Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

NICOLÁS GARCÍA RIVAS (*)

EL TOXICOMANO ANTE LA LEY PENAL ESPAÑOLA: ENTRE EL VIEJO Y EL NUEVO CODIGO PENAL DE 1995

1. ESBOZO DE LA REALIDAD SOCIAL DEL TOXICOMANO EN ESPANA

Cuando uno tiene la fortuna de experimentar directarnente la actividad judicial, ya sea como profesional, ya como adjunto a un Tribunal en su condición de profesor de Universidad (como es mi caso), percibe inmediatamente la entidad del problema de la drogadicción y su relación con la delincuencia. Dia a dia se sientan en el banquillo de los acusados sujetos que cometieron el delito siendo consumidores; con demasiada frecuencia se trata de robos (con violencia o con fuerza en las cosas) o de tráfico de drogas. Corno puede observarse facilmente, el fenomeno se percibe intuitivamente, corno una secuencia necesaria de la actividad judicial. Es un tema preocupante, tanto desde el punto de vista hurnano como desde la perspectiva politico-crirninal, pues la asociación droga-delincuencia obliga a transitar por esa todavia difusa linea de la «orientación a las consecuencias» que sitúa el Derecho penal en el marco de los rnecanismos de contro1 social, en general, y de la politica de un pais, en particular.

En efecto, desde el punto de vista sanitario, el toxicómano es fundamentalmente un enfermo que debe ser tratado de manera adecuada para curar su dolencia. El Estado dedica grandes cantidades de dinero para tal fin; pero si en el camino encuentra una barrera de las dimensiones de la intervención penal el logro de sus objetivos se verá seriamente dificultado y puede tender a abandonarlo, con grave perjuicio no sólo para el toxicómano en particular sino de la salud ptiblica en general.

El presente trabajo intenta mostrar la realidad española en este aspecto, indagando en primer lugar sobre las dimensiones del problema y en segundo lugar acerca de las respuestas que el nuevo Código Penal (en vigor desde hace pocos dias) ofrece para paliar las distorsiones que provoca la intervención penal en el logro de los objetivos que la politica sanitaria ha marcado para solucionar el problema de la drogodependencia.

(*) Catedrático de Derecho Penal – Universidad de Castilla-La Mancha.

Debe advertirse, antes de nada, que no existe coincidencia entre los autores a la hora de evaluar la incidencia del consumo de drogas en la delincuencia de nuestro pais; asi, mientras para algunos alcanzaria la cifra del 60 o el 70%, para otros, ese porcentaje se juzga exagerado. Las dificultades para delimitar concretamente el grado de incidencia tienen que ver con el escaso desarrollo de la Criminologia en nuestro pais, sin que existan hasta hoy estudios fiables sobre el tema. Por el contrario, si se ha evaluado el grado de consumo de drogas en las cárceles espafiolas, lo que puede constituir un indicio serio respecto a la primera cuestión y, por lo demás, refleja con claridad el perfil del punto critico de la intersección droga-delincuencia, pues si existe un ambito del sistema penal poco propicio para la intervención sanitaria ese es sin duda el de la prisión.

Desde este punto de vista, si puede afirmarse (de acuerdo con la última Memoria de la Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios) que el 80% de la población reclusa cumple condena por delitos contra la propiedad o de tráfico de drogas (21.537 de 27.010 reclusos en total). En dicha Memoria se afirma textualmente: «Los análisis de la población penitenciaria realizados en los últimos años, desde los más variados puntos de vista, han concluido una estrecha relación entre la delictividad tipica de los afios 80 y 90 y el tráfico y consumo de sustancias tóxicas». Por otra parte, en el ultimo Informe del Plan Nacional sobre Drogas que contiene datos de esa clase (1992), se realiza un cuidadoso estudio que arroja los siguientes resultados:

CONSUMIDORES 36% de preventivos 43% de penados
REINCIDENCIA Total de ingresos: 54% no reincidentes. Consumidores: 18% no reincidentes. Por tanto, entre los consumidores recluidos hay un 82% de reincidentes.
CAUSAS DE INGRESO DE LOS CONSUMIDORES Delitos contra la propiedad: 64% Delitos de tráfico de drogas: 23% Delitos contra las personas: 8% Otros: 5%

Fig. 1

Es prácticamente seguro que el cuadro no haya cambiado en los últimos afios, como lo demuestra el reciente estudio de TELLEZ AGUILERA,

en el que se da por sentado que las cifras anteriores son válidas o incluso se quedan por debajo de la realidad[1].

Dejando a un lado los casos en que el sujeto se inicia en el consumo después de entrar en prisión, el panorama que aparece al cruzar los datos anteriormente señalados (Fig. 1) no puede ser más pesimista en cuanto al problema que nos ocupa: un altísimo porcentaje de los sujetos que ingresan en prisión fueron condenados por delitos contra la propiedad o tráfico de drogas; de los consumidores que existen en prisión, un porcentaje cercano al 90% deben su ingreso a alguno de esos delitos. Por lo demás, estos son los que presentan un mayor indice de reincidencia, lo que acentúa la imagen de «callejón sin salida» evocado tantas veces para mostrar el mundo de la droga.

Considero que los anteriores datos son los suficientemente significativos como para corroborar definitivamente la percepción intuitiva a la que me referia al principio de este trabajo: la intervención penal incide de manera destacada sobre el consumidor de drogas, porque éste se ve abocado a cometer delitos para sufragarse el consumo. Los grandes traficantes no aparecen en las estadisticas... ni tampoco en el banquillo de los Tribunales.

Cabria añadir a todo lo anterior que la Memoria de la Secretaria de Estado de Instituciones Penitenciarias arroja datos sobre el grado de alfabetización de los reclusos verdaderamente alarmantes, pues un alto porcentaje (como minimo más del 50%) debe seguir los programas de educación de adultos por carecer de la instrucción primaria[2]. De la marginación primaria, socio-económica, el individuo pasa a la marginación secundaria, institucional; no hay garantias de que pueda cruzar algún dia esa orilla de la sociedad.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA

El Derecho penal, al igual que el resto del ordenamiento juridico, se halla sometido a la Constitución; basta atender al principio de jerarquia normativa (art. 9 CE)[3] para no albergar dudas al respecto. Ahora bien, dado que la norma fundamental no define hasta la saciedad su influencia sobre el sistema penal, se discute su grado de penetración en ese Ambito. No es este el lugar para reproducir la amplia discusión existente, pero si conviene indicar los principios en los que, segun creo, debe apoyarse el sistema penal en sus distintos niveles (legislativo, judicial y penitenciario), para resolver cabalmente el problema planteado.

---

1. Cfr. TELLEZ AGUILERA, *El toxicómano y su rehabilitación en prisión: un estudio de Derecho comparado*, en Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 246, 1996, p. 9 ss.

2. Cfr. Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios, *Memoria de Actividad* 1994, Madrid, 1996, p. 46.

3. Art. 9 CE. «1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento juridico (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquia normativa...»

En el actual momento de desarrollo de la doctrina constitucional, puede convenirse que el sistema punitivo español se halla predeterminado, entre otros, por los siguientes principios:

a) *Principio de culpabilidad.* Vinculado a los valores «justicia» (art. 1.1 CE)[4] y «dignidad humana» (art. 10 CE)[5], obliga a adoptar una respuesta frente al delito que tenga siempre en cuenta el principio de igualdad (art. 14 CE)[6] o, lo que es lo mismo: debe ponderar adecuadamente las desigualdades que se observen entre las diferentes personas, sobre todo en lo que a la imputabilidad se refiere. La ausencia de una respuesta flexible y diferenciada frente a un mismo hecho en atención a las condiciones psico-sociales del sujeto constituiria en realidad una vulneración del principio de igualdad «real» ante la Ley.

b) *Principio de intervención mínima.* Derivado del principio del Estado Democrático, propugna la reducción de la «zona penal» al minimo imprescindible, pero al mismo tiempo exige que la respuesta frente al delito sea lo menos aflictiva posible para el sujeto, pues así lo demanda el principio genera1 de libertad que se traduce en la tendencia a la minima limitación de los derechos fundamentales.

c) *Principio de resocialización.* Recogido en el art. 25.2 de la Constitución Española, con el siguiente tenor: «*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad esterán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...*». Se discute en nuestro país si esta declaración de la Carta Magna circunscribe sus efectos al momento de la ejecución penal (exigiendo que el sistema penitenciario adopte una configuración propicia para el logro de los objetivos sefialados) o si, por el contrario, tiene un grado de incidencia mayor, esto es, obligando ya al legislador a diseñar un sistema de penas que permita a los jueces la adopción de la respuesta más adecuada en función de las caracteristicas del caso sometido a su resolución. En mi opinión, careceria de sentido reducir el efecto de la declaración contenida en el art. 25.2 CE al momento de la ejecución penal, pues es bien sabido que la decisión fundamental en el terreno de la resocialización consiste en determinar si el acusado debe ingresar o no en prisión, presumiéndose por la generalidad de los operadores juridico-penales que una decisión afirmativa reduce ya considerablemente las posibilidades de reinserción del sujeto. Por otra parte, debe cohonestarse el principio resocializador con el de

---

4. Art. 1 CE: «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento juridico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo politico...))

5. Art. 10 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derecho de los demás son fundamento del orden politico y de la paz social...»

6. Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda existir discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia persona1 o social.»

intervención minima, que no sólo propugna «menos delitos», sino también «menos cárcel» (sin que pretenda suscribir por ello – conviene advertirlo – las ideas que propugna esa corriente de pensamiento que se conoce como «Derecho penal minimo»).

La conjugación de estos tres principios se proyecta sobre el sistema penal de mi pais impidiendo que un dato de tanta relevancia como la condición de consumidor de drogas del sujeto pueda pasarse por alto o quedar sometida a otros intereses mucho menos atendibles, como resultaria de inclinarse pura y simplemente por las exigencias preventivo-generales, trocando de este modo la resocialización por la mera custodia del condenado y haciendo buena aquella propuesta reaccionaria que lanzara a finales del pasado siglo Von Liszt, en su «Programa de Marburgo», sobre la necesidad de inocuizar a determinados delincuentes.

3. LA DROGADICCION EN EL VIEJO CODIGO PENAL

La reciente entrada en vigor del Código Penal de 1995 impide apreciar por ahora el desarrollo jurisprudencial de sus preceptos y obliga a analizar con cautela las soluciones adoptadas hasta el momento, no sólo para resaltar las bondades o defectos del nuevo Cuerpo legal, sino para arrojar un halo de luz sobre él, avanzando con rigor el previsible camino a recorrer por nuestros jueces en un inmediato futuro.

VIEJO CODIGO ***PENAL***

1	Art. 8.1ª Eximente completa Enajenación/TMT	Medidas de seguridad
2	Art. 9.1ª Eximente incompleta Enajenación/TMT Sindrome Abstinencia	Rebaja importante de pena y/o Medidas de seguridad
3	Art. 9.10ª Atenuante analogica en relación con 9.1 Simple adicción	Minimo de la pena abstracta [STS 13.6.90: y/o medidas de seguridad]
4	Art. 93.bis Suspensión Condicional ..... Pena prisión < 2 añ No reincidente	Tratamiento de desintoxicación

Fig. *2*

El Código Penal derogado, que anclaba sus raices en la legislación del pasado siglo, desconocia casi por completo el problema de la drogadicción. Tal y como puede observarse en la Fig. 2, las alteraciones psiquicas de cualquier indole venian recogidas bajo la doble etiqueta de la enajenación mental (EM) y del trastorno mental transitorio (TMT). La primera exigia en todo caso la demostración de una base patologica (enfermedad) que hubiese provocado en el sujeto, al cometer el delito, una perturbación mental cuya entidad debia mensurar el Tribunal, en virtud del principio de libre valoración de la prueba recogido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[7]. Por lo que se refiere al Trastorno Mental Transitorio (TMT), pese a algunas Sentencias del Tribunal Supremo en que se exigia asimismo una base patologica para su apreciación, dicha linea jurisprudencial se abandonó hace tiempo, permitiendo con ello una lectura coherente del art. 8.1ª VCP[8], que no preveia la adopción de medidas de seguridad en tales casos, lo que permitia pensar fundadamente en un sujeto inimputable (por sufrir, v. gr., una crisis nerviosa o por haber ingerido grandes cantidades de alcohol), pero no enfermo (no susceptible de tratamiento neurologico o no alcohólico).

Nuestro Tribunal Supremo comenzó a plantearse seriamente el problema de la drogadicción a principios de los años ochenta, pues hasta entonces su preocupación se circunscribia al tráfico de sustancias. Entre sus primeras resoluciones suele citarse la de 16 de septiembre de 1982, que por vez primera afronta de manera global el problema, si bien la solución ofrecida no fue muy satisfactoria, siendo severamente censurado. Se trataba de un caso «típico» de dos consumidores necesitados de droga, tal y como relatan los Hechos Probados de la Sentencia:

> C y M, «ambos adictos al consumo de heroina impulsados por la necesidad de conseguir dinero que les permitiera la obtención de droga que ansiaban imperiosamente...» ejecutaron un robo en un Banco.

---

7. Art. 741 LECr.: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en asta Ley. (...)

8. Art. 8 VCP: «Están exentos de responsabilidad criminal:

1° El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de proposito para delinquir.

Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretarii su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

Cuando el Tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.

.....

El Tribunal Supremo realiza entonces la siguiente declaracidn:

> «Las denominadas toxicomanias pueden generar una doble problemática: por una parte, la de los actos punibles realizados bajo *la influencia* y los efectos de la ingestión, inhalación, uso o consumo de sustancias estupefacientes, en cuyo caso el tema de la inimputabilidad del agente ha da enfrentarse y resolverse sobre bases similares o paralelas a las que se emplean en los supuestos de embriaguez, esto es, atendiendo, de un lado, al origen – fortuito, culposo, intencional o preordenado – y, de otro, a la intensidad de los efectos de la intoxicación – incipiente, semiplena, plena y termina1 – ; y, por otra, la de los hechos penales perpetrados durante las llamadas crisis de abstinencia o estados carenciales, durante los cuales, el toxicómano, privado de la sustancia estupefaciente que acostumbra a tomar y en dependencia fisica o psiquica respecto a ella, la ansia y anhela imperiosa, acuciante y apremiantemente, y, perdidos sus frenos inhibitorios, su autodominio y el autocontrol, trata de conseguir tales sustancias a todo trance y por cualquier medio ya que es incapaz de resistir su imperioso anhelo y porque teme los trastornos psiquicos y físicos que le esperan si no lás obtiene; siendo, pese a lo dicho, problema y cuestión, estas últimas, que hay que ponderar con suma cautela y con singulares tiento y tacto toda vez que, por una parte, una solución permisiva y exonerativa favorablemente enjuiciadora, conduciria irremisiblemente a la concesión a los drogadictos de una patente de impunidad de nefastas consecuencias para la sociedad, y, por otra, ese característico circulo vicioso o lendel de noria – ingestión de la sustancia estupefaciente, efectos consecutivos, breve lapso de normalidad, crisis de abstinencia, infracción delictiva para conseguir la droga o el dinero para adquirirla, nuevo consumo de la misma y asi sucesivamente – si no cae de lleno en la doctrina de las actiones *liberae* in causa, se halla muy próxima a ella, pues el drogadicto sabe que se le van a presentar, una y otra vez, los estados carenciales y, a pesar de ello, lejos de acudir a los medios adecuados de desintoxicación o deshabituación, prefiere escudarse en una inimputabilidad que él mismo ha provocado y que, en realidad, no existe, puesto que, en tales casos, el problema de la reprochabilidad no hay que situarlo en el momento en el que el sujeto al ejecutar el hecho punible carece de volición, sino que es preciso retrotraerlo al instante en que, gozando de plenitud de raciocinio y de capacidad de decidir, resolvió continuar y proseguir la cadena de drogadicción y de consecutiva delincuencia.»

Varias cuestiones merecen destacarse de esta resolución. En primer lugar, el Tribunal enfoca el problema atendiendo casi exclusivamente a intereses preventivo-generales, lo que se aprecia cuando sugiere que, de adoptarse una atenuación considerable de pena o medidas de seguridad sustitutivas cundiria la alarma social, dóndose la impresión de que los drogadictos podian cometer cuantos delitos quisieran. En segundo lugar, la resolución se inspira en una concepción ya abandonada de la culpabilidad, que sitúa al autor del hecho delictivo en el metafisico plano del libre albedrio, sin considerar en modo alguno los problemas sociales y la complejidad de ese «círculo de la droga» que describe casi como un viaje programado. En tercer lugar, la alusión a las *actiones liberae in causa* se apoya en una doble falacia casi insultante pues, por un lado, el drogadicto no es

dueño de acudir o no a un centro de deshabituación teniendo en cuenta que se halla, por definición, inmerso en la marginación que la droga provoca; pero, ademiis, por otro lado, sorprende que el miis alto tribuna1 penal de la nación desconociera en 1982 las tremendas dificultades a las que se enfrentaria un adicto si decidiera acudir a un centro de esa clase, no ya sólo porque la tremenda escasez de centros públicos le obligaria a acudir a un centro privado costeiindose el tratamiento, sino porque ni siquiera existian entonces (ni ahora) centros suficientes para las decenas de miles de toxicómanos. Finalmente, conviene resaltar que existiendo en el caso un claro sindrome de abstinencia, ello repercute minimamente en la atenuación de la pena, pues se aplica la atenuante analogica del art. 9.10ª VCP[9], condeniindose a los autores a 4 años, 2 meses y 1 dia de prisión, sin posibilidad, por tanto, de tratamiento alguno y condeniindoles, de paso, a que persistieran en su adicción dentro de la cárcel.

Me he detenido de manera tan detallada en ese caso porque creo que constituye el paradigma de resolución contraria a una sana politica criminal contra el problema de la toxicornania y contradictoria con los postulados constitucionales anteriormente expuestos. Como se verá después, el Nuevo Código Penal impide este tipo de resoluciones, lo que no lograba el viejo texto, aunque debe advertirse que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha sufrido desde 1982 un notable avance que paso a exponer brevemente en seguida. Permitaseme ahora advertir, sin embargo, que conforme puede observarse en la Fig. 2, el Viejo Código sólo permitia la sustitución de la pena por el tratamiento de deshabituación cuando se aplicara la eximente completa (art. 8.1ª) o incompleta (art. 9.1ª)[10] de Enajenación Mental, no asi cuando se aplicase simplemente la atenuante analogica del art. 9.10ª. Por otra parte, la suspensión condicional del art. 93 bis VCP[11], sólo aparece en

---

9. Art. 9: «Son circunstancias atenuantes:

.....

10ª. Y, ultimamente, cualquiera otra circunstancia de analoga significación que las anteriores.»

10. Art. 9 CP: «Son circunstancias atenuantes:

1ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el periodo de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.

11. Art. 93 bis: «Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juex o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas hasta de dos años de duración, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupe-

1988 y limita su alcance a penas de hasta dos afios, cuando la mayoria de los toxicómanos cometen (come se vio al principio) delitos que se castigaban en la legislación derogada con penas de más de dos afios, lo que ha convertido en inviable la aplicación real de ese precepto, cuyo carácter simbolico ha sido denunciado por la doctrina a la menor oportunidad.

Hasta finales de los afios ochenta, el Tribunal Supremo fue modificando la doctrina de la sentencia anteriormente comentada, adoptando pacificamente lo que ha venido en denominarse ~doctrinade los tres escalones»:

1° Toxicomania asociada a psicosis de fuerte influencia sobre la psique del sujeto: Eximente completa y sustitución obligada de la pena por medidas de seguridad.

2° Sindrome de abstinencia: Eximente incompleta y posibilidad de sustituir la pena por tratamiento de deshabituación (sistema vicarial).

3" Adicción: Atenuante analogica e imposibilidad de sustituir pena por medidas, salvo que, en su caso, se dieran los requisitos del art. 93 bis para suspender condicionalmente la ejecución de la condena, lo que se ha demostrado escasamente eficaz, como se ha dicho.

En la década de los afios 90 se producen dos significativas alteraciones de esta pacifica doctrina: por una parte, comienzan a dictarse resoluciones en las que, imprimiendo un sentido preventivo-especial a la legislación entonces vigente, se subsumian los supuestos de adicción prolongada a drogas duras – como la heroina o la cocaina – en la eximente incompleta (ascendiendo, por decirlo asi, un peldafio en la graduación de la inimputabilidad)[12]; por otra parte, la Sentencia de 13.6.1990 inclina definitivamente

---

facientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª Que se declara probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, asi como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3ª Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabituacih lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, asi como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el periodo que se señale, asi como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabituacih del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. En caso contrario ordenará su cumplimiento.»

12. STS 8.2.1993: «La sumisión severa al consumo de heroina dificilmente es compatible con un estado de contro1 sobre las actividades intelectivas y volitivas y producen generalmente una pérdida del dominio de los frenos inhibitorios y aun en los estados euforizantes inmediatamente posteriores al consumo de una dosis, el sujeto padece una enfermedad que le priva de su capacidad de regir el comportamiento de su persona, convirtiéndose en un factor de diminución de la imputabili-

la normativa aplicable del lado de la prevención especial al interpretar la atenuante analogica del art. 9.10ª de manera conforme a la Constitución, invocando directamente el art. 25.2 para poner de relieve lo que sigue:

> «la incongruencia que supondria abrir la via de las medidas terapéuticas de internamiento y tratamiento en los supuestos en que concurra la atenuante prevista en la circunstancia 1ª del art. 9 CP y negarla cuando se aplica la atenuante analogica (...) Avalan estas consideraciones argumentos de carácter cientifico y técnico juridico. Las medidas alternativas a la pena son aconsejables en los casos de enfermedades mentales o toxicomanias que producen serios trastornos de la personalidad con alteración o modificación de las facultades intelectivas o volitivas. Los conocimientos cientificos que se tiene sobre estas pedologias sugieren la necesidad de aplicar tratamientos curativos por un periodo de tiempo que, sin poder precisarlo matematicamente, siempre necesitará de una terapia prolongada que, normalmente, se extenderá más allá del tiempo que resulta por lo genera1 de la aplicación de los efectos drásticamente redutores de la duración de la pena privativa de libertad, cuando se aplican las previsiones del art. 66 CP, resultando asi que en los casos en que seria aconsejable un tratamiento sustitutivo por un tiempo necesario para conseguir su eficacia, la medida resultaria inoperante por la escasa duración de la pena y, en los casos en que la duración de la pena permitiera un adecuado tratamiento, ello no seria posible si prosperaran las interpretaciones restrictivas que se oponen a las extensión de las rnedidas terapéuticas a los supuestos en que concurre la atenuante analogica.
> Desde un punto de vista técnico-juridico, la atenuante analogica de enajenacion mental, simple o muy cualificada, no encuentra ningún obstáculo legal que impida la aplicación de las medidas previstas para la eximente incompleta, sin consideramos, con la mayoria de la doctrina, que la equiparación por su analoga significación no quiere decir solamente que tenga un sustrato fáctico semejante, sino que la respuesta punitiva debe estar orientada en un mismo sentido, para que su finalidad y objetivos sean análogos en entidad y significado a los establecidos para su homóloga referente.
> Quada asi abierta la posibilidad de que en los casos de las atenuantes analógicas, los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal apliquen, si lo estiman procedente, las medidas sustitutorias de internamiento y tratamiento adecuando previstas para los supuestos de enajenación mental completa o incompleta.»

Esta misma linea han seguido después algunas resoluciones del Alto Tribunal entre las que cabe citar las de 29 de abril, 3 de julio y 9 de septiembre de 1991 y 29 de enero de 1992[13].

---

dad que puede y debe equipararse a una eximente incompleta de enajenación mental». En sentido semejante: SSTS 15.9.1992, 2.11.1991 (Ponente BARBERO SANTOS), 11.10.1990, 27.9.1990, 14.9.1990.

13. Citadas por MARTIN PALLIN, *La atenuante analógica de drogodependencia: posible consideración corno muy cualificada y aplicación de las medidas sustitutorias*, en *Circunstancias rnodificativas de la responsabilidad criminal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII, Madrid, 1995, p. 417.

Ahora bien, no basta con interpretar progresivamente las normas para cambiar la realidad cuando esta se muestra tozuda y las vias de salida de la pura y simple encarcelación del toxicómano se ven seriamente obstruidas por la carencia de centros dedicados a esta tarea. Con singular agudeza lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1991 (Ponente Barbero Santos) al advertir que el Tribunal inferior no habia sustituido la pena de prisión, pudiendo hacerlo:

> «...La manifiesta renuncia de los Tribunales para ejercer la importante atribución que la ley les otorga en este ambito puede producir notables efectos negativos sea en el marco del cumplimiento de los fines de la pena, sea en el marco de la seguridad ciudadana. Es obligado añadir, sin embargo, que la ausencia de uso de las facultades que la Ley les otorga es seguramente debida al conocimiento que los Tribunales tienen de la carencia de establecimientos adecuados para internar a los condenados a quienes se aprecia la eximente incompleta como consecuencia de su toxicomanía.»

Cuando la moderna Ciencia Penal coincide en suscribir la denominada «orientación a las consecuencias», como expresión de la necesidad de coordinar la politica criminal con el resto de los mecanismos de control social en manos de los poderes públicos, debe asumir también como efecto «no deseado» la acomodación de las instancias juridico-penales a la realidad social del pais, de manera que si realmente hay carencia de establecimientos dedicados al tratamiento de drogodependientes, de poco sirve apostar por soluciones juridico-formales acordes con el principio de resocialización que luego resulten impracticables. De ahi que no quepa analizar el problema sin tener muy en cuenta cuáles son las posibilidades reales que nuestra politica sanitaria ofrece a una clase muy especial de enfermos cuya dolencia consiste en hallarse inmersos en el maléfico circulo de la droga.

Sirva esta reflexión, además, para relativizar un tanto las novedades que ofrece el nuevo Código Penal, cuya letra representa, bien es cierto, un giro importante en el tratamiento jurídico-penal de la drogadicción.

4. LA DROGADICCION EN EL NUEVO CODIGO PENAL

La atención de nuestro Cuerpo Legislativo al problema que nos ocupa ha permitido que, a la postre, apareciera reconocido en la legislación recien estrenada. En efecto, el Gobierno envió al Parlamento (en septiembre de 1994) un Proyecto que, al menos aparentemente, daba la espalda al problema de la drogadicción, pues no aparecia reconocido de manera expresa como causa afectante de la imputabilidad (salvo el supuesto de menor incidencia criminológica y que menores problemas planteaba: la intoxicación aguda, considerada pacificamente Trastorno Mental Transitorio), inclinándose asi por continuar con el modelo existente hasta ese momento

y obligando a los jueces a tratar al drogadicto como un inimputable o semiinimputable miis. Pero el Proyecto si que establecia un régimen especial de suspensión condicional para los sujetos que hubiesen cometido el delito bajo la influencia de las drogas (art. 88) y, lo que es miis importante: daba cariicter legal a la apertura jurisprudencial iniciada con la STS 13.6.1990 – ya cornentada – al indicar en su art. 104 que la sustitución de penas por medidas de seguridad podria realizarse incluso si se apreciaba Unicamente la atenuante analogica, esto es, la que tradicionalmente venian aplicando nuestros Tribunales en los casos de mera adicción a las drogas, sin sindrome de abstinencia, mucho miis dificil de demostrar en el proceso.

NUEVO CODIGO PENAL

1	Art. 20.1º Eximente completa inimp.	Medidas de seguridad
2	Art. 20.2" Eximente completa Intoxicación aguda Sindrome de abstinencia	Medidas de seguridad
3	Art. 21.1º Eximente incompleta	Rebaja de pena y/o Medidas de seguridad
4	Art. 21.2º Atenuante genérica Grave adicción	Minimo de pena abstracta Suspensión condicional (6) Medidas de seguridad?
5	Art. 21.6º Atenuante analogica	Minimo de pena abstracta Medidas de seguridad?
6	Art.87 Suspensión condicional Penas hasta 3 añon Aún reincidentes No habitnales	Tratamiento de deshabituacion

Fig. 3

Varios Grupos Parlamentarios presentaron Enrniendas para modificar el Proyecto inicial, entre ellos el propio Partido gobernante. Se trataba de incluir en el catálogo de eximentes los casos de sindrome de abstinencia que repercutieran de tal modo en la psique del sujeto que le hicieran «incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión», expresión que determina el alcance del llamado «efecto psicologico» que ha de darse en el sujeto para considerarle inimputable. Cuando el grado de afectación no fuese tan alto siempre quedaria el recurso de apli-

car la eximente incompleta, permitiendo en todo caso la desviación del sujeto hacia la solución sanitaria del problema, evitando la prisión, al menos hasta su curación[14].

Por otra parte, se propuso la aceptación de una nueva *circunstancia atenuante específica de «grave adicción»* a las drogas, pretendiendo con ello – al menos aparentemente – el reconocimiento de una de las causas miis habituales de atenuación de pena con que se enfrentan a diario nuestros Tribunales. Ahora bien, como tantas veces ocurre, «las apariencias engañan», pues en realidad la normativa que finalmente ha entrado en vigor no va diriga a facilitar la solución del problema, sino miis bien a entorpecerla. En efecto, corno he señalado más arriba, nuestro Tribuna1 Supremo ya habia girado su doctrina sobre la adicción a sustancias como la heroina o la cocaina incliniindose por la aplicación de la eximente incompleta de enajenación mental, lo que no sólo obligada a rebajar la pena sustancialmente, sino que conllevaba la posibilidad de asignar al reo el complimiento de medidas de seguridad para su curación. Sin embargo, al «rebajar» su incidencia desde el 2° al 3° «escalón» (Fig. 3), tal cosa parece inviable de no afiadirse una disposición expresa que lo permita, cosa que el nuevo Código no hace. Por otra parte, la expresa acogida por el legislador de la jurisprudencia «resocializadora» sobre la atenuante analogica desapareció como logica consecuencia de la aparición el texto de una atenuante especifica, motivando todo ello un efecto «perverso»de gran calibre: mientras con la vieja legislación se habian abierto «huecos» resocializadores en materia de drogodependencia, el Nuevo Código reduce las

---

14. Art. 20: «Están exentos de responsabilidad criminal:

1° El que al tiempo de cometer la infraccih penal, a causa de cualquier anomalia o alteración psiquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el proposito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2° El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el proposito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un sindrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Art. 21. Son circunstancias atenuantes:

1ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mecionadas en el número 2° del artículo anterior.

.....

6ª Cualquier otra circunstancia de analoga significación que las anteriores.

posibilidades existentes al situar la mera adicción fuera del alcance de las medidas de seguridad previstas en los articulos 101 y siguientes. Al final, paradójicamente, la nueva normativa es peor que la derogada, lo que obliga al intérprete a buscar salidas razonables a un problema tan grave como este.

Por lo que se refiere a los supuestos de *sindrome de abstinencia,* el Código recoge expresamente la posibilidad de sustituir la pena por medidas (de internamiento o ambulatorias) en sus arts. 102 y 104[15], lo que constituye indudablemente un avance respecto a la legislación derogada, ya que los sujetos que presentan estos síntomas son siempre adictos a drogas que causan una fuerte dependencia, por lo que resulta indicado el tratamiento en esos casos. Quedaria sin embargo por resolver una duda razonable que ofrece el tenor literal del art. 104 CP, del cual parece desprenderse la posibilidad de que las medidas de seguridad sustitutivas de la prisión tengan una duración mayor que la pena de prisión que – en su caso – debiera imponerse al sujeto. En efecto, el precepto dice textualmente: «*...la medida de internamiento sdlo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duracidn no podrá exceder de la de la* pena prevista por el Código para el delito. *Para su aplicacidn se observará lo dispuesto en el arttculo 99*».

La duda interpretativa surge al observarse que el viejo Código no establecia limitación alguna para la duración de las medidas de seguridad en el caso de los inimputables, aunque si cuando se tratara de semiinimputables. Por otra parte, la discusión parlamentaria del nuevo texto legal no arroja luz alguna sobre las intenciones del legislador, pues el debate sobre las

---

15. Art. 102: «1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2° del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditato u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habri durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese limite máximo en la sentencia.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Art. 104: «Enlos supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1°, 2° y 3° del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los articulos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo sera aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.»

Art. 105. En los casos previstos en los articulos 101 a 104, el Juez o Tribunal podrà acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimiento de carácter socio-sanitario.

medidas de seguridad se centro en un terreno flanqueado por las propuestas del sector conservador, que pretendia continuar como hasta ahora, subrayando la distinta función de pena y medida, pero desconociendo olimpicamente las garantias de los inimputables; por la otra parte, se negaba siempre dicha posibilidad, pero subrayando enfaticamente que el limite de las medidas vendria dado por el máximo de la pena abstracta, tal y como se recoge en los arts. 6.2 y 102.1[16]. En favor de una interpretación razonable del art. 104 puede traerse a colación lo dispuesto en el art. 99[17], que regula los mecanismos del sistema vicarial, lo que presupone la previa imposición por el Tribunal de una pena concreta al acusado, que en ningiin caso podrá rebasarse siguiendo la via alternativa de la medida de seguridad.

Por lo que se refiere a la posibilidad de sustituir las penas de prisión por un adecuado tratamiento de deshabituacion cuando se aprecie en el sujeto la condicion de drogadicto, debe advertirse, en primer lugar, que la propia Ley lo reconoce si la pena de prisión no supere los tres años, mediante la formula de la *suspensión condicional* prevista en el art. 87, que presenta un perfil peculiar respecto a la suspensión comiin del art. 81 por resultar aplicable también a sujetos reincidentes[18], aunque en realidad el legislador sólo sustituye dicho requisito por la ausencia de «habitualidad» del condenado, tal y como se define en el art. 94 CP, dificilmente aplicable en el

---

16. Art. 6.2: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni excedel el limite de los necesario para prevenir la peligrosidad del autor.»

Art. 102: «1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al numero 2° del artículo 20 se les aplicarii, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrà exceder del tiempo que habria durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiese sido declarado responsable, y al tal efecto el Juez o Tribunal fijarii ese limite miiximo en la sentencia.»

17. Art. 99: «Encaso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenarii el cumplimiento de la medida, que se abonarii para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se usieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por unaplazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105.»

18. Art. 87: 1. Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numero 2° del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:

1°. Quese certifiquesuficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditato u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

2° Que no se trate de reos habituales.

estado actual del aparato judicial español por cuanto exige tres o más condenas (se entiende que firmes) por delitos similares en un plazo de cinco afios, lo qua exigiria una celeridad procesal que está muy lejos de alcanzarse en nuestro pais.

El precepto que nos ocupa (art. 87 CP), que sustituye al viejo art. 93 bis (sobre el que ya se comentó su escasisima aplicabilidad), puede facilitar el «desvío» del drogadicto hacia los centros de asistencia pues el limite de tres aiios de prisión es susceptible de no ser rebasado en los delitos de mayor incidencia de la drogadicción: robo y tráfico de drogas. En efecto, el marco penal del delito de robo con fuerza en las cosas mantiene, en el peor de los casos, un mínimo de dos aiios de prisión, el mismo de los supuestos menos graves de robo con violencia o intimidación, aunque este último se sitúa en los tres afios y medio cuando se utilizan armas u otros medios peligrosos, a los que desgraciadamente recurren con frecuencia los drogadictos necesitados imperiosamente de dinero para sufragar su adicción. En definitiva, se amplia la posibilidad de eludir la prisión recurriendo a la suspensih condicional.

Para los casos en que tal medida no fuere susceptible de aplicación, la *sustitución de pena por medida* invocando la nueva atenuante de drogadicción tendria las mismas cortapisas que antes de la promulgación de este

---

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorara, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensih de la ejecucih de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinea en el periodo que se sefiale, que sera de tres a cinco afios.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensih de la ejecucih de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que se sefiale, la información precisa para comprobar el comiennzo de aquél, asi como para conocer periodicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar asi como su evolución, las modificaciones que haya de experimentar asi como su finalizacibn.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecucih de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensih sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenerá su cumplimiento, salvo que, oidos los informes conrrespondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos afios.

Art. **81:** «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecucih de la pena, las siguientes:

1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. (...)

2ª Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos afios de privación de libertad. (...)

nuevo Código, razón por la cual estimo que la doctrina iniciada por la STS de 13.6.1990 no tiene por qué verse interrumpida en la actualidad; y por supuesto que lo mismo ocurrirh cuando se aplique la atenuante analogica del art. 21.6".

Por lo demhs, esta argumentación puede ser reforzada acudiendo como apoyo a lo dispuesto en la L.O. *1/1992, de* 21 *de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana,* que instauro la sanción administrativa de multa para quien consumiera en lugares ptiblicos, pero permitiendo al mismo tiempo eludir la sanción previo sometimiento a tratamiento de deshabituación. Desde la óptica del art. 25.2 CE careceria de sentido que el ordenamiento juridico abriera la via sanitaria a los infractores de una ley sancionadora administrativa y que eludiera dar una respuesta coherente a quienes se ven abocados a sufrir pena de prisión, obstaculizando con ello la politica sanitaria del Estado. Frente a esta linea de pensamiento se sittian quienes invocan precipitadamente la finalidad preventivo-genera1de la pena, que si bien es legitima, no se halla por encima de los intereses preventivo-especiales a la hora de sancionar concretamente al autor de un hecho delictivo.

5. DROGADICCION Y NORMATIVA PENITENCIARIA

La Memoria de la Secretaria de Estado de Asuntos Penitenciarios que ha visto la luz hace pocos meses, dedica un apartado especial al problema, donde se subraya que en 1994 se procedió al diseño de una politica global de actuación. La experiencia acumulada en los últimos afios en el tratamiento de drogodependientes en prisión, ha dirigido este Plan que, dentro del marco de las actuaciones realizadas por el Plan Nacional de Drogas, y en estrecha relación con las instituciones extrapenitenciarias que se ocupan de esta problemática.

Los objetivos generales que dirigen la intervención que se define en esta nueva politica global de actuación respecto a la población penitenciaria drogodependiente son los siguientes:

1. Rentabilizar terapéuticamente la entrada en prisión del drogodependiente.
2. Posibilitar la continuidad del proceso rehabilitador en los toxicómanos que lo hubieran iniciado.
3. Estimular el inicio en la rehabilitación de aquellos sujetos que no hubieran tenido previamente contactos serios con dispositivos terapéuticos.
4. Dificultar en la medida de lo posible la hipermarginación del drogodependiente privado de libertad, no sometiéndolo a una identificación y estigmatización discriminatoria dentro de la dinamica penitenciaria.

En relación con los programas de prevención, en 1994 el número de internos sometidos a desintoxicación ascendió a 5.389, mientras que 2.759 lo fueron a deshabituación ambulatoria. En este terreno tiene especial im-

portancia el art. 57.1 del Reglamento Penitenciario, en virtud del cual los internos toxicómanos cumplen su condena en centros extrapenitenciarios para drogodependientes; en 1994 casi 500 reclusos fueron «desviados» hacia las Comunidades Terapéuticas.

Conviene afiadir que en el ambito estrictamente penitenciario la legislación espafiola dispone de instrumentos que permiten, ya en última instancia, «desviar» el problema de la toxicomania hacia centros sanitarios. En efecto, el art. 36.2 de la Ley Organica General Penitenciaria advierte que «además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en casos de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios». Se permite, además, que los internos sean tratados (a su costa) por servicios médicos ajenos a las Instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho (art. 36.3 LOGP). Por su parte, el art. 147 bis del Reglamento que desarrolla la LOPJ establece que cuando no existan Centros hospitalarios penitenciarios próximos al lugar donde radique el establecimiento en que se encuentre el interno o por ser *los* servicios hospitalarios penitenciarios inadecuados para una *correcta asistencia* sanitaria de *los* internos, el tratamiento se realizará en Centros hospitalarios no penitenciarios. Pero la medida más importante es, sin duda, el art. 57.1 del Reglamento Penitenciario, que en su párrafo quinto establece:

> *«Tratándose de penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadiccibn, necesiten de un tratamiento específico, la Dirección General [s.c. de Instituciones Penitenciarias] podrà autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia y condicionando ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institucibn que le haya de acoger y los controles que establezca el propio centro directivo.»*

Debe advertirse que, según las estadisticas oficiales, en 1994 sólo un 13,1% de los reclusos se hallaban en Tercer Grado, siendo aplicable a ellos unicamente la última disposición citada, lo que matiza bastante su efectividad, pero sirva también para valorar como es debido la incidencia real del art. 57.1 del Reglamento Penitenciario, pues si casi 500 reclusos fueron tratados fuera de prisión eso quiere decir que el porcentaje de «efectividad» de la citada disposición es muy alto, lo que abona por su mantenimiento en el ordenamiento juridico espafiol.

ABSTRACT

L'autore, dopo aver sottolineato la stretta relazione esistente tra consumo di droga e criminalità, pone specialmente l'accento sul trattamento riservato al consumatore di droga che commette un reato ai sensi del nuovo codice spagnolo di diritto penale in vigore da alcuni mesi. L'attuale disci-

plina, rispetto a quella precedente, privilegia le strategie di trattamento disintossicante del soggetto che, dedito all'uso di sostanze stupefacenti, abbia commesso un crimine. A questo scopo – puntualizza l'autore – il nuovo codice ha, tra le altre cose, rafforzato l'istituto della sospensione condizionale della pena che, nel caso di soggetti dediti alla droga, può anche essere applicata ai recidivi. Per di più, in questa visione si sottolinea come il nuovo codice accetti, per quei soggetti in sindrome di astinenza, la possibilità di sostituire la pena con l'ospedalizzazione o misure alternative, volte globalmente alla loro riabilitazione o risocializzazione.

