata elaborazione scientifica della materia ha consentito di mettere a punto un gruppo di disposizioni generali che, persino nella loro formulazione letterale, riecheggiano le norme costituzionali o di fonte internazionale da cui sono ricavate (art. 273: « nessuno può essere sottoposto a

misure cautelari... »; « *nessuna misura* può essere applicata... »). La previsione di regole generali in tema di proporzionalità e di gradualità nella scelta delle misure, e la sistematica fondata sulla *summa divisio* tra misure coercitive e misure interdittive sono il sintomo di una cultura raffinata che ha nutrito il dettato normativo grazie ad un retroterra di studi condotti con grande attenzione ai principi costituzionali.

I segni dell'innovazione alimentata dal pensiero dei giuristi si colgono marcatamente anche nella disciplina dei cosiddetti riti differenziati. Su questo terreno, a dire il vero, mancava, al tempo della stesura del Progetto del 1988, una letteratura scientifica capace di offrire una base adeguata ai fini della elaborazione legislativa. Giudizio abbreviato e patteggiamento, le vere grandi novità del capitolo dei procedimenti speciali, sono istituti cui si è perciò riusciti a dare una fisionomia dibattendosi in gravi incertezze, nel tentativo di esaltare le esigenze di speditezza senza mortificare le garanzie dell'imputato. Su questi temi è stato assai fecondo, all'interno delle Commissioni ministeriali, il dialogo tra accademici e magistrati dalla cui esperienza sono venute utili indicazioni soprattutto per costruire un congegno, come il giudizio abbreviato, che non aveva alcun *background* nella nostra tradizione e poteva vantare solo una lontanissima parentela con il *summary trial* inglese.

Nella specificità dei diversi settori della codificazione sono poi numerosissime le norme che rivelano l'originalità di apporti dottrinali del tutto indipendenti sia dai modelli processuali dei codici previgenti, sia da precise direttive della legge delega che è stata interpretata sul piano sistematico. Si pensi ai rapporti tra azione civile risarcitoria e azione penale, disciplinati in modo da spingere il danneggiato a scegliere la sede civile (art. 75 c.p.p.). Del tutto nuovi sono pure il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.), la motivazione contestuale al dispositivo (art. 544 c.p.p.) e la limitazione del controllo della cassazione alla sola mancanza o illogicità manifesta della motivazione risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606, lett. e, c.p.p.).

Accanto a queste innovazioni frutto della cultura dei professori vanno registrati gli sbocchi legislativi che riflettono l'impegno ideologico e la sensibilità dei magistrati delle Commissioni ministeriali. Si è già detto più sopra di alcuni istituti riconducibili alla filosofia

dell'efficienza, congeniale a chi vive l'esperienza giudiziaria in presa diretta (fissazione della data dell'udienza dibattimentale da parte del Gip; riduzione della competenza della Corte d'assise; restrizione dell'area operativa della polizia giudiziaria: v. *supra* §. 3). Sulla stessa linea si collocano istituti come il collegamento delle indagini tra diversi uffici del pubblico ministero (art. 371 c.p.p.) e il patteggiamento in appello (art. 599, comma 4, c.p.p.), ideati da magistrati delle Commissioni ministeriali prendendo spunto dall'esperienza acquisita sul campo.

È dovuta a un magistrato anche la proposta di creare un congegno idoneo a incentivare l'archiviazione della notizia di reato per insufficienza del supporto probatorio tale da consentire di sostenere l'accusa in giudizio. La norma, trasfusa nell'art. 125 disp. att. c.p.p., è stata elaborata dai giuristi della Commissione ministeriale, ma ha la sua matrice nel pensiero di chi, giustamente preoccupato dell'efficienza del sistema, aveva a cuore la predisposizione di un filtro ancor più efficace di quello costituito dall'udienza preliminare.

È curioso che questa disposizione, ideata da un magistrato, sia stata poi osteggiata, nei dibattiti che hanno fatto seguito all'approvazione del codice, proprio da altri magistrati, nel timore che la regola di giudizio per l'archiviazione finisse per consacrare una discrezionalità mascherata dell'azione penale, incompatibile con la norma costituzionale dell'art. 112 Cost. oltre che con le tradizioni del nostro ordinamento. La verità è che l'atteggiamento ostile degli esponenti della magistratura contrari all'art. 125 disp. att. c.p.p. derivava dal proposito di non rendere in qualche modo visibile, mediante una esplicita proposizione normativa, una gestione dell'azione penale che le Procure realizzano con estesa flessibilità, imposta dagli enormi carichi del lavoro giudiziario.

Va infine ricordato che, grazie all'apporto di una cultura tutta esterna agli accademici puri, ma ancorata all'esperienza degli avvocati, si è dato nel codice uno sbocco concreto all'esigenza di rendere il difensore protagonista di autonome attività investigative parallele a quelle del pubblico ministero. Con l'art. 38 disp. att. c.p.p. è stata così infranta una radicata regola deontologica che faceva divieto ai difensori di avere contatti con i testimoni.

6. *Affermazioni e sconfitte della cultura dei professori: dal primato alla « perdita di potere » conseguente all'entrata in vigore del codice.*

Definito così l'impatto che la cultura processualpenalistica ha avuto sulla elaborazione del codice del 1988, va ora compiuta la diversa riflessione, già più sopra anticipata (cfr. *supra* § 1), a proposito degli effetti che sono derivati dall'inserimento esteso ed attivo dei giuristi nel processo di produzione legislativa.

Una prima considerazione investe il profilo operativo esterno ai contenuti della riforma. La presenza di un nucleo omogeneo di studiosi che per circa quattordici anni ha operato come costante punto di riferimento del lavoro per il nuovo codice, al di là dei mutamenti dell'assetto politico parlamentare o di governo, ha rappresentato il vero fattore di forza dei tecnici rispetto alle istanze politiche. Ne è scaturito, di fatto, un primato che ha consentito ai giuristi del codice di spingere la riforma verso contenuti radicalmente innovativi rispetto al vecchio sistema, che non si sarebbero certamente conquistati con il solo apporto delle forze politiche.

La presenza di un gruppo compatto, ma pur sempre articolato per le peculiarità culturali dei componenti e per la dialettica inevitabilmente sviluppatasi nei rapporti con i magistrati, ha dato però origine agli inconvenienti dell'opera collettiva. Certo, un modello di *one man code*, come il codice Rocco, redatto dal solo Vincenzo Manzini, o la bozza approntata dalla penna solitaria di Francesco Carnelutti, garantisce una maggior omogeneità stilistica e una perfetta coerenza sistematica. D'altra parte, però, quando ad operare è un gruppo di qualificati studiosi, ciascuno dei quali porta il patrimonio scientifico derivante da studi approfonditi nei singoli settori della disciplina, il prodotto finale può esibire qualche disomogeneità o smagliatura, ma assicura che nel testo normativo si possa concentrare il massimo delle potenzialità applicative.

Ci si può domandare se il costo derivante dal reclutamento del giurista-legislatore non sia per caso rappresentato anche dalla sua tendenza ad indulgere in « astratte modellistiche » (cfr. Corte cost. n. 111/1993 e su ciò GIARDA, 889). Al riguardo si è parlato di « *fallacia tecnocratica* » per definire l'atteggiamento del giurista convinto che tutto possa risolversi nella redazione della norma senza

tener conto dei problemi posti dalla applicazione pratica del dettato legislativo (FRIEDMAN, 18).

Certo, da un simile vizio non sembra possa ritenersi del tutto immune, come si è già anticipato (v. *supra* § 3), pure il gruppo dei giuristi del codice. Indubbiamente, la fiducia riposta nel giudice delle indagini preliminari, un garante delle libertà dell'indagato privo di effettivi poteri di controllo sull'operato del pubblico ministero, e l'attribuzione a quest'ultimo di una libertà di indagare talora sottratta persino al rigore delle forme, sono sintomi di un candore illuministico che ha impedito di scorgere le possibili degenerazioni. L'antidoto a queste visuali ideologiche poteva però essere rappresentato solo da una incisiva riforma di ordinamento giudiziario che gli autori del codice non erano in grado di mettere in cantiere: non solo perché la delega autorizzava unicamente piccoli ritocchi dell'ordinamento giudiziario, ma soprattutto perché qualsiasi tentativo di intervenire in questa tematica finisce per scontrarsi con le chiusure corporative dei magistrati.

Il vero limite connesso all'apporto dei giuristi in sede legislativa si è però manifestato, nel caso della nuova procedura penale, quando il Progetto preliminare è stato approvato dal Governo. Da quel momento i giuristi del codice hanno perso la legittimazione ad interloquire con le istituzioni: è venuta meno l'originaria posizione di attori del processo di riforma. La fase *post codicem* è stata dominata dagli apparati ministeriali, senza la mediazione dei giuristi: gli interessi primari erano, da un lato, quello amministrativo al funzionamento della nuova macchina processuale, dall'altro, quello politico a gestire i rapporti con gli operatori della giustizia e a studiare la risposta adeguata rispetto ai problemi quotidiani posti dalle esigenze di repressione della criminalità.

È significativo, al riguardo, che pur essendo stata costituita a norma dell'art. 7 della legge delega una Commissione composta pressoché interamente dagli stessi estensori del codice, con l'incarico di proporre disposizioni integrative e correttive del nuovo sistema normativo nel rispetto della stessa legge delega, i risultati di questo lavoro siano stati assai modesti. L'attuazione del codice era ormai rientrata pienamente nella sfera politico-amministrativa.

La cesura tra *fase redigente*, caratterizzata dalla forza, e *fase attuativa*, contrassegnata da una intrinseca debolezza degli accade-

mici assai vicina ad una emarginazione, può anche essere stata causata da un atteggiamento di rifiuto dei giuristi di affrontare i problemi di applicazione delle norme, nella convinzione che « dopo che la legge è stata approvata, non c'è più spazio per il "lavoro giuridico" » (MADER, X). Può avere avuto altresì un qualche rilievo l'idea, dettata dalla prudenza degli studiosi, che era opportuno attendere le « risposte » derivanti dalla applicazione pratica prima di rimettere le mani al neonato sistema. Del resto, la provvisorietà riconosciuta alla nuova normativa dalla delega stessa, là dove prevedeva successive integrazioni e correzioni, dava lo spunto per ritenere che il codice fosse sottoposto a una sorta di sperimentazione e per ciò stesso lo indeboliva agli occhi dei destinatari delle norme e forse anche di fronte a coloro che le avevano elaborate (MADER, 48 e 126).

Questa « perdita di potere » dei giuristi nella fase successiva all'entrata in vigore delle norme ha evidentemente reso più agevole l'irrobustirsi del fronte dei nostalgici del rito inquisitorio, rappresentato soprattutto dagli esponenti della magistratura che hanno visto negli equilibri instaurati tra accusa e difesa dal nuovo sistema una sorta di inconcepibile estromissione dalla gestione della prova in sede dibattimentale.

Di qui l'estendersi degli incidenti di legittimità costituzionale mirati a colpire il diritto delle prove penali, la parte più qualificante sul piano della caratterizzazione del processo in senso accusatorio. Purtroppo la Corte costituzionale non è rimasta insensibile al grido di dolore dei magistrati italiani e ha progressivamente restituito al pubblico ministero e al giudice del dibattimento quei poteri di utilizzazione delle dichiarazioni extradibattimentali e di acquisizione delle prove d'ufficio che erano stati aboliti per garantire il valore costituzionale della terzietà del giudice (sent. nn. 255/1992 e 111/1993).

Sull'onda emotiva di una revisione del codice in senso regressivo qualche interprete è arrivato persino a sostenere che la Costituzione ha incorporato lo spirito del codice Rocco poiché essa « contiene — lo si voglia o no — tracce dell'impianto inquisitorio del codice di allora » (GIARDA, 901). Un simile modo di ragionare sembra viziato da quella che è stata definita la « fallacia sociologica », consistente nel ritenere che qualsiasi riforma è impossibile perché ogni parte del

sistema ha radici storiche e sociali che ne impediscono il mutamento (FRIEDMAN, 18).

È quindi evidente il paradosso che si è venuto a delineare in conseguenza del movimento di revisione inaugurato dalle pronunce della Consulta: il codice del 1988 è stato creato per dare attuazione ai valori della Costituzione; in nome degli stessi valori esso viene ora demolito nelle sue parti più vitali.

Il destino dei giuristi del codice appare dunque ben singolare: la loro cultura di matrice costituzionale si afferma nella elaborazione delle norme, ma viene sconfitta nella attuazione del sistema da una ideologia di segno opposto che assume di trarre alimento dalla stessa tavola di valori.

## BIBLIOGRAFIA

CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1990.

CHIAVARIO, *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1994.

CHIAVARIO, *La soppressione del Juge d'instruction nel Progetto Delmas-Marty*, in *Ind. pen.*, 1993.

W. DALE, *Legislative Drafting - A New Approach*, London, 1977.

DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991.

L.M. FRIEDMAN, *Sociology of Law and Legal History*, in *Soc. dir.*, 1989, n. 2, 7.

GIARDA, « Astratte modellistiche » e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 889.

GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, nn. 2-3, 81.

LA SPINA, *I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa*, in *Soc. dir.*, 1987, n. 3, 49.

L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lousanne, 1985.

PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1989.

D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

C. VARGA, *Codification as a Socio-historical Phenomenon*, Budapest, 1991.



ANDREA PROTO PISANI  
PROCESSO CIVILE

La relazione è articolata secondo una periodizzazione che va dagli anni della caduta del fascismo al 1950, alla riforma del processo del lavoro del 1973, agli anni infine a noi più vicini sfociati in una serie di importanti riforme (ll. nn. 30 del 1989, 353 del 1990, 374 del 1991, 25 del 1994, 218 del 1995).

1. Il discorso sulla defascistizzazione dei codici coglie i processualciviliisti incapaci di verificare i veri settori in cui si celava la dipendenza del codice di procedura civile del 1940-1942 dal regime del tempo in cui il codice fu emanato.

Il discorso si concentrò tutto sul se ed in che misura la disciplina del processo ordinario di cognizione innanzi al tribunale fosse o no autoritaria; in particolare, in ordine al se i vasti poteri di direzione del processo attribuiti al giudice istruttore fossero espressione di autoritarismo o invece di esigenze tecniche interne al processo. Impostato in questo modo il problema, i processualciviliisti ebbero buon gioco nel rilevare che l'aumento dei poteri del giudice sul *modus procedendi* corrispondeva alla componente pubblicistica del processo, al carattere pubblico della giurisdizione, e che « l'evoluzione dei giudizi civili nel senso di rafforzare i poteri del giudice non è condizionata, né logicamente, né cronologicamente all'instaurazione di uno Stato totalitario, ma risponde al progresso delle concezioni tecniche processuali che è ormai in atto da più di dieci lustri e che anche i paesi più democratici hanno accolto ritenendolo affatto conciliabile con le premesse politiche e costituzionali cui si ispirano » (1).

---

(1) Così ANDRIOLI, MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile*, in *Defascistizza-*

È quindi comprensibile come Calamandrei, Carnelutti e Reudenti, cioè i « tre grandi » autori del codice di procedura civile del 1940-42, riuscirono a vincere la battaglia sulla defascistizzazione, prima respingendo la proposta di sostanziale abrogazione — sempre solo quanto al processo ordinario di cognizione — avanzata dal progetto Gullo-Pellegrini del 1946-1947, e poi annacquando lungo il suo *iter* parlamentare il decreto legislativo Grassi del 5 maggio 1948 n. 483 sfociato infine nella l. 14 luglio 1950 n. 581, legge che, ove si eccettui l'abolizione della disciplina delle preclusioni, non stravolgeva in alcun modo il testo originario del codice <sup>(2)</sup>.

Riflettendo a distanza di cinquant'anni sul dibattito che vide impegnati i processualcivili dal 1943 al 1950 non si può oggi non rilevare la sua grossolana miopia.

Il sistema di tutela giurisdizionale civile quale emergeva dalla legislazione entrata in vigore intorno al 1942 non poteva che riflettere il sistema di diritti così come previsto a livello di legislazione sostanziale: cioè un sistema tutto pensato, ricostruito e codificato sui valori emergenti della proprietà e dell'impresa, un sistema nel quale la persona era considerata pressoché esclusivamente nell'ottica dello stato e capacità delle persone e della famiglia e nel quale i diritti di libertà formali e sostanziali erano totalmente assenti.

Anziché verificare se ed in quale misura il codice di procedura civile del 1940-1942 rifletteva o no, specie nel quarto libro relativo alle c.d. azioni tipiche, i valori del tempo in cui era stato emanato, i processualcivili concentrarono la loro attenzione pressoché solo sul processo ordinario di cognizione (cioè su di un processo atipico, come tale indifferente al contenuto dei diritti che vi si fanno valere), sull'eterno dibattito tra la componente pubblicistica e la componente privatistica del processo civile, senza avvedersi nemmeno che la rivoluzione copernicana in atto a livello di rango di situazioni protette nel diritto sostanziale (ed *in primis* l'irrompere della tutela della persona) avrebbe imposto un radicale ripensamento dell'arma-

---

*zione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario*, Ist. it. st. leg., Roma, 1946, XIX, 203.

<sup>(2)</sup> V. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, nonché il mio *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 35 ss.

mentario, degli strumenti di tutela offerti dalla legislazione processuale entrata in vigore intorno al 1942 <sup>(3)</sup>.

2. Nell'ottica specifica di questa relazione volta a verificare l'influenza del pensiero giuridico sui presupposti e sulle modalità del nostro sistema normativo, occorre ora fare un grosso balzo in avanti ed arrivare alla l. 11 agosto 1973 n. 533 di riforma del processo del lavoro.

La l. n. 533 del 1973 costituisce il primo grosso intervento riformatore della giustizia civile successivo all'entrata in vigore della Costituzione.

Per comprenderne il significato occorre tenere presente come le grandi riforme attuate dalle ll. n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970 avevano reso evidente lo scarto esistente tra i progressi della legislazione sostanziale del lavoro e la stasi della legislazione processuale. Questo scarto si coglieva, tra l'altro, sul versante del processo (o dei processi) a cognizione piena: ben scarso significato finivano per avere grosse riforme di diritto sostanziale che avevano spostato energicamente a favore del lavoratore il punto di equilibrio tra interessi contrapposti, se poi la tutela giurisdizionale delle « nuove » situazioni protette era rimessa ad un processo di cognizione in crisi il quale richiedeva circa cinque anni per giungere all'emanazione di una sentenza d'appello, cioè di una sentenza provvisoriamente esecutiva. In una situazione di tale specie il processo da strumento di tutela dei diritti diveniva strumento di vanificazione, di sabotaggio della legislazione sostanziale: il tutto con la conseguenza di rimettere la risoluzione dei conflitti non ai criteri legali bensì ai meri rapporti di forza. Il fenomeno non era certamente nuovo né esclusivo dei rapporti di lavoro, ma fu merito dell'entità e qualità dei mutamenti intervenuti nel diritto del lavoro il renderlo assolutamente evidente e come tale ineludibile: specie in un momento storico in cui la classe operaia, da un lato, aveva la forza sufficiente per essere ascoltata nelle aule parlamentari, dall'altro, aveva iniziato ad avere fiducia

---

<sup>(3)</sup> V. il mio, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.

dell'uso della legalità come strumento di trasformazione della società <sup>(4)</sup>.

Autori dei disegni di legge che sarebbero poi confluiti nella l. 11 agosto 1973 n. 533 non furono processualisti di professione, ma sindacalisti, avvocati, magistrati dell'ufficio legislativo del ministero della giustizia. Eppure l'influenza della dottrina processualcivilistica sulla legge di riforma del processo del lavoro fu massima.

Il modello di processo disciplinato dalla l. n. 533 del 1973 era un processo caratterizzato: dalla sua devoluzione in primo grado alla competenza per materia del pretore, cioè di un giudice monocratico davanti al quale fosse possibile la realizzazione di quella immediatezza nei rapporti tra giudice e parti in gran parte vanificata dalla contrapposizione fra giudice istruttore e collegio nei processi di tribunale; dall'introduzione di un energico sistema di preclusioni in punto di domande, eccezioni e prove (salvo per queste ultime la valvola di sicurezza costituita dai poteri istruttori esercitabili dal giudice in qualsiasi momento) ricollegate agli atti introduttivi del giudizio (ricorso e comparsa di risposta); dall'importanza centrale della prima udienza nella quale era prevista come obbligatoria la comparizione personale delle parti per essere liberamente interrogate dal giudice; dalla provvisoria esecutorietà delle sentenze di primo grado favorevoli al lavoratore; da un appello a trattazione e non solo decisione collegiale.

Sinteticamente si può dire che il processo del lavoro previsto dalla legge del 1973 era un processo diretto a realizzare per la prima volta in Italia un processo effettivamente immediato e concentrato: in una parola un processo <sup>(5)</sup> fondato su quella oralità che aveva costituito il vessillo della battaglia per la riforma propugnata da Chiovenda all'inizio del secolo e non realizzata dalla codificazione del 1942.

In questo senso è possibile dire che la riforma del processo del lavoro rinviene le sue radici profonde nella scuola processualcivilistica italiana come ebbe a svilupparsi da Giuseppe Chiovenda in poi.

---

<sup>(4)</sup> V. il mio *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile*, in *Giornale dir. lav.*, 1990, 23 ss.

<sup>(5)</sup> Nonostante molte sue particolarità che erano estranee al pensiero di Chiovenda.

E non a caso, superata con l'emanazione della l. n. 533 una breve stagione di contrasti, i processualcivili scesero immediatamente compatti in campo per sostenere la piena applicazione del nuovo processo del lavoro ed il suo inserimento nel sistema (6): opera niente affatto semplice perché sul piano tecnico-legislativo la l. n. 533 era per molti aspetti raffazzonata, poco chiara, piena di lacune di difficile soluzione. A testimonianza di questo imponente impegno dei processualisti stanno oltre una quindicina di manuali, importanti voci di enciclopedie, una miriade di articoli e note (7).

I processualcivili colsero cioè immediatamente l'importanza della posta in gioco: la sperimentazione per la prima volta in Italia di un processo concentrato immediato orale. Una simile sperimentazione sarebbe stata utilissima. Innanzi tutto, le vecchie diatribe su monocraticità o collegialità, processo aperto o chiuso a nuove allegazioni, appello come *novum iudicium* o come *revisio prioris instantiae*, se non scomparse sarebbero state nei fatti superate dalla constatazione della sostanziale bontà dell'esperimento, nonché dalla capacità di giudici ed avvocati di adeguarsi alle esigenze del nuovo processo: e infatti non a caso la stragrande maggioranza dei processualcivili non ha esitato a considerare il « nuovo » rito speciale del lavoro come la base su cui costruire più o meno ambiziose riforme del rito ordinario in una serie di proposte succedutesi dal 1977 in poi (8). La sperimentazione del nuovo processo del lavoro ha evidenziato purtroppo anche un altro dato conosciuto da tempo: i guasti della giustizia civile, ed in specie dei processi a cognizione piena, dipendono non solo da difetti delle leggi processuali ma anche da problemi di organizzazione fra i quali emergono soprattutto il sovraccarico di lavoro dei giudici togati, l'insufficienza di ausiliari, la mancata realizzazione di un vero e proprio ufficio per ogni giudice.

---

(6) V. il mio *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 207 ss.

(7) V. da ultimo MONTESANO, VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1996.

(8) Sulle proposte di riforma del codice di procedura civile succedutesi dal 1973 al 1991 v. la mia voce, *Codice di procedura civile (riforma del)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, appendice, 1991.

3. I dieci anni che si trovano a cavallo del 1980 sono stati anni bui per la giustizia civile. L'emergenza terroristica ha fatto dirottare pressoché tutti gli interventi e tutta l'attenzione del potere politico e dello stesso Consiglio superiore della magistratura verso il settore penale. Nel frattempo la situazione della giustizia civile — nonostante la redazione tra il 1978 e 1981 di un disegno di legge delega di riforma del codice di procedura civile disegno probabilmente velleitario perché non adeguatamente preparato dalla riflessione della cultura processualcivilistica — degradava progressivamente.

Il numero delle cause sopravvenute di primo grado aumentava (si passava dalle 600.000 del 1974 alle 750.000 del 1985, al 1.300.000 del 1995); il numero delle cause pendenti di primo grado aumentava (si passava dal 1.000.000 del 1974 al 1.500.000 del 1985, ai 3.000.000 del 1995); aumentavano di conseguenza i tempi di durata del processo ordinario di cognizione di primo grado (si passava dai 621 giorni del 1974 ai 750 giorni del 1985, agli 850 giorni del 1995).

I mali della giustizia civile erano però più profondi.

Innanzitutto, il rapporto tra controversie devolute al giudice togato e controversie devolute ai giudici onorari, era come impazzito: a fronte del 67% delle controversie devolute ai giudici onorari negli anni '30 si passava al 7% degli anni '70.

Il dato faceva e fa riflettere perché dimostra con l'evidenza dei numeri che la giustizia civile aveva funzionato in Italia solo in periodi storici in cui il 70 o 80% delle controversie erano devolute ai giudici onorari.

In secondo luogo, all'abnorme durata del processo ordinario di cognizione corrispondeva il progressivo tentativo di forzare le ristrette maglie di ammissibilità dei processi sommari e cautelari in specie, nel tentativo di ottenere una qualche risposta effettiva ai bisogni di tutela. Il fenomeno era preoccupante perché la disciplina dei provvedimenti cautelari era quanto di meno garantista si potesse immaginare, fondata come molto spesso era su una cognizione sommaria *inaudita altera parte*, destinata a sopravvivere a lungo, talvolta fino al passaggio in giudicato della sentenza che a termine di un processo a cognizione piena avesse dichiarato l'inesistenza del diritto cautelato.

La situazione era infine complicata dalla circostanza che per risolvere i mali della giustizia in genere e della giustizia civile in

particolare sarebbe stato illusorio, o pericolosissimo, puntare su di un aumento generalizzato degli organici dei giudici togati. Illusorio perché attraverso lo strumento dei concorsi l'esperienza dimostrava che era possibile aumentare gli organici di non più 50/100 unità all'anno. Pericolosissimo perché la magistratura poteva giustamente vantarsi di essere stato uno dei pochissimi corpi dello Stato che aveva difeso la sua professionalità (su cui si fonda in ultima analisi la propria legittimazione democratica di giudici soggetti unicamente alla legge) contro reclutamenti straordinari o stabilizzazioni *ope legis*.

In questa complessa situazione si assiste negli anni dal 1986 al 1991 all'elaborazione di una complessa strategia elaborata per la massima parte da alcuni settori della cultura processualcivilistica <sup>(9)</sup>.

La strategia può essere così sintetizzata.

A) In primo luogo, creazione delle premesse per l'attuazione a tempi relativamente brevi del giudice unico togato di primo grado, giudice a composizione normalmente monocratica con riserve di collegialità in materie determinate, con conseguente revisione delle circoscrizioni giudiziarie. In tal senso si muovono coerentemente due provvedimenti legislativi della decima legislatura: la l. 1° febbraio 1989 n. 30 che sopprime le vecchie preture mandamentali ed istituisce le preture circondariali aventi ambito territoriale identico al tribunale; l'art. 88 l. 26 novembre 1990 n. 353 che, modificando l'art. 48 dell'ordinamento giudiziario, trasforma il tribunale civile in ufficio giudiziario a composizione normalmente monocratica con riserva di collegialità in materie determinate, tassativamente indicate. Conseguenza logica e necessaria (per evitare l'irrazionalità di due giudici monocratici di primo grado con competenza differen-

---

<sup>(9)</sup> Fra i tanti che potrebbero essere fatti, vorrei limitarmi a due soli nomi. Il primo è quello di un indimenticabile docente e maestro fiorentino, Giovanni Fabbrini, il quale profuse i tesori della sua intelligenza e del suo impegno civile nell'impostare le linee di questo intervento riformatore (v. *Foro it.*, 1986, V, 511 ss. e gli scritti raccolti in *Scritti giuridici*, Milano, 1989, II, 327 ss.). Il secondo nome è quello di Giuseppe Borrè che firmò nel maggio del 1988 un'importantissima risoluzione del Csm (v. *Foro it.*, 1988, V, 249 ss.) sulla riforma del processo civile, relazione scritta a termine di un'ampia consultazione che vide riuniti intorno allo stesso tavolo processualcivilisti (tutti i processualisti che in vario modo si erano impegnati per la riforma del processo), magistrati ed avvocati.

ziata per ragioni di valore e di materia) di questi interventi legislativi era ed è la prossima attuazione del giudice unico togato di primo grado, sia in civile che in penale, con assorbimento delle preture da parte dei tribunali e con devoluzione alla Corte d'appello di tutti gli appelli contro le sentenze di primo grado. Una volta sopite le diatribe tra monocraticità e collegialità, per un verso tramite l'esperienza del processo del lavoro, per altro verso tramite l'*escamotage* delle riserve di collegialità di un ufficio a composizione normalmente monocratica, la strada verso l'istituzione del giudice unico togato di primo grado era ed è chiaramente tracciata: si tratta di strada, in uno con la conseguente revisione delle circoscrizioni giudiziarie, da sempre indicata dalla cultura processualistica, di strada che oggi è indicata come impegno prioritario dall'attuale ministro della giustizia, e dal Csm <sup>(10)</sup>.

B) Il secondo settore di intervento elaborato dalla dottrina processualistica ed attuato sempre dalla X legislatura è l'istituzione del giudice di pace (l. 26 novembre 1991 n. 374) <sup>(11)</sup>. Abbandonata l'idea, discussa vivacemente negli anni '70, di un giudice onorario di alto livello, giudice, elettivo, dell'ambiente e dei conflitti collettivi, nella seconda metà degli anni '80 la riflessione degli studiosi si concentrò sull'importanza determinante, per la giustizia civile e per la giustizia penale, di una nuova figura di giudice onorario, il giudice di pace, cui devolvere una grossa fetta del contenzioso gravante sui giudici togati: e ciò soprattutto allo scopo di consentire a questi ultimi di poter occuparsi con efficienza delle controversie più delicate. Il nuovo giudice di pace doveva essere un giudice tecnicamente attrezzato (e quindi selezionato tra i laureati in giurisprudenza), tendenzialmente a tempo pieno, che avesse percorso già la maggior parte della propria carriera di lavoro ed offrì pertanto garanzie di non utilizzare la giurisdizione per suoi futuri problemi lavorativi (a tale scopo la l. n. 374, poi modificata su questo punto, prevedeva un'elevata età minima).

Nonostante gli immensi ritardi con cui la l. n. 374 del 1991 è

---

<sup>(10)</sup> V. CSM, *Relazione al parlamento su Giudice unico di primo grado e revisione della geografia giudiziaria*, Roma, 1996.

<sup>(11)</sup> V. *Il giudice di pace*, a cura di R. SESTINI, Roma, 1989 (la relazione introduttiva e quella di sintesi sono pubblicate anche in *Foro it.*, 1989, V, 1 ss.).

stata applicata, e nonostante l'invero priva di senso avversione da parte degli avvocati, l'istituzione del giudice di pace costituisce a mio avviso la più grossa novità nel panorama della giustizia in Italia degli ultimi decenni. Se questa importante riforma sarà sostenuta a livello organizzativo da parte del ministero e a livello culturale dagli operatori giuridici, essa potrebbe costituire la vera chiave di volta per ricondurre ad efficienza un sistema oramai degradato oltre ogni limite.

C) Il terzo settore di intervento, sempre elaborato dalla dottrina procesualcivilistica ed attuato dalla X legislatura, è costituito dalla l. 21 novembre 1990 n. 353, provvedimenti urgenti per il processo civile. A seguito dei molti rinvii che ha subito l'entrata in vigore della l. n. 353, si è spesso ironizzato sulla sua intitolazione: provvedimenti urgenti. Eppure sin dalla sua prima elaborazione (che risale al 1986) si mise in evidenza come questo intervento legislativo non aveva affatto l'ambizione di risolvere tutti i mali della giustizia civile, ma voleva solo affrontarne alcuni, a torto o a ragione, reputati nodali nella speranza di determinare un'inversione di tendenza nella tragica situazione di degrado in atto, rinviando esplicitamente ad un secondo momento altre più ampie riforme (quali quelle dei processi di esecuzione forzata, della cassazione civile, dei contenuti dei processi sommari, dei procedimenti in camera di consiglio, ecc.).

I punti su cui la l. n. 353 del 1990 mira ad intervenire sono soprattutto due: il processo ordinario di cognizione e la disciplina procedurale dei provvedimenti cautelari. Essi furono individuati sia perché ritenuti nodali nella crisi in atto del processo civile, sia perché si presumeva che su di essi l'elaborazione culturale fosse matura per un rapido sbocco legislativo.

Quanto al processo ordinario di cognizione la l. n. 353 del 1990, sfruttando a piene mani l'esperienza del processo del lavoro, mira soprattutto a rivalutare l'importanza del giudizio di primo grado. A tale scopo si prevede innanzi tutto un'accurata disciplina della fase preparatoria, a termine della quale, a seguito di una impegnativa ed intensa collaborazione tra giudice, parti e difensori, dovrebbe risultare determinato in modo tendenzialmente definitivo il *thema decidendum* (domande ed eccezioni) ed il *thema probandum* (fatti controversi); solo dopo tale determinazione comincia a decorrere un termine perentorio per le richieste istruttorie; la sentenza di primo

grado è sempre provvisoriamente esecutiva *ex lege*, salvo ampi poteri di inibitoria da parte del giudice d'appello; nel corso del processo è prevista, a scopo acceleratorio, l'emanazione di provvedimenti anticipatori di condanna fondati sulla non contestazione o sui presupposti per l'emanazione di decreti ingiuntivi; giudice chiamato a gestire il processo è normalmente (salvo le riserve di collegialità di cui si è detto) un giudice monocratico. Questa riforma del processo ordinario di cognizione costituisce l'attuazione legislativa dei contenuti più profondi della scuola processualciviltistica italiana quale si è sviluppata dall'insegnamento di Giuseppe Chiovenda in poi: in essa la componente pubblicistica e privatistica del processo civile, almeno a mio avviso, trovano equilibrata sistemazione, ancorché, in un momento storico caratterizzato dalla sfrenata ripresa di concezioni privatistiche a tutti i livelli, proprio questo equilibrio può ad avviso di alcuni essere motivo di non soddisfazione.

Quanto alla disciplina procedurale dei provvedimenti cautelari la l. n. 353 del 1990 prevede l'introduzione del c.d. procedimento cautelare uniforme caratterizzato soprattutto dall'esaltazione della strumentalità dei provvedimenti cautelari (le domande si propongono sempre al giudice competente a conoscere il merito; il provvedimento cautelare diviene inefficace se la causa di merito non è instaurata entro un termine perentorio o se, successivamente, si estingue, nonché sempre che con sentenza anche non passata in giudicato sia dichiarata l'inesistenza del diritto cautelato; il provvedimento cautelare è modificabile e revocabile per mutamento nelle circostanze), dalla previsione che pur nella cognizione sommaria debba essere rispettato il principio del contraddittorio, se del caso in via posticipata, dall'introduzione di un agile meccanismo di controllo, il reclamo, innanzi ad un giudice collegiale.

Se la riforma del procedimento cautelare, probabilmente anche perché preparata da numerosissimi convegni ed unanimemente invocata, non ha trovato ostacolo alla sua attuazione, la riforma invece del processo ordinario di cognizione oltre ad essere entrata in vigore (il 30 aprile 1995) con grosso ritardo (nel mentre il numero delle cause pendenti passava dal 1.500.000 del 1985 ai 3.000.000 del 1995) ha incontrato non secondarie opposizioni tradottesi infine nella l. n. 534 del 1995 che per un verso ha diluito la fase preparatoria distinguendo tra udienza di prima comparizione e prima

udienza di trattazione, per altro verso ha introdotto un terzo provvedimento anticipatorio di condanna, ad istruzione esaurita, di difficile collocazione sistematica. In queste difficoltà di percorso si riflette la difficoltà di trovare un giusto punto di equilibrio tra componente pubblicistica e componente privatistica del processo civile, e le mille tensioni che si addensano su tale punto di equilibrio <sup>(12)</sup>.

---

(12) Esigenze di completezza inducono a trattare di due ulteriori riforme del processo civile.

La prima è costituita dalla riforma dell'arbitrato attuata dalla (l. 9 febbraio 1983 n. 28 e soprattutto dalla) l. 5 gennaio 1994 n. 25. L'importanza di questa legge — emanata sulla base di schemi elaborati dagli studiosi della materia — è data, non solo dalla previsione di due capi relativi agli arbitrati internazionali ed ai lodi stranieri, quanto principalmente dall'aver sganciato il tema dell'esecutività del lodo (richiedibile in ogni tempo al pretore) dall'impugnabilità della sentenza arbitrale, possibile indipendentemente dall'*exequatur* del pretore, entro termini autonomamente individuati.

È infine da ricordare la l. 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che ha, tra l'altro, interamente riscritto — in gran parte sulle orme delle convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Lugano del 1988 — sia le norme relative all'ambito della giurisdizione italiana, alla litispendenza internazionale e alla rilevabilità del difetto di giurisdizione, sia le norme sull'efficacia in Italia di sentenze e di atti stranieri. La riforma, di chiarissima origine dottrinale, è dovuta però ai cultori di diritto internazionale e non alla dottrina processualcivile.