The Author, after stressing the strict relationship existing between drug addiction and criminality, especially emphasises the treatment of the drug addict committing an offence, as envisaged by the new Spanish Criminal Code in force since a few months ago.

Conversely from the provisions of the previous rules, the current discipline in fact privileges the strategies of treating the detoxification of the narcotic user who, due to his/her own state of drug addiction, has committed a crime. To this purpose – the Author points out – the new Spanish Criminal Code has, among other things, strengthened the institute of the conditional suspension of sentence that, in the case of drug addicts, can also be granted to recidivous subjects. Furtherrnore, within this view it is underscored how the new Code accepts, for those drug addicts suffering from the abstinence syndrome, the possibility of replacing the sentence with hospitalisation or cutpatient measures, and how, more generally, the objectives of penitentiary regulations as regards drug addicts tend globally to favour their rehabilitation and re-socialisation.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

ARRIGO D. MANFREDINI

GLI UFFICIALI TERRIBILI E I DONI DEI RURALI (CTh.11,11,1)*

1. – Tra le infinite forme della corruzione della pubblica amministrazione tardo imperiale[1], da giudicarsi particolarmente odioso è il fatto del pubblico amministratore che, per illecito guadagno, non si limita a falsificare pesi e misure, non fa esazioni annonarie superiori al dovuto, non rubacchia in qua *e* in là, non percepisce *sportulae* quando non deve, non emana sentenze ingiuste colludendo con uno dei litiganti, ma minaccia un male, terrorizza, e non dà in cambio nulla che paura[2]. Il terrore a scopo di estorsione a danno dei rurali.

Quanto più si dilegua il meriggio del principato, quanto più si infittisce lo stuolo degli ufficiali[3], quanto più si accentua la frattura tra campagna e città[4], sia pure nella progressiva decadenza di queste ultime, tanto più robusto si presenta il fenomeno.

---

* Comunicazione tenuta al convegno internazionale promosso a Catania nel 1995 su «Corruzione e mondo antico». Questo testo comparirà anche negli Atti del convegno.

1. In generale, A.H.M. JONES, The later Roman Empire, Oxford 1964, p. 391 ss., 1054 ss. Citiamo la trad. ital., Milano 1973, I, p. 468 ss.; III, p. 1517 ss. Più recentemente, v.: W. SCHULLER, Grenzen des spatromichen Staates: Staatspolizei und *Korruption,* in Zeitschrift für Papyr. und Epigraphik, 16, 1975, p. 1 ss.; P. VEYNE, *Clientèle* et *corruption* au sewice de *l'état:* la vénaiité des offices dans le Bas-Empire *Romain,* in Annales, 36, 1981, p. 339 ss. Aspetti particolari, soprattutto sull'acquisto delle cariche: F. DE MARTINO, Storia della costituzione romana, V, 1975², p. 385 ss.; CL. COLLOT, La *pratique et l'institution du suffragium* au Bas-Empire, in RH, 43, 1965, p. 185 ss.; D. LIEBS, *Ämterkauf* und *Ämpterpatronage* in der Sptantike. Propaganda und Sachzwang bei *Julian dem Abtrünnigen,* in ZSS 95, 1978, p. 158 ss. Vedi ache N. LEWIS, On Official *corruption* in Roman Egypt: The Edict of Vergilius Capito, in Proceed. Americ. Philosoph. Sos. 98, 1954, p. 153 ss.

2. Vedere, sulle diverse forme di violazione dei doveri d'ufficio dei funzionari, K.L. NÖTHLICHS, Beamtentum und Dienstvergehen, Wiesbaden 1981, p. 56 ss.

3. Ci limitiamo a citare i lavori di: R. MCMULLEN, Roman Bureaucratese, in Traditio 18, 1962, p. 364 ss.; Soldiev and *Civilian* in the Later Roman Empire, Cambridge/Mass., 1963; *Social Mobility* and the Teodosian Code, in JRS 54, 1964, p. 49 ss.; A. GIARDINA, Aspetti della burocrazia *nel* basso impero, Roma 1977; K.L. NÖTHLICHS, Beamtentum, cit., con ricca letteratura specifica.

4. Non si vuole certamente dire che la città in quanto tale fosse preservata da fenomeni di corruzione amministrativa, anzi: I. HAHN, *Immunität* und *Korruption* der

Fenomeno che parte da lontano.

Già la lex Iulia *repetundarum* sanciva la inusucapibilità di donazioni fatte a proconsoli e pretori in provincia[5] e l'invalidità di vendite e locazioni[6]. A proposito di compravendita, ai magistrati[7] era consentito, nella provincia o nel luogo dove esercitavano il loro ufficio, comprare soltanto lo stretto necessario per vivere[8]: tutto questo rigore dipendeva dal fatto che il consenso del venditore poteva essere estorto con la minaccia di un male. Vanno ricordate le parole di Cicerone[9]: quae fuit causa cur *tam* diligenter nos (magistrati) in provinciis ab emptionibus *removerent?* Haec, iudices, quod putabant *ereptionem* esse, non emptionem, *cum* venditori suo arbitratu vendere non liceret...

Quindi, altro che compravendita. Si trattava di vere e proprie rapine perché al venditore non era consentito seguire la sua volontà ma gli era estorto il consenso.

I giuristi dell'età degli Antonini e dei Severi appaiono consapevoli di questo fenomeno ma anche assai prudenti. Per invocare la *metus* causa e potere ottenere una restituzione in integro adducendo che l'atto giuridico era stato concluso per violenza o timore indotti da un magistrato, si doveva trattare, dicono Pomponio e Ulpiano[10], di una violenza morale atrox. I1 comportamento del magistrato del popolo romano o del preside della provincia doveva essere ingiusto come lo sarebbe stato se, ad esempio, avessero estorto del denaro a qualcuno con il terrore della morte o delle percosse: terrore extorquere.

Curialen in Sptantike, in W. SCHULLER (Hrsg.), *Korruption im Altertum,* Munchen, Wien 1982, p. 179 ss. Si vuole piuttosto richiamare l'«acuto antagonismo tra città e campagna» (M. ROSTOVZEV, Storia economica e sociale *dell'impero* romano, trad. it., Firenze 1953, p. 581 ss.) e fenomeni di affidamento protettivo, da parte di possessores e coloni, ai soldati e ai loro ufficiali, non sempre disinteressati (LIB. de patrociniis, or. 47; v. J. HARMAND, *Libanius,* Discours sur les patronages, Paris 1955; M. CARRÉ, Patronage et propriété *militaire* au *IV^e s.*, in Bull. Corr. Hell. 100, 1976, p. 159 ss. Questo abbandono dei rurali ai loro «protettori»,il senso del debito nei loro cofronti, devono aver favorito il fenomeno dell'estorsione di donativi e di servizi anche semplicemente attraverso il timore reverenziale.

5. D.48,11,8 pr. (Paul. 54 ad ed.).

6. D.48,11,8,1 (Paul. 54 ad ed.). Successivo sviluppo, con divieto di compera per interposta persona e l'*aestimatio* della vendita a favore del fisco, in D.49,14,46,2 (Herm. 6 *iuris epitom.*).

7. Anche ai soldati: D.49,16,13 pr.1.2. Cfr. CTh.10,3,2.

8. Importante è il passo di Ulpiano in D.1,16,6,3 (1 de off. proc.): Et quod *mandatis* continetur, ne *donum vel munus* ipse proconsul *vel* qui in *alio* officio erit accipiat *ematve* nisi victus quid cottidiani causa ad xeniola non pertinet, sed ad ea quae *edulium* excedat *usum.* Sed nec xenia producenda sunt ad *munera qualitatem.* Su questo passo v. oltre, nel testo. Per l'acquisto a titolo di vendita, v.: D.18,1,46 Marc. *l.s.* de delatoribus e D.18,1,62 pr. Mod. 5 reg.; D.20,1,24 (Mod. 7 differ.).

9. CIC. Verr. 4,5.

10. D.4,2,3,1 (Ulp. 11 ad ed.). Ulpiano cita Pomponio.

Anche i primi imperatori del periodo burocratico sembrano accostarsi al fenomeno con una certa cautela. Nessuna dignità deve nuocere, dicono Diocleziano e Massimiano, ma non basta che la controparte abbia una dignità, ad esempio senatoria, per arguire che un contratto sia stato concluso metus causa, e quindi pretendere la restituzione in integro[11] invocando la causa metus. Bisogna provare la minaccia di fatti gravi, non una semplice iattanza del magistrato o qualche diverbio[12] con esso.

Due costituzioni di Costantino[13]. Dalla prima, assai difficile[14] e corrotta, ne quis in administratione constitutus aliquid compararet, si ricava che l'*administrans* un pagus non poteva comperare non solo nel pagus dove geriva l'ufficio ma neppure in un altro villaggio; le cose comprate sarebbero state fiscali[15]. La seconda costituzione, del 334, si riferisce alle compere dei *numerarii,* dal *vorax* et fradulentum... propositum[16], famigerati ufficiali dei giudici e dei rettori che trattavano i pubblici conti delle città[17]; i venditori, dice Costantino, rendano inefficaci queste vendite estorte, a loro ritorni la proprietà e che i compratori, cioè gli amministratori, siano puniti anche con la perdita del prezzo.

Costantino, nel 326[18], proclama che se qualcuno ha avuto timore di una persona costituita in un ufficio mediocre ed ha a questa trasferito, a titolo di vendita, una cosa situata nella stessa provincia o luogo in cui tale persona esercita il suo ufficio, avrà diritto ad avere indietro la cosa senza restituire il prezzo. E lo stesso se si è stati depredati da chi ha abusato del nome del proprio coniuge o di un amico.

2. – I1 fenomeno degli amministratori che profittavano del timore reverenziale suscitato dalla loro carica nella gente comune sembra avere destato una particolare attenzione in Valentiniano I[19]. Di lui Ammiano dice che fu particolarmente moderato verso i provinciali rendendo ovunque più sopportabili le imposizioni tributarie[20]. Forse – ci rendiamo conto della ovvie-

---

11. C. 2,19,6 a. 294 Diocleziano e Massimiano.
12. C. 2,19,9 a. 300 Diocleziano e Massimiano.
13. CTh. 8,15,1. 2 tratte dal titolo *de his, quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata.* Su questi provvedimenti e quelli di età successiva, v.: A.H.M. JONES, *Il tado impero romano,* cit., I, p. 487; C. DUPONT, *La vente et les constitutions socio-économiques dans l'empire romain de 312 à 535 après Jésus-Christ,* in RIDA 19, 1972, p. 275 ss.
14. J. GOTHOFREDUS, ad loc. cit., in *Codex Theodosianus, Opus...recognitum et ordinatum...opera et studio Antonii Marvillii...,*II, Lipsiae 1737, p. 666.
15. Ciò contrasterebbe con la disciplina emergente in D.49,14,46,2; C.2,19,11; D.48,1,46.
16. CTh.8,1,4 = C.12,49,1.
17. CTh. 8,1,6. Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus,* cit., II, , p. 668.
18. CI. 2,19,11.
19. Sorprendente analogia con Valentiniano III in Nov. Val. 1,3,2.
20. AMM.30,9,1.

tà di questo rilievo – lo hanno influenzato le sue ascendenze[21]. Della sua legislazione vogliamo ricordare alcuni provvedimenti che più immediatamete sembrano rispondere alla preoccupazione di porre un rimedio contro il ricatto della paura inculcata dagli ufficiali.

Uno sguardo rapido alle tre leggi inserite nel titolo del Teodosiano De his, quae administrantibus *vel* publicum *officium* gerentibus *distracta* sunt *vel donata*[22]. Due portano la data del 364 e del 365 e la terza, di data incerta, è significativamente, per quel che diremo dopo, indirizzta al prefetto del pretorio Probo. Era vietato fare acquisti, nella provincia dove si amministrava l'ufficio, di fondi (*possessiones* e aedes), di schiavi e anche di mobilia. E anche per interposta persona. Ad eccezione dei beni paterni che era lecito comperare, forse per evitarne la dispersione[23], purché la vendita avvenisse sotto l'occhio garante del rettore. I1 divieto concerneva tutti i funzionari publicum *munus agitantes*[24]: le dignità più alte, le medie e le minime[25] (*illustres,* spectabiles et *clarissimi*). Se la vendita aveva comunque avuto luogo, era ammessa la rivendica da parte del venditore con trattenimento del prezzo, anche presso terzi acquirenti di buona fede. C'era la possibilità della rivendica da parte del fisco se dopo cinque anni il venditore provinciale non avesse fatto valere il suo diritto[26].

Sempre in questo torno di tempo ci pare significativo ricordare alcuni interventi, sempre di Valentiniano I, in materia di annunci di pubblica letizia[27], ispirati a vietare l'imposizione arbitraria di balzelli ai pauperes e ai *tenuiores*[28], con la proibizione di qualsiasi forma di coartazione[29]: nessun ufficiale esiga, nessuno chieda, si devono accettare solo offerte spontanee[30].

---

21. Un padre dalla umile origine nato in campagna, che da adolescete andava in giro vendendo funi: AUR. VIC. ep. Caesar. 45,2; AMM.30, 7, 2.

22. CTh.8,15,3.4.5. Esso è abrogato da Val. Nov. 10 e nessuna delle costizioni è presente in C.1,53 de contractibus *iudicum, vel eorum* qui sunt circa eos inhibendis donationibus in eos faciendis et ne *administrationis tempore* proprias aedes *aedificient sine* sanctione *pragmatica,* con legge unica di Giustiniano.

23. Già in precedenza erano ammesse le compere dei beni di famiglia quando fossero distratti dal fisco: D.49,16,9, forse perché, come osserva J. GOTOFREDO, Cod a Theodosianus, cit., II, p. 617, il fisco poteva sufficientemente cautelasi rispetto al prezzo giusto.

24. CTh.8,15,4.

25. CTh.9,15,5 pr.: gli assessori dei rettori, advocati *fisci,* principes *officiorum, cornicularii, commentarienses, tabularii* (sia delle province che delle città), i *numerarii* del prefetto del pretorio, i vicarii dei rettori delle province, gli ordinarii per singoli uffici, gli aactores, sia degli uffici sia della città, discussores, censitores, principaies, curatores. Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex* Theodiosianus, ad loc. cit.

26. CTh. 8,15,5. C'è poi la legge di Teodosio sulle donazioni che entro cinque anni si possono infirmare (CTh. 8,15,6).

27. CTh.8,11,1.2.3.

28. CTh.8,11,1.

29. CTh.8,11,2.

30. CTh.8,11,2.

È utile anche ricordare che, secondo Mommsen proprio nel 364, Valentiniano I ha emanato, indirizzandola sempre al prefetto del pretorio Probo (prefetto del pretorio dell'Illirico, dell'Italia e dell'Africa) la disputata costituzione sulla creazione del *defensor civitatis*, affinché *plebes omnis Inlyrici officiis patronorum contra potentium defendatur iniurias*; e c'è chi ha sostenuto che tra i *potentes*[31] a cui Valentiniano voleva oppporsi, ci fosse il fisco[32].

3. – E veniamo finalmente alla costituzione che più direttamente ci interessa. Emanata in un anno incerto (forse il 368 o il 370 o il 373), indirizzata al prefetto del pretorio dell'Illirico Probo, inserita come costituzione unica in CTh.11,11,1 *Ne damna provincialibus infligantur*, infine ripresa, interpolata, in CI 11,55, 2 sotto il titolo *Ut rusticani ad nullum obsequium devocentur*. Eccone il testo del Teodosiano: *Si qui eomm, qui provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversis agunt officiis principatus et qui sub quocumque praetextu muneris publici possunt esse tewibiles, rusticano cuipiam necessitatem obsequii quasi mancipio sui iuris inponat aut servum eius vel forsitan bovem in usus proprios necessitatesque converterit sive xenia aut munuscula, quae canonica ex more fecerunt, extorserit vel sponte haec quae improbata sunt oblata non refutaverit, ablatis omnibus facultatibus ultimo subiugetur exitio et nihilo minus rusticanum, qui se in eiusdem operas sponte propria detulisse responderit, par poenae severitudo constringat. Eadem vero circa eos censura servetur, qui xenia aut munera deferri sibi a possessoribus cogunt aut oblata non respuunt.*

Questa costituzione centra in pieno il fenomeno che ci interessa, cioè ripetiamolo, quello degli amministratori che, soprattutto nei più vulnerabili ambienti rurali, strumentalizzavano il timore reverenziale suscitato dalla loro funzione pubblica per estorcere servizi e doni[33].

La legge si rivolge a tutti gli amministratori, nel senso più ampio[34], che con qualunque pretesto di una esazione[35], possono essere terribili. Solo alcuni espressamente indicati: i componenti degli uffici dei rettori e i principi degli uffici[36].

---

31. A. WACKE, Die potentiores in den *Rechtsquellen...*, in ANRW, II, 13, 1980, p. 562 ss.

32. CTh.1,29,1. Cfr. J. LALLEMAND, *L'admninistration* civile de *l'Egypte* de *l'avènement* de *Dioclétien* à *la* création du diocèse *(284-382)*, Bruxelles 1964, p. 117. J. HÖPFFNER, Un aspect de la Zutte de Valentinien I. *contre* le sénat. La création *du* defensor *plebis*, in RH, 182, 1938, p. 225 ss.

33. Citiamo ancora una volta la Nov. Val. 1,3,2 che richiama fortemente, nel motivo insistito del terrore extorquere da parte degli ufficiali nei confronti dei *possessores*, la legge in discorso.

34. K.L. NÖTHLICHS, *Beamtentum*, cit., p. 30.

35. J. GOTHOFREDUS, *Codex* Theodosianus, IV, Lipsiae 1740, p. 100.

36. Sui *principes officiorum* v. K.L. NÖTHLICHS, *Beantentum*, cit., p. 39 ss., passim.

E veniamo alla prima prescrizione[37]: l'*obsequium* imposto quando non è *necessarium*. In questa epoca il termine *obsequium* indica anche il *munus* civile o *publicum*[38], che, se preteso a termini di legge[39], è necessario, cioè cogente, altrimenti è arbitrario.

«Se qualcuno degli ufficiali impone a un rurale la necessità dell'ossequio come se il rurale fosse un suo schiavo, o abbia convertito in usi propri o proprie necessità un servo del rurale o magari un bue, confiscati tutti i beni, soggiaccia all'ultima rovina. Non di meno una pena ugualmente severa costringa il rusticano che abbia risposto di avere dato se stesso spontaneamente in tali opere». E fin qui non c'è alcun problema interpretativo. L'attenzione dell'imperatore è attratta dai servizi personali che il singolo ufficiale può chiedere e ottenere, immaginiamo, anche solo gravi supercilio. La sanzione è pesantissima. Quel che è più sorprendente – e nello stesso tempo rivelatore della volontà di colpire in radice il fenomeno – ci sempra la sanzione a carico del rustico: se questi, interrogato[40], dice che ha offerto i suoi servizi spontaneamete, è punito allo stesso modo dell'ufficiale. E si tratta senz'altro di un espediente escogitato per impedire che i rurali ammettessero con disinvoltura di avere agito spontaneamente al fine di «coprire» l'ufficiale, nella consapevolezza realistica del legislatore che si sarebbe trattato di un'ammissione anch'essa estorta con la paura[41].

4. – Ed ora veniamo alla parte della costituzione che pone di gran lunga i maggiori problemi interpretativi. Si tratta del luogo in cui Valentiniano dispone la seconda proibizione. Dopo i servizi, sono proibiti i doni. Sorprendentemente, questa parte della costituzione ci sembra negletta da J. Gotofredo, il quale, senza discussione del testo, pare dare per scontato che xenia, munuscula e *munera* sono la stessa cosa e che la legge di Valentiniano li avrebbe proibiti indiscriminatamete[42]. A noi sembra che il testo sia assai più espressivo e lo rendiamo così:

---

37. J. GOTHOFREDUS, loc. cit., distingue tre proibizioni: 1) il richiedere al rustico un'opera come se fosse schiavo dell'ufficiale; 2) utilizzare uno schiavo o un bue del rustico come se fosse proprio; 3) esigere dai rusticani, come se fossero dovuti per legge, xenia o *munuscula*. Come si vedrà nel testo e alla nt. 41, non ci sembra condivisibile l'appiattimento del terzo punto.

38. Cfr. Thes. l.l., s.h.v., 2b.

39. D.50,4,1,2.

40. J. GHOTOFREDUS, op. cit., p. 103.

41. È il caso di citare, ma seguite da un punto di domanda, le seguenti parole di P. VEYNE, *Clientèle* et *corruption,* cit., p. 355 nt. 26: Les empereurs répètent périodiquement ces nobles interdictions, non parce qu'il sont impuissant à y mettre fin, mais pour donner d'eux-même une idée élevée.

42. J. GHOTOFREDUS, op. cit., p. 100. Se abbiamo rettamente inteso, nel pensiero dell'a. la legge avrebbe colpito xenia aut *munuscula* che gli ufficiali esigevano dai rusticani come se fossero canonici, cioè dovuti, e quelli che erano *tamquam* canonica, quali il *coenaticum,* il *salgamum,* le stillaturae. Secondo TH. MOMMSEN, Romisches *Strafrecht,* Leipzig 1899, p. 715 s., questa legge di Valentiniano I avrebbe

Si qui eorum, qui provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversi agunt officis ... et qui ... possunt esse terribiles *necessitatem obsequii ... imponat ... converterit sive xenia aut munuscula,* quae canonica ex more (qui provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversis agunt officis ... et qui ... possunt esse terribiles) fecerunt, *extorserit vel sponte haec quae inprobata sunt oblata non refutaverit...*; segue la sanzione della confisca e della morte, ma non applicabile, nel caso dei doni, ai rurali. Quindi c'è una ripetizione: *Eadem vero circa eos censura servetur, qui xenia aut munera deferri sibi a possessoribus cogunt aut oblata non respuunt.*

Traduciamo letteralmente. «Se chi – di coloro che obbediscono ai rettori, che operano nei diversi uffici e possono essere terribili – imponga ad un rusticano la necessità dell'ossequio... o abbia convertito in uso proprio uno schiavo od un bue, sia che abbia estorto *xenia* o *munuscula* – che (coloro che obbediscono ai rettori, che operano nei diversi uffici e possono essere terribili) hanno resi canonici in via di consuetudine – o questi munuscoli che non sono ammessi, spontaneamente offerti non li abbia rifiutati, confiscati tutti i beni, soggiaccia all'ultima rovina... Ma la medesima censura di essi (l'ufficiale che estorce il servizio e il rustico che l'abbia spontaneamente offerto) sia assicurata contro quelli che costringono che gli *xenia* o i *munera* siano portati a loro dai possessori o offerti non li respingano».

Posto che questa lettura sia filologicamente corretta, gli interrogativi sul contenuto si affollano. In che consiste effettivamente la proibizione? Cosa sono, per questo testo giuridico – e nella tradizione giuridica – gli *xenia* e i *munuscula?* Sono la stessa cosa o cose diverse? C'è diversità tra *munuscula* e *munera?* Nell'ultima frase infatti non si tratta più di *xenia* e *munuscula* ma di *xenia* e *munera.* Perché Giustiniano sopprime questa frase, come vedremo?

Per restare sul terreno strettamente sintattico, la relativa *quae canonica ex more fecerunt* si riferisce agli *xenia* e ai *munuscula* o ai soli *munuscula?* E parimenti, *haec quae improbata sunt* si riferisce agli *xenia* ed ai *munuscula* o ai soli *munuscula?*

5. – La nostra proposta di interpretazione prende le mosse da abbastanza lontano. Precisamente dalla accoppiata *donum munus* che, a quanto sembra, già la *lex Cincia* vietava fossero percepiti da oratori o patroni. *Donum,* liberalità del tutto spontanea, è il genere e *munus* la specie ovvero il *donum cum causa,* come dice Ulpiano citando Labeone[43], o *officii causa*[44] come dice Festo-Paolo Diacono. Il *munus* è il dono indotto dalle usan-

---

vietato anche l'accettazione delle piccole liberalirà, come commestibili, bevande e altri minuti oggetti dopo che i funzionari subalterni furono sottomessi alla legge di repetundae. Stesso appiattimento in K.L. NÖTHLICHS, *Beamtentum,* cit., p. 121: Ein Beamter darf nichts erpressen und keine Geschenke annehem.

43. D.50,16,194 (Ulp. 43 ad ed.).

44. Fest.,Paul., exc. sv. munus (L.125).

ze ma pur sempre spontaneo quale il *natalicium*, il *nuptalicium*[45] e numerosi altri donativi fatti in determinate circostanze[46].

Il divieto di dona e munera va di pari passo con le *leges repetundarum*[47]. Conosciamo, nella *lex Iulia*, il divieto per il magistratio e per chiunque altro avesse un ufficio o una carica pubblica, di ricevere pecunia a meno che non si trattasse di parenti o della moglie. Così D.48,11,1 (Marc. 14 inst.): Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex coorte cuius eorum est. Excipit lex, a quibus licet accipere: a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore.

Una qualche mitigazione risulta per il magistrato urbano da D. 48,11,6,2 (Ven. Sat. 3 iud. pub.):... utque urbani magistratus ab omni sorde se abstineat neve plus doni muneris in anno accipiant, quam quod sit aureorum centum. Dunque, il magistrato urbano si astenga da ogni nefandezza e non accetti – in dona munera – più del corrispondente di cento aurei all'anno.

Un plebiscito applicato ai presidi delle province sanciva che costoro non prendessero nessun munus donum ad eccezione di un po' di cibi e bevande da consumarsi nei giorni immediatamente successivi. Così D. 1,18,18 (Mod. 5 reg.): *Plebiscito* continetur, ut ne quis *praesidum* munus donum caperet nisi *esculentum potulentumve*, quod *intra* dies *proximos* prodigatur. Non dimentichiamo che questo testo, all'interno della compilazione, per un verso ribadisce il divieto, variamente documentato, per i magistrati provinciali di ricevere dona e munera, per altro verso è l'unica testimonianza a dirci che le solo regalie ammesse erano commestibili.

Divieto, quello di accettare munera, molto rigido che non si aggirava quando il munus era un *munusculum*. Plinio il Giovane ci racconta della difesa di Giulio Basso, accusato di *crimen* repetundarum, per avere accettato contro la legge che vietava di ricevere qualunque munus dai provinciali[48], a sentire lui solo dei *munuscula*, oltre a tutto ricambiandoli, e solo in occasione del compleanno e dei Saturnalia[49]. Tutti lo sapevano. Lui l'aveva detto in giro, persino all'imperatore[50]. Da qui l'imbarazzo di Plinio che, come difensore, non poteva negare la violazione della legge. Segno evidente che, anche se il regalo di circostanza era piccolo, cioè un *munusculum*,

---

45. Per la diffcile interpretazione di D. 50,16, 214 (Marc. 1 *publ.* iud.) v. P. FERRETTI, Le liberalità d'uso e i comici latini (gratuità ed obbligatorietà nello scambio dei donativi), in AUFE 9, 1995, p. 224.

46. Vanno, crediamo, esclusi da questa nozione di *munus* come *donum cum* causa tutti quei casi in cui una elargizione è espressione di un *officium* giuridico e non morale. Altra nozione – questa di *munus* come *officium* – che si affianca ad una terza nozione nel senso di onus: D.50,16,18 (Paul.9 ad ed.) e 50,16,214 (Marc.1 pub. iud.).

47. Un massimale di donativi era fissato in danaro nella lex Acilia repetundarum, 2 (FIRA, I, p. 86).

48. PLIN. *ep*.4,9,6.7.

49. PLIN. *ep*.4,9,7.

50. PLIN. *ep*.4,9,7.

era pur sempre un *munus*[51]. Da qui la plausibilità dell'assunto che, rispetto al divieto di donativi ai magistrati provinciali, *munus* e *munusculum* non facessero differenza.

6. – Ed ora leggiamo D.1,16,6,3 (Ulp. 1 *off. proc.): Non vero in totum xeniis adstinere debebit proconsul, sed modum adicere, ut neque morose in totum abstineat neque avare modum xeniorum excedat. quam rem* divus *Severus et imperator Antoninus elegantissime epistula sunt moderati, cuius epistulae verba haec sunt: «Quantum ad xenia pertinet, audi quid sentimus: vetus proverbium est:* οὔτε πάντα οὔτε πάντοτε οὔτε παρὰ πάντων. *Nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est et omnia avarissimum*». Fermiamoci un momento. Orbene, il console non dovrà astenersi del tutto dagli *xenia* ma attenersi ad una misura che non sia di sdegnosa astensione ma neppure di avaro superamento della misura.

Ma cosa sono gli *xenia*[52] che il magistrato provinciale può accettare, sia pure con moderazione?

Il significato giuridico del termine, con riferimeno ai regali ai magistrati provinciali, ce lo apprende la prosecuzione del passo di Ulpiano citato sopra, il quale acquista, ai nostri fini, un fondamentale valore documentale perché sono richiamati i mandati imperiali, come noto destinati a dettare le istruzioni per i magistrati delle province. Leggiamo il seguito di D.1,16,6,3 (Ulp. 1 *off. proc.): et quod mandatis continetur, ne donum vel* munus *ipse proconsul vel qui in alio officio erit accipiat ematve quid nisi victus cottidiani causa, ad xeniola non pertinet, sed ad ea quae edulium excedant usum. sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem.* Dunque, la prescrizione contenuta nei mandati, per cui il proconsole od un altro ufficiale non dovono accettare *donum* vel *munus* né comprare qualcosa se non per procurarsi il vitto quotidiano, non riguarda gli *xeniola* ma quelle cose che vanno oltre l'uso dei mangerecci.

Allora, se la prescrizione di non prendere *dona* e *munera* concerne tutto quello che non è cibo, gli *xenia* – che, all'opposto, possono essere accettati – sono donativi alimentari.

Del resto, già ai tempi di Catone il vecchio, quando era legato provinciale, molte persone davano ai pretori e ai consoli *vinum honorarium*: mai il censore lo accettò, neppure come privato[53].

---

51. Tanto per avere un'idea di un *munusculum,* si può ricordare SUET. Aug. 98,3 che menziona i munuscula elargiti da Augusto e ricorda, al riguardo, delle toghe. Il fatto che fonti atecniche menzionino *munuscula* che parrebbero lecitamente elargibili a funzionari [SIDON. APOL. *epist.,* V,7 (PL 58 col.537)], non può inficiare il tecnicismo semantico dei termini emergente dalle fonti giuridiche.

52. Gli xenia, in generale, sono i regali che si fanno agli ospiti, o ancor più genericamente, i regali. Cfr. FORCELLINI, shv. PLINIO, *ep.*6,31, racconta che, con tutto il *consilium* riunito nella amena località di Cento Stanze, il principe era solito intrattenersi a cena, poi si ascoltava musica, quindi si avevano piacevolissimi conversari e alla fine della serata abeuntibus *nobis tam* diligens in Caesare *humanitas,* xenia sunt *missa.*

53. ISID. *etym.* 20,3,8.

È quindi risalente la traccia che porta a riconoscere, negli xenia consentiti ai magistrati provinciali, delle vivande. Quell'oscuro plebiscito di cui dà conto il passo di Modestino in D.1,18,18 non deve essere stato estraneo al fenomeno. Da quel momento, probabilmente, la disciplina dei donativi ai magistrati nelle province deve avere avuto due punti fermi: divieto dei donativi di qualsiasi genere ed ammontare (dona, munera o rnunuscula), sola liceità dei donativi consistenti in moderate quantità di cibo (detti tecnicamente xenia o *xeniola*[54]). Moderate quanità, come avvertono le ultime parole di Ulpiano. Infatti, osserva il giurista, gli xenia non devono avvicinarsi alla sostanza dei rnunera: sed nec xenia producenda sunt ad *munerum* qualitatem.

7. – Su di un lungo tracciato che va, forse, dalle prime leges *repetundarum* e si sviluppa, ben documentato, fino ad età tacdoseveriana (Ulpiano cita mandati imperiali e l'epistola di Settimio Severo e Antonino Caracalla), si è assestata la regola per cui i magistrati provinciali non potevano accettare dona, munera o munuscula, ma solo xenia o xeniola, cioè moderate quantità di vivande. Questa regola vale ancora per Giustiniano che accoglie nel Digesto i passi ora visti. È più che verosimile che la stessa regola valesse anche alla metà del IV secolo quando Valentiniano, a fronte delle clamorose violazioni alle quali era sottoposta dalla turba insolente degli ufficiali dell'amministrazione, si è deciso a scendere in campo.

8. – Ed ora riprendiamo il testo della costituzione per restituire ad esso quello che crediamo sia il suo senso più plausibile.

1) Se un ufficiale abbia estorto xenia, owero donativi che era lecito ricevere ma solo se offerti spontaneamente: prima infrazione, estorsione dei donativi leciti, gli xenia.

2) Se un ufficiale abbia estorto *munuscula* che loro, gli ufficiali, hanno resi canonici per consuetudine, ma che sono illeciti (quae canonica ecc. si riferisce solo a munuscula non a xenia): seconda infrazione, estorsione di donativi illeciti anche se nella prassi tendevano ad essere imposti come obbligatorii, i munuscula.

3) Se un ufficiale non abbia rifiutato l'offerta di «questi che sono vietati», cioè dei munuscula: questa è la terza ed ultima infrazione, l'accettazione di donativi vietati anche se offerti spontaneamente, i munuscula.

9. – Ci sembra che la lettera del testo non opponga resistenza a svelare la vecchia trama dei dona, munera, munuscula, da una parte, e degli xenia dall'altra, rispettivamente i donativi da sempre proibiti e quelli da sempre ammessi. Valentiniano non altera lo schema. Nella sostanza nulla cambia. Come prima, gli xenia potevano essere accettati dai magistrati funzionari; ma, con tutta probabilità anche in epoca precedente, non potevano essere

54. J. CUIACIUS, *Observ.* et emendat. Zib. VI, cap. *XVII*, in Opera, I, Prati 1836, col. 241 afferma: pessime enim quidam haec omnia confundunt, donum, munus, xenium...

estorti. Come in precedenza, i munera non potevano essere accettati neanche se offerti spontaneamente (non c'è un solo indizio, che noi sappiamo, in tutta la tradizione delle repetundae, dal quale si possa assumere che la spontaneità del dono assolvesse il magistrato) e tanto meno essere estorti.

Quello che appartiene a Valentiniano è il gesto politico, lo scatto di ira furibonda contro le continue violazioni, contro l'arroganza del potere che intimidisce i più deboli e li impoverisce: da qui la sanzione della morte e della confisca dei beni al posto della tradizionale azione nel quadruplo che i rustici dei villaggi mai avrebbero potuto praticamente esercitare o dell'esilio inflitto extra ordinem.

Probabilmente costoro non avrebbero neanche mai visto giustiziato l'ufficiale terribile. Ma le grida manzoniane possono essere funzionali a una «formation historique originale»[55] quale è forse stata il basso impero.

10. – Quello di Giustiniano era sicuramente un altro momento. La disciplina generale del *crimen repetundarum* (ordinaria ed extra ordinem) poteva bastare a sanzionare la violazione della tradizionale scansione tra dona, munera, *munuscula* (vietati) e xenia o xeniola (ammessi). E perciò nel testo giustinianeo della legge di Valentiniano I[56], scompare ogni riferimento a xenia e a munuscula, affidati, quanto alla loro disciplina, ai passi del Digesto visti sopra. Resta la sanzione, ammorbidita nell'esilio perpetuo, per la sola estorsione di opere.

ABSTRACT

Valentiniano I ha punito sia l'etorsione che l'accettazione di donativi non ammessi (munera, munuscula), anche se offerti spontaneamente. Egli ha pure sanzionato l'estorsione dei donativi ammessi. Xenia e xeniola erano i donativi ammessi: piccola quantità di viveri che gli ufficiali potevano ricevere dai provinciali (testi principali: CTh.11,11,1 (=CI 11,55,2); D.1,16,6,3 Ulp. 1 *off.* proc.).

Valentinian the First punished both extortion and acceptation of forbidden gifts (munera, munuscula), even if they were offered spontaneously. He also punished extortion of allowed gifts. Xenia and xeniola were allowed gifts: small quantity of food that officiers were allowed to receive from inhabitants of provinces [principal texts: CTh.11,11,1 (=CI 11,55,2); D.1,16,6,3 Ulp. 1 *off.* proc.].

---

55. P. VEYNE, *Clientèle et corruption*, **cit., p.** *353.*

56. *CI. 11*,55,2: *Si qui eorum, qui, provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversis agunt officiis principatus et qui sub quocumque praetextu muneris publici possunt esse terribiles, rusticano cuipiam necessitatem obsequii quasi mancipio sui iuris imponant aut servum eius vel forte bovem in usus proprios necessitatesque converterint, ablatis omnibus facultatibus, perpetuo subiugentur exilio, et nihilo minus rusticanum, qui se in eiusdem operas sponte propria detulisse responderit, par poenae severitudo constringat.*

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

MARIA VITA DE GIORGI

A PROPOSITO DI FONDAZIONI (NOVELLE ATTITUDINI DI UN ANTICO ISTITUTO)

Sommario

1. Rilievo attuale dell'istituto. Tutela costituzionale - 2. Le fondazioni non riconosciute. - 3. Le fondazioni di famiglia. - 4. Le fondazioni titolari d'impresa.

1. RILIEVO ATTUALE DELL'ISTITUTO. TUTELA COSTITUZIONALE

La fondazione rientra, con le associazioni, nel novero delle istituzioni di carattere privato (art. 12 c.c.) dotate di personalità giuridica. La previsione di soggetti di diritto diversi dall'uomo è solitamente giustificata – motivazione che conserva la propria rilevanza – con la maggiore facilità di assicurare il perseguimento di fini collettivi attraverso organizzazioni distinte dalle persone fisiche che le compongono, fini che trascendono la sfera individuale e perdurano oltre la vita umana, che eccedono per importanza e durata la possibilità degli individui che se li propongono. Non ogni specie di possibile figura soggettiva immateriale è necessariamente dotata di personalità, ma la persona giuridica[1] rimane, storicamente e sul piano

1. Secondo la nozione data da G.H. Heise (*Grundriß* eines *Systems* des *gemeinen Zivilrecht*, Heidelberg, 1807), il primo autore che introdusse il concetto di persona giuridica nella letteratura giuridica tedesca, «Juristische Person ist Alles außer den einzelnen Menschen, was im Staat als ein eigenes Subjekt von Rechten anerkannt ist»; a questo autore risale anche il concetto, ancora in auge, di «Substrat» (cfr., FLUME, *Allgemeiner Teil* des *Bürgerlichen* Rechts, I, 2, Die *juristische* Person, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1983, p. 1 s.).

È a tutti nota la ricchezza di costruzioni dogmatiche che, dall'inizio del '800, hanno avuto per cardine la «natura» della persona giuridica, dalla «Fiktionstheorie» di SAVIGNY (System des heutigen *römischen* Rechts, II, Berlin, 1840, p. 236 ss., trad. it., Sistema *del* diritto romano attuale, Torino, 1888, p. 240 ss., all'opposta affermazione della realtà della *Verbandspersönlichkeit* avanzata, dopo mezzo secolo di dibattiti, da GIERKE (tra le altre opere, Die Genossenschaftstheorie und die *deutsche* Rechtsprechung, Berlin, 1887; Deutsches Privatrecht, I, Leipzig, 1895, p. 471

positivo, il processo più avanzato di riduzione ad unità e di riferibilità ad un centro unificato di imputazione, di diritti e di obblighi.

---

ss.), alle concezioni normative di KELSEN tra le altre opere, *Allgemeine* Staatslehre, Berlin, 1925, p. 66 ss., trad. it., Teoria generale del Diritto e dello Stato, Milano, 1952, p. 92 ss.) e di H.J. WOLFF (Juristische Person und Staatsperson, I, Berlin, 1933, p. 64 ss.), che rovesciando la concezione della «Wirklichkeit» della persona giuridica, addussero che l'espressione non individua niente più di un insieme di norme regolanti il complesso di rapporti giuridici che fanno capo ad un'organizzazione sociale. Secondo questa, che è la matrice delle successive più affermate teorie, gli interessi, i diritti, gli obblighi, la volontà non sarebbero della persona giuridica, ma dei suoi componenti ed organi. Il dibattito è continuato, in Germania, fino a tempi recenti, v., in argomento, nella copiosa letteratura, oltre a FLUME, op. cit., p. 3 ss.; RITTNER, Die werdende *juristische* Person, Tiibingen, 1973, p. 180 ss.; JOHN, Die organisierte Rechtsperson, Berlin, 1977, p. 22 ss.

In Italia, tra i sostenitori della teoria «della realtà» propugnata da Gierke, GIORGI, La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali[2], I, Firenze, 1899. Al contrario, nel senso che la personalità sia «un modo di regolamento, un procedimento di unificazione, la configurazione legale che certi fenomeni di associazione o di organizzazione ricevono dal diritto obiettivo», F. FERRARA Sr., Teoria delle persone giuridiche, in Trattato Fiore, Torino, 1923; ID., Le persone giuridiche, 2° ed. con note di F. Ferrara jr., Torino, 1956, p. 34 s.).

Più di recente, escludendo che la personalità giuridica riguardi un dato pregiuridico esistente nella realtà, su posizioni affini a quelle di Kelsen, ASCARELLI (*Considerazioni in tema di società e persone giuridiche*, in Riv. Dir. *comm.*, 1954, I, p. 245 ss.; ID., Personalità giuridica e problemi delle società, ora in Problemi giuridici, I, Milano, 1959, p. 234 ss.), secondo A. l'espressione «persona giuridica» sarebbe solo la formula riassuntiva di una speciale disciplina concernente rapporti tra individui componenti un gruppo. Tendenze più recenti, molto vicine a quelle dell'Ascarelli, e influenzate anche dal metodo – in quel periodo particolarmente in auge – dell'analisi del linguaggio, sono giunte alla conclusione che il problema della persona giuridica non è quello di definire che cosa essa sia ma «il problema delle condizioni d'uso del concetto». Persona giuridica sarebbe un «simbolo incompleto» al quale non corrisponde alcun ente, «uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche» (GALGANO, Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, in Riv. dir. civ., 1965, I, p.553 e ss.; Id., Delle per persone giuridiche, nel *Commentario* del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Libro primo, Delle persone e della famiglia, sub artt. 11-42, Bologna-Roma, 1969, p. 24 s.). Cfr., nell'ambito di questo orientamento, che ha tratto ispirazione anche dagli scritti di H.L.A. HART (*Definition* and *Theory* in *Jurisprudence*, in 70 Law Quarterly Review, 1954, p. 37 ss., e The Ascription *of Responsability* and Rights, in Logic and Language, I, Oxford, 1955, p. 145 ss, trad, it., Contributi *all'analisi* del diritto, Milano, 1964, p. 37 ss.), ovviamente con impostazioni difformi, SCARPELLI, Contributo alla semantica del linguaggio *normativo*, Torino, 1959, p. 109 ss.; G. ROSSI, Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa, Milano, 1967; D'ALESSANDRO, Persone giuridiche e analisi del linguaggio, Milano, 1963, in Studi in memoria di Ascarelli, Milano, 1969, p. 241, rist., Padova, 1989; IRTI, Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico), in Riv. Dir. civ., 1970, I, p. 501 ss.; ancora più di recente, ZATTI, Persona giuridica e soggettività, Per una definizione del concetto di «persona»nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive, Padova, 1975, ivi anche una ricostruzione delle varie teorie. Per una diversa impostazio-

In luogo dell'espressione «persone giuridiche» il codice civile del 1865 ricorreva a quella, più antica, di corpo morale; per l'art. 2 di quel codice «I

---

ne, basata su intuizioni di MACCORMICK, (Law as Institutional Fact, in The Law Quarterly Review, 1974, p. 102 ss.) PINTORE, Il concetto di persona giuridica nell'in*dirizzo* filosofico analitico, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica, II, Milano, 1982-1983, p. 721 ss.

Critici nei confronti dell'impostazione sopra descritta, sottolineando il fondamento «reale»della persona giuridica e la sua «alterità» nei confronti degli individui che la compongono, PELLIZZI, I1 realismo e l'inquietudine del giurista, in Riv. dir. *civ.*, 1966, I, p. 559 e ss.; SCALFI, L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato, Milano, 1968, ID., voce «Persone giuridiche (diritto civile)», in Enc. Giur. Treccani, XXIII, 1990, p. 1 ss., cui si rinvia per una rassegna delle teorie dal diritto romano in poi; BASILE-FALZEA, voce «Persona giuridica (dir. priv.)», in Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, p. 235 ss.; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, Diritto civile, I, 1, Torino, 1987, p. 81 ss.

In tema di persone giuridiche e soggettività cfr., inoltre, FALZEA, II soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici, Milano, 1939; GANGI, Persone fisiche e giuridiche[2], Milano, 1948; MAGNI, Soggetto epersona nel diritto (contributo metodologico), in Studi in onore di Del Giudice, II, Milano, 1953, p. 21 ss.; ORESTANO, Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, in Jus, 1960, p. 142 ss.; ID., I1 problema delle ((personegiuridiche» in diritto romano, Torino, 1968, saggi raccolti poi in Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche, Bologna, 1978; PAVONE LA ROSA, Personalità giuridica e tecniche interpretative, in Riv. *soc.*, 1969, p. 825 e ss.; FROSINI, Il soggetto del diritto come situazione giuridica, in Riv. dir. civ., 1969, 1, p. 227 e ss.; Id., voce «Soggetto di diritto», in Noviss. Dig. it., XVII, Torino, 1970, p. 813 ss.; Personalità giuridica e gruppi organizzati, Atti del Convegno tenutosi a Trani-Barletta nel giugno 1970 a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1971; ALCARO, Rifessioni critiche intorno alla soggettività giuridica, significato di *un'evoluzione*, Milano, 1976; P. BARCELLONA, I *soggetti* e le nome, Milano, 1984; PIZZORUSSO, Premessa sul soggetto di diritto, in Persone fisiche, nel Commentario del Codice *Civile* Scialoja-Branca a cura Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 2 ss.; v., inoltre, i contributi di studiosi di vari paesi europei, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, cit.; e PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, in Rev. *trim.* de droit civil, 1993, p. 705 ss., ove altri riferimenti di dottrina francese.

Nell'ambito delle «voci» di enciclopedie, trattati, rassegne, oltre alle opere in precedenza citate, MENOTTI DE FRANCESCO, voce «Persona giuridica (Diritto privato e pubblico) in *Noviss. Dig.* it., XII, Torino, 1965, p. 1035 ss.; TAMBURRINO, Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. *Comitati*, in Giur. sist. civ e *comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1980; BIANCA, Diritto civile, 1, La *norma* giuridica. I soggetti, Milano, 1978, 2° ed., Milano, 1987, p. 291 e ss.; GALGANO, Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale a cura di Galgano, 2° ed., Padova 1996; ID., Diritto civile e commerciale[2], I, 1993 , p. 171 ss.; ID., voce «Persone giuridiche», in *Dig.* Disc. priv. (Sez. civ,), XIII, Torino, 1995, p. 392 ss.; BIROCCHI, Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno, ivi, p. 407 ss.; PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, 1996.

Le norme del primo libro del codice civile destinate alle persone giuridiche sono da tempo al centro di proposte di riforma: cfr., da ultimo, VITTORIA, Gli enti *del* primo libro del codice civile: l'attuale assetto nomativo e le prospettive di riforma, in Le fondazioni in Italia e all'estero a cura di Rescigno, Padova, 1989, p. 23 ss.; AA.VV., Fondazioni e Associazioni, Proposte per una *riforma* del primo libro del *Codice* Civile, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.

Comuni, le Province, gli Istituti pubblici civili ed ecclesiastici ed in generale i corpi morali, legalmente riconosciuti, sono considerati come persone e godono dei diritti civili, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico». La stessa espressione (corpi morali) ricorre in altre norme: gli artt. 425 e 433 (distinzione dei beni relativamente alle persone cui appartengono), 518 (durata dell'usufrutto), 932 e 1060 (accettazione di eredità e donazioni), 2114 (assoggettabilità alla prescrizione).

Mentre il codice abrogato (come il ***Code*** *Napoléon*) non menzionava le fondazioni, con l'entrata in vigore, il 1° luglio 1939, del Libro primo del codice civile attuale si è introdotto sul modello sistematico del BGB un regime generale (ma in parte unitario, a differenza di quello previsto dal codice tedesco) per associazioni e fondazioni. La maggior parte delle norme contenute nel Titolo II sono comuni ad entrambe le figure (artt. 14, 1° co., 16-19, 27, 29-35), come molte delle disposizioni di attuazione (artt. 1, 2, 1° co., 4-7, 10-30); solo alla fondazione sono destinati gli artt. 14, 2° co., 15, 16, limitatamente agli incisi finali dei commi 1° e 2°; 25-28 c. c., e parte del 2° comma dell'art. 31. La normativa accorda larghi spazi all'autonomia privata (in armonia con l'asserzione che la volontà del fondatore influenza quasi «deisticamente» l'origine, la vita e il destino dell'ente), ma anche agli interventi pubblici di vigilanza e controllo[2].

Per la fondazione[3] il concetto di persona giuridica assolve una funzione

---

Il progressivo superamento della contrapposizione tra gruppi personificati e non personificati modifica in misura rilevante la prospettiva con cui la dottrina si accosta al tema, v., a questo proposito, RESCIGNO, Persona e *comunità, Saggi* di diritto privato, I, Bologna, 1966, rist. Padova, 1987; ID., Persona e Comunità, II, Padova, 1988; BASILE, Associazioni e fondazioni: novità *legislative* e problemi aperti, in Gli «Enti non *profit*» in Italia a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, p.15 ss.; ID., I gruppi sociali e la personalità giuridica, in La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi *dogmatica* e riforme legislative, Atti del Congresso dei civilisti italiani tenutosi a Venezia il 23-26 giugno 1988, Padova, 1991, p. 68 ss.; LIPARI, Spunti problematici in tema di soggettività giuridica, ivi, p. 55 ss.

2. Cfr. RESCIGNO, *Le* fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* in Le fondazioni in Italia e all'estero, cit., p. 502 s.

3. Cfr., sull'istituto, oltre agli aa. e le opere citt. retro, alla nt. 1, e a quelli che saranno richiamati nei prossimi paragrafi in relazione ai singoli argomenti, ROMANELLI, Il negozio di fondazione ne2 diritto *privato* e nel diritto pubblico, Napoli, 1935; AA. W., Funzioni e finalità delle fondazioni culturali, Atti del convegno svoltosi a Roma nel 1966, su iniziativa dell'lstituto Accademico di Roma, della Fondazione Cini e della Fondazione Olivetti, Roma, 1967; PREDIERI, *Sull'ammodernamento* della disciplina delle fondazioni e delle istituzioni culturali di diritto privato, in Riv. *trim.*, 1969, p. 1117 ss.; RASCIO, Destinazioni di beni senza personalita giuridica, Napoli, 1971; ID., Le fondazioni culturali, in Tecniche giuridiche e sviluppo della persona, Bari, 1974, p. 471 e ss.; COSTI, Fondazione e impresa, in Riv. Dir. civ., 1968, I, p. 26 ss.; RESCIGNO, Fondazione e impresa, in Riv. *soc.,* 1967, p. 832 ss; ID., voce «Fondazione (diritto civile))),in Enc. dir., XVII, Milano, 1968, p. 790 ss.; ID., Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento, cit., questi saggi, qui citt. con riferimento all'edizione originaria, sono pubblicati anche in Persona e

diversa rispetto all'associazione: l'ente non ha membri (è questo il più rile-

---

comunità, II, cit., p. 3 ss..; ID., *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., p. 467 ss.; ID., *Per una disciplina delle persone giuridiche private (e delle fondazioni in particolare)*, in *Scintillae iuris*, Studi in memoria di G. Gorla, II, Milano, 1994, p. 1729 ss.; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit.; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, cit.; ID., voce «Fondazione, I) Diritto civile», in *Enc. giur. it.*, XIV, 1989; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, cit.; VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, Napoli, 1976; EAD., *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, cit.; F. GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milano, 1980; ALPA, *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988; PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 1, p. 23 ss.; ID., voce «Fondazione in diritto comparato», in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., VIII, 1992, p. 367 ss.; AA. VV., *Le fondazioni in italia e all'estero*, a cura di Rescigno, cit.; FUSARO, voce «Destinazione (vincoli di)», in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., V, 1989, p. 321 ss.; ID., voce «Fondazione», in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., VIII, 1992, p. 359 ss.; ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; ID., *Considerazioni sulla fondazione d'impresa e sulla fondazione fiduciaria regolate da una recente legge francese*, in *Riv. Dir. civ.*, 1991, I, p. 573 ss.; ID., *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in *Gli enti «non profit» in Italia*, cit., p. 61 ss.; BARBA, *La normatività della fondazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1995, II, p. 417 ss.; ID., *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996; per ulteriori riferimenti, v. le sintesi di informazione su *Associazioni, fondazioni, comitati*, a cura dapprima di BASILE e poi di ZOPPINI, citt. Cfr., inoltre, BARDUSCO, voce «Fondazione di diritto pubblico», in *Dig. Disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 389 ss.

Per un panorama di notizie sulle fondazioni in Italia e all'estero, cfr. RISTUCCIA, *Volontariato e Fondazioni. Fisionomia del settore non profit*, Rimini, 1996. L'istituto è al centro di rinnovati interessi non solo nel nostro, ma in molti altri paesi europei, in alcuni dei quali le proposte di riforma hanno avuto esito positivo e sono diventate legge. In Francia, dove come è noto la fondazione difetta di disciplina nel *Code civil*, l'elaborazione dell'istituto è stata frutto della giurisprudenza del *Conseil d'État* e degli studi dottrinali, fino all'emanazione della l. n°. 87-571 del 23 luglio 1987, *Sur le développement du mécénat*, che all'art. 18 definisce la fondazione come «l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectaction irrévocable de biens, droit ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif»; alle fondazioni «reconnue d'utilité publique» (il modello classico di fondazione), la successiva l. 90-559 del 4 luglio 1990, *Créant le fondations d'entreprise et modifiant le dispositions sur le mécénat*, ha affiancato appunto la *fondation d'entreprise*, che richiede minor dotazione iniziale e comporta una procedura di riconoscimento più veloce, cfr. DEBBASCH, *Le nouveau statut des fondations. Fondations d'entreprise et fondations classiques*, in *Rec. Dalloz*, 1990, Chron., XLVII, p. 269 ss.; per ragguagli sul diritto francese cfr. ALPA, *op. cit.*, p. 5 ss, e ZOPPINI, *Considerazioni sulla fondazione di impresa*, cit., p. 573 ss.; ID., *Le fondazioni*, cit., p. 27 ss., ove ampi riferimenti cui si rinvia. In Spagna la Ley 30/ 1994 del 24 novembre, *De Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participatión Privada en Actividades de Interés General*, definisce le fondazioni come «organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»; cfr., in argomento, R. DE LORENZO GARCIA, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993; DIEZ-PICAZO, GULLON, *Sistema de derecho civil*[8], I, Madrid, 1992, p. 645 ss.; CAPILLA RONCERO, *La personalidad juridica*, in AA.VV., *Derecho civil. Parte general*, Valencia, 1992, p. 524 ss.

vante tratto differenziale rispetto alle forme associative)[4], di qui la necessità di immaginare una persona giuridica, rappresentativa degli interessi che si vogliono realizzare, che sia il proprietario dei beni e, in genere, titolare dei rapporti giuridici, secondo l'abitudine o la tendenza a vedere nella personificazione il modo più sicuro e coerente di ridurre ad unità un centro di interessi[5].

L'effettività del vincolo si traduce nell'esigenza della creazione di un soggetto nuovo e dunque nella piena autonomia del patrimonio, ciò che una relazione d'indole meramente fiduciaria è inidonea ad assicurare, non rientrano perciò nella figura le forme di destinazione e di vincolo di beni che non si traducano nella creazione di un soggetto di diritto, come le fondazioni di fatto o non autonome[6], riconducibili appunto al più generale schema della fiducia. Rispetto alle associazioni, che possono scegliere la forma dell'ente riconosciuto o di fatto, comportando l'assenza di personalità solo parziali diversità di disciplina, per le fondazioni l'ordinamento non prevede la facoltà di operare in assenza di riconoscimento: la tendenziale immutabilità del vincolo di destinazione, impresso sui beni, ha indotto il legislatore moderno ad escludere che legami siffatti si possano libera-

---

Per notizie e riferimenti sulla novella polacca del 1991, la legge austriaca del 1993, e l'ordinamento olandese, cfr. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.; per l'esperienza nordamericana, PONZANELLI, Le fondazioni in diritto straniero, in Le fondazioni in Italia e *all'estero,* cit., p. 361 ss.; ID., voce «Fondazione in diritto comparato», cit.

Nel sistema tedesco il codice si limita a dettare norme sulla forma e gli effetti del negozio di fondazione, sull'organizzazione dell'ente e sull'incidenza dello scopo nella vita della persona giuridica, sono rimessi all'autorità statale del singolo Land il riconoscimento e la vigilanza e prima ancora la determinazione dei requisiti necessari per l'attribuzione della personalità giuridica; cfr., a proposito del dibattito apertosi in Germania sulla riforma delle fondazioni, particolarmente vivace agli inizi degli anni '60, RESCIGNO, da ultimo in Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p. 469 ss. Una ripresa dell'interessamento nei confronti dell'istituto è segnalata da una recente ricerca, in larga misura comparativa, diretta ad individuare un sovranazionale Idealtypus nelle forme giuridiche adottate dai vari ordinamenti, illustrando i caratteri che attengono alla funzione: H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung,* Tubingen, 1988, l' a. rinviene il «tipo ideale « nella dottrina di Windscheid (Lehrbuch des *Pandektenrechts*[8], Berlin, 1900, trad. it. e note di Fadda e Bensa, Torino, 1902, I, 1, p. 235) del collegamento tra uno scopo ed un patrimonio. Cfr., sull'opera di Kronke, RESCIGNO, op. *loc. ultt.* citt., e ZOPPINI, op, *ult.* cit., spec. p. 72 ss., ove ricchi riferimenti alla dottrina tedesca, cui si fa rinvio.

4. Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil* des Burgerlichen Rechts, I, 2, Die juristische Person, cit., p. 131.

5. RESCIGNO, Enti di fatto e persona giuridica, in Persona e *comunità,* II, cit. p. 127 s.; GALGANO, *op. ult. cit.,* p. 74 s.

6. Cfr. per tutti, nella dottrina tedesca (dove la locuzione più usata è quella di «unselbständige Stiftung», REUTER, *Stiftungen,* in Munchener *Kommentar zum Bürg*herlichen Gesetzbuch[3], I, Munchen, 1993, sub § 80, p. 658 ss.; v. anche, in argomento, RESCIGNO, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p. 473 ss.

mente costituire per volontà privata, ed a limitare i casi e le forme di costituzione[7].

Nell'ambito delle persone giuridiche del primo libro, è il fenomeno associativo quello che, per la più antica origine e la diffusione di gran lunga maggiore, ha svolto una funzione paradigmatica rispetto all'intero settore[8]. Il secolo passato si era aperto nel segno del ripudio dei corpi intermedi e della secolarizzazione della beneficenza e della assistenza, la successiva rivalutazione del fenomeno associativo sembrò riflettersi solo marginalmente sulle fondazioni.

Le ragioni della perdurante diffidenza sta nel contrasto tra l'istituto e i principi di politica economica che ispirarono le codificazioni moderne: i beni che costituiscono il patrimonio dell'ente sono sottratti alla normale circolazione dei beni per venire «fossilizzati» intorno ad uno scopo determinato dal fondatore e, come si è detto, tendenzialmente immutabile[9].

I connotati tipici della fondazione si ritrovano nel fine e nella indisponibilità del patrimonio, che vi si collega e che viene sottratto all'arbitrio del fondatore, e la definizione classica dell'istituto si esprime in termini di complesso di beni destinati al perseguimento di uno scopo, con la mediazione del riconoscimento di un autonomo centro soggettivo. L'ente, per quanto concerne il potere di disposizione è vincolato all'obiettivo disposto dal fondatore, al punto di non poter disporre la sua stessa estinzione; quanto al potere di godimento deve utilizzare i propri beni per la realizzazione degli scopi statutari.

La concezione dominante nel vigore dell'abrogato codice civile dava risalto nell'associazione all'aggregazione di persone e nella fondazione al complesso di beni, comunemente definendo l'una come universitas *personarum,* l'altra come universitas *bonorum* l[0], per significare che in quest'ultimo caso, nella sostanziale mancanza di proprietari, la soggettività era riconosciuta al patrimonio, divenuto «persona»in virtù del riconoscimento. Da alcuni autori si era però già ravvisato anche nella fondazione un'«organizzazione di uomini», rispetto alla quale il patrimonio era solo un mezzo di attuazione dello scopo[11]. All'elemento dell'organizzazione si è dato via via

---

7. GALGANO, da ultimo in Dir. civ. e comm., I, cit., p. 272; RESCIGNO, *op.* loc. ultt citt.; sulle fondazioni di fatto v. specificamente, *infra,* § 2.

8. Cfr. D'ALESSANDRO, Persone giuridiche e analisi del linguaggio, cit., p. 52; GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub artt. 11-42, p. 68.

9. Sulle ragioni dell'avversione nei confronti dell'istituto, v. GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 16, p. 183 ss.; da ultimo, ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 18 ss.

10. Vedi, ad esempio, ASCOLI, Istituzioni di Diritto civile italiano, Torino, 1922, p. 57; PACCHIONI, Diritto civile italiano[3], Padova, 1937, p. 304; VENZI, Manuale di diritto civile italiano, Torino, 1937, p. 84..

11. In questo senso già FERRARA Sr., Le persone giuridiche, cit., p. 46 ss. Sull'evoluzione di pensiero che ha portato dalla configurazione della fondazione come universitas *bonorum* a quella di organizzazione collettiva, v. GALGANO, op. ult. cit., p. 68 e ss.; COSTI, *op. cit.,* p. 44 ss.

sempre maggior risalto e la moderna dottrina definisce l'ente come la stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo socialmente rilevante[12].

Una volta ammessa l'esistenza e la rilevanza di un gruppo organizzato di persone, si è creduto di poter in esse individuare gli effettivi titolari dei rapporti giuridici che comunemente si ritiene far capo all'ente. Si afferma così che riconoscere alla fondazione, ad esempio, il diritto di proprietà non è che un modo abbreviato per significare il complesso di situazioni che fanno capo ai gestori, titolari di un diritto che assume il contenuto del potere-dovere proprio delle funzioni. La logica conseguenza è quella di negare l'utilità del concetto stesso di persona giuridica[13].

Anche per chi non acceda agli esiti estremi proposti da questa tesi, è vero che nelle forme più moderne di fondazione il patrimonio si trova in posizione assai meno rilevante di un tempo rispetto a coloro che lo gestiscono. Se il legislatore ha quasi certamente avuto esclusivo riguardo alla fondazione di erogazione, l'*Hauptgeldstiftung* che si limita a distribuire le rendite di un patrimonio[14], la prassi degli statuti smentisce il modello legislativo, capovolgendo nel tempo la configurazione tradizionale. Avviene così che si dia crescente importanza alla struttura organizzativa, sia attribuendo ampie competenze e larghi margini di discrezionalità al consiglio di amministrazione (che passa dalla tradizionale posizione «servente»ad una posizione «dominante»),sia prevedendo, accanto a questo, altri organi collegiali, come assemblee, consigli generali, comitati esecutivi, con progressiva svalutazione dell'elemento patrimoniale[15].

Associazione e fondazione prendono vita entrambe da un negozio: contratto di associazione in un caso, atto di fondazione nell'altro, ma nel modo di esecuzione dell'uno e dell'altro atto si ravvisano sostanziali differenze. Il fondatore si spoglia in modo definitivo della disponibilità dei beni che ha destinato allo scopo e non concorre alla loro amministrazione[16], permane, invece nell'associato il potere di influire sullo svolgimento dell'attività dell'associazione, sia pure nelle circoscritte modalità che abbiamo visto nel capitolo precedente.

---

12. Cfr., tra gli altri, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *op. cit.*, p. 199; GALGANO, da ultimo in Dir. civ. e *comm.*, I, cit., p. 251; v., inoltre, ALPA, *op. cit.*, p. 9 s.

13, GALGANO, da ultimo in Dir. civ. e *comm.*, I, cit., p. 256.

14. Cfr. RESCIGNO, voce «Fondazione»cit., p. 810.

15. Cfr., tra gli altri, VITTORIA, Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione, cit., pp. 22 ss., 29 e ss.; MARICONDA, Superare il processo di *neutralizzazione*, in Fondazioni e Associazioni. Proposte per una *riforma* del primo libro del codice civile, cit., p. 69; ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 65. In giurisprudenza, T. Milano, 3-11-1994, in Nuova Giur. civ. *comm.*, 1995, p. 1076, con nota di CAVANNA, secondo cui l'elemento personale, preminente rispetto a quello patrimoniale, sarebbe costituito dalla categoria dei beneficiari (si trattava di un fondo pensioni, ricondotto dal giudice nella figura della fondazione).

16. V:, per tutti, GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub artt. 11-42, p. 71 s.

Anche in relazione al momento costitutivo, però, devono segnalarsi mutamenti. Avviene sempre più di frequente che le fondazioni siano create non da singoli individui desiderosi di essere commemorati nel tempo, ma da società ed enti, mossi da altri e più mondani interessi. Questo caso è ben diverso da quello, che tradizionalmente ci si raffigura, del filantropo un pò megalomane che consegna il negozio di costituzione alle proprie dichiarazioni di ultima volontà, affidando ad altri la postuma tutela della propria creatura, perché l'ente fondatore tende ovviamente ad assicurarsi un assiduo controllo sull'attività della persona giuridica, compromettendo il tradizionale distacco tra quest'ultima e coloro che l'hanno costituita[17].

Nell'ipotesi, poi, in cui la costituzione si realizzi ad opera di una molteplicità di soggetti si è sottolineata l'ibridazione con i caratteri propri degli enti associativi, perché l'atto di dotazione assume le sembianze di un obbligo di conferimento che si realizza nel tempo, mentre l'intervento dei fondatori sulla vita dell'ente riveste un ruolo di determinante rilevanza[18].

Per queste ragioni, e da tempo, non vi è autore che non si esprima, con linguaggio più o meno compiaciuto, in termini di «metamorfosi» dell'istituto. Anche lo scopo tipico della fondazione, e cioè il perseguimento di fini socialmente rilevanti, sembra essere contraddetto quando, come sempre più di frequente succede, la persona giuridica, pur svolgendo attività destinate alla collettività, persegue indirettamente gli interessi della società che l'ha costituita[19]. La disciplina dell'ordinamento positivo, con fedeltà alla tradizione, si pone nella prospettiva del perseguimento di fini caritativi, assistenziali o altri scopi di utilità sociale[20], ma, si è obiettato, la rilevanza necessariamente collettiva dello scopo è smentita quando l'ente sia inserito nelle strategie dell'impresa, apportando ad essa utilità (che possono consistere anche nel solo positivo ritorno di immagine) e riducendosi a strumento, o al massimo a complemento, dell'iniziativa economica del fondatore[21].

Nonostante il crescente impegno degli imprenditori nel settore della cultura e dell'arte il ricorso alla forma della fondazione è però non frequente, in quanto i vincoli burocratici e amministrativi ne fanno uno strumento poco flessibile, cui far ricorso solo quando sia necessario realizzare una

---

17. Cfr. VITTORIA, op. *ult.* cit., pp. 19 ss, 34 ss; ID., Gli enti del primo *libro* del codice *civile,* cit., p. 69 s.; ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.; MARICONDA, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.

18. MARICONDA, *op. loc ultt. citt.*, che pone addirittura il quesito, risolto in positivo, circa l'opportunità di mantenere, nella futura eventuale riforma, la distinzione tra i due tipi di persone giuridiche; nel senso, invece, che la tipicità strutturale degli enti del primo libro induca a concludere per l'innammissibilità di forme miste tra associazione e fondazione, ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 64 ss. e ivi altri riferimenti.

19. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 55 s.

20. Cfr., per tutti, RESCIGNO, da ultimo, in Le fondazioni: prospettive e linee di riforma, cit., p. 491 s.

21. ZOPPINI, *op. loc.* ultt. citt.

struttura stabile per coordinare e programmare iniziative di lungo periodo, mentre si privilegiano abitualmente le meno impegnative sponsorizzazioni.

In altri settori l'istituto, che per tradizione è utile strumento di raccordo tra interessi collettivi e particolari, si conferma la veste più idonea per rivestire di (formale) involucro privatistico enti fino ad oggi di diritto pubblico, trovando impensate applicazioni e svolgendo inconsueti compiti, come nel caso delle fondazioni bancarie[22], delle casse di previdenza e, da

22. Come è noto la l. 30 luglio 1990, n. 218 (c.d. legge Amato) ha disposto la trasformazione degli enti creditizi in società per azioni. La legge, il cui scopo è promuovere un processo di trasformazione degli enti creditizi pubblici in «società per azioni operanti nel settore del credito» (art. 1, 1° co.), ha previsto una totale scissione tra la persona giuridica titolare dell'impresa bancaria e l'azienda bancaria stessa. Quest'ultima è considerata oggetto di un «conferimento» da apportare ad una (o più) società per azioni (già esistenti o di nuova costituzione), la prima conserva la propria personalità in veste di «ente conferente» acquisendo la titolarità della partecipazione nella «società conferitaria» (cfr., anche per l'esame dei problemi cagionati da una normativa che ha preteso di creare ex nihilo un nuovo ente per mera volontà del legislatore, SCHLESINGER, Le *c.d.* «fondazioni bancarie», in Banca, borsa, 1995, I, p. 421 ss.). Il successivo d. lgs. 20 novembre 1990, n. 356 , «Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio», ha previsto, tra l'altro, che gli enti conferenti debbano cessare «l'esercizio dell'attività bancaria» (art. 3, 1° co.), precludendo (art. 12, 1° co., lett. b, «la possibilità di esercitare direttamente l'impresa bancaria», e che debbano limitarsi ad amministrare «la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria finché ne sono titolari « (art 12, 1° co., lett. b). La stessa norma impone agli enti di perseguire – inserendo norme apposite negli statuti – «fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell'arte e della sanità»; potranno essere altresì mantenute le originarie finalità di assistenza e tutela delle categorie sociali più deboli (l'art. 12, 2° co, contiene una disposizione in parte diversa per gli enti conferenti a natura associativa),

Nonostante il decreto delegato li qualifichi come enti pubblici, gli enti conferenti sono stati poi comunemente definiti fondazioni (sia pure premettendo normalmente l'aggettivo «pseudo» o simili), ed anche questa denominazione contribuisce ad accrescere l'ambiguità di una figura dall'incerta natura e dagli altrettanto incerti poteri: cfr., in argomento, tra i numerosi contributi, PORZIO, Appunti sulla «legge *Amato*», in Riv. *soc.*, 1991, p. 804 ss.; CASSESE, La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti, in La legge 30 luglio 1990, n. 218 a cura dell'A.c.r.i., Roma, 1991, p. 29 ss.; RESCIGNO, La fondazione ed i *gruppi* bancari, in Banca, Impresa, Società, 1992, p. 389 ss.; MERUSI, *Metamorfosi* degli enti pubblici creditizi, in Banca, borsa, 1993, I, p. 1 ss.; GALANTI, Appunti sugli enti conferenti, ivi, p. 49 ss.; AA. VV., Ruolo e natura degli enti conferenti: problemi e prospettive, Atti del Convegno tenutosi a Roma il 6 ottobre 1993, Roma, 1993; RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente* pubblico creditizio alla società per *azioni*, Napoli, 1993; CUOCOLO, Aspetti giuridici delle Fondazioni Casse di Risparmio, in Riv. trim. dir. pubbl., 1994, p. 353 ss.; GENTILI, «*Enti* conferenti» e gestione della partecipazione bancaria, in Dir. banca e mer. *fin.*, 1994, p. 32 ss.; PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 205 ss.

Non ha contribuito a fare chiarezza la successiva direttiva del Ministro del Tesoro (c.d. «direttiva Dini», emanata il 18 novembre 1994 in attuazione del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito in l. 30 luglio 1994, n. 474). La direttiva ha stabili-

ultimo, degli enti lirici, cui è stata imposto con legge di ((trasformarsi)) in fondazioni di diritto privato[23].

La commistione tra la forma della fondazione e l'esercizio di un'attività economica si realizza compiutamente nell'ipotesi, che fino ad ora è stata palestra di eleganti esercizi dottrinali, di un ente che abbia come scopo ed oggetto esclusivi l'esercizio di un'impresa; più frequente è il caso della fondazione che, come avviene per i gruppi associativi, si avvale dell'impresa strumentalmente, ricavandone parte dei mezzi necessari per assolvere le proprie finalità di indole altruistica[24].

---

to, contraddicendo quanto enunciato nella l. Amato, che gli enti conferenti debbano restare estranei alla gestione della società conferitaria (art. 10, 1° co.), e debbano anzi ridurre progressivamente la partecipazione detenuta. Viene sottolineata inoltre «la necessità che gli enti conferenti sviluppino la loro attività nell'ambito delle finalità ad essi assegnate di intervento in settori di interesse generale e di utilità sociale». Rimane perciò al momento irrisolta la questione se il ruolo delle fondazioni debba svolgersi in settori di «utilità sociale» ovvero in campo economico (v., ampiamente, SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 427 ss.).

Va anche segnalato che l'art. 15, l. 11 agosto 1991, n. 266, Legge quadro sul volontariato, dispone che negli statuti degli enti conferenti una quota dei proventi sia destinata «alla costituzione di fondi speciali presso le regioni al fine di istituire, per il tramite degli enti locali, centri di servizio a disposizione delle organizzazioni di volontariato, e da questi gestiti, con la funzione di sostenerne e qualificarne l'attività». Un obbligo di carattere analogo è previsto per le Casse di risparmio, che non abbiano ancora proceduto alla ristrutturazione di cui all'art. 1, d. lgs. n. 356/1990, cit. La norma, la cui disciplina di attuazione è stata adottata con decreto emanato dal Ministero del tesoro di concerto con il Ministero per gli affari sociali in data 21 novembre 1991, ha sollevato in brevissimo tempo un vespaio di dubbi e problemi di legittimità costituzionale (v. il commento di G. CATALANO, nel *Commentario* alla legge-quadro sul volontariato a cura di Bruscuglia, in Le nuove leggi civ. *comm.*, 1993, p. 896 ss.). La pronuncia di incostituzionalità (sollevata dai T.A.R. Toscana e Lazio, chiamati a decidere i ricorsi presentati da alcuni enti conferenti) è stata però, inaspettatamente, rifiutata dalla Corte (Corte cost., 31-12-1993, n. 500, in Foro it., 1995, I, 94 e in Giur. it., 1994, I, 322, con ampi commenti di PIETROLATA e G. NAPOLITANO, cui si rinvia per ogni riferimento).

23. Il Governo, con d. lgs. 30.6.1994, n. 509, ha disposto «la trasformazione in persone giuridiche private» di sedici enti pubblici gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza (si tratta di Casse ed Enti a favore di liberi professionisti); alcune Casse hanno preferito la forma associativa, la Cassa forense e l'Ente di previdenza dei medici hanno optato per la forma della fondazione. In argomento cfr., ampiamente, BASILE, Sono *davvero* fondazioni le casse di previdenza dei *liberi* professionisti trasformate in «fondazione»?, in *Nuova* Giur. civ. *comm.*, 1996, II, p. 103 ss.

La trasformazione in fondazione degli enti lirici è stata prevista con d. lgs. 21 giugno 1996, n. 367; per quanto concerne i «fondi pensione)), che possono costituirsi anch'essi nelle forme giuridiche previste negli artt. 12 ss. C.C., cfr. MARASÀ, Attività imprenditoriale e scopi mutualistici nelle associazioni, ora in Contratti associativi e impresa. Attualità e prospettive, Padova, 1995, p. 149 s.; PONZANELLI, Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il diritto italiano, in Gli enti «*non profit*» in Italia, cit., p. 167 ss.

24. V., *infra*, § 4.

Anche se in qualche caso recente il legislatore ha confidato nei pregi di stabilità e versatilità dell'istituto[25], le fondazioni si sono avvantaggiate solo di riflesso dell'ondata di favore, di interesse, di attenzione normativa, che ha gratificato l'associazionismo. Prima ancora va sottolineato il silenzio della carta costituzionale, che abbonda per gli enti associativi in solenni e variegate garanzie[26], ma non dispone per le fondazioni alcuna particolare tutela né fa in alcun luogo menzione di una libertà di fondare[27]; se ne dovrebbe dedurre che l'autonomia dei privati è, in questo settore, meno garantita e maggiormente assoggettabile a vincoli e limitazioni, quasi continuasse a gravare sull'istituto l'aura dell'antica maledizione illuminista.

---

25. Oltre alle ipotesi, cui si è fatto sopra riferimento, delle fondazioni bancarie, delle Casse a favore dei liberi professionisti e degli enti lirici, un disegno di legge risalente al 1993 prevedeva, sul modello delle *Parteistiftungen* tedesche, la costituzione di fondazioni connesse a ciascun partito, destinate ad acquisire la titolarità dei mezzi economici e a ricevere i finanziamenti pubblici, cfr., in senso critico, BASILE, Nuovi adattamenti di un antico istituto, in Fondazioni e Associazioni. Proposte per una *riforma* del primo libro *del* codice civile, cit., p. 167 ss.; RESCIGNO, Per una nuova disciplina delle persone giuridiche private, cit., p. 1740 ss.; v., inoltre, SOMMA, Non profit organizations e finanziamento della politica: i partiti e *le* fondazioni partitiche nel diritto tedesco, in *Gli* enti «*non profit*» in Italia, cit., p. 231 ss.

Benchè la legge n. 266/1991, Legge quadro sul volontariato, cit., sembri destinata indubbiamente ad organizzazioni con struttura associativa non vi sono ragioni per escludersi a priori la possibilità di costituire di una fondazione al fine di svolgere attività di volontariato: in questo senso, COSTANZA, *Profili* privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato, in Cow. giur., 1991, p. 1075; GORGONI, in Commento alla legge-quadro sul volontariato a cura di Bruscuglia, cit., p. 801 s.

26. La Carta costituzionale riconosciuto e garantito, all'art. 2, l'assetto pluralistico della società contemporanea, delinea uno statuto generale della libertà associativa: oltre all'art. 18, 1° co. (che sancisce la libertà di associazione, affidandone i limiti alla sola legge penale), altre disposizioni concernono le associazioni religiose (art. 19), quelle sindacali (art. 39) e i partiti politici (art. 49); cfr., tra la copiosissima letteratura in argomento, BRUNELLI, Struttura e limiti del diritto di associazione politica, Milano, 1991, p, 157 ss.; BARILE, «Associazione(diritto di)», in Enc. dir., III, Milano, 1958, p. 873 ss.; PACE, Commento all art. 118, in *Commentario* della Costituzione, a cura di *G.* Branca, Bologna 1977, p. 191 ss; DE SIERVO, «Associazione(libertà di)», in *Dig.* delle Discipline pubbl., I, Torino, 1987, p. 484 ss.; RIDOLA, Democrazia pluralistica e libertà associative, cit.; Id., voce «Libertà di associazione» in Enc. giur. Treccani, II, Torino, 1988; GEMMA, Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione, cit. V., inoltre, RESCIGNO, Ascesa e declino della società pluralista, in Persona e comunità, I, cit., p. 3 e ss., e Le società intermedie, ivi, p. 29 ss; ID., Personalità e giuridica e gruppi organizzati, in Persona e comunità, II, p. 103 ss.

27. Anche in Germania ci si è posti, con conclusioni difformi, l'interrogativo circa la presenza di una tutela costituzionale dell'istituto e circa la possibilità di iscrivere nel catalogo dei *Grundrechte* un autonomo «diritto di fondare». La negazione riposa su di una specificazione delle garanzie costituzionali accordate dalla Costituzione di Bonn all'autonomia privata e alla proprietà; l'atteggiamento positivo invoca la generale libertà di agire vista come esplicazione della libertà individuale; cfr., ampiamente, RESCIGNO, op. ult. cit., p. 492 ss.; ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 136 ss., ove anche riferimenti alla Costituzione spagnola del 1978, che, all'art. 34, fa esplicita menzione del derecho de *fundación*.

L'interrogativo circa una possibile tutela costituzionale non può essere soddisfatto con la generica disposizione dell'art. 2 Cost.: per le fondazioni, come del resto per gli enti associativi, si mette in dubbio la legittimità dell'inserimento indiscriminato nel novero delle formazioni sociali. Si è comunque escluso che rientri nella suddetta categoria quel tipo di fondazione, tradizionale e ancora diffuso, che si esaurisce in una funzione di beneficienza laica anziché confessionale, quali gli istituti destinati ad erogare premi o borse di studio, in cui è assente qualsiasi forma di attività creativa ed autonoma[28]. La «fondazione-organizzazione», invece, dotata di un apparato organizzativo costituito da amministratori, ricercatori e tecnici per realizzare attività di ricerca e di studio, il cui sviluppo ebbe inizio in Italia negli anni '50, risponderebbe pienamente alla previsione costituzionale dell'art. 2 Cost.[29]. Si invoca, inoltre, la tutela disposta dall'art. 9, 1°co., e dagli artt. 32, 33, 34 Cost. (quando l'attività della fondazione si svolga nel settore culturale o sia comunque strumento di realizzazione di valori costituzionalmente tutelati) e si fa riferimento anche all'art 41 Cost., stimando l'istituto un'espressione dell'iniziativa economica dei privati[30].