*Discussione*  
(Quarta seduta congressuale)



PIERO LUIGI VIGNA

Ringrazio l'affettuosità del professor Conso e cerco di dare non un esempio, ma di limitarmi proprio ad alcune osservazioni rubando non più di cinque minuti. La prima osservazione: io condivido quanto ha detto il professor Palazzo sul fatto che il sistema sanzionatorio è stato impropriamente influenzato dal sistema processuale. L'esempio più clamoroso di ciò sta nella legge sui collaboratori di giustizia, in base alla quale, in tanto una persona può fruire senza limite delle misure alternative alla detenzione, quindi anche se condannato all'ergastolo in teoria può scontarlo sotto la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, in quanto sia stato adottato nei suoi confronti un programma speciale di protezione. Questa è una evidente distorsione alla quale sta riparando un gruppo di lavoro che seguendo le indicazioni concordi del Ministro degli Interni e del Ministro di Grazia e Giustizia tra gli obiettivi di revisione (senza naturalmente perdere quel che io continuo a considerare uno strumento prezioso per le indagini, cioè l'aiuto dei collaboratori di giustizia) si propone di separare il momento della protezione dal momento premiale, restituendo in pieno alla giurisdizione, prima alla giurisdizione penale poi alla magistratura di sorveglianza, l'aspetto premiale che la collaborazione deve avere e senza, quindi, che l'aspetto premiale sia condizionato dalla ammissione al programma di protezione. Portando più in là l'osservazione del professor Palazzo si potrebbe dire che in questo caso non solo il sistema sanzionatorio è, per così dire, «snaturato» dal sistema processuale, ma addirittura da un atto amministrativo qual è quello della commissione presso il Ministero degli Interni che delibera l'ammissione ai programmi di protezione. Esattissimo anche il rilievo di Amodio. Il compattamento fra pubblico ministero e polizia giudiziaria che rispondeva, oltre ai principi costituzionali, anche ad

esigenze di sistema, di fare il pubblico ministero il direttore delle indagini, aveva portato come conseguenza che la notizia di reato che doveva essere mandata, come si sa, entro 48 ore, arrivava “ nuda ” al pubblico ministero rendendo nudo anche questo re, che non traeva dalla notizia di reato l’impulso per offrire direttive alla polizia giudiziaria.

Dicevo che questo forte collegamento fra pubblico ministero e polizia giudiziaria ha indotto una sorta di giudizio punitivo della polizia giudiziaria su se stessa: allora non siamo capaci. A questo si è aggiunto anche il fenomeno dei collaboratori che può aver indotto l’idea che la polizia giudiziaria debba “ camminare sulle gambe ” dei collaboratori, il che non deve avvenire. La polizia giudiziaria ha una sua professionalità, la polizia giudiziaria ha strumenti tecnologici che consentono di fare indagini nelle quali il collaboratore deve essere sempre più considerato come utile, anzi utilissimo, ma non indispensabile. E allora proprio sotto la presidenza del professor Conso c’è un gruppo di funzionari di polizia, di alti ufficiali dell’arma dei carabinieri, della guardia di finanza e nel quale lavoro anch’io, per vedere se si riesce a restituire alla polizia giudiziaria il suo ruolo. Abbiamo cominciato, solo per esemplificare, dalle operazioni sotto copertura che secondo me, in una prima fase, vedono un improprio intervento del pubblico ministero e che vanno lasciate alla polizia giudiziaria. Rilevo, poi, che anche le norme del codice, le quali hanno attribuito agli atti di polizia giudiziaria la stessa valenza degli atti del pubblico ministero, hanno messo in prima linea il pubblico ministero, ma il pubblico ministero, come avviene per la polizia giudiziaria, non può più per primo interrogare la persona arrestata a seguito di ordinanza del G.I.P., possono portare all’inquietante interrogativo: ma perché tu vuoi rimanere nell’ordine giudiziario? Se i tuoi atti non sono atti di giurisdizione, se i tuoi atti hanno la stessa efficacia degli atti della polizia giudiziaria, se tu non puoi interrogare per primo come avviene per la polizia giudiziaria chi è arrestato, ecco che si prospetta, sullo sfondo, questo interrogativo inquietante, inquietante secondo me, anche costituzionalmente. L’art. 107 fra gli atti della Costituzione, dice che le garanzie del pubblico ministero sono stabilite dalla legge sull’ordinamento giudiziario, e questa è una propensione, oltre all’obbligatorietà dell’azione penale, decisa dal costituente per mantenere il pubblico ministero nell’ordine giudi-

ziario pur dovendosi accentuare, come io penso sia opportuno, la distinzione fra pubblico ministero e giudice. L'ultimo punto, brevissimo: rapporti fra la scienza giuridica e la legislazione. I magistrati sono accusati per certi loro interventi, di "espropriare" il campo della politica. Mi ricordo il documento dei 400, ma non erano solo pubblici ministeri, sulla legge del 1995, ricordo ora la lettera del Ministro Flick, la quale si apre anche con certi rilievi non solo su esternazione su processi in corso, ma anche su temi generali. Allora probabilmente anche questo è un problema da porre sul tappeto come tanti altri. Ma voglio mantenere l'impegno. Grazie.



Il tempo ristrettissimo consentito non può farmi omettere — a costo di essere ripetitivo — il ringraziamento più caro e sentito a Paolo Grossi, impareggiabile ideatore di questi incontri segnati sempre dalla feconda saldatura tra dimensione storica e dimensione politica del diritto.

La mia partecipazione ad altri convegni qui in questa stessa sala è stata sempre occasione di arricchimento spirituale e professionale. Questa volta — vi confesso — sono venuto spinto da un'esigenza più immediatamente utilitaristica: cogliere spunti ed orientamenti per il contingente impegno nella commissione Giustizia del Senato in un tempo in cui si agitano molti problemi e si affollano proposte spesso contraddittorie.

Il diritto legislativo che è sempre più compresso dal diritto giurisprudenziale — dei giudici ordinari, ma ormai molto anche dalla Corte costituzionale — pur nel più ristretto ambito è troppo spesso prodotto (o fatto abortire) sotto il peso di emergenze e fatti enfatizzati dai mezzi di informazione che condizionano l'opinione pubblica (sarà interessante seguire fra qualche giorno il convegno organizzato dalla Luiss appunto sull'influenza dei mezzi di informazione sulla produzione legislativa!) o sotto il peso di pronunciamenti varii. Le scelte del legislatore rischiano così di essere precarie perché è sempre più difficile incrociare un autentico e profondo *ethos* collettivo. In questo contesto diventano più rilevanti il ruolo e la responsabilità della dottrina.

Il piccolo contributo che posso offrire a quest'incontro è la nuda elencazione di problemi e questioni pendenti in Senato, che mi auguro costituiranno altrettante ragioni di riflessioni e suggerimenti.

Il professore Amodio ci ha parlato or ora del peso che la dottrina ha avuto nell'elaborazione del nuovo codice di procedura

penale. Un codice dalla vita breve ma già molto travagliata per le manipolazioni subite anche ad opera della Corte costituzionale. Ciò che vive nei Palazzi della Giustizia è oggi un processo che contraddice molte delle ragioni che animarono i riformatori (parità delle parti, dibattimento come fase centrale in cui si forma la prova). Oggi il processo è invece tutto nella fase delle indagini — dominata dal P.M., con un'evanescente presenza del giudice, che ha poteri limitati ed è per di più soccombente numericamente rispetto al P.M. (il rapporto attuale GIP-P.M. è di uno a tre. A questo stato di cose si rivolgono vari disegni di legge con indicazioni spesso contraddittorie (rilevante è la proposta di modifica dell'art. 513 c.p.p., che oggi consente al P.M. di utilizzare come prova in dibattimento dichiarazioni acquisite, senza garanzia per la difesa, nella fase delle indagini).

Il Governo si è fatto carico finora di buone proposte legislative in materia di ordinamento giudiziario. Sono proposte destinate ad incidere profondamente con effetti decisamente positivi: istituzione del giudice unico di primo grado (che fonderà in un solo ufficio Tribunali e Preture), istituzione delle c.d. sezioni stralcio (per abbattere il pauroso arretrato dei processi civili). È poi già annunciato sempre dal Governo un disegno di legge sulla valutazione della professionalità dei magistrati (proposta che dovrebbe interrompere quel nefasto indirizzo, esclusivo del nostro paese, degli automatismi nella carriera dei magistrati).

Per quanto la legislatura sia appena cominciata, non sono poche le proposte anche di origine parlamentare. Tra queste le più significative concernono la materia penale. È difficile pensare ad una Giustizia penale adeguata al nostro tempo quando si ha un codice non solo vecchio di sessantacinque anni, ma nato in un clima politico e spirituale profondamente diverso. Porre oggi la questione di un nuovo codice penale significa scommettere innanzitutto sulla durata della legislatura. Le premesse forse ci sono, occorrerà attendere. Intanto il Parlamento è alle prese con due questioni non da poco, la proposta di modifica del reato di abuso d'ufficio e quella sull'abolizione dell'ergastolo. Si tratta di proposte particolari ma di rilevanza generale notevole. La prima, che viene avanzata come modifica della modifica varata soltanto qualche anno fa, è la spia eloquente dell'assenza di sintonia tra scelte del legislatore e *modus operandi* dei giudici (forse più esattamente dei P.M. giacché alla grande quantità

di processi iniziati, non di rado finanche con provvedimenti di custodia cautelare, fa poi seguito un molto più esiguo numero di condanne).

La seconda proposta è in linea, nell'inerzia legislativa rispetto all'impianto complessivo del codice penale, con l'ormai tradizionale — e puntualmente asistemico — intervento del legislatore sui soli aspetti relativi alle sanzioni. Questo filo di intervento si è sviluppato, come è noto, sulla base di una ragionevole esigenza iniziale: quella di attenuare i rilevanti inasprimenti di pena introdotti dal codice Rocco rispetto al più mite codice Zanardelli.

Da questa premessa si è poi passati ad un interventismo condizionato dalle emergenze e dagli umori contingenti. Abbiamo così finito per oscillare tra recepimento delle istanze umanitarie più avanzate (penso all'ordinamento penitenziario) e inasprimenti ancorati a puri criteri retributivi o peggio dettati da esigenze che potremmo dire di ostentazione di rigore (penso, a puro titolo di esempio, per non citare casi più recenti, agli inasprimenti delle pene per i reati fiscali negli anni settanta che, *mutatis mutandis*, richiamano alla mente l'aggravamento di pena, fino a quella capitale, introdotto in tempo di guerra per i reatiannonari, quando quei fatti venivano caricati agli occhi dell'opinione pubblica del valore di causa prevalente delle difficoltà di approvvigionamento).

Concludendo la lista non posso tacere il più rilevante impegno che attende il legislatore; la modifica della seconda parte della Costituzione, che comprende le disposizioni sulla giustizia. Se ne parla poco o nulla. Eppure ci sono temi di grandissimo rilievo; da quello del Consiglio Superiore della Magistratura (da tempo la Corte costituzionale ha sollecitato interventi legislativi per una più puntuale definizione del suo ruolo), a quello del se e come separare più marcatamente funzioni e carriere di giudici e P.M., a quello infine dell'obbligatorietà dell'azione penale (che pone il problema delicatissimo del modo di rendere in qualche modo responsabile il titolare dell'obbligo).

Una lista, dunque, quella che ho presentato — se volete solo un indice — di temi importanti ed urgenti il cui svolgimento, comunque carico di dilemmi, non può che appartenere congiuntamente alle indicazioni della cultura giuridica ed alle decisioni del legislatore.



SERGIO CHIARLONI

1. Spero di non deludere il mio Maestro non accogliendo il suo invito. Non interverrò sulla relazione di Andrea Proto Pisani, se non in quanto mi potrà servire per illustrare alcune questioni di ordine più generale. D'altronde la mia gratitudine al prof. Grossi nasce dal fatto che, invitandomi a questo convegno, mi ha offerto un'occasione per sottrarmi durante qualche giorno alle pene, alle fatiche e alle angustie di orizzonti del giurista positivo.

In verità, la specializzazione secondo comparti sempre più ristretti è, in generale, uno degli aspetti più inquietanti della cultura (e anche della vita) contemporanea. Ma la cultura giuridica italiana dei nostri giorni presenta aspetti di frammentazione e di incomunicabilità tra discipline che sembrano andar oltre le tendenze evolutive ovunque presenti. Non si tratta soltanto di denunciare il fatto che i giuristi sono inclini a perdere la consapevolezza delle connessioni tra il mondo delle norme e la realtà sociale ed economica sottostante. Si tratta di rendersi conto che oramai nel nostro Paese si è andata creando entro quel mondo un'anarchia dei singoli specialismi, per cui, all'approfondimento insistito su ambiti che si vanno velocemente restringendo, fa da specchio un'incapacità diffusa di vedere secondo un punto di osservazione complessivo e interdisciplinare i problemi presi ad oggetto di analisi.

Non intendo approfondire il discorso sulle cause di un simile rischio di accecamento prospettico. A quel rischio non sono certamente estranee questioni relative alla struttura e alla dislocazione del potere accademico, che hanno finito col determinare la nascita di un sostanziale interdetto ad occuparsi di temi esorbitanti dalla specialità di ciascuno, pena l'accollo della brutta fama di « dilettante », impensabile anche soltanto quarant'anni or sono.

Ma certamente, lo dico con rapidità e conseguente inevitabile superficialità, tra quelle cause è da annoverare lo stato presente degli studi di filosofia e teoria generale del diritto, ridotte contro la propria natura a specialità accanto alle altre, con le quali non comunicano se non eccezionalmente, e addirittura escluse in qualche caso dalle materie obbligatorie nei *curricula* della facoltà di giurisprudenza, fino alla recente reintroduzione « forzata » con la nuova tabella didattica.

Se mi capita di pensare, con l'ingenuità consentita da un fitto velo d'ignoranza, alle strade più adatte alla produzione di una feconda filosofia o teoria generale del diritto, riesco a mettere in scena due situazioni. Da un lato immagino un giurista positivo che dotato possibilmente di robusta competenza filosofica, riflette sulle questioni ultime della sua esperienza di vita e/o di studio. Dall'altro immagino un filosofo che, dotato possibilmente di una robusta competenza giuridica, con movimento inverso si piega ad analizzare, usando le armi della sapienza e del metodo, una qualche provincia del diritto con i suoi, magari anche « piccoli », problemi. Molti insigni giuristi nordamericani, tra cui alcuni esponenti del movimento realista, e J. Bentham rappresentano, rispettivamente, esempi eminenti delle due alternative.

Non credo invece alla fecondità di una terza alternativa, anche se essa è oggi assolutamente dominante, almeno nel nostro Paese. Un laureato in giurisprudenza che sceglie una carriera universitaria nel settore della filosofia del diritto ha oggi la *chance* di diventare un filosofo del diritto senza essere né filosofo, né giurista. Può cioè percorrere l'intero corso degli onori accademici ponendo a base dei suoi studi esclusivamente altri lavori di « filosofia del diritto », così da contribuire al progressivo avvitarci su se stessa di una disciplina che tende all'indifferenza verso il rapporto con le altre e rischia di ridursi ad avere come scopo supremo la riproduzione di una piccola cerchia di intellettuali al suo interno.

La deprecabile conseguenza di questo stato di cose, dal punto di vista del giurista positivo, è la sempre maggiore penuria di contributi che avrebbero un'essenziale funzione di stimolo alla riflessione critica sul proprio lavoro, nonché di incoraggiamento ad inquadralo in più vasti contesti. Ne troviamo una prova indiretta osservando la scarsità di citazioni di filosofi o teorici generali nelle sue opere. E vi

è da aggiungere che, quando citazioni vi sono (dei soliti quattro o cinque nomi che in questi casi ricorrono), esse sembrano avere, molto spesso, una funzione semplicemente esornativa, né più né meno della funzione attribuibile alle citazioni frutto delle frequentazioni serali o notturne di grandi nomi della letteratura.

Una conseguenza se possibile ancora più grave è poi data dalla sostanziale rinuncia di una parte non piccola della cultura filosofico-giuridica italiana ad affrontare quello che, a mio giudizio, dovrebbe essere un suo compito didattico fondamentale e ineludibile che non può essere lasciato, come oggi avviene, alla sola responsabilità degli insegnanti di diritto privato: fornire a chi si affaccia allo studio del diritto gli strumenti per capire origine, presupposti, modi di funzionamento, reciproche compatibilità o incompatibilità e fini delle tecniche utilizzate dai giuristi accademici e dagli operatori professionali.

2. Il problema della cultura giuridica italiana non scaturisce soltanto dalle condizioni in cui versa la filosofia del diritto. Quando ci interroghiamo sui rapporti tra giuristi e legislatore e, doverosamente, vogliamo prima di tutto capire con quale tipo di giurista « medio » ci troviamo oggi a fare i conti, scopriamo subito ulteriori profili di notevole interesse.

In questi giorni abbiamo ascoltato relazioni ricche e articolate che, in obbedienza all'imperativo categorico per cui il presente si comprende come storia, hanno cercato di analizzare le vicende non sempre felici della dialettica tra pensiero giuridico e innovazione legislativa in questo dopoguerra.

Tuttavia sembra a me che, almeno fino a questo momento, il « pensiero giuridico » del cui confronto con il legislatore nel succedersi degli anni si è sin qui parlato, sia stato ipostatizzato come una sorta di immobile essenza platonica.

Mi domando se non sia invece opportuno riflettere storicamente anche sui fattori di questo pensiero. Forse, ne risulterebbe qualche elemento utile per una migliore comprensione dei rapporti con le esigenze della società civile via via interpretate dal Parlamento.

Naturalmente, non sono in grado di andare oltre qualche breve e approssimato rilievo.

Pensiamo alle vicende della cultura giuridica italiana dal punto

di vista dei personaggi che l'hanno incarnata nell'arco di tempo preso in considerazione dal nostro convegno e collochiamoci nei due estremi.

Vediamo che dalla fine del 1800 a tutti gli anni cinquanta la nostra cultura giuridica è rappresentata da non molte decine di intellettuali, che usando una terminologia fuori moda, ma ancora perspicua, sono organici ad una borghesia capace, sia pure con sicurezza man mano decrescente, di autorappresentarsi come « classe generale ». Questi giuristi sono solitamente dotati di un'ottima cultura classica, come si può vedere considerando da un punto di vista letterario le opere che ci hanno lasciato, da confrontare con la povertà e qualche volta la miseria linguistica dei libri di molti giovani d'oggi. Ma soprattutto questi giuristi si muovono dentro un mondo di certezze grazie alla condivisione di un comune metodo di studio. La dogmatica giuridica derivata dai pandettisti tedeschi domina, senza che la *Methodenstreit* combattuta nel paese d'origine lasci tracce importanti (almeno nel mio settore). Possiamo allora capire come mai persino un regime autoritario come quello fascista deleghi ai *Rechtshonoratioren* delle università la stesura dei codici.

Oggi vediamo invece che la cultura giuridica accademica è rappresentata, per rispondere alle esigenze della università di massa, da migliaia di persone, oltretutto reclutate ed addestrate secondo modalità assai criticabili. Tra queste persone non regna più l'orgoglioso senso di appartenenza assicurato dal dominio di un metodo assestato e condiviso. La Germania non è più un punto di riferimento. È vero che molti vi si recano ancora, muniti di borse di studio, e trovano un paradiso organizzativo in confronto alla scadente situazione italiana. Ma anche là la cultura giuridica è in decadenza e tutto quel che si può sperare di ricavare, forse molto per lo sviluppo delle carriere, ma poco nella sostanza, è la dimostrazione di aver faticato più dei concorrenti per apprendere un idioma straniero alquanto difficile.

Alle antiche certezze si è sostituita una grande confusione determinata dalla babele delle lingue. Chi si aggrappa ai cascami della vecchia dogmatica giuridica; chi si lascia sedurre dai formalismi delle analisi semantiche; chi si illude circa le potenzialità dell'analisi economica del diritto; chi si perde nelle astruserie della teoria dei giochi; chi crede che tutto si riduca all'individuazione di valori

nascosti; chi, al contrario, si accanisce nella costruzione di modelli e di itinerari per la loro circolazione.

3. Vengo ora alla cultura del processo civile e dico subito che essa si trova a mio giudizio, in una situazione piuttosto singolare e appartata. Essa si connota per una tendenza al severo rigore e per un peculiare orgoglio di casta dei suoi cultori. La cosa dipende dal fatto che i processualisti italiani sono gli eredi di una tradizione illustre che ha visto far parte della loro schiera alcuni tra i più prestigiosi giuristi del novecento, da Ludovico Mortara, a Giuseppe Chiovenda, a Francesco Carnelutti, a Piero Calamandrei.

Come ho avuto occasione altra volta di rilevare, vivere nel cono d'ombra proiettato dall'autorità dei padri fondatori comporta qualche inconveniente.

Non mi riferisco tanto all'accusa di lesa maestà portata in tempi più o meno recenti contro qualche studioso per aver osato aggredire criticamente i miti costruiti intorno alle elaborazioni di quello tra essi, Giuseppe Chiovenda, che ha lasciato l'impronta più duratura, anche se bisognerà pur dire che atteggiamenti del tipo « chi tocca i fili muore » finiscono con il guastare il clima di serena obiettività che deve caratterizzare l'indagine scientifica, anche nel settore delle scienze umane.

Mi riferisco invece, ad alcune conseguenze negative cui va incontro la stessa cultura del processo, ancora in stato di minorità per non essersi saputa liberare dei padri.

Alla dogmatica sistematica di impronta germanica va storicamente ascritto un grande merito. Ha contribuito in maniera determinante alla costruzione del bagaglio concettuale che ha consentito ai processualisti di elevarsi dalla bassa cucina dei formulari ai cieli delle astrazioni scientifiche.

Ma i tempi della dogmatica tradizionale sono finiti. Essa ha esaurito il suo compito e la scienza del processo civile deve rinnovarsi velocemente nella selezione degli oggetti di studio, nei metodi di approccio, nell'importanza da ascrivere ai dati dell'esperienza. Questo rinnovamento per ora non avviene o almeno non avviene abbastanza in fretta. Possiamo capirlo guardando alla scelta ancor oggi prevalente dei temi oggetto di monografie in vista dei concorsi. Succede che nel giro di pochi anni vengano pubblicati più volumi su

uno stesso argomento, privilegiato perché particolarmente adatto alle sfide dell'intelligenza combinatoria, ma pressoché ignoto al diritto vivente. Intendiamoci. Affrontare un tema classico avvalendosi dei metodi tradizionali ereditati può essere utile per operare una gerarchia tra gli studiosi. Se voglio scrivere bene, secondo le aspettative dell'ambiente, di opposizione di terzo, o di limiti oggettivi del giudicato, o di intervento adesivo, o di litisconsorzio necessario, e così via elencando, devo non solo faticare e molto su numerosi precedenti lavori anche stranieri, ma devo soprattutto dimostrare capacità ragionate e sistematiche, nonché rigore concettuale e costruttivo, assolutamente superiori. Offrire una prova di eccellenza in questi campi è forse più significativo che dimostrare di saper dipingere bene, come veniva richiesto al mandarino cinese che aspirasse ad un'alta carica amministrativa.

Tuttavia, il valore sociale di simili lavori è nullo. Si tratta di « libri scritti su altri libri », destinati a dormire negli scaffali delle biblioteche, finché non venga a destarli chi senta la vocazione o più spesso sia precettato a farsi autore sul medesimo tema. Nella prospettiva del diritto vivente queste elaborazioni sono addirittura controproducenti. Esse originano un'« aura » culturale che influenza i prodotti di letteratura giuridica minore, come le note a sentenza. Queste note inducono poi il giudice che le scorre a confermarsi nel pregiudizio che la risoluzione dei problemi sia da scoprire con ardite ascensioni nell'iperuranio giuridico, invece di venire determinate in base a scelte di valore agevolmente illustrabili tramite semplici operazioni di sviluppo assiologico dei comandi. Si alimenta così la tendenza al formalismo, già fortemente presente nei nostri operatori a causa del tipo di educazione giuridica ricevuta.

4. Abbiamo ora a disposizione alcuni elementi per capire come mai, dal lato della cultura giuridica, l'università-istituzione conti sempre di meno nel processo di produzione legislativa.

Il caso delle recenti riforme del processo civile è emblematico.

Verissimo che il povero processo civile è anche (forse soprattutto) una delle tante vittime delle difficoltà della politica nella transizione tra la prima e la seconda repubblica, come chiaramente risulta dalla danza senza fine dei decreti che si sono succeduti dopo le leggi del 1990, in continuata inosservanza dei presupposti tracciati

dalla Costituzione, ed emanati soprattutto per rispondere alle pressioni corporative della ancora potentissima *lobby* degli avvocati.

Ma il tradimento di una tradizione di buona fattura dei testi legislativi che abbiano ad oggetto settori estremamante delicati è anche sintomatico di una grave caduta di prestigio dell'università. Un tempo si riteneva necessario, per porre mano ad un codice con un intervento riformatore molto incisivo, dar vita ad un'articolata serie di eventi politico-culturali, tra i quali la consultazione delle facoltà di giurisprudenza era collocata in prima linea. Questa consultazione è mancata e in sua vece, secondo la deplorable abitudine che si è venuta instaurando, sono semplicemente cambiati i consiglieri del principe di turno, con quali risultati per la coerenza interna delle nuove discipline è facile immaginare.

5. Come valutare, pensando ai rapporti tra pensiero giuridico e innovazione legislativa, lo stato delle cose fin qui rapidamente descritto, secondo un punto di vista, lo ammetto, alquanto apocalittico?

Verrebbe spontaneo di osservare che, nella situazione data, sia meglio che il legislatore si affidi il meno possibile alla dottrina per portare avanti i suoi disegni riformatori. Pensando al processo civile questa opinione risulterebbe rafforzata considerando che la riforma del processo del lavoro, non progettata da professori, sta ancora funzionando egregiamente dopo quasi un quarto di secolo presso molte delle più importanti preture, mentre le prospettive di successo delle recenti riforme del processo ordinario di cognizione appaiono fin d'ora assai problematiche, malgrado che singoli processualisti molto autorevoli vi abbiano posto direttamente o indirettamente mano fin dall'inizio.

Tuttavia, non si può fare a meno di continuare a pensare che l'apporto della dottrina sia fondamentale quando si tratti di settori molto tecnicizzati e complessi, cui certamente appartiene un codice di procedura.

Il problema è che la dottrina deve riconquistare il suo ruolo, come l'aveva avuto in passato, riformulando i propri obiettivi culturali, in modo da perseguire anche risultati socialmente utili. Quando vedo i temi preferibilmente studiati da molti processualisti, non posso fare a meno di provare un forte senso di scoramento ed

è di poca consolazione ricordare che anche nelle scienze della natura si assiste talvolta a paradossali ripiegamenti della ricerca su se stessa, con richieste di finanziamenti, anche imponenti, su obiettivi assolutamente futili.

Certo, la strada da percorrere non è semplice. Essa passa, almeno per mia intima convinzione, acquisita da molti anni, attraverso una battaglia intransigente contro il formalismo. Una battaglia complicata anche perché il formalismo processuale, di cui già Hegel aveva paventato i pericoli, si presenta ultimamente con nuove facce, mimetizzandosi dietro le garanzie fondamentali assicurate al processo dalla nostra Costituzione. Accade così che ci troviamo sempre più frequentemente di fronte ad un'elaborazione che finisce con il rovesciare le garanzie nel loro speculare contrario, da presidi di giustizia a cause di ingiustizia (o di ingiusta dilazione) della decisione.

Questo succede perché la cultura giuridica (almeno quella processuale) va perdendo, certo non per sua esclusiva responsabilità, la capacità di farsi interprete delle esigenze di protezione degli interessi generali dei cittadini e molto spesso devia i propri itinerari, mirando magari inconsapevolmente, alla sublimazione scientifica di interessi professionali di ceto.

6. Se Messene piange, Sparta non ride. Dei due termini affiancati nel nostro convegno, anche la produzione del diritto mostra evidenti segni di sofferenza, che non avendo a che fare con questioni di buona o cattiva fattura sono assolutamente indipendenti dal rapporto con il mondo deputato all'elaborazione culturale.

I lineamenti più inquietanti che contrassegnano i manufatti dei nostri *conditores* hanno infatti molto poco a che fare con l'accademia. Oggi ci troviamo di fronte ad una pluralità e mobilità delle fonti; a interventi legislativi a getto continuo per secondare gli interessi microcorporativi di una società che rischia di andare in pezzi secondo le linee di frattura dei piccoli egoismi; a difficoltà connesse all'individuazione della *ratio* o *intentio legis* a seguito di compromessi che ne presiedono l'emanazione; a oscurità, contraddittorietà, obliquità degli scopi perseguiti; a incertezze in ordine alla ricostruzione dello stato della normativa vigente, dovute al succedersi alluvionale di regole riguardanti una medesima materia, senza

che vengano messi in moto gli opportuni procedimenti di consolidazione. E così via elencando, nel seguire le stazioni di una *via crucis* che non è soltanto nostra.

Ma qui il discorso trova il suo ultimo limite, scontrandosi con le grandi questioni contemporanee del vivere associato, cosicché ringrazio di cuore chi ha avuto la pazienza di seguire, più che un intervento organizzato, uno sfogo pubblico di autocoscienza.



FRANCO CIPRIANI

IL CONTRIBUTO DEI PROCESSUALISTI  
ALLA LEGISLAZIONE ITALIANA (1946-1996)

1. Premessa. — 2. La difesa del codice fascista negli anni Quaranta. — 3. Le riforme del 1950, del 1973 e del 1990. — 4. L'affascinante « intransigenza morale » di Virgilio Andrioli. — 5. Il realismo di Andrea Proto Pisani.

1. Bisogna dare atto ad Andrea Proto Pisani di essere riuscito, nei ristretti limiti di una relazione, a disegnare un quadro completo ed eloquente del contributo dato dai processualisti italiani, in questi ultimi cinquant'anni, alla nostra legislazione.

A parer mio, però, la relazione di Proto Pisani non si segnala soltanto per l'obiettività e la completezza della ricostruzione di quanto è accaduto nell'ultimo mezzo secolo, ma anche e forse soprattutto per un rilievo che a tutta prima può pure sembrare un'ovvietà, ma che a veder bene segna una grande svolta nell'ottica con la quale i processualisti italiani si sono accostati in questi ultimi cinquant'anni all'eterno problema della riforma del processo civile.

Di ciò dirò alla fine di questo mio breve intervento. Prima, però, vorrei dire qualcosa sui quattro grandi momenti che Proto Pisani ha individuato e segnalato.

2. Quanto al primo, che riguarda quel che avvenne negli anni Quaranta, quando i processualisti si batterono per salvare il codice dalle istanze di abrogazione avanzate dalla classe forense dopo la caduta del fascismo, Proto Pisani ha ribadito quel che ha avuto modo di affermare già in altre occasioni, e cioè che i processualisti, mentre ebbero partita facile nel dimostrare che il codice non aveva alcunché a che vedere con l'autoritarismo del fascismo, dettero prova di una « grossolana miopia » nel trascurare il problema della tutela giurisdizionale dei diritti di libertà formali e sostanziali.

Due rilievi, uno sull'ideologia del codice, l'altro sulla miopia dei nostri Padri.

Sull'ideologia, non senza avere ricordato che il nostro codice ha una relazione (scritta da Calamandrei!...) che è un inno al processo autoritario e che si fa dichiaratamente beffa dell'ideologia liberale e garantista del codice del 1865, non credo che il problema possa essere risolto ripetendo ancor oggi quel che Virgilio Andrioli e Gian Antonio Micheli scrissero nel 1944-1946, quando il terrore della defascistizzazione correva sul filo. Gli storici, non solo gli italiani come Ernesto Galli della Loggia e Gian Enrico Rusconi, per non dire dei giovanissimi come Ferdinando Treggiari, ma anche gli stranieri come Roy Palmer Domenico, sono ormai unanimi nel dirci che la defascistizzazione fu proclamata e minacciata, ma non anche attuata, in quanto in quel periodo vi fu, a tutti i livelli e in tutti i campi, anche, quindi, io direi, nel nostro, un grande processo di rimozione-manipolazione, grazie al quale il fascismo fu in buona sostanza concordemente negato: che è ciò che, per caso o *pour cause*, avvenne anche a proposito del nuovo c.p.c., che fino al 25 luglio 1943 era, per dirla col guardasigilli Grandi, « fascista nel più profondo senso della parola » e dal giorno dopo divenne, secondo Calamandrei, « liberale e democratico » (per maggiori ragguagli v. il mio libro su *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, pp. 63 e 113).

Così stando le cose, a me non sembra che sia oggi il caso di citare criticamente o adesivamente le pagine di Andrioli e Micheli sulla defascistizzazione. Anch'io ho citato qualche anno fa quelle pagine. Le ho citate « punzecchiando » i due autori, ossia rimproverando loro di essersi affrettati ad assicurare che il nuovo codice, lungi dall'essere fascista, era semplicemente italiano, ma oggi che mi si è spiegato che cosa fu la defascistizzazione e che cosa accadde in quel periodo, mi rendo conto di non essere stato propriamente generoso con chi ebbe la ventura di vivere quei terribili anni.

Proporrei, quindi, di prescindere da quelle pagine. Chi ancor oggi ritiene che il codice del 1940 non fosse illiberale e autoritario, è ovviamente liberissimo di pensarlo e di dirlo, ma, a parer mio, non può fondarsi né sulla mancata abrogazione, né su quel che dissero Andrioli e Micheli nel 1944-1946.

Quanto poi alla « miopia », non mi sentirei di muovere rimpro-

veri ai processualisti di cinquant'anni fa. Se penso che Carnelutti, Redenti e Calamandrei erano nati tra il 1879 e il 1889, ossia in anni nei quali non esisteva neppure il diritto del lavoro, mi dico che non possiamo rimproverar loro di non avere avvertito l'importanza della tutela giurisdizionale dei diritti di libertà.

3. Passiamo agli altri tre grandi momenti sui quali si è soffermato Proto Pisani: le riforme del 1950, del 1973 e del 1990.

A proposito della riforma del 1950, Proto Pisani, modificando in parte quanto ebbe a dire al convegno di Sorrento del 1971, quando segnalò la « colossale antinomia » che si era venuta a creare con la Novella del 1950, ha oggi affermato che, se si prescinde dalle preclusioni (che esistevano per le parti, non certo per il giudice, che per « fini di giustizia » o per « gravi motivi » poteva ammettere tutto quello che voleva: artt. 183, 184 e 345 originaria stesura), quella riforma non riformò un bel nulla. Non solo, ma egli ha anche precisato che quella riforma, che tradizionalmente viene attribuita agli avvocati, fu « annacquata » dai processualisti. Il *revirement* e la precisazione sono, a parer mio, estremamente importanti e sono lieto di prenderne atto.

Con riferimento alla riforma del processo del lavoro del 1973, Proto Pisani ha ricordato che essa si deve ad alcuni magistrati dell'ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia. In effetti, è così. Quei magistrati, però, si giovano dei consigli e dei suggerimenti di Virgilio Andrioli: lo riferì al Convegno di Bologna del 1971 lo stesso Andrioli, che non a caso in quella occasione difese a spada tratta il progetto di riforma (v. *Incontro sul Progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971, p. 122). E, se è vero che lo difese invocando Chiovenda, pure vero è che lo salvò con la propria autorità, atteso che quel processo, nei punti essenziali, come ben avverte Proto Pisani, è del tutto « estraneo al pensiero di Chiovenda »: Chiovenda, infatti e in verità, non ha mai proposto né le preclusioni, né il giudice monocratico, né l'esecutività *ope legis* della sentenza di primo grado, né l'esclusione dei *nova* in appello. La riforma del 1973, quindi, va attribuita essenzialmente ad Andrioli.

Sempre a proposito della riforma del 1973, mi pare di dover anche aggiungere che Proto Pisani è incorso in una grave lacuna, in quanto ha « dimenticato » di segnalare il grande e decisivo contri-

buto dato da uno studioso per salvare il processo del lavoro. Come si ricorderà, la riforma del 1973, ancor prima di entrare in vigore, fu violentemente attaccata sul piano della legittimità costituzionale da quanti, invocando la « neutralità » del processo, ritenevano che non si potesse prevedere un rito differenziato a tutela del lavoratori. Ebbene, fu merito di un processualista, allora giovanissimo, dimostrare, in un vasto saggio rimasto celebre, che la nostra Costituzione, lungi dall'escludere, impone che in taluni casi si adottino riti differenziati: come tutti sanno, quello studioso si chiamava Andrea Proto Pisani.

Per finire, la riforma del 1990. Qui Proto Pisani ha ricordato il contributo del compianto Giovanni Fabbrini e di Giuseppe Borré, ma, incorrendo in un'altra « lacuna », ha dimenticato il suo. Eppure, è noto che egli è da tutti considerato il padre di quella riforma.

4. Le considerazioni che precedono consentono di trarre una deduzione di non lieve importanza.

Infatti, se si tien conto degli avvenimenti e degli studiosi fin qui ricordati, e se si considera che Proto Pisani è notoriamente il discepolo prediletto e il continuatore di Andrioli, non può non dedursi che il processualista che in quest'ultimo mezzo secolo ha più di tutti influito sulla legislazione processuale italiana è stato, direttamente o indirettamente, Virgilio Andrioli, che non a caso ha dominato, per buona parte di questi cinquant'anni, la scena giuridica italiana dalle colonne del *Foro italiano*.

Egli, nell'immediato dopo guerra, pur essendo molto giovane, dette man forte a Calamandrei nella battaglia per salvare (se stessi e) il codice e per « annacquare » la riforma del 1950; poi, negli anni Cinquanta, respinse con la sua celebre irruenza ogni tentativo di eliminare o di riformare il giudice istruttore (penso soprattutto al convegno di Milano del 1955 sul giudice istruttore e al parere espresso nel 1956 per l'Università di Pisa al Ministero); indi, negli anni a cavallo del 1973, pilotò e protesse la riforma del processo del lavoro; infine, nel 1990, con la riforma del c.p.c. attuata dai suoi discepoli, ha raccolto i frutti del suo lungo insegnamento. Senza dire delle sentenze da lui stese quale giudice della Corte costituzionale, da quella che ammise la revocazione avverso le sentenze della Corte di cassazione, a quelle sugli atti da notificare al contumace, a quella

con cui fu riscritto l'art. 419 c.p.c., a quella, a dir poco fondamentale, sulla tutela cautelare nel processo amministrativo.

Non è questa la sede per soffermarsi, come l'importanza che Andrioli ha avuto nella nostra storia meriterebbe, sulla sua concezione del processo civile. Spero tuttavia mi vorrà essere consentito ricordare che egli era convinto che, per veder funzionare il processo civile, bisognasse fare in modo che il giudice arrivasse preparato alla prima udienza, sì da poter dirigere al meglio il processo; e che a tal fine egli reputava che gli avvocati dovessero vuotare subito il sacco e che il giudice non dovesse limitarsi a fare l'arbitro, a « fischiare i falli e a segnare sul taccuino ammonizioni », ma dovesse sentirsi « l'allenatore dell'una e dell'altra squadra », correggendo gli « errori tattici » delle due squadre, sì da ottenere « l'attuazione della volontà concreta della legge » (*Incontro*, cit., p. 128).