2. LE FONDAZIONI NON RICONOSCIUTE

In attesa dell'auspicata riforma gli enti del primo libro ottengono, come è noto, il riconoscimento mediante atto discrezionale della Pubblica

---

28. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali,* cit., p. 23 ss. Il tema delle fondazioni rimase estraneo alla riflessione sul pluralismo, per la difficoltà di riportare l'istituto al concetto di formazione sociale, dominato dall'elemento personalistico e dalla struttura corporativa, cfr. RESCIGNO, *Per una nuova disciplina delle persone giuridiche private (e delle fondazioni in particolare),* cit., p. 1730 ss., sottolineando che la lacuna costituì a lungo un grave limite concettuale ed operativo; l'a rileva in altra sede *(Le fondazioni: prospettive e linee di riforma,* cit., p. 493 s.) che la tutela di rango costituzionale, da accordarsi sicuramente alla fondazione che sia già costituita, non può però estendersi ad ogni modalità o procedimento costitutivo.

29. Cfr. PREDIERI, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia,* in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali,* cit., p. 117 ss.; ID., *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e delle istituzioni culturali di diritto privato,* cit., p. 1117 ss. L'a. distingue quattro tipologie di fondazioni culturali: enti costituiti esclusivamente per erogare premi o borse di studio; enti il cui compito consiste nell'assicurare i finanziamenti ad un istituto culturale; fondazioni il cui patrimonio (biblioteca, museo) è destinato per sua natura non a fornire rendite, ma ad essere messo a disposizione del fruitore (studioso, visitatore, ecc.); il quarto tipo consiste nella fondazione-organizzazione, che è poi la forma più moderna di fondazione culturale. Sulle caratteristiche della figura, sui vantaggi e i rischi ad essa collegati (in particolare è sottolineato il pericolo di strumentalizzazione e prevaricazione da parte di gruppi di potere settoriale e ideologico), e, infine, sul riferimento all'art. 9, 1° co., Cost., v. PONZANELLI, *op. ult. cit.,* spec. pp. 32 e ss., 44 ss.

30. PONZANELLI, *op. loc. ultt. cit.*; ZOPPINI, *op. ult. cit.,* p. 136 ss.

Amministrazione, atto cui si riconosce efficacia costitutiva[31].

Come si è già accennato, nel costituire la fondazione l'autonomia dei privati incontra limiti particolarmente rigorosi perchè, questa almeno è l'opinione comune, la personalità giuridica è indispensabile per l'esistenza

---

31. Atto discrezionale, perché subordinato a valutazioni di opportunità da parte della Pubblica Amministrazione con riguardo allo scopo dell'ente e alla sufficienza dei mezzi patrimoniali (arg. anche dall'. 2 disp. att.). V., in argomento, BASSI, *Contributo allo* studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica, negli Studi in memoria di *Zanobini,* I, Milano, 1965, p. 189 ss.; DI FRANCESCO, *op. cit.,* p. 1039 ss.; BIANCA, *op. cit.,* p. 299; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *op. cit.,* p. 241; VITTORIA, Gli enti del *primo* libro del codice civile, cit., p. 44 s.; altri riferimenti in CAPOZZI, I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private, Napoli, 1991, p. 38 ss; in giurisprudenza, Cass., 12-5-1973, n. 1328, in Foro *amm.,* 1974, I, 119; Cons. St., Sez. VI, 24-4-1987, n. 283, in *Cons.* St., 1987, I, 627. Nel senso che il decreto di riconoscimento di un'associazione o una fondazione non sia dotato di efficacia costitutiva, in quanto non opera come condizione di esistenza dell'ente, che può giuridicamente esistere come associazione o fondazione non riconosciuta, GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 12, p. 147 ss.

Nel 1994, l'allora Ministro della funzione pubblica Cassese promosse un progetto di revisione delle norme che disciplinano il riconoscimento di associazioni e fondazioni. Lo schema di regolamento, che ha ricevuto un duplice parere negativo dal Consiglio di Stato (Sez. III, 8-2-1994, n. 95/94; Ad. gen., 3-4-1994, n. 123194 citt.) prevedeva nella prima stesura l'acquisto della personalità mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, previa omologazione del presidente del tribunale; in una seconda fase è stato prospettato che competenti a verificare la sussistenza dei presupposti del riconoscimento fossero prefettura e regioni, v., per dettagli, RISTUCCIA, La riforma del Libro I del codice civile: il tentativo *Cassese,* in Non *profit,* Diritto & e management degli enti non commerciali, 1995, p. 11 ss, ivi, p. 163 ss., lo schema di regolamento Cassese. Cfr., inoltre, Fondazioni e associazioni – Proposte per una riforma del Libro I del codice civile a cura di Rescigno e Ristuccia, cit., *passim;* RESCIGNO, Considerazioni conclusive, in Fenomeno associativo e attività *notarile,* a cura di A. Fuccillo, Napoli, 1995, p. 246 ss.; ID., Per una nuova disciplina delle persone giuridiche private (e delle fondazioni in particolare), in *Scintillae Juris,* Studi in memoria di Gorla, cit., p. 1729 ss., l'a. sottolinea opportunamente che il prezzo della liberale disciplina dovrà essere l'assoluta proibizione di distribuire ai soci e al fondatore utili che provengano dall'attività dell'ente, in particolare ove questo svolga un'attività di impresa, che lo vedrà sottoposto allo statuto degli imprenditori. Critiche alla disciplina del codice civile, ritenuta oramai superata, sono state avanzate anche in occasione del convegno sugli enti senza scopo di lucro tenutosi all'Università Bocconi di Milano, nei giorni 25 e 26 novembre 1994, di cui v. un resoconto a cura di IORIO, in Riv. dir. civ., 1995, p. 331 ss.

Dubbioso nei confronti del disegno di legge Cassese, PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di *lucro nell'attesa* della riforma, in Giur. *comm.,* 1995, I, p. 515 ss.; ID., Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 83 s. L'a. rileva come la proposta di regole che agevolassero il riconoscimento e l'autorizzazione agli acquisti fosse giustificabile nei tempi passati, quando gli enti riconosciuti del primo libro avevano rilevanza limitata. Attualmente la richiesta di una normativa più liberale deve conciliarsi – ed è questa osservazione da condividere pienamente – con l'esigenza di misure legislative che diano maggiori garanzie sulla solidità patrimoniale degli enti e sull'affidabilità dei loro amministratori.

stessa dell'ente. Intanto va detto che occorre distinguere la fondazione in attesa di riconoscimento da quella non riconosciuta, perché le due ipotesi sono diverse e solo parzialmente avvicinabili; nel primo caso si è in presenza di una fase transitoria (anche se spesso prolungata nel tempo), di aspettativa dell'attribuzione della personalità giuridica, nel secondo l'ente è costituito proprio per «vivere»come non riconosciuto, situazione, questa, pienamente ammissibile per le associazioni, problematica per le fondazioni.

Secondo la giurisprudenza, «solo con il riconoscimento l'ordinamento giuridico eleva il complesso organizzato ad un fine, di mezzi e di uomini, a soggetto di diritto, posto come destinatario di norme e considerato titolare di diritti e di obblighi» per cui, prima di quel momento, nessuna rilevanza va attribuita all'organizzazione di fatto[32]. È vero che il c.d. atto di dotazione di beni in favore di un ente futuro produce l'effetto immediato di destinare i beni stessi al costituendo soggetto, sottraendoli alla disponibilità del fondatore, a meno che questi non proceda alla revoca *ex* art. 15[33], e che anche la possibilità di revoca viene meno nel caso in cui il fondatore abbia, in attesa del riconoscimento, fatta iniziare l'attività dell'opera da lui disposta[34], ma all'impulso dell'iniziativa non può anche attribuirsi l'effetto di dar vita ad una fondazione di fatto, ipotizzando una «limitata soggettività)) dell'ente[35]. Tanto è vero che, se il riconoscimento viene negato, il vincolo di irrevocabilità cade ed il fondatore riacquista la disponibilità dei beni, peraltro mai usciti dal suo patrimonio.

---

32. «Se non a particolari effetti previsti dall'art. 37 e 38 c.c.»: Cons. St., Sez. VI, 24-4-1987, n. 283, in Cons. St., 1987, I, 627.

33. Secondo la giurisprudenza, mentre l'efficacia dell'atto di fondazione è subordinato all'emanazione del decreto di riconoscimento, l'atto c.d. di dotazione produce l'immediato effetto di destinare i beni all'ente nascituro, sottraendoli alla disponibilità del fondatore, a meno che questi non proceda, ove possibile, alla revoca ex art. 15 c.c.: Cass., 15-4-1975, n. 1427, in Foro it., 1976, I, 1683; Id., 10-7-1984, n. 4024, in GALGANO, Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit., p. 353 ss.

34. «Perché una volta che l'opera abbia iniziato la propria attività, non rimane più nella sfera del fondatore, ma interessando oramai la generalità dei cittadini, non può essere distrutta ad arbitrio dei privati»: Cass., 4-7-1959, n. 2130, in Giust. civ., 1959, I, 1691; v., inoltre, T. Roma, 15-9-1987, in Giur. it., 1988, I, 2, 442, con osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO.

35. Come ha, invece, sostenuto l'A. Milano, 15-5-1981, in Foro pad., 1982, I, 251, (che ha riformato T. Milano, 5-10-1978, in Dir. fall., 1979, I, 1071). Nello stesso senso, T. Milano, 19-9-1968, in Giur. it., 1969, I, 2, 727, secondo cui «nell'intervallo temporale fra la stipulazione dell'atto costitutivo di una fondazione e l'inizio dell'efficacia del decreto di riconoscimento, la fondazione di fatto esistente, alla stregua dell'ordinamento italiano, deve ritenersi dotata di limitata soggettività, in forza della quale può essere riconosciuta la capacità processuale nei limiti previsti dall'art. 36 c.c.». In senso contrario, in giurisprudenza, P. Alì Terme, 6-7-1981, in Giur. *mer.*, 1984, I, p. 4, con nota di VIGOTTI; in dottrina, GALGANO, *Le* associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit. p. 369 ss.; si esprime, invece, per l'autonomia soggettiva della *Vorstiftung*, ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 240 ss. Sul problema v. anche la nt. successiva.

L'eventuale inizio dell'attività non comporta, perciò, autonomia dei beni devoluti allo scopo: le persone preposte all'amministrazione dei beni destinati all'erigenda fondazione sono tenuti in proprio, senza il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'ente, per le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali dipendenti dall'attività svolta[36].

È, invece, ammessa dai giudici la continuazione, in capo all'ente rico-

---

36. Nessuna norma regola i rapporti sorti nel periodo in cui l'ente è in attesa di riconoscimento, mentre con riguardo alle società di capitali l'art 2331 c.c. stabilisce, per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione, la responsabilità illimitata e solidale verso i terzi di coloro che hanno agito; l'art. 2338 c.c., inoltre, prevede la responsabilità solidale dei promotori verso i terzi per le obbligazioni necessarie alla costituzione della società, ma anche l'obbligo della società di rilevare i promotori da tali obbligazioni e di rimborsare loro le spese sostenute. Si ritiene comunemente che le norme siano applicabili, in via analogica, anche agli enti del primo libro: delle obbligazioni contratte per fondazioni ed associazioni in attesa di riconoscimento risponderanno quindi (solo) coloro che hanno agito, ma se il procedimento si conclude con esito positivo la persona giuridica sarà tenuta a rilevare i promotori delle obbligazioni assunte per suo conto e a rimborsare loro le spese sostenute, sempreché siano necessarie ed utili per la costituzione (v. art. 2338 c.c.): cfr., in questo senso, AURICCHIO, La *c.d.* rappresentanza della persona giuridica futura, in Dir. e Giur., 1960, p. 542 s.; ID., voce «Associazioni riconosciuta», cit., p. 898; VITTORIA, *op. ult.* cit., p. 112 ss.; in precedenza, FERRARA Sr., Le persone giuridiche, cit., p. 224; ritiene invece che l'ente possa essere chiamato a rispondere solo in quanto gli atti assuntivi dell'obbligazione siano stati successivamente ratificati dagli organi competenti, GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 12, p. 150 s., *sub* art. 15, p. 173 s.; ID., Le associazioni, le fondazioni, i comitati, cit., p. 368 ss.

In giurisprudenza, nel senso che delle obbligazioni assunte prima del riconoscimento risponda il fondatore, qualora abbia personalmente diretto l'attività dell'opera da lui disposta, ovvero altri che abbiano agito come amministratori dei beni destinati all'erigenda persona giuridica, Cass., 15-7-1977, n. 3196, in Foro it., 1977, I, 1875; Id., 27-2-1971, n. 495, in *Giur.it.*, 1971, I, 1, 1134, che ha confermato la precedente sentenza dell'A. Messina, 26-4-1967, in Giust civ., 1968, 1, 125, in cui si legge, tra l'altro, che il fenomeno della c.d. «soggettività anticipata» in virtù del quale un soggetto può acquistare diritti o assumere obblighi per effetto dell'attività svolta da altri anteriormente al suo sorgere, ha carattere eccezionale in quanto deroga al principio generale secondo cui il soggetto non è un'entità giuridicamente rilevante prima della sua nascita (se persona fisica) o del suo formale riconoscimento (se persona giuriridica). Ne consegue che un ente non diventa, per il semplice fatto dell'acquisto della personalità giuridica, autonomamente titolare e responsabile delle situazioni giuridiche dipendenti dagli atti posti in essere dai promotori in nome e per conto suo, prima e durante il periodo della sua costituzione: Cass., 7-10-1967, n. 2096, in Giur. *it.*, 1968, 1, 1, 558 (che ha confermato la decisione dell'A. Bari, 16-9-1963, in *Corti* Bari, Lecce e Potenza, 1964, p. 179), la S.C. ha, in quell'occasione, affermato che il patrimonio destinato ad una fondazione non riconosciuta non è esso stesso soggetto di diritti, e, quindi, non può acquistare né rimanere obbligato. Diversamente, A. Milano, 15-5-1981, cit., che ravvisa nel periodo che precede il riconoscimento una fondazione non riconosciuta, v., a questo proposito, la nt. precedente.

nosciuto, dei rapporti posti in essere dall'originario comitato, poi evolutosi in fondazione, quando ricorra identità di beni, di soggetti e di scopo[37].

Ipotesi diversa da quella dell'ente in formazione, cui abbiamo appena fatto cenno, è quella che si verifica quando un soggetto, con atto unilaterale, predisponga lo scopo, l'organizzazione e la dotazione patrimoniale di quello che sarebbe un ente strutturato in forma di fondazione, cui però difetti il riconoscimento (perché non ottenuto o, più frequentemente, perché non richiesto). È osservazione scontata quella per cui questa figura è ignorata dal legislatore, che ha invece provveduto a disciplinare, pur se sommariamente, le associazioni non provviste di personalità giuridica in apposito capo. L'omissione è stata motivata in vari modi. Secondo la dottrina più antica la ragione starebbe nella configurazione strutturale dell'istituto, perché se nelle associazioni l'esistenza della componente personale consente di configurare un centro di imputazione di situazioni giuridiche anche in assenza di riconoscimento, altrettanto non può dirsi per le fondazioni, che si identificano in un complesso di beni cui solo il conferimento della personalità avrebbe il potere di attribuire soggettività autonoma[38]. Per gli autori più recenti, la ragione del silenzio normativo sarebbe dovuta alla tradizionale diffidenza del legislatore moderno nei confronti delle fondazioni, a maggior ragione quando si tratti di fondazione non riconosciuta, e perciò sottratta ad ogni controllo in ordine al rischio che patrimoni rilevanti siano vincolati indefinitivamente, in forza di unilaterale manifestazione di volontà, a scopi divenuti infruttuosi[39].

Già contro le stesse associazioni prive di riconoscimento si erano, in un primo tempo, addotte le esigenze di non immobilizzare durevolmente patrimoni anche ingenti e l'inammissibilità di vincoli reali oltre quelli tradizionali; e ancora più problematico era stato definire la forma di comproprietà degli associati sui beni del patrimonio comune. Che poi solo all'ente associativo sia riuscito di vincere le contraddizioni, modificando le linee del sistema e inserendosi in esso, è circostanza indubbiamente legata alla maggior diffusione e rilevanza sociale dell'associazionismo, che ha goduto di una benevola attenzione negata, fino ad oggi, alle fondazioni. Ma per

---

37. In questo senso, Cass., 12-6-1986, n. 3898, in Giur. it., 1987, I, 1, 1016, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, la sentenza (che è anche commentata in Riv. Dir. civ., 1988, II, p. 119 ss. da M. GRAZIADEI) conferma A. Roma, 22-3- 1983, in Temi *rom.*, 1983, p. 331; A. Firenze, 19-6-1980, in Giur. it., 1981, I, 2, 102, che accoglie, in sede di rinvio, il principio espresso da Cass., 12-11-1977, n. 4902, ivi, 1978, I, 1, 1726; T. Rovereto, 23-2-1973, ivi, I, 2, 1093. In senso contrario, A. Trieste, 30-4-1975, in Giur. *mer.,* 1978, 604; A. Trento, 27-5-1974, in Giur. it., 1974, I, 2, 673, quest'ultima decisione, che aveva accolto l'impugnazione contro T. Rovereto, cit, è stata poi cassata da Cass. n. 490211977, cit.

38. In questo senso, tra gli altri, MESSINEO, Manuale di diritto civile e *commerciale*[9], Milano, 1957, p. 308.

39. GALGANO, *Delle* associazioni non riconosciute, cit., sub art. 39, p. 290 ss; GRECO, Le fondazioni non riconosciute, cit., p. 5.

queste ultime gioca a sfavore, è il caso di ribadirlo, soprattutto la forma organizzativa, ancora caratterizzate dalla prevalenza dell'elemento patrimoniale su quello personale[40]. Prova ne sia che, per la giurisprudenza «se è giuridicamente concepibile che enti di tipo associativo esistano come enti di fatto, dato che rispetto ad essi sussiste la possibilità di riferire ai soggetti che compongono il gruppo o ad alcuni di essi la proprietà e il possesso del patrimonio, nonché la titolarità del rapporto che mette capo all'ente, l'esistenza di fatto di una fondazione è un non senso»[41].

Nel silenzio normativo, il problema da risolvere per la fondazione non riconosciuta è quello di accertare se, in assenza dell'attribuzione della personalità, la destinazione, ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà, di un complesso di beni ad un determinato scopo possa acquistare valore reale per il disponente e per i terzi, in altre parole se, e in quale misura, il sistema consenta tutele «reali» dei diritti dei creditori e delle aspettative dei beneficiari rispetto ai beni vincolati, senza la mediazione di un distinto soggetto a cui imputarli[42]. Gli effetti tipici della fondazione possono, infatti, essere efficacemente perseguiti solo attribuendo natura reale al vincolo di destinazione impresso sul patrimonio, poiché un vincolo di carattere meramente obbligatorio a carico di colui cui i beni venissero trasferiti non avrebbe alcuna rilevanza esterna, e non garantirebbe in alcun modo il perseguimento dello scopo in vista del quale l'attribuzione è stata effettuata.

Ma la configurabilità di una fondazione fiduciaria cui inerisca un vincolo del primo tipo è respinta dalla dottrina, in nome del *numerus* clausus dei diritti reali[43], ed è opinione comune che la tendenziale immutabilità del legame che condiziona il patrimonio dell'ente abbia indotto il legislatore moderno a limitare i casi e le forme della fondazione, sottraendo spazio all'autonomia privata[44]. Se si ha attribuzione fiduciaria a favore di una fondazione dotata di personalità, si è osservato, l'attribuzione finisce per confluire nel patrimonio dell'ente personificato. Al di fuori di quest'ipotesi, la fondazione non riconosciuta, quale che sia la disciplina ritenuta applicabile (della donazione *cum onere*[45], della fiducia o il ricorso analogico al

---

40. Cfr. RASCIO, *op. ult. cit.*, p. 44 ss.

41. A. Napoli, 6-2-1952, in Dir. eccl., 1952, II, 534; nello stesso senso, più di recente, A. Trento, 27-5-1974, cit.

42. Così RESCIGNO, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p. 475.

43. V., per riferimenti, COSTI, op. cit., p. 30 s.

44. Cfr., tra gli altri, GALGANO, Delle fondazioni non riconosciute, cit., p. 290 ss.; ID., voce «Fondazione»cit., p. 8; da ultimo, ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 236 ss.

45. Secondo FERRARA Sr., op. cit., p. 105 s., sono fondazioni fiduciarie le disposizioni modali, cioè le attribuzioni di beni ad una persona fisica o giuridica, con l'onere di adempiere un determinato scopo, con la differenza che, nel secondo caso, si può ipotizzare una perpetua attuazione dell'onere, perché l'estinzione dell'ente non ne comporta la risoluzione, se il patrimonio si devolve ad un altra persona giuridica. La disposizione modale (artt. 647 s.s., 793 ss. C.C., da tenere distinta

regime della fondazione) propone ineludibili difficoltà quando si tratti di individuare i soggetti interessati a far valere il vincolo reale su tali beni e di apprestare le tutele giudiziarie a loro favore, in un sistema come il nostro, ignaro fino ad oggi delle tecniche e delle preziose risorse del *trust*[46].

Una delle ipotesi in cui l'ordinamento consentirebbe la costituzione di una fondazione fiduciaria, sarebbe, secondo alcuni, quella prevista negli

---

rispetto alla disposizione fiduciaria, giuridicamente non vincolante, con la quale il testatore affida all'erede la devoluzione dei beni a persona non nominata nel testamento: art. 627 c.c.), costuisce però un mero vincolo a carico del destinatario, il quale rimane unico titolare e legittimato a disporre dei beni, è perciò improprio parlare, in questo caso, di fondazione fiduciaria (cfr., BIANCA, Diritto civile, 1, cit., p. 325). Nel senso che, non essendo configurabile nel nostro ordinamento una massa patrimoniale dotata di soggettività senza un formale riconoscimento governativo, i lasciti e le donazioni che non abbiano dato vita alla creazione di persone giuridiche, debbano intendersi quali donazioni e lasciti modali, con la conseguenza che, ai sensi degli artt. 673 c.c. e 794 c.c., la sopravvenuta impossibilità della prestazione, costituente oggetto del *modus*, estingue l'obbligazione dell'onerato, Cons. St., Sez. II, 26-9-1984, n. 1327, in Cons. St., 1986, II, 1844.

46. In questo senso, RESCIGNO, *op. ult.* cit., p. 474 s.

E convinzione radicata che il trust sia l'istituto «gioiello» del *common* law non riproducibile, per la radicale diversità di strutture, nei sistemi continentali (cfr. GAMBARO, Problemi in materia di *riconoscimento* degli effetti dei trusts nei paesi di civil law, in Riv. Dir. civ., 1984, I, p. 93 ss), anche perché i peculiari diritti che *trustee* e *beneficiary* godono sui beni oggetto del trust contraddicono il sistema chiuso dei diritti reali. La letteratura sui rapporti tra costruzione romanistica del vincolo fiduciario (ad efficacia meramente obbligatoria), fiducia di tipo germanico e trust è vastissima e risalente, cfr., per ogni riferimento, tra gli scritti più recenti, CRISCUOLI, Fiducia e fiducie in *diritto* privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei, in Riv. Dir. civ., 1983, I, p. 136 ss.; MORELLO, Fiducia e trust: due esperienze a confronto, in *Quadrimestre,* 1990, p. 239 ss.; AA.VV., Fiducia, trust, *mandato* ed agency, Milano, 1991, p. 17 ss.; BUSATO, La figura del trust negli ordina*menti* di common law e di diritto continentale, In Riv. Dir. civ., 1992, II, p. 309 ss.; L. SANTORO, Trust e fiducia, in Contratto e impresa, 1995, p. 976 ss. La possibilità di introdurre pienamente le tecniche del trust nei sistemi di civil law è questione non risolta anche dopo che la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile al trust, adottata il 1° luglio 1985, è stata ratificata dall'Italia con l. n. 364 del 16 ottobre 1989 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992); sui limiti della riconoscibilità dell'istituto da parte dello stato italiano a séguito della ratifica della convenzione, cfr. LUPOI, Introduzione ai Trusts. Diritto inglese. Convenzione *dell'Aja.* Diritto italiano., Milano, 1994; L. FUMAGALLI, Il trust, in Gli enti «*non profit*» in Italia, cit., p. 139 ss.; più di recente, R. LENZI, Operatività del trust in Italia, in Riv. del not., 1995, p. 1379 ss.; E. CALÒ, Dal probate al *family* trust. Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano, Milano, 1996, *passim,* cui si rinvia per altri riferimenti.

Sull'uso fiduciario delle fondazioni, e cioè sulla possibilità che fondazioni (e associazioni) assumano la valenza di strumenti e tecniche operative per realizzare le finalità perseguite dal trust, IUDICA, Fondazioni, *fedecommesserie,* trusts e trasmissioni della ricchezza familiare, in Nuova Giur. civ. *comm.,* 1994, II, p. 77 ss., e in La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio, Padova, 1995, p. 97 ss., da cui l'opera verrà in séguito citata; MOSCATI, Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza, in Nuova Giur. civ. *comm.*, 1995, II, p. 25 ss.; CALÒ, *op. cit.*, p. 130 ss.

artt. 40-42 c.c., dal cui tenore potrebbe desumersi l'esistenza di un vincolo di natura reale (gli articoli assicurano, anche in assenza del riconoscimento, la destinazione allo scopo di un patrimonio offerto per un'opera altruistica). Nel complesso di norme dedicate ai comitati sarebbe riconoscibile la normativa di una fondazione costituita per pubblica sottoscrizione, ente il cui il riconoscimento è previsto solo come eventuale; nella disposizione dettata per il caso di mancata attribuzione della personalità (art. 41 c.c.) sarebbe identificabile la disciplina da applicarsi alla fondazione non riconosciuta, costituita per atto di un unico fondatore, indipendentemente dall'iniziativa di un comitato, quando la sufficiente liberalità di un singolo promotore renda superflua una pubblica sottoscrizione[47].

Ad un'ipotesi di fondazione fiduciaria farebbe riferimento anche l'art. 32 c.c., dove si prevede che beni con destinazione particolare siano trasferiti ad una persona giuridica e che, nel caso di trasformazione o di scioglimento dell'ente l'autorità governativa devolva «tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi»[48]. Dal complesso di queste norme, che tendono comunque a far salva la destinazione dei fondi allo scopo, si desumerebbe l'esistenza di un vincolo reale (opponibile ai terzi ed agli eredi) e non soltanto personale sul patrimonio.

---

47. GALGANO, Per un'ipotesi sulla natura *giuridica* dei comitati, in Jus, 1958, p. 69 e ss.; ID., *Sull'ammissibilita* di una fondazione non riconosciuta, nota a Cass., 18-10-1960, n. 2785, in Riv. Dir. civ., 1963, II, 172; ID., Delle associazioni non riconosciute, cit., sub art. 39, p. 290 e ss.; ID., Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit., p. 398 ss.. La tesi avanzata da GALGANO nel saggio Per un'ipotesi ecc., cit., è stata ripresa da SCAVO LOMBARDO, In tema di oblazioni raccolte da un unico promotore, nota a T. Lucca, 4-5-1951, in Dir. ecci., 1960, II, p. 270 e ss., che ha esaminato la fattispecie di una pubblica sottoscrizione promossa, anziché da un comitato, da un unico promotore. Su posizioni affini a quelle di Galgano, ma distinguendo tra le ipotesi previste nell'art. 32 c.c. da quella disciplinata dagli artt. 40-42 c.c., GRECO, op. cit., p. 28 ss. Perplessità sulla figura della fondazione fiduciaria sono avanzate da RASCIO, *op. cit.*, p. 28 e ss., più favorevole alla tesi del patrimonio separato.

In giurisprudenza, nel senso dell'ammissibilità della fondazione fiduciaria, Cass., 18-10-1960, n. 2785, cit., in cui però l'affermazione ha solo un rilievo incidentale, e, da ultimo, T. Rovereto, 23-3-1973, cit.

48. L'art. 32 e gli artt. 40-42 c.c. costituirebbero quindi frammenti della disciplina di un medesimo istituto: GALGANO, *Delle* associazioni non riconosciute, cit., p. 295.

L'art. 6 della legge francese 90-559 del 4 luglio 1990, *Créant* les fondations d'entreprise, cit., riconosce la possibilità di istituire una fondazione non attraverso il procedimento costitutivo previsto per gli enti dotati di personalità, ma attraverso l'imposizione di un vincolo di destinazione ad un gruppo di beni attribuiti ad una fondazione, già riconosciuta di utilità pubblica, il cui statuto preveda la possibilità di accogliere tali patrimoni autonomi. Più che di fondazione si tratta di un rapporto di natura fiduciaria, che conferisce al fiduciante il diritto di denominare il rapporto istituitosi come fondazione, in questo senso, ZOPPINI, Considerazionisulla fondazione d'impresa e sulla fondazione fiduciaria regolate da una recente legge francese, cit., p. 580 s., che rileva come la fondazione fiduciaria tipizzata dal legislatore francese richiami la fattispecie disciplinata dall'art. 32 c.c.

Contro questa impostazione sono state addotte considerazioni d'indole politico-legislativa, obiettando che l'identità di struttura e di funzione non toglie che alla base del vincolo reale che grava i beni del comitato vi sia una giustificazione che non può valere per la fondazione fiduciaria, e cioè il carattere di temporaneità, ed anzi di estrema limitatezza nel tempo dell'attività e dei fini, e quindi degli strumenti che il diritto pone al servizio del comitato. La fondazione fiduciaria non può essere soggetta a queste restrizioni temporali, ma allora il sistema conoscerebbe una grave contraddizione coi limiti posti alla sostituzione negli atti di ultima volontà e nelle donazioni (artt. 688 e ss., 795 C.C.), e in particolare con le norme relative alla sostituzione fedecomrnissaria (art. 692 C.C.) e all'usufrutto successivo (art. 698 c.c.)[49].

Un'altra opinione, pur negando che nelle disposizioni degli artt. 40-42 c.c. possa ravvisarsi un'ipotesi di fondazione fiduciaria, ammette che in esse sia contenuta la disciplina della costituzione di una fondazione non riconosciuta. La ricostruzione teorica della fondazione priva di riconoscimento viene effettuata, anziché in termini di rapporti fiduciari, riferendosi alla soggettività giuridica, intesa come idoneità ad essere titolare di diritti e di doveri; la fondazione di cui agli artt. 40 e ss. sarebbe, perciò, regolata come centro unitario di imputazione delle situazioni giuridiche che si vanno man mano costituendo per il soddisfacimento degli interessi omogenei che essa esprime[50].

L'esperienza degli ultimi decenni, che ha reso progressivamente marginale quella disciplina delle persone giuridiche che il codice presentava come ipotesi esclusiva di soggettività, e il fatto che il riconoscimento formale non sia più presupposto inderogabile della soggettività degli enti collettivi, costituiscono indubbiamente una tentazione ad ignorare le strettoie dell'ordinamento, e a fondare la positiva risposta all'ammissibilità anche di una fondazione non riconosciuta semplicemente sul potere dell'autonomia privata di organizzare le strutture più confacenti alla realizzazione dei propri intenti, invocando il principio di atipicità (con l'unico limite della meritevolezza degli interessi, art. 1322, 2° co. c.c.) anche per i negozi costitutivi degli enti del primo libro. Un ulteriore tentativo di questo tipo, di recente sperimentato[51], trascura però, come si è detto, i limiti posti dall'ordinamento, che per ora consente di disporre un assetto patrimoniale e un sistema di interessi omogeneo a quello che si realizza attraverso la fondazione solo per mezzo di schemi tipici.

---

49. RESCIGNO, voce «Fondazione», cit., p. 805.
50. COSTI, *op. cit.*, p. 32 ss.
51. PALERMO, Le istituzioni prive di riconoscimento, in Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società, cit., p. 154 ss., cfr. ivi, p. 463 s. le critiche addotte da RESCIGNO, che si sono riassunte nel testo, v., inoltre, ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 237, nt. 6.

D'altra parte l'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta è affermazione che non trova puntuale conferma nella giurisprudenza, per altro rara e non recentissima, le decisioni generalmente citate a sostegno dell'ammissibilità di una fondazione fiduciaria si riferiscono in realtà ad enti in attesa di riconoscimento oppure a comitati che successivamente si sono evoluti in fondazioni[52].

La scarsità delle pronunce giurisprudenziali conferma l'esattezza del rilievo che la diffusione della fondazione non riconosciuta è, nella realtà sociale, assai circoscritta e che è assolutamente trascurabile il numero degli enti per i quali la scelta di questa forma organizzativa è stata dettata dalla necessità e dal desiderio di preservare la propria autonomia[53].

3. LE FONDAZIONI DI FAMIGLIA

Che la fondazione sia, nella formula consegnata dalla tradizione, un complesso di beni destinati ad uno scopo, che la caratterizza e distingue[54], suggerisce come questo elemento assuma per essa un rilievo specialmente essenziale. Il raggiungimento e l'impossibilità del fine sono cause di estinzione, come dispone l'art. 27, 1° co. c.c., con norma peraltro comune ad enti associativi e fondazioni, mentre solo a queste ultime è riservata la disposizione dell'art. 28 c.c., che prevede, nel caso di esaurimento, o impossibilità, o scarsa utilità dello scopo, il peculiare rimedio della trasformazione dell'ente in luogo della sua cessazione.

L'assenza del fine di lucro è, per opinione comune[55], ineludibile tratto caratterizzante gli enti non *profit*, come oramai comunente sono designati quelli del primo libro. Può dubitarsi, tuttavia, che il dato meramente negativo dell'assenza di distribuzione degli utili sia sufficiente a ritagliare l'ambito delle finalità perseguibili nelle forme della fondazione. Prevale invece,

---

52. In questo senso, con condivisibile osservazione, PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 138 s.; cfr. le decisioni citt. retro alle ntt. 35, 37, 47, e, più ampiamente, la rassegna curata da BAZZANI, op. loc. citt.

53. PONZANELLI, La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali, cit., p. 51 ss.; Nel senso che il tema delle fondazioni di fatto andrebbe ridimensionato, RESCIGNO, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforme*, cit., p. 474.

54. Cfr. KRONKE, *Stftungstypus* und *Unternehmensträgerstiftung*, cit. p. 57.

55. Cfr., in questo senso, PONZANELLI, Le «*non profit organizations*», Milano, 1985, spec. p. 129 ss.; ID., Gli enti «*non profit*» nuove figure e nuove problematiche, Atti del Convegno tenutosi a Milano il 3 ottobre 1992, Milano, 1993, p. 11 ss; ID., voce Enti senza scopo di lucro», cit., p. 468 ss.; ID., Le nuove frontiere del primo e quinto libro del codice civile, in Gli enti «*non profit*» in Italia, cit., p. 4 s., 96 ss.; ID., Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 5 s.; in precedenza, BIANCA, Diritto civile, I, cit., p. 333; DE GIORGI, Delle persone giuridiche, in Trattato di Diritto privato diretto da Rescigno, I, 2, 1982, p. 221 s.; GALGANO, *Delle* associazioni non riconosciute, cit., sub artt. 36-38, p. 61 ss.

ancora, l'opinione più tradizionale, che individua il segno caratteristico dell'istituto non nella mera assenza di utili, ma nel positivo perseguimento di fini caritatevoli, assistenziali, culturali, ovvero, in altre parole, di rilevante e collettivo interesse[56]. Solo in vista di simili commendevoli finalità l'ordinamento si piegherebbe a tollerare gli inconvenienti che dalla fondazione germogliano per sua stessa natura, e cioè gli impedimenti alla circolazione dei beni e al libero sfruttamento delle risorse economiche.

Il peso della tradizione storica, alcuni dati normativi (gli artt. 28, 1° co., 31, 2° co. c.c.), le stesse, pur scarse, pronuncie giurisprudenziali[57] inducono dunque a ritenere che la realizzazione di un'utilità sociale, il prefiggersi un bene collettivo, siano tratto essenziale della fondazione[58], cui, altrimenti, l'autorità governativa dovrebbe negare il riconoscimento.

---

56. Cfr., in questo senso, già ROMANELLI, Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico, cit., p. 57 e ss.; più di recente, GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 16, p. 185 ss.; ID., Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit., p. 373 ss.; ID., voce «Fondazione», cit., p. 4 ss.; v, inoltre, BIANCA, Diritto civile, I, cit., p.314 s.; IUDICA, Fondazioni, *fedecommesserie,* trusts e trasmissioni della ricchezza familiare, p. *77* ss.; RESCIGNO, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p. 490 ss.

Per alcuni autori la soddisfazione dell'interesse egoistico, anche patrimoniale, del fondatore è, invece, compatibile con la struttura e le finalità della fondazione, già per FERRARA Sr., Le persone giuridiche, cit., p. 235, ((qualunque scopo, di privata o generale utilità può essere assunto come nucleo della fondazione»; nel senso che il fondatore possa riservare a se stesso i vantaggi realizzati per mezzo della fondazione v., inoltre, COSTI, Fondazione e impresa, cit., p. 13 e ss.; e CARRABBA, Scopo di *lucro* e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative, Napoli, 1994, p. 319 ss.; rileva che la fondazione è sempre più di frequente usata come ente strumentale al conseguimento di obiettivi imprenditoriali, per ciò stesso contraddicendo il requisito della pubblica utilità dello scopo, ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 54 ss.; ID., Considerazioni sulla fondazione *d'impresa* e sulla *fondazione fiduciaria* regolate da una recente legge francese, cit, p. 584 ss.

57. In questo senso, T. Genova, 9-7-1971, in Giur. it., 1972, I, 2, 556; commentata da DE GIORGI, Fondazione di famiglia, in Riv. Dir. civ., 1972, II, p. 297 ss.; Cass., 10-7-1979, n. 3960, in Giur. it., 1980, I, 1, 881, con osservazioni di DE GIORGI, decisioni concernenti entrambe un antico fedecommesso, in cui i giudici genovesi avevano ravvisato una fondazione di famiglia, v., *infra,* nt. 65.

58. Che la funzione dell'istituto debba ancora oggi ritenersi connessa alla soddisfazione di uno scopo di interesse generale, è confermato dalla più volte cit. l. francese 90-559 del 4 luglio 1990, volta ad offrire alle imprese un quadro giuridico e finanziario idoneo a favorire le azioni di mecenatismo; a questo scopo la legge, ha, come si è detto, istituito la fondation *d'entreprise* (da non confondersi con quella che nella nostra dottrina viene comunemente denominata fondazione d'impresa, cfr. ZOPPINI, Le fondazioni, cit., p. 61, nt. 134), una persona morale di nuovo tipo, a scopo non lucrativo, da costituirsi en vue de la realisation d'une *oeuvre d'intérét général* (art. 53-3°). Analogamente, la cit. l. spagnola 30/1994 del 24 novembre 1994, ha ribadito, all'art. 1, che le fondazioni sono destinate «a la realización de fines de interés general» (cfr. retro, nt. 1); nell'art. 2 della medesima legge vengono passati in rassegna i possibili scopi: assistenza sociale, civica, educativa, culturale, scientifica, sportiva, sanitaria, per lo sviluppo dell'ambiente, la promozione del volontariato ecc.

Una siffatta conclusione non è contraddetta dalla circostanza che l'istituto sia oggi spesso chiamato a coadiuvare il materiale tornaconto di imprenditori, che se ne servono prevalentemente come strumento di strategia promozionale[59]. L'ovvia considerazione che il mecenatismo di impresa sia più un mezzo di comunicazione propagandistica che un atto di filantropia non pregiudica in alcun modo la natura ideale della fondazione posta in essere, perché è proprio attraverso il proporsi e il soddisfare fini di elevato e proficuo interesse per la comunità che l'impresa fondatrice mira a rinnovare e valorizzare la propria immagine sociale.

Che una fondazione non possa prefiggersi scopi di natura privata, ma debba essere rivolta al perseguimento di un utile comune è affermazione che la dottrina fonda, oltre che sulla configurazione tradizionale dell'istituto, su principi inderogabili dell'ordinamento, espressi nel divieto della sostituzione fedecommissaria al di là dei ristretti limiti consentiti (art. 692, ult. co., v. anche l'art. 795 C.C.) [60] e dell'usufrutto successivo (art. 698 C.C.), con l'eccezione prevista dall'art. 699 C.C., che proprio al soddisfacimento di fini di pubblica utilità condiziona la validità di una «disposizione testamentaria avente per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate».

Dalle norme citate emerge evidente lo sfavore nei confronti di vincoli di destinazione che gravino su di un patrimonio potenzialmente in perpetuo, tratto questo che associa fondazioni e fedecommessi; la connessione perdura fin dal secolo XVIII, quando, in nome del movimento di idee creatosi a favore della libera circolazione e disposizione dei beni, i legislatori dell'epoca fecero segno entrambi gli istituti di una comune opera di repressione, in nome degli stessi principi di politica economica[61].

---

59. Così, invece, ZOPPINI, *opp.* locc. citt. supra, nt. 56, appellandosi anche alle caratteristiche della fondation *d'entreprise* di cui alla cit. l. francese 90-559.