Questi insegnamenti hanno avuto successo non solo per la grande tensione morale che è loro sottesa, ma anche e soprattutto perché provenivano da un Maestro con un grande carisma, un uomo tutto d'un pezzo, un burbero benefico, uno studioso con una colonna vertebrale refrattaria ad ogni forma di flessione e con una visione delle cose fondata eminentemente sul dovere, « esempio non raggiungibile di intransigenza morale » (VERDE, *Profili del processo civile*, II, Napoli, 1996, p. VII): non era possibile parlare con Andrioli o ascoltare un suo intervento congressuale e non essere conquistati dalla sua « intransigenza morale ».

Da qualche tempo, però, mi dico che le cose non stanno come le vedeva, nella sua affascinante intransigenza, Virgilio Andrioli. In particolare, da qualche tempo mi dico che non è affatto vero che gli avvocati vogliano solo perdere tempo (magari le cause fossero decise quando vogliono gli avvocati: l'Italia non sarebbe più condannata a Strasburgo...), nonché, comunque, che non possiamo pensare di risolvere il problema facendo fare l'allenatore all'arbitro. Qui, infatti, i casi sono due: o l'arbitro fa anche l'allenatore delle due squadre, e allora bisogna affrettarsi a squalificarlo a vita (come arbitro e come allenatore); oppure fa solo l'allenatore (di una squadra), e allora bisogna pur sempre trovare un terzo che faccia l'arbitro. Fuor di metafora, se ci si augura che il giudice civile non si limiti a fare l'arbitro, ma tenga le redini del processo e corregga gli « errori tattici » delle due parti, sì da assicurare che alla fine vinca chi

ha « veramente » ragione, si dimostra di avere una concezione del processo civile che può pure affascinare e vincere, ma che, a parer mio, anziché risolvere i problemi, li complica. Di qui la mia speranza che negli anni a venire prevalga una ideologia semmai meno affascinante, ma più realistica.

5. Vengo ora al rilievo col quale Proto Pisani ha effettuato, sia pure quasi in sordina, una grande svolta.

Si tratta dell'accento al rapporto tra controversie devolute ai giudici togati e controversie devolute ai giudici onorari, rapporto che negli anni Settanta e Ottanta, secondo Proto Pisani, « era come impazzito »: « a fronte del 67% delle controversie devolute ai giudici onorari negli anni Trenta si passava al 7% degli anni 70 », dimostrando così, « con l'evidenza dei numeri, che la giustizia civile ha funzionato in Italia solo in periodi storici in cui il 70-80% delle controversie era devoluto ai giudici onorari ».

Questo rilievo, apparentemente banale, è a parer mio di fondamentale importanza perché segna il superamento dei calcoli che si erano fatti nel corso della decima legislatura in ordine al numero delle cause da assegnare all'istituendo giudice di pace: come lo stesso Proto Pisani ebbe a ricordare non più tardi di due anni fa al convegno di Riva dei Tessali sui rinvii e l'arretrato, si era pensato che assegnando al nuovo giudice il 30-35% delle controversie, l'arretrato sarebbe stato smaltito e ogni problema sarebbe stato risolto (*Foro it.*, 1995, V, c. 287). Oggi Proto Pisani ci dice che col 30-35% non si risolve alcun problema: ai giudici di pace (che sono 4.700, ossia più del doppio dei 2.200 giudici togati addetti al civile in pretura e tribunale) bisogna dare per lo meno il doppio delle cause che si era pensato di dare, ossia più o meno la stessa percentuale di cause che si dava, ai tempi d'oro della giustizia civile italiana, al conciliatore.

Il rilievo di Proto Pisani, però, non segna solo il superamento dei calcoli fatti dieci anni fa a proposito del giudice di pace, ma anche — ed è qui, secondo me, la svolta — quello della logica con la quale ci si è accostati in questi ultimi cinquant'anni al problema della riforma del processo civile: fino a ieri pareva che, quanto più ci si differenziava dal vecchio codice, tanto meglio era, oggi si riconosce che, ai tempi del vecchio codice, la giustizia civile italiana funzionava. Fino a ieri pareva che, per veder funzionare il processo

civile italiano, bastasse costringere gli avvocati a vuotare il sacco, sì da consentire al giudice di arrivare preparato alla prima udienza, ma oggi vi è finalmente uno studioso del calibro di Proto Pisani che ci avverte che bisogna preoccuparsi *ante omnia* di quel banalissimo istituto che è la competenza.

Invero, la disciplina della competenza è all'evidenza essenziale per assicurare che ogni giudice abbia un numero di cause proporzionato alle proprie forze. Cent'anni fa si facevano calcoli complicatissimi, basati sul costo del grano e del pane, per fissare la competenza per valore dei conciliatori (lo ricordò inutilmente la Corte di cassazione al Ministero nel 1956: v. *Osservazioni e proposte sulla riforma del c.p.c.*, Roma, 1956, I, p. 8); nel 1940 fu Mussolini in persona ad autorizzare che i tetti della competenza del conciliatore e del pretore fossero portati, rispettivamente, a mille e diecimila lire (v. il mio *Il codice*, cit., p. 45 in nota), ma, dacché, con la svalutazione della lira avutasi negli anni Quaranta, siamo diventati tutti ricchi, abbiamo pensato di poter fare a meno dei 17 mila conciliatori e abbiamo consentito che quasi tutte le cause si concentrassero in pretura e in tribunale. La baracca, fino agli anni Sessanta, è rimasta in piedi sol perché in quel periodo le cause, rispetto agli anni Venti e Trenta, si erano più che dimezzate, ma negli anni successivi, con l'aumento delle cause, che sono oggi il triplo di trent'anni fa, si è avuto l'« impazzimento », del quale, però, ci si è resi conto solo ora: basti pensare che il C.S.M., ancora nel 1988, trovò inopportuno elevare la competenza dei conciliatori a tre milioni (*Foro it.*, 1988, V, 254)!

Con la relazione di Proto Pisani, dunque, la processualciviltistica italiana sembra avere cambiato rotta: la disciplina della competenza, fino a ieri sottovalutata, se non proprio trascurata, è tornata di attualità. Insomma, si riconosce che gli attuali problemi del processo civile italiano non si risolvono prendendosi con gli avvocati, né tanto meno aumentando i poteri del giudice, ma aumentando i giudici, ovvero, dal momento che i giudici onorari ci stavano e ci stanno, ripartendo razionalmente la competenza, come ai tempi del tanto vituperato vecchio codice.

Ne dedurrei che possiamo guardare al futuro con una certa qual fiducia. Proto Pisani è un trascinatore come Andrioli ed è per molti aspetti l'Andrioli di oggi, ma è più realista del suo grande maestro.

Ha creduto e crede anche lui nel sacco da vuotare e nella prima udienza, ma vedo che ora crede anche nella competenza, che a me sembra ben più utile. Di qui la mia speranza che alla prossima occasione se ne vedano, e non solo a proposito della competenza, le conseguenze.

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

IL PROBLEMA DELLA COLPEVOLEZZA  
TRA PENSIERO GIURIDICO ED EVOLUZIONE  
DEL SISTEMA NORMATIVO

1. Cenni introduttivi: scopi del diritto penale e tendenze innovative della dottrina nell'esperienza del cinquantennio repubblicano. — 2. Discrasie e lontananze tra pensiero giuridico e sviluppi della prassi legislativa. — 3. Le vicende della colpevolezza: il progressivo emergere di significative convergenze tra dottrina penalistica e risposte a livello normativo. — 4. (*Segue*): le ragioni del fenomeno: la compatibilità di un più esteso riconoscimento dei coefficienti di imputazione psicologica con il mantenimento degli assetti di fondo del sistema punitivo. I nuovi scenari aperti dalla problematica dell'errore sul divieto. — 5. Tra garanzie individuali e tutela penale: alla ricerca di un terreno d'intesa fra elaborazione scientifica e processi di decisione politica.

1. Per comprendere appieno il senso e la portata dell'influenza del pensiero giuridico <sup>(1)</sup> sulla progressiva realizzazione del princi-

---

(<sup>1</sup>) Pur se con percorsi differenti, ed all'interno di mutevoli orizzonti problematici, la sottolineatura del ruolo e dell'importanza del pensiero giuridico, e dell'impossibilità di risospingerlo entro i confini di una riproduzione meccanica delle scelte emergenti dal sistema positivo, viene sovente riproposta da studiosi particolarmente impegnati sotto il profilo culturale. Tra le indagini più approfondite al riguardo si segnalano quelle di MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 18 ss.; ID., *Interpretazione e nuova dogmatica*, *ivi*, 73 ss.; di CASTRONOVO, *Legittimazione discorso giuridico diritto privato*, in *Jus*, 1985, 464 ss.; di PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1222 ss.; di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 167 ss. In sede di analisi dell'esperienza giuridica del secondo Medioevo, sviluppa considerazioni particolarmente illuminanti, anche in una dimensione prospettica, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, 154 ss.; ID., *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17(1988), 547 ss. Più in generale, v. ancora ID., *Pensiero giuridico*, *ivi*, 265 ss.

La rivalutazione del contributo del pensiero giuridico all'edificazione delle basi culturali sottostanti ai processi di formazione e di applicazione del diritto sembra attualmente rivestire un particolare significato nell'ottica della ricerca dei contenuti

pio di colpevolezza, è necessario anzitutto inquadrare tale specifico problema all'interno delle due dimensioni fondamentali che quali-

---

caratterizzanti i « principi » fondamentali, specialmente di rango costituzionale. Pur nella consapevolezza delle perduranti difficoltà incontrate dalla dottrina (e da quella penalistica in particolare) nel far sentire la propria voce presso le sedi istituzionalmente competenti all'elaborazione delle norme giuridiche (in argomento cfr. FIANDACA, *Dalla riforma del processo alla riforma del codice penale*, in *Questione giustizia*, 1990, 390; FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 56 ss.; LA SPINA, *La decisione legislativa*, Milano, 1989, 420 ss.; PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 33), non si può negare, in altri termini, che l'apporto della scienza giuridica ai processi di maturazione delle scelte legislative è destinato a trovare un importante elemento di sostegno nella constatata capacità di influenzare — in virtù, soprattutto, dell'affermarsi di una giurisprudenza costituzionale sempre più sensibile al potenziale teleologico proprio dei « valori » sottostanti alla Carta (in merito a simili tematiche cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 147 ss., 170 ss., come pure MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica*, cit., 126 ss., e già in precedenza BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 656 ss. Ulteriori rilievi in CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 77 ss.; PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996, 94 ss. n. 193 (in chiave problematica); POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra « attuazione » e « adeguamento » della Costituzione*, Napoli, 1995, 260 ss. ed, infine, nell'ampia analisi di BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 144 ss., 154 ss., nonché, sotto un profilo particolare, sul quale si tornerà nelle conclusioni, in quella di MANGIA, *Valori e libertà nella giurisprudenza costituzionale: commento a Corte cost. n. 364/1988*, in *Jus*, 1988, 341 ss.) — le opzioni fondamentali suscettibili di condizionare le linee della normazione futura.

Per questa via, d'altronde, risultano concretamente perseguibili due importanti risultati. Da un lato, il « dialogo » con la prassi applicativa non parrebbe più destinato a risolversi, come in un recente passato, nel suggerimento ad orientare le relative decisioni secondo percorsi del tutto svincolati da qualsiasi limite di legalità formale, in nome di un « uso alternativo del diritto » ispirato ad interpretazioni di tipo evolutivo od estensivo ricavate direttamente dalla Costituzione (cfr., in proposito, i contributi raccolti nel volume dedicato appunto a *L'uso alternativo del diritto*, I, Bari, 1973, e, per un esame « retrospettivo » di tale orientamento, FERRAJOLI, *Per una storia delle idee di magistratura democratica*, in *Giudici e democrazia*, Milano, 1994, 55 ss.; ZOLO, *Cittadinanza democratica e giurisdizione*, *ivi*, 80 ss. Sulle problematiche attuali della legalità penale cfr. le riflessioni di PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale*, in *Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*, Quad. 5, 1994, 59 ss.; *Id.*, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium Iuris*, 1996, 276 ss.): una volta che i contenuti propri di quest'ultima appaiano effettivamente in grado di « filtrare » attraverso l'operato dei giudici costituzionali, risulterà più congruo, in effetti, sollecitare la « mediazione » di tale organo, come presupposto e fondamento essenziale di legittimazione per la ricerca di

ficano e caratterizzano la materia del diritto penale, e che vengono a conferire a quest'ultima un profilo di inconfondibile autonomia rispetto agli altri rami in cui si articola l'ordinamento giuridico.

La prima è una dimensione che, malgrado il rilievo possa suonare paradossale, potrebbe ben denominarsi come « fisiologica » alla natura e agli scopi del diritto penale. In effetti, un diritto penale realmente efficace, in quanto tale idoneo a realizzare compiutamente le proprie finalità, è quello che non è mai destinato ad « inverarsi » nel suo momento applicativo. Se è vero che la minaccia penale mira ad impedire la realizzazione di determinati comportamenti — considerati gravemente disfunzionali rispetto alle esigenze di tutela dell'intera comunità sociale — si può ben affermare che tale scopo potrà considerarsi pienamente raggiunto, soltanto laddove il messaggio normativo avrà ottenuto l'effetto di distogliere i consociati dal porre in essere la condotta incriminata (2).

---

nuovi equilibri sul piano ermeneutico ed applicativo. Dall'altro lato, a misura che il livello di condizionamento dei principi costituzionali sulla produzione normativa tenderà sempre più ad affermarsi e a consolidarsi, si apriranno maggiori possibilità per un confronto diretto con il ceto dei giuristi, teso appunto a subordinare le scelte normative ad una verifica di compatibilità con le direttive di fondo tracciate dalla Carta, in maniera tale da uniformare le opzioni legislative ai contenuti di valore — ed alle tecniche di strutturazione delle fattispecie — da questa suggerite.

Né si può dimenticare, infine, la particolare rilevanza attribuibile alle indicazioni provenienti dal settore del diritto comunitario; la ben nota caratterizzazione in chiave di accentuata « flessibilità » dei procedimenti di ricostruzione delle posizioni soggettive rilevanti alla stregua di tale ordinamento (cfr., per un ampio quadro ricostruttivo, DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, spec. 246 ss., nonché BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali univ. Ferrara*, VI, 1992, 100 ss.; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Scritti in memoria di Dell'Andro*, I, Bari, 1994, 470 ss.; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità Europea*, Padova, 1996, 88 ss., 95 ss.) non potrà non condurre, in effetti, ad esaltare l'importanza del ruolo del giurista nell'elaborazione di modelli di adeguamento della prassi e della legislazione ad un insieme di principi tuttora in attesa di tradursi in un coerente ed armonico (e sia pure aperto all'innovazione e allo sviluppo) sistema giuridico di relazioni e di strumenti di tutela.

(2) Per esprimersi con il linguaggio rigoroso di HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 124, a differenza di quanto accade in altri settori dell'ordinamento, dove le regole giuridiche appaiono destinate a « facilitare la realizzazione di desideri e di scelte da parte » dei soggetti interessati, le norme del diritto penale si pongono

Ma il diritto penale può essere altresì colto, valutato, concretamente commisurato nei suoi contenuti anche al momento applicativo, a quella fase, cioè, che è destinata ad esprimere la « patologia » di un simile strumento di controllo sociale: di fronte alla realizzazione di un fatto, il quale presenti elementi di corrispondenza con l'ipotesi vietata, ecco allora delinearci l'esigenza di verificare in concreto la sussistenza dei coefficienti di imputazione necessari per poterlo attribuire al relativo autore, e di allestire una risposta sanzionatoria proporzionata e conforme al disvalore di quella medesima condotta di cui sia stata preventivamente accertata la rilevanza penale.

Queste due dimensioni del diritto penale — è appena il caso di rilevarlo — non hanno mai trovato, ciascuna singolarmente considerata, una corrispondenza integrale nella storia dei sistemi punitivi: un diritto penale pienamente « dissuasivo », od, all'opposto, mai realmente efficace, rappresentano due forme ideali, astratte, che nel bene (la prima) o nel male (la seconda) non si adeguano al vissuto, articolato, complesso, contraddittorio, dell'esperienza umana, e giuridica in particolare <sup>(3)</sup>.

E tuttavia, esse non possono non apparire particolarmente significative nell'ottica, quanto meno, della prefigurazione di alcune linee *tendenziali* di politica criminale: di quegli scenari e di quelle prospettive, cioè, che vengono ad aprirsi alla riflessione del pensiero giuridico, e alle scelte del legislatore, nel momento in cui si tratti di concretizzare, di « implementare » determinati principi attraverso una disciplina consentanea alle finalità che s'intendono perseguire mediante la loro realizzazione.

Orbene, uno sguardo, sia pur sommario, alle vicende del cin-

---

esclusivamente quali « mezzi predisposti per impedire la realizzazione di desideri e di scelte di natura antisociale ».

<sup>(3)</sup> Mediante la preferenza manifestata nei confronti di un modello di intervento penale effettivamente dotato di capacità dissuasiva, non si intende, ovviamente, legittimare il ricorso ad un sistema punitivo onnipervasivo e totalizzante, quanto, piuttosto, esprimere l'esigenza di configurare i precetti penali in maniera tale da sollecitare un atteggiamento di consenso e di osservanza spontanea da parte dei membri della comunità sociale (cfr., *amplius*, i parr. 4 e 5). Contro i rischi di un diritto penale volto a condizionare e ad « imbrigliare » qualsiasi aspetto della vita sociale, rendendo precario l'esercizio concreto delle libertà, cfr., d'altronde, i condivisibili rilievi di FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 43 ss.

quantennio repubblicano <sup>(4)</sup>, mostra, da questo punto di vista, un fenomeno di parziale divergenza tra le elaborazioni dei giuspenalisti e le scelte normative operate dal legislatore, ovvero indirettamente risultanti dalle pronunce della Corte costituzionale.

Sul terreno del sistema sanzionatorio, ad una prima fase di lenta acquisizione ed « interiorizzazione » da parte della dottrina dei principi della Carta del '48 <sup>(5)</sup>, succede una tendenza più decisa-

(4) Sulle tendenze in materia penale successive all'entrata in vigore della Carta repubblicana, e sia pure, talvolta, limitando il campo di osservazione a singole fasi del relativo sviluppo, si segnalano i contributi di NEPPI MODONA, *Legislazione penale, in Il mondo contemporaneo*, I, *Storia d'Italia*, 2, a cura di LEVI-LEVRA-TRANFAGLIA, Firenze, 1978, 600 ss.; PALAZZO, *Linee evolutive della legislazione penale italiana nell'ultimo decennio*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monografico 11, 517 ss.; ID., *Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal: trente ans d'expérience italienne*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1986, 1 ss.; ID., *Legislazione penale*, in *Dizionario storico dell'Italia unita*, a cura di BONGIOVANNI-TRANFAGLIA, Bari, 1996, 520 ss.; VASSALLI, *Diritto penale*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 438 ss.; ID., *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 715 ss. Di particolare interesse, altresì, le riflessioni svolte da autorevoli penalisti nell'incontro dedicato a *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *Quest. crim.*, 1981, 7 ss. Da un punto di vista più generale, uno sguardo complessivo ai contesti giuridici e socio-politici che hanno caratterizzato le vicende dell'Italia repubblicana, si rinviene adesso nel volume su *Cinquant'anni di Repubblica italiana* a cura di NEPPI MODONA, Torino, 1996, con contributi di studiosi di diverse competenze disciplinari.

(5) Lo sviluppo cui si allude nel testo trova un'espressione particolarmente significativa nelle vicende riguardanti il progressivo concretizzarsi dell'idea della « rieducazione »; dopo una prima fase di sostanziale « neutralizzazione » del significato del principio costituzionale (cfr. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 375 ss.; PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, *ivi*, 1950, 593), ed una seconda ispirata ad una visione « polifunzionale » (e, perciò stesso, anche specialpreventiva) della sanzione penale (cfr. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 322 ss.), cominciano finalmente a delinearsi più solidi agganci alla prospettiva costituzionale della rieducazione (cfr. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 198 ss.; ID., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 356 ss.; DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 409 ss.), fino ad arrivare al riconoscimento dell'importanza centrale del disposto dell'art. 27, comma 3°, Cost. (cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 15; ID., *Il sistema sanzionatorio penale nel Codice Rocco e nel progetto di riforma*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 41 ss.; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 360 ss.; ID., *La*

mente rivolta a prospettare la necessità di incidere profondamente sul sistema delle pene, riattivando, anche attraverso la prefigurazione di alternative alla detenzione (6), la stessa funzione di prevenzione generale (7), la quale, com'è ben noto, risulta potenziata da un'adeguata differenziazione, già a livello di previsioni edittali (8), della

---

*commisurazione della pena*, Padova, 1979, 153 ss.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 487 ss.), sotto l'influenza determinante, anche se non esclusiva, dell'idea del trattamento risocializzativo e della necessità di predisporre strumenti realmente adeguati al perseguimento di un simile programma. In merito a simili svolgimenti, cfr., tra gli altri, FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3°, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, *Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 228 ss.; nonché FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 87 ss.

Tuttora utile la consultazione anche di PASELLA, *Osservazioni sugli orientamenti della Corte costituzionale in tema di funzioni della pena*, in *Ind. pen.*, 1977, 311 ss. Si ricorda, d'altro canto, come la Corte costituzionale sia pervenuta, in tempi recenti, ad attribuire contenuti di più ampia portata al canone della finalità rieducativa: emblematica al riguardo, Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, circa la quale v. il commento di DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 810 ss.

(6) Di notevole spessore le indagini a suo tempo svolte da BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una « nuova » politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 363 ss.; MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, *ivi*, 29 ss.; PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, *ivi*, 424 ss.; VASSALLI, *Relazione di sintesi*, *ivi*, 667 ss.

(7) Giustamente considerata come la « nuova protagonista » del dibattito sul sistema sanzionatorio; cfr. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 247. Significative in proposito le ricerche coeve su *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, ad opera di studiosi di diverse nazionalità.

(8) Indicativa al riguardo è l'attenzione dedicata ad un simile profilo in alcuni dei contributi racchiusi nel noto volume sui *Problemi generali di diritto penale*, a cura di VASSALLI, Milano, 1982, tra i quali, in particolare, gli scritti di PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale*, 250 ss., dove viene acutamente analizzata la praticabilità di modelli sanzionatori a carattere interdittivo in guisa di pene principali. Come emerge dalle osservazioni dell'autore (ma v. anche, per alcuni spunti al riguardo, PADOVANI, *Sanzioni non privative o parzialmente privative della libertà personale (diverse dalle pene pecuniarie e interdittive)*, *ivi*, 218), uno strumentario sanzionatorio « alternativo » destinato ad operare a livello di previsioni edittali avrebbe dovuto, tuttavia, implicare la scelta di intervenire direttamente sulla stessa parte speciale del diritto penale. Ed è appunto in questa prospettiva che si andrà successivamente svolgendo un ampio ed approfondito dibattito, teso a coinvolgere le scelte relative alle singole fattispecie incriminatrici, quanto a struttura, modelli sanzionatori, eventuale ri-

tipologia di misure applicabili in relazione alla gravità ed all'indole delle singole ipotesi di reato.

Sul terreno, poi, della configurazione delle fattispecie, ad un atteggiamento di iniziale disinteresse nella verifica dei presupposti costituzionali delle scelte di criminalizzazione, ha fatto seguito una più consapevole valorizzazione del momento dell'offensività del reato, visto non soltanto come problema di delimitazione — in via interpretativa — della sfera di applicazione della fattispecie <sup>(9)</sup>, ma anche (in forza del richiamo all'art. 25, comma 2°, Cost.) come elemento di cernita e di selezione in forma tassativa dei fatti incriminabili <sup>(10)</sup>, con la conseguenza di riservare la sanzione penale ai soli comportamenti lesivi di beni giuridici di particolare rilevanza, ovvero capaci di incidere su interessi, sia pure di minor rango, ma in forma più intensa e socialmente significativa <sup>(11)</sup>.

corso, se del caso, a misure punitive (non più penali, ma) amministrative; significative al riguardo le ricerche contenute in alcuni volumi collettanei, quali *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, Padova, 1984; *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984; *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987; *La riforma del diritto penale*, a cura di PEPINO, Milano, 1993. Quanto alle problematiche connesse all'utilizzazione della sanzione amministrativa, cfr. in particolare, DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 606 ss.; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 679 ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *L'illecito penale amministrativo*, Padova, 1987, 18 ss.; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

<sup>(9)</sup> Per uno sviluppo di tale prospettiva, cfr., tra gli altri, M. GALLO, voce *Dolo* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, XIII, 786 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1995<sup>2</sup>, 99 ss., 175 ss. Per un ampio esame della tendenza, cfr. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Pioletti*, Milano, 1982, 622 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995<sup>2</sup>, 479 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in *Problemi generali*, cit., 417 ss. Ulteriori osservazioni in FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie*, cit., 68 ss.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 63 ss.; PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, *ivi*, 75 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr., fondamentalmente, BRICOLA, *Teoria*, cit., 15 ss., 72 ss., 81 ss.

<sup>(11)</sup> Simile esigenza veniva condivisa anche da STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 24 s., 36 s., che pur si mostrava critico nei confronti dell'interpretazione dell'art. 49 c.p. in chiave di offensività del reato.

Per quanto riguarda, infine, i coefficienti di imputazione del reato — sui quali ci si soffermerà più ampiamente tra breve — è andata delineandosi, dopo alcune esitazioni iniziali <sup>(12)</sup>, l'esigenza di valorizzare, sia il profilo della necessaria « determinatezza » di tali coefficienti — collegando, ad. es., il requisito del nesso causale alle più solide acquisizioni derivanti dal ricorso a « leggi scientifiche » suscettibili di orientare e di condizionare l'operato del giudice <sup>(13)</sup> — sia, e soprattutto, il loro contenuto, per così dire, « umano » e « personalistico », mediante un'interpretazione dei principi costituzionali sanciti nell'art. 27, commi 1° e 3°, volta ad asseverare la presenza indefettibile dell'elemento della colpevolezza <sup>(14)</sup>, anche al fine di stimolare un'azione « rieducatrice » (ed, ancor prima, educatrice) della sanzione penale <sup>(15)</sup>, fondata sul postulato fondamentale dell'esistenza della capacità di autodeterminarsi, in maniera libera e responsabile, da parte dei destinatari del precetto penale.

2. La recezione a livello *lato sensu* normativo di simili istanze di adeguamento ai principi costituzionali — oltre che al movimento

---

<sup>(12)</sup> Sull'argomento si tornerà più ampiamente, *infra*, nel par. 3. Fin d'ora, v., tuttavia, il quadro delineato da FLORA, *La « responsabilità penale personale » nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temi*, 1974, 264 ss.; GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 712 ss.; e, recentemente, da ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1°, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 15 ss., 25 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1291 ss.

<sup>(13)</sup> In tema cfr. i contributi di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, 67 ss.; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa. La condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1218 ss.. Ma v. pure BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 16 ss.; FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, 122 ss.; ALESSANDRI, *Commento*, cit., 31 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr., in proposito, le ampie trattazioni di ALESSANDRI, *Commento*, cit., 70 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 71 ss., 123 ss.; VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 6 ss.; ID., *I principii*, cit., 725 ss.; nonché l'importante volume su *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di STILE, Napoli, 1989.

<sup>(15)</sup> In merito a tale profilo cfr. BRICOLA, *Teoria*, cit., 53 s.. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. la fondamentale pronuncia della Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1402, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: « prima lettura » della sentenza n. 364/1988*. Su questa e su altre pronunce della Corte si dovrà tornare ripetutamente in seguito.

internazionale di riforma penale <sup>(16)</sup> — non appare, viceversa, altrettanto ampia ed incisiva, e, soprattutto, qualitativamente ispirata a modelli corrispondenti a quelli elaborati dalle correnti più evolute del pensiero giuridico.

Pur con l'inevitabile generalizzazione ed approssimazione dovute al carattere estremamente sintetico di queste osservazioni, si può invero affermare come le opzioni sul piano normativo — ed in particolare, legislativo — nel cinquantennio repubblicano abbiano privilegiato essenzialmente quella che si è convenzionalmente ritenuto di dover designare come la dimensione « patologica » dell'intervento repressivo.

Quanto al sistema delle sanzioni, sull'elaborazione di alternative editali alla pena detentiva, ha prevalso la logica dell'attenuazione del rigore afflittivo a livello di esecuzione della pena, perseguita attraverso l'emanazione delle pur importanti normative del '75 <sup>(17)</sup>, e del '86 <sup>(18)</sup>, in materia di trattamento penitenziario. D'altronde, anche la disciplina delle sanzioni « sostitutive » introdotta con la legge n. 689/1981 <sup>(19)</sup>, si è risolta nell'affidare concretamente al

<sup>(16)</sup> In proposito, ci si limita a ricordare, nella vastissima letteratura sul tema, i due contributi, davvero paradigmatici, di JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, in *Ind. pen.*, 1979, 181 ss.; ID., *Dogmatica e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, *ivi*, 1985, 507 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr., in merito a tale riforma, le ampie analisi contenute nei volumi su *Il carcere « riformato »*, a cura di BRICOLA, Bologna, 1977; *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI, Bologna, 1981; *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di GREVI, Bologna, 1982.

<sup>(18)</sup> In argomento cfr. gli studi raccolti in *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, a cura di FLORA, Milano, 1987; *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, a cura di GREVI, Padova, 1988; *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Bologna, 1994; come pure i commenti analitici in *Legislaz. pen.*, 1987, 78 ss., 101 ss., e, per le successive modifiche, *ivi*, 1993, 173 ss., ed ancora *ivi*, 1993, 677 ss., 680 ss. Particolarmente significative, per cogliere le linee di fondo della disciplina introdotta nel 1986, le indagini di PALAZZO, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Pol. dir.*, 1988, 225 ss., e di GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 600 ss..

<sup>(19)</sup> Su tale disciplina, cfr. le analisi contenute in *Legislaz. pen.*, 1982, 317 ss., nonché in *Commentario delle « Modifiche al sistema penale »*, IPSOA, 1982, 277 ss., e, per le innovazioni successive, in *Legislaz. pen.*, 1993, 697 ss. Per ulteriori riflessioni cfr. DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, 183 ss.; GIUNTA, *Sanzioni*

giudice — e sia pure in sede di processo di cognizione — il compito di applicare determinate misure in luogo dell'irrogazione della pena detentiva.

Al di fuori del campo delle alternative alla detenzione, si è infine affermata, a partire dal '74 <sup>(20)</sup>, la tendenza ad attribuire al giudice vasti poteri discrezionali in materia di valutazione delle circostanze e di applicazione della c.d. « continuazione » nel reato, evitandosi in tal modo di dover « ritoccare » le previsioni edittali di pena contenute nella parte speciale, tuttora segnate dal parossistico rigore sanzionatorio del codice Rocco, e dagli inevitabili riflessi negativi che ne conseguono già sul piano della credibilità e dell'efficacia motivante sul piano generalpreventivo della minaccia penale.

Quanto al sistema delle incriminazioni, la teoria dell'offensività del reato ha dimostrato una scarsa capacità di influenza sulle scelte normative, nel senso di orientarle verso una delimitazione davvero selettiva dell'intervento penale, incentrata, cioè, sulla ricognizione di fatti realmente idonei ad incidere sugli interessi tutelati, e legislativamente disciplinati attraverso una tassativa enucleazione del comportamento vietato. Maggior successo ha avuto l'idea di pervenire soltanto in via interpretativa — tramite l'ausilio dell'art. 49 c.p. — ad una riduzione di fatto dell'area del penalmente rilevante: una tendenza che la stessa Corte costituzionale ha finito con l'avallare, affermando in una serie di pronunce <sup>(21)</sup> la necessità che lo stesso

---

sostitutive, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di VASSALLI, Milano, 1986, 823 ss.

<sup>(20)</sup> Tuttora fondamentale VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, 49 ss.; ID., *Concorso tra circostanze eterogenee e « reati aggravati dall'evento »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 7 ss., nonché STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-77, 273 ss. e PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985<sup>3</sup>, 23 ss. Di recente, cfr. il lucido bilancio critico di PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 424 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. Corte cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, 1057 s., con nota di PALAZZO, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*, *ivi*, 1701 ss.; Corte cost., 25 luglio 1989, n. 437, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 726, con nota di INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, VI comma l. n. 516/1982*; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, *ivi*, 1992, 306, con nota di PALAZZO, *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*; Corte cost., 27 marzo 1992, n. 133, in

giudice ordinario si preoccupi di volta in volta di escludere in concreto la punibilità del fatto, sulla base del riscontro di un coefficiente « minimo » di offensività nei confronti dell'interesse tutelato.

Per converso, nell'ambito delle scelte di criminalizzazione, ha prevalso la tendenza ad incrementare in misura massiccia l'ambito del diritto penale accessorio, sviluppando — com'è stato giustamente notato <sup>(22)</sup>, — le indicazioni costituzionali afferenti, non tanto ai « principi » (tra i quali, *in primis*, quello dell'art. 25, comma 2°), quanto, piuttosto, ai numerosi interessi e beni giuridici rinvenibili nel tessuto costituzionale: senza, tuttavia, preoccuparsi di circoscrivere la tutela penale ai fatti più gravemente lesivi o pericolosi, ed orientandosi, viceversa, a favore di un'estesa previsione di reati di pericolo meramente astratto o presunto <sup>(23)</sup>, in linea con la tendenza, da molti criticata <sup>(24)</sup>, al potenziamento di una sorta di diritto penale

---

*Cass. pen.*, 1992, 2621, con nota di MANZIONE, *La legge sugli stupefacenti ancora all'esame della Consulta*; Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Guida al diritto Il Sole-24 ore*, 25 novembre 1995, 71, con nota di MAINA; Corte cost., 23 luglio 1996, n. 296, *ivi*, 10 agosto 1996, 68, con nota di AMATO.

<sup>(22)</sup> Cfr. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di PIZZORUSSO-VARANO, I, Milano, 1985, 538, il quale sottolinea, peraltro, come un simile fenomeno debba essere attribuito anche alla convinzione che i « principi », in quanto fondati su di una lunga tradizione storica, rappresentino ormai un patrimonio giuridico-culturale definitivamente acquisito.

<sup>(23)</sup> Sul problema dell'ammissibilità di tali figure, e sulla relativa disputa dottrinale, cfr., in vario senso, FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Beni e tecniche*, cit., 50 ss., e più recentemente, ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, 227 ss., 238 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 1995, 199 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 217 ss., 374 ss., 379 ss., 402 ss. Tra gli studiosi stranieri, per un esame della problematica, cfr. HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, in *An. der. pen.*, 1992, 248 s.; MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, in *Schmitt FS*, Tübingen, 1992, 99 ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakten Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, 173 ss.

<sup>(24)</sup> Cfr., tra gli altri, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 22 ss., come pure MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 345 ss., 368 ss.; *Id.*, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995, 11 ss., e, nella sostanza, FIORE, *Il principio*, cit., 69 ss. In chiave più generale v., d'altronde, l'autorevole ed equilibrata valutazione d'insieme di MANTO-

del « rischio », ben lontano dal modello di un'azione repressiva realmente concepita come *extrema ratio* della politica sociale.

In ultima analisi, l'estensione incontrollata di fattispecie criminose di « pura trasgressione » — in quanto tali incapaci di denotare un contenuto offensivo di rilevante spessore e significato — ha condotto (e non poteva non condurre, anche a causa della difficoltà di percepire il senso e la portata del divieto penale) <sup>(25)</sup>, ad un incremento vertiginoso dei processi di criminalizzazione c.d. « secondaria », risoltosi con l'affidare agli organi giudiziari il compito gravoso di dedicarsi alla repressione di illeciti per lo più rientranti nella sfera di una criminalità di carattere essenzialmente « artificiale » (quando, non addirittura, di consistenza francamente esigua o « bagattellare »).

A tale fenomeno si è cercato — è vero — di porre rimedio attraverso un'opera, sempre più ampia ed estesa, di « depenalizzazione » <sup>(26)</sup>, di determinati gruppi di incriminazioni. Ma, essendo stata la depenalizzazione prevalentemente attuata sulla base del tipo di pena astrattamente prevista per le singole fattispecie — e non del loro disvalore intrinseco <sup>(27)</sup>, — essa ha finito col rivelare, ancora una volta, la mancanza di una linea coerente di politica criminale, consapevolmente orientata verso l'ottenimento di effetti significativi sul piano della generalprevenzione; la « casualità » dell'opera di selezione della sfera del penalmente rilevante, oltre tutto immotivatamente rispettosa delle scelte repressive originariamente trasfuse nel codice Rocco, ha prodotto risultati, non soltanto episodici e frammentari, ma addirittura, in taluni casi, gravemente sperequativi e controproducenti rispetto al complessivo assetto di tutela di determinati interessi (ed, in particolare, all'esigenza di valutarne

---

VANI, *Il principio di offensività nello Schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma*, cit., 101 ss.

<sup>(25)</sup> Sull'intera problematica cfr. gli ampi studi di PULITANO, *L'errore*, cit., 129 ss., 459 ss., 476 ss., e di Arth. A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1976<sup>2</sup>, 130 ss.

<sup>(26)</sup> Sul fenomeno della depenalizzazione e sul suo fondamento, cfr. in generale PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, III, 3 ss. (dell'estratto), e, precedentemente, GIUNTA, *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto*, cit., 191 ss.

<sup>(27)</sup> Per un commento alla disciplina sancita in proposito dalla notissima legge 24 novembre 1981, n. 689, cfr. MUCCIARELLI, in *Commentario delle « Modifiche al sistema penale »*, cit., 183 ss., nonché G.A. DE FRANCESCO, in *Legislaz. pen.*, 1982, 291 ss.

l'effettivo « peso » e significato alla luce dei mutamenti intervenuti nella coscienza sociale) <sup>(28)</sup>.

3. Volendo adesso fare il punto sui due fenomeni fino ad ora sinteticamente tratteggiati, pare dunque non del tutto infondata la seguente conclusione.

Dei suggerimenti e delle tensioni riformatrici sviluppatasi nell'ambito del pensiero giuridico, il potere legislativo ha tenuto conto soprattutto laddove esse risultassero funzionali alla « riduzione » e all'attenuazione, per così dire, della dimensione « patologica » dell'intervento penale: l'ampliamento della discrezionalità del giudice, le pur significative riforme della disciplina penitenziaria, l'introduzione di pene sostitutive volte a limitare l'impatto della detenzione, da un lato, l'avallo accordato (da parte della Corte costituzionale) alla tesi dell'irrelevanza penale di fatti inoffensivi, ovvero, sotto altro profilo, la depenalizzazione dei reati c.d. « minori », dall'altro, dimostrano che i « frutti » dell'elaborazione dottrinale sono stati, bensì utilizzati e parzialmente recepiti in sede normativa, ma soltanto nella prospettiva (e nella misura in cui) potessero venir piegati all'obiettivo di fronteggiare i problemi applicativi del diritto penale, e non già nell'ottica del più ambizioso programma di incidere sulle scelte di fondo del sistema repressivo, sottraendolo alla stasi e all'immobilismo nella ricerca di soluzioni adeguate a potenziarne il ruolo dissuasivo (e persuasivo) nei confronti dei membri della comunità sociale.

Una volta inquadrato in questa prospettiva, anche il tema relativo all'influenza del pensiero giuridico sulla progressiva affermazione del principio di colpevolezza si presta, allora, ad essere lumeggiato ed analizzato sulla base di elementi di più sicura attendibilità e plausibilità ricostruttiva delle vicende occorse nel cinquantennio repubblicano.

È difficile negare, a tale proposito, come, nonostante la diffi-

---

<sup>(28)</sup> In argomento si rinvia alla perspicua ed approfondita indagine svolta a suo tempo da LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 71 ss. Quanto agli sviluppi legislativi più recenti, ed alla tendenza ad elaborare criteri di depenalizzazione maggiormente in linea con le esigenze di una politica criminale razionale, v., *infra*, il par. 5.

coltà, protrattasi per decenni, di pervenire ad una realizzazione integrale di tale fondamentale postulato, le istanze titolari del potere normativo abbiano corrisposto maggiormente, in questo settore, alle aspettative della dottrina. Non si deve dimenticare, d'altronde, come la stessa dottrina penalistica, e, talora, i suoi più autorevoli rappresentanti, abbiano esitato non poco a prendere pienamente coscienza del significato innovativo dell'art. 27, comma 1°, Cost. Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, penalisti <sup>(29)</sup>, non sospetti di inclinazioni autoritarie (e neanche radicalmente conservatrici) continuarono ad affermare che la nostra Costituzione si sarebbe limitata esclusivamente a sancire il divieto di responsabilità per fatto altrui, e ad avallare in tal modo le opzioni contenute in numerose pronunce della Corte costituzionale <sup>(30)</sup>, ancora incapaci di liberarsi (in termini più o meno espliciti) dalla tendenza ad offrire una lettura riduttiva della predetta norma fondamentale.

E tuttavia, lo sforzo teso ad attuare e a rendere effettiva l'esigenza sottostante al principio costituzionale <sup>(31)</sup> andava trovando,

---

<sup>(29)</sup> Cfr. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 33 ss.; VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, 221 ss.; ID., *Nota a Corte cost.*, 8 luglio 1957, n. 107, in *Giur. cost.*, 1957, 1005.

<sup>(30)</sup> V., tra le altre, Corte cost., 8 luglio 1957, cit., 1008; Corte cost., 8 giugno 1963, n. 79, in *Giur. cost.*, 1963, 664, con nota di ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena* (peraltro riferita a Corte cost., 15 maggio 1963, n. 67); Corte cost., 23 giugno 1964, n. 54, in *Le sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 25 commi 2° e 3° e 27 commi 1° e 3°*, a cura di DASSANO-MACCAGNO-RONCO, Torino, 1976, 503; Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 20, *ivi*, 529; Corte cost., 21 dicembre 1972, n. 190, in *Giur. cost.*, 1972, 2165; Corte cost., 27 marzo 1974, n. 88, *ivi*, 1974, 689; Corte cost., 6 luglio 1983, n. 209, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 438, con nota di PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrelevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio absurda*. Per un'ampia disamina degli orientamenti della Corte costituzionale emergenti da tali pronunce v., d'altronde, gli scritti di ALESSANDRI, *Commento*, cit., 16 ss.; FLORA, *La responsabilità*, cit., 265 ss.

<sup>(31)</sup> Tra le opinioni favorevoli ad identificare nell'art. 27, comma 1°, Cost. le basi del principio della responsabilità colpevole, cfr. M. GALLO, in *Congresso di diritto penale tenuto dall'8 all'11 aprile 1953 in Trieste*, Roma, 1953, 120; PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 307 ss.; PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma, 1966, 56 ss. Di particolare importanza gli scritti di GROSSO, *Responsabilità penale*, cit., 713 ss.; ID., *Davvero « manifestamente infondate » le questioni di incostitu-*

con lo scorrere degli anni, delle significative (e sia pur parziali) realizzazioni. Così, in tema di reati di stampa <sup>(32)</sup>, la legge n. 127/1958 veniva ad introdurre il requisito dell'imputazione per colpa per il direttore che avesse ommesso di esercitare un adeguato controllo sul contenuto della pubblicazione <sup>(33)</sup>. Nel 1965, poi, una sentenza della Corte costituzionale <sup>(34)</sup> veniva a proclamare la necessità che la responsabilità del concorrente per la realizzazione di un reato diverso da quello voluto, fosse subordinata al riscontro di

---

*zionalità della responsabilità oggettiva?*, in *Temi*, 1978, 32 ss. Nel quadro di una più ampia panoramica sui principi costituzionali cfr. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 71 ss., e, sia pure in una diversa prospettiva, BRICOLA, *Teoria*, cit., 53 ss.

La tesi dell'illegittimità costituzionale delle forme di responsabilità puramente oggettiva può considerarsi ormai definitivamente consolidata. Anche chi ritiene ammissibili determinate forme di imputazione senza dolo né colpa, sottolinea, invero, come il modello di attribuzione dell'illecito fondato sul puro riscontro oggettivo dell'esistenza di un rapporto causale, debba considerarsi non più compatibile con i principi accolti nel vigente assetto costituzionale; cfr. PAGLIARO, *Responsabilità obiettiva*, in *Studi in onore di Vassalli*, I, Milano, 1991, 193 ss.; ID., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 804 ss.

<sup>(32)</sup> In proposito, si ricorda come, pur senza ravvisare nell'art. 27, comma 1° la base per il riconoscimento della necessaria presenza di un coefficiente di colpevolezza, la Corte cost., 23 giugno 1956, n. 3, in *Le sentenze*, cit., 479, avesse fatto riferimento ad un profilo di natura soggettiva come presupposto per la rilevanza penale della condotta del direttore responsabile. Su tale pronuncia cfr., recentemente, le riflessioni di ALESSANDRI, *Commento*, cit., 18; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 94.

<sup>(33)</sup> Secondo l'auspicio formulato, con particolare chiarezza, da M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Scuola pos.*, 1956, 451. Sull'attuale assetto interpretativo dell'art. 57 c.p., cfr. ROMANO, *Commentario*, cit., 580 ss.

<sup>(34)</sup> Trattasi della notissima pronuncia del 31 maggio 1965, n. 42, in *Le sentenze*, cit., 508, il cui schema argomentativo viene sostanzialmente ricalcato anche da Corte cost., 19 gennaio 1972, n. 6, in *Temi*, 1974, 266, con commento di FLORA, *La responsabilità*, cit., 270 s..

In proposito v. ancora ALESSANDRI, *Commento*, cit., 18 s., nonché INSOLERA, *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., 458, 468 ss., e, recentemente, CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 15 ss. (dell'estratto); CIANI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità del concorrente per reato diverso da quello voluto*, in *Cass. pen.*, 1996, 3644 ss. Nel contesto di più ampie riflessioni, cfr. il lucido bilancio di GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 23, 26; ID., *Il principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma*, cit., 133, e di VASSALLI, *Colpevolezza*, cit., 7.

un coefficiente di « prevedibilità » circa la verifica di quest'ultimo. Una simile soluzione, in effetti, aveva formato oggetto di particolare attenzione in un importante Convegno di studi dedicato ad « alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale », ed era stata in quella sede patrocinata, sia pure con maggiore coerenza e rigore sistematico, da un settore qualificato della dottrina e degli operatori forensi <sup>(35)</sup>.

Né si deve trascurare la circostanza che numerosi progetti di riforma del codice penale, fine a quello, notissimo, del 1973 <sup>(36)</sup>, si preoccuparono, sotto la spinta di siffatte tendenze evolutive, di limitare e di circoscrivere in varia guisa i casi di responsabilità puramente oggettiva: nonostante le critiche di un settore della dottrina più « progressista » <sup>(37)</sup>, simili tentativi si iscrivevano, nondimeno, nel solco di una tendenza sempre più consapevole della necessità di dare attuazione ai principi costituzionali, superando i limiti di una legislazione ancora attestata su scelte repressive difficilmente conciliabili con l'assetto dei valori postulato della Carta fondamentale.

L'opera riformatrice avrebbe dovuto, tuttavia, subire un temporaneo arresto, nel corso degli anni '70, soprattutto a causa dell'insorgere della stagione della c.d. emergenza <sup>(38)</sup>, la quale condusse

<sup>(35)</sup> Cfr. soprattutto PISAPIA-LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati commessi a mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, Milano, 1961, 146 s., 153.

<sup>(36)</sup> In merito a quest'ultimo, è d'obbligo il richiamo alle puntuali delucidazioni fornite da VASSALLI, *La riforma penale*, cit., 43 s. e da M. GALLO, *Relazione*, in *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Napoli, 1976, 21 ss. Sulle soluzioni emergenti dai progetti anteriori, per lo più (anche se non esclusivamente) orientate verso la modifica del regime di imputazione delle circostanze aggravanti, cfr. ALESSANDRI, *Commento*, cit., 11 ss.

<sup>(37)</sup> Critiche fondate essenzialmente sull'eccessiva vaghezza e polivalenza del parametro della « prevedibilità » più volte richiamato nel Progetto del '73, in sostituzione del canone della responsabilità oggettiva; cfr. BRICOLA, *Teoria*, cit., 54 n. 2; GROSSO, *Davvero « manifestamente infondate »*, cit., 36; PULITANO, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 516 s. Più di recente, cfr. ALESSANDRI, *Commento*, cit., 13, 107. Sul problema cfr., per ulteriori rilievi, FIORELLA, *Responsabilità penale*, cit., 1326 e n. 127.

<sup>(38)</sup> Sul diritto penale dell'emergenza cfr. le ricostruzioni di FERRAJOLI, *Diritto e*

a catalizzare l'attenzione delle forze politiche su preoccupazioni più immediate e contingenti, tali da allontanare la sensibilità del legislatore verso le tematiche dell'imputazione del reato alla luce dei principi costituzionali.

Nei primi anni '80, tuttavia, non mancheranno alcune importanti prese di posizione della Corte costituzionale e, sia pure in un settore più circoscritto, degli stessi organi legislativi.

Quanto al primo aspetto, è da ricordare in primo luogo una pronuncia della Corte (la n. 50/1980) <sup>(39)</sup>, la quale, corrispondendo ai voti di una dottrina particolarmente sensibile alle tematiche della commisurazione della pena <sup>(40)</sup>, si spinse fino ad affermare che « l'adeguamento della risposta punitiva ai casi concreti » è destinato a rendere « il più possibile personale la responsabilità penale » ex art. 27, comma 1°, della Costituzione. In secondo luogo, le declaratorie d'incostituzionalità <sup>(41)</sup> di talune forme di « presunzione » di

*ragione*, Bari, 1990, 853 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 27 ss., 83 ss.; PADOVANI, *Il sistema repressivo nella stagione dell'emergenza*, in *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali nell'Italia degli anni '70. La riforma istituzionale*, Milano, 1984, 176 ss.; PALAZZO, *Legislazione penale*, cit., 524 ss., 528 ss.

<sup>(39)</sup> Cfr. Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 724, con nota di PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Sulla pronuncia in questione cfr., recentemente, ALESSANDRI, *Commento*, cit., 20; FIANDACA, *Commento*, cit., 315 s., 335 s. Il riconoscimento di un necessario profilo di proporzionalità della sanzione penale rispetto al contenuto dell'illecito troverà ulteriori riscontri, e sia pure nel contesto di differenti vicende, anche in successive sentenze costituzionali; cfr. Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991 587 ss., nota di LARIZZA, *Liberazione condizionale: verso l'abbandono della concezione premiale*; Corte cost., 28 luglio 1993, n. 343, in *Cass. pen.*, 1993, 2474, con nota di BRUNELLI, *Il rifiuto di prestare il servizio militare nella giurisprudenza della Corte costituzionale*; Corte cost., 25 luglio 1994, n. 341, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 783 ss., con nota di VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*.

<sup>(40)</sup> Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 356 ss.; DOLCINI, *Note*, cit., 245 ss. Interessanti, altresì, le osservazioni di AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, 465.

<sup>(41)</sup> In merito a tali pronunce (cfr. Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139 e Corte cost., 28 luglio 1983, n. 249) cfr. CALABRIA, voce *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 8 (dell'estratto); GRASSO, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, 462 s.; PADOVANI, *Accertamento dell'infermità psichica e presunzione di pericolosità nell'art. 222 c.p., dopo la sentenza n. 139/1982 della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaeta*, Milano, 1984, 229 ss.

« infermità psichica » in materia di misure di sicurezza (risalenti anch'esse ai primi anni '80), attenuando il regime di rigido automatismo nell'applicazione di tali misure, dimostreranno il progressivo venir meno (poi definitivamente sancito con la legge n. 663/1986) <sup>(42)</sup> di una logica fondata sulla pura e semplice « finzione » della presenza di coefficienti personalistici come presupposto per l'irrogazione di una sanzione: ed invero — come la colpevolezza in materia di pene — così la pericolosità sociale rappresenta, nel settore delle misure di sicurezza, il presupposto « personale » richiesto perché esse possano venire applicate <sup>(43)</sup>. La Corte costituzionale non si sentì, per la verità, di giungere fino a tanto, come dimostra il fatto ch'essa respinse la censura fondata sul riferimento all'art. 27, comma 1°, Cost. <sup>(44)</sup>. Ma le basi erano ormai gettate, e il legislatore del 1986, in occasione della ricordata riforma in materia penitenziaria, non mancherà di completare l'opera intrapresa dalla Corte.

Su di un terreno completamente diverso, v'è poi da ricordare l'importante riforma legislativa in materia di reati tributari (cfr. legge 7 agosto 1982 n. 516), la quale si preoccupò di introdurre una disciplina dell'errore sulle norme fiscali <sup>(45)</sup>, sostanzialmente esemplata sulla falsariga dell'art. 47, ultimo comma, c.p.; come si può desumere dai lavori preparatori, una simile scelta venne adottata anche allo scopo di superare le resistenze giurisprudenziali <sup>(46)</sup> —

---

<sup>(42)</sup> Cfr., in proposito, l'art. 31 legge n. 663/1986, circa il quale cfr. il commento di LA GRECA, in *Legislaz. pen.*, 1987, 238 ss., e, più recentemente, di GRASSO, in *Commentario sistematico*, cit., 371 ss. con ulteriori riferimenti.

<sup>(43)</sup> Sul punto, cfr., volendo, G.A. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza*, in *Codice penale*, P.G., III, *Giur. sistem. dir. pen.*, a cura di BRICOLA, Torino, 1984, 1479 s.

<sup>(44)</sup> Cfr. Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, cit.

<sup>(45)</sup> Sul contenuto e la portata dell'art. 8 legge n. 516/1982 cfr., recentemente, l'autorevole messa a punto di FLORA, voce *Reati finanziari*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 99 s.; ID., voce *Legge penale tributaria*, *ivi*, VII, 338 ss. Un'ampia disamina della prassi giurisprudenziale in VITTO, *L'errore nel diritto penale tributario*, Padova 1995, 109 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. in proposito le osservazioni ed i richiami di ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 465 s., ed in precedenza, di GRASSO, *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 138 ss.; LANZI, *L'errore su legge extrapenale. La giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47 ultimo comma, c.p.*, in *Ind. pen.*, 1976, 299 ss.; MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 473 s. Per una ricca panoramica della giurisprudenza cfr. pure LICITRA, *L'errore sulla legge extrapenale*,

fortemente avversate dalla dottrina più accreditata (47) — verso una coerente applicazione dei principi in tema di dolo e di errore sul fatto di reato (48).

Al di là delle realizzazioni specifiche — più o meno incisive, più o meno qualificanti ed esaustive — del principio di colpevolezza (49), si deve tuttavia aggiungere come la portata della riforma in questo settore, prima ancora che a scelte normative, venga ad essere subordinata ad una vigile e consapevole opera di verifica dei presupposti della responsabilità penale in sede di prassi applicativa. Si vuol dire,

Padova, 1988, nonché, più recentemente, CADOPPI-DE SIMONE-DONINI-MELCHIONDA, in *Codice penale*, P.G., I, *Giur. sistem. dir. pen.*, a cura di BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1996<sup>2</sup>, 686 ss.

(47) Oltre alle opere citate nella nota precedente, cfr. le ampie critiche di PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 104 ss. e di PULITANÒ, *L'errore*, cit., 279 ss.

(48) Cfr. i richiami di GROSSO, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1992, 8 s. e n. 13.

(49) Salvo quanto si avrà modo di osservare in seguito, l'abbandono del canone della responsabilità oggettiva, quanto meno a livello delle pronunce della Corte costituzionale, sembra, peraltro, destinato ad un definitivo consolidamento; si ricordi in proposito l'importante pronuncia in tema di « furto d'uso » (cfr. Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, 1376, con nota di INGROIA, ed ancora, in tema di errore sui doveri militari, Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 61 in *Foro it.*, 1995, I, 2065, con nota di BRUNELLI, *L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p. mil. pace: nuovi spazi per l'imputazione dolosa della culpa iuris?* (sia pure meno chiaramente, v. anche la precedente pronuncia sul medesimo oggetto di Corte cost., 6 giugno 1989, n. 325, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1494, con nota, delucidativa sul punto, di PULITANÒ, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di errore*). Di recente, traendo spunto dalla tematica della conversione della pena pecuniaria, v. Corte cost., 21 giugno 1996, n. 206, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, 13 luglio 1996, 76 s., con osservazioni di PAGANO.

Sugli sviluppi emergenti da alcune delle pronunce citate, cfr., in vario senso, ALESSANDRI, *Commento*, cit., 20 ss., 101 ss.; MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma*, cit., 143, 149; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 97 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza dei doveri militari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Legislaz. pen.*, 1989, 641 ss. Particolarmente approfonditi, altresì, i rilievi di FIORE, *Diritto penale*, P.G., I, Torino, 1993, 374 ss.

Per dovere di completezza, va ricordato, infine, come la Corte costituzionale avesse offerto, in tempi meno recenti, una sia pur limitata « anticipazione » nel senso dell'esclusione della responsabilità oggettiva: cfr. Corte cost., 29 dicembre 1976, n. 259, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1917, con commento di VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, *ivi*, 1977, I, 417 s. In proposito cfr. altresì ALESSANDRI, *Commento*, cit., 19 e n. 12; PALAZZO, *Valori costituzionali*, cit., 564 s. e n. 123.

in altri termini, che le « riforme » in questa materia potranno realmente ricevere una concreta e definitiva attuazione, soltanto attraverso una rinnovata sensibilità degli organi di applicazione del diritto. Richiedere, ad es., la presenza della colpa in materia di preterintenzione ovvero in tema di responsabilità per il reato diverso da quello voluto, non significa ancora aver compiuto molti passi avanti sulla strada della realizzazione del principio di colpevolezza, laddove, poi, nella concreta esperienza giudiziaria <sup>(50)</sup>, il connotato della colpa venga ad essere sostanzialmente svilito e vanificato mediante il ricorso a schemi di imputazione meramente presuntivi.

Ciò risulta confermato dalla circostanza che, anche laddove l'ordinamento richieda espressamente un connotato di colpevolezza, la giurisprudenza, come si ricordava poc'anzi, abbia talora inclinato verso l'affermazione della responsabilità del soggetto, prescindendo dal fare puntuale applicazione delle norme in tema di elemento psicologico del reato; si è giustamente parlato, a tale proposito, dell'accoglimento di forme di responsabilità oggettiva « occulta » <sup>(51)</sup>, non

---

<sup>(50)</sup> La analizzano, con acute osservazioni, CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Responsabilità oggettiva*, cit., 522 ss.; FLORA, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva « occulta » nella prassi giurisprudenziale*, *ivi*, 547 ss.; MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva*, cit., 470 ss.

<sup>(51)</sup> V. ancora l'insuperato sguardo d'insieme di MANTOVANI, *Responsabilità*, cit., 460 ss.

Nell'ottica dell'eliminazione delle forme « occulte » di responsabilità oggettiva, dovrebbe, d'altronde, essere inquadrata anche la categoria delle « condizioni obiettive di punibilità ». Anche in questo caso, per l'appunto (ed in mancanza di una scelta programmaticamente rivolta a ricondurre nel novero delle condizioni i soli accadimenti « estranei all'offesa »: cfr. art. 13 *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, *Quad. 9 Ind. pen.*, a cura di PISANI, Padova, 1993, 14, 29), la distinzione tra condizioni ed elementi costitutivi dovrebbe essere di volta in volta verificata, proprio attraverso una vigile e consapevole opera di interpretazione in chiave teleologica delle singole fattispecie, alla quale la prassi applicativa non sempre si è mostrata particolarmente attenta e sensibile. Una chiara individuazione di simili problematiche in ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1500 ss.; BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 592 ss.; NEPPI MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 4 ss. V. anche D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 652 ss.; MORMANDO, *L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità*, *ivi*, 1996, 625 ss. Si ricordi in proposito l'importante « avvertenza » contenuta nella pronuncia della Corte cost., 13

di rado più estese e preoccupanti rispetto a quelle desumibili da previsioni espresse. Per converso — ed ecco il profilo di maggiore interesse — proprio grazie all'influenza della dottrina, una parte della giurisprudenza <sup>(52)</sup> — ad es., in tema di omicidio preterintenzionale — non ha mancato di richiedere la necessità di un accertamento in concreto della colpa, pur non essendo questa espressamente prevista dalla legge, facendo esplicitamente richiamo allo stesso principio costituzionale della personalità della responsabilità penale.

In tale prospettiva, non è azzardato supporre, allora, che la mancanza di scelte legislative *ad hoc* conformi allo schema della responsabilità colpevole non possa considerarsi come un sintomo decisivo dell'accoglimento o della persistente condivisione di paradigmi di imputazione del tutto superati ed anacronistici. Un certo qual disinteresse del legislatore verso il proseguimento dell'opera intrapresa con i ricordati progetti di riforma può spiegarsi anche in questa prospettiva: con il riconoscimento, cioè, di una limitata influenza di proclami espliciti nel senso della necessità del dolo o della colpa, di fronte ad un problema penale che è destinato a « vivere » nella prassi applicativa <sup>(53)</sup>, e che ci si attende quest'ultima

---

dicembre 1988, n. 1085, cit., nel senso di ritenere ammissibile un'imputazione obiettiva delle sole condizioni a carattere « estrinseco »: sul punto cfr. ALESSANDRI, *Commento*, cit. 114.

Nel campo, infine, delle categorie e dei modelli di imputazione di formazione essenzialmente giurisprudenziale, spicca per importanza la tematica inerente alla c.d. « delega di funzioni », anch'essa esposta al rischio, in mancanza di adeguati presupposti e condizioni limitatrici, di condurre a risultati contrastanti con il principio della personalità dell'illecito; in argomento, oltre agli studi monografici di PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983<sup>2</sup>, 61 ss. e di FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 351 ss., cfr. la recente disamina di ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 209 ss.

<sup>(52)</sup> Cfr. Cass., 24 gennaio 1979, in *Cass. pen.*, 1980, 736, con nota di PADOVANI; Cass., 11 dicembre 1992, *ivi*, 1993, 2529, con nota di FULGENZI. In proposito, e sia pure esprimendo non poche perplessità circa la correttezza delle argomentazioni adottate, cfr. la puntuale analisi di CAGLI, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 1994, 531 ss. Sulle tematiche generali riguardanti la preterintenzione e le figure criminose strutturalmente affini, cfr. l'ampia indagine di CANESTRARI, voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 8 ss. (dell'estratto).

<sup>(53)</sup> Il confronto con le vicende concretamente sottoposte all'esame della giurisprudenza — e le connesse verifiche circa l'effettiva praticabilità di modelli volti ad assicurare un accentuato coefficiente di « personalizzazione » della responsabilità pena-

possa sempre più avvertire e consapevolmente affrontare grazie anche ad un più proficuo confronto e scambio culturale — di cui è lecito auspicare il progressivo rafforzamento — con le riflessioni del pensiero giuridico più sensibile e costituzionalmente impegnato.

4. Chiusa questa parentesi, è venuto tuttavia il momento di offrire una risposta adeguata all'interrogativo formulato in apertura. La constatata maggior « permeabilità » (che, come si è più volte osservato, si è andata anzi progressivamente consolidando) delle istanze normative verso il riconoscimento del principio di colpevolezza si pone in linea con quanto in precedenza affermato circa i rapporti tra pensiero giuridico ed evoluzione del diritto, o ne costituisce invece una deviazione a livello di scelte politico-criminali e di orientamenti culturali di fondo del sistema penale?

Sulla base dei dati offerti fino a questo momento, le ragioni di una risposta positiva ad un simile interrogativo dovrebbe emergere con particolare evidenza.

La maggior corrispondenza tra pensiero giuridico ed opzioni a livello normativo si può invero spiegare, in questo settore, in forza della particolare natura del problema della colpevolezza, o, più esattamente, delle questioni inerenti all'assetto relativo all'elemento psicologico del reato. Per vero, rimanendo sul terreno dei coefficienti del dolo e della colpa come parametri soggettivi di imputazione del fatto, è agevole constatare come il loro riconoscimento in sede normativa non venga di per sé ad implicare la necessità di procedere all'elaborazione di scelte radicalmente innovative nel sistema delle incriminazioni <sup>(54)</sup>.

In buona sostanza, e riproponendo, ancora una volta, il dualismo metodologico da cui si è preso le mosse, dolo e colpa si collocano in una dimensione repressiva — non già « preventiva » —

---

le — vengono giustamente considerati, da parte della dottrina più sensibile ad una visione non puramente formalistica (ed unilaterale) dei profili di garanzia sottostanti a determinate categorie del reato, come un momento ineludibile dell'elaborazione scientifica e politico-criminale ad opera del giurista culturalmente attrezzato: in proposito si rivelano particolarmente illuminanti le considerazioni di BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 460 ss.

<sup>(54)</sup> Anche a questo proposito, si avrà modo, tuttavia, di segnalare tra breve alcuni significativi sviluppi nel pensiero penalistico degli ultimi anni: v., *infra*, il par. 5.

« patologica » — non già « fisiologica » — dell'intervento penale. Il fatto è stato ormai realizzato; qualunque fosse la scelta normativa compiuta « a monte », si tratta, adesso, unicamente di stabilire se quel fatto possa essere imputato all'agente, in funzione della circostanza ch'egli l'abbia voluto o avesse potuto rappresentarselo. La prospettiva in cui si colloca un simile accertamento si identifica, insomma, esclusivamente con quella dell'adozione di parametri più o meno rigorosi nel processo concreto di *attribuzione* dell'illecito; e non già con quella dell'elaborazione di scelte di tutela penale più o meno estese, più o meno penetranti, più o meno selettive e caratterizzanti nell'ottica dell'individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle conseguenze sanzionatorie ad essi astrattamente ricollegabili.

Per la verità, non può dimenticarsi come la dottrina più sensibile all'attuazione del principio di colpevolezza non si fosse limitata a sollecitare una riforma in tale materia circoscritta unicamente ai requisiti soggettivi di imputazione del fatto (nonché delle relative circostanze aggravanti, poi concretamente adottata in sede normativa, grazie all'introduzione della disciplina contenuta nella legge del '90) <sup>(55)</sup>.

Essa non aveva mancato — e sia pure, con argomentazioni davvero convincenti, soltanto in tempi a noi più vicini <sup>(56)</sup> — di stigmatizzare anche l'atteggiamento preclusivo adottato dal legislatore del '30 (e rimasto sostanzialmente immutato anche nei successivi progetti di riforma) <sup>(57)</sup> nei confronti del riconoscimento di un coefficiente di partecipazione « personale » al fatto, esteso fino a

---

<sup>(55)</sup> Al riguardo, cfr., per tutti, i saggi di MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.; ID., *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico-sistematici*, *ivi*, 1994, 797 ss. e l'ampio studio di MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano 1993. Per ulteriori rilievi cfr., volendo, G.A. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 994 ss. Quanto all'assetto anteriore, cfr. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 34 ss. (dell'estratto).

<sup>(56)</sup> Cfr. PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 780 ss. 791 ss.; PULITANÒ, *L'errore*, cit., 111 ss., 427 ss., con approfondita analisi critica di altri tentativi di pervenire al superamento del limite (precedentemente) frapposto alla rilevanza dell'errore sul divieto.

<sup>(57)</sup> In proposito cfr. ancora PALAZZO, *Il problema*, cit. 777 s.

ricomprendere la consapevolezza (o, quantomeno, la conoscibilità) del suo disvalore penale <sup>(58)</sup>.

Da tale punto di vista, oggetto di censura era stata, com'è ben noto, la disciplina contenuta nell'art. 5 del codice penale, il quale, negando *expressis verbis* qualsiasi rilevanza all'errore sul divieto, finiva col privare il contenuto del rimprovero di colpevolezza del suo momento forse più significativo a qualificante. Il succo della critica poteva riassumersi nel seguente rilievo fondamentale: quale ragione, quale motivo reale ed effettivo, potrebbero avere i consociati per astenersi dal porre in essere il comportamento vietato, laddove essi non fossero nelle condizioni di percepire la qualificazione d'illiceità a questo attribuita da parte dell'ordinamento penale?

Finalmente, grazie anche alla particolare sensibilità del giudice estensore verso le elaborazioni della dottrina — sensibilità vieppiù accresciuta dal fatto di essere egli stesso un autorevolissimo e raffinato cultore di discipline penalistiche — la Corte costituzionale doveva intervenire, con la notissima pronuncia n. 364/1988 <sup>(59)</sup>, a

---

<sup>(58)</sup> Le difficoltà ed i ritardi nella recezione a livello normativo delle più evolute tendenze dottrinali in materia di colpevolezza (volte appunto a rendere operativo il principio dell'art. 27, comma 1°, anche sotto il profilo dei rapporti con l'illiceità del fatto) potrebbero spiegare, d'altronde, anche l'esitazione, riscontrabile nelle stesse pronunce della Corte costituzionale (cfr., *retro*, n. 30), nel recepire le proposte dirette ad abolire la « presunzione » di colpevolezza in materia di rapporti sessuali con minori infraquattordicenni (cfr. l'originario art. 539 c.p.); si era invero autorevolmente notato come una siffatta disciplina presentasse significative interferenze con la problematica dell'*ignorantia legis*: v. in proposito PADOVANI, *L'intangibilità*, cit., 440 ss. Da questo angolo visuale, tuttavia, non può non sorprendere la circostanza che, nonostante i recenti interventi della Corte costituzionale in materia di colpevolezza, il predetto regime d'irrelevanza dell'errore sia stato riproposto anche nella nuova disciplina in tema di reati sessuali; cfr. l'art. 609 *sexies* c.p., circa il quale si vedano i rilievi di DI MARTINO, in *Legislaz. pen.*, 1996, 456 ss.

<sup>(59)</sup> Su tale pronuncia, oltre i riferimenti contenuti, *retro*, nella n. 15, cfr., tra gli altri, ALESSANDRI, *Commento*, cit., 97 ss.; FIORE, *Diritto penale*, cit., 370 ss.; JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Ind. pen.*, 1988, 203 s.; MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 95 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legislaz. pen.*, 1988, 449 ss.; PALAZZO, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 15 ss. (dell'estratto); ID., *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Studi in memoria di Dell'Andro*, cit., II, 1994, 680 ss.; PULITANO, *Una*

dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p., nella misura in cui esso escludeva qualsiasi rilevanza dell'errore inevitabile sul precetto penale. Il risultato dell'operazione intrapresa dalla Corte costituzionale affondava le proprie radici in una formulazione teorica dei principi in tema di errore sul divieto dalle origini non più recentissime: la quale, affermata nella Germania occidentale <sup>(60)</sup>, avrebbe conosciuto la sua definitiva consacrazione normativa, non soltanto in quel Paese, ma anche in altri ordinamenti europei (quali la Spagna <sup>(61)</sup>, il Portogallo <sup>(62)</sup>, l'Austria <sup>(63)</sup> e la Francia <sup>(64)</sup>, ormai protesi verso l'adeguamento dei rispettivi sistemi giuridici ai principi di un diritto penale ispirato ai valori costituzionali <sup>(65)</sup> propri di una liberaldemocrazia evoluta e politicamente matura.

---

*sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, *ivi*, 1988, 1313 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 3 ss.

Sugli orientamenti della giurisprudenza a seguito di tale pronuncia, e per una ulteriore rimeditazione delle prospettive da essa delineate, cfr. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 238 ss. In precedenza cfr. CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ignoranza legis*, in *Foro it.*, 1991, II, 415 ss.

<sup>(60)</sup> Al riguardo cfr. le autorevoli ricostruzioni di JESCHECK, *L'errore di diritto*, cit., 188 ss.; TIEDEMANN, *Sullo stato della teoria dell'errore, con particolare riferimento al diritto penale dell'economia e alle leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 74 ss. Quanto alle problematiche dell'errore con riguardo al settore delle cause di giustificazione, cfr. la fondamentale indagine di ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di MOCCIA, Napoli, 1996, 52 ss.

<sup>(61)</sup> Cfr. MORALES PRATS, in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, a cura di QUINTERO OLIVARES e VALLE MUÑIZ, Pamplona, 1996, 101 ss. In precedenza cfr. CEREZO MIR, *Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch*, in *Arm. Kaufmann Geds*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, 474 ss.

<sup>(62)</sup> Cfr., per tutti, FIGUEIREDO DIAS, *Der Irrtum als Schuldausschliessungsgrund im portugiesischen Strafrecht*, in *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg im Breisgau, 1991, 204 ss., ponendo peraltro in evidenza alcune significative peculiarità nei precedenti storici, e nella stessa portata attuale della disciplina normativa dettata al riguardo.

<sup>(63)</sup> Cfr., per tutti, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, A.T., Wien-New York, 1994<sup>2</sup>, 270 ss.

<sup>(64)</sup> V. in proposito DESPORTES-LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, I, *Droit pénal général*, Paris, 1996, 500 ss.; PRADEL, *Droit pénal général*, I, Paris, 1995<sup>10</sup>, 557 ss.

<sup>(65)</sup> Per riflessioni più generali sui rapporti tra colpevolezza e principi costituzio-

Prescindendo dal soffermarsi in maniera analitica sul contenuto della sentenza costituzionale (la quale sarebbe stata poi seguita da altre fondamentali pronunce, tra cui quella relativa alla fattispecie incriminatrice del c.d. furto d'uso, nonché quelle concernenti la disciplina dell'errore sui doveri militari <sup>(66)</sup>, preme soprattutto rimarcare, in questa sede, il significato più profondo, ed il contenuto realmente innovativo, dell'abbattimento dell'ultima frontiera sulla strada della realizzazione integrale dei principi costituzionali in materia di responsabilità penale.

Da questo punto di vista, sarebbe francamente riduttivo cogliere nella pronuncia della Corte soltanto il richiamo ad un profilo garantistico nel processo concreto di attribuzione di un determinato fatto di reato. Non è infondato supporre, in realtà — come risulta confermato dalla stessa evoluzione della giurisprudenza verso il riconoscimento della c.d. buona fede nelle contravvenzioni <sup>(67)</sup>, nonché, e sia pure in minor misura, dalla breve parentesi giudiziale in tema di consapevolezza dell'offensività del fatto <sup>(68)</sup>, — che tra le motivazioni di tale pronuncia, si collochi soprattutto quella fondata sulla constatata difficoltà da parte dei cittadini di orientare e dirigere il proprio comportamento nella selva sterminata di fattispecie di pura creazione legislativa, in quanto tali prive di un referente « culturale » saldamente ancorato a valori (e ad offese) di immediata percepibilità sul piano sociale.

È pur vero che, proprio ragionando in questa prospettiva, una parte della dottrina ha espresso una valutazione critica in merito agli intendimenti e agli sviluppi ricollegabili alla pronuncia della Corte. Si è osservato in proposito <sup>(69)</sup> che la rilevanza attribuita all'errore sul divieto sarebbe destinata a risolversi in una sorta di comodo

---

nali, cfr., oltre a PALAZZO, *Valori costituzionali*, cit., 560 ss., LEWISCH, *Verfassung und Strafrecht*, Wien, 1993, 231 ss., 262 ss.

<sup>(66)</sup> Cfr., *retro*, la nota 49.

<sup>(67)</sup> Sulle ragioni ispiratrici della tendenza cfr., per tutti, PULITANÒ, *L'errore*, cit., 430 ss.

<sup>(68)</sup> In proposito cfr. PADOVANI, *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*, in *Cass. pen.*, 1977, 580 ss.; ID., *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, *ivi*, 1979, 320 ss.; ID., *Dolo e coscienza dell'offesa al momento degli addii?*, *ivi*, 1984, 521 ss.

<sup>(69)</sup> Cfr. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1329 ss.

*escamotage* per sfuggire ad una riforma radicale del sistema punitivo: la « cattiva coscienza » di un legislatore penale incapace di imporsi limiti rigorosi alle scelte di criminalizzazione verrebbe ad essere — a seguito di tale pronuncia — in buona misura rimossa e « tacitata » accordando maggiori possibilità al cittadino di sottrarsi alla pena invocando la presenza di un errore inevitabile.