60. Il divieto di sostituzione fedecommissaria è richiamato con assiduità dalla giurisprudenza, anche se poi la discutibile tendenza ad ammettere la validità di clausole come la si *sine* liberis decesserit o quella in cui si preveda l'attribuzione di un usufrutto vitalizio, consente di conseguire risultati sostanzialmente analoghi: cfr. Cass., 21-6-1995, n. 7035, in Rep. Foro it., 1995, voce «Successioneereditaria))n. 71; Id., 25-11-1992, n. 12564, in Giust. civ., 1993, I, 1531, con osservazioni di DI MAURO; Id., 27-11-1990, n. 11428, ivi, 1991, I, 1229, con commento dello stesso a.; Id., 19-1-1985, n. 150, in Riv. not., 1985, 483, con nota di MASCHERONI; Id., 11-7-1980, n. 4443, in Giur. it., 1981, I, 1874, con nota di PEREGO; cfr., inoltre App. Genova, 28-3-1986, in Nuova Giur. civ. *comm.*, 1986, I, 486, con nota di PONZANELLI.

61. Cfr., nell'ambito della la copiosa letteratura, CICCAGLIONE, voce «Successione (diritto intermedio)))in *Dig.* it., XXII, p. 268 ss.; COSATTINI, voce «Sostituzione fedecommissaria», in Nuovo *Dig. it.*, XII, Torino, 1940, p. 637 ss.; EULA, Delle sostituzioni, nel Codice civile-Commentario diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro* delle successioni, Firenze, 1941, p. 601 ss.; TRIFONE, voce «Fedecommesso (diritto intermedio), in Noviss. *Dig.* it., Torino, 1961, p. 205; CARAVALE, voce «Fedecommesso (dir. interm.)», in Enc. Dir., XVII, 1968, p. 113 ss.; RICCA, voce «Fedecommesso (diritto civile)»,ivi, p. 114 ss; UNGARI, Il diritto di famiglia in Italia, Bologna, 1970, p. 33 ss.; da ultimo, PALAZZO, Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori, in La *trasmissione* familiare della ricchezza, cit., p. 32 ss.

Si è appena fatto cenno alla disposizione dell'art. 699 c.c., che riproduce, ampliata, la formula dell'art. 902 cod. c i ~del 1865. La norma, che prevede una disposizione a titolo particolare con effetti obbligatori a carico dell'erede, ha poco a che fare con l'ipotesi in cui il testatore disponga la creazione di un ente al fine di provvedere all'erogazione di prestazioni da lui stesso determinate[62], ma l'esplicita previsione dello scopo di pubblica utilità, esercita ugualmente, si è osservato, una decisiva efficacia argomentativa in rapporto al confine da assegnare all'autonomia del fondatore[63].

La disposizione dell'art 699 c.c. è soprattutto proficua per delimitare l'ambito entro il quale una particolare tipo di fondazione, la fondazione di famiglia, può essere riconosciute ed operare nel nostro ordinamento. Nella sede specifica del titolo II del libro I del codice civile queste fondazioni sono ricordate (all'art. 28, ult. cpv. c.c.) solamente per sottrarle al regime di interventi dell'autorità amministrativa previsti dallo stesso art. 28 e dall'art. 26, in quanto si tratta di enti incompatibili con una destinazione difforme dal vantaggio degli appartenenti al gruppo familiare[64].

L'incidentale, ma esplicito riferimento attuato dal cit. ult. cpv. dell'art. 28 a «fondazioni destinate a vantaggio soltanto di più famiglie determinate», ne riconosce implicitamente l'ammissibilità, e sembrerebbe suggerire che anche interessi privatissimi possono essere realizzati nelle forme della fondazione, che si presterebbe così a fornire uno strumento sostitutivo della successione a causa di morte, con ben maggiori garanzie di stabilità e continuità nella gestione e di custodia del patrimonio nell'ambito della stirpe. Ma decisivo è il rilievo che un ente diretto all'unico fine di perpetuare nel tempo il nome di un casato e di garantire la miglior conservazione della ricchezza familiare eluderebbe i limiti della sostituzione fedecommissaria, restaurandone la sostanza e inevitabilmente urtando contro i divieti impo-

---

62. Il codice civile del 1865 dopo aver proibito, con l'art. 899, le sostituzioni fedecommissarie e aver esteso il divieto con l'art. 901 all'usufrutto successivo e alle annualità successive, stabiliva all'art. 902 che «non è vietato di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo in soccorsi all'indigenza, in premi alla virtù o al merito, od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie». Si ritenne che il legislatore, facendo eccezione con quest'ultimo articolo al divieto sancito dall'art. 899, volesse interdire le disposizioni aventi l'unico scopo di far conservare e restituire ad un terzo il patrimonio, ma non anche quelle dirette a realizzare forme di soccorso all'indigenza, di premio alla virtù o al merito ovvero altro oggetto di pubblica utilità. Dagli interpreti dell'epoca, e dalla giurispruenza, non fu spesso tenuta distinta la fattispecie regolata dall'art. 902 (che contemplava il caso di costituzione di annualità quale semplice modo imposto dal de cuius ad un erede o legatario), da quella in cui il testatore disponesse l'erezione di una fondazione quale soggetto di diritto a sé stante, cfr., per riferimenti, DE GIORGI, Fondazione di *famiglia,* cit., p. 301, nt. 7.

63. GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 16, p. 185 ss.

64. RESCIGNO, *op. ult. citt.,* p. 485.

sti dagli artt. 692 e 698 c. c. Da qui la conclusione che la fondazione circoscritta al vantaggio di una o più famiglie determinate sia ammissibile solo se preordinata al conseguimento di uno scopo di utilità sociale[65], volendo con questo significare che i beneficiari debbano essere selezionati non per la sola appartenenza al gruppo, ma anche sulla base di presupposti ulteriori, quali, ad esempio, la situazione di indigenza, la scelta di un certo corso di studi o di una determinata attività professionale.

Resta il fatto che la costituzione di un ente di questo tipo, anche se condizionata dai limiti suddetti, persegue scopi di privata e non generale utilità, pur se socialmente meritevoli; dovrebbe perciò dedursene che, almeno per questa categoria di fondazioni, sia sufficiente un fine non egoistico e che utilità collettiva non significhi necessariamente bene di una collettività estesa[66]. Il discorso resta relegato a livello teorico, perché di fondazioni di famiglia non se ne costituiscono da lunghissimo tempo, riguardando i rari casi esaminati dai giudici vetusti fedecommessi, e la norma naviga per ora isolata nel codice come un relitto sopravvissuto alla storia.

Cresce, però, da qualche tempo, l'ansia di reperire strumenti alternativi alla successione ereditaria per più proficuamente assicurare la trasmissione familiare della ricchezza; la tendenza potrebbe indurre anche alla riscoperta delle fondazioni familiari, fatti salvi, però, i limiti segnati dalle norme di diritto successorio cui si è appena fatto cenno[67].

---

65. Cfr., in questo senso, GALGANO, *op. ult.* cit., sub art. 16, p. 188 ss.; per la giurisprudenza v. T. Genova, 9-7-1971, e Cass., 10-7-1979, n. 3960, citt. supra, nt. 57. Il giudice di merito ha deciso che la fondazione (il cui unico fine era quello di distribuite in perpetuo i frutti del patrimonio del testatore fra tutti i discendenti del di lui cugino) dovesse essere sciolta perché perseguiva sostanzialmente lo scopo di una sostituzione fedecommissaria; la S.C. ha, più drasticamente, ritenuto che quell'ente non costituisse fondazione per assoluta mancanza di scopo, tale non potendosi considerare la finalità di designare i chiamati a godere del patrimonio ereditario.

Nel senso che la fondazione familiare possa suscitare il sospetto di essere usata strumentalmente per eludere i limiti della sostituzione fedecommissaria, RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 488, che ricorda l'art. 335, 1° co., cod. civ. svizzero, in cui si limita l'ammissibilità di fondazioni di famiglia alle ipotesi in cui si tratti di prowedere all'educazione, dotazione ed assistenza dei membri della famiglia; cfr., altresì, BARBA, La *normatività* della fondazione, cit., p. 449 ss.

Uno dei possibili scopi collaterali che possono spingere alla costituzione di una fondazione familiare, e cioè il desiderio di sottrarsi alle imposte di successione, è stato escluso in Germania con un provvedimento normativo che sottopone ogni trent'anni il patrimonio degli enti costituiti nell'interesse di una o più famiglie ad un'imposta analoga a quella successoria, cfr., in argomento, MEDICUS, *Allgemeiner Teil* des *BGB*[5], Heidelberg, 1992, p. 427.

66. Cfr. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 485 s. e, in precedenza, la voce ~Fondazione», cit., p. 810; e, inoltre, GUARINO, Le fondazioni, alcune considerazioni generali, in Le fondazioni in Italia e *all'estero*, cit., p. 11 s.; ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 143 ss.

67. Cfr., in argomento, MOSCATI, Associazioni e *fondazioni:* finalità *fiduciarie* e loro *rilevanza*, cit., p. 29 ss.; IUDICA, Fondazioni, *fedecommesserie*, trusts e trasmissioni della ricchezza familiare, cit., p. 100 ss.; CALÒ, Dal probate al *family* trust, cit., p. 156 ss.

4. LE FONDAZIONI TITOLARI DI IMPRESA

Per la particolarità degli interessi perseguiti la fondazione di famiglia è istituto prossimo alla fondazione titolare di impresa. Si osserva spesso che le caratteristiche della vita attuale hanno indebolito la centralità dei rapporti familiari, esposti a rischio di disgregazione ben maggiori di quelli propri di una società a prevalente base contadina, ma la destinazione endofamiliare del patrimonio continua ad essere quella che ha maggior rilevanza nello svolgersi delle vicende successorie. I problemi più rilevanti si pongono per quel particolare tipo di ricchezza che è connessa alla titolarità di un'impresa, e gravissimo fattore di disgregazione delle attuali fortune sono i conflitti tra i membri della famiglia coinvolti nel governo dell'azienda[68]. La fondazione è allora, a volte, indicata come la struttura più idonea all'esigenza di conservazione dell'impresa, assicurandone la coesione e la durata, al di là delle personali vicende dei componenti il gruppo familiare. La fondazione titolare di impresa, per la particolarità degli interessi perseguiti è istituto prossimo alle fondazioni di famiglia ma, a differenza di queste, è rimasta per ora quasi esclusivamente oggetto di eleganti meditazioni teoriche.

Come si è accennato, l'affermazione che l'ente debba rivolgersi al soddisfacimento del bene comune, con ciò solo giustificandosi l'eccezione a principi positivamente tutelati nel libro delle successioni, non gli preclude la possibilità di esercitare attività di natura economica, e anche in forma imprenditoriale, purché i profitti siano impiegati per assolvere le tipiche finalità di indole altruistica[69]. L'esercizio dell'impresa può essere in rap-

---

68. Cfr. SCHLESINGER, Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria, in La trasmissione familiare della ricchezza, cit., p. 131 ss.

69. V., tra la copiosa dottrina, GALGANO, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, sub artt. 36-38, p. 84 e ss.; ID., Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit., p. 23 ss.; SPADA, Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa, in Giust. civ., 1980, I, p. 2270 ss.; FARENGA, Enti di diritto privato e impresa commerciale, in Dir. fall., 1980, II, p. 279 ss.; ID., Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento, in Dir. fall., 1981, I, p. 216 ss.; RAGUSA MAGGIORE, L'impresa nell'associazione, nella fondazione e nella cooperativa, in Vita not., 1981, p. 421 ss.; PELLEGRINO, Il fallimento dei gruppi associativi, Padova, 1986, p. 64 ss.; GATTI, L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare, in Riv. Dir. comm., 1990, I, p. 88 ss.; EROLI, Le associazioni non riconosciute, cit., p. 90 ss.; FUSARO, L'associazione non riconosciuta, cit., p. 249 ss.; MARASÀ, Attività imprenditoriali e scopi mutualisti nelle associazioni, cit. p. 145 ss.; CAMPOBASSO, Associazioni e attività di impresa, ora in Fenomeno associativo e attività notarile, cit., p. 107 ss.; PONZANELLI, Gli enti senza scopo di lucro, cit., p. 163 ss.; in senso contrario, BIANCA, Diritto civile, I, p. 334; per altri riferimenti v. l'esauriente rassegna di TIDU, Associazione e impresa, in Riv. Dir. civ., 1986, II, p. 495 ss., e, più di recente, PERRINO, Esercizio indiretto dell'impresa «scolastica», associazione e fallimento, in Giur. comm., 1992, II, p. 69 ss.; NAPOLEONI, Il fallimento delle associazioni non riconosciute, in Il Fallimento, 1994, p. 156 ss.

Più specificamente, con riguardo alla fondazione esercente attività di impresa,

porto indiretto con gli scopi dell'ente, quando contribuisca a procacciare i mezzi necessari per il loro soddisfacimento, ma può anche porsi in rappor-

---

COSTI, Fondazione e impresa, cit.; RESCIGNO, Fondazione e impresa, cit.; Id., voce «Fondazione»,cit., p. 22 s.; del medesimo a., più di recente, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p, 476 ss. ed Evitare soluzioni occasionali, in Fondazioni e Associazioni, cit., p. 45 ss.; GALGANO, Delle persone giuridiche, cit., sub art. 16, p. 189 ss.; ID., voce «Fondazione»,cit. p. 6 ss.; VITTORIA, Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione, cit., p. 56 ss; v., inoltre, RAGUSA MAGGIORE, *op. ult.* cit., p. 429 ss.; ZOPPINI, *op.* ult. cit., p. 61 ss.; BARBA, Associazione, fondazione e titolarità di impresa, cit., passim MOSCATI, *op. ult. cit.,* p. 25 ss.; RIMINI, Il problema del fallimento della fondazione: la vicenda *dell'Istituto* Sieroterapico milanese, in Contratto e impresa, 1995, p. 581 ss.; PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 175 ss; CALÒ, *op. cit.,* p. 148 ss.

Particolarmente alle opere di Rescigno, Zoppini e Barba, cit., si rinvia per ragguagli sulla dottrina tedesca, nelle cui riflessioni la tematica occupa spazi rilevanti; nella letteratura più recente si parla di fondazione titolare di impresa, per indicare sia il caso in cui l'impresa costituisce l'oggetto esclusivo della fondazione (ipotesi che anche in Germania è rimasta confinata a livello teorico, trovando solitaria realizzazione nella «*Karl Zeiss*» Stiftung) sia quello in cui la fondazione si avvalga dell'impresa unicamente in via strumentale (da ultimo, KRONKE, *Stiftungstypus* und *Unternehmenstragerstiftung,* cit., passim).

In paragone alla dottrina la giurisprudenza è complessivamente assai scarsa (e perciò copiosamente commentata), cfr., tra le decisioni più rilevanti, Cass. 14-10-1958, n. 3251, in Foro it., 1958, I, 1617; Id., 9-11-1979, n. 5770, in Dir. fall., 1980, II, 279, con nota di FARENGA, cit., *e* in Giust, civ., 1980, I, 2255, con commento di SPADA, cit.; T, Savona, 18-1-1982, in in Foro it., 1982, I, 832; A. Palermo, 7-4-1989, in Giur. *comm.,* 1992, II, p. 60 ss., con nota di PERRINO, cit.; Cass., 18-9-1993, n. 9589, in Foro it., 1994, I, 3504, con commento di PATANÈ; in Giust. civ., 1994, I, p. 65, con nota di Lo CASCIO; in Dir, fall., 1994, 436, con osservazioni di RAGUSA MAGGIORE; in La Nuova Giur. civ. *comm.,* 1995, 309, con nota di PORRARI; in Il Fallimento, 1994, con commento di NAPOLEONI, cit.; T. Milano, 17-6-1994, in Foro it., 1994, I, 3544, con nota di PONZANELLI, e in Giur. it., 1995, I, 2,283, con osservazioni di SANZO; la sentenza (su cui v, *infra,* nel testo) è commentata anche da GALGANO, Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi, in Contratto e impresa, 1994, p. 1045 ss., e da C. RIMINI, Il problema del fallimento della fondazione: la vicenda *dell'Istituto* Sieroterapico Milanese, cit.

La ragione politica per ammettere e favorire un simile impiego dell'istituto rimane quella che nel modello della fondazione vede una struttura idonea all'esigenza di conservazione dell'impresa, assicurandone la coesione e la durata, al di là delle personali vicende dei membri della famiglia: RESCIGNO, Le fondazioni: prospettive e linee di *riforma,* cit., p. 480 s.; v., altresì, VITTORIA, Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione, cit., p. 67 s.; MOSCATI, *op. loc. ultt. citt.*; IUDICA, *op. loc.* ultt. citt.; BARBA, *op. cit.,* p. 449, rilevando che l'esperienza giuridica italiana raggiunge scopi equipollenti rivolgendosi alla forma dell'accomandita per azioni (v., a questo proposito, WEIGMANN, L'accomandita per azioni come cassaforte familiare, in La trasmissione familiare della ricchezza, cit., p. 139 ss.; CALÒ, *op. cit.,* p. 119 ss.). Cfr., inoltre, le osservazioni svolte da SCHLESINGER, Interessi *dell'impresa* e interessi familiari nella vicenda successoria, in La trasmissione familiare della ricchezza, più volte cit., p. 131 ss., interrogandosi sull'opportunità di reintrodurre istituti che impediscano il disgregarsi del potere dell'imprenditore e la frantumazione dell'impresa, utilizzando «le figure del trust o dell'*Anstalt,* o altre ipotesi di

to immediato con gli obiettivi istituzionali (è il caso di un'impresa editoriale gestita da una fondazione culturale). È ben vero che gli enti del primo libro non sono stati chiaramente previsti e disciplinati nella prospettiva dell'esercizio di un'attività imprenditoriale (nessuna disposizione del codice in tema di impresa e di imprenditore si riferisce ad essi direttamente) ma è esperienza comune che fondazioni e associazioni si dedicano con sempre maggior frequenza alla gestione di attività di siffatta natura. Il fenomeno, già rilevante e destinato probabilmente a diffondersi, continua ad essere ignorato dal legislatore e non trova eco neppure nella recente legge che ha istituito il registro delle imprese[70].

Nonostante il silenzio normativo è oramai quasi generalmente riconosciuto che gli enti non lucrativi possano svolgere attività di impresa, anche se non vi è concordia sul regime giuridico ad essa applicabile. La particolare natura dello scopo non è in contrasto con il riconoscimento della qualità di imprenditore, ai cui fini non rileva l'intento di far propri gli utili conseguiti, ma solo l'astratta attitudine dell'attività di impresa a coprire i costi di

---

entificazione». La fondazione che eserciti un'impresa, ha tratti in comuni, più volte sottolineati dalla dottrina, con l'*Anstalt,* ente caratterizzato dalla possibilità di essere costituito da un unico fondatore, per finalità ideali o per l'esercizio di un'impresa economica, con limitazione della responsabilità al patrimonio di cui l'*Anstalt* è dotata (qui ci si limita a rinviare, nell'ambito della vasta letteratura, a BORGIOLI, voce «Anstalt», in *Dig.* Disc. *priv.* (sez. comm.), I, Torino, 1987, p. 118 ss.; STOLFI, voce «Anstalt, I) Diritto commerciale, in *Enc. giur.* it., II, Roma, 1990, p. 1 ss.). La struttura dell'*Anstalt,* che consente ad un solo soggetto di fondare un ente diretto allo svolgimento di attività imprenditorale in regime di responsabilità limitata ha, come è noto, suscitato forti dubbi in ordine all'ammissibilità nell'ordinamento italiano, dubbi superati dalla S.C in nome del principio di recipriocità e dell'assenza di contrasto con l'ordine pubblico internazionale. Per una rassegna ed un commento alla giurisprudenza in tema di *Anstalt,* v., da ultimo, CALÒ, *op. cit.,* p. 161 ss. Il problema della unipersonalità è definitivamente risolto a séguito del d. lgs. 3 marzo 1993, n. 88, emanato in attuazione della direttiva 89/667/CEE, che ha introdotto la società unipersonale a responsabilità limitata, aggiungendo un terzo comma all'art. 2475 C.C.; ma l'*Anstalt* è figura che continua a suscitare perplessità, dovute soprattutto all'insufficiente trasparenza nella cessione delle partecipazioni e nella composizione della base sociale (cfr., anche per riferimenti, CALÒ, *op. Zoc.* uitt. citt.).

La proposta di sfruttare la fondazione per realizzare una causa lucrativa consente di tracciare un parallelo anche con la società personale a responsabilità limitata, di cui al cit. 3° co. dell'art. 2475 C.C.; i due enti hanno in comune l'assenza di un'organizzazione collettiva, ma sono divisi da essenziali differenze, perché nel secondo l'unico azionista riassume in sè ed esercita i poteri di determinazione dello scopo sociale caratteristici dell'assemblea, facoltà, questa, preclusa al fondatore: v. in argomento, ZOPPINI, *op. ult. cit.,* p. 154 ss.

70. Sebbene il problema dell'ammissibilità e della disciplina dell'attività di impresa da parte degli enti associativi fosse ben presente alla dottrina ed alla giurisprudenza formatasi sotto il codice di commercio (CAMPOBASSO, op. cit., p. 108; ampiamente TIDU, *op. cit.,* p. 498 ss.). Riferimenti allo svolgimento di attività irnprenditoriali da parte di enti non societari si rinvengono nella legislazione speciale, v., ancora, TIDU, *op.* cit., p. 504 ss.

produzione[71]. Deve perciò essere negata, per difetto del requisito minimo dell'economicità, la qualifica di imprenditore all'ente che fornisca gratuitamente o a prezzo simbolico beni e servizi, come un'associazione caritatevole che gestisca un ospizio o una mensa per poveri e che si sostenga per mezzo di contributi statali o sovvenzioni i benefattori a fondo perduto[72], mentre può considerarsi imprenditrice l'associazione che pretenda in cambio dei servizi offerti un corrispettivo idoneo a coprire le spese, pur se inferiore a quello di mercato[73], e anche se i beni o servizi siano fruibili solo dagli associati[74].

L'attività produttiva può essere l'oggetto esclusivo o principale, ma più di frequente l'attività economica avrà carattere accessorio e secondario rispetto a quella istituzionale, circostanza questa che non pregiudica il requisito della professionalità richiesto per la qualifica di imprenditore, requisito soddisfatto dalla non occasionalità dell'esercizio[75]. Per alcuni autori, è però importante distinguere a seconda che l'esercizio dell'impresa commerciale sia o meno l'oggetto esclusivo o principale dell'ente, perché solo in questo caso sarebbe ad esso applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale, in analogia con quanto previsto dall'art. 2201 C.C., elevato a principio generale per tutti gli enti collettivi non societari[76]. La

---

71. Sull'irrilevanza, per il diritto vigente, del requisito dello scopo di lucro per il perseguimento della qualità di imprenditore, tra gli altri, GALGANO, da ultimo nella voce «Imprenditore», in *Dig.* Disc. priv., VII, 1992, p. 8 ss.; SPADA, voce «Impresa», ivi, p. 50 ss.; CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 11 ss., opere cui si rinvia per altri riferimenti.

72. FARENGA, *op. ult. cit.*, 282; NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 158; CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 112, che rileva come questo criterio non sia sempre applicato correttamente dalla giurisprudenza, che è giunta a qualificare come imprenditore, sia pure ai fini dell'applicazione della disciplina lavoristica, un ente religioso, che produce servizi consistenti nella prestazione di assistenza, vitto e alloggio ai soggetti bisognosi (Cass., 9-2-1989, n. 819, in Riv. Dir. *lav.*, 1989, 519).

73. Cfr. FARENGA, *op. loc. ultt.* citt.

74. La qualifica di imprenditore non può essere negata solo per il fatto che i beni prodotti con l'attività economica siano destinati esclusivamente ai membri dell'associazione: CAMPOBASSO, op. cit., p. 115, PONZANELLI, *op. ult. cit.*, p. 169; in senso contrario FARENGA, Enti di diritto privato e impresa commerciale, cit., p. 282, obiettando che, in questo caso, l'attività produttiva non è rivolta al mercato. Va rilevato, però, che se per evitare gli oneri legali che dipendono dalla qualifica di imprenditore bastasse riservare ai membri i servizi prodotti dal gruppo, sarebbe sufficiente imporre la previa adesione all'associazione a chi vuole fruire dei servizi (RIGANO, La tutela della «corretta»concorrenza fra associazioni non lucrative e impresa, nota a Corte cost., 25-11-1993, n. 417, in Giur. cost., 1994, p. 400).

75. La professionalità richiede che l'iniziativa economica sia abituale e non occasionale, ma non che l'attività imprenditoriale sia esclusiva o principale del soggetto agente, cfr., per tutti, CAMPOBASSO, op. cit., p. 115.

76. La tesi è stata proposta da GALGANO, *op. ult. citt.*, *sub* artt. 36-38, p. 84 ss.; ID., Delle persone giuridiche, cit., *sub* art. 16, p. 191 ss.; diversamente, con

tesi, recepita anche dalla giurisprudenza, viene respinta dalla dottrina più recente, che rileva, tra l'altro, come un esonero da questa disciplina darebbe luogo ad un trattamento ingiustificatamente privilegiato a favore degli enti del primo libro[77]. L'esercizio di un'attività imprenditoriale compresa tra quelle elencate nell'art. 2195 c.c. rappresenta, secondo questa opinione, l'unico presupposto per l'assunzione della qualifica di imprenditore commerciale, indipendentemente dalla prevalenza o dalla accessorietà: ne consegue che fondazioni (e associazioni) devono intendersi sottoposte senza distinzione allo statuto dell'imprenditore commerciale: iscrizione nel registro delle imprese, obbligo di tenuta delle scritture contabili, assoggettamento al fallimento ed alle altre procedure concorsuali (artt. 2188-2221 *c.c.)* [78].

L'ente del primo libro, solo perché tale, non si sottrae al disposto del-

---

riguardo alle fondazioni, COSTI, Fondazione e impresa, in Riv. dir. civ., 1968, I, p. 26 e ss.; RESCIGNO, da ultimo in Le fondazioni: prospettive di riforma, cit., p. 478.

La giurisprudenza aderisce prevalentemente alla tesi di GALGANO: Cass., 9-11-1979, n. 5770, cit.; in quell'occasione non era però in questione il fallimento dell'ente, ma l'applicabilità dell'art. 12, l. camb.; l'orientamento è stato ribadito, come obiter *dictum,* da Cass. 18-9-1993, n. 9589, cit. e dalla sentenza riformata, A. Palermo, 7-4-1989, cit., su cui v., *infra,* nt. 91.

77. Cfr., tra gli altri, SPADA, Note *sull'argomentazione* giuridica in tema di impresa, cit., p. 2274 s.; FARENGA, *op. ult. cit.,* p. 282 ss.; ID., Esercizio di impresa *commerciale* da parte di enti privati, cit., p. 222 ss.; PELLEGRINO, *op. cit.,* p. 76 ss.; GATTI, *op. cit.,* p. 107 ss.; NAPOLEONI, *op. cit.,* p. 160; CAMPOBASSO, *op. cit.,* p. 123, rilevando che l'art. 2201 c.c. esonera implicitamente gli enti pubblici, che esercitino attività commerciale in via accessoria, dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, ma non dall'intero statuto dell'imprenditore commerciale, tanto è vero che un'apposita norma (art. 2221 c.c.) sottrae tutti gli enti pubblici alle procedure concorsuali (rilievo analogo anche in SPADA, op. loc. ultt. citt.; e in FARENGA, *op. loc. ultt.* citt.).

78. Cfr. gli aa. citt. alla nt. precedente. Spesso viene anche richiamato dalla dottrina il § 42 BGB, che prevede espressamente il fallimento dell'associazione, disponendo come conseguenza la perdita della capacità giuridica. Tutt'al più si potrebbe discutere se sia ritagliabile una limitata area di esonero in applicazione del criterio dimensionale fissato dall'art. 2083 c.c., ammettendo che sia configurabile un'associazione piccolo imprenditore, ma la soluzione negativa è considerata preferibile (pur ritenendosi comunemente che all'impresa esercitata dall'associazione siano in linea di principio riferibili le norme dettate per l'impresa individuale e non quelle relative alle imprese societarie, in questo senso anche FARENGA, Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati, cit., p. 230 s.) dato che il criterio codicistico della prevalenza del lavoro familiare è chiaramente pensato solo per l'imprenditore persona fisica: CAMPOBASSO, op. ult. cit., p. 121 s. e ivi riferimenti. Lo stesso a. rileva che la liquidazione fallimentare del patrimonio dell'ente con attività di impresa marginale non ne comporta necessariamente l'estinzione, in quanto non esaurendosi lo scopo nell'attività economica, sarà possibile reperire nuovi fondi per realizzare il fine istituzionale.

l'art. 41 Cost.[79]: l'attività di impresa da esso esercitata deve essere subordinata agli stessi controlli previsti per l'iniziativa economica degli altri imprenditori operanti sul mercato, affinché la costituzione di una *non profit* non sia strumento per aggirare le discipline di cui sono destinatari gli altri soggetti, individuali e collettivi[80]. Occorre, perciò, che anche in questo caso siano garantite regole di trasparenza e controlli di gestione; a questo scopo non è sufficiente l'obbligo alla tenuta delle scritture contabili previste dalla normativa civilistica ed al rispetto della disciplina dettata per le imprese commerciali con riguardo al bilancio annuale, dato l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli enti non lucrativi nella redazione del bilancio di esercizio[81]. Sarebbe opportuno che la progettata riforma della disciplina degli enti del primo libro prevedesse regole adeguate per l'attività di impresa, in particolare predisponendo idonee garanzie a favore dei terzi, regole che possono costituire un appesantimento per la vita di fondazioni e associazioni, ma che sono indispensabili al fine di favorire lo sviluppo del terzo settore economico[82]. Proprio il regime di immunità e l'assenza di controlli previsti per le società sul bilancio di esercizio, sul capitale, sull'attività degli amministratori e degli organi di sorveglianza, ha indotto una recente decisione (che si distingue in un settore ancora povero di interventi giurisprudenziali) ad escludere che un ente del primo libro esercente attività imprenditoriale possa avvalersi del beneficio della limitazione di responsabilità connesso alla personalità giuridica, personalità attribuita per il perseguimento di uno «scopo morale» e non per svolgere attività di tipo economico[83].

Si è detto che, secondo l'opinione più di recente affermatasi, lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, che rientri in uno dei casi previsti dall'art. 2195 c.c., è presupposto sufficiente per l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, ivi compreso l'obbligo della registrazione.

---

79. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., p. 357 ss.; RIGANO, *La libertà assistita*, cit., p. 291 ss.; l'associazione assume lo *status* di imprenditore commerciale non soltanto per il profilo privatistico e tributario, ma anche per quello pubblicistico, concernente i provvedimenti autorizzativi eventualmente necessari all'esercizio dell'impresa.

80. RIGANO, *La tutela della «corretta» concorrenza fra associazioni non lucrative e impresa*, cit., p. 402 ss.

81. L'effettiva funzionalità del precetto è vanificata dalla mancanza di specifiche forme di controllo contabile, dalla carenza di adeguate forme di pubblicità e dalla circostanza che la normativa attuale rende vincolanti solo l'osservanza dei criteri di valutazione dettati per il bilancio di esercizio delle società di capitali, ma lascia liberi quanto a struttura e contenuto dello stesso, dato che la disciplina generale dell'imprenditore commerciale, valevole anche per le associazioni (art. 2217, 2° co. c.c.) omette di richiamare le corrispondenti disposizioni in tema di bilancio della società per azioni (CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, p. 128).

82. CAMPOBASSO, *op. loc. ultt. citt.*

83. *T.* Milano, 17-6-1994, cit.

La legge istitutiva del registro delle imprese (l. 29-12-1993, n. 580, d.p.r. 7-12-1995, n 581) non fa menzione di associazioni e fondazioni che svolgano attività imprenditoriale, ma il silenzio non giustifica l'esonero dall'obbligo di iscrizione, limitatamente alle impresa o alle imprese esercitate[84], nel vigore di un regime di pubblicità la cui *ratio* sembra quella di voler prevedere l'iscrizione di ogni categoria di imprenditori[85].

Nessun problema per quanto concerne l'applicabilità agli enti del primo libro degli artt. 18 e 35 dello Statuto dei lavoratori[86], nonchè delle norme che l'ordinamento ricollega all'esercizio di un'impresa senza ulteriori specificazioni, quali le disposizioni sull'azienda (art. 2555 ss. C.C.) e quelle repressive della concorrenza sleale (art. 2598 ss.), comprese le «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato» introdotte dalla l. 10-10-1990, n. 287[87].

A questo proposito vanno segnalati casi in cui il sostegno pubblico all'associazionismo, accordando uno speciale statuto di favore a determinate categorie di enti in ragione del fine perseguito, ha sollevato il problema della legittimità di trattamenti normativi differenziati fra gli enti non lucrativi che svolgano attività di impresa e quelli lucrativi, perché in tal modo si rischia di consentire forme di concorrenza sleale[88].

---

84. Cfr. FUSARO, Le associazioni *imprenditrici* ed il registro delle imprese, in Contratto e impresa, 1995, p. 624 ss.; MARASÀ, Appunti *sull'iscrizione* nel registro delle imprese. I soggetti, in *Studium* iuris, 1966, p. 359 s. In questo senso v. già, per quanto concerne la fondazione, COSTI, *op.* cit., p. 26 s., richiamando l'art. 2093, 2° CO, CC.

85. Il registro prospetta un sistema di pubblicità riguardante non i soggetti, ma l'attività di impresa, e prevede che siano iscritti in sezioni speciali anche le società semplici, gli imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori e le imprese artigiane (art. 7, 1° co., d.p.r. n.581/1995). Il diritto della pubblicità legale commerciale si propone perciò come diritto dell'informazione di impresa, in quanto le tecnologie telematiche rendono tecnicamente possibile realizzare un servizio pubblico dell'informazione che favorisce la trasparenza del mercato (BOCCHINI, Finalmente istituito il registro delle imprese, in *Corr.* giur., 1994, p. 137 ss.; ID., Il registro delle imprese nella Knowledge society, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 789 ss.). L'art. 7, 1° co., n. 5, d.p.r. n. 581, cit., fa salva la disposizione dell'art. 2201 C.C., l'eccezionale norma d'esonero può ancora parzialmente giustificarsi considerando che per gli enti pubblici non economici esistono altre forme di pubblicità di carattere amministrativo (in questo senso già COSTI, *op.* cit., p. 26).

86. P. Milano, 10-8-1988 (ord.), in Lav. 80, 1988, 1090, relativa ad un ente morale che esercitava un'attività musicale-concertistica; Cass., 9-2-1989, n. 819, cit., riguardante l'Istituto Piccolo Cottolengo di Don Orione.

87. Cfr, tra gli altri, ampiamente, GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 97 ss.; CAMPOBASSO, op. cit., p. 120; PONZANELLI, *op.* ult. cit., p. 166. Nel senso che sia responsabile per concorrenza sleale da sviamento di clentela l'associazione che stampi la propria denominazione in luogo di quella dell'agente di viaggi su biglietti ferroviari forniti da quest'ultimo, realizzando così una pubblicità irregolare, T. Roma, 21-12-1988, in Riv. Dir. ind., II, p. 35 ss., con nota di TASSONI.

88. La promozione dell'associazionismo giustifica il sostegno delle iniziative imprenditoriali degli enti, ma la tutela dell'iniziativa economica (e della sua libertà

Avviene anche di frequente (è questo un espediente cui fanno di frequente ricorso partiti e sindacati[89]) che, per evidenti ragioni di opportunità, l'ente si awalga per la gestione dell'attività economica di società a *latere,* le cui azioni o quote sono detenute in tutto o in parte dall'associazione (o fondazione) o dai suoi fiduciari[90]. In tal caso, per quanto stretto sia il legame tra ente *non profit* e società, se l'attività imprenditoriale viene esercitata da quest'ultima in nome proprio, solo ad essa sarà applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale e solo essa sarà assoggettata a fallimento[91].

Avviene anche per le fondazioni titolari di impresa che la risoluzione dei dubbi interpretativi non sia coadiuvata dall'elaborazione giurispruden-

---

anche sotto il profilo della corretta concorrenza) richiede limitazioni e controlli sulle attività agevolate (RIGANO, La libertà assistita. Associazionismo *privato* e sostegno pubblico nel sistema costituzionale, Padova, 1995, p. 294 s.; ID., La tutela della «corretta» concorrenza fra associazioni non *lucrative* e imprese, cit., p. 393 ss.). Per fare un esempio, la legge-quadro sul turismo 17-5-1983, n 217, che ha disciplinato l'esercizio dell'impresa turistica, ha previsto un regime decisamente di favore per le associazioni senza scopo di lucro che operano a livello nazionale per finalità ricreative, culturali, religiose e sociali (art. 10), rinviando alla legislazione regionale per la determinazione dei requisiti necessari e delle modalità di esercizio dell'impresa turistica; la norma ha suscitato perplessità perché fornisce a questi enti uno strumento idoneo a consentire, di fatto, l'esercizio di attività economiche, eludendo i severi controlli previsti dalla legge (v., in argomento, TASSONI, Associazioni private a scopo turistico e concorrenza sleale, nota a T. Roma-21-12-1988, cit.). Una decisione della Corte cost. ha correttamente respinto i dubbi di costituzionalità sollevati in ordine ad una legge della regione Puglia, che condiziona l'esercizio dell'attività turistica delle associazioni non lucrative alla circostanza che i beneficiari siano iscritti all'ente da almeno tre mesi: Corte cost., 25-11-1993, n. 417, cit.

89. Espediente che dissolvei timori sollevati da GALGANO, *op. ult. cit.,* p. 99 s., in ordine all'«assurdo» rappresentato dal possibile fallimento di un partito o di un sindacato.

90. Dottrina e giurisprudenza ammettono la possibilità che un'associazione partecipi alla costituzione di una società di capitali e, comunque, risulti intestataria di partecipazioni, anche di controllo, in tali società: CAMPOBASSO, *op.* cit., p. 116; NAPOLEONI, *op. cit.,* p. 162; GALGANO, Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, cit., p. 48, e ivi riferimenti di giurisprudenza.

91. Pertanto un'associazione non diventa imprenditore commerciale ove si limiti ad utilizzare i proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto distinto, anche se collegato o collaterale, perché ciò avvenga, invece, occorre che l'ente svolga un'attività imprenditoriale ad essa imputabile anche formalmente: RAGUSA MAGGIORE, Associazione non riconosciuta e fallimento. Alla radice del problema, nota a Cass., 18-9-1993, n. 9589, cit. (sentenza riguardante un'ass. non. ric. denominata «Fondazione Pitagora», che si pronuncia sulla questione della necessità della spendita del nome per l'attività di impresa, escludendo, appunto, che l'associazione che si serva di un ente soggettivamente distinto per svolgere attività commerciale diventi essa stessa imprenditore, cfr., anche per i necessari richiami, i citt. commenti di PATANÈ, NAPOLEONI, LO CASCIO, PORRARI (v. supra, nt. 82) e, inoltre, PONZANELLI, *op. ult. cit.,* p. 167 ss.

La cit. decisione della S.C. ha riformato l'A. Palermo, 7-4-1989, cit. (che aveva riconosciuto l'assoggettabilità al fallimento dell'associazione, e di conseguenza degli associati illimitatamente responsabili) su cui v. l'ampio commento critico di PERRINO, Esercizio indiretto dell'impresa «*scolastica*», associazione e fallimento, cit.

ziale, e che il fenomeno rimanga per ora, come si è detto, quasi esclusivamente oggetto di meditazioni teoriche. L'unica decisione in argomento, anche se con motivazione non chiarissima, sembra però di segno negativo. Vi si afferma, infatti, che la personalità giuridica, e il beneficio della limitazione della responsabilità che vi è connesso, sono attribuiti agli enti del primo libro per il perseguimento di «uno scopo morale» e non per l'esercizio di un'attività imprenditoriale, che si svolgerebbe in situazione di incostituzionale privilegio rispetto alle società, per l'assenza dei controlli cui queste ultime sono sottoposte[92].

ABSTRACT

Il saggio concerne la struttura organizzativa delle moderne forme di fondazione e la possibilità che quest'ultima possa assumere, nel nostro ordinamento, la veste di ente non riconosciuto.

Passando, poi, in rassegna le nuove possibili funzioni dell'istituto ci si chiede in particolare se la fondazione possa costituire idonea forma giuridica per l'esercizio dell'impresa.

The essay deals with the organisation and legal forms of the modern private foundation and with the possibility that in our system it could be excluded from any recognition of the State.

In the present essay only the foundations recognised by our system have been dealt with. Considering the new possible roles of the institute it has been searched into the feasibility that the foundation could be a suitable juridical form for the exercise of the commercia1 enterprise.