Tuttavia, anche in base alle motivazioni contenute nella sentenza — più volte accompagnate dal richiamo alla necessità di limitare la sanzione penale alla protezione dei soli valori essenziali per la convivenza sociale <sup>(70)</sup> — nonché alla luce di un'ulteriore pronuncia <sup>(71)</sup>, di poco successiva, volta a riaffermare il primato della legge statale nell'individuazione dei beni meritevoli di tutela penale, pare maggiormente condivisibile un'altra, e ben diversa, chiave di lettura. Si vuol dire, in altri termini, che, se è pur vero che la rilevanza attribuita all'errore sul divieto può rivelarsi temporaneamente in grado di lenire gli eccessi del legislatore penale, temperandone i riflessi negativi sull'estensione in concreto dei processi di criminalizzazione, in essa è destinato, tuttavia, ad annidarsi un pericolo, che, in mancanza di adeguate riforme legislative, rischia di tradursi in risultati assai poco confacenti con le finalità sul piano generalpreventivo concordemente riconosciute all'utilizzazione dello strumento penale.

Non si tratta più, in questo ambito, di salvaguardare la rilevanza di requisiti di imputazione soggettiva del fatto — quali il dolo o la colpa — che possono esistere, o mancare — com'è stato opportunamente

---

<sup>(70)</sup> Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., 1397, 1405.

<sup>(71)</sup> Cfr. Corte cost., 30 ottobre 1989, n. 487, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1562 ss., con nota di PIERGALLINI, *La potestà penale delle Regioni, oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza costituzionale*. In tale pronuncia si sottolinea come le sanzioni penali debbano considerarsi preordinate alla salvaguardia dell'« intero ordinamento statale », in modo da far sì che vengano tutelate le condizioni essenziali del « vivere democratico », in linea con i principi fondamentali di « sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale ». Siffatti criteri di delimitazione nel ricorso allo strumento penale risultano altresì valorizzati da Corte cost., 28 dicembre 1995, n. 519, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 567, con commento di FLORA, *ivi*, 571. In precedenza cfr. anche Corte cost., 25 maggio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 374, con nota di INGROIA.

sottolineato <sup>(72)</sup> — anche rispetto a reati offensivi di beni giuridici di più consolidata tradizione.

Si tratta, invece, di una questione concernente il rapporto tra le scelte del singolo e l'assetto dei valori codificati: un rapporto che va incoraggiato, coltivato, programmaticamente agevolato, e non già surrettiziamente invocato come motivo di esclusione della responsabilità penale, come una ragione occasionale di « scusa » alla lunga destinata a condannare il sistema all'ineffettività e, ciò che è più grave, alla perdita progressiva di credibilità e di consenso presso coloro che dovrebbero dividerne le scelte ed accettare le limitazioni di libertà necessarie alla sua sopravvivenza.

5. La problematica dell'errore sul divieto cela dunque un'evoluzione, un « salto » qualitativo nei rapporti tra scienza giuridica ed opzioni legislative. Per suo tramite, la riflessione politico-criminale abbandona definitivamente il terreno della « patologia » dell'intervento repressivo, e si predispone ad inseguire la meta della « fisiologia » delle scelte di criminalizzazione: della loro capacità, cioè, di sollecitare un adeguamento consapevole e spontaneo da parte dei consociati ai valori dell'ordinamento penale, attraverso un messaggio normativo efficace, in quanto idoneo ad essere percepito e condiviso da coloro che sono chiamati a conformarvisi.

Non è certo un caso, del resto, che, grazie anche all'influenza derivante dalla pronuncia costituzionale, la dottrina penalistica sia giunta a prospettare, in maniera sempre più consapevole delle implicazioni sul piano generale delle proprie elaborazioni scientifiche, l'esigenza di modulare le tecniche di costruzione delle fattispecie anche in funzione della possibilità da parte dei consociati di percepirne la portata ed il significato motivante <sup>(73)</sup>: una scelta, quest'ultima, che ha finito col coinvolgere anche la disciplina delle componenti tradizionali dell'elemento psicologico del reato, essendosi constatato come anche il dolo e la colpa possano svolgere

---

<sup>(72)</sup> Cfr., nella sostanza, PADOVANI, *L'ignoranza*, cit., 452; ID., *L'intangibilità*, cit., 440.

<sup>(73)</sup> Sull'importanza attribuita a tali profili nello *Schema di delega*, cit. in n. 51, cfr., per tutti, PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per la riforma: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Prospettive di riforma*, cit., 36, 41 ss.

appieno la propria funzione di assicurare un raccordo significativo tra l'agente e il fatto, soltanto laddove vengano a trovare riscontro in una struttura dell'illecito, idonea ad esaltarne la rispettiva capacità di rivelare il modo di porsi del soggetto rispetto al proprio comportamento (ed a fornire, altresì, un'adeguata giustificazione della stessa scelta legislativa di punire più gravemente i fatti dolosi rispetto a quelli commessi per mera negligenza) (74).

Ma lo scenario aperto da siffatte elaborazioni dottrinali, e dalle più avanzate correnti riformatrici da cui esse prendono l'abbrivio, è destinato a protendersi verso orizzonti ancora più vasti.

Dal punto di vista delle vicende di costituzionalità, sembra ormai destinata ad affermarsi una tendenza del giudice delle leggi verso una sempre più decisa e consapevole valutazione di « sintesi » e di compenetrazione reciproca tra i significati sottesi ai singoli principi di rilevanza costituzionale. Recenti sentenze, più o meno (75) direttamente riguardanti il problema della tassatività della fattispecie, non mancano di fare espresso richiamo proprio alla pronuncia n. 364/1988 (76), allo scopo di convalidare il buon fondamento delle

---

(74) Cfr. le indagini di DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, 1993, 343 ss.; ID., *Teoria del reato*, Padova, 1996, 192 ss.; ID., *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Torino, 1997, 227. L'autore pone tra l'altro in evidenza il pericolo che, di fronte ad un fatto privo di un solido aggancio a coefficienti denotativi del suo intrinseco disvalore, la riprovevolezza insita nell'addebito a titolo di dolo venga a risultare sostanzialmente equiparata a quella posta a fondamento di una responsabilità di natura colposa.

(75) Tecnicamente incentrata sul principio di tassatività Corte cost., 13 febbraio 1995, n. 34, in *Giur. cost.*, 1995, 362, in tema di inosservanza, da parte di stranieri extracomunitari, dell'obbligo di adoperarsi per ottenere il documento di viaggio a seguito di espulsione (sulla pronuncia cfr., tra gli altri, LONGARI, *Il principio di tassatività nei reati omissivi propri*, in *Giur. cost.*, 1995, 3029; VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, 4 ss. (dell'estratto); più strettamente collegata alla garanzia della riserva di legge, invece, Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Foro it.*, 1991, I, 3020, con nota di ALBEGGIANI, (per ulteriori commenti cfr. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 35, 37 s. (dell'estratto); VASSALLI, *I principii*, cit., 718 s.; VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme « in bianco »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 996 ss.).

(76) Cfr. Corte cost., 13 febbraio 1995, n. 34, cit., 366, dove si afferma che la « indeterminatezza pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi », e Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, cit., laddove si sottolinea che « il principio di legalità è soddisfatto, sotto il profilo

rispettive decisioni di illegittimità costituzionale: con ciò dimostrando che il problema della colpevolezza non è destinato ad esaurire la sua dimensione « personalistica » nella sola fase di attribuzione dell'illecito; ma che, al contrario, proprio al fine di evitare la commissione di quest'ultimo, le scelte del sistema devono tradursi in un progetto di politica criminale più decisamente orientato in chiave preventiva, in guisa da favorire un corretto modo di porsi del cittadino rispetto ai valori codificati, tale da promuoverne una convinta e « personale » presa di posizione circa la necessità di rispettarli e di salvaguardarli, e non già fornendo ad esso un'occasione ed un motivo ulteriore per sottrarsi alla legge penale adducendo come scusa il fatto di averla (sia pur) incolpevolmente ignorata (o comunque mal compresa).

A conclusione di questo processo evolutivo, sembrano infine delinearsi con maggiore chiarezza le ragioni di fondo delle tendenze attualmente rivolte — non soltanto verso una politica di « depenalizzazione » maggiormente rigorosa e « selettiva » <sup>(77)</sup> — ma anche verso l'elaborazione e la concreta messa in opera del più vasto programma di una riforma radicale dello stesso codice penale <sup>(78)</sup>.

---

della riserva di legge, allorché la legge [...] consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati ».

<sup>(77)</sup> In tema di depenalizzazione nella materia del lavoro, per un esame dei relativi provvedimenti, cfr. PADOVANI, *Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 506 s.; ID., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, Giornata di Studi su *Il diritto penale accessorio*, Pavia, 7 aprile 1995 (in corso di pubbl.); MORANDI, *Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro*, in *Legislaz. pen.*, 1995, 477 ss.; ID., *Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, *ivi*, 1996, 309 ss. Con riguardo alla depenalizzazione di altri settori normativi — in particolare, di disposizioni del T.U.L.P.S. — cfr. SINISCALCO, *Il nuovo volto degli illeciti in materia di pubblica sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 125 ss., nonché PACINI, *ivi*, 136 ss. In chiave più generale cfr. altresì, BUTTARELLI, *Decriminalizzazione e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: tre passi in avanti per un lungo cammino*, in *Cass. pen.*, 1994, 1136 ss.; BUTTARELLI-FIDELBO, *Nuove prospettive per una decriminalizzazione organica dei reati minori e per una razionalizzazione del sistema penale*, *ivi*, 1996, 2073 ss.

In merito ad un ultimo, ed ancor più incisivo, intervento di depenalizzazione, peraltro tuttora in fase di gestazione, cfr. PADOVANI, *Con la depenalizzazione dei reati minori una « chance » per uscire dalla crisi*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, 18 gennaio 1997, 10.

<sup>(78)</sup> Cfr. il più volte menzionato *Schema di delega legislativa*, circa il quale v., da

Ed invero, una volta che il fenomeno di tendenziale « antagonismo », per così dire, tra la scienza giuridica (tradizionalmente più sensibile alle garanzie individuali) e le istanze del potere politico (solitamente più vicine alle ragioni della difesa sociale) si è andato progressivamente ridimensionando — ed un volta constatata la necessità di sviluppare, al contrario, gli aspetti di « sinergia » e di funzionalità reciproca tra i due poli in cui si articola l'intervento penale <sup>(79)</sup> — pare difficile negare come l'elaborazione di un nuovo codice venga a costituire la sede privilegiata per un confronto

---

ultimo, il pregevole volume su *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., con scritti di autorevoli esponenti del pensiero penalistico italiano. Ma v. anche, sul significato attuale del movimento di codificazione penale, gli studi di FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, 15 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 385 ss.; MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della « ricodificazione »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 758 ss.; PALAZZO, *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993, 365 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1242 ss.

La « rivalutazione » del ruolo e dell'importanza dello strumento codicistico sembra, d'altronde, affiorare in recenti, qualificatissime considerazioni della dottrina, sia civilistica, che penalistica, formulate nel contesto di indagini di assai ampio respiro; cfr. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, 14 ss.; MENGONI, *Interpretazione*, cit., 88, e PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 68, il quale, pur ribadendo l'impossibilità di postulare un'equazione rigorosa tra i dettami della morale e le scelte di tutela penale, non manca di sottolineare come « il pluralismo dell'odierna società, lacerata nelle scelte di valore » non impedisca, tuttavia, di riconoscere « l'attitudine aggregante del consenso sui valori umani universali che nel codice penale trovano la più esplicita traduzione positiva ».

<sup>(79)</sup> Da tale angolo visuale, non sembra del tutto convincente l'opinione (peraltro, ritenuta suscettibile di prestarsi ad una differente chiave di lettura: cfr. SESSA, *La disciplina dell'error juris nello Schema di legge delega per la riforma del codice penale*, Salerno, 1994, 14 e n. 16) espressa da MANGIA, *Valori e libertà*, cit., 348, 357 ss., il quale si mostra propenso ad attribuire al criterio del « bilanciamento tra valori » il ruolo di far emergere una tendenziale « preminenza » della persona umana rispetto all'interesse statale ad assicurare una indefettibile obbligatorietà dei precetti penali.

In realtà, sembra più opportuno cogliere in un siffatto bilanciamento tra differenti valori la base ed il presupposto essenziale per un'accentuazione dei significati sottesi ad entrambi i profili assiologici coinvolti nel giudizio di costituzionalità. Lunghi dal risultare ridimensionata dal confronto con i valori a sfondo personalistico emergenti dall'art. 27 (e da altre norme costituzionali), la necessità di preservare il carattere « vincolante » dei comandi normativi parrebbe, al contrario, destinata ad attingere un più elevato potenziale di concretezza e di « effettività », proprio in virtù della capacità del sistema

particolarmente ricco ed equilibrato tra la dottrina più evoluta e gli organi titolari del potere normativo: un confronto, il quale, ponendo un argine alla continua « dispersione » delle forze più sensibili alle ragioni della riforma nei mille rivoli del diritto penale accessorio, sappia finalmente sospingerle e convogliarle verso un'intesa duratura circa gli strumenti più adeguati a riattivare quella « comunicazione razionale » tra individuo ed autorità costituita, che la pleora di incriminazioni ha condotto per troppo tempo ad ottenebrare e a disconoscere.

---

di rendere partecipi i destinatari delle scelte di politica criminale trasfuse nei precetti penalmente sanzionati.

GIORGIO MARINUCCI  
SUI RAPPORTI TRA SCIENZA PENALE  
ITALIANA E LEGISLAZIONE (\*)

Uno schizzo

I

1. Molti i punti di vista dai quali si può osservare l'influenza (o la nociva o deficitaria influenza) della scienza penalistica italiana sulla produzione legislativa. Centrale è un punto di vista che accomuna i penalisti alle altre famiglie di giuristi: *la tecnica di redazione delle leggi* (1); comune è d'altro canto la deplorazione delle *imprecisioni* che caratterizzano l'odierno linguaggio legislativo: una patologia dappertutto grave, ma, all'evidenza, esiziale quando ammorba la legge penale.

1.1. L'ubiquità dell'imprecisione del linguaggio legislativo è stata discussa in un recente incontro promosso dalla Banca d'Italia (2). Sviate le diagnosi e i rimedi. Una diagnosi senza rimedi l'ha abbozzata Irti: l'imprecisione come risvolto dell'odierna rottura di quel " rapporto organico " tra ceti dei giuristi e ceti politico dirigente che, alla fine dell'800, ha assicurato " un'alta dignità linguistica " ad ogni settore della legislazione (3). Verissimo; ma è solo una parte delle verità. Su tutte le altre fette di verità spicca l'addebito al legislatore, mosso frequentemente durante il convegno, di essersi allontanato dal

---

(\*) Si deve alla natura di questo scritto (una rielaborazione ampliata di un intervento orale) il carattere solo esemplificativo di molte citazioni e il ricorso a frequenti rinvii bibliografici attraverso la citazione di miei precedenti lavori.

(1) Cfr., nella letteratura penalistica, NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 164 ss.; per una accurata panoramica d'insieme, cfr., anche per le citazioni G.U. RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, 1993, p. 1 ss.

(2) *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi* (a cura di P. Di Lucia), 1993.

(3) *Intervento* (nota 2), p. 49 s.

modello legislativo illuministico (4), ricorrendo sistematicamente a “ clausole generali ”, in luogo di formulazioni nette e precise (5).

1.2. Quando un legislatore si rifugia nelle clausole generali, accade però sempre perché la cultura giuridica tollera, quando non caldeggia quella “ fuga ”, magari ritenendo il giudice più intelligente del legislatore (6), o addirittura teorizzando “ un progressivo spostamento dallo Stato della legge allo Stato dei giudici ” (7). Era già vero alla fine degli anni '20, quando si vide lucidamente in quella fuga “ un pericolo per lo Stato e per il diritto ” (8); ed è vero oggi: nel dopoguerra, anche in Italia, molti sono stati gli apologeti delle “ clausole generali ” (9).

1.3. Si direbbe che, sotto questo profilo, la cultura *penalistica* italiana abbia le carte in regola; solo però in apparenza. Non basta, come accade, professare aperta fedeltà al modello illuministico: l'esortazione di Beccaria: “ fate che leggi siano chiare ” (10) resta infatti un flatus vocis se diffetta il *saper fare* e, soprattutto, se *non si vuole* una tecnica di redazione delle leggi davvero in grado di rendere chiare le leggi penali.

È proprio questa la situazione spirituale di gran parte della cultura penalistica italiana. Si apparenta alla cultura di altre discipline per l'enorme ritardo nell'elaborazione di un'appropriata “ le-gistica ” (11); ma se ne distacca perché, in maggioranza, non è spiritualmente in condizione di colmare quel distacco: nell'alternanza

(4) Cfr. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico* (nota 2), p. 5 ss.

(5) Cfr. MARCHETTI (nota 2), p. 58; D'ALESSANDRO (nota 2), p. 43; CASSESE (nota 2), p. 35.

(6) Cfr. l'implacabile critica di ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* 1968, p. 181 ss. Nella nostra letteratura è nota l'apologia del diritto giurisprudenziale compiuta da L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1967, p. 201. Sui risvolti penalistici, e sui successivi svolgimenti, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, seconda edizione, I, § 5.5.1 (in corso di stampa).

(7) MARCIC, *Vom Gesetzstaat zum Richtersstaat*, 1957.

(8) HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Ein Gefabr für Recht und Staat*, 1993.

(9) Cfr., per le citazioni essenziali, LUZZATI, *Teoria del diritto e “scienza della legislazione”* (nota 2), p. 109 nt. 27.

(10) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. 1776, a cura di F. Venturi, 1981, p. 17.

(11) Per questa terminologia, come sinonimo in molti Paesi di “ tecnica di redazione della legge ”, cfr. G.U. RESCIGNO (nota 1), pp. 2 e 3.

tiva fra una tecnica mirata alla precisione (una normazione casistica, minuziosa, ricca di definizioni) e una tecnica che come minimo tollera l'imprecisione (una normazione sintetica, costellata di clausole generali e formule elastiche), la nostra tradizione culturale penalistica è schierata a favore della seconda tecnica, ed è nettamente avversa alla prima <sup>(12)</sup>.

1.4. È un'avversione che s'inquadra e si spiega benissimo con l'appartenenza (anche) del pensiero penalistico italiano alla tradizione giuridica dell'Europa continentale, ma che ormai non si lascia più giustificare. Ormai tutti sanno — è un classico *topos* degli studi nella materia della tecnica legislativa — che è “evidente ad occhio nudo” la differenza tra una legge inglese o statunitense, “estremamente dettagliata e minuziosa”, e “la legge continentale, che in genere individua la fattispecie mediante clausole generali” <sup>(13)</sup>. D'altro canto, sono noti i “perché” di quella tecnica legislativa anglosassone. Se nella materia civile è il portato dell'idea che lo *statute law* va confezionato con estremo rigore, essendo un'eccezione al *common law*, nella materia penale il perché di quel linguaggio rigoroso rampolla dall'alto rango in cui si trovano i beni — soprattutto la libertà personale — messi in discussione dalla coercizione penale: il legislatore deve scrivere testi lunghi, minuziosi, casistici, in modo da guidare il giudice in tutti i prevedibili casi concreti, perché deve restare l'unico sovrano nelle scelte punitive: l'arma della pena è troppo devastante per affidare le sorti della libertà personale all'arbitrio del singolo giudice, trasformato in legislatore del caso per caso <sup>(14)</sup>.

In ultima analisi: prima o poi il penalista italiano dovrà acconciarsi all'idea che non in Italia né in Francia e tantomeno in Germania, ma nei Paesi anglosassoni si è tendenzialmente inverato il “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*” e, soprattutto, il “*saper*

<sup>(12)</sup> Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, (nota 6), § 5.5.1.

<sup>(13)</sup> G.U. RESCIGNO, (nota 1), p. 7; R. PAGANO (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa*, 1988, I, p. 76 ss.; CARROZZA, “*Legislative process*” e *problemi di “tecnica legislativa”: cenni sull'esperienza anglosassone (USA e Inghilterra)*, in *Foro it.*, 1985, V, p. 287 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. VINCIGUERRA, *Introduzione al diritto penale inglese. I principi*, 1992, p. 59 ss. e per il diritto penale statunitense, LA FAVE-SCOTT, *Criminal Law*, II ed., 1986, p. 90 ss. Ulteriori citazioni in MARINUCCI-DOLCINI, (nota 6), § 5.5.1.

fare ” leggi penali chiare — o come si legge in apertura del “ Progetto ’89 ” di un codice penale per l’Inghilterra e il Galles — leggi penali caratterizzate da quattro virtù: “ accessibilità, comprensibilità, non contraddittorietà, certezza ” (15).

1.5. Tradotta in termini di influenza sul linguaggio legislativo, nociva è stato perciò, sinora, la propensione del pensiero penalistico italiano dominante ad appagarsi di norme incriminatrici imprecise e vaghe. “ Spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria ”: così la Corte Costituzionale fotografò lo stato della legislazione penale nel ’61 (16), quando iniziò la lunga serie di sentenze di rigetto di eccezioni che investivano le leggi penali, vecchie e nuove, censurabili per violazione del principio costituzionale di precisione (o, come si usa dire, di determinatezza).

Poche inizialmente le critiche della dottrina, che in seguito s’infittirono e talora acquistarono spessore scientifico (17), senza potersi tuttavia tradurre (era ancora lontano l’approccio alla “ legistica ”) in veri e propri suggerimenti al legislatore sul “ come fare ” leggi penali precise.

A partire dagli anni ’80, un nuovo corso ideale l’ha impresso la Corte Costituzionale, con argomentate sentenze di accoglimento, che richiamano il legislatore al dovere costituzionale di formulare “ leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento ” (18). Sulla scia del nuovo corso si è mossa la dottrina, che ha influenzato il Governo: nell’86 una circolare della Presidenza del Consiglio ha dettato agli uffici legislativi dei singoli ministeri “ criteri per la formulazione delle fattispecie penali ” — altrettanti criteri per redigere leggi penali sempre meno imprecise (19).

Ha un futuro il principio di precisione? Con una buona dose di ottimismo, mostrando anche altri segni del “ nuovo corso ”, come la

(15) *A Criminal Code for England and Wales*, vol. I, *Report and Criminal Code Bill*, 1989, p. 5 ss.

(16) Corte cost. 27 maggio 1961 n. 27, in *Giur. cost.*, 1961, p. 537 ss. Per un quadro dettagliato dell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, (nota 6).

(17) Spiccano i contributi di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965 e di PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979.

(18) Cfr. per le citazioni, MARINUCCI-DOLCINI (nota 6), § 5.4.

(19) Cfr. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 230 ss.

possibile fine dell'ostracismo alle definizioni <sup>(20)</sup>, Dolcini ed io abbiamo risposto affermativamente <sup>(21)</sup>, anche se resta ben chiaro che grande è ancora la distanza dal traguardo di un *legislative drafting* nella materia penale alimentato dal canone della precisione.

## II

La tecnica di redazione delle leggi è solo un capitolo della “scienza della legislazione” o, per usare un nome meno impegnativo, della “dottrina della legislazione”. Il dominio di questa complessiva disciplina è indispensabile per ogni settore del diritto, ma è vitale nella materia penale. L'influenza (o la deficitaria o nociva influenza) dei penalisti italiani sulla legislazione andrà perciò misurata — schematizzando al massimo — anche sul banco di prova dei restanti capitoli della *Gesetzgebungslehre*.

## III

1. Non si può approntare un nuovo codice penale (una domanda urgente... da più di 50 anni) senza attingere alla “provista di soluzioni” offerta dall'esperienza di altri ordinamenti; senza una minuziosa ricognizione della prassi giudiziaria; senza un'analisi criminologica di vecchi e nuove fenomenologie dannose; senza un progetto elaborato nei dettagli e corroborato (o confutato) dai pareri di tanti esperti.

Purtroppo, quei molti “senza” sono “la” storia dei tentativi di codificazione dal dopoguerra ad oggi. Come ho infatti potuto mostrare dettagliatamente altrove, insieme a Dolcini <sup>(22)</sup>, le vicende nazionali del nostro dopoguerra sono assai più sfortunate di quelle vissute nei tanti Paesi, europei ed extraeuropei, che si sono dati un nuovo codice penale — ma sfortunate anche al confronto con il nostro antico passato: la lunga gestazione del primo codice dell'Italia

---

<sup>(20)</sup> Cfr. CADOPPI, (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, 1966.

<sup>(21)</sup> MARINUCCI-DOLCINI, (nota 6), § 5.5.

<sup>(22)</sup> DOLCINI-MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 385 ss.

unita mostra una storia ben più ricca e travagliata dell'olimpico modello ideale del " giurista-legislatore " disegnato da Irti.

Ciò che comunque emerge da quell'analisi è che altrove l'influenza del pensiero penalistico moderno sui processi di codificazione (l'episodio centrale e unificante della legislazione penale, massime in tempi di decodificazione strisciante) è il frutto, più o meno succoso, dei tanti saperi che compongono la " dottrina della legislazione "; mentre in Italia — fino all'ultimo progetto '92 — si può solo parlare di un'influenza largamente deficitaria.

2. Altri due capisaldi della dottrina della legislazione — " l'analisi, ex ante, della fattibilità di una legge ", e " l'analisi, ex post, dell'attuazione della legge " — trovano la scienza giuridica italiana in ritardo, senza distinzioni di settore. Molte le proposte, anche dettagliate: a cominciare dalla ricca relazione della commissione Barettoni Arleri (23); ma scarse le integrazioni tra il sapere del giurista e le molteplici, diversissime conoscenze richieste da quei tipi di analisi; e soprattutto: è rimasta allo stato del progetto l'insieme delle complesse procedure che, come mostra l'esperienza di altri Paesi, è essenziale per intraprendere quelle analisi (24).

In questo panorama non confortante, la dottrina penalistica italiana occupa una posizione di relativa avanguardia — di potenziale influenza positiva sul sistema penale. Soprattutto Paliero ha mostrato in profondità l'ampio ventaglio di problemi e metodi, specificamente penalistici, indispensabili per il controllo — *ex post* — dell'effettività del diritto penale (25). D'altro canto, guardando — *ex ante* — alle scelte punitive, è noto da tempo, anche in Italia, quanto numerosi siano gli ostacoli che incontra la pianificazione politico-criminale: soprattutto quelli incarnati dai tanti fattori irrazionali (paura, angoscia, insicurezza) scatenati dall'aumento, reale o mediatico, della " criminalità delle strade " (26). Altrettanto noti i

(23) A. BARETTONI ARLERI, (a cura di), *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, 1983.

(24) Cfr. RESCIGNO (nota 1), p. 2; ID., *Le tecniche di progettazione legislativa*, in *Scritti sulla giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, II, 1985, p. 641 ss.

(25) PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

(26) Cfr. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 1964, ora in MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 54 ss.; ID., *L'abbandono del codice*

frutti perversi di quei fattori irrazionali sulla produzione legislativa: leggi penali solo simboliche, finalizzate solo a placare le paure e/o a mostrare, simbolicamente, la “ risposta ” dello Stato alla criminalità. Nota, e condivisa, è anche la tesi che “ fare i conti razionalmente con l'irrazionale ” non vuol dire assecondarlo: significa — può solo significare — inglobarlo in una progettazione di un diritto penale saldamente ancorato ai principi di garanzia fissati dalla Costituzione.

Questa sempre più ricca consapevolezza, sia nell'analisi *ex ante* che *ex post* della legislazione penale, non evita però l'assenza di una reale influenza del pensiero penalistico italiano sul sistema normativo: manca infatti un apparato organizzativo in grado di compiere *evaluation research* e *implementation research*, il che paralizza ogni scelta politico-criminale calcolabile e controllabile nei suoi effetti.

Un solo banco di prova: la bontà della politica di depenalizzazione degli illeciti bagatellari. *Depenalizzare* è una parola d'ordine nota ormai a tutti, che si basa su un'idea molto semplice: spettando alla pena il ruolo di estremo rimedio, è doveroso ricorrere ad altre forme di controllo, meno costose e non meno efficaci, come il controllo amministrativo. Guardando all'*oggi*, nessuno però saprebbe dire se le depenalizzazioni compiute in passato, nei più diversi campi di materia, abbiano avuto o meno quella sperata pari efficacia a costi umani e sociali minori; guardando al *domani*, la futura politica di depenalizzazione non si lascerà ovviamente giustificare con la sua propria ragion d'essere — mancando sistemi di valutazione, controllo e implementazione —, e potrà solo fondarsi sulla pressoché impresentabile (ma diffusissima) spiegazione, circolante dentro e fuori il Ministero di Grazia e Giustizia, racchiusa nella formula: *smaltimento dell'arretrato giudiziario*.

---

Rocco: *tra rassegnazione e utopia*, 1981, ora MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 343 ss.; PULITANÒ, *Politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI, *op. ult. cit.*, pp. 17 ss. e 45 ss. Un'esemplare analisi dei vari ostacoli alla pianificazione politico-criminale da parte legislatore e degli effetti perversi provocati dai fattori irrazionali, evocati nel testo, si deve a AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, p. 19 ss.

## IV

Gli ultimi rilievi ci avvicinano — guardando all'oggi e al domani — ad altre forme di integrazione del penalista con altre discipline e altri saperi situati dentro e fuori il sistema penale: indispensabili per influenzare utilmente la produzione legislativa.

1. Una prima forma di integrazione endopenalistica sembrerebbe iscriversi nell'“insieme delle scienze penali”: la lisztiana “*gesamte Strafrechtswissenschaft*” da sempre pensata come modello ideale di un sapere penalistico non isolato artificialmente dalle altre discipline ancillari. Dentro questo modello, un ruolo a lungo marginale è stato svolto dai rapporti del diritto penale sostanziale con il *processo penale*, relegato alla funzione “servente” di mero strumento di attuazione del diritto penale. Le cose oggi sono cambiate, se non rovesciate, e pericolosamente: le difficoltà probatorie spingono sempre più spesso il legislatore, sospinto da una parte non indifferente della dottrina, ad assegnare al processo penale una funzione plasmatrice del diritto penale sostanziale: la struttura oggettiva e soggettiva del reato viene così mutilata, per rendere più agevole all'accusa l'onere di provarne la commissione <sup>(27)</sup>.

Una più temibile funzione plasmatrice sembra peraltro profilarsi nell'ordinamento italiano. L'introduzione e, soprattutto, il progettato *allargamento del c.d. patteggiamento della pena detentiva* — sino a tre anni — minaccia la tenuta stessa del sistema penale: con rischi di successive reazioni regressive incalcolabili. Detto in breve, si tratta di questo. Si propone di allargare il patteggiamento della pena detentiva sino a tre anni e di sostituire la pena detentiva con blande sanzioni non detentive (affidamento in prova, detenzione domiciliare, pene interdittive). Conseguenza: come mostrano tabelle pubblicate nel '93 (quando per la prima volta si avanzò questa proposta), reati (o concorso di reati) che il giudice punirebbe con dieci anni di reclusione (la quasi totalità dei reati!), verrebbero puniti con tre anni di affidamento in prova.

Palesi gli effetti *criminogeni* di un simile meccanismo. Per il

---

<sup>(27)</sup> Cfr., soprattutto, PETERS, *Die strafrechtsgestaltene Kraft des Strafprozesses*, 1963; LÜDERSSEN, *Die strafrechtsgestaltene Kraft des Beweisrechts*, in *ZStW*, 1973, p. 288 ss.

passato, reati gravissimi verrebbero trattati come bagatelle; e per il futuro, il potenziale autore di quei reati verrebbe avvertito — rassicurato — che non ha proprio nulla da temere dalle draconiane pene (quindici o vent'anni di reclusione) minacciate dal legislatore, perchè lo stesso legislatore gli garantisce che, una volta commesso il fatto se patteggia la pena, il giudice può mandarlo in libertà controllata (l'affidamento in prova) per tre anni.

C'è una logica in questa tragica bizzarria. Dobbiamo imparare ad apprendere, e a insegnare, che ai tradizionali scopi dalla pena — retribuzione, prevenzione generale (negativa o positiva), prevenzione speciale — se n'è aggiunta un'altro, assorbente, che si lascia così compendiare: il “ tipo ” e il “ quanto ” di pena va prescelto e commisurato all'esigenza di eliminare l'arretrato dell'apparato giudiziario!

Il progetto di allargamento del patteggiamento fortunatamente è ancora allo stadio del progetto, ma già oggi — come è stato sottolineato da più parti — il processo penale, con i suoi riti alternativi, sta disintegrando il sistema punitivo: lo sta rendendo un derisorio insieme di grida. E presto o tardi la realtà si vendicherà. Quando un sistema penale perde credibilità in modo così vistoso — come accadde negli USA sino alla fine degli anni '60 — prima o poi si registra questa sequenza: dapprima il diffondersi di forme di giustizia privata nei quartieri più infestati dalla “ criminalità della strada ”; successivamente, per evitare il diffondersi e il consolidarsi della giustizia privata, l'affollarsi affannato dei vari apparati dello Stato: polizia, magistratura, Parlamenti induriscono rapidamente e progressivamente le risposte repressive, e si apre così la via che porta — come accade oggi negli USA — a un sempre più disumano, sempre più terroristico sistema repressivo, circondato dal consenso sociale <sup>(28)</sup>.

In Italia, abbiamo già visto — a Torino e a Milano — i primi gruppi di “ polizia privata ”, appoggiati clamorosamente dalla Poli-

---

(28) Per queste tendenze cfr. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, cit. p. 120 ss.; MANNOZZI, *Razionalità e “ giustizia ” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1966, p. 135 s.. Un impressionante quadro statistico dell'aumento della popolazione carceraria nell'ultimo decennio è stato tracciato da ZIMRING-HAWKINS, *The scale of imprisonment*, 1991, p. 117 ss.; Id., *Prison Population and Criminal Justice Policy in California*, 1992.

zia di Stato, senza trovare un'adeguata risposta dagli organi centrali e periferici del Ministero degli interni. È augurabile che, a questo punto, non si compiano altri passi falsi. L'influenza dei penalisti deve dispiegarsi sul terreno legislativo, frenando le iniziative promosse dai processualpenalisti per uscire dalle contraddizioni che minano il nuovo processo penale: altrimenti, presto o tardi, si svilupperà — incontrollabile — quel “bisogno di punizione” che, quando latita lo Stato “guardiano della pace”, erompe furiosamente dalle viscere del corpo sociale.

2. Un'ulteriore, urgente forma di integrazione tra sapere penalistico e una disciplina extrapenale — lo studio e il riassetto del *corporate governance* — appare indispensabile per influenzare il corso della produzione legislativa e, ancor prima, la prassi giudiziaria.

Si lamenta l'invasione della giustizia penale nella vita delle imprese: il diritto penale avrebbe perso il suo naturale ruolo di estremo rimedio, come mostrano le vicende giudiziarie che, in vario modo, hanno coinvolto anche dirigenti di grandi società. Ci si deve però chiedere a cosa si debba questa tendenza del diritto penale a trasformarsi in unico rimedio.

Osservando il funzionamento del complessivo sistema dei controlli delle patologie societarie, il penalista non può non registrare che l'“invasione”, *ex post*, del giudice penale è, semplicemente, il portato dell'assenza di efficaci sistemi di controllo preventivo extrapenale. Il contributo di esperienza del penalista all'indirizzo del legislatore è perciò autoevidente: solo più forti reti di controllo preventivo extrapenale, esterne e interne alla gestione sociale, possono allontanare l'indesiderato e indesiderabile intervento — congenitamente solo distruttivo — della giustizia penale. Del resto si tratta di una domanda che già sale dall'interno del movimento di riforma del *corporate governance*: anche in Italia — per ragioni economiche (l'attenzione degli investitori esteri) ancor prima che etiche — vi è una forte spinta a modificare la legislazione societaria nella direzione di un riequilibrio dei poteri e di più penetranti forme di controllo interno (29).

Naturalmente, relegare il diritto penale, anche in questa sfera, al

---

(29) Cfr., per le citazioni, MARINUCCI, *Giustizia e politica*, in MARINUCCI-SMURAGLIA, *Giustizia e politica tra difesa sociale e garanzie*, 1997, p. 16 ss.

posto del rimedio estremo, non vuol dire affatto tagliarlo fuori del tutto. Per quanto efficaci e fitte siano le reti del controllo preventivo, non potranno mai impedire la perpetrazione di illeciti societari anche gravi: si pensi, per restare in Italia, alle recenti denunce da parte della Consob di gravissimi reati che sarebbero stati commessi nel cuore stesso del sistema capitalistico italiano. Se poi si guarda all'esperienza statunitense, si noterà che il tentativo di molte grandi imprese, negli anni '70 e '80, di dotarsi di "codici etici" solo cosmetici, per "dimostrare" che i reati eventualmente scoperti non erano espressione di una politica d'impresa, è naufragato alla prova dei fatti: l'intervento repressivo, dopo lo scoppio di grandi scandali finanziari, è stato reso più penetrante da una legge federale del '91, che sta mutando radicalmente il volto delle società: il "se" e il "quanto" punire dipende infatti dall'effettiva attuazione di "programmi di adeguamento" (vere e proprie rivoluzioni organizzative) in grado di prevenire, scoprire e denunciare tempestivamente all'autorità giudiziaria i reati commessi da "agenti" della società<sup>(30)</sup>.

Può darsi che le resistenze autarchiche del nostro sistema delle imprese ritardino un vero riassetto del *corporate governance*, e che il sistema dei controlli preventivi non subirà mutamenti reali; se così fosse, il penalista può solo prevedere che, tirata per i capelli, la giustizia penale sarà ancora l'*unico* distruttivo sistema di controllo delle patologie societarie.

3. In ultima analisi, si tratti di criminalità delle strade o di criminalità dei colletti bianchi, il penalista può esercitare il suo ruolo di "coscienza critica" del legislatore — impedendo che la giustizia penale divenga onnivora — solo se integra le sue conoscenze e le sue ricerche con le conoscenze e le ricerche di studiosi di altre discipline: è la condizione indispensabile per evitare temibili regressioni punitive e dannose supplenze della giustizia penale, che nessuno può sensatamente augurarsi.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.



GIOVANNI CONSO

Ed eccoci al saluto finale. Pensavo che sarebbe stato Paolo Grossi a porgerlo, anche per trarre da par suo qualche prima conclusione. Ma la sua affabilità vuole che il moderatore dell'ultima tornata, quella di stamane, mantenga la parola sino all'ultimo istante. La manterrò, dunque, dopo averlo ringraziato anche per questo e poi, a nome di tutti, per averci offerto l'occasione di un incontro quanto mai appagante, impossibile da sintetizzare, tale ne è stata la ricchezza di argomentate suggestioni. Mi dovrò limitare, anche per ragioni di tempo, a qualche rapida, sicuramente inadeguata, riflessione. Comunque sia, una cosa va subito detta.

Primo grande merito del convegno è stato quello di aver affidato l'introduzione generale ad un acutissimo e scrupolosissimo Enzo Cheli, non senza avergli messo anticipatamente a disposizione l'impianto di tutte le relazioni di settore, così da rendere possibile al suo acume e al suo scrupolo il per nulla agevole compito di cogliere ed esplicitare il filo conduttore di ogni apporto, permettendo a quanti non hanno potuto seguire interamente i lavori di percepirne le direttrici di fondo. Il tutto raffrontato ad un suo ben preciso convincimento: la dottrina per potersi impegnare con efficacia e soddisfazione ha bisogno di cimentarsi con sistemi forti, muniti di organicità e, quindi, caratterizzati da un basso tasso di compromissioni.

Purtroppo, nonostante le peculiarità di settore e la diversità di prospettive, tutte le relazioni hanno confermato l'esistenza nell'attuale normativa di un denominatore comune non certamente positivo, evidenziato da una diffusa carenza di organicità e dalle conseguenti debolezze di ordine sistematico. Di qui la convinzione che sempre più occorra rafforzare la presenza della dottrina nel dialogo con il legislatore: una dottrina, però, che abbia carisma e che, al

tempo stesso, sia attenta all'evolversi dei problemi, al loro continuo variare, senza mai cedere alle lusinghe emergenziali, troppo legate all'improvvisazione, che, oltretutto, impedisce di offrire risposte organiche.

Questo messaggio è stato ulteriormente ribadito dalle tre ultime relazioni di stamane. Non per nulla, Francesco Palazzo ha esordito denunciando l'autentico paradosso per cui, mentre forte è il bisogno di organicità e sistematicità non solo nei libri, ma anche nel disegno normativo, all'atto pratico sempre più si cede al contingente. Non vorrei che questo fosse un prezzo comunque da pagare, un qualcosa che si debba necessariamente concedere alla gravità dei problemi e alle pressioni che non possono non venire quando la situazione si fa pesante. Forse vi ha avuto una qualche influenza anche la variante metodologica nata dall'aver aperto troppo le porte (ma bisognava pur aprirle) al mondo angloamericano, tutto basato sul pragmatismo, abbandonando i legami esclusivi con il mondo tedesco, essenzialmente fatto di dogmatica. Si tratta di trovare il giusto equilibrio. Credo sia questo lo sforzo maggiore da compiere. I manicheismi non aiutano a risolvere i problemi complessi, se non altro perché impediscono il formarsi di maggioranze idonee a consentire il varo di riforme « vere », come tali bisognose di un forte sostegno per trovare la necessaria attuazione. Ha detto bene Ennio Amodio: non basta costruire un valido complesso di norme, dal momento che persino la miglior riforma del mondo va in crisi se non si riesce a renderla operante. Bisogna saper mettere in conto anche questo. L'accusa di miopia di cui icasticamente si è fatto portatore Andrea Proto Pisani può essere, fra l'altro, intesa come un invito a prendere in attenta considerazione non solo le possibili conseguenze, ma prima ancora la praticabilità delle soluzioni accolte. Se non risultassero praticabili, il compiacersi per la loro entrata in vigore significherebbe vivere un'amara illusione.

La realtà è troppo cruda per non esigere pronti interventi, anche sul piano del rendimento, magari a colpi di bisturi. Così, tanto per fare un esempio, si dovrebbe avere il coraggio di ridurre il numero delle previsioni criminali. L'ha sottolineato, proprio in ultimo, ma con innegabile efficacia, Giovannangelo De Francesco: se si continueranno ad aumentare le fattispecie di reato, altro che considerare — come, invece, dovrebbe essere — la risposta penale

alla stregua di un'*extrema ratio*! Ci sarà un'infinità di *notitiae criminis* in più, così da intasare ulteriormente la giustizia. Anche i riti alternativi vanno incoraggiati, beninteso con equilibrato raziocinio. Le critiche di Giorgio Marinucci sono serie, ma provano troppo: non possiamo rinunciare ad istituti senza i quali — grandi democrazie ce lo dimostrano — il sistema si bloccherebbe. Non dimentichiamo che c'è, sempre più incalzante, lo spettro della prescrizione, senza contare che i processi troppo lunghi tradiscono le attese, creando incertezze a non finire. Occorre trovare il giusto dosaggio. La Corte costituzionale lo ha da tempo insegnato, ricorrendo ad un aggettivo importante, difficile da applicare, ma su cui la meditazione va approfondita: la pena dev'essere « congrua », cioè adeguata al caso. Anche i nuovi tipi di pena ai quali fa riferimento Giovanni Maria Flick tendono a razionalizzare il sistema per farlo uscire da un autentico vortice di disordinata confusione. Ne ha parlato apertamente Sergio Chiarloni usando la parola « caos », un caos nel quale tutto, inclusa la giustizia civile, anzi specialmente la giustizia civile, rischia di annegare, cominciando dai principi. Abbiamo la necessità che questi almeno reggano perché includibili punti di appoggio. Tocca alla dottrina non demordere, impegnandosi ancora di più nel difenderli, senza timore di dialogare con il mondo politico.

Ma come ci si deve preparare, come ci si deve cimentare in proposito? Il carisma bisogna saperlo guadagnare e poi mantenere, esercitandolo con metodo appropriato, utilizzando i canali consentiti, tanto meglio se debitamente sollecitati. Poco fa, Sergio Chiarloni ha criticato i nostri libri, diciamo i libri dei nostri concorsi: essi invero, sono quasi sempre molto teorici e, dunque, troppo dogmatici, così da non interessare praticamente nessuno al di fuori della ristrettissima cerchia dei diretti destinatari. Come negarlo? Ritengo, però, che si debba distinguere tra quanto occorre per ottenere un riconoscimento di idonea base scientifica (il « peso culturale concettuale » è un *quid* che a fini accademici bisogna pur dimostrare in qualche modo di possedere) e quanto occorre per dare un contributo alla vita sociale. L'operare del legislatore ha grande bisogno di esperienza. Anche se si è dotati di cultura, non ci si può di primo acchito inserire in un dialogo che deve tener conto di tanti altri fattori. Giustamente è stato qui più volte richiamato l'apporto sociologico, la necessità di verificare i risultati, il ricorso ai monito-

raggi, operazione ben ardua, dal momento che i cambiamenti sono continui, gli uffici tanti e la raccolta dei dati non sempre facile. Intanto, il tempo scorre, mutano i problemi e i dati praticamente raccolti risultano ben presto superati, per cui ci vuole anche una notevole capacità di valutazione diacronica che soltanto la pratica permette di acquisire. Distinguere l'accesso alla carriera accademica dal dopo vuole, dunque, significare che non bisogna fossilizzarsi su un tema per approfondirlo il più possibile, ma fare continuamente esperienza in crescita di dialogo.

È stato, poi, ripetutamente detto anche che i problemi sono tanti, non tutti risolvibili insieme. Quali, allora, vengono prima, quali dopo? La scala di priorità dovrebbe provenire dall'urgenza rispettiva. È un'urgenza sempre più dosata dalla stampa, che dà spazio alle notizie più clamorose, dalle forze politiche, che perseguono i loro obiettivi elettorali, dalla gente, che risente dell'una e delle altre inevitabilmente. Guardiamoci, però, dai casi-limite, da quei casi di specie che, per il clamore suscitato, automaticamente richiamano subito massima attenzione. Se il caso di specie fosse del tutto eccezionale, ci sarebbe davvero da dire che l'eccezione conferma, e quindi non scalza, la regola, ragion per cui non dovremmo farcene condizionare. Se, invece, il caso di specie non fosse per nulla eccezionale, essendo piuttosto la spia di tanti altri casi del genere, ecco che l'urgenza di affrontare il sottostante problema non potrebbe essere smentita. Troppe volte per un isolatissimo caso di specie si è cambiata giurisprudenza in Corte di cassazione. Persino la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime norme importanti — come, molto di recente, quella sugli ambiti della perizia penale — perché la fattispecie oggetto di decisione nel processo da cui proveniva la questione era tale da creare una certa turbativa. Se anche la dottrina cedesse alle suggestioni di un caso clamoroso, dove andrebbe a finire l'organicità del sistema? Dobbiamo fare ogni sforzo per resistere alle grida che non di rado vengono dai mezzi di informazione, altrettanto non di rado compiacenti megafoni di personaggi che, pur di richiamare l'attenzione, si affannano ad alzare la voce. Diversamente, la scala di priorità, della quale con molto senso di responsabilità si è mostrato particolarmente preoccupato Ortensio Zecchino, va in crisi prima ancora di cominciare ad essere formata. Diventa condizione essenziale porre un freno a tutto ciò

che sa di emergenza per guardare di più ai principi, al sistema, all'organicità delle soluzioni.

Sia pure alla rovescia, conferme preziose sono venute soprattutto dalle relazioni di stamane. Così, fra i tanti incisivi passaggi della relazione di Francesco Palazzo, merita di essere segnalata per la sua provocatorietà una molto suggestiva domanda dedicata alle sfortunate sorti del progetto di nuovo codice penale, che va sotto il nome di progetto Pagliaro. La domanda è questa: lo smacco, ancor più doloroso trattandosi di una riforma tanto necessaria quanto organica, va addebitata ai giuristi o ai legislatori? Si potrebbe rispondere che alla base dell'insuccesso c'è forse anche una crescente diffidenza verso la legislazione delegata, strumento ritenuto imprescindibile per una grande riforma, ma che, dopo i tormenti vissuti nella fase di elaborazione governativa del nuovo codice di procedura penale, come Ennio Amodio ha efficacemente testimoniato, si sta sempre più rivelando foriero di impacci non prevedibili allo stesso delegante, chiamato a fissare binari da cui il delegato non si potrà allontanare, neppure se si dovesse accorgere di esiziali difetti di fondo.

Resta, comunque, da chiedersi come mai, quando il progetto Pagliaro, elaborato da una commissione molto ristretta, formata di soli accademici, è stato inviato alle Corti d'appello, ai Consigli dell'Ordine forense e alle Università per riceverne le previste osservazioni, non ha sostanzialmente ricevuto risposte. Per ben due volte il Ministero di grazia e giustizia lo ha distribuito con l'invito ad interloquire, ma nulla è arrivato di ritorno, se si eccettuano due sintetici interventi, uno dei quali proveniente dalla scuola di appartenenza di uno dei componenti della commissione. Dove starà il perché? Sfiducia nello strumento scelto, come si accennava prima? O il poco promettente periodo storico attraversato? O un sottrarsi al compito in conseguenza di troppi altri impegni? Il fatto si è che la mancanza di risposte va in definitiva ascritta ad una sorta di rinuncia a partecipare al dialogo, praticamente contribuendo all'affossamento di quel pur ben studiato progetto che, come ha riconosciuto Palazzo, aveva una sua conformazione forte e solide basi, anche se forse un po' troppo accademiche. Si potrebbe aggiungere che oggi le commissioni unilaterali sono insufficienti. Una commissione veramente rappresentativa dovrebbe ricomprendere tutte le componenti

del settore interessato. Questo è forse un altro motivo che vale a spiegare il lamentato insuccesso, almeno sul fronte dei magistrati e degli avvocati. Comunque, di disimpegno in disimpegno, il risultato è che siamo sempre alle prese, e chissà per quanto tempo ancora lo saremo, con il codice penale Rocco, mentre abbiamo da sette anni ormai un codice di procedura penale Pisapia e, dunque, una discrasia storica e concettuale non certo utile né all'uno né all'altro.

Ritrosia dei penalisti, e non dei processualpenalisti, a farsi legislatori? Ennio Amodio sembrerebbe dare ragione ai primi, con l'esprimersi sfavorevolmente nei confronti dei giuristi che entrano nella bottega del legislatore per lavorarvi come artigiani di complemento, non come artefici veri, così illudendosi di poter contribuire a porre caposaldi destinati a non più mutare. Qualche residuo, magari non piccolo, di amarezza per le non gratificanti difficoltà incontrate dalla Commissione Pisapia nella fase finale dei suoi lavori di adeguamento previsti per il primo triennio di vita del codice? Anche se si tratterebbe di un'amarezza senz'altro giustificata, il solo riandare con la mia memoria, diretta per la parte iniziale dei lavori ed indiretta per la successiva, al grande contributo che il suo indimenticabile Maestro e lui stesso hanno dato alla nascita del nuovo codice, dal progetto preliminare del 1978 al progetto preliminare del 1988 sino al testo definitivo, mi induce a formulare, oggettivamente parlando, una ben diversa valutazione dell'apporto fornito, almeno in origine, dalla nostra dottrina a quello che, magari con un po' di malizia, qualcuno aveva allora voluto etichettare, come già ho ricordato, « un codice di professori ».

E, visto che, sia pur solo per un attimo, ho dovuto sfogliare l'albo dei ricordi e delle impressioni personali, vorrei, prima di concludere, trarre un altro, non meno significativo ed illuminante, motivo di meditazione. Suo oggetto è una pagina intensamente vissuta. Riguarda, infatti, chi mi è stato Maestro, voglio dire Francesco Antolisei. Proprio in questi giorni, mi è venuto spontaneo tentare una verifica del rapporto « giuristi e legislatori » individualizzandola ad un livello che fosse, al tempo stesso, di alto profilo e di mia piena conoscenza. Mi sono, perciò, domandato se e come Francesco Antolisei, grande giurista, abbia sperimentato quel rapporto.

Per rispondere dovrei, ovviamente, ricostruire, sia pure per

rapidi accenni, la sua lunga ed intensa vita di studioso, perché studioso accademico nel vero senso del termine egli è sempre rigorosamente stato una volta scelta la via dell'insegnamento universitario. Prima aveva svolto attività amministrativa e poi esercitato la professione forense, ma definitivamente lasciandola non appena vinta la cattedra, per dedicare tutto se stesso alla scuola, intesa come lezioni, dissertazioni di laurea, cura degli allievi e, impegno massimo, costruzione di un completo Manuale di diritto penale. Una costruzione razionale, continuamente rivisitata ed irrobustita, partendo dalla parte generale per affrontare poi la parte speciale del codice e, infine, impresa mai prima tentata, la legislazione penale complementare, via via estesa ad ogni settore particolarmente rilevante. Di qui un rapporto con il legislatore puramente a seguire, di giorno in giorno, anche se intessuto di critiche e degli stimoli conseguenti ad esse. Null'altro? Uomo singolare, pieno di slanci, ma con una componente di timidezza che lo rendeva schivo se non diffidente, quando non addirittura scettico e, comunque, alieno da qualsiasi rinuncia alle sue convinzioni, non amava i convegni e non partecipava a commissioni. Si sarebbe, a questo punto, tentati di dire che presso di lui non c'era posto per la seconda parte del binomio in discussione, anche se generazioni e generazioni di giovani magistrati, avvocati e cultori di scienze politiche si sono formate sui suoi testi, ed ancora continuano a formarsi, fin dagli anni dell'Università e, comunque, in sede di preparazione professionale. Ma, al di là di questo contributo indiretto al farsi quotidiano del diritto penale, c'è stata un'occasione nella vita di Antolisei che lo ha visto entrare in campo con decisione nella veste di partecipe ad un'operazione legislativa, È stato nel 1956, quando Aldo Moro, egli sì giurista e legislatore in continua pienezza di rapporto sino all'orrore della sua eliminazione fisica, aveva diffuso, come Ministro della giustizia, un progetto per la riforma del codice penale al fine di suscitare anche a livello universitario un motivato confronto di opinioni qualificate.

Ebbene, Francesco Antolisei, appena messo al corrente dell'iniziativa, ritenne doveroso sospendere ogni suo altro impegno per dedicarsi tempestivamente ed efficacemente alla predisposizione del parere richiestogli in vista di quella possibile riforma che lo riguardava da vicino. Anche se il progetto Moro non ebbe seguito, tanto più esemplare fu il comportamento dello schivo, scettico Antolisei.

Il giurista accademico, persino il più pervicacemente accademico, nel momento in cui viene invitato a fornire un contributo di qualità ad un'iniziativa di carattere legislativo da più parti sentita come opportuna se non necessaria, deve fornire responsabilmente la risposta che gli appare la più appropriata. Anche per non isolarsi dal mondo ed incidervi all'occorrenza più direttamente. Pure questo è insegnare.

*Comunicazioni*



ERNESTO LUPO

## INNOVAZIONI NELLE MATERIE PENALISTICHE: UNA TESTIMONIANZA

1. Il perché di una testimonianza riferita a due importanti innovazioni penalistiche. — 2. La legge 24 novembre 1981 n. 689 (Modifiche al sistema penale). — 3. La legge 16 febbraio 1987 n. 81 (Delega per il nuovo codice di procedura penale). — 4. Analogie e differenze tra le due esperienze. — 5. Per una maggiore presenza della scienza accademica nell'innovazione legislativa.

1. L'incontro di studio di Firenze si colloca nell'attuale clima culturale di maggiore attenzione dei giuristi verso il processo di produzione legislativa. Sembra (fortunatamente) essere finito il tempo in cui il giurista si limitava all'interpretazione ed alla sistematizzazione del diritto positivo. Oggi il giurista valuta l'ordinamento esistente, ne ricerca i fondamenti storici e politici, ne indica altresì le possibili modificazioni. L'oggetto del pensiero giuridico si è esteso dal diritto vigente alla legislazione <sup>(1)</sup>: si indaga come nascono e si elaborano le leggi (si pensi agli studi ormai diffusi sulla tecnica legislativa) <sup>(2)</sup>; le sempre più frequenti analisi di politica del diritto valutano le finalità ed i contenuti della legislazione e della progettazione legislativa <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Secondo S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1992, p. 307 s., è auspicabile che la scienza giuridica evolva dal diritto alla legislazione (« senza — tuttavia — perdere di vista le norme e il sistema in cui esse si inseriscono »). Egli ricorda un saggio scritto da Savigny, nel 1814, intitolato « Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica », in cui erano unificate due strade che si sono poi separate, con danni gravi per la qualità della legislazione (v. spec. p. 330).

<sup>(2)</sup> È significativo che l'ISAPREL (Istituto superiore per l'addestramento del personale delle regioni e degli enti locali) abbia pubblicato un volume di *Lezioni di tecnica legislativa*, a cura di S. BARTOLE, Cedam, 1988.

<sup>(3)</sup> Il periodico trimestrale « Politica del diritto », giunto al XXVIII anno di vita,

In questo clima culturale il tema del Convegno presenta caratteristiche di novità ed originalità. Non mi sembra che sia stata mai effettuata, almeno nella ampiezza dei settori del diritto qui interessati, una analisi retrospettiva delle innovazioni legislative avutesi in Italia dopo la Costituzione repubblicana, per accertare in che misura esse sono attribuibili al « pensiero giuridico » (il riferimento prevalente, ma non esclusivo, di quest'ultima espressione è alla cultura accademica).

Il tema di studio, per quanto è nuovo, per tanto è difficile. Nella insussistenza di criteri certi per misurare quale sia stata l'incidenza della scienza giuridica su una nuova legge, gli organizzatori dell'incontro di studio hanno affidato l'indagine alla elaborazione personale di un autorevole giurista per ciascuno dei dodici settori di ricerca.

Mi sembra ovvio notare che il tema di ricerca si presta, più di ogni altro, a valutazioni soggettive, ricollegabili alla posizione culturale e, forse ancor più, alla esperienza dei singoli relatori. Ritengo che la discussione delle relazioni possa apportare un contributo che ampli detta esperienza, arricchendo gli elementi di conoscenza necessari per valutare quale influenza ha avuto la scienza giuridica sulle innovazioni legislative.

I settori della mia partecipazione a processi legislativi sono quelli penalistici. Come addetto prima a tempo pieno e poi *part-time* all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, ho avuto la fortuna di prendere parte all'elaborazione di due importanti leggi: quella recante modifiche del sistema penale (legge 24 novembre 1981 n. 689) e, poi, il nuovo codice di procedura penale (legge di delega 16 febbraio 1987 n. 81 e decreto legislativo 22 settembre 1988 n. 447).

Poiché la prima legge concerne, nella più ampia parte, il diritto penale sostanziale, le due innovazioni legislative interessano settori che qui hanno formato oggetto di relazioni diverse. Differente è soprattutto la natura giuridica delle due fonti primarie, essendo l'una una legge approvata dal Parlamento e l'altra (il codice di procedura) un decreto legislativo emanato dal Governo a seguito di legge delega.

Eppure, nonostante le profonde diversità procedurali, ritengo

---

fondato e diretto da giuristi, contiene, di regola, saggi provenienti dalla cultura giuridica e non da quella politica.

che in ambedue le innovazioni legislative il pensiero giuridico abbia avuto un ruolo di essenziale rilievo, il quale però si è estrinsecato in forme diverse, e cioè attraverso differenti canali.

La comparazione tra queste due esperienze credo possa costituire una ragione sufficiente per giustificare questa mia testimonianza. La quale vuole anche essere un'occasione per riflettere su alcune vie che potrebbero essere seguite per riconoscere un maggiore spazio alla cultura accademica nella elaborazione legislativa, almeno in fase di progettazione.

2. La legge 24 novembre 1981 n. 689, sotto il titolo generico di « modifiche al sistema penale », ha segnato, mi sembra, l'intervento innovatore di più vasta portata sul diritto penale, sia per l'incidenza delle scelte riformatrici <sup>(4)</sup>, sia per l'ampiezza dei settori da esse toccati. Il disegno di legge governativo che è all'origine di detta legge — presentato alla Camera dei deputati dal Ministro della giustizia Bonifacio il 18 ottobre 1977 (VII legislatura) — fu elaborato da un gruppo di lavoro costituito, di fatto, soltanto da magistrati che all'epoca lavoravano al Ministero <sup>(5)</sup>. Per quanto il disegno di legge sia stato sensibilmente ampliato nel corso dei lavori parlamentari <sup>(6)</sup> (che occuparono, durante poco più di quattro anni, due legislature), sono rimasti fermi i due obiettivi principali dell'iniziativa governativa:

a) la riduzione dell'area dell'illecito penale (attraverso la depenalizzazione e la elaborazione di una legge generale sull'illecito amministrativo), in modo da limitare i casi dell'intervento giudiziario penale (verso tale obiettivo confluiva anche l'estensione della perseguibilità a querela);

b) il restringimento dell'ambito di applicazione della sanzione detentiva (attraverso la introduzione nell'ordinamento penale

---

<sup>(4)</sup> Secondo C. PEDRAZZI, *Presentazione del Commentario delle Modifiche al sistema penale*, di E. Dolcini, A. Giarda, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, E. Riva Crugnola, Ipsoa, 1982, si tratta di « una modifica *in apicibus* del sistema penale ».

<sup>(5)</sup> Il gruppo, istituito nell'ambito dell'Ufficio legislativo, era costituito, oltre che da Giorgio Lattanzi e dallo scrivente, addetti a tale Ufficio, da Luciano Violante addetto alla Direzione generale degli Affari Penali, e da Raffaele Bertoni, addetto al Gabinetto del Ministro e consulente di fiducia di quest'ultimo.

<sup>(6)</sup> Il disegno di legge n. 1799/C era composto di 69 articoli, mentre la legge è di 148 articoli.

delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ed il più ampio impiego delle pene accessorie e dell'oblazione).

Non può negarsi che ambedue queste linee di politica sanzionatoria siano riconducibili ad elaborazioni e proposte della scienza penalistica, che da tempo aveva iniziato a sostenere il carattere sussidiario del diritto penale ed il ricorso alla pena detentiva come *extrema ratio* (7). Il gruppo di lavoro interno al Ministero, quindi, recepì orientamenti dottrinali — che erano conformi agli indirizzi dell'azione politica del Ministro —, elaborando proposte idonee a renderli operativi con un lavoro che, ciò nonostante, non può certo considerarsi agevole (si pensi, soltanto, alla scelta dei reati da depenalizzare o anche alla costruzione delle nuove sanzioni sostitutive).

Nel disegno di legge governativo era assente il più nuovo istituto della legge n. 689/81: l'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato, che è il diretto progenitore del patteggiamento introdotto poi dal nuovo codice di procedura penale. Infatti il disegno di legge prevedeva le sanzioni sostitutive applicabili *ex officio*, mentre l'innovazione della legge consistette nel ricollegarle anche alla richiesta dell'imputato, facendo soprattutto derivare dalla loro applicazione la estinzione del reato. Il nuovo istituto processuale fu elaborato dal Comitato ristretto della Commissione giustizia della Camera dei deputati, il quale si avvale dell'apporto, chiesto dallo stesso comitato, di un magistrato ministeriale (destinato ad occupare poi cariche di grande rilievo istituzionale) (8).

È significativo che il particolare meccanismo processuale sia stato introdotto soltanto nel corso dei lavori parlamentari e non trovi

---

(7) Cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 s.

(8) I comitati ristretti delle Commissioni parlamentari sono sedi del tutto informali ove si svolge un'attività non verbalizzata. Alle loro sedute possono partecipare anche funzionari ministeriali la cui collaborazione sia richiesta dai parlamentari interessati (sui comitati ristretti v., in generale, P. MARIUZZO, *Collegi minori delle commissioni parlamentari: tra attuazione e progettazione legislativa*, in Camera dei Deputati, *il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, Roma, 1987). Al Comitato ristretto della Commissione giustizia della Camera, che elaborò il nuovo istituto processuale collegato alle sanzioni sostitutive, partecipò, nella sua qualità di magistrato ministeriale, Luciano Violante (cfr., al riguardo, la *Introduzione* (p. XII), da quest'ultimo redatta, al vol. III (*Sanzioni sostitutive*) dell'Opera collettanea *Modifiche al sistema penale*, Giuffrè, 1982).

alcun aggancio nelle elaborazioni della scienza giuridica. La vicenda pone in luce quello che avverto come un limite della cultura penalistica attuale: la scarsa propensione a cogliere gli stretti collegamenti tra strumenti di diritto sostanziale e strumenti processuali, i quali non infrequentemente devono essere combinati in vario modo per perseguire obiettivi di politica criminale <sup>(9)</sup>. La legislazione speciale è piena di disposizioni che disciplinano in modo coordinato istituti sostanziali e processuali, di guisa che non è possibile comprendere la funzione degli uni se non si considera anche il concreto operare degli altri. Tanto più questa considerazione dovrebbe essere presente all'indirizzo della scienza penale che, nella relazione di Francesco Palazzo, viene indicato come « pragmatico-finalistico », il quale non può non essere attento alle conseguenze della legislazione.

Se, però, si prescinde dall'istituto del patteggiamento, la legge n. 689/81 va senz'altro considerata espressione della cultura del diritto penale, anche se realizzatasi, almeno nell'iniziativa governativa, in forma meramente indiretta, attraverso il canale di uffici e magistrati ministeriali. Conferma di tale giudizio è che, durante il non breve *iter* parlamentare del disegno di legge n. 1799 <sup>(10)</sup>, la dottrina di diritto penale fu presente partecipando alla elaborazione legislativa con studi e articoli che furono tenuti presenti dal legislatore. Così dicasi, ad esempio, per la sezione della legge contenente i principi generali dell'illecito amministrativo (artt. 1-12), non prevista nell'originario disegno di legge <sup>(11)</sup>.

Altro indice illuminante della derivazione essenziale della legge n. 689/81 dalla scienza del diritto penale è la circolare elaborata

---

<sup>(9)</sup> È utile tenere presente la testimonianza di Luciano Violante (nello scritto citato nella nota precedente), secondo cui alla prima forma di patteggiamento « si è pervenuti constatando la limitata efficacia pratica che avrebbero avuto le sanzioni sostitutive ai fini dell'alleggerimento della pressione penitenziaria... Nacque così l'idea... di studiare un modo per utilizzare le sanzioni sostitutive ottenendo un effettivo decongestionamento dell'apparato giudiziario ».

<sup>(10)</sup> L'*iter* parlamentare impegnò, come si è detto, la VII e la VIII legislatura. La mia partecipazione fu limitata alla prima delle due legislature, avendo poi lasciato il Ministero.

<sup>(11)</sup> Cfr. E. DOLCINI-E. PALIERO, I « principi generali » dell'illecito amministrativo nel disegno di legge « Modifiche al sistema penale », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1154 s.

successivamente sui criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative e sui canoni modali di previsione dell'illecito amministrativo<sup>(12)</sup>. Tale circolare, nel formulare criteri di tecnica legislativa da valere per la futura elaborazione delle leggi, si fonda sul contenuto del titolo I della citata legge, considerata come punto di riferimento centrale della politica sanzionatoria in materia di discriminazione tra reato ed illecito amministrativo. Al di là dell'indagine su quale applicazione pratica detta circolare abbia avuto, va rilevato che essa è stata bene accolta dalla scienza penalistica non solo nazionale<sup>(13)</sup>. Il che è la migliore conferma della corrispondenza tra le scelte della legge n. 681/81 (almeno per la parte qui considerata) e gli orientamenti culturali del settore.

3. Nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale (approvato con D.P.R. 22 settembre 1988 n. 467) l'incidenza della scienza giuridica e della cultura accademica è stata senz'altro maggiore, tanto che lo si è qualificato, nella relazione presentata a questo Convegno da Ennio Amodio, come « codice dei professori ». L'espressione, nella sua assolutezza, mi sembra esagerata; ma essa, una volta depurata dal rilievo enfatico, esprime bene la particolare presenza dei professori universitari nei lavori di redazione del codice.

Tale fatto si ricollega, innanzitutto, alla natura della fonte (decreto legislativo), che spesso comporta il contributo, più o meno ampio, di tecnici esterni all'attività degli apparati governativi incaricati di dare attuazione alla delega che il Parlamento ha conferito al Governo.

Ma, nel caso del codice, la incidenza dei professori si è avuta anche nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81. Ed è questo l'aspetto su cui intendo qui soffermarmi.

---

<sup>(12)</sup> Si tratta della circolare 19 dicembre 1983 diramata a tutti i Ministeri dalla Presidenza del Consiglio ed elaborata da un gruppo di lavoro istituito nell'ambito del Ministero della giustizia e formato da professori universitari e magistrati ministeriali, sotto la presidenza di Tullio Padovani. Il testo della circolare (in *Gazz. Uff.* 23 gennaio 1984, Suppl.) è pubblicato in *Appendice* al vol. IV dell'opera collettanea già citata (nella nota 8) sulle *Modifiche al sistema penale*, 1984.

<sup>(13)</sup> In tal senso è il giudizio del relatore a questo Convegno Francesco Palazzo. Per una analisi della circolare cfr. E. DOLCINI, *Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 589.

I lavori della delega sono stati accompagnati, a livello governativo, da Commissioni ministeriali composte da professori e magistrati, le quali hanno contribuito in misura notevole, con le loro elaborazioni e proposte, al contenuto dei principi e criteri direttivi.

Non è possibile qui ripercorrere il lungo *iter* parlamentare della legge delega n. 81/87, a partire dalla presentazione (nel febbraio 1980) da parte del Ministro della giustizia sen. Morlino, delle modifiche della precedente delega 3 aprile 1974 n. 108 (ormai scaduta) <sup>(14)</sup>. È sufficiente ricordare che, dal marzo 1983 <sup>(15)</sup>, ha operato presso il Ministero della giustizia una commissione di studio incaricata di seguire e valutare i lavori parlamentari sulla nuova delega. Tale commissione è stata presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia e si è avvalsa di diversi docenti universitari, che avevano già elaborato il progetto preliminare di nuovo codice del 1978, in attuazione della precedente delega del 1974.

Ma, anche prima del marzo 1983, la cultura universitaria è stata presente nella elaborazione della delega attraverso l'attività di ricerca commissionata dal Ministero della giustizia all'Università di Firenze (1981-1982) <sup>(16)</sup> e, successivamente, attraverso un gruppo di lavoro costituito all'interno dell'Ufficio Legislativo del Ministero e presieduto da Ennio Amodio <sup>(17)</sup>, il quale ha seguito l'attività che, attraverso l'opera di un Comitato ristretto, ha portato la Commissione Giustizia della Camera a valutare gli emendamenti Morlino e ad approvare, il 15 luglio 1982, il primo testo della nuova delega, illustrato ampiamente dalla relazione presentata all'Assemblea dall'On. Sabbatini, ove si pone in luce che, partiti dalle modifiche alla legge delega del '74, si è passati alla stesura di una legge delega

---

<sup>(14)</sup> L'*iter* della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81 è descritto da G. CONSO, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, vol. II (*Dal progetto preliminare del 1978 alla legge delega del 1987*), CEDAM, 1989, p. 3 s. V. anche il volume curato dalla Camera dei deputati *Il nuovo codice di procedura penale. Lavori preparatori della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81*, Roma, 1988.

<sup>(15)</sup> Cfr. G. CONSO, *op. cit.*, par. 5.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. CONSO, *op. cit.*, par. 3. Nello stesso volume sono pubblicati anche gli elaborati frutto della ricerca (v. la sez. III).

<sup>(17)</sup> Si tratta di un gruppo costituito nell'ambito dell'Ufficio Legislativo, menzionato nella relazione qui presentata da Amodio, ma che non ha assunto rilievo esterno: esso era composto, oltre che da magistrati ministeriali, dal prof. Vittorio Grevi.

completamente nuova, « valutata l'importanza e la vastità delle innovazioni introdotte in molti dei principi direttivi » (18).

La costituzione di gruppi e commissioni di studio ha fatto sì che l'apporto governativo ai lavori parlamentari — la cui rilevanza si è già posta in luce a proposito della legge n. 689/81 — si sia espresso, non solo attraverso l'opera di magistrati ministeriali (come normalmente avviene), ma soprattutto utilizzando il contributo di opinioni e l'apporto della cultura accademica. Questa, quindi, ha inciso in misura diretta sull'attività parlamentare, che ha preso in considerazione proposte e formulazioni normative elaborate in sede di commissioni ministeriali.

Al di fuori della sede informale del comitato ristretto, ciò è avvenuto mediante la presentazione, come emendamenti governativi ai testi approvati in commissione parlamentare o da un ramo del Parlamento, di formulazioni elaborate dalla Commissione Pisapia (19). Non è mancato, poi, qualche incontro informale tra quest'ultima Commissione e la Commissione Giustizia del Senato (nella IX legislatura) (20).

Non può dirsi, peraltro, che, nell'approvazione della delega del 1987 sia venuto meno il principio di supremazia del Parlamento, e cioè che le decisioni sui numerosissimi criteri direttivi della delega debbano essere attribuite a sedi esterne al Parlamento. Sono state infatti recepite nella legge solo quelle proposte della Commissione ministeriale, che hanno avuto una idonea capacità persuasiva nei confronti dei parlamentari (e, prima ancora, almeno le proposte di maggior rilievo politico, nei confronti dei vertici ministeriali) (21). Ma le proposte accolte sono state ampie e significative, sia sul piano dell'architettura del codice, sia relativamente ai singoli istituti, come si è analiticamente ricordato nella relazione Amodio.

---

(18) Il testo approvato dalla Commissione e la Relazione Sabbatini possono leggersi in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 79 s. Per il brano riportato nel testo v. p. 114.

(19) In particolare, per gli interventi della Commissione Pisapia sul testo della Commissione della Camera dei deputati esaminato ed approvato dall'Assemblea nel luglio 1984, cfr. la documentazione pubblicata dai *Quaderni della giustizia*, n. 37, pp. 65 e 78-116.

(20) Cfr. G. CONSO, *op. cit.*, par. 8.

(21) Di « rispetto del principio di supremazia del Parlamento » dà atto anche un altro studioso che ha partecipato sempre attivamente ai lavori della Commissione Pisapia (M. CHIAVARIO, *Procedura penale*, in *Codice tra storia e cronaca*, Giappichelli, 1994, p. 125).

La presenza diretta della scienza giuridica è stata, poi, ancora maggiore nella fase di attuazione della delega, e cioè nella elaborazione del nuovo codice, frutto della intensa attività della Commissione Pisapia e di altre Commissioni ministeriali che l'hanno affiancata (per alcuni limitati aspetti delle nuove normative) <sup>(22)</sup>. Ma anche in questo secondo momento gli elaborati non possono considerarsi opera esclusiva dei « professori », perché vi è stata una partecipazione — specificamente prevista nella legge delega (artt. 8-10) — della Commissione parlamentare, i cui pareri sono stati molto ampi ed analitici <sup>(23)</sup>.

4. Volendosi procedere ad una comparazione tra le due esperienze qui descritte, ci si trova in presenza di due leggi fortemente innovative, nelle quali il pensiero giuridico ha avuto una rilevante incidenza.

È interessante osservare che, in ambedue i casi la iniziativa legislativa si è protratta per due legislature <sup>(24)</sup>, nel senso che la elaborazione normativa, iniziata nella prima legislatura, ha trovato una sostanziale continuità nella seconda, ove si sono seguiti i medesimi indirizzi di fondo inizialmente tracciati. Tale continuità, nonostante i mutamenti nella composizione del Parlamento, ci sembra che esprima la sussistenza di orientamenti culturali e scientifici, che sono rimasti fermi pur con il variare degli uomini e delle maggioranze parlamentari.

L'incidenza del pensiero giuridico è stata senz'altro maggiore nell'elaborazione del codice; e ciò è coerente con il tipo di fonte (decreto legislativo) tradizionalmente adottato per tale intervento normativo, proprio per consentire la partecipazione della scienza giuridica. Ma la misura particolarmente ampia di tale incidenza è da attribuirsi anche alla presenza della cultura accademica già nella

---

<sup>(22)</sup> Per una rapida informazione v. gli scritti di G. CONSO che aprono il vol. IV ed il vol. V dell'opera già citata nella nota 14.

<sup>(23)</sup> Il testo dei pareri adottati dalla Commissione parlamentare il 12 maggio, il 4 agosto e il 20 settembre 1988 è pubblicato in un volume interno curato dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei deputati.