---

92. La sentenza, oramai più che nota, è quella del T. Milano, 17-6-1994 (cit. *retro,* nt. 69), concernente, come è noto, l'Istituto Sieroterapico Milanese Serafino Belfanti, eretto a fine '800 ad ente morale finalizzato alla preparazione di sieri e vaccini di generale scopo medico e tecnico ed alla promozione degli studi «per perfezionare ed aumentarne le pratiche applicazioni nell'interesse dell'Umanità e della Patria~Nel corso di questo secolo però, anche a séguito di modifiche dello statuto, l'attività commerciale di vendita di preparati e di esecuzione di analisi mediche ha assunto rilevanza via via prevalente fino a diventare esclusiva. Il giudice, opportunamente rilevando l'illegittimità di un'attività imprenditoriale che si era svolta al di fuori dei controlli cui sono soggetti le società, ma godendo dello stesso beneficio della limitazione della responsabilità, ha «declassato» la persona giuridica (che, si afferma, aveva da lungo tempo cessato di essere una fondazione) a formazione sociale di fatto, dichiarando il fallimento dell'impresa e della persona che aveva agito in suo nome. Che gli enti del primo libro esercenti attività imprenditoriale non debbano godere di un regime privilegiato è affermazione pienamente da condividere, non vi sono tuttavia fondate ragioni per escludere che l'impresa esercitata da un ente di questo tipo non si presti ad essere sottoposta a controlli analoghi a quelli previsti per le imprese societarie, cfr., a questo proposito, le critiche di GALGANO, Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi, cit., p. 1049 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X *(1996)*

MANUELA MANTOVANI

ORIGINI E VICENDE DELLA DISTINZIONE TRA *DOLUS CAUSAM DANS E DOLUS INCIDENS* (*)

Sommario

1. La rilevanza del dolo contrattuale in diritto romano classico e i rimedi contro l'inganno. - 2. *L'actio de dolo* e le innovazioni del diritto giustinianeo. - 3. Il capovolgimento operato dalla Glossa e dal Commento: il dolo come illecito civile e il rimedio riparatorio-restitutorio. - 4. *(Segue)* La nascita della distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens:* le diverse conseguenze sulla sorte del contratto. - 5. La stagione dell'Umanesimo giuridico e l'evoluzione dei rimedi contro il dolo. - 6. Grozio e la Scuola del diritto naturale: verso la «formalizzazione» della teoria del dolo-vizio del volere. - 7. Alle soglie della codificazione: l'inquadramento sistematico della categoria del dolo contrattuale. - 8. La codificazione del *1865.* La «doppia anima» del dolo: vizio del consenso e illecito civile ed i rispettivi rimedi, sul piano della validità del contratto e su quello risarcitorio. - *9. (Segue) Dolus causam dans* e *dolus incidens* nell'elaborazione della dottrina: il rilievo risarcitorio del dolo incidente.

1. – Indicazioni preziose riguardo alla creazione dei primi rimedi romanistici contro il dolo ci vengono offerte dal famoso brano di Cicerone, in cui si narra della disavventura occorsa al cavaliere Canio in quel di Siracusa, ove questi si era recato con l'idea di acquistarvi una villa, al riparo dal clamore cittadino, per trascorrervi momenti di ozio e di svago[1].

(*) Lo studio costituisce un estratto di un più ampio lavoro monografico dal titolo «*Vizi incompleti*» *del contratto e rimedio risarcitorio,* Torino, *1995.*

1. La prima definizione del dolo contenuta nelle fonti romane ci è offerta da Cicerone, il quale ne attribuisce la paternità ad Aquilio Gallo: *Cum* ex *eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliud actum* (CIC. *de officiis,* III, 14, *58-60, ivi, 60;* questa prima definizione viene in seguito ripresa e sviluppata, secondo quanto riferisce Ulpiano, da Servio: *Dolum malum ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur (D.* 4, 3, 1, 2, Ulp. 11 *ad ed.);* e ulteriormente precisata da Labeone: ... *sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad*

Qui, un tal Pizio, banchiere, dice di avere una villetta che può fare al caso di Canio e ve lo invita a cena per il giorno seguente. Convoca intanto una moltitudine di pescatori e fa approdare alle rive del giardino un gran numero di barche. All'ora stabilita, appresta un sontuoso banchetto e gran quantità di pesci vengono gettati ai piedi dell'ospite. E, alla accesa curiosità di Canio: «*Quid est hoc Pythi? Tanturnne piscium? Tanturnne cumbarum?*» quello risponde «*Hoc loco est Syracusis quidquid est pisciurn, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt*». Alla vista di tal ben di Dio Canio si entusiasma e tanto insiste che Pizio gli vende la villa a un prezzo esorbitante. Ma i giorni successivi nessuna barca attraversa lo specchio d'acqua antistante la villa e di pescatori e pesci nessuna traccia. Canio si indigna «*sed quid faceret?*» – si domanda Cicerone – «*Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo rnalo formulas*»[2].

Al tempo cui si riferisce l'episodio narrato da Cicerone, nessun rimedio contro il dolo era dunque apprestato in favore di chi fosse rimasto vittima dei raggiri altrui, e la testimonianza dell'Oratore è sintomatica di quanto l'esigenza di tutela fosse avvertita.

Il rigido formalismo cui appariva ispirato il sistema del *ius civile* non consentiva, infatti, il rilievo di momenti o aspetti afferenti al processo formativo della volontà[3]: il contratto concluso sotto l'effetto del raggiro era

---

circumveniendum fallendum *decipiendum alterum adhibitam* (D.4, 3, 1, 2, Ulp. 11 ad ed.). Sull'evoluzione semantica del termine e sulle precisazioni successive v. anche FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion *des* actes juridiques, Gembloux, 1946, p. 12 ss.; SAVATIER, Étude sur le dol, de sa nature, de son *influence* sur les faits juridiques volontaires en droit romain et en droit *français* (These), Paris, 1881, p. 10; KASER, Das *Römische* Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altromische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., Munchen, 1971, p. 628; BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, Giuffrè, 1973, I, p. 65, nota 119; in particolare, riguardo alla definizione del dolo, accolta nell'actio *de* dolo, v. WACKE, *Zum dolus-Begriff* in der actio de dolo, in R.I.D.A., 27, 1980, e, nella versione italiana, Sul concetto di dolus nell'actio de dolo, in Iura, XXVIII, 1977, p. 10 ss.

2. Secondo l'interpretazione offerta da BESELER, in Bull. ist. dir. rom., 39, 1931, 313 ss., nella fattispecie descritta da Cicerone il raggirato, trattandosi di iudicium bonae *fidei*, avrebbe dovuto esperire l'actio ex contractu e non l'actio doli (sul punto v. anche LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, Padova, 1937, p. 65).

3. Val la pena di ricordare che in diritto romano classico il problema dell'influenza del dolo nella conclusione del contratto (come pure della violenza) si iscrive in un sistema che identifica esistenza e validità dell'atto (actus qui habet sua essentialia valet de iure) e in cui, pertanto, nessun rilievo è assegnato alle alterazioni che intervengono nell'iter formativo della volontà: v., a riguardo, ZILLETTI, La dottrina *dell'errore* nella *storia* del diritto romano, Milano, 1961, p. 11 ss., ivi, p. 18: «...il dolus malus e il metus sono riguardati dall'ordinamento romano del periodo classico come fatti illeciti, non mai come vizi della volontà o come elementi afferenti al contenuto psicologico dell'atto. *Dolus* malus e metus non incidono sulla validità del negozio, che si pone unicamente come contesto rivelatore della loro illiceità»; e ancora, p. 453: «... la qualificazione di illiceità... segnava un insuperabile limite dogmatico ad una costruzione del dolus e del metus come vizi della volontà».

quindi valido *iure civili* e nessuna rilevanza spiegava il contegno disonesto di una delle parti ai fini del giudizio di validità dell'atto[4].

L'esigenza di protezione della vittima del dolo era tuttavia avvertita fin dalla più antica giurisprudenza dell'età repubblicana. Così, con riguardo a rapporti che davano origine a *iudicia stricti iuris* si fa risalire a quest'epoca la possibilità di inserire nelle stipulazioni prescritte dall'Editto una *clausola doli*, mediante la quale ciascuna parte aveva il mezzo per porsi al riparo dal dolo dell'altra. Più precisamente, si trattava di una obbligazione autonoma, assunta nella forma della *stipulatio*, con cui le parti si impegnavano a mantenere un contegno leale e corretto sia in fase di conclusione del contratto, sia successivamente *(stipulatio dolum malum abesse abfuturumque esse)*[5].

In tal modo si offriva al giudice la possibilità di valutare un eventuale comportamento doloso dei contraenti, così come accadeva nei rapporti che davano luogo a *iudicia bonae fidei*[6].

---

4. Così LUZZATTO, voce «Dolo (dir. rom.)», in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964, 715; LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, cit., p. 18 ss., 213; BETTI, Diritto romano, I, Parte generale, Padova, 1935, § 54, p. 225 s. e § 63, p. 229; ZILLETTI, La dottrina *dell'errore* nella *storia* del diritto romano, cit., p. 225; per la tesi della validità iure civili v. SAVATIER, Étude sur le *dol*, cit., p. 48 ss.; JOERS e KUNKEL, *Römisches* Recht, 3. Aufl., Berlin, 1949, § 62, p. 109; SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionem* des *Römisches* Rechts, 17. Aufl., Berlin, 1949, p. 221; KASER, Das *Römische* Privatrecht, cit., p. 246.

5. V per tutti CASAVOLA, voce «Dolo (dir. rom.)», nel Noviss. *Digesto* it., VI, Utet, 1960, 149; CIANCOLA, voce «Dolo (materia civile)», in Enc. Giur. it., IV, 2, Milano, 1919, p. 453; VITA, voce «Dolo»,nel Nuovo *Digesto* it., V, Utet, 1938, 143; LUZZATTO, voce «Dolo (dir. rom.)», cit., 715.

6. In questi, infatti, il giudice conosceva «ex aequo et bono ut inter bonos agier *oportet*» tenendo conto del comportamento tenuto dalle parti (quindi anche di una eventuale condotta dolosa) e di tutte le circostanze che apparivano contrarie all'equità, in base alla massima per cui: «*Fides* bona contraria est fraudi et dolo (D. 17, *2*, 3, 3, Paul. 32 ad ed.): la vittima poteva in tal modo rivolgersi all'autore del dolo con la medesima azione che gli derivava dal contratto o difendersi mediante una eccezione, la quale, del resto, neppure richiedeva di essere inserita nella formula, dal momento che iudicia bonae fidei exceptio doli *inest*: v. SAVATIER, Étude sur le dol, cit., p. 69 ss.; SIBER, *Römisches* Recht, Darmstadt, 1968, p. 17 s.; KASER, Das *Römische* Privatrecht, I, cit., p. 246, 488; SCIALOJA, Negozi giuridici, Roma, 1950, rist., p. 314; FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion *des* actes juridiques, cit., p. 3 s.; sul punto v. anche JOERS e KUNKEL, *Römisches* Recht, cit., § 101 b, p. 165 s.; cfr. altresì ARANGIO-RUIZ, La compravendita in diritto romano, 2a ed., Napoli, 1954, p. 206 s.

L'elenco dei bonae fidei iudicia ci è fornito anzitutto da GAIO, Inst., 4, 62: «*sunt autem* bonae fidei iudicia haec: ex *empto*, venditio, locato conducto, *negotiorum gestorum*, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei *uxoriae*»; quei rapporti, cioè, «*quibus* vitae societas *continetur*» (CIC., de officiis, III, 17), o, secondo quanto riferisce SAVIGNY, Traité de droit *romain*, V, App. XIII, Paris, 1859, p. 501, relazioni «*pour* lesquels, dans la vie réelle, on *s'en* rapports à la loyauté et à la bonne *foi*, sans recourir à des *formes rigoureuses*».

Le prime brecce al rigore del sistema furono aperte ad opera del Pretore nell'ultimo secolo della Repubblica e appaiono l'esito di quell'intensa attività di aggiustamento e correzione degli effetti dell'*ius* strictum sulla base dei principi dell'aequitas pretoria, che costituisce uno dei tratti peculiari del ius *honorarium*[7].

È in questo clima che nascono i primi strumenti processuali contro il dolo: dapprima una exceptio doli, mediante la quale la vittima dell'inganno, convenuta in giudizio per l'esecuzione del contratto, poteva paralizzare la pretesa attorea ed evitare così la condanna[8]; in seguito, una actio de dolo, verosimilmente introdotta da C. Aquilio Gallo intorno al 66 a.C., negli anni

---

Sull'evoluzione della *divisio* tra iudicia bonae fidei e iudicia *stricti* iuris in diritto giustinianeo, v. quanto scrive BRUTTI, La *problematica* del dolo processuale *nell'esperienza romana,* cit., I, p. 45, nota 68: «nel diritto nuovo si smarrisce il senso della distinzione tra iudicia bonae fidei e iudicia stricta e ad essa si sostituisce un'antitesi che ha direttamente riguardo alla natura stessa del rapporto». Da questo momento, si parlerà, perciò, di «contratti»di buona fede e di stretto diritto, avuto riguardo alla «maggiore o minore subordinazione dei contratti al principio della bona *fides*» (loc. cit.); v. anche BECK, *Zu* den *Grundprinzipien* der bona fides in romischen Vertragsrecht, in Aequitas und bona fides, *Gesammelte* Abhandlungen, I, Heidelberg, 1961, p. 24.

7. D. 1, 1, 7, 1 (Papin. 2 *def.*): «*Ius* praetorium est quod praetores *introduxerunt* adiuvandi *vel* supplendi *vel corrigendi* iuris civilis gratia *propter utilitatem* publi*cam...*».

Sui rapporti tra ius *strictum* e ius *aequum* e sull'attività del Pretore volta a mitigare gli effetti del ius civile v. PRINGSHEIM, Jus aequum und ius strictum, in Zeit. Savigny Stift., 42, 1921, 643 ss.; v. anche quanto scrive ALBERTARIO, *Il* diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustinianea, in Mon. trib., 1927, p. 5: «... e il ius praetorium o *honorarium* si sovrappone come un sistema giuridico nuovo al vecchio sistema del ius civile: non lo abroga formalmente, ma in fatto lo sostituisce; non lo elimina, ma, come inutile, lo soffoca»; v. anche RICCOBONO, Prefazione a SCIALOJA, Negozi giuridici, cit., p. IX.

8. Circa l'introduzione del rimedio, v. CICERONE, Ad *Atticum* 6, 1, il quale la presenta come già esistente nel 99 a.C [vedi LUZZATTO, voce «Dolo (dir. rom.)», cit., p. 716]. La formula dell'exceptio doli, secondo quanto riferisce GAIO, *Inst.,* 4, 119, era così concepita: «*Si* in ea re *nihil* dolo *malo* Ai. Aii. factum sit neque *fiat*», ove l'inciso «*neque fiat*» ha riferimento al dolus praesens; in generale, sul rimedio v. anche JOERS e KUNKEL, *Römisches* Recht, cit., § 160, p. 261; SIBER, *Römisches* Recht, cit., p. 17; KASER, *op. ult.* cit., p. 488; KARLOWA, *Römische* Rechtsgeschichte, 2. Band, Leipzig, 1901, p. 1077; VOCI, Manuale di diritto romano, I, Parte generale, 2a. ed., Milano, 1984, p. 400 s.; GUARINO, Diritto privato romano, 8a. ed., Napoli, 1988, p. 355 s.; SAVATIER, Étude sur le *dol,* cit., p. 113 s.; FRANSEN, Le dol, cit., 8 s., nota 1, il quale, invece, la presenta come anteriore all'*actio* doli. Un'idea circa l'ampiezza di impiego dell'exceptio doli si può ricavare dall'opinione di Paolo a riguardo: «...*hanc exceptionem* praetor proposuit ne cui dolus suus per *occasionem* iuris *civilis contra naturalem* aequitatem *prosit*» (D. 44, 4, 1, 1 Paul. 71 ad ed.); e SAVATIER, op. cit., p. 109, osserva: «*Tout acte deshonête* qui, sous le couvert du droit civil, blessait *l'equité* naturelle, pouvait donner ouverture à ce *remède pretorien*».

in cui esercitò le funzioni di Pretore peregrino[g], e volta a sanzionare la condotta illecita dell'autore del raggiro, mediante la comminazione di una pena pecuniaria corrispondente all'*id* quod interest, il cui fine solo mediato e indiretto era la riparazione della lesione patrimoniale subita[10].

Le caratteristiche di questa azione testimoniano come in diritto romano classico il dolo (come pure la violenza) fosse perseguito come delitto: l'*actio doli* era infatti azione penale[11]; esperibile entro l'anno e intrasmissibile agli eredi, se non nei limiti dell'arricchimento[12]; personale, diretta cioè unicamente contro l'autore del raggiro; infamante e sussidiaria, vale a dire ammissibile solo in difetto di altro rimedio giuridico specifico del rapporto controverso, nonché accordata a seguito di causae cognitio[13].

---

9. Su cui informa CIC., De *officiis* III, 14, 60; De natura Deomm III, 30, 74: «*everriculum* malitiamm omnium, iudicium de dolo *malo,* quod Caius Aquilius familiari noster *protulit*». L'opinione che riconduce la paternità del rimedio ad Aquilio Gallo è condivisa dalla prevalente dottrina romanistica: v. PERNICE, Labeo, II, 1, Halle, 1895, p. 200 ss.; KARLOWA, Romische Rechtsgeschichte, II, Leipzig, 1901, p. 1069, nota 5; BESELER, De iure civili *Tullio* duce ad naturam revocando, in Bull. *ist.* dir. rom., XXXIX, 1931, 315; JOERS e KUNKEL, Romisches Recht, cit., § 14, 5, p. 23; § 109, 1 b., p. 174; § 160, p. 260; KASER, Das Romische Privatrecht, cit., p. 246, 627.

10. Merita ricordare che la pena del diritto privato romano è la riparazione pecuniaria di un delictum *privatum* o di altro illecito ad esso assimilato dal diritto pretorio, destinata esclusivamente a compensare il torto (iniuria) come tale, senza riguardo all'entità del danno (BETTI, Istituzioni di diritto romano, I, Padova, 1942, p. 302). Quanto alla locuzione id quod interest, essa allude invece «...all'interesse del danneggiato... a che l'atto lesivo non fosse compiuto»: così BONFANTE, Corso di diritto romano, IV, Le obbligazioni, rist., Milano, 1979, p. 426.

11. V. per tutti BIONDI, Studi *sulle* actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis, Palermo, 1911, rist. Roma, 1970, p. 92 ss.; LUZZATTO, voce «Dolo(dir. rom.)», cit., p. 715; BETTI, Diritto romano, I, Parte generale, cit., §§ 54 e 63; SAVATIER, Étude sur le *dol,* cit., p. 143.

12. Nel senso della responsabilità dell'erede nei limiti dell'*id* quod ad *eum pervenit*, v. LONGO, op. cit., p. 85 ss. e BIONDI, Studi sulle actiones arbitrariae, cit., p. 93.

13. Secondo la ricostruzione offerta da LENEL, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch *zu* seiner Wiederherstellung, 3a ed., Leipzig, 1927, 114 s., la formula dell'*actio* de dolo era così concepita: «*quae* dolo *malo facta* esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, *intra* annum, cum primum *experiundi* potestas fuerit, iudicium *dabo*» (cfr. D., 4, 3, 1, 1 Ulp. 11 ad ed.).

Sulle caratteristiche dell'actio de dolo v. in generale JOERS e KUNKEL, *Römisches* Recht, cit, § 160, p. 260; SOHM-MITTEIS-WENGER, Institutionem des *römisches* Zivilprozessrechts, Miinchen, 1925, p. 460; KASER, Das Romische *Privat*recht, cit., p. 627.

Sulla sussidiarietà dell'actio de dolo in diritto classico: ALBANESE, *La sussidiarietà* dell'actio de dolo, in Annali *dell'Università* di Palermo, XXVIII, 1961, 173 ss.; e in Labeo, 1963, 42 ss.; GUARINO, La sussidiarietà dell'actio de dolo, ibidem; v. anche PERNICE, Labeo, II, 1, 204 ss.; SAVATIER, op. cit., p. 81, 132 ss.; HEYMANN, in *Zeitschrift* Sav. Stiftung, 42, 383 ss.; PRINGSHEIM, ivi, 40, 252 ss; KARLOWA, Romische Rechtsgeschichte, cit., p. 1070 s.

Anzitutto, dunque, *actio poenaiis,* tendente solo in via mediata e indiretta alla riparazione del danno, sul presupposto della validità *iure civili* dell'atto, in quanto rimedio volto a mitigare e correggere il rigore del *ius civile* nei riguardi dei negozi *stricti iuris.*

In quest'ordine di idee ben si comprende come non fosse concepibile, soprattutto in ragione del carattere penale e infamante dell'azione, l'idea del dolo come vizio del consenso e la conseguente distinzione – che, come si vedrà, risale all'epoca dei Glossatori – tra un raggiro che «determina» a concludere e un raggiro che, ferma la volontà di addivenire al contratto, solo incide sulle «condizioni» o «modalità» di questo.

Un problema di indagine psicologica, diretta a stabilire se il dolo fosse *causam dans* o *incidens,* così come un problema di «graduazione» degli effetti del raggiro non poteva invero porsi al giurista classico, costretto in un sistema improntato a un rigido formalismo, attento piuttosto a reprimere la condotta illecita dell'autore del raggiro, attraverso la riparazione del torto subito, che ad apprestare rimedi a tutela della libera formazione della volontà della vittima[14].

Può quindi affermarsi, col conforto della dottrina romanistica più auto-

---

Il carattere sussidiario dell'azione, espressa nell'Editto con le parole «si de his rebus alia actio non *erit*», si spiega principalmente in ragione delle conseguenze infamanti connesse all'azione stessa e costituisce un «correttivo logico e necessario del contenuto amplissimo dell'actio doli, la quale, in pratica, avrebbe potuto sostituire quasi tutte le azioni esistenti»: BIONDI, Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis, cit., p. 95 ss.; LONGO, Contributi *alla* dottrina del dolo, cit., 145 ss.; FRANSEN, op. cit., p. 11.

Nel senso che la concessione dell'actio de dolo era sempre il risultato di una cognitio *causae,* v. BRUTTI, La *problematica* del dolo processuale nellésperienza romana, cit., p. 33 ed ivi, nota 47; LUZZATTO, voce «Dolo (dir. rom.)», cit., p. 715; KARLOWA, *Römische* Rechtsgeschichte, cit., p. 1071; FRANSEN, op. cit., p. 5.

Incerta è l'introduzione e la stessa esistenza di una in *integrum* restitutio propter *dolum,* e discussi i suoi rapporti con l'*actio* doli: v. a riguardo SAVIGNY, Traité de droit *romain,* VII, Paris, 1859, § 317, p. 110 ss. e § 332, p. 200 ss.; SAVATIER, op. cit., 149 ss.; BIONDI, Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis, cit., p. 99 ss.; LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, cit., 78; GUARINO, Diritto privato romano, cit., p. 356 ss.; RAGGI, La «restitutio in integrum» nella «cognitio extra ordinem», Milano, 1965; JOERS e KUNKEL, *Römi*sches Recht, § 160, p. 260, nota 3; v. anche WACKE, Kannnte das Edikt eine «in integrum restitutio propter dolum»?, in Zeitschrift Sav. Stiftung, 88, 1971, p. 105 ss.; KASER, Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus, ivi, 94, 1977, spec. p. 143 ss.; DUQUESNE, L'in integrum restitutio ob dolum, in Mélanges *Fournier,* Parigi, 1929, 185 ss.; LEVY, *Zur* nachklassischen in integrum restitutio, in Zeitschrift Sav. Stiftung, 68, 1951, 410 ss.; ZILLETTI, op. cit., p. 351, nota 13, ivi altri riferimenti; FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., pp. 9, 24 s.

14. v. *supra,* nota 3, cui adde LONGO, op. cit., p. 47 ss.; BRUTTI, op. cit., p. 11, ed ivi, nota 1; BETTI, Diritto romano, I, cit., p. 225 s.; ID., in Archivio giuridico, 1928, p. 38.

revole, che la tradizionale distinzione tra dolus causam dans e dolus *incidens*, è ignota al diritto romano classico e non trova base nelle fonti[15].

2. – Una tappa importante, nell'affiorare della distinzione che ci occupa, è quella legata alla successiva evoluzione dell'actio doli in diritto giustinianeo[16].

In questo svolgimento la dottrina più attenta ha colto i primi, timidi segnali della concezione del dolo come vizio del volere, che solo in epoca assai più tarda si affermerà pienamente, e di cui la distinzione tra dolus *causam* dans e incidens costituisce uno dei sintomi rivelatori[17].

Il rinnovato ambiente spirituale e culturale, dovuto in larga misura all'influenza del Cristianesimo e del pensiero filosofico greco, introduce infatti nel diritto della compilazione una maggiore sensibilità verso i temi della volontà e del consenso[18], contribuendo a favorire il processo di unificazione tra ius civile e ius *honorarium* nel segno della prevalenza dei principi dell'aequitas pretoria, che «irrompe nel campo saldamente trincerato del formalismo»[19].

Di questo clima risente tutto l'apparato dei rimedi processuali posti a tutela dell'inganno – e, più in generale, della bona fides – che riceve un nuovo assetto.

---

15. Così BIONDI, Dolus causam dans e incidens, in Dir. *comm.*, 1912, II, 14, ora in Scritti giuridici, III, Milano, 1965, 302; BONFANTE, Istituzioni di diritto romano, 10a ed., rist., Milano, 1987, p. 80; GIRARD, *Manuel élémentaire* de droit *romain,* Paris, 1906, p. 452; LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, cit., p. 233; e v. altresì LUZZATTO, voce cit., p. 714.

Riferiscono invece la distinzione al diritto romano: GIORGI, Teoria delle obbligazioni nel *diritto moderno* italiano, Firenze, 1908, IV, § 100, p. 131; PACCHIONI, Corso di diritto romano, II, Torino, 1920, p. 248-248; MOLITOR, Les obligations *en* droit *romain,* I, Paris, 1866, § 110, p. 145; SAVATIER, Etude sur le *dol,* cit., pp. 25, 77, 83 ss., ivi, p. 84, il quale osserva: «*Pour* nous, le débat n'est pas une question de *mots,* il doit *porter* sur les idées. *C'est* un *fait certain constatè* par le *textes (...)* que le dol, en droit *romain,* produit deux effets: annullation totale du contrat, annullation *partielle* ou *simple* droit *à* des *dommages-intérêts,* le contrat étant par ailleurs *maintenu.* A cette différence, il faut trouver une raison. Nous croyons que *l'on* doit *justement* la chercher dans la distinction établie par les *commentateurs* entre le do1 cau*sam* dans et le dolus incidens; distinction équitable, conforme *à* la nature des choses, qui *s'est imposée peut-être inconsciemment* mais très *réellement* aux *jurisconsultes romains*».

16. LONGO, Contributi *alla* dottrina del dolo, cit., pp. 156, 167, 238; ID., Sul regime giustinianeo dell'actio de dolo, in Studi Zingali, III, Milano, 1965, p. 460 ss.

17. V. *infra,* par. 4.

18. ZILLETTI, La dottrina *dell'errore* nella storia del diritto romano, cit., p. 216 ss., ivi, spec. 226 s., 347; KASER, Das *Römische* Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, Munchen, 1975, § 197, p. 60 ss.

19. Così RICCOBONO, nella Prefazione a SCIALOJA, Negozi giuridici, cit., p. VI.

Anzitutto, si attenua il principio di sussidiarietà dell'actio de dolo classica, espresso dalle parole dell'Editto «*si* alia actio non *sit*». L'àmbito di applicabilità della stessa si estende oltre i confini segnati dal raggiro malizioso, per coprire ogni ipotesi di condotta disonesta e sleale che determini un pregiudizio non altrimenti riparabile attraverso gli ordinari rimedi esistenti[20]. In tal modo l'actio doli, nella lata accezione in cui viene ora intesa e nelle applicazioni pratiche, assume ormai le caratteristiche di rimedio generale a tutela della *bona* fides, che del dolus rappresenta l'antitesi[21].

Ma ciò che è più importante sottolineare ai fini del nostro studio è la conseguente, progressiva attenuazione del carattere penale dell'actio doli, dapprima attraverso la nuova qualifica di azione mixta, insieme penale e reipersecutoria; in seguito, attraverso il concetto, giustinianeo, di arbitrarietà dell'azione, tale per cui l'autore del dolo poteva sfuggire alla poena mediante la restituzione della *res* carpita col mezzo dell'inganno *ante* sententiam[22].

In questa sua veste rinnovata l'actio doli, ormai fusa con la restitutio in *integrum* ob *dolum*[23], finisce sempre più per assumere una funzione *lato* sensu riparatoria delle conseguenze dannose patite dalla vittima del raggiro[24].

---

20. Vengono in tal modo ampiamente valicati i limiti posti in diritto classico all'esperibilità del rimedio. Sulla nuova configurazione dell'actio doli nel diritto giustinianeo v. LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, cit., p. 69, 245, 262; BIONDI, Studi sulle actiones arbitrariae, cit., p. 103; ID., Dolus causam dans e incidens, in Il dir. *comm.,* 1912, II, p, 14, ora in Scritti giuridici, III, Milano, 1965, p. 302; cfr. HELDRICH, Das Verschulden *beim Vertragsabschluß im* klassischen *römischen* Recht und in der spateren Rechtsentwicklung, Leipzig, 1924, p. 1 ss.; sulla sorte dell'actio doli nel nuovo diritto v. ancora LONGO, op. cit., pp. 156 ss., 167 ss., 238, 245, 262 ss.; v. anche TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 207.

21. Sui rapporti tra *dolus* e bona fides, v. soprattutto PERNICE, Labeo, II, 1, cit., p. 209 ss.; MITTEIS, *Römisches* Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, Leipzig, 1908, p. 318; ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale, 2a ed., Napoli, 1933, p. 33; BETTI, Diritto romano, I, cit., p. 255 ss.; LITTEN, *Zum dolus-Begriff* in der «actio de dolo», in Festgabe fur Guterbock, Berlin, 1910, p. 255 ss.; TRABUCCHI, op. cit., p. 302 ss.

22. LONGO, op. cit., p. 72, nota 2; BIONDI, Dolus causam dans e incidens, risp. p. 15 e 303; e ID., Studi sulle azioni arbitrariae, p. 99 e 103; ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica dell'odierno* sistema dei vizi del volere, in Riv. it. scienze giur., 1927, p. 355; ALBERTARIO, in *Bull.* ist. dir. *rom.,* 26, p. 102, i quali escludono l'origine classica della clausola arbitraria; v. anche, dubbiosi, JOERS e KUNKEL, *Römisches* Recht, § 160, p. 260; MONIER, Manuel *élémentaire* de droit *romain,* II, rist., Aalen, 1977, § 55, p. 71; nel senso che l'actio de dolo conteneva una clausola restitutoria e ciò non era incompatibile col carattere penale dell'azione v. BRUTTI, La *problematica* del dolo processuale, ecc., cit., p. 158 ss., ivi, p. 160; GIRARD, Manuel *élémentaire* de droit *romain,* cit., p. 451; WENGER, *Institutionem* des *römi*sches Zivilprozessrechts, cit., p. 174.

23. v. supra, nota 13.

24. V. LONGO, Contributi alla dottrina del dolo, cit., p. 264; v. anche VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972, p. 14.

Non è da credere, però, che la nuova fisionomia assunta dal rimedio, tramite il concetto di arbitrarietà, sia tale da snaturare la natura penale dell'azione[25], al punto da configurarla come strumento di tutela della libera formazione della volontà. Contenuto principale dell'azione rimane, ancora, quello della condanna a una pena pecuniaria, cui si affianca l'eventualità della restitutio rei, che impedisce la prosecuzione del giudizio[26].

Pur senza sottacere l'atteggiamento di sicuro favore del diritto giustinianeo verso il problema volontaristico degli atti, è da osservare come al giurista della compilazione – al pari del suo collega classico – sia ancora estranea l'immagine del dolo come vizio «intrinseco» del negozio e così pure il problema di un diretto rilievo delle cause perturbatrici che possono incidere sull'*iter* formativo della volontà negoziale[27].

Certo, il carattere penale dell'actio doli viene alterato non poco dai compilatori, nel senso che rispetto all'esigenza di punire chi ha ordito l'inganno prevale il profilo della tutela patrimoniale della vittima, l'esigenza cioè di ristabilire l'equilibrio nel patrimonio del danneggiato. L'evoluzione dell'actio *doli* nel sistema della compilazione non va oltre questo, pur importante, aspetto, e, ciò che più interessa, non offre solidi appigli che consentano di affermare l'origine giustinianea della distinzione tra dolo *causam dans* e *incidens*[28].

Ciò non induce, tuttavia, a sottovalutare la nuova fisionomia del rimedio in diritto giustinianeo, soprattutto il nuovo concetto di arbitrarietà dell'azione: esso segna infatti una tappa decisiva nel cammino, più tardi intrapreso dalla Scuola della Glossa, col sostituire al sistema misto giustinianeo quello civilistico di tutela patrimoniale, volto alla riparazione del danno subito dalla vittima del dolo, il quale anticipa, per chiari segni, la costruzione di una disciplina completa di tutela della volontà, quale si affermerà pienamente solo alla fine del XVIII sec., ad opera della Scuola del diritto naturale[29].

---

25. Per tutti, BIONDI, Studi sulle actiones arbitrariae, cit., p. 95.

26. ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica dell'odierno* sistema dei vizi del volere, cit., p. 354; e, ancora, BIONDI, op. *ult.* cit., p. 99.

27. ZANI, op. cit., p. 357; *contra* BETTI, Diritto romano, cit., p. 229 ss., ivi, p. 253, e ZILLETTI, La dottrina *dell'errore* nella storia del diritto romano, cit., p. 346 ss., 351, il quale riprende, sostanzialmente, il pensiero di Betti; v. anche KASER, *op.* cit., II, p. 90 ss.

28. V. BIONDI, Dolus causam dans e incidens, in Scritti giuridici, III, cit., p. 302, nota 2, il quale osserva tuttavia come la distinzione sembri adombrata in alcuni passi del Digesto, che però si ritiene abbiano subito alterazioni per mano dei compilatori, e quindi non possa ritenersi assolutamente contraria alle fonti; sul punto v. anche MENGONI, «Metus causam dans» e «metus incidens», in Riv. dir. *comm.*, 1952, I, p. 20.

29. Per tutti, ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica* dell'odierno sistema dei vizi del volere, cit., p. 360 ss.

3. – Un decisivo impulso alla nascita della distinctio che ci occupa è dato dalle riflessioni condotte dai giuristi medievali in tema di dolo. Il riferimento è anzitutto alla Glossa, vera artefice – attraverso quella continua opera di elaborazione e adattamento dei testi della compilazione giustinianea – della distinzione tra dolus *causam* dans e dolus *incidens*[30].

Da parte della Glossa si opera una trasformazione, quasi un capovolgimento dell'originario sistema di tutela contro l'inganno e l'elaborazione da essa compiuta dominerà sino all'avvento dei nuovi principi giusnaturalistici dei sec. XVII e XVIII.

Lo svolgimento più importante, cui tutti gli altri paiono collegarsi, è quello connesso al riconoscimento della restitutio quale rimedio generale, obiettivo, di riparazione della lesione «ovunque un danno, o in giudizio o fuori, venisse risentito da taluno e apparisse giusto il soccorrerlo»[31].

La trasformazione investe in tal modo l'intima struttura dell'*actio doli*, che viene assorbita nel concetto di restitutio, e anzi quest'ultima diviene il contenuto diretto e principale dell'azione, ormai vòlta alla riparazione della lesione patrimoniale subita dalla vittima del dolo, e, per tal via, a paralizzare, sia pure indirettamente, gli effetti del negozio[32].

Essa investe, anzitutto, il concetto di arbitrarietà dell'azione.

Come s'è ricordato, la natura penale dell'*actio* doli non viene alterata dall'innovazione giustinianea, relativa al carattere arbitrario dell'azione:

---

30. Sulla tecnica della distinctio come una delle forme letterarie privilegiate nello strumentario dialettico utilizzato dalla Glossa v. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der *Neuzeit,* 2. Neubearbeitete *Aufl.*, Gottingen, 1967, p. 58, 68 e nella trad. it. a cura di Santarelli, Storia del diritto privato moderno, I, Milano, 1976, p. 74.

31. ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica dell'odierno* sistema dei vizi dei voiere, cit., p. 362 ed ivi altri riferimenti; FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, Gembloux, 1946, p. 23 ss., ed ivi, spec. p. 25: «... au *moyen* age la domaine de la restitutio va *s'étendre,* au point *qu'elle* deviendra le *moyen* par *excellence* dobtenir, soit la *déclaration* de *nullité,* soit *l'annullation* pratique d'un *acte* juridi*que*»; e ancora, riprendendo RENARD, *L'idée d'annullabilité* chez les *interprêtes du* droit rornain au *moyen âge,* in *Nouvelle* revue historique de droit *français* et étranger, 1903, p. 216-218: «... la restitution est devenue un *moyen* ordinaire, le *moyen* classique dobtenir le *rétablissement* d'un situation *juridique*».

32. ZANI, op. cit., p. 364; FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes *juridiques,* cit., p. 26: «*Tel* est le nouveau cadre dans *lequel* nous est présentée *l'action* de dol; *d'action pénale* elle est devenue action en restitution». V. altresì quanto osserva, in proposito, TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 211: «peril diritto classico le actiones doli e *metus* sono (...) azioni personali con le quali si mira ad avere non la cosa perduta in causa del negozio, ma una somma di denaro, mentre la restitutio in *integrum,* nella procedura extra *ordinem,* produce l'effetto della restituzione, anche, dove occorra, correggendo conseguenze poco eque oltre i limiti dello stretto diritto. Per i glossatori cade la differenza sostanziale e anche le azioni di dolo e *metus* causa, perdendo il carattere penale, acquistano in via principale una funzione restitutoria»; l'a. sviluppa spunti già contenuti in MEYNIAL, Note sur *l'histoire* du *dol* et de la *violence* dans les contrats dans *notre* ancien droit *français,* in Mélanges *Fournier,* Paris, 1929, p. 527 ss., ivi, p. 545 s.

contenuto principale del rimedio resta quello, classico, della condanna a una pena pecuniaria, mentre contenuto solo eventuale diviene quello della restitutio, che impedisce la prosecuzione del giudizio penale.

Nell'elaborazione compiuta dalla Glossa, il concetto di arbitrarietà si rovescia e l'azione assume a contenuto primario e diretto la restitutio, mentre il profilo della condanna ha rilievo solo eventuale e accessorio, come sanzione per l'inottemperanza all'ordine del giudice, volto alla restituzione della cosa[33].

Il progressivo affievolirsi del carattere penale dell'azione, a fronte dell'accentuarsi dell'aspetto restitutorio, segna una tappa decisiva nel percorso storico-concettuale che condurrà all'elaborazione del moderno sistema dei vizi del volere e dei rimedi posti a tutela della libera formazione della volontà.

In questo itinerario, e ai fini che qui interessano, va soprattutto sottolineata l'applicabilità dell'actio doli – ormai divenuta rimedio restitutorio ed equivalente, nel suo effetto pratico, a una sorta di annullamento *per* viam restitutionis – ai negozi bonae *fidei* in luogo dell'actio ex *contractu*[34].

Il passaggio è importante, poiché proprio a tale applicabilità viene comunemente ricondotta l'origine della distinzione tra dolus causam dans e dolus incidens[35].

Questo svolgimento dell'actio doli nel diritto intermedio è il frutto del rinnovato interesse dei giuristi medievali riguardo al problema del rapporto tra dolo e attività contrattuale: da un lato, col distinguere la diversa influenza spiegata dalla condotta dolosa nella formazione della volontà negoziale; dall'altro, col sottolineare l'aspetto di immoralità della condotta stessa, che reclama la riparazione del torto subìto[36].

La circostanza che l'antica actio doli, ormai depurata del suo carattere penale e infamante, sia divenuta rimedio applicabile ai contratti bonae fidei, pone, pertanto, l'esigenza di stabilire nuovi presupposti perchè possa

---

33. AZZONE, *Summa super Codicem, Liber* secundus, De dolo *malo* rubrica: «*Competit* aut haec actio ut restituatur res si restitui *potest*»; v. anche ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica,* ecc., cit., p. 365; FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes *juridiques,* cit., p. 27 s.; VISINTINI, La reticenza nella *formazione* dei contratti, cit., p. 15.

34. ZANI, *ibidem*; cfr. anche MENGONI, «Metus causam dans» e «metus incidens», cit., p. 21.

35. V. per tutti MENGONI, Metus causam dans e incidens, cit., loc. cit.

36. Qui già traspare quella «doppia anima» del dolo contrattuale – causa perturbatrice della volontà da un lato e illecito civile, fonte di riparazione del danno, dall'altro – che attraverso l'elaborazione della dottrina successiva, farà il suo ingresso nelle moderne codificazioni, caratterizzando la categoria del dolo-vizio del volere rispetto all'errore, come figura peculiare, in cui i due aspetti, o meglio, le «anime»,non saranno mai completamente «scindibili» (sul punto v. meglio *infra,* ma cfr. fin da ora, TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., pp. 192, 315).

darsi ingresso all'azione: così, accanto al requisito della lesione, comincia a farsi strada il rilievo del nesso di causalità che lega l'attività diretta ad circumveniendum alla conclusione del contratto, e si intravvede, quindi, una sorta di «graduazione» dell'efficacia del dolo a seconda dell'oggetto su cui cadono le conseguenze del raggiro[37].

4. – È l'esegesi del famoso passo delle fonti, «*Et* eleganter Pomponius.... (D. 4, 3, 7 pr.) che offre alla Glossa il sostegno all'elaborazione della distinzione che ci interessa[38].