<sup>(24)</sup> La elaborazione della legge n. 689/81 si è protratta durante la VII e la VIII Legislatura; la delega per il nuovo codice di procedura penale durante la VIII e la IX Legislatura.

elaborazione dei principi e criteri direttivi della legge delega. Si è avuta, in questa prima fase, una influenza diretta dei giuristi, e cioè una presenza di docenti universitari che, sia pure nell'ambito di organismi collegiali composti anche di magistrati (ministeriali e no), hanno partecipato direttamente alla elaborazione normativa.

L'influenza dei giuristi sulla legge n. 689/81 è stata, invece, soltanto indiretta, perché i docenti universitari non hanno preso direttamente parte alla progettazione legislativa, ma gli orientamenti del pensiero giuridico hanno trovato ingresso in detta progettazione soltanto attraverso l'attività dei magistrati ministeriali.

Alla ampia presenza dei professori universitari nel nuovo codice non può, però, non accostarsi qualche effetto negativo che è stato segnalato, con molta onestà intellettuale, dal prof. Amodio; la sussistenza, nel dettato normativo, di « eccesso di zelo ideologico » o di « furori ideologici »<sup>(25)</sup>, che hanno poi contribuito a produrre una reazione negativa al nuovo codice da parte di una fascia piuttosto ampia di operatori pratici.

Se tali vizi non si rinvergono, mi sembra, nella legge n. 689/81, essa appare, però, di livello nettamente inferiore rispetto al nuovo codice per quanto attiene alla stesura tecnica ed alla qualità dell'elaborazione legislativa.

5. Le vicende delle due leggi qui considerate hanno posto in risalto l'importanza che, rispetto al loro contenuto, hanno avuto gli apparati di elaborazione legislativa all'interno del Ministero della giustizia.

Se si va al di là delle materie penalistiche, la considerazione può essere ampliata agli altri Ministeri e soprattutto alla Presidenza del Consiglio (specialmente dopo la legge n. 400 del 1988)<sup>(26)</sup>.

In tali apparati governativi operano normalmente quelli che sono stati chiamati burocrati-legislatori<sup>(27)</sup>. Il rischio è che tali apparati siano chiusi ed impermeabili rispetto alla scienza giuridica.

<sup>(25)</sup> Cfr. la relazione presentata a questo Convegno da E. AMODIO, par. 4.

<sup>(26)</sup> Sul ruolo del Governo nella formazione delle leggi v., in generale, F. COCOZZA, *Il Governo nel procedimento legislativo*, Giuffrè, 1989.

<sup>(27)</sup> Cfr. G. D'AURIA, *La « funzione legislativa » dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1995, p. 699.

Occorre invece che, nella elaborazione legislativa, vi siano anche giuristi-legislatori.

L'apporto di questi ultimi può essere esterno ovvero interno all'apparato. Nel Ministero della giustizia è possibile (ed è anche non raro) il ricorso all'apporto esterno, attraverso la istituzione di commissioni di studio a cui partecipano professori universitari specialisti del settore (come si è visto per il codice di procedura penale).

L'apporto interno non è invece previsto nel R.D. 8 aprile 1940 n. 830, che, nel dettare l'ordinamento dell'Ufficio Legislativo, prevede che a detto Ufficio, istituzionalmente composto da magistrati, possono essere temporaneamente comandati funzionari di altre amministrazioni statali (« specialmente versati in determinati rami della legislazione »), ma non anche professori universitari.

Non so se l'ordinamento universitario attuale consenta ciò che non è previsto dal R.D. n. 830 del 1940; certo è che la prassi sostanzialmente ignora la presenza di docenti universitari negli Uffici ministeriali.

Non condivido questa netta separazione tra uffici preposti alla elaborazione legislativa e mondo universitario. Essa lascia alla capacità e alla buona volontà di chi lavora in detti uffici l'essenziale compito di seguire l'evoluzione della scienza giuridica e di recepirne gli indirizzi nella misura massima compatibile con gli obiettivi politici di volta in volta perseguiti.

Credo che sia comunque opportuna una maggior attenzione della cultura giuridica all'organizzazione degli apparati che, sia nel Governo sia nel Parlamento, sono preposti all'elaborazione legislativa. È tuttora valido l'auspicio per « l'individuazione di un ruolo e di una caratterizzazione degli uffici studi e legislazione dei Ministeri, della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica »<sup>(28)</sup>. Di tale individuazione momento essenziale è costituito dai modi con i quali può realizzarsi una maggiore presenza della cultura accademica in detti uffici.

---

<sup>(28)</sup> L'auspicio leggesi nella presentazione degli Atti dell'incontro di studio svoltosi a Castelgandolfo nel giugno 1977 sulla progettazione legislativa (N.G., in *Studi parlamentari e di politica legislativa*, 1977, n. 38, p. VIII).



FEDERICO SPANTIGATI

## LA LEGITTIMITÀ NEL PLURALISMO

(Né i giuristi né i legislatori producono il diritto  
nella società pluralista)

1. Giuristi e legislatori. — 2. Il giudice. — 3. L'amministrazione pubblica. — 4. L'azione giuridica. — 5. L'efficacia del diritto. — 6. Fonti del diritto. — 7. Dover essere dei giuristi. — 8. Un pentalogo.

### 1. *Giuristi e legislatori.*

Quale collocazione dare a giuristi e legislatori nel processo di produzione del diritto? Né giuristi né legislatori sono oggi sufficienti per produrre il diritto. Gli uni elaborano pensiero, gli altri decidono comandi. Sia gli uni che gli altri sono molto validi nel parlare di legittimazione. I giuristi ragionano per stabilire cosa è legittimo, i legislatori hanno investitura legittima a dare comandi con forza di legge. Né gli uni né gli altri hanno il potere di dare efficacia al diritto che essi pronunciano. Il giurista, perché, se non ha altro ruolo nella società che quello, suo proprio, di conoscere il diritto, non ha alcun potere sulla realizzazione di esso. Il legislatore, perché, per la divisione dei poteri alla quale deve il ruolo di fonte della legge, la legge da lui emanata è affidata ad altri per la realizzazione: ai cittadini perché la osservino, all'amministrazione perché essa sia fatta osservare, ai magistrati (i giudici) perché essa sia convalidata nelle sentenze.

Il dibattito sul ruolo del giudice quale fonte del diritto ha ormai portato la maggior parte della dottrina a riconoscere l'esistenza di un diritto "vivente" prodotto dai giudici. È una bella espressione perché suggerisce che per il resto il diritto è diritto "morto". Ciò in parte cela, in parte dà soluzione, parziale, al problema che oggi, nella

produzione del diritto, la differenza fra la legittimazione a dire il diritto e l'efficacia nel realizzare il diritto pone.

Il giurista quando dice quale è il diritto bisogna che trovi qualcuno che lo ascolti e che agisca seguendo le sue parole. Il legislatore quando dice quale è il diritto dà un comando che, per quanto puntuale e specifico esso sia, soprattutto nel caso delle leggi-provvedimento, deve trovare un'istituzione con un potere organizzato, adeguata ad attuare il comando.

All'opposto di giurista e legislatore, il giudice dice il diritto con un potere immediato di realizzazione della sua parola. Non solo per l'aspetto sostanziale del caso, quando il giudice definisce chi ha ragione e chi ha torto; ma anche, e soprattutto, per l'aspetto processuale, quando il giudice valuta la qualità degli interessi coinvolti nel caso, ai fini delle misure processuali. L'evoluzione in atto del diritto penale ne è evidenza: i poteri processuali nel giudizio penale sono oggi più importanti della decisione sostanziale.

## 2. *Il giudice.*

Nel caso del giudice, a differenza che per il giurista ed il legislatore, legittimazione a dire il diritto ed efficacia del diritto coincidono: può dire il diritto ed il diritto da lui pronunciato è immediatamente un fatto realizzato. Questo, nella dottrina odierna, anziché portare a considerare preminente l'efficacia della parola del giudice nei confronti del giurista e del legislatore, ha portato a considerare preminente, come sempre è accaduto negli ultimi due secoli, il legislatore sul giudice, assimilando il secondo al primo attraverso l'esistenza (ipotizzata) di norme nelle sentenze. Per gran parte della dottrina, i giudici sono fonti del diritto perché anch'essi elaborano norme. Sono legislatori, sia pure travestiti.

Ne fa fede l'orientamento prevalente in dottrina per la valutazione delle sentenze della Corte Costituzionale. Le sentenze costituzionali sono fonte del diritto, per la dottrina prevalente, perché la legittimazione è decisiva: causa l'efficacia delle sentenze. Il giudice costituzionale ha, sia il potere di fatto di creare diritto con la sua sentenza (attribuire l'efficacia), sia il potere legittimato di riconoscere la legittimazione del diritto dando la sua valutazione (definire la legittimazione). I due poteri, come vedremo, attengono a qualità

della giuridicità, ovvero del dover essere, differenti, anzi opposte: la produzione del diritto è realizzazione secondo la giuridicità del pluralismo, la valutazione della legittimazione è realizzazione di esso, all'opposto, secondo la giuridicità borghese.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è evoluta verso l'accettazione netta, anche se in molti giudici inconsapevole, della giuridicità del pluralismo. Il potere di fatto del giudice di dare efficacia al diritto con le sentenze prevale sul potere che egli pure ha di qualificare il diritto attribuendovi legittimazione. All'opposto, secondo i costituzionalisti accademicamente prevalenti, il potere della Corte Costituzionale non è che emanazione della Costituzione stessa, la legittimazione costituzionale data con le sentenze della Corte è esplicazione (dalle « disposizioni » alle « norme », per usare i termini tecnici) della volontà del Costituente.

Il problema di definire la collocazione del giudice fra le fonti del diritto ha il crinale nello spartiacque fra legittimazione ed efficacia. Da una parte il giudice può essere fonte perché legittimato a trarre « norme » dalle « disposizioni », secondo la dottrina che ho ricordato. All'opposto, il giudice può essere fonte perché con la sentenza l'efficacia coincide sempre con la legittimazione e nell'uso del diritto l'efficacia prevale oggi, nella società, sulla legittimazione.

Lo spostamento di rilevanza giuridica dalla legittimazione all'efficacia cambia il lavoro del giudice per le sentenze: dalla ricerca della (supposta) norma, all'identificazione del risultato per il quale il diritto è creato. Aniché fare una classificazione delle sentenze costituzionali per tecniche di elaborazione delle norme, oggi sarebbe più utile fare una classificazione delle sentenze della Corte per efficacia del risultato. Aniché parlare di bilanciamento dei valori, occorre mettere in evidenza la creazione di qualità giuridica con la sentenza. Il diritto, infatti, è sempre il diritto, in base alla legittimazione. All'opposto, il diritto varia di molto la sua qualità giuridica (= valore di dover essere) con l'efficacia.

Usando per valutare le sentenze costituzionali il criterio della rilevanza dell'efficacia, appare evidente che la Corte Costituzionale non ha, in realtà, alcun problema di bilanciamento dei valori, malgrado si avvalga di tale figura retorica. Ha solo problemi di scelta del diritto da essa preferito, secondo la qualità giuridica del risultato, cioè problemi di efficacia.

### 3. *L'amministrazione pubblica.*

Discutere il ruolo del giudice fra le fonti del diritto può servire a celare lo spostamento di rilevanza giuridica dalla legittimazione all'efficacia, che è il fenomeno principale in atto in Italia, quando si interpreta il giudice quale creatore di legittimazione. In tal modo si spiega, parzialmente, il problema della differenza fra legittimazione ed efficacia. Esso è risolto per il giudice, nelle cui sentenze legittimazione ed efficacia coincidono. Ma è aggravato, quando il criterio della coincidenza fra legittimazione ed efficacia è usato per spiegare l'azione dell'amministrazione pubblica.

La legittimazione dell'amministrazione pubblica è ben distinta dall'efficacia del suo operato. L'efficacia è sempre presente, la legittimazione è sempre da verificare. Se l'amministrazione pubblica, analogamente al giudice, potesse creare diritto perché dalle sue decisioni si dovrebbero trarre norme, oppure se essa stessa emanasse norme (regolamenti e circolari) per legittimazione indipendente, quale ha il Parlamento, il principio di legalità vacillerebbe.

Secondo il principio di legalità, c'è sempre una norma superiore all'operato dell'amministrazione pubblica, che le dà legittimazione. Tuttavia, di fatto il diritto creato dall'amministrazione pubblica, di rango sempre inferiore a quello che dà legittimazione all'amministrazione stessa secondo il principio di legalità, è immediatamente efficace.

Attribuendo rilevanza giuridica alla legittimazione, il principio di legalità giustifica l'azione dell'amministrazione pubblica perché, e in quanto, il suo operato è collegato alla verifica di legalità. Di fatto, la verifica è inesistente, oggi, perché al meglio erratica (interesse del privato), al peggio esclusa (illegalità ambientale). Non si tratta di malfunzionamento del sistema, come sostengono i molti giuristi legisti, ad esempio Cassese, ma di una trasformazione di qualità della giuridicità presente nella società. È una conseguenza della democrazia pluralista, voluta dalla Costituzione.

Occorre, di conseguenza dare una definizione diversa da quella tradizionale alla legalità, per dare legittimazione all'amministrazione pubblica, quando l'efficacia immediata del diritto creato dall'amministrazione permane con durata illimitata senza presenza di fatto della verifica di legalità. Un tempo parlando di questo problema si

scriveva di presunzione di legittimità, poi si è discusso a lungo sull'interesse legittimo, oggi per lo più i giuristi sorvolano sull'argomento.

Attribuendo, invece, rilevanza giuridica all'efficacia, prevalente sulla rilevanza giuridica della legittimazione, la descrizione dell'operato dell'amministrazione pubblica è limpida, perché essa stessa è la titolare del potere di dare efficacia. In tal caso, né ha senso cercare una norma nelle decisioni amministrative, né ha senso descrivere il principio di legalità come legittimazione del potere, perché l'efficacia spiega la legittimazione, non viceversa.

L'efficacia è derivata dalla legittimazione quando primariamente rilevante è l'attribuzione del potere. È l'opposto (la legittimazione è derivata dall'efficacia) quando sono primariamente rilevanti gli interessi su cui il potere agisce, per il risultato che il potere ha su di essi. In tal caso, anziché l'attribuzione del potere, è rilevante il risultato del potere, quale che sia la titolarità di esso. La competenza del potere diventa secondaria, nell'amministrazione pubblica, quando l'efficacia del risultato è valutata rispetto agli interessi su cui esso agisce.

Infatti nella società pluralista per aversi « legalità » occorre siano presenti, oltre alla competenza di potere (cioè: attribuzione di potere all'istituzione), la competenza di azione (cioè: azione giuridica degli interessi soggettivi) e la competenza di rappresentazione (cioè: organizzazione dell'istituzione per accogliere l'espressione degli interessi soggettivi). La competenza di potere sola, anche quando ciò possa essere scritto nella legge, senza che vi sia anche azione nella società e comunicazione tra società e istituzione, non dà legalità oggi all'operato dell'amministrazione pubblica, checché ne dicano i giuristi legisti. Ciò dipende dal fatto che l'efficacia dell'azione dell'amministrazione pubblica è effetto diretto del potere dell'amministrazione stessa, essendo divenuto marginale il ruolo del giudice (di tutti i tipi di giudici) nei confronti dell'amministrazione pubblica, e comunque diverso da quello che era il ruolo del giudice quando esisteva l'amministrazione statale.

Il diverso ruolo della competenza di potere nella valutazione della legalità è conseguenza della scomparsa nella società attuale del rapporto autorità-libertà (scomparsa dello Stato), che fu uno dei cardini della società borghese. Oggi istituzioni e società sono quanto

meno equiparate nel dare efficacia al diritto. Vale a dire, non vi è più distinzione (rilevante giuridicamente) fra « pubblico » e « privato », anche se, come per il bilanciamento dei valori già ricordato, la figura retorica è ancora di largo uso.

#### 4. *L'azione giuridica.*

Il ruolo dell'amministrazione pubblica nella società è cartina di tornasole per valutare quello oggetto del presente convegno: i giuristi e i legislatori nella produzione del diritto. L'azione dell'amministrazione pubblica che risponde fedelmente, come voleva Max Weber, alla rilevanza giuridica della legittimazione, dà a giuristi e legislatori i ruoli, rispettivamente, di studiare e decidere sulla legittimazione. L'azione dell'amministrazione pubblica che, invece, risponde fedelmente alle sollecitazioni della società, utilizzando l'efficacia di cui l'amministrazione stessa ha il potere, dà a giuristi e legislatori il ruolo di intervenire, studiando e decidendo, sull'efficacia. Un ruolo ben diverso da quello che essi hanno nell'altro caso.

Le sollecitazioni della società vanno nel senso della rilevanza giuridica della legittimazione solo nella società borghese. Vanno, nella società attuale, nel senso, opposto, della rilevanza giuridica dell'efficacia del risultato.

Causa dello spostamento di rilevanza giuridica sono lo svaporamento del dominio di classe, che distrugge l'*idolum fori* della certezza del diritto, e la frammentazione del potere, che distrugge l'*idolum theatri* dell'esistenza dello Stato.

Il processo storico della società italiana nei cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi (1997) è stato di progressiva affermazione di una realtà di pluralismo. Pluralismo di poteri, espresso nella frammentazione; pluralismo di interessi, dovuto allo svaporamento; ma soprattutto pluralismo di giuridicità, vale a dire conoscenza e valutazione differente del dover essere secondo gli interessi fondamentali di ciascun cittadino. Diverso è il dover essere di chi ritiene che ci sono cose che il denaro non può comprare, rispetto a quello di chi ritiene che con il denaro si può comprare tutto.

Il pluralismo ha trasformato le sollecitazioni provenienti sul diritto dalla società. La società pluralista usa il diritto in modo opposto rispetto alla società borghese. La differenza è: secondo

efficacia del diritto, anziché secondo legittimazione della sua fonte. Ciò ha trasformato il ruolo di giuristi e legislatori nel produrre diritto.

Max Weber descrisse sociologicamente una società. Possiamo assumere, dato che il criterio metodologico della sociologia è la registrazione dell'esistente ed egli era un grande intellettuale, che, più o meno, quanto egli descrisse esisteva. Non solo, ma molti altri, sociologi e giuristi e letterati (Hugo, Balzac, Zola) e poeti (Kafka), suoi allievi o no, descrissero un'amministrazione pubblica che operava secondo la rilevanza della legittimazione.

Oltre ad essere storicamente di fatto esistente, quell'amministrazione pubblica, soprattutto, aveva dalla sua una grandissima forza che agiva nella società per sostenerla. Quell'amministrazione pubblica era conseguenza dell'azione nella società di interessi formidabili, interessi fondamentali ed esistenziali, interessi di classe. Non solo interessi degli amministratori che si comportavano di conseguenza, ma interessi di coloro che avevano i mezzi di potere nella società per tenere a sé devoti gli amministratori e tenere a bada tutti gli altri.

Tali interessi erano, innanzi tutto, quello alla certezza del diritto, conseguente poi all'interesse alla proprietà dei beni, a sua volta conseguente all'interesse all'uso del denaro come misura di tutte le cose. La parte di società che usava il denaro per poter comprare tutte le cose aveva bisogno di appropriarsi in esclusiva con il denaro le cose e per questo aveva bisogno della certezza del diritto di esclusiva e per questo aveva bisogno di un'amministrazione pubblica che dava efficacia al diritto secondo legittimazione. La legittimazione faceva agire l'amministrazione pubblica nella società borghese usando il diritto secondo l'efficacia per la quale il diritto, appunto, era stato creato: il dominio di classe.

I cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi hanno modificato la situazione sociale (politica, economica, culturale) in Italia in un modo che ha annullato l'ordinamento giuridico e vi ha sostituito l'azione giuridica di un pluralismo degli interessi. La Costituzione più Aldo Moro, è la chiave per la comprensione della situazione attuale in Italia. La Costituzione, a causa degli interessi fondamentali di riferimento che ha proposto agli italiani per il dover essere. Aldo Moro, per l'azione politica che ha disintegrato, in tre fasi, la capacità

di violenza del potere sull'espressione degli interessi, caratteristica specifica del dominio di classe. Vi ha sostituito la subordinazione del risultato del potere alla compresenza di espressione degli interessi, caratteristica specifica dell'egemonia del pluralismo.

Gli accadimenti attuati nella società, con l'azione del binomio Costituzione più Aldo Moro, sono stati lo svaporamento del dominio di classe e la frammentazione del potere. Fenomeni ormai tante volte descritti, da tanti, che non è il caso di ripeterli qui. È da notare, comunque, che il segno negativo attribuito per lo più nelle descrizioni ai due fenomeni dipende non dalla loro natura, ma dall'interesse di classe di chi li descrive. La mancanza di presa dell'etica borghese (svaporamento) e la scomparsa di fatto dello Stato (frammentazione) sono di segno positivo per chi è appartenuto alle classi che erano soggette al dominio della borghesia.

Le sollecitazioni della società quando essa era (od è) governata dalla borghesia con il dominio di classe (cioè con il diritto "certo") sono nel senso di confermare la certezza del diritto, e quindi la rilevanza giuridica della legittimazione. Essa è criterio di rilevanza conforme, nella società borghese, alle pressioni della società stessa, perché il controllo giuridico è esercitato in essa con la prevalenza dell'interesse al potere e alle disponibilità materiali di strumenti di potere, prima che, e piuttosto che, con il confronto della qualità degli interessi negli scontri fra loro. Nella lotta di classe gli scontri sono risolti in partenza a favore della borghesia, fino a quando altre classi non hanno l'attrezzatura mentale, e le disponibilità materiali di risorse, per intaccare la legittimazione del potere.

Le sollecitazioni nella società pluralista sono diverse da quelle della società borghese. Classi non borghesi sviluppano la capacità di utilizzare il diritto in senso contrario all'interesse della borghesia a misurare tutto con il denaro. Questo è accaduto in Italia durante la prima Repubblica. Si pone oggi, a seguito di svaporamento e frammentazione, la scelta della rilevanza giuridica: legittimazione contro efficacia.

Mentre per la produzione del diritto secondo legittimazione è rilevante la volontà, per la produzione del diritto secondo efficacia è rilevante l'espressione degli interessi. L'azione giuridica, cioè secondo il diritto e sul diritto, è il modo di produzione del diritto che sostituisce la volontà legittimata dal diritto stesso. La rilevanza

giuridica della legittimazione conduce alla rilevanza giuridica della volontà, e quindi a porre al centro del diritto il (mitico) legislatore. La rilevanza giuridica dell'efficacia, all'opposto, conduce alla rilevanza giuridica dell'azione, in quanto manifestazione della identità degli interessi soggettivi, e quindi a porre nel cuore della produzione giuridica (che è produzione di valutazione giuridica, anziché di potere) il (concreto) interesse soggettivo di ciascun cittadino.

La stella di Kelsen tramonta, quando la sovranità del cittadino non è un diritto esercitato con la rappresentanza, ma un potere autodeterminato di rappresentazione (cioè: espressione) dell'interesse soggettivo. Schmitt, che aveva sottolineato la centralità del potere di soddisfazione degli interessi, è corretto nella sua influenza malefica dalle modalità di espressione degli interessi, che sono una pluralità. La compresenza degli interessi è oggi un risultato da raggiungere dinamicamente, sempre spostato, come descrisse Orestano e predica oggi Berti, verso qualità superiori degli interessi a causa della continua generazione di nuovi interessi soggettivi. Non è, invero, criterio per preferire alla democrazia il potere totalitario, come era stato per Schmitt.

##### 5. *L'efficacia del diritto.*

Se vi fosse nella società un potere unico centrale, capace di dare efficacia al dover essere legittimamente stabilito, non vi potrebbe essere pluralismo.

L'esistenza di un tale potere è il postulato della scienza giuridica del diritto, che, da Irnerio in poi, ha voluto descrivere nella società l'esistenza di regole (prima *regulae*, poi « leggi », oggi « norme ») del dover essere. Ovvero, tale potere è l'elemento trascendentale che fonda l'esistenza del diritto. Il dover essere descritto da una regola richiede il potere di far seguire la regola anche a chi « va storto ».

Regola, per essere tecnicamente precisi, è diversa da norma, o almeno tale è il loro significato originario, perché la norma si adatta al caso (Orestano: *Lesbia norma*), mentre la regola è inflessibile. Per entrambe, comunque, da un lato è rilevante la volontà che dà loro origine, dall'altro è rilevante il potere che dà loro efficacia e determina il valore di dover essere. Il diritto descritto come regola, o norma, è un diritto di potere, che ha dover essere per la conformità

alla regola che risulta quale effetto del potere di far rigare dritto, « stabilire il diritto ».

Il diritto, in effetti, è statico. È la conformità del fatto alla volontà del fatto, detta da chi ha legittimazione a determinare norme. Ciò risponde ad un'esigenza fondamentale della società, quella dell'efficienza nell'utilizzazione economica delle risorse, e ad interessi esistenziali fondamentali di una parte della società, l'insieme di coloro che hanno denaro e possono con esso comprare tutto.

Tale insieme nella storia è stato capace di crearsi il dominio di classe su tutta la società. La creazione intellettuale di Irnerio e dei suoi « quattro dottori » ha trovato realizzazione con la materialità dello Stato, strumento di diritto per l'organizzazione della società secondo leggi e tutela dell'interesse di classe (cioè: di un insieme di cittadini rispetto al totale) per la monetizzazione di tutti gli interessi.

Il processo storico ha creato una situazione giuridica, di dover essere nella società e per ciascun singolo cittadino, di alternativa, oggi, tra potere totalitario, che sarebbe preferibile secondo Schmitt, oppure leggi onnicomprensive capillarmente eseguite per uniformità di dover essere in ciascun cittadino. Il totalitarismo ha già dato luogo al conflitto globale di metà del Novecento, ed è stato perdente. L'uniformità del dover essere di ciascun cittadino sarebbe richiesta oggi dal mercato globale, ma è incompatibile con l'individualità, cioè dignità, del singolo essere umano.

Mercato globale e dignità di ogni essere umano generano l'impossibilità del potere unico centrale e l'esistenza del pluralismo. A sua volta il pluralismo genera lo spostamento di rilevanza giuridica nel diritto, dalla legittimazione all'efficacia. La legalità nella società pluralista è la conformità alla legge in quanto la legge esprima il risultato del pluralismo degli interessi. Lo esprima, si noti bene, secondo rappresentazione, non secondo rappresentanza. Di conseguenza, la legge pone un fine, anziché decidere una regola. Il criterio per valutare l'azione giuridica diventa la conformità al pluralismo degli interessi nel risultato.

L'azione oggi è tanto più giuridicamente forte, quanto più è plurale negli interessi soggettivi che la manifestano, per quantità e qualità. Il diritto risultante è tanto più giuridicamente valido, quanto più è plurale la soddisfazione degli interessi, per quantità e qualità,

ottenuta con la sua efficacia. Il potere centrale oggi non esiste, né può esistere. Non esiste né nello Stato, né in forme sovranazionali, né al livello delle singole istituzioni che sono a contatto immediato con il cittadino. Il mercato globale non è, giuridicamente, l'esistenza di un potere centrale, bensì di un diritto imperiale.

L'efficacia del risultato dell'azione è, di conseguenza, affidata a una pluralità di interessi agenti nella società, che conformano il comportamento delle istituzioni secondo la compresenza degli interessi per effetto delle azioni. L'essere umano non ha più rilevanza fondamentale quale soggetto giuridico, bensì come pluralità di interessi soggettivi.

La società non è dunque più una gabbia, sia pure dorata, gestita dal potere, ma un meccanismo di potere (l'ordinamento) gestito ora materialmente e razionalmente (giuridicamente) dalla pluralità degli interessi. Il diritto è rilevante per il risultato, ottenuto con l'efficacia dalla compresenza degli interessi. Criterio di riferimento costituzionale fondamentale è il pluralismo, che ha realizzazione quando l'azione ha risultato. Il diritto futuro, non il diritto creato legittimamente in passato, è il metro del dover essere dell'azione nella società pluralista.

Se questa descrizione della situazione del diritto attuale è esatta, la tendenza verso la quale è indirizzato lo sviluppo della società italiana risulta percepibile, contro l'inanità dei dibattiti « giuridici » da cui è avviluppato oggi il lavoro di giuristi e legislatori. Il futuro è in forme di amministrazione pubblica nelle quali « pubblico » e « privato » sono accomunati nella responsabilità. Responsabilità del privato cittadino e del funzionario.

Il cittadino privato, come scrive Berti, è un amministratore pubblico alla pari del funzionario, non solo, ma il funzionario alla pari del cittadino è tenuto ad esprimere il proprio interesse soggettivo. Discutere regole sulla produzione delle regole e distribuzione delle competenze di potere fra istituzioni è considerare oggi solo il ruolo del potere nel diritto, senza considerare, invece, la presenza di differenti interessi di classe. Quando gli interessi sono qualitativamente differenti fra classi dei cittadini, il problema giuridico è posto, prima che dal ruolo del potere nel diritto, dall'espressione degli interessi e dalla comunicazione fra società e istituzioni.

Per classi diverse dalla borghesia il ruolo del potere nel diritto

è strumentale per l'efficacia nel risultato. All'opposto, esso è di interesse esclusivo per il borghese e i suoi giuristi, che sono i giuristi legisti. Ciò spiega il gran parlare che si fa nei nostri giorni di ingegneria istituzionale (bicamerale, federalismo), anziché di diritto.

## 6. *Fonti del diritto.*

La produzione del diritto nella società pluralista è un processo dovuto all'azione di interessi e poteri diversi, appunto perché la società è pluralista. Di conseguenza la produzione del diritto si svolge su due piani: (a) il piano della composizione degli interessi nel risultato; (b) il piano dell'espressione degli interessi, per la loro pressione sulla frammentazione del potere. La produzione del diritto non ha più, giuridicamente rilevante, soltanto il piano della legittimazione delle fonti del diritto, quali espressioni del potere. Vi sono nella società due diversi piani di rilevanza giuridica, contemporaneamente presenti in relazione ai due problemi che l'espressione degli interessi ha nella società pluralista: il rapporto con gli altri interessi ed il rapporto con il potere.

I due piani giuridicamente rilevanti nella società pluralista per la produzione del diritto sono la *creazione* del diritto, in quanto *composizione degli interessi* nel risultato, e prima di esso la *formazione* del diritto, in quanto modalità di *espressione del dover essere* degli interessi. Fonti di creazione del diritto sono le forme di manifestazione della presenza degli interessi nella società. Fonti di formazione del diritto sono le forme che modellano il dover essere degli interessi, cioè "dicono" (non: "decidono") come gli interessi possono esprimersi.

La creazione del diritto attiene al contenuto dei rapporti, la formazione del diritto attiene, prima di esso, al modo dei rapporti, vale a dire il pensare, esprimersi, comportarsi degli interessi soggettivi.

*Il dover essere è prima il modo di espressione*, che rende possibile l'azione, *poi il contenuto dell'espressione*, che rende possibile il risultato, degli interessi soggettivi presenti nella situazione.

La produzione del diritto è innanzi tutto formazione del diritto, « dare forma » al diritto, che nella società pluralista è azione giuri-

dica. Vale a dire: la produzione del diritto è innanzi tutto scienza giuridica, concettualizzazione del dover essere.

Non accade, tuttavia, che le fonti di formazione del diritto si esprimano sempre in concetti giuridici, ben più spesso si esprimono in comportamenti. Quale che sia il grado di consapevolezza razionale delle fonti di formazione, sempre il « dare forma » è necessario per l'espressione dell'interesse così come del potere, per poter poi procedere all'azione, ed infine per creare il contenuto del diritto. I rapporti di forza hanno dunque senso, quando gli interessi soggettivi sanno dare forma alla propria esistenza, ed hanno esito che dipende, oltre che dalla presenza di interessi e poteri, dalla capacità di modellare i propri comportamenti secondo le necessità di compresenza degli interessi.

La produzione del diritto è, dunque, nella società pluralista, non la volontà delle fonti del diritto, ma la creazione del diritto come rapporto fra interessi, più, e prima di essa, la formazione del diritto come modulazione del dover essere degli interessi. È rapporti di forza più sapienza giuridica (scienza giuridica). La diversa rilevanza giuridica della legittimazione nella società borghese, dell'efficacia nella società pluralista, ha un effetto molto rilevante per le fonti del diritto: alla volontà si sostituisce la presenza di comportamenti, alla parola si sostituisce il segno.

La comunicazione fra società e istituzioni ha luogo, infatti, sia con la rappresentanza degli interessi nel potere (volontà e parola), sia con la rappresentazione degli interessi fatta al potere per ottenere il risultato (presenza e segni). L'efficacia del diritto nel risultato è effetto del comportamento dei poteri e degli interessi per la compresenza delle loro azioni: modulazione degli interessi soggettivi, organizzazione di comunicazione delle istituzioni. Fonti di creazione del diritto sono le forze agenti nella società, sia istituzioni che soggetti sociali: dalla magistratura al legislatore, dai movimenti nella società alle forze politiche. Fonti di formazione del diritto sono i modi di dar forma ed espressione alla capacità di usare interessi e poteri: istituzioni e singoli cittadini, l'operatore giuridico pratico e il giurista teorico.

Il ruolo di giuristi e legislatori nel processo di produzione del diritto va valutato nella società pluralista tenendo presente la distinzione, necessaria in tale società, fra creazione del diritto, generato

dalle azioni nella società, e, prima di essa, formazione del diritto, elaborazione del rapporto fra interessi e poteri in conseguenza del pluralismo (non solo di poteri e di interessi, ma soprattutto) delle soggettività di dover essere (ovvero: giuridicità diverse dei vari interessi di classe).

La formazione del diritto quando in una situazione vi sono un solo potere e moltissimi interessi è altra cosa da quando vi sono molti poteri e pochi interessi fondamentali. Nel primo caso la formazione del diritto è la definizione della volontà del potere, nel secondo caso essa è la definizione dell'influenza degli interessi sul risultato di ciascun potere. Ogni potere è influenzato, in questo secondo caso, dal dover essere dell'interesse per esso prevalente perché vi è pluralismo di giuridicità (interessi di classe) nella società.

Nel primo caso i giuristi legisti pensano, ed hanno in tale specifico caso pienamente ragione, di poter conoscere il diritto leggendo solo le leggi. Nel secondo caso i giuristi legisti possono solo descrivere ombre sui muri, quali sono in tale caso le leggi, mentre la creazione del diritto è fatta da forze che agiscono nella realtà sociale, fuori dalle ombre, con rapporti fra interesse e potere che le ombre delle leggi non rappresentano affatto, o descrivono malamente.

Ad esempio, le leggi non riescono a rappresentare il dover essere per obbligazione personale, che non ha regole ma espressioni di desideri (è, giuridicamente, la mafia), né il dover essere con riti magici per la creazione di emozioni, che non hanno regole ma intensità di espressioni (è, giuridicamente, il palio di Siena). Il diritto creato giuridicamente con il rito, quale è ad esempio la vittoria nel palio di Siena, è del tutto diverso, reciprocamente incomprensibile per il giurista legista, rispetto al diritto creato dalla volontà del potere, l'attribuzione della proprietà con il premio nel palio di Siena.

### *7. Dover essere dei giuristi.*

I cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi hanno visto i legislatori agire, più o meno bene, per adeguare le leggi alle trasformazioni della società italiana ed i giuristi frenare, ostacolare, danneggiare i mutamenti. La risposta al tema formulato per il presente convegno è: "l'innovazione legislativa nei cinquanta anni della prima Repub-

blica è stata positiva, il pensiero giuridico in tale periodo ha svolto un ruolo negativo”.

I legislatori sono riusciti a trasformare in Italia la legge da strumento della società borghese a componente della società pluralista. La legge generale ed astratta è scomparsa dalla produzione dei legislatori. Essa è stata sostituita da una molteplicità di tipi di leggi: la legge-quadro, di nessuna utilità immediata ma di indirizzo per la produzione futura del diritto; la legge-atto amministrativo o provvedimento, che risolve una o più singole situazioni di intervento del potere; la legge-virus, che introduce nell'esercizio del potere concetti e principi per distruggere nel tempo la sua stessa struttura; la legge-direttiva, di applicazione variabile secondo le contingenze e tuttavia di chiaro orientamento prospettico; la legge organizzativa, che agisce esclusivamente all'interno delle istituzioni, in particolare quella finanziaria per ripartire i denari disponibili; la legge-organigramma, che definisce la collocazione di esseri umani nella struttura del potere e in particolare, nel caso della legge personale, l'attribuzione di una carica; altri tipi ancora.

Gli stessi Codici, quello Civile e gli altri, punti di riferimento fondamentali per la applicazione del diritto, hanno mutato natura giuridica per effetto dell'utilizzo della legge da parte dei legislatori. Il Codice civile è diventato, da fonte primaria del diritto quale esso era nella società borghese, fonte di formazione del diritto, fondamentale per l'espressione degli interessi e la pressione sui poteri, ma subordinato nella composizione degli interessi (quale fonte di creazione) alle molteplici modalità di efficacia del diritto che derivano da strumenti legislativi differenti dal Codice stesso e da interventi di poteri pubblici in forme diverse dalla legge.

I giuristi hanno tradito nei cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi la loro missione. Il pensiero giuridico è un pensiero specializzato: ha un proprio oggetto, il dover essere, e proprie regole. Il pensiero giuridico descrive scientificamente la relazione di dover essere fra l'azione dell'essere umano ed il suo risultato, valutando l'intensità che l'essere umano può porre nell'azione per ottenere il risultato e le condizioni di poteri e interessi che l'essere umano trova nella società. Il dover essere è oggettivo nella società borghese, ove il potere centrale unico è condizione necessaria e sufficiente per ogni essere umano al fine di ottenere il risultato. Il dover essere è

soggettivo nelle società ove non esiste il dominio di classe, in particolare nella società pluralista.

I giuristi nei cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi hanno applicato ad una società in trasformazione gli schemi mentali e le forme di descrizione del potere della società borghese. Hanno ostacolato, nell'assumere il ruolo di fonte di formazione del diritto che è la loro specificità professionale, la creazione del diritto della società pluralista. Si sono occupati del contenuto del potere, le norme delle leggi, più esattamente si sono occupati del contenuto della volontà del potere, mentre mutava per struttura e ruolo il potere nella società e in particolare mutava l'efficacia sugli interessi soggettivi della volontà del potere.