Il testo si riferisce al principio della sussidiarietà dell'actio *doli* e la sua genuinità è stata posta in dubbio dalla prevalente dottrina romanistica, proprio nel periodo che più interessa, vale a dire nel tratto che va da «*hoc enim*» ... a ... «*circumscriptus est*»[39].

In particolare, la fattispecie riguarda la vendita di uno schiavo con peculio, effettuata da un minore di venticinque anni, tratto in inganno dallo schiavo medesimo, in seguito manomesso dall'acquirente. Si chiede quale sia il rimedio posto a tutela del minore ingannato.

La contrapposizione tra un dolus causam dans e un dolus incidens è escogitata dai giuristi medievali proprio allo scopo di chiarire il significato ambiguo del frammento del Digesto su richiamato, là dove sembra prospettare diversi rimedi a favore del contraente raggirato: da un lato l'actio de dolo contro lo schiavo manomesso, sul presupposto della validità del contratto e sempreché l'acquirente non sia stato partecipe del dolo[40]; dall'altro

---

37. Secondo FRANSEN, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du moyen âge,* in *Ephémérides Theologicae Lovanienses,* 21, 1944-45, p. 61 ss., *ivi,* p. 63, è questo uno dei segnali dell'attenzione che i giuristi medievali rivolgono al profilo soggettivo del dolo, vale a dire all'influenza che il raggiro spiega sulla volontà della vittima (sul punto v. meglio *infra*).

38. ... *Et eleganter Pomponius haec verba Si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere* (ULP. 11 *ad ed.*).

39. Nel senso che l'inciso «...*in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*» è una «intrusione giustinianea», v. BIONDI, Dolus causam dans *e* incidens, cit., p. 302, nota 2; ID., *Studi sulle* actiones arbitrariae, cit., p. 92, nota 4.

40. Nel qual caso, il venditore-minore avrebbe potuto esperire l'*actio ex vendito* nei confronti del compratore.

Il testo esclude altresì il rimedio della *restitutio in integrum* verso lo schiavo manomesso, mostrando di ritenere preminente l'interesse di costui alla acquisita libertà rispetto all'interesse del minore raggirato (v. BRUTTI, *La problematica del*

la nullità della vendita qualora il minore «... in hoc ipso ut venderet circumscriptus *est*»[41].

All'abito mentale del giurista medievale – nella sua incessante aspirazione all'interna coerenza e all'eliminazione delle antinomie nei testi della Compilazione – riesce difficile spiegare per qual ragione la vendita possa considerarsi valida e nulla a un tempo: valida, pur se l'acquirente sia stato complice del dolo del terzo; nulla, nell'ipotesi in cui, pur restando egli estraneo al raggiro, questo abbia ciononostante indotto al contratto.

L'esigenza di non pregiudicare, con la nullità della vendita, il contraente rimasto all'oscuro del raggiro posto in opera dal terzo, suggerisce così di distinguere tra un dolo senza il quale la vendita non sarebbe stata affatto conclusa e un dolo che riguarda invece circostanze – che, oggi, potremmo chiamare – «non essenziali», e comunque non decisive ai fini della conclusione del contratto[42]. E il raggiro dello schiavo manomesso ai danni del *dominus* viene appunto equiparato al dolo che solo «*incidit* in *contractu*»[43].

---

dolo processuale nellésperienza romana, cit., p. 24 ss., 32; VAN OVEN, D.4, 3, 7 pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions, in Studi in onore di Albertario, I, Milano, 1953, 276.

41. BRUTTI, La problematica del dolo processuaie nellésperienza romana, cit., p. 42 s.; cfr. a riguardo l'interpretazione offerta da WACKE, Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List, in Zeitschrift Savigny Stiftung, 94, 1977, p. 184 ss., ivi, § IV, 236 ss., ivi, p. 237: «Nach Julian sei dem minor die actio de dolo genen der Freigelassenen zu geben. Nach Ulpian sei dies so zu verstehen, das der Kaufer von der Tauschung durch den servus nicht in Anspruch genommen werden konne: hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto (gemeint ist ex vendito) teneri non possit. Oder der Verkauf sei nichtig, schreibt Julian, namlich wenn der minor, in hoc ipso ut venderet circumscriptus est».

42. V. ancora quanto osserva WACKE, Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List, cit., loc. cit.:... «Während also im ersten Fall der dolus nur einen Nebenpunkt betrifft (der minor wollte den Sklaven verkaufen aber ohne peculium), bildet er im zweiten die motivierende Ursache für den Vertragsabschluss: ohne den dolus hatte der minor den Vertrag gar nicht abgeschlossen»; a riguardo, anche BRUTTI, La problematica del dolo processuale nellésperienza romana, cit., I, p. 43, ad avviso del quale le prime tracce della distinzione possono rinvenirsi già in Lo Codi, C. 2, 10, 1-4, de fraude et de dolo quod fecit unus alii, nell'edizione curata dal FITTING, Lo Codi in der lateinischen Ubersetzung des Ricardus Pisanus, Halle, 1906, p. 24: «... ideoque si ego vendidi tibi aliquid quia malum ingenium adhibuisti, considerari debet, si vendidissem prius eandem rem tibi vel non, quia tunc cum volebam eum vendere et tu fecisti michi fraude ideoque vendidi eam minus quam facerem, totum id debet michi emendare quod minus vendidi, quia decepisti me. set si ego nolebat vendere et vestro malo ingenio quod michi fecistis vobis vendidi, vendicio debet destrui si ego volo, quam vis dedisses michi tantum quantum res valebat...». Qui, in realtà, sono già presenti sia l'idea della nullità del contratto cui il dolo abbia dato causa, sia quella del supplementum iusti pretii in caso di dolo incidente, che in epoca **più** *tarda verrà indicato come l'effetto principale di tale specie di dolo (v. infra, par. 5).*

43. Gl. hoc ipso ad D. 4, **3,** *7 pr. de dolo malo l. et eleganter, in ACCURSIO, Glossa in Digestum vetus, Corpus Glossatorum Iuris Civilis, a cura di* VIORA, *Torino, 1969,* **p.** *149 s., su cui v. le considerazioni di BRUTTI, Il problema del dolo*

La vocazione del giurista medievale alla formulazione di *regulae* generali[44] induce poi a valicare i confini della fattispecie particolare per trarre da essa la regola applicabile a ogni ipotesi di *dolus in contractu* e nei rapporti tra i contraenti[45].

E la *regula iuris,* ricavabile dall'interpretazione condotta sul frammento 1. *et eleganter* non tarda ad affermarsi: così, se il dolo interviene «*in hoc ipso ut venderet*», si parlerà di «*dolus causam dans contractui*» e la conseguenza sarà la nullità *ipso iure* del contratto; se invece solo «*incidit in contractu*», «*tenet quidem contractus sed agitur contra emptorem si ipso dolo fecit, ex vendito*»; se poi il dolo è opera di un terzo, il contratto sarà valido e contro costui si potrà agire, ancora, con *l'actio doli*[46].

La tesi della nullità *ipso iure* nell'ipotesi in cui il dolo *dedit causam contractui* si riferisce, però, ai soli contratti di buona fede; per quelli di stretto diritto, resiste invece la tesi della validità e il contraente ingannato, a seconda dei casi, potrà rispettivamente agire con l'*actio doli* o respingere la pretesa dell'attore mediante *exceptio*[47]. La conseguenza di un *dolus incidens,* a prescindere dalla natura – *bonae fidei* o *stricti iuris* – del contratto, è

---

processuale nell'esperienza romana, cit., I, p. 43; v., a riguardo, WACKE, Circumscribere..., *cit., p. 237:* «*... unterscheidet man seit den Glossatoren den dolus causam dans vom bloßen incidens. Dolus causam dans liegt vor, wenn der Betrug nur gewisse Modalitaten des Vertrags (insbesondere auch die Hohe der Gegenleistung) beeinflußte, der Getautschte ohne ihn zwar kontrahiert hatte, aber zu anderen Bedingungen (Modalitätenbetrug)*».

44. Su cui v. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Gottingen, 1967, p. 67 (trad. it., Storia del diritto privato moderno, I, Milano, 1980, p. 74); STEIN, Regulae iuris, Edinburgh Univ. Press, 1966, **p.** *131:* «*the Glossators' interest in regulae was a manifestation of a general tendency to abstract and generalise the decisions found in the Roman legal texts and to explore and make explicit their relation with each other*».

45. V. a riguardo BRUTTI, La problematica del dolo processuale, cit., p. 44, nota 66.

46. Gl. hoc ipso ad D. 4, **3,** *7 pr., cit.; v. anche MENGONI,* «Metus *causam* dans» *e* «metus incidens», *cit.,* **p.** *21.*

La soluzione, impensabile al giurista *medievale, che considera il dolo quale causa di lesione obiettiva, fonte di riparazione del danno, non è che un aspetto della sopravvivenza dell'idea romana di dolo-delitto, che sempre finirà per influenzare la figura del dolo, anche nella concezione moderna di dolo-vizio del consenso (v. infra).*

47. Gl. hoc ipso, ibidem: «*... ubi enim incidit dolus in contractu, tenet quidem contractus: sed agitur contra emptorem si ipse dolo fecit, ex vendito: si vero non ille sed quidem, tertius dolum adhibuit, ille tertius tenetur de dolo ... A simili ergo, cum dolus dedit causam contractui, si quidem ipse emptor adhibuerit, nullus est contractus: si autem tertius, tenet contractus: sed agitur de dolo contra dolosum*» *(da BRUTTI, La problematica del dolo processuale, cit., p. 44, ed ivi le diverse conseguenze di un dolus causam dans con riguardo ai contratti di stretto diritto; v. anche WACKE, op. cit., p. 238).*

la riparazione dell'*id quod interest*, attraverso la esperibilità *dell'actio ex contractu*, diretta alla *purgatio doli*[48].

A partire da questo primo tentativo di sistemazione, l'incessante lavorio condotto sui testi della Compilazione porta ad affinare la *distinctio*, la quale si inserisce ormai nella cornice di una disciplina completa del dolo *in contractu* e dei relativi rimedi[49].

---

48. Gl. hoc ipso, cit.; Gl. ad C. 4, 44, 5, in ACCURSIO, *Glossa in Codicem, Corpus glossatorum iuris civilis, a cura di* VIORA, *Torino, 1969, p. 233; v. anche la Summa codicis attribuita a* IRNERIO, *nell'edizione curata dal* FITTING, *Summa codicis des Irnerius, Berlin, 1894, IV, 41, 3, de rescindenda venditione, p. 117: «Si dolo facta sit et dolus dedit causam contractui, rescinditur, veluti cum alias venditurus non erat. si autem incidenter, officio iudicis purgari debet deceptio»; AZZONE, Summa super codicem, cit., p. 41: «Si dolus (...) det causam contractui bonae fidei, hoc est quia alias non erat contracturus nisi esset dolo inductus, non tenet ipso iure contractus (...) . Ubi autem deceptus erat alias contracturus (...) tenet venditio sed purgatur dolus per actionem ex eo contractu».*

49. V. la distinctio attribuita ad ALBERICO DI PORTA RAVENNATE, *in Distinctiones, Collectio senensis n. 28, ed. Palmieri, in B.I.M.AE.,* II, *Bononiae, 1892, p. 152: «Dolus inest quandoque contractui bone fidei quandoque contractui stricti iuris. Cum inest contractui stricti iuris, sive causam ei det, sive alias ex proposito insit, tenet contractus, et ex eo actio nascitur, sed doli exceptione eliditur (...). Cum vero causam contractui bone fidei dolus dat, ipso iure contractus deficit, nec ex eo actio nascitur (...). Cum vero inest dolus, nec dat contractui causam, sed alias inest: aut ex proposito aut re ipsa. Si ex proposito omnino purgatur, proposita actione ex contractu (...). Si dolus inest re ipsa, distinguendum est utrum equitate pacti possit tolerari annon, ut siquidem equitate pacti tolerari possit, non agatur, quia licet contrahentibus se naturaliter circumvenire. Si autem talis est deceptio quae non possit tolerari equitate pacti, puta si emit plus duplo, vel venditi minus dimidio iusti pretii, quod inequaliter factum est, in melius est reformandum; et ideo, proposita actione, ex contractu agetur, ut sit in potestate emptoris vel iustum pretium dare, vel quod dedit recuperare, restituta re empta (...)». Quest'ultima parte della distinctio sembra confondere e assimilare nella nozione di dolo incidente da un lato quella di doius bonus (se il dolo ex re ipsa è tale da non alterare l'aequitas pacti), dall'altro la semplice sproporzione tra le prestazioni, anche non dipendente da un raggiro cosciente e volontario (cui la stessa distinctio riserva invece la diversa espressione di dolo ex proposito). Il «bisticcio» può forse risolversi considerando che, pur essendo ben presente al giurista medievale – anche in ragione dell'influsso dei precetti della teologia morale e della dottrina canonistica – il concetto di iustum pretium e l'idea di giustizia contrattuale, allo stesso fanno difetto gli strumenti concettuali che consentano di «creare» rimedi diversi all'infuori di quelli ricavabili dalle fonti.*

L'accostamento tra dolo e lesione, così lontana dal modo di pensare del giurista moderno, trova giustificazione nell'idea medievale del dolo inteso quale causa di danno, di lesione che si tratta di riparare. Così, gli interpreti medievali riconsiderano l'istituto della lesione, ricavabile dalla c. 2, rem maioris pretii, C. 4, 44, de rescindenda venditione, ma ne modificano inconsciamente i principi, includendolo nella teoria del dolo con il nome di dolus re ipsa. Quest'ultimo, a sua volta, indicando una lesione obiettiva della giustizia contrattuale, in assenza di dolo personale, viene contrapposto al dolus ex proposito (v. a riguardo le osservazioni di FRANSEN, op. cit., p. 54).

Sull'interpretazione di questa distinctio v. anche BELLOMO, *voce «Dolo (dir. interm.)», in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964, p. 729* s.

Nella successiva elaborazione, tuttavia, l'apparente nitore del procedimento interpretativo della Glossa si offusca. Nella costante aspirazione all'armonizzazione dei testi, le differenti «letture» del frammento della l. et eleganter da parte dei giuristi medievali – risultato della comparazione con altri passi del Digesto e del Codice[50] – si intrecciano e sovrappongono, palesando le molte contraddizioni e incertezze.

Così, nell'ipotesi in cui il dolo avesse dato causa a un contratto di buona fede – quale, ad es., la vendita – si prospettava l'eventuale concorrenza tra nullità ipso iure ed esperibilità di un'actio de dolo, non più, questa volta, verso il manomesso (v. supra) bensì nei confronti dell'acquirente che fosse stato partecipe del dolo, al fine di «paralizzare» gli effetti del contratto allorchè la prestazione fosse già stata eseguita. Lo schema utilizzato dagli interpreti medievali fa leva sulla contrapposizione tra la vendita, nulla ab initio e la successiva traditio, quale atto materiale i cui effetti possono essere rimossi solo ad opera del danneggiato mediante, appunto, l'actio de dolo[51].

Altrove[52], il richiamo alla nullità della vendita, cui sia seguita la traditio, sembra fondare, rimedi alternativi all'*actio* doli, quali la condictio indebiti,

---

50. *Soprattutto la c.* 5, *C. 4,44 de rescindenda venditione.*

51. *V. la spiegazione offertada BULGARO* (*Summula de dolo, in* KANTOROWICZ *e BUCKLAND, Studies in the Glossators of the Roman Law, Cambridge, 1938, Reprint 1969, 243* s.): «*Set etiam, si in hoc ipso, ut venderes, circumscriptus est, re tradita experiris de dolo, quasi non contractus set delictum intercesserit. Cum enim nulla sit venditio, cui dolus causam dederit, ex contractu neque experiri neque convenivi poteris, utpote cum venditio turpis est, ut nemo ex ea actionem daturus sit. Cum ergo venditio suo effectu destituitur, sequens traditio rescinditur, que, licet dominium in ementem transtuiit, equitate tamen illa, que expeditur, cum iudicium de dolo ventilatur, quasi nulla fuisse detegitur. Unde talis venditio non immerito ab initio quasi infima in digestis titulo de dolo duabus legibus "et eleganter Pomponius" et in ea "quod venditor ut commendet dicit", asseritur et ex contractu actio denegatur. Et, ut supra dictum est, si precessit venditio ut infima, sequitur traditio ut infirmanda*» *(v., a riguardo, BRUTTI, La probiematica del dolo processuale nell'esperienza romana, I, Milano, 1973, p. 46).*

Come si evince dal passo di BULGARO, nel sistema del diritto medievale, il contratto, ancorchè nullo ipso iure, poteva produrre effettireali. Non era dubbio, infatti, che la traditio in tal modo effettuata «dominium in ementem transtulit», nonostante il dolo dell'acquirente. Si trattava, allora, di tutelare la posizione dell'alienante, predisponendo una serie di strumenti diretti a fargli riavere il possesso delle res traditae. Così, non potendo egli agire con l'actio ex contractu, poiché la vendita era nulla, il mezzo posto a sua disposizione era l'actio de dolo: v. sul punto BELLOMO, voce «Dolo (dir. interm.*)», in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964, p. 729, ed ivi altre citazioni.*

52. In particolare nell'esegesi di c.5, C.4,44, de rescidenda venditione: «*Si dolo adversarii deceptum venditionem predii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit*».

e, talora, la stessa actio ex *contractu*[53], finchè l'idea stessa di nullità ipso iure, come conseguenza di un dolus causam dans nei contratti bonae fidei, comincia a incrinarsi e ad assumere sempre più i connotati di un rimedio lato sensu restitutorio, volto in primo luogo al ripristino della situazione di fatto preesistente al contratto, mediante l'esercizio di un'azione – che, al di là della sua qualificazione giuridica – si fonda sul contratto, del quale presuppone, quindi, la validità[54].

È questa la tesi professata dai giuristi ultrarnontani della Scuola di Orléans, secondo la quale il contratto bonae fidei «viziato» da dolo causam dans è valido ancorchè impugnabile, non però attraverso l'actio doli, bensì tramite l'azione *ex* contractu[55].

È insomma l'idea di una validità ipso iure e non in effectu, vale a dire il concetto di annullamento per viam restitutionis, che comincia ad affacciarsi alla mente dei giuristi medievali, anche se il cammino che condurrà alla completa affermazione dell'idea sarà ancora lungo e tormentato.

---

53. *Gl. rescindi venditionem ad C. 4,44,* 5, *de rescindenda venditione, l.si dolo: «Iubebit fieri officio suo, vel conditione indebiti si puntans te obligatum tradidisti vel actione de dolo proposita secundum quosdam. Tu dic actione ex vendito quae datur ad rescindendum re non tradita (...).Vel hic ex venditione ad suppiementum, cum vellet stare contractui: ut notatur in l. et eleganter (D. 4,3,7)».*

In quest'ultima frase, poi, può forse cogliersi un segnale della moderna disciplina del dolo determinante, là dove si affida alla valutazione del *deceptus* la scelta tra far cadere il contratto o mantenerlo in vita, salvo sempre il risarcimento del danno (v. *infra*). Sembra tuttavia arduo, oltre che azzardato, ravvisare una relazione tra l'azione contrattuale diretta *ad suppiementum* e il rimedio del risarcimento del danno, nell'ipotesi di *dolus causam dans*. Piuttosto, il riferimento *ad supplementurn* sembra meglio attagliarsi all'ipotesi di *dolus incidens;* tale impressione è avvalorata dalla soluzione fornita dalla *Gl. sufficiat ad D.* 4, **3,** *9 pr. de dolo malo, l.si quis affimaverit.* Il frammento del Digesto si riferisce alla vendita di eredità «viziata» da dolo del compratore ed esclude l'esperibilità *dell'actio de dolo,* ritenendo sufficiente *l'actio ex contractu: «si quis adfimavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat;* a queste parole la Glossa aggiunge: *«ut dolus purgetur (...). et sic loquitur quando alias erat contractums: alias rescinditur venditio (...)».* (v., ancora, l'attenta ricostruzione di BRUTTI, *op. cit.,* p. 48 ss e *ivi,* p. 52, nota 80).

54. Si avverte infatti la contraddizione insita nel discorrere di nullità *ipso iure* e di condizionare, poi, tale nullità all'esperibilità di una azione – sia essa *actio doli* o *actio ex contractu:* dal momento che le due azioni appaiono ormai confuse nei contenuti e nella funzione e assimilate a un rimedio che tende a «toglieredi mezzo» il contratto, attraverso la restituzione della prestazione ottenuta col mezzo dell'inganno, e, per tal via il ripristino dello *status quo ante*.

55. *V.,* a riguardo, la *Lectura* di (JACQUES) DE REVIGNY, in C. 4, 44, 5, *de rescindenda venditione,* 1. *si dolo*: «*... si dolus det causam contractui venditionis venditionem nullam esse. Dico nullam esse id est annullandarn scilicet in effectu ...*» (v. l'intero brano riportato da BRUTTI, *op. cit.,* p. 53, nota 82) e di (PIERRE) DE BELLEPERCHE, in C. 4, 44, 2, *de rescindenda venditione,* 1. *rem maioriis pretii: «... sempre tenet contractus ipso iure (...) dico convencionem nullam verum est in effectu...»;* e, ancora, riguardo al rimedio esperibile, *«...dico sempre agetur ex eo contractu...»* (la fonte è sempre tratta da BRUTTI, *op. cit.,* p. 54).

Così, la tesi della nullità *ipso iure* dei contratti *bonae fidei,* cui il dolo abbia dato causa, viene riproposta e difesa, questa volta con vigore e fini argomentazioni dalla Scuola del Commento, cui va il merito di avere ridisegnato la mappa relativa all'influenza del dolo sull'attività contrattuale.

Nell'esegesi di D. 4, 3, 7, *pr.,* là dove si parla di «*minor circumscriptus in hoc ipso ut venderet*», gli interpreti medievali osservano anzitutto che «*non est verum quod dolus impediat consensum circa contractum, nec erratur in contractu, sed erratur in causa propter quam quis (...) inducitur ad contrahendurn (...)*»[56]. *E,* dal momento che nei contratti *bonae fidei* il consenso – come elemento compreso tra gli *essentialia contractus*[57] – è dato «*sub quadarn conditione si verum est illud propter quod inducitur ad contrahendum*», quando ciò non risponda a verità «*facit deficere consensum*», con la conseguenza che «*contractus est ipso iure nullus*»[58].

Di qui il germe della distinzione: se il dolo cade in «*hoc ipso ut venderem quod alias non erat venditurus*», cioè nei «motivi»che determinano al contratto, si parlerà di *dolus causam dans contractui;* viceversa, si parlerà di *dolous incidens in contractum* là dove il dolo «*incidit non in causa, sed in ipso contractu cum alias essem gesturus*»[59]. Le conseguenze, nell'un caso

---

56. BARTOLO DA SASSOFERRATO, Commentaria ad D. 4, **3, 7** *pr. de dolo malo l. et eleganter, Venetiis, 1602, I, n. 6.*

Val *la pena di ricordare come il termine* «causa» *non sia qui usato nel significato tecnico che il moderno civilista gli attribuisce, vale a dire quello di funzione economico-sociale del contratto, ragione giustificatrice degli effetti,e quindi elemento tipico, costante del tipo contrattuale, bensì in quello di motivo determinante che ha indotto a contrarre (v. a riguardo TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 73* s., *216 e FRANSEN, Le dol dans la conclusion des actes juridiques, cit., p. 70).*

57. La distinzione, che comincia ad affacciarsi,tra elementi «essenziali», *(naturali» e «accidentali» degli atti* è *conseguenza di quella ({assillantemira alla substantia rei e dei rapporti, che rappresenta una caratteristica peculiare dell'epoca dei glossatori e dei commentatori»: sul punto ORESTANO, Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna,* 1987, *p.* 150.

58. BARTOLO DA SASSOFERRATO, Commentaria, cit., loc. cit.: «Ille vero qui consentit propter dolurn, errat in causa consensus, unde consentit sub quadam conditione, si verum est illud propter quod inducitur ad contrahendum, quod, cum verum non sit, facit deficere consensum, merito contractus est ipso iure nullus»; cfr., invece, l'argomentazione diretta a «salvare» la validità dei contratti stricti iuris, «viziati» da dolo causam dans: «... aut in contractibus stricti iuris, Zicet quis inducatur per dolurn, verum est quod iste consentit, sed iste consensus licet fiat per causam in qua erravit, illa causa est extra contractum: et ideo in istis contractibus qui stricte considerantur, non attenditur illa causa de iuris rigore, ideo praetor succurrit per actionem de dolo, vel per doli exceptionem. Non obstat quod dicitur, quando contractus habet sua essentialia, quia dico quod in contractus bonae fidei non habet sua essentialia: quia ille consensus est conditionalis et conditio deficit, sed in contractibus stricti iuris habet sua essentialia: quia tali conditio de stricto iure non attenditur» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, Commentaria, ibidem.).

59. Così ZANI, L'evoluzione storico-dogmatica, cit., p. 379.

e nell'altro – lo abbiamo visto – saranno diverse: nullità ipso iure – almeno secondo i più – nell'ipotesi di dolus causam *dans*[60]; validità e azione contrattuale, diretta alla riparazione dell'*id* quod interest, nell'ipotesi di dolus incidens.

Ma quel che più importa sottolineare è che la nascita e l'evoluzione della distinzione tra dolus causam dans e dolus incidens si iscrive nel quadro della trasformazione avviata dalla Glossa e dal Commento di tutto il sistema dei vizi del volere e dei relativi strumenti di tutela della volontà viziata; in particolare – come si è sopra ricordato – l'origine della distinzione è proprio da ricondurre all'applicabilità dell'actio doli (e metus) – ormai divenuta azione restitutoria e depurata da ogni traccia di illecito penale – ai negozi bonae *fidei* (i quali, nelle fonti, erano assistiti da un'actio *ex* contractu).

Di pari passo con questo svolgimento – e soprattutto in virtù della nuova fisionomia assunta dall'istituto della restitutio –, prende avvio quella lenta opera di costruzione e affinamento delle categorie concettuali che formeranno il sostrato della successiva elaborazione del sistema dei vizi del volere e dei relativi rimedi, dando vita alle conseguenti distinzioni all'interno della c.d. «patologia»del negozio; ed è appunto in questo clima che comincia a prender forma l'idea di una «provvisoria»validità del negozio concluso per errore, dolo e violenza.

Così, accanto alla nullità ipso iure, la sola nota alle fonti, prendono via via a delinearsi e a distinguersi i concetti di rescissio, di nullità per viam restitutionis, che a quell'originario rimedio vengono talora accostati.

E il concetto di restitutio – come esito dell'esercizio di un'actio doli (o metus) – dal punto di vista del suo effetto pratico finisce ormai per confondersi e quasi identificarsi con quello di rescissio e di nullità per *viam restitutionis*[61].

L'equiparazione, tuttavia, non può dirsi completa, poiché da un punto di vista sostanziale – si osserva – il rimedio conserva preminente carattere e funzione obiettiva, legato al concetto di riparazione di lesione, mentre stenta ancora a farsi strada l'idea per cui un negozio affetto da «vizi congeniti»possa ritenersi invalido. Il ruolo preminente è ancora giocato dal concetto di lesione e di riparazione: è insomma l'idea di restitutio a tenere il campo.

---

60. La tesi della validità ipso iure ma non in effectu, come ricordato, è invece difesa soprattutto dai giuristi ultramontani (v. supra, nota 55).

61. ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica* della categoria dei vizi del volere, cit., p. 377. E però da osservare che se il dolo nel sistema medievale rappresenta una delle varie cause di squilibrio delle reciproche prestazioni, fonte di riparazione, non può essere completamente assimilata alle altre cause di restituzione; essa occupa infatti un rango particolare, in ragione del suo carattere intenzionale e dell'originaria natura penale, che ancora continua a caratterizzare la figura del dolo contrattuale, anche se l'azione ha assunto ormai funzione restitutoria: cfr. FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., p. 64 ss.

Può quindi definirsi, questo, il periodo in cui prevale ciò che, a ragione, è stato indicato come il «sistema obiettivo di tutela patrimoniale»: dolo, violenza ed errore sono configurati come cause di lesione e di riparazione[62], e il venir meno dell'efficacia del negozio non è conseguenza di un vizio «intrinseco» dell'atto, bensì il risultato indiretto della riparazione di una lesione[63]; anche se – come s'è osservato – «di qui all'annullamento il passo è breve»[64].

I1 principio della essenzialità del consenso, avvertito e a tratti esaltato nell'elaborazione delle scuole medievali, non si salda, dunque, col principio della libera formazione della volontà contrattuale; il problema, infatti, resta ancora circoscritto all'aspetto dell'esistenza o inesistenza del consenso, e, al più, all'esigenza di «correggere» uno squilibrio nelle prestazioni reciproche dei contraenti, mentre non si fa questione di consenso «viziato»[65].

Certo, la nuova impostazione segna un progresso del punto di vista «soggettivo», poiché introduce l'abitudine a considerare, nella figura del dolo, non solo l'aspetto «oggettivo» della lesione, ma anche l'influsso del raggiro sull'intelletto e la volontà della vittima. Tuttavia, ciò che sfugge agli interpreti medievali è il nesso che lega dolo e consenso, inganno e determinazione a contrarre; in altre parole, i rimedi contro il dolo determinante, ormai indicati nelle due forme, della nullità *ipso iure* o della validità *ipso iure* ma non *in effectu (rectius:* annullabilità) – a seconda delle diverse con-

---

62. Ancora ZANI, op. cit., p. 371, 374; v. sul punto le osservazioni di TRABUCCHI, I1 dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 214 s., il quale, pur senza negare il più largo impiego nel diritto intermedio delle restitutiones «cui è connessa una maggiore considerazione dell'elemento patrimoniale da reintegrare nel leso», critica il metodo di contrapporre in maniera netta la caratteristica di questo periodo – e quella del diritto romano – di carattere prevalentemente penale, e del diritto moderno, di tutela della volontà (ivi, p. 216: «mentre la tutela patrimoniale è lo scopo ultimo, e la restitutio il mezzo tecnico più usato, alla base sono ancora i due soliti criteri che influiscono sugli effetti giuridici: punizione del malizioso comportamento di un soggetto e tutela di colui che è vittima di dolo mentre dichiara la volontà»).

63. TRABUCCHI, op. cit., 215; ZANI, op. cit., p. 377; e la recensione di SCHULTZ al saggio di Zani, in *Zeitschrift* Savigny Stiftung, 50, 1930, 676: «*Das Geschaft* ist *(...)* gultig; es ist auch nicht *mit rückwirkender* kraft *vernichtbar;* es wird aber *rückgängig gemacht* unter *dem* Gesichtspunkt der Wiedergutmachung einer *laesio*»). V., a riguardo, anche quanto osserva FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., p. 243 s.: «*Cependant, strictement,* nous ne *sommes* pas encore en droit de parler de vice du consentement, *parce* que *(...)* les auteurs *n'ont pas admis l'exsistence* d'un lien intrinsèque entre cette volonté viciée et la possibilité de rescision du contrat. *Dominés* par la perspective de la réparation *(...)* ils voient *uniquement* dans la rescision, qui, détruisant un contrat valide, est pour *eux* tout extrinsèque et a posteriori, lactuation du droit à la *réparation*». Ed è per questo che l'a. preferisce parlare, con riferimento a questo passaggio nell'evoluzione della teoria dell'istituto, di dolo come «causa di lesione soggettiva», non ancora di dolo-vizio del consenso (ancora FRANSEN, op. cit., p. 172 e p. 243); a riguardo v. meglio *infra,* par. 6.

64. TRABUCCHI, I1 dolo nella teoria dei vizi *del* volere, cit., p. 215.

65. FRANSEN, op. cit., pp. 69 ss., 73 s.; ZANI, op. cit., p. 488.

cezioni che si contendono il campo –, non trovano diretto fondamento in un «difetto» del consenso, ma appaiono piuttosto conseguenza indiretta della riparazione di una lesione: si tratta, in sostanza – come s'è osservato – di rimedi del tutto «estrinseci» all'atto di autonomia negoziale, e che intervengono, per così dire, a posteriori[66].

Una ben diversa prospettiva si aprirà solo con la Scuola del diritto naturale, ove finalmente la disciplina del dolo (e degli altri vizi), comincia a legarsi non tanto (o non solo) alla tutela patrimoniale della vittima del raggiro, quanto, primariamente, alla protezione dell'autonomia del volere.

5. – L'epoca che si inaugura con la felice stagione dell'Umanesimo giuridico dei sec. XV e XVI[67] apre un periodo che potremmo definire di relativa ((quietedogmatica», in cui non si registrano, cioè, mutamenti di rilievo nella sistemazione compiuta dalla Glossa e ulteriormente affinata dalla Scuola del Commento, riguardo alla materia del dolo contrattuale. Invero, le elaborazioni successive – specie ad opera di quella giurisprudenza «culta» o «elegante» del XVII sec., di marca francese e olandese, che tanta parte ha avuto nella edificazione della scienza giuridica europea[68] – si mantengono sostanzialmente nel solco tracciato dalla robusta tradizione del mos *ita-*Zicus, che neppure il mutamento di clima culturale, legato al rivolgimento di idee e concezioni in ogni campo del sapere, che pervade l'intera Europa continentale, è in grado di scuotere[69].

Da questo momento la dicotomia dolus causam dans-dolus incidens, insieme alle diverse conseguenze ad essa collegate, entra a far parte dello strumentario concettuale del giurista e fa il suo ingresso nei primi Commentarii e Trattati monografici in materia di dolo[70], ormai indipendenti dagli schemi tradizionali, legati all'ordine dei testi della Compilazione[7'].

Si ripropone in tal modo, da parte dei giuristi della Scuola Culta e di quella corrente di pensiero che va sotto il nome di «*Usus modernus pandectarum*»[72] – con più consistenti pretese sistematiche – l'insegnamento della

66. FRANSEN, *op.* cit., p. 247.

67. Su cui v. ORESTANO, Introduzione *allo studio* del diritto romano, Bologna, 1987, pp. 151 ss., 579 ss., 606 ss.

68. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, cit., pp. 168 s., 222 s. (trad. it., Storia *del* diritto privato moderno, I, Milano, 1980, p. 245 s., 333 s.).

69. Sulle note peculiari del nuovo indirizzo di pensiero, anche sotto il profilo del «metodo»di approccio ai testi della compilazione v. soprattutto ORESTANO, op. cit., p. 151 ss.

70. V. ad es. il Trattato dedicato al dolo, apparso agli inizi del XVII sec., del senese BARGALIO, De dolo, Hannoviae, 1604; in generale, sulle nuove «forme» della letteratura giuridica v. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, cit., p. 210 s. (trad. it., p. 315); ORESTANO, Introduzione, cit., p. 579 e 588.

71. V. ancora ORESTANO, op. *ult.* cit., p. 579 ss.

72. Su cui v. WIEACKER, op. *ult.* cit., p. 204 ss. (trad. it., p. 305 ss.).

Glossa e, sulla sua scorta, le soluzioni prospettate dalla Scuola del Commento.

Così Johannes Brunnemann, nel suo Commentarius ad Pandectas, ordinava ed esponeva i termini della distinzione tra dolus causam dans e dolus incidens: «*Praecipue notandum ex principio, quod dolus duplex fit, alius dans causam contractui, alius incidens. Ille est, quando quis ab initio per falsas persuasiones et machinationes persuasus ad contrahendum accessit, alias non contracturus, si non dolo esset inductus; Hic est, quando quis aliquem alias contrahere volentem in ispo contractu decipit. Ille contractum bonae fidei ipso iure reddit nullum...*».

E ancora «*... sed quando dolus incidit in contractum, i. e. quando emturus alias essem, sed non tanti, contractus est validus, sed quod ratione doli excessit, repetitur, et suppletur illud, in quo dolus adhibitus (...). Et decipienti hoc casu non datur electio, an stare velit contractui, et reducere ad aequitatem, an vero a contractu malit recedere, quia Jus hanc electionem nunquam tribuit doloso*»[73].

Come traspare dal brano su riportato, sembra acquistare sempre maggior consistenza l'idea che ravvisa anche nel dolo incidente, al pari che in quello determinante, una sorta di «squilibrio» *nelle reciproche prestazioni, che trova causa nella condotta riprovevole dell'autore del dolo. Tale «squilibrio» non è però tale da incidere sulla validità del contratto, poichè in questo caso l'inganno non influisce sul «se» contrattare bensì sul «come»:* «*... cum alias contracturus, circa rem, aut circa aestimationem, dolo malo circumscribitur*»[74]*, e in cui, perciò, pare rimedio sufficiente l'actio ex con-*

---

73. BRUNNEMANN, Commentarius in Pandectas, L. IV, l. et eleganter, p. 158-*159;* in termini analoghi si esprime *VOET, Commentarius ad Pandectas, I,* Libro *IV,* tit. III, *De dolo malo,* Coloniae, *1757,* p. *193:* «*Causam dare contractui dicitur dolus, cum animum contrahendi non habens ad contrahendum inducitur, nullatenus contractums, si dolus defuisset. Incidere vero in contractum tunc censetur, cum quis sponte quidem contrahit, sed in modo contrahendi, velut in pretio aut aliter decipitur (...). Si dolus causam dederit contractui bonae fidei, is ipso iure nullus est (...)*»; e *ivi,* p. *193:* «*Quod si in bonae fidei contractus dolus inciderit, neque ipso iure nullus est contractus, neque actioni famosae doli locus est; sed magis ex ipso illo contractu bonae fidei actio datur*».

La «dottrina dominante» viene infine riassunta con estrema limpidità e chiarezza dal *NOODT,* pur tenace oppositore della distinzione «*quae tam oneri est Jurisprudentiae, quam excellentibus ingeniis usque adhuc per plura secula illusit*» *(NOODT, De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi, apud veteres,* in *Operum omnium,* t. II, Lugduni, *1724,* cap. *XIV,* p. *377). Ivi,* cap. III, p. *356:* «*... in stricti iuris contractibus sine discrimine placuit eos valere ipso iure; sed actione, vel exceptione, doli mali infirmari. in his autem qui bonae fidei appellantur (...) duplicem venire dolum malum: illum dici, cum quis ultro non contracturus, ad contrahendum dolo malo inducitur: hunc cum alias contracturus, circa rem, aut circa aestimationem, dolo malo circumscribitur: illic ipso iure nullum esse contractum, nec parere actionem nec egere rescissione: hic valere, sed actione bonae fidei, vel exceptione doli mali emendari*».

74. Le espressioni in latino sono tratte da *NOODT,* cit. *supra,* nota precedente.

tractu, diretta a ristabilire l'equilibrio dello scambio attraverso quella forma di riparazione che viene ormai indicata nel supplementum iusti pretii[75].

Sotto altro profilo, mantiene vigore la distinzione tra contratti bonae *fidei* e stricti *iuris*: «*Si* aliquid ad contractum stricti iuris inducatur, *contractus* non est *nullus,* sed datur *vel* exceptio doli, si omnia integra, *vel* actio si contractus consummatus *(...).* Sic si dolus incidat in contractum stricti iuris, datur *vel* actio *vel* exceptio *doli*»[76]; distinzione, questa, ormai priva di pratico contenuto e destinata peraltro, in breve lasso di tempo, a scomparire.

A loro volta, gli ultramontani e, in particolare, i giuristi della Scuola di Orléans, restano fedeli alle loro posizioni: il dolo causam dans non determina la nullità ipso iure del contratto, bensì la semplice annullabilità: e la vittima dell'inganno potrà agire tramite l'actio ex contractu, se si tratta di contratto bonae *fidei,* attraverso l'actio doli, nell'ipotesi di contratto stricti iuris[77]. Mentre eguale soluzione è invece prospettata circa il dolo incidente, il quale, anche qui, è sempre fonte di riparazione del danno, ferma la validità del contratto.

Ben presto, tuttavia, la polemica tra le due schiere di giuristi, riguardo alla sorte del contratto bonae *fidei,* affetto da dolo causam dans, finisce per assumere sempre più il sapore di un esercizio dialettico fino a ridursi – com'è stato osservato – a una questione di parole[78]. Finalmente, essa si ricompone nel segno della prevalenza del concetto di restitutio, nel cui ampio schema anche l'actio doli (insieme all'actio metus) si risolve, in quanto diretta alla riparazione di una ingiusta lesione[79].

Ma se sostanzialmente permane la fedeltà alle soluzioni tradizionali, non può sottacersi il nuovo spirito da cui esse paiono animate: da questo punto di vista, l'influsso dei precetti della teologia morale e della dottrina canonistica ha un peso decisivo nell'affermarsi dei principi propri dell'etica contrattuale, così come nel dare nuovo valore e pregnanza agli antichi concetti di bona fides, aequitas, e per tal via a rafforzare la tutela contro la

---

75. V. invece CUJACIO, *Commentaria.* Recitationes in *Codicem,* l. 4, 44, de rescindenda venditione, in Opera, 9, Prato, 1839, p. 556: «...*ita* per *actionem* ex *vendito* rescinditur *venditio* pro parte, quod scilicet ad *pretium attinet*».