Dopo i Maestri degli anni Cinquanta, i successivi giuristocardine della produzione scientifica (i Pototschnig, i Giugni, i Rodotà, gli Amato, i Mengoni, per citare solo alcuni e non lasciare incerto a chi mi riferisco) espressero chiara consapevolezza che stavano mutando i termini fondamentali di riferimento in ciascuna disciplina ma si limitarono a lavorare in modo egregio su temi specifici, senza essere guida all'esame dei termini di riferimento fondamentali impliciti nella trattazione dei temi stessi. Rifiutarono il ruolo di Maestri.

Il risultato della divaricazione culturale e storica fra attualità dei legislatori e arretratezza dei giuristi è sotto i nostri occhi. Politicamente la scomparsa dei partiti ad ideologia generale, conseguenza della scomparsa dello Stato nella società, è discussa come se essa preludesse alla formazione di due soli partiti anziché alla creazione di forme di politica con maggiore diversità quantitativa e qualitativa di forze. Istituzionalmente la conformazione del potere nella società pluralista è discussa come se essa dipendesse da norme emanate da un qualche legislatore (problema della riforma della Costituzione) anziché dal comportamento degli esseri umani per il dover essere delle giuridicità soggettive (problema degli interessi fondamentali).

I giuristi sono del tutto assenti come scienza giuridica e presenti solo come servitori di questo o quel potere.

L'essere attaccati al potere borghese come l'ostrica allo scoglio non è stato tuttavia per i giuristi solo effetto della loro appartenenza di classe, ma soprattutto delle condizioni storiche di produzione del sapere. Nessuno è ignaro, fra i mancati Maestri della transizione alla

società pluralista, della gabbia di dominio di classe che il diritto sovrappone alla società. Tutti hanno assunto posizioni ideologiche e politiche aperte al nuovo. Il modo oggi storicamente presente di formazione culturale dei giuristi (intendo dire: l'Università) porta, tuttavia e comunque, a vedere nel diritto solo il potere, nel potere solo la volontà, nella volontà solo la certezza. L'Università, creazione nella storia coeva al diritto (XII secolo), piega il pensiero giuridico al servizio del dominio di classe.

La divisione della società in sapienti e non sapienti, dottori e non dottori, docenti e non docenti, creata con l'Università, fu preludio alla spartizione del giuridico in pubblico e privato, che a sua volta fu preludio alla separazione del capitale dagli interessi non monetizzabili (valore di scambio e valore d'uso). La prima divisione è appunto formazione dell'Università (secolo XII), la seconda è formazione dello Stato (secolo XVI), la terza è formazione dei Codici e creazione del ruolo del legislatore quale fonte del diritto, inteso come legge generale ed astratta (secolo XIX).

I legislatori, per la pressione della società, sono riusciti a sottrarsi in Italia alla morsa soffocante dello sviluppo storico della società borghese. I giuristi nei cinquant'anni dalla Costituzione ad oggi sono rimasti, invece, del tutto soggetti a tale morsa.

## 8. *Un pentologo.*

Può la scienza giuridica quale esiste in Italia oggi recuperare lo scarto negativo, creato nei cinquant'anni della prima Repubblica, rispetto all'innovazione legislativa?

Lo potrebbe, operando una frattura, per la quale indico cinque punti (« pentologo ») che dovrebbero essere operativi.

1. Costruzione dell'autorità della scienza giuridica. Nella società pluralista il primo problema operativo del giurista è ottenere il riconoscimento dagli interessi soggettivi agenti nella società della sua capacità specializzata di valutare in termini di efficacia nel risultato (anziché di legittimazione) il diritto. Capacità, prima che personale del singolo giurista, della scienza giuridica nel suo complesso: quale missione e campo di conoscenza specifica.

Data la qualità, su cui non mi soffermo, dei processi d'informazione che si svolgono nella società pluralista, ciò significa tenersi

lontano dai mezzi di comunicazione di massa. Non apparire sui media.

2. Uso di linguaggio non tecnico. Secondo problema operativo del giurista è oggi di farsi capire nella società, per potere ottenere l'autorevolezza necessaria ad avere risultati dalla sua conoscenza. Farsi capire non solo dai giuristi, non solo dai borghesi.

Secondo punto del pentalogo: innovare la scrittura. La formazione del giurista nell'Università è soggetta a regole ferree, anche se non scritte e soprattutto mai dette, per l'espressione del pensiero giuridico. Esse vanno dalla domanda nell'esame alla monografia per i concorsi. Oggi, inoltre, alcuni giuristi legisti hanno aggiunto i quiz. Tutto ciò serve alla separazione fra pubblico (giurista) e privato (cittadino) che è strutturale nella società borghese e rende reciprocamente impermeabili alla comprensione società e giurista.

In altre scienze (fisica) è sufficiente a qualificarsi per la cattedra un articolo di livello internazionale. Finché per il diritto sarà necessaria la monografia, anche parrocchiale purché monografia, il linguaggio avrà difficoltà a cambiare.

3. Coerenza del comportamento con il linguaggio. Terzo problema operativo del giurista è comunicare con tutto il suo essere, con la sua intera esistenza, anziché, in quanto giurista, soltanto con la parola e gli scritti. Il diritto si misura con interessi fondamentali, ovvero valori, il giurista deve esprimere valori, e ciò è possibile solo con il comportamento. Avere vita conforme a valori.

Il pensiero giuridico si manifesta in concetti e formula dogmi, ma la verità dei dogmi è data dal comportamento di chi li sostiene. Ciò è incomprensibile per la scienza giuridica borghese, che da Irnerio in poi distingue il giurista dall'essere umano, il docente dal cittadino. Cambiamento positivo oggi da registrare è il cedere del limite rigorosamente di genere (solo uomini) che ebbe finora il pensiero giuridico.

4. Necessaria diversità delle scuole. Le diversità prodotte nella scienza giuridica dal pluralismo degli interessi soggettivi nella società, creano scuole diverse di pensiero giuridico. Quarto punto del pentalogo: dichiarare quale è la scuola. Il metodo giuridico nella società pluralista sono più metodi, ugualmente validi per l'esercizio del potere ed ugualmente efficaci per l'espressione degli interessi. Le scuole differiscono per gli interessi, quindi i valori, di riferimento, di

conseguenza per il risultato pratico che esse mirano ad ottenere con l'uso del diritto. Tutto ciò va dichiarato.

Vi sono più logiche nella scienza giuridica (come nella matematica), più criteri di interpretazione (come nella storia), più modi di valutare (come nella politica). Ciò non è nella scienza giuridica del diritto, ove tutto è ancorato agli unici interessi fondamentali borghesi (più esattamente: all'unico interesse fondamentale borghese a misurare tutto con il denaro).

5. Insufficienza dell'Università. Le pulsioni che attraversano oggi l'Università potranno forse riformarla e farla diventare qualcosa di diverso dalla sua origine. Oppure il sapere comunque necessario alla società pluralista sarà elaborato altrove. È alternativa futura.

Oggi quinto problema operativo del giurista è, comunque, sfuggire ai lacci che l'organizzazione accademica, dal reclutamento degli studenti alla circolazione delle valutazioni scientifiche, pone ad un'elaborazione diversa da quella della scienza del diritto basata sulla legittimazione.



ANGELO FALZEA

GIURISTI E LEGISLATORI  
(Considerazioni metodologiche)

1. Affido a questa nota le riflessioni che mi proponevo di esporre all'esordio dell'incontro fiorentino sui rapporti tra giuristi e legislatori, felicemente ideato da Paolo Grossi ed efficacemente realizzato con l'apporto di eminenti studiosi. Avendo a oggetto il compito istituzionale della scienza giuridica di fronte alla produzione legislativa, il mio intervento si poneva razionalmente come premessa alle discussioni sulle relazioni. La fatale coincidenza con l'impegno, già assunto con la Facoltà di Ferrara, di intervenire sulla parte generale del BGB nelle celebrazioni per il centenario di quel codice, ha reso impossibile portare ad esecuzione il mio progetto fiorentino come lo avevo immaginato. *Felix culpa*, se di colpa può parlarsi: perché l'ascolto parziale e la lettura completa delle relazioni è giovata ad arricchire di spunti le mie considerazioni che, così integrate, prendono razionalmente posto alla conclusione dell'incontro.

2. Prima di inoltrarsi nella impostazione stessa delle riflessioni è bene chiarire due ordini di premesse, relative: l'una alla esatta individuazione dei due termini posti a raffronto; l'altra alla natura del rapporto che si svolge tra le due categorie di soggetti.

Del « giurista » si può dare una accezione ristretta ed una più larga. Nel primo senso è giurista solo il cultore della scienza giuridica, lo scienziato del diritto. Nel secondo deve intendersi per giurista chi opera istituzionalmente con il diritto. Le due accezioni muovono da un dato comune: tanto lo scienziato quanto l'operatore svolgono il loro compito sul diritto positivo ed in questo compito si collocano nella posizione di interpreti del sistema normativo; si distinguono poi in ciò, che lo scienziato è un puro ermeneuta

interpreta per conoscere e rappresentare — laddove l'operatore interpreta e applica — anzi interpreta per applicare.

Il quadro non sarebbe completo se non si tenesse conto del fatto che anche il legislatore opera con il diritto e si presenta, per questo aspetto, come un operatore giuridico; e che opera con il diritto anche il destinatario comune delle norme legislative in quanto chiamato ad applicare le leggi nel suo vivere quotidiano. Ma la poiesis generativa del legislatore e la prassi applicativa dei destinatari delle leggi sfuggono al confronto tra giuristi e legislatori, anche se la loro presenza resta immanente in ogni discorso, non soltanto sulla attuazione del diritto legislativo ma anche sulla sua produzione, a causa del diffuso fenomeno di recezione, da parte della legge, delle pratiche innovative emergenti nella realtà della vita sociale.

Le distinzioni, tra produzione ed applicazione e tra conoscenza scientifica e conoscenza pratica, sono in linea di principio così radicali da presentarsi come contrapposizioni. In concreto, invece, esse tendono a sfumare ed i termini del confronto a sovrapporsi fino a identificarsi. Come produzione e applicazione si congiungono nelle leggi esecutorie e produzione e conoscenza nelle leggi interpretative, così conoscenza scientifica e conoscenza applicativa giungono ad immedesimarsi in talune forme più complesse e più elaborate dell'attività ermeneutica del giurista e dell'attività operativa dei giudici e degli avvocati. Ciò si verifica soprattutto nella elaborazione giurisprudenziale di nuovi istituti, provocata dalla pressione dei nuovi problemi sociali in cerca di soluzione giuridica e dall'assenza di una soluzione legislativa esplicitamente e direttamente predisposta e formulata. L'ermeneutica applicativa dei giudici, in questi casi, più che alla esplicitazione, per dirla con R. Sacco, di « crittotipi » già dati nel diritto positivo, è volta alla produzione di « neotipi » legali, anche se ricostruiti sulla base della interpretazione sistematica del diritto positivo.

Deve essere, tuttavia, chiaro come gli apporti giurisprudenziali alla integrazione del diritto legislativo ed alla ricostruzione dell'ordinamento giuridico si avvalgano copiosamente del dibattito dottrinale e del dibattito forense, sicché ciò che è designato, non senza enfasi, come diritto giurisprudenziale è in realtà il frutto combinato del lavoro dei giuristi e dell'intera prassi giuridica. Questa confluenza viene rilevata nell'incontro fiorentino da molti relatori. Ma è

stato soprattutto Carlo Angelici a soffermarsi sui protagonisti sommersi dell'opera innovatrice del diritto legislativo emergente nei prodotti giurisprudenziali ed a rilevare che solo la combinazione dell'approfondimento scientifico e della prassi consolidata, nella forma ufficiosa dell'attuazione spontanea e in quella ufficiale dell'attuazione giudiziaria, ha potuto condurre alle rivoluzioni dogmatiche ed ai sovvertimenti sistematici degli ultimi decenni. Ciò Angelici ha fatto richiamando esemplificativamente la storia recente del diritto societario e notando come non si sia esitato a mettere in discussione, e per importanti aspetti a superare, concetti radicati nella tradizione dogmatica e sistematica, dal contratto alla società, fino alla stessa persona giuridica.

Guardando adesso ai giuristi nell'accezione ristretta, di cultori della scienza giuridica, la prima impressione su ciò che essi possono o debbono fare rispetto all'opera del legislatore risulta del tutto negativa. Se, in aderenza all'orientamento metodologico più corretto, si configura la scienza giuridica come scienza ermeneutica e l'ermeneutica si intende doppiamente condizionata, alla sua natura gnoseologica ed al diritto legislativo formalizzato, appare inevitabile la conclusione che essa, sia quando si muove al livello inferiore dell'esegesi sia quando si eleva gradatamente ai livelli superiori della dogmatica e della sistematica, è ristretta nei confini di un tempo e di un luogo obbligati e mai coincidenti con il tempo ed il luogo della legificazione. Poiché l'oggetto del suo studio è il diritto positivo, in un ordinamento giuridico centrato sulla produzione normativa di tipo legislativo l'ufficio conoscitivo della scienza giuridica comincia dove finisce l'ufficio produttivo del legislatore. Il giurista interpreta e va interpretando il discorso che ha fatto e va facendo, con i suoi enunciati normativi, l'autore della legge. Si dovrebbe dunque concludere — ed è appunto questa la prima impressione di cui parlavamo — che non vi è uno spazio istituzionale in cui il pensiero scientifico dei giuristi possa introdursi per venire a contatto con i processi della produzione legislativa e che resta una pura possibilità di fatto l'apporto dei giuristi all'attività dei legislatori. Per questo aspetto, risulterebbe immeritato il rimprovero che Giuliano Amato muove agli studiosi del diritto dell'economia, suddivisi tra esegeti operanti sempre *ex post* e profeti di un futuro visto, senza immaginazione, con gli occhi del passato.

3. Questa impostazione, tuttavia, è approssimativa ed in rilevante misura fallace, perché coglie aspetti parziali, e per di più in maniera imprecisa, tanto dell'attività del giurista quanto della produzione legislativa.

L'ermeneutica del giurista, va precisato in linea primaria, non è confinata nel pur vasto recinto del *sistema legale*, costituito dall'insieme organico delle disposizioni legislative. L'oggetto della investigazione scientifica è il *sistema reale* del diritto, a comporre il quale concorrono, insieme a quelle legislative, le regole di fonte non legislativa; e quelle legislative vi compaiono, al di là della formulazione linguistica con cui è espressa la legge, nella reinterpretazione che storicamente ne offre la prassi giuridica e nel più esteso tessuto normativo realizzato dai processi di autointegrazione e di eterointegrazione del diritto positivo che si svolgono in ambito infrastatuale ed in specifici contesti metastatali. Approfondendo ulteriormente il compito ermeneutico del giurista — per quanto può interessare il confronto, che viene in considerazione in questa sede, con il compito del legislatore — si constata che esso va al di là, non soltanto del sistema legale, ma anche dello stesso sistema reale del diritto positivo, realizzandosi in quel *sistema scientifico*, alla edificazione del quale concorre, unitamente alla componente gnoseologica, l'immancabile apporto di quella fantasia giuridica di cui hanno parlato Rodolfo De Stefano e Vincenzo Panuccio, o di quella immaginazione giuridica giustamente pretesa da Giuliano Amato. L'ermeneutica del giurista, occorre dichiararlo con tutta chiarezza, non è solo conoscitiva, e quando è conoscitiva non è ristretta nei confini delle regole giuridiche. L'ufficio gnoseologico trascende il sistema normativo del diritto positivo e penetra in quella parte del mondo dato che si concentra nella vita reale della società; ad esso si accompagna un ufficio ricostruttivo, che è, insieme, critico e creativo e, per ciò stesso, in non trascurabile misura, anticipatore rispetto al sistema legale ed allo stesso sistema reale, in quanto attinge dalla realtà della vita sociale le linee di tendenza assiologiche che si vanno formando nella coscienza e nel vivere comune.

La regola giuridica costituisce la soluzione, in termini di norme di azione — che sono l'unico strumento risolutorio di cui dispone la comunità giuridica — dei problemi sociali che si vanno formando nel corso della vita comune e che, per la loro natura e la loro

dimensione, necessitano della garanzia di realizzazione che soltanto il diritto, il più efficace e garantito sistema culturale delle società laiche, è in grado di offrire. Non si può intendere, dunque, il significato normativo di un enunciato legislativo senza una adeguata conoscenza del problema che lo sottende. D'altra parte, poiché il problema si forma e si sviluppa fuori degli enunciati legislativi, nella realtà della stessa vita sociale, conoscere il problema significa penetrare in questa realtà e prendere coscienza degli interessi e valori da cui origina il problema, nel loro confronto con gli altri interessi e valori presenti nel medesimo ambito di realtà; ma significa anche verificare se il problema trova la sua soluzione nei dati del diritto positivo, eventualmente ricostruendola per la via indiretta dell'analogia o dei principi generali e valutandola criticamente, anche in funzione della dinamica evolutiva degli interessi e valori in campo. L'ermeneutica del giurista, dunque, non è ristretta nei confini della tecnica conoscitiva del dato normativo e si atteggia prioritariamente come conoscenza culturale di tutti i problemi sociali, risolti o irrisolti dal diritto, e che presentano la comune esigenza di una soluzione giuridica. In questo più esteso campo operativo sta la dimensione interdisciplinare della scienza giuridica. I problemi sociali, che per la loro importanza si propongono come problemi giuridici, provengono dall'intero mondo reale e sono conoscibili nella loro specificità soltanto con l'ausilio della conoscenza scientifica del rispettivo territorio di esperienza. A causa di ciò, la scienza giuridica entra in un contatto obbligato con le altre scienze. Questa necessità è emersa con spiccata evidenza per i problemi giuridici nascenti dalla realtà economica, a causa dell'intimo rapporto che in ogni tempo, ma soprattutto nel tempo presente, ha collegato e collega il sistema culturale del diritto con il sistema culturale dell'economia. Ma si tratta soltanto di uno dei possibili rapporti intersistemici tra cultura giuridica e cultura non giuridica. I problemi di cui il diritto è tenuto ad occuparsi provengono da ogni settore della cultura: dall'etica al costume, dalla religione all'arte, dall'economia alla politica, dalla scienza alla tecnologia. Il giurista è chiamato a coglierli nel loro stesso porsi, così come è chiamato a coglierli il legislatore, ciascuno con la sensibilità e la responsabilità, ma anche con la preparazione e la metodologia, del rispettivo campo culturale. Nella sua qualità di scienziato il giurista è tenuto a conoscerli scientificamente, laddove

al politico non si può chiedere che una conoscenza empirica, anche se fondata su una conoscenza scientifica indiretta. La conoscenza scientifica del giurista porta con sé la reinterpretazione dei fenomeni culturali alla luce dei valori giuridici e della loro traduzione in valori di azione. Una attività, questa dei giuristi, potenzialmente precorritrice dell'attività legislativa, in quanto può essere in grado, se avviata tempestivamente e sviluppata in dibattiti sufficientemente approfonditi e persuasivi, di aiutare ed influenzare le soluzioni del legislatore. Ne sono indice, in positivo ed in negativo — per restare nei temi toccati in questo convegno — gli apporti dottrinali nel settore dell'informazione, dei quali è cenno nella relazione di Paolo Caretti; e la scarsezza e modestia di tali apporti, con ripercussioni sul relativo assetto legislativo, nel settore tributario, bene evidenziate nella relazione di Andrea Fedele. Ma non possono passarsi sotto silenzio i grandi problemi della bioetica — posti dal vertiginoso avanzamento delle tecnologie mediche e chirurgiche — e quelli dell'ambiente, che impegnano aspetti primari della esistenza umana e responsabilità profonde verso l'umanità di oggi e di domani: problematiche, entrambe, che sono oggetto della costante attenzione dei giuristi, ma che non hanno ancora condotto, non ostante le vivaci discussioni in sede scientifica, ad una legislazione — interna e internazionale — all'altezza dei valori coinvolti.

4. Questa collocazione culturale costituisce, dunque, un momento caratterizzante dell'ermeneutica del giurista e ne legittima il ruolo istituzionale. Essa gli offre la base per operare nel diritto costruttivamente, svolgendo in esso un ruolo attivo e propositivo, sia rispetto ai giudici — con i quali opera in stretta vicinanza e talvolta in naturale simbiosi — ma anche, e specialmente, rispetto ai legislatori dei quali con la coltivazione del sistema scientifico, prepara e rende possibile la produzione normativa *a parte ante* e ne corregge e razionalizza i contenuti, oltre a semplificarne ed a chiarirne il dettato, *a parte post*. Anche a questo proposito le relazioni offrono spunti preziosi ed esemplificazioni importanti. Circa l'opera anticipatrice della scienza giuridica è stato ricordato l'apporto fondamentale di Francesco Santoro Passarelli nella riedificazione del diritto del lavoro e sindacale dopo la caduta della legislazione corporativa e dei relativi apparati istituzionali. Qualunque sia stato il percorso

compiuto successivamente in questo settore dalla scienza giuridica dalla legislazione e dalla prassi, non potrà mai essere dimenticata la fulminea progettazione, che già nel 1945 Santoro Passarelli sottoponeva alla attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto, legislatori e giudici in primo luogo, di un nuovo impianto scientifico e normativo della materia, realizzato su fondazioni privatistiche e liberali in frontale contrasto con quelle pubblicistiche e autoritarie del tempo precedente. Con il suo *Nozioni di Diritto del Lavoro*, e con gli scritti che lo hanno seguito, Santoro Passarelli ha inaugurato in questo campo dell'esperienza giuridica un'attività precorritrice rispetto all'attività legislativa, felicemente documentata dalla relazione di Giorgio Ghezzi. Luigi Berti, a sua volta, ne ha dato una riprova di rara efficacia per il diritto amministrativo e Francesco Palazzo non è stato da meno nel rilevare « tutto un *trend* in senso ampio legislativo di progressiva recezione dei criteri di criminalizzazione elaborati dall'indirizzo scientifico ». Per contro, si è dovuto pure ricordare — e, come già si è accennato, lo ha fatto con consapevolezza ed equilibrio Andrea Fedele — quanto abbia pesato sui prodotti legislativi in materia tributaria la inadeguata preparazione delle soluzioni legislative da parte della scienza tributaristica, soprattutto a causa della inadeguatezza manifestata nella reinterpretazione giuridica delle analisi economiche della materia finanziaria.

5. La massima incisività che l'apporto della scienza giuridica è in grado di esercitare sullo sviluppo del diritto legislativo si riscontra quando l'intervento del giurista avviene nella dimensione della sistematica e quando di un assetto sistematico hanno specifica necessità i prodotti della legislazione. Relativamente a questo apporto sistematico eccedono egualmente quanti lo ritengono sempre superfluo o al contrario sempre necessario. Il primo orientamento seguono coloro che credono ad una sistematizzazione spontanea del diritto positivo in conseguenza della natura razionale dell'uomo e delle formazioni sociali alle quali egli partecipa. Secondo la nota tesi dello storicismo, e che sottende non rare e non secondarie concezioni del diritto tuttora condivise, l'ordinamento si presenta sempre e per virtù propria come sistema reale, di cui alla scienza giuridica, ma anche al legislatore, non resta che prendere atto e tradurre nelle rispettive forme evidenzianti. Il sistema legale ed il sistema scienti-

fico non sarebbero che modalità di formalizzazione di un diritto positivo già di per sé strutturato, nella esistenza empirica della società, in maniera sistematica. A prescindere dalle perplessità che può suscitare l'idea di un sistema giuridico reale trasposta in una società complessa, quali sono le odierne società politiche, va rilevato che la scienza giuridica prima ed i legislatori dopo hanno avvertito la necessità di una propria elaborazione e di una loro specifica rappresentazione sistematica del diritto positivo, nella sua totalità e nelle sue partizioni organiche. Se lungo e faticoso è stato il cammino percorso dalla scienza giuridica per pervenire alle opere sistematiche dell'era moderna e per perfezionarle nei modelli avanzati del diciannovesimo secolo, i legislatori, a loro volta, non hanno potuto cimentarsi nell'impresa di organizzare sistematicamente i prodotti legislativi se non dopo che i giuristi, muovendo dall'insieme delle norme disponibili e trascendendole nel lavoro diretto alla loro composizione e armonizzazione, avevano già costruito il sistema scientifico del diritto positivo. Il progresso dei sistemi legislativi è stato sempre condizionato all'evoluzione del pensiero sistematico dei giuristi. Lo stesso codice civile francese, che già nella sua ispirazione ideologica traeva ammaestramento dall'opera ordinatrice del tardo giusnaturalismo, venne preparato, in stretto nesso di continuità, da un duplice lavoro sistematico dei giuristi: per un verso dalla elaborazione unificatrice compiuta nel corso di due secoli dagli autori della *Bibliothèque des coutumes* delle norme consuetudinarie dei popoli di Francia e, per altro verso, dalla progettazione dottrinale di una legislazione codicistica che aveva trovato avanzati sviluppi di realizzazione nelle ordinanze degli ultimi re di Francia. Ma il nesso di condizionamento del sistema legale rispetto al sistema scientifico è dimostrato con evidenza persino eccessiva dalle fasi preparatorie, protrattesi per quasi tutto il diciannovesimo secolo, del codice civile tedesco, che è non soltanto il più dogmatico, ma soprattutto il più sistematico codice civile di tutti i tempi. L'intero libro primo del BGB, dedicato alla parte generale, contiene oltre ai principi generali del diritto — che già sarebbe fatto dimostrativo del debito della codificazione verso la dottrina alla cui opera si deve l'enucleazione dei principi generali del diritto positivo tedesco — anche e specialmente le dottrine generali del diritto elaborate dai grandi giuristi della pandettistica e della civilistica. Per quanto ci riguarda, va

ricordato — ed in questa sede è stato fatto — che il codice di procedura civile del 1942 rappresentò il prodotto del pensiero sistematico dei tre maggiori studiosi del processo civile del tempo; e che quanto di più originale presenta il vigente codice civile è dovuto all'apporto sistematico della dottrina italiana, come è andato sviluppandosi a partire dagli anni ottanta del secolo scorso. Ciò ha potuto suggerire a Luigi Mengoni l'osservazione che oggi l'apporto sistematico dei giuristi all'attività legislativa si evidenzia nella produzione codicistica: anche se il giudizio limitativo appare troppo severo.

Nonostante il rilevato condizionamento occorre riconoscere che, sia in linea storica sia in linea di principio, anche nella elaborazione dei codici e delle leggi organiche, in cui maggiore è il debito del legislatore verso i giuristi, i ruoli rispettivi restano distinti, emergendo, per un verso nell'ordinamento sistematico del materiale normativo, e per l'altro nelle soluzioni dei problemi giuridici suggerite in sede di compilazione legislativa. Ciò è avvenuto sempre e sempre avverrà: con il rammarico, comprensibile ma istituzionalmente ingiustificato, dei giuristi che hanno speso il loro ingegno nel predisporre un prodotto legislativo non soltanto formalmente, ma anche sostanzialmente elevato, e che tuttavia non portano il compito e la responsabilità delle scelte politiche, spettanti in ultima istanza ai legislatori.

Questi aspetti che sono presenti nella codificazione napoleonica ed in quella germanica, emergono in tutta evidenza nella laboriosa vicenda della gestazione del codice di procedura penale del 1988, narrata con intensa penetrazione da Ennio Amodio.

6. Se adesso ci si chiede quale sia il « titolo sostanziale » — come lo chiama Francesco Palazzo — che legittima la scienza giuridica ad interloquire nella società civile sui problemi sociali di rilevanza giuridica, non soltanto di fronte ai giudici che applicano la legge ma anche rispetto ai legislatori che la formulano — un titolo, cioè, che, con riferimento ai legislatori, non sia quello occasionale e minore della tecnologia legislativa — la risposta non può trovarsi ricercando le eventuali radici di una loro investitura politica e democratica. Il titolo sostanziale dei giuristi sta esclusivamente nella coltivazione della scienza giuridica. Ed è un titolo che, ad un tempo, costituisce fonte di responsabilità sociale per gli operatori del diritto.

to — ai quali fornisce le conoscenze necessarie per un'adeguata gestione del loro compito — e per gli stessi giuristi — investiti della funzione di approfondire e sviluppare la conoscenza del diritto positivo, in sé e nei suoi rapporti con le scienze delle altre sfere di realtà con le quali esso viene a contatto —. I giuristi pongono in stato di responsabilità sociale, non soltanto i giudici che applicano le leggi, ma primariamente gli stessi legislatori che sono gravati del compito di formularle. A loro volta, sono essi stessi responsabili socialmente della coltivazione scientifica del sistema culturale del diritto positivo. È un'aggravante per i giudici la non corretta applicazione del diritto positivo quando la scienza giuridica ne abbia offerto in concreto le possibilità; ma è certo un'attenuante se la non corretta applicazione è preceduta da una inadeguata coltivazione degli istituti da parte della scienza giuridica. Allo stesso modo costituisce un'aggravante per i legislatori una soluzione errata, o una mancata soluzione, di problemi sociali di rilevanza giuridica se la materia è stata preventivamente evidenziata e approfondita dai giuristi; ma è un'attenuante nel caso opposto. Ciò comporta un duplice dovere: dei legislatori, come dei giudici, di entrare in rapporto con la scienza giuridica; e dei giuristi di fornire ai legislatori, come ai giudici, l'apporto scientifico alla conoscenza dei problemi giuridici.

Insomma: il colloquio tra giuristi e legislatori, non diversamente dal colloquio tra giuristi e giudici, è socialmente, e quindi istituzionalmente, dovuto. Ciascuno dei protagonisti di questi colloqui è responsabile se non ha fatto compiutamente la propria parte per coltivarlo.

7. Emerge dalla lettura delle relazioni del convegno e dalle riflessioni metodologiche abbozzate in questa nota, che il colloquio tra giuristi e legislatori è strumento necessario perché il diritto legislativo possa adempiere degnamente il suo compito istituzionale, di offrire ai componenti della comunità soluzioni qualitativamente adeguate ai problemi sociali di rilevanza giuridica. Ma emerge pure la constatazione delle gravi aporie che oggi soprattutto rendono questo colloquio precario e scarsamente efficace. È difficile dire su quale dei due protagonisti ricade la maggiore responsabilità. Si è visto quanto arduo sia il compito dei giuristi e come vasta debba

essere la loro preparazione professionale e coltivata la loro sensibilità ai problemi della vita sociale: se il loro ascolto da parte dei legislatori, e più in generale della società intera, è al di sotto della soglia di compatibilità, ciò almeno in parte è dovuto anche alla modesta diffusione di quelle doti fondamentali nei cultori della scienza giuridica. Ma non meno arduo è il compito dei legislatori, ai quali spetta in ultima istanza la funzione di risolvere legislativamente i problemi sociali che fanno appello al diritto, e che non sono tenuti a possedere le doti richieste ai cultori della scienza giuridica; per assolvere il loro compito i legislatori — ove non optino per scelte autolimitative, di delegificazione o di legificazione per principi — sono perciò gravati del dovere istituzionale di stare in costante colloquio coi giuristi, pur rivendicando a se stessi le soluzioni politiche: se oggi la nostra legislazione è ai livelli più bassi di tutta la storia legislativa del nostro Paese, ciò in grande parte è dovuto allo scarso rispetto di quel dovere fondamentale.



## I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

Paolo GROSSI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano nella Università di Firenze*

Giovanni CONSO

*Prof. Emerito di Procedura penale nella Università di Roma I - Presidente emerito della Corte Costituzionale - già Ministro di Grazia e Giustizia*

Enzo CHELI

*Prof. Ordinario di Giustizia costituzionale nella Università di Firenze - Giudice emerito della Corte Costituzionale*

Luigi MENGONI

*Prof. Emerito di Diritto civile nella Università Cattolica di Milano - Giudice emerito della Corte Costituzionale*

Carlo ANGELICI

*Prof. Ordinario di Diritto commerciale nella Università di Roma I*

Stefano RODOTÀ

*Prof. Ordinario di Diritto civile nella Università di Roma I*

Franco CIPRIANI

*Prof. Ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Bari*

Antonio JANNARELLI

*Prof. Ordinario di Diritto agrario nella Università di Bari*

Sergio LARICCIA

*Prof. Ordinario di Diritto amministrativo nella Università di Roma I*

Giorgio GHEZZI

*Prof. Ordinario di Diritto del lavoro nella Università di Bologna*

Andrea FEDELE

*Prof. Ordinario di Diritto tributario nella Università di Roma I*

Giuliano AMATO

*Prof. Ordinario f.r. di Diritto costituzionale nella Università di Roma I - Presidente della Autorità garante della concorrenza e del mercato - già Presidente del Consiglio dei Ministri*

Giuseppe PERA

*Prof. Ordinario di Diritto del lavoro nella Università di Pisa*

Silvana SCIARRA

*Prof. Ordinario di Diritto del lavoro nella Università di Firenze*

Federico SPANTIGATI

*Professore a contratto di Diritto dell'ambiente nella Università di Trento*

Umberto ALLEGRETTI

*Prof. Ordinario di Diritto amministrativo nella Università di Firenze*

Piero CRAVERI

*Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche nella Università di Napoli I*

Raffaello BRACCINI

*Prof. Ordinario di Diritto tributario nella Università di Torino*

Paolo CARETTI

*Prof. Ordinario di Diritto costituzionale nella Università di Firenze*

Giorgio BERTI

*Prof. Ordinario di Diritto costituzionale nella Università Cattolica di Milano*

Francesco PALAZZO

*Prof. Ordinario di Diritto penale nella Università di Firenze*

Ennio AMODIO

*Prof. Ordinario di Procedura penale nella Università di Milano*

Andrea PROTO PISANI

*Prof. Ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Firenze - Membro del Consiglio Superiore della Magistratura*

Piero Luigi VIGNA

*Procuratore nazionale antimafia - Roma*

Ortensio ZECCHINO

*Senatore della Repubblica - Presidente della Commissione giustizia del Senato*

Sergio CHIARLONI

*Prof. Ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Torino*

Giorgio MARINUCCI

*Prof. Ordinario di Diritto penale nella Università di Milano*

Giovannangelo DE FRANCESCO

*Prof. Straordinario di Diritto penale nella Università di Pisa*

Ernesto LUPO

*Direttore generale della organizzazione giudiziaria e degli affari generali presso il Ministero di Grazia e Giustizia*

Angelo FALZEA

*Prof. Emerito di Diritto civile nella Università di Messina*



## INDICE SOMMARIO

PAOLO GROSSI, <i>Prefazione</i> . . . . .	<i>pag.</i> v
---	------------------

INCONTRO DI STUDIO SU  
«GIURISTI E LEGISLATORI»  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa  
nel processo di produzione del diritto

### ATTI

Programma . . . . .	3
PAOLO GROSSI, <i>Parole di saluto</i> . . . . .	5
GIOVANNI CONSO . . . . .	9
ENZO CHELI, <i>Introduzione</i> . . . . .	17

#### RELAZIONI (Prima seduta congressuale)

LUIGI MENGONI, <i>Diritto di famiglia</i> . . . . .	33
CARLO ANGELICI, <i>Diritto societario</i> . . . . .	41
STEFANO RODOTÀ, <i>I diritti sociali</i> . . . . .	61

#### DISCUSSIONE (Prima seduta congressuale)

FRANCO CIPRIANI . . . . .	77
LUIGI MENGONI . . . . .	81
ANTONIO JANNARELLI . . . . .	83
STEFANO RODOTÀ . . . . .	93
SERGIO LARICCIA . . . . .	95
LUIGI MENGONI . . . . .	99

#### RELAZIONI (Seconda seduta congressuale)

GIORGIO GHEZZI, <i>Diritto sindacale e del lavoro</i> . . . . .	103
ANDREA FEDELE, <i>Diritto tributario</i> . . . . .	129
GIULIANO AMATO, <i>Diritto dell'economia</i> . . . . .	153

## DISCUSSIONE (Seconda seduta congressuale)

GIUSEPPE PERA . . . . .	165
STEFANO RODOTÀ . . . . .	169
SILVANA SCIARRA . . . . .	171
FEDERICO SPANTIGATI . . . . .	177
UMBERTO ALLEGRETTI . . . . .	181
SERGIO LARICCIA . . . . .	183
PIERO CRAVERI . . . . .	185
SERGIO LARICCIA . . . . .	193
RAFFAELLO BRACCINI, <i>Mutamenti nelle basi del diritto tributario: la crisi dell'idea di « sistema »</i> . . . . .	195
GIORGIO GHEZZI . . . . .	223
ANDREA FEDELE . . . . .	229

## RELAZIONI (Terza seduta congressuale)

PAOLO CARETTI, <i>Sistema dell'informazione</i> . . . . .	237
GIORGIO BERTI, <i>Organizzazione pubblica</i> . . . . .	255
UMBERTO ALLEGRETTI, <i>Procedimento amministrativo</i> . . . . .	269

## DISCUSSIONE (Terza seduta congressuale)

SERGIO LARICCIA . . . . .	301
UMBERTO ALLEGRETTI . . . . .	303
GIORGIO BERTI . . . . .	305

## RELAZIONI (Quarta seduta congressuale)

FRANCESCO PALAZZO, <i>Diritto penale</i> . . . . .	311
ENNIO AMODIO, <i>Processo penale</i> . . . . .	363
ANDREA PROTO PISANI, <i>Processo civile</i> . . . . .	385

## DISCUSSIONE (Quarta seduta congressuale)

PIERO LUIGI VIGNA . . . . .	399
ORTENSIO ZECCHINO . . . . .	403
SERGIO CHIARLONI . . . . .	407
FRANCO CIPRIANI, <i>Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (1946-1996)</i> . . . . .	417
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, <i>Il problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo</i> . . . . .	425
GIORGIO MARINUCCI, <i>Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione - Uno schizzo</i> . . . . .	457
GIOVANNI CONSO . . . . .	469

## COMUNICAZIONI

ERNESTO LUPO, <i>Innovazioni nelle materie penalistiche: una testimonianza</i> . . . . .	479
FEDERICO SPANTIGATI, <i>La legittimità nel pluralismo (Né i giuristi né i legislatori producono il diritto nella società pluralista)</i> . . . . .	491
ANGELO FALZEA, <i>Giuristi e legislatori (Considerazioni metodologiche)</i> . . . . .	511
<i>I collaboratori di questo volume</i> . . . . .	523