76. BRUNNEMANN, *op.* e *loc.* citt.

77. FRANSEN, op. cit., p. 276.

78. FRANSEN, op. cit., p. 276; BRUTTI, La *problematica* del dolo *processuale nell'esperienza* romana, cit., p. 62; d'altra parte, il concetto di nullità ipso iure, che continua ad essere indicato come la conseguenza di un dolus *causam* dans nei contratti bonae *fidei,* comincia a cambiare volto, finendo per assumere connotati che lo accostano sempre più a quello moderno di annullabilità, i cui primi accenni – lo abbiamo visto – già si ritrovano nelle elaborazioni dei giuristi ultramontani (v. *supra,* note 54 e 55, p. 48 s.; e cfr. altresì BRUTTI, op. cit., p. 71).

79. DUARENO, Opera *omnia,* Parigi, 1550, in tit. de *dolo malo,* cap. I, p. 143: «*Diximus* varias esse causas restitutionis. Prima est *metus,* de qua *diximus titulo* praecedente: altera est dolus *malus*... ut ergo quod *metus* causa gestum est, *rescinditur* et *restituitur* in *integrum,* ita *etiam* quod *dolo malo gestum* est».

frode e l'inganno[80]. In questo spirito, che già prelude alle concezioni del giusnaturalismo nascente, sembra trovare giusta collocazione l'elaborazione compiuta da Noodt, la quale, in ragione della sua originalità, merita una particolare menzione.

Anzitutto egli contesta la genuinità del passo della l. *et eleganter* «*aut nullam esse venditionen si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*»[81] – nel quale «*est caput ac fons ex quo profluxit illecebra distinctio doli mali, dantis causam contractui bonae fidei et in talem contractum incidentis*» – e rifiuta, di conseguenza, la distinzione tradizionale, che schiere di giuristi medievali – a partire dall'insegnamento della Glossa – avevano ritenuto conforme alle fonti e intrinsecamente fondata. Ne consegue che qualsiasi specie di dolo, sia esso *causam dans* o *incidens,* rende nullo il contratto[82]. È però da osservare come il concetto di nullità *ipso iure* assuma un significato del tutto diverso rispetto a quello elaborato dalla Glossa e dal Commento: in realtà, si tratta di un concetto assai vicino a quello di annullabilità, caro ai giuristi ultrarnontani, dal momento che lo strumento per farla valere è l'azione derivante dal contratto (nullità *ipso iure,* appunto, ma solo nel senso che tale nullità viene fatta valere per mezzo degli strumenti proprii dell'antico *ius civile* e non attraverso rimedi pretorii: *actio* o *exceptio doli*)[83].

Ma l'attenta esegesi, condotta dal rappresentante di maggior spicco della giurisprudenza elegante olandese, per certi aspetti «rivoluzionaria»[84],

---

80. V., a riguardo, FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., 243 ss.; v. anche MASSETTO, voce «Buona fede nel diritto medievale e moderno», in *Digesto IV,* Disc. priv., *sez.* civ. 11, Torino, 1988, p. 147 ss.

81, L'intero brano è riportato supra, nota 38. NOODT, De *forma* emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi, apud veteres, in Operum omnium, t. II, Lugduni, 1724, cap. XIV, p. 377 ss.: secondo l'a. le parole «*aut* nullam ... *circumscriptus est*» non sarebbero attribuibili ad Ulpiano, ma costituirebbero invece una absurda adiectione ad opera di un indoctus *interpres;* né vi sarebbe traccia alcuna della distinzione nell'intero *Corpus* iuris: «*Primum* mihi persuadeo, illam celebrem distinctionem, cum in rem praesentem venitur, nullo *veterum* testimonio *liquere*» (op. cit., cap. III, p. 356); *contra* v. invece EINECCIO, Recitationes in elementa iuris civilis *secundum* ordinem Institutionum, ed P. de Rijckere, Gand, 1818, § 903, de emp. vend.; GLÜCK, *Ausfürliche Erläuterung* der Pandekten, IV, 1, Erlangen, 1843, §§ 293-295, p. 115-119, ed ivi, nota 15.

82. V. BRUTTI, *op.* cit., p. 85. Noodt rifiuta altresì la distinzione tra contratti bonae fidei e *stricti* iuris, che ritiene contraria alla naturalis ratio e alla quale ormai assegna un mero valore storico (op. cit., p. 357: «... naturalis ratio, qua una ius *Gentium* censetur, non facit contractus alios bonae *fidei* alios stricti iuris. *contra* putat, omnes bonae fidei esse». Già traspare, nell'impostazione del giurista olandese, l'influenza delle nuove correnti giusnaturalistiche dei sec. XVII e XVIII (v. *infra,* par. 6).

83. V. FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes *juridiques,* p. 279: «*En l'occurence, c'*est *l'action* du contrat qui *permettra d'obtenir la* nullité ipso iure civili»; v. anche BRUTTI, op. cit., p. 71, testo e nota 135.

84. La sua teoria, infatti, prende le mosse da una «correzione» dei testi della Compilazione (v. supra, nota 81), che si risolve nella soppressione dell'intero inciso della l. et eleganter: v. anche BRUTTI, op. cit., p. 86.

non ha successo e non rappresenta che una breve parentesi, destinata a chiudersi con la rivincita della tradizione del *mos italicus*[85].

Tuttavia, almeno un aspetto di novità merita di essere segnalato, nella impostazione del giurista olandese: e cioè l'idea che assimila dolo determinante e dolo incidente nella nozione di «vizio del contratto)), violazione della buona fede; idea, questa, che – come vedremo – ritornerà nelle elaborazioni condotte da Domat e Pothier, per costituire uno dei tratti fondamentali della figura del dolo-vizio[86].

La nuova epoca non deve perciò essere intesa come «segmento» e mero prolungamento delle soluzioni proprie alla tradizione medievale; essa è anche un periodo di lenta elaborazione di nuove costruzioni. In particolare, nella dottrina civilistica dei secoli XVI-XVIII affiorano diverse tendenze e cominciano a delinearsi alcuni tratti che rimarranno a caratterizzare la figura del dolo nelle costruzioni moderne.

Così, se da un lato si insiste sulla lesione causata dal dolo e sull'esigenza della sua riparazione, tendendo ad assorbire l'*actio* doli nel più ampio schema della *restitutio*[87]; dall'altro, comincia a prender forma l'idea che vede nell'inganno malizioso un comportamento contrario alla buona fede[88]. La conseguenza – lo abbiamo visto – non è di poco conto: a partire dalla premessa che individua nel raggiro malizioso una condotta contraria alla buona fede – si afferma – non v'è più ragione di distinguere tra contratti bonae fidei e stricti iuris, poiché l'esigenza della buona fede si impone ormai in relazione a tutti i contratti, nè, tantomeno, tra dolo determinante e dolo incidente; al punto che – come s'è ricordato – non manca chi ritiene di estendere la conseguenza della nullità ipso iure – nel senso più sopra precisato – anche al dolo semplicemente incidente[89].

Al fondo, tuttavia – e sempre latente – resta il giudizio di riprovevolezza della condotta dell'autore del dolo e, in definitiva, l'idea romana di dolo-delitto, il cui peso, nelle elaborazioni della dottrina, rende faticosa l'emancipazione dalla tradizione del diritto romano[90].

---

85. VAN OVEN, D. 4, *3*, 7 pr. Contribution à *l'histoire* du *dol* dans *les* conventions, in Studi in onore di *Albertario,* I, Milano, 1953, op. cit., p. 290; FRANSEN, op. cit., p. 279 e ivi, nota 4; BRUTTI, op. cit., p. 87 s.

86. v. *infra,* par. 7.

87. v. ZANI, L'evoluzione *storico-dogmatica,* cit., p. 379; FRANSEN, *op.* cit., p. 288.

88. CUIACIO, *Commentarius,* ad tit. de dolo *malo,* ad. l. *Et eleganter* 7, in *Opera* 6, cit., p. 411: «... *nihil autem* est *tam contrarium* bonae fidei, *quam* dolus *malus*»; v. anche FRANSEN, op. cit., p. 289.

89. v. supra, noia 82.

90. V., a riguardo, quanto osserva FRANSEN, Le *dol* dans *la* conclusion des actes juridiques, cit., 291, riassumendo il pensiero di Donello: «*Dol* et crainte sont la cause *d'un manque* de Ziberté du *consentement;* or *c'est* que *manque* de spontanéité du *consentement* que le droit sanctionne, non cependant pour lui-meme, mais en raison de *l'immoralité* de *l'action* qui l a causée. Le *dol* est donc un délit civil, mais il *n'est* sanctionné que dans la *mesure où* il Zèse *la* Ziberté contractuelle; e ancora: «ce *que le* droit entend sanctionner en accordant des effets au dol, *c'est* une conduite antijuridique, antisociale, à travers le vice *du consentement que'lle* a *causée*» (ivi, p. 292).

Da queste teorie, che – seppur con aspetti di novità – non valicano i limiti di una concezione per così dire «oggettiva» del dolo, ben presto l'attenzione, anche in virtù dell'influenza dei principi della teologia morale e delle esperienze maturate in ambiente canonistico, comincia a volgersi al profilo soggettivo del consenso e alla sua integrità, compromessa da comportamenti quali la minaccia e l'inganno, mentre in maniera sempre più netta si misura l'influsso del dolo sulla libertà del volere[91].

6. – Un passo più in là e siamo già nel vivo del rivolgimento spirituale e culturale che occupa i sec. XVII e XVIII[92]. Difficile – e quasi impossibile – indicare, anche solo per cenni, origini e motivi comuni nel confluire di idee – assai diverse per formazione e provenienza – che concorrono alla «rinascita» del diritto naturale. Limitando l'indagine al terreno del diritto privato e, in particolare, al settore che interessa, è forse superfluo ricordare come anche la dottrina del dolo risenta grandemente dell'influsso della nuova filosofia sociale, che pone al centro l'individuo, proclamando la supremazia assoluta della libertà e volontà individuale e, nel terreno della attività negoziale, sottolinea purezza e spontaneità del consenso[93].

L'influenza dei nuovi principi giusnaturalistici, tuttavia, si misura per gradi.

Così, le elaborazioni dei precursori della Scuola del diritto naturale paiono ancora prevalentemente attratte nell'orbita del concetto di dolo come lesione obiettiva, causa di alterazione dell'equilibrio nelle reciproche prestazioni e fonte di conseguenze riparatorie-restitutorie; mentre è solo nelle costruzioni più tarde – quando ormai il pensiero giusnaturalista si emancipa dal vincolo della teologia morale attraverso l'elaborazione, sulla base di una propria etica sociale, di un sistema giuridico autonomo, anche sotto il profilo del metodo[94] – che la figura del dolo trova una sua precisa collocazione nell'àmbito della teoria dei vizi del volere, accanto alla violenza e all'errore.

Ed è proprio l'accostamento dolo-errore che sembra aprire alla prospettiva soggettivistica, in ordine agli effetti del dolo sul consenso.

Si riconosce, così, che è l'errore, pur provocato dall'inganno, che incrina la purezza e la spontaneità del consenso. Ma l'idea pare ancora confusa e incerta. In particolare, nell'impostazione di Grozio – che ancora

---

91. Ancora FRANSEN, op. cit., p. 290.

92. Cfr. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, cit., p. 249 ss. (trad. it., p. 379 ss.),

93. ZANI, L'evoluzione *stoco-dogmatica,* cit., p. 491 ss.; TRABUCCHI, I1 do20 nella teoria dei *vizidel* volere, cit., p. 218.

94. WIEACKER, op. cit., p. 265 ss., ivi, p. 266 (trad. it., p. 403 ss., ivi, p. 405).

risente degli influssi della tarda scolastica e della teologia morale[95] – il dolo non occupa una posizione a sé, come causa di alterazione del processo di formazione della volontà, ma è valutato alla stregua di uno dei fattori che determinano un errore[96]. In quest'ordine di idee, la possibilità di «rescindere» il contratto, che pure viene indicata come conseguenza di un dolo causam dans, non discende direttamente dall'illecito agire dell'autore del dolo, bensì dall'effetto di tale condotta, vale a dire dall'errore, seppur indotto[97].

E tuttavia il comportamento riprovevole di chi pone in essere l'inganno non è senza rilievo: in quanto pregiudica l'eguale posizione fatta ai contraenti sul piano della libertà di determinazione, implica infatti la responsabilità del suo autore nonché il diritto della vittima alla riparazione del danno ingiustamente patito[98]. Ed è questo l'aspetto che, nella dottrina di Grozio, pare assumere rilievo preminente; mentre il richiamo alla libertà del volere, compromessa dalla violenza e dall'errore (indotto) è solo un'argomentazione, per così dire, «vassalla», che occupa un ruolo marginale, finendo per rafforzare l'idea di fondo: quella che continua a vedere nel dolo, ancora, essenzialmente, una causa di lesione e di riparazione[99]. Certo, nell'impostazione groziana – per certi versi ancora tributaria delle concezioni di moralisti e canonisti[100] – muta l'incidenza della lesione: dal riferimento meramente obiettivo all'ineguaglianza delle reciproche prestazioni, l'attenzione si sposta – attraverso l'accostamento dolo-errore – all'idea di dolo come causa di lesione soggettiva», riferita, cioé, alla libertà di determinazione della vittima, finché si riconosce che è il processo intellettuale e volitivo da cui prende vita l'atto, che è stato deviato dal raggiro

---

95. Intorno all'influenza delle concezioni proprie ai moralisti e canonisti del XVII sec. nella formazione della dottrina groziana sulla promessa, in particolare di LESSIUS e MOLINA, cfr. DIESSELHORST, Die Lehre des Hugo Grotius *vom* Versprechen, Koln, 1959, p. 82 ss., ivi, spec. 87 ss., 91 ss.

96. WIEACKER, op. cit., p. 295 (trad. it., p. 448).

97. V. FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., p. 290, il quale osserva come, in tale concezione «...*c'est* par l'eri-eur dont il est cause que le *dol* lèse la pureté du *consentement*»; a riguardo v. anche BRUTTI, La *problematica* del dolo processuale nell'esperiezna romana, cit., p. 77.

98. GROZIO, De iure belli ac pacis, ed. Marburgi Cattorum, 1734, II, 17, 17: «*Set* et qui contractui aut promissioni *causam* dedit dolo, vi, aut *metu* iniusto, *tenetur eum quicum actum* est in *integrum* restituere, quia *ille* ius habuit, *tum* ne decipiretur, *tum* ne cogeretur; illud ex natura contractus, hoc ex naturali *etiam libertate*»; v. ancora BRUTTI, op. *loc. ultt.* citt.

99. La prevalenza dell'aspetto restitutorio nei rimedi contro il dolo rispetto alla libertà del volere nella dottrina groziana è posto in rilievo da FRANSEN, *op.* cit., p. 296; in una diversa prospettiva si muove invece BRUTTI, op. cit., p. 78, che vede nell'estensione del concetto groziano di aequalitas una «anticipazione delle linee fondamentali della problematica del dolo così come essa si verrà ponendo nella scienza giuridica moderna: strettamente legata al principio della libertà contrattuale».

100. v. supra, nota 95.

malizioso[101]. Tuttavia, la possibilità accordata alla vittima di «rescindere» il contratto non procede direttamente dal consenso «viziato»,ma dall'esigenza di riparare l'iniuria, l'offesa arrecata alla libertà di scelta del contraente ingannato[102].

Da questo punto di vista, la posizione di Grozio non segna una brusca rottura di continuità con la tradizione. L'accostamento del dolo alla violenza e all'errore, come cause che pregiudicano la libertà di giudizio dei contraenti, non giunge, infatti, al punto da porre in stretta relazione il rimedio della «rescindibilità» alla volontà perturbata dal raggiro malizioso; anzi, la possibilità di «rescindere» il contratto – come s'è detto – sembra piuttosto dettata dall'esigenza di <<ripararei1 danno causato, e ristabilire, per tal via, l'*aequalitas,* l'eguaglianza tra i contraenti, non solo sul piano delle reciproche prestazioni ma anche su quello della libertà di decisione[103].

Cionondimeno, questo modo di concepire il dolo, nell'insegnamento groziano, consente – come s'è osservato – di ricomprendere in una sola figura dolo determinante e dolo incidente, entrambi uniti nella medesima valutazione, diretta a porne in evidenza l'aspetto di comportamento lesivo della libertà contrattuale, che dà diritto, nell'un caso e nell'altro, a riparazione[104].

Un altro passo in avanti e la via tracciata da Grozio – ancora con linee

---

101. V. in proposito quanto osserva FRANSEN, op. cit., p. 243.

102. Ancora FRANSEN, op. cit., p. 242: «*Les effets* du *dol* sur *le* contrat sont, le plus souvent, *expliqués* en fonction de l'iniuria, qui consiste dans la lésion subie par la liberté de la *victime* ».

103. FRANSEN, op. cit., p. 296; ZANI, *op.* cit., p. 488, BRUTTI, op. cit., p. 78. Val la pena di riflettere su questa posizione: in essa si intravvede, infatti, quasi una sorta di sovrapposizione e reciproca confusione tra piani diversi, che la civilistica contemporanea ci ha insegnato a tenere nettamente separati, in quanto oggetto di differenti valutazioni e fonte di conseguenze diverse: da un lato il piano della validità degli atti, dall'altro quello risarcitorio (TRABUCCHI, Il dolo, ecc., cit., p. 105, p. 326 ss.; PIETROBON, *L'errore* nella teoria dei vizi del volere, Padova, 1963, p.104 ss.; VISINTINI, La reticenza nella *formazione* dei contratti, Milano, 1972, p. 112 ss; BARCELLONA, *Profili dell'errore* nella teoria del negozio *giuridico,* Milano, 1965, p. 202 ss. L'insistenza sul profilo della lesione – comunque essa venga concepita, in senso soggettivo od oggettivo – finisce infatti per rawisare nella «rescissione» una forma di riparazione, anzi – come pure è stato osservato – la più completa attuazione del diritto alla riparazione (FRANSEN). È importante sottolineare questo passaggio, poiché l'idea dell'annullamento in veste di riparazione verrà ripresa – come più oltre diremo – da quella parte della dottrina che pone in risalto, nella fattispecie del dolo, più che l'aspetto di vizio del consenso, quello di comportamento «illecito», fonte di conseguenze risarcitorie (in particolare, il rilievo assegnato all'antigiuridicità del contegno di chi inganna assume una propria autonomia, rispetto all'effetto dell'inganno sulla volontà della vittima, ad es. nell'irnpostazione di Savigny e di Windscheid, e sarà ripresa, nella dottrina italiana, sotto il vigore del codice del 1865, da ZANI, Figura *giuridica* e concetto del dolo quale vizio del consenso, in Studi *senesi,* 1916, p. 137 ss.

104. FRANSEN, *op.* cit., p. 297 s.

incerte – verrà spianata, ormai in direzione della tutela della volontà, ad opera dei maggiori rappresentanti della Scuola del diritto naturale.

Così, nelle costruzioni – già elevate a rango di «sistema»– di Pufendorf, Thomasius, Eineccio, Ch. Wolff [105], sia pure con diverse accentuazioni, si fa più chiaro il nesso che intercorre tra l'inganno e la direzione della volontà viziata, finché il rimedio della «rescindibilità» si lega direttamente all'influenza del dolo sul consenso, senza il medio costituito dall'idea di lesione e di riparazione [106].

Nella nuova concezione volitiva l'indagine non si arresta, dunque, alla verifica della mera esistenza della volontà, ma si spinge a valutare la validità del consenso prestato; ad apprezzare, quindi, «la sua libertà e spontaneità, la sua immunità o meno da alterazioni e vizi» [107]. In questa prospettiva, la valutazione del dolo non è più (od esclusivamente) condotta in relazione alla riparazione di una lesione causata – s'intenda questa in senso oggettivo o soggettivo –, bensì in rapporto alla tutela della libera e spontanea formazione della volontà negoziale.

Ne consegue, per tal via, anche una «riduzione» dell'impiego del rimedio della *restitutio in integrum* (nel quale l'*actio doli* già era stata assorbita), fino alla sua definitiva scomparsa e al suo assorbimento nel concetto di «rescindibilità» *(rectius:* annullabilità), ormai riferito – come s'è detto – alle alterazioni della volontà [108]; e il dolo (come pure la violenza) non è più

---

105. PUFENDORF, De iure naturae et *gentium* libri *octo,* ed. Francofurti et Lipsiae, 1759, III, 6, 8, p. 296: «*Multo magis* vitiatur *promissio* aut *pactum,* si alterius malitiosa fraudulentia dolusque *eum* in *promittente* aut paciscente *errorem produxerit,* ex eo quo is ad *promittendum paciscendumve* accessit. Circa doli *effectum* quae disputantur, perspique nos *arbitramur expediri* posse, si distinguaturprimo abs quo fuerit adhibitus dolus; ab eo *quicum negotium nobis* est, *an* ab *alio.* Deinde *an* dolus dederit *causam promisso* pactove, it ut circa *illum* id *omissuri fuerimus; an idem* negotio *duntaxat* inciderit, ita ut suscipere illud *quidem constituerimus, verum* in *obiecto,* eiusque qualitatibus, et *harum aestimatione nobis* sit *impositum (...).* Qui *dolo* suo *malo causam* dedit, ut ipsi quid *promitterem, cum* eoque paciscerer, ei ex isto actu *hautquidquam* obligor *(...).* Si dolus fuerit incidens, circa *ipsam rem,* aut *qualitatem* rei, ad praesens *negotium spectantem,* hactenus *pactum* erit *vitiosum,* ut in arbitrio decepti sit illud penitus dissolvere, aut laesionis *pensationem exigere*». V. altresì HEINECCIUS, *Elementa* iuris naturae ac *gentium,* lib. I, cap. II, § 53, p. 22 e cap. XIV, § 346, p. 179, in *Opera* omnia, I, ed. Genevae, 1744; su questo svolgimento v.anche TRABUCCHI, Il dolo, ecc., cit., p. 218 ss.; VISINTINI, La reticenza nella *formazione* dei contratti, cit., p. 20 s.

106. V. FRANSEN, op. cit., p. 297 s.; ZANI, L'evoluzione storico *dogmatica,* cit., p. 493 ss.

Un notevole impulso a questo nuovo modo di intendere il dolo è dato dall'emancipazione del pensiero giusnaturalista dal vincolo della teologia morale, attraverso quella che è stata indicata come la «laicizzazione» o «secolarizzazione» dei principi della teologia morale: v. a riguardo WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, cit., p. 266, nota72 (trad. it., p. 403, nota 73).

107. ZANI, op. cit., p. 493.

108. Ancora ZANI, *op.* cit., p. 497; v. anche *infra,* par. 7, note 115 e 116.

considerato causa di restitutio, bensì inquadrato in un «sistema» completo di tutela della volontà viziata.

Tutto ciò non deve però essere inteso nel senso di una indifferenza degli interpreti per l'aspetto – pur sempre presente – relativo alla lesione fatta alla libertà di decisione della vittima dei raggiri. Tale aspetto, lungi dall'essere irrilevate, riceve bensì valutazione negativa, ma non attraverso il canale che conduce ad apprezzare la validità o invalidità dell'atto negoziale, in ragione del perturbamento della volontà. La conseguenza della riparazione, connessa all'«offesa» arrecata alla libertà contrattuale, non procede, insomma, direttamente dalla volontà perturbata e non implica, perciò, valutazioni relative alla validità o invalidità dell'atto, ma si lega esclusivamente al riscontro di un comportamento riprovevole nell'autore dei raggiri[109].

E proprio questo aspetto della riprovevolezza del contegno del deceptor – come più oltre si dirà – resta il solo a caratterizzare la figura del dolo incidente, in cui l'efficienza causale – pure esistente – tra raggiro malizioso e determinazione della volontà, non raggiunge, tuttavia, la soglia che dà ingresso all'azione di annullamento[110]

Così, insieme alla nuova fisionomia assunta dal dolo, anche la tradizionale dicotomia dolus *causam dans-dolus* incidens riprende tutto il suo vigore. Combattuta e ricacciata dal Noodt, la distinzione tra le due «categorie» del dolo, con le diverse conseguenze ad essa collegate sul piano dei rimedi – rescindibilità o semplice riparazione del danno – viene infatti ripresa, e ritenuta conforme alle fonti, dalla prevalente dottrina, per essere poi inserita nel quadro sistematico di una teoria del dolo e infine consegnata ai primi codici illuministici[111].

Nel corso del XVIII sec. – come più oltre diremo – Pothier adotta la sistemazione già operata dal Voet[112] e Glück, già alle soglie del XIX sec., illustra la disciplina del dolus *causam* dans e incidens, presentandola come «*geltendes gemeines Recht*»[113]. Tale resterà l'opinione dominante per buona

---

109. Trasferita nel diritto attuale, è questa la distinzione tra regole c.d. di validità e regole c.d. di risarcimento, su cui v. PIETROBON, op. cit., p. 118 ss.; VISINTINI, op. cit., p. 38 e in nota; v. anche supra, nota 103.

110. v. *infra,* par. 9.

111. NETTELBLADT, *Systema* elementare universae *Iurisprudentiae* positivae, (1749) ed. Halae Magdeburgicae, 1762, t. I, sect. I, tit. 7, p. 80 ss., ivi § 94, la distinzione tra *error* causarn dans e error incidens: «... *Error causam* dans dicitur qui continet *rationem unicam* cur actus *quidem* susceptus, incidens vero appellatur qui *rationem* ita in se non *continet*»; alla distinzione relativa al dolo è invece dedicata un'intera dissertazione, la cui attribuzione all'a. è peraltro dubbia: cfr. BRUTTI, La *problematica del* dolo processuale, ecc., cit., p. 88 ed ivi nota 177).

112. v. supra, nota 73.

113. GLUCK, *Ausführliche* Erlauterung der Pandekten, IV, 1, Erlangen, 1796-1831, p. 108 ss.; trad. it., *Commentario* alle Pandette, Milano, 1888-1905, II, p. 571 ss.

parte del XIX sec., quando la distinzione verrà nuovamente sottoposta a critica, questa volta ad opera della Pandettistica tedesca[114].

7. – La sistemazione della materia del dolo, awiata dall'intensa attività esegetica di Glossatori e Commentatori e proseguita, con rigore sistematico, dalla Scuola del diritto naturale, può dirsi ormai compiuta quando la scena europea si apre sull'età delle grandi codificazioni[115].

Nelle costruzioni di Domat e Pothier, insieme ispiratori e «padri» del Code *Napoléon,* il dolo è inserito nel titolo dedicato ai «*vices* des *conventions*» accanto alla violenza e all'errore, coi quali condivide l'aspetto di causa perturbatrice della volontà, che, come tale (cioé senza diretto riferimento all'idea di lesione), determina la «rescindibilità» del contratto[116].

L'inquadramento del dolo nella teoria dei vizi del consenso rispecchia, dunque, l'«ordine naturale» e appare in sintonia con i valori giusnaturalistici di tutela della libertà e spontaneità del volere.

Tuttavia, la riflessione condotta dai due grandi sistematici francesi non si arresta all'aspetto «soggettivo» del dolo, costituito dalla alterazione della volontà. Un rilievo via via maggiore assume, nel disegno complessivo volto

---

114. NEUSTETEL, Bonae *fidei* negotia dolo inita *non esse* nulla, Heidelberg-Bielefeld, 1818, cap. VII, p. 35 ss. e in seguito ZIEGLER, Über Betrug bei *Vertrags*-abschluss, 1870, p. 26 e SPRENGER, *Über* dolus causam dans und incidens, in Archiv fur die civilistische *Praxis,* 88, 1898, p. 359 ss.

115. Le prime codificazioni, ponendo a loro base il principio della libertà e spontaneità del volere, inquadrano il dolo nel sistema dei vizi della volontà, abbandonando il sistema indiretto della restitutio in *integrum*. Così, l'*Allgemeines Land*-drecht prussiano, dopo aver fissato il principio per cui « Die *Willenserklärung muß frei, ernstlich* und gewiss oder zuverlassig *sein*», inserisce il dolo (tit. IV, § 4), insieme alla violenza e all'errore, tra i casi in cui «*die* Willenserklarung ist *ungültig* und *unverbindlich*» (*Allgemeines* Landrecht *für* die Preussischen Staaten, Berlin,1796, Erster Theil, Erster Band, Vierter Titel, «*Von Willenserklärungen*»); finchè il Cod. civ. gen. austriaco del 1810 facendo piana applicazione di tali principi, cancella il ricordo della restitutio in *integrum,* disponendo al § 1450 che «*Die bürgerlichen* Gesetze, nach welchen widerrechtliche *Handlungen* und Geschafte... *unmittelbar* bestritten werden konnen, gestatten keine Einsetzung in den *vorigen Stand*»(«le leggi in forza delle quali si possono impugnare gli atti... non ammettono la restituzione in intiero». Comincia cosi ad assumere contorni più precisi la distinzione tra i due piani di rilevanza del dolo: da un lato il piano dell'annullamento, dall'altro quello del risarcimento.

116. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, ed. Paris, 1777, t. I, livre I, tit. XVIII, Des vices des conventions, p. 124, ivi, sect. III, Du *dol* et stellionat, p. 129, ove la definizione del dolo: «*On* appelle *dol* toute *surprise,* fraude, *finesse, feintise* et toute autre *mauvaise* voie pour *tromper quelqu'un*» (riserve sulla resa della traduzione italiana esprime VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972, p. 19, nota 50); POTHIER, Traité des obligations, I Partie, Chap. I, sect.I, 3, Des *differents* vices qui peuvent se recontrer dans les contrats, § 3, *du* dol, ed. Bruxelles, 1831, p. 10, ove la definizione del dolo: «*On* appelle *dol* tout espèce dartifice dont *quelqu'un* se *sert* pour *tromper* un *autre*».

a definire i caratteri del dolo contrattuale, il richiamo alla buona fede; tanto che, secondo un'autorevole opinione, nelle impostazioni di Domat e Pothier sarebbe da rawisare nel dolo, più che un vizio del consenso, un «vizio del contratto»[117].

L'idea ha un suo fascino e non manca di appigli testuali.

Così, Domat promuove si il dolo al rango di una fattispecie di vizio, ma ne afferma al contempo la contrarietà «*à la sincérité et* à *la bonne foi*», che stanno alla base di ogni convenzione[118]. E Pothier dal canto suo – sia pur con minor decisione – rileva che ciò che giustifica la *rescision* del contratto in caso di dolo *causam dans* è la sua opposizione alla buona fede[119]. Ancora, nell'opera di Domat – si è rilevato – l'affermazione non è priva di conseguenze pratiche: così, mentre errore e violenza sono considerate cause di nullità della convenzione, il dolo è solo motivo di *rescision*[120]. E il richiamo alla purezza e spontaneità del consenso, invocato per errore e violenza, cede il posto – nell'apprezzamento del dolo – al rilievo della buona fede, intesa nel significato oggettivo di condotta corretta, onesta e leale, e alla conseguente valutazione negativa di qualsiasi contegno che riveli «*infidélité (...), duplicité (...), dol (...)*»[121]. In quest'ordine di idee, mentre errore e violenza sono considerati principalmente dal punto di vista soggettivo, come fattori che compromettono la libertà e integrità del consenso, si pone in

---

117. FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit. p. 313; la connotazione, per così dire, «oggettiva» del dolo, come condotta contraria alla buona fede, sarebbe altresì avvalorata dalla stessa terminologia adottata da Domat, attraverso l'impiego dell'espressione «*vices* des *conventions*» e non, per es., «*vices* du *consentement*»: DOMAT, op. cit., Livre I, tit. XVIII, p. 124. Val la pena di ricordare come la tesi dell'a. si collochi nel contesto di uno studio, teso a dimostrare come l'inquadramento del dolo nella categoria dei vizi del consenso non possa farsi risalire ad epoca anteriore alla codificazione francese.

118. DOMAT, op. *loc.* citt., p. 124: »... *c'est* un autre caractère essentiel *à* toutes *les* conventions, que *l'on* y *traite* avec sincérité et *fidélité:* et *c'est* un vice dans un convention si l'un *trompe* lautre par quelque *dol* et quelque *surprise*».

119. POTHIER, Traité des obligations, cit., § III, *du* dol, n. 29: «*Lorsqu'une* partie a été engagée à contracter par un *dol* de Zautre, le contrat nést *pas absolument* et *essentiellement nul,* parce qu'un *consentement,* quoique *surpris,* ne *laisse pas d'être consentement;* mais ce contrat est *vicieux,* et la partie, qui a été *surprise,* peut, dans les dix ans, en prenant des lettres de rescision, le *faire* rescinder, parce qu'il pèche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats».

120. FRANSEN, Le *dol* dans la conclusion des actes juridiques, cit., p. 313, ove la citazione di DOMAT, op. cit., l. I, t. I, Des conventions en *general,* sect. 2, § 2, p. 17: «*Les* conventions étant des *engagements* volontaires qui se *forment* par le consen*tement,* elles doivent *être* faites avec connaissance et avec liberté; et si elles *manquent* de l'un ou lautre de ces caractères, *comme* si elles ont été faites par *erreur* ou par *force, elles* sont *nulles*»; il riferimento al consenso non è invece ripetuto per il dolo: DOMAT, op. cit., Traité des lois, Chap. 5, *règle* 7, Tout *dol illicite* en toute sorte *d'engagements*: «*Qu'en* toute sorte *d'engagements,* soit volontaires ou involontaires, il est défendu *d'user d'infidélité,* de duplicité, de dol, du *mauvaise* foi et de toute autre *manière* de *nuire* ou de *faire tort*».

121. DOMAT, *op.* loc. ultt. citt.

evidenza, con riguardo al dolo, l'aspetto oggettivo, di comportamento contrario alla buona fede.

Tuttavia, la felice intuizione di Domat (e Pothier) non sembra andare al di là di una mera enunciazione e, soprattutto, non ha ancora la forza di tradursi sul piano delle applicazioni pratiche.

Invero, l'importante suggerimento – sottolineando nel dolo l'aspetto di contrarietà alla buona fede – avrebbe da un lato aperto la via al superamento della dicotomia tradizionale[122]; dall'altro – e con esiti ben più pregnanti – avrebbe condotto a «isolare» e sottrarre all'universo dell'«indifferente giuridico» quei contegni che, per difetto dei presupposti normativi richiesti (nella specie, la necessità che il raggiro sia stato determinante per il consenso), non assurgono al rango della fattispecie di vizio, e quindi non sono causa di annullamento del contratto, ma che appaiono comunque riprovevoli, perchè contrari alla buona fede. Di più, nella medesima prospettiva, la rilevanza negativa di una condotta scorretta e sleale, non verrebbe meno neppure là dove sussistano i presupposti del vizio: in tal caso, infatti, sarebbe sempre lasciata alla libera valutazione del raggirato la scelta se mantenere in piedi o «togliere di mezzo» il contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento dei danni.

Da questo punto di vista, è interessante riportare qui un passo delle Lois civiles di Domat, la cui carica espansiva è forse sfuggita allo stesso a.: «*Les* vices des conventions qui *suffisent* pour les annuller ont *deux* effets: l'un *de* donner lieu à *faire* résoudre la convention, si *celui* qui s'en *plaint* le désire ainsi: et *l'autre, d'engager celui* qui a usè de quelque *mauvaise* voie, à réparer le *dommage qu'il* peut avoir causè, soit qu'on annulle, ou qu'on laisse subsister la convention. Et quelquefois aussi les vices qui ne suffisent pas pour annuller les conventions, peuvent donner lieu à des dommages et intérêts, selon les circonstances»[123].

Il richiamo alla buona fede sarebbe stato, dunque, il canale attraverso il quale dare rilevanza a un'ampia gamma di condotte scorrette e sleali, la cui sanzione, tuttavia, avrebbe dovuto ricercarsi su un terreno diverso da quello dell'invalidità e sulla base del solo dato costituito dalla violazione della buona fede nella fase che precede la conclusione del contratto.

Ma tale spunto non viene raccolto dai redattori del Code Napoléon, i quali, pur facendo appello – specie nei primi progetti – all'esigenza della buona fede nelle contrattazioni[124], paiono ormai decisamente avviati nella

---

122. Ciò che peraltro era già stato tentato, sia pur senza successo da NOODT (v. supra).

123. DOMAT, *Les Zois civiles,* cit., t.I, tit. XVIII, p. 125.

124. V. ad. es. l'art. 32 del *Projet* de *la Commission du gouvernement,* présenté *le* 24 *Thermidor* au VIII, in FENET, *Recueil complet* des *Travaux* préparatoires du code civii, II, Paris, 1836, p. 163, secondo cui: «*(Les* conventions) doivent *être* contractées et exécutées de bonne *foi*». Il riferimento alla «conclusione» è stato soppresso nei successivi progetti; v. anche VOLANSKY, Essai d'une *définition* expressive du droit basée sur *l'idée* de bonne foi, Paris, 1929, p. 32.

direzione che privilegia, riguardo alla fattispecie del dolo, l'aspetto di vizio del consenso rispetto a quello di comportamento contrario alla buona fede.

Così, la disciplina del dolo – alle soglie della codificazione francese – si snoda entro i binari già tracciati dagli interpreti medievali, e percorsi anche da Domat e Pothier, col distinguere, in particolare, gli effetti del dolo a seconda che il raggiro abbia spiegato o meno una influenza decisiva ai fini della conclusione del contratto, riproponendo, in tal modo, anche la tradizionale distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*[125].

Ma accanto al profilo del vizio, è ancora l'idea che accentua, nel dolo, la componente di immoralità della condotta e così l'antico carattere riparatorio-restitutorio – in definitiva, l'idea romana di dolo-delitto – ad assumere un ruolo di rilievo nell'economia della figura.

Tale aspetto è forse più evidente in Pothier, che a più riprese pone l'accento sul carattere riparatorio presente nel dolo, dapprima ricollegando, in via generale, a ogni sorta di dolo un obbligo di *indemnisation*[126] e, successivamente, contrapponendo il dolo «*... par lequel l'une des parties a engagé l'autre* à *contracter...*» a «*...tout autre dol, qui intervient dans les contrats...*», il quale «*... donne seulement lieu* à *des dommages et intérêts pour la réparation du tort...*»[127].

Ma il peso della tradizione del diritto romano si avverte anche in Domat, in particolare nel passo su riportato, ove riconnette ai «*...vices des conventions qui suffisent pour les annuller*» il duplice effetto: da un lato la possibilità di «rescindere» il contratto, dall'altro, l'obbligo gravante su «*celui qui* à *usè de quelque mauvaise voie,* à *réparer le dommage*»; e ciò anche nell'ipotesi in cui la vittima intenda mantenere in vita il contratto. Ancora, il richiamo all'aspetto riparatorio del dolo ritorna in relazione ai vizi «*... qui ne suffisent pas pour annuller les conventions*», i quali possono, tuttavia, «*donner lieu* à *des dommages et intérêts, selon les circonstances*»[128].

---

125. POTHIER, Traité des obligations, cit., n. **31:** «*Il* n'y a *que* le dol, qui a *donné* lieu au contrat, qui puisse donner lieu à la rescision, *c'est-à-dire* le *dol* par *lequel* l'une des parties a engagé lautre à contracter, qui n'aurait *pas* contracté sans cela; tout autre *dol,* qui intewient dans les contrats, donne *seulement* lieu à *des dommages* et *intérêts* pour la réparation *du* tort *qu'il* a causé à la partie qui a été *trompée*».

126. POTHIER, op. cit., n. 29 in fine: «... si ma promesse *m'engage* envers vous, le *dol,* che vous avez *commis* envers mois, en *surprenant* de *moi* cette promesse, vous engage à *m'indemniser,* et par conséquent à me décharger de cette promesse»; a riguardo, v. anche quanto osserva FRANSEN, op. cit., p. **292** «*...ce* que le droit entend sanctionner en accordant des effets au dol, *c'est* une conduite antijuridique, *antisociale,* à travers le vice du *consentement qu'elle* a *causée*». La prevalenza del profilo riparatorio rispetto a quello del vizio emerge in Pothier con chiara evidenza, là dove la rescision appare, insieme alla liberazione dall'obbligazione assunta, come una diretta conseguenza dell'obbligo di «*indemnisation*».

127. POTHIER, op. ult. cit., n. **31.**

128. DOMAT, Les *lois civiles,* cit.

Da questo momento, all'interno della fattispecie del dolo, cominciano, in tal modo, a prende forma i due «volti»:l'uno connesso al perturbamento della volontà del deceptus, che, come tale – s'intende in presenza di determinati presupposti – dà ingresso all'azione di annullamento; l'altro, legato al comportamento riprovevole dell'autore del raggiro, causa di danno e fonte di risarcimento.

La «convivenza» tra queste due «anime» del dolo non è sfuggita al legislatore francese, nel momento in cui si accingeva a disegnare la disciplina positiva dell'istituto nel Code *Napoléon,* il quale – qui come in altri rilevanti settori del diritto privato –, ha poi rappresentato il modello privilegiato per i redattori del codice civile del 1865[129].

Da questo punto di vista, poi, la «duplice» valutazione del dolo-vizio ha un peso non indifferente nell'evoluzione della distinzione che ci occupa, in quanto consente di cogliere, nel dolo incidente, la prevalenza – o meglio, l'esclusiva rilevanza – dell'aspetto di comportamento «illecito»,rispetto al profilo dell'alterazione-vizio del volere – che non raggiunge, tuttavia, la soglia che apre all'annullabilità del contratto; aspetto, questo, che pur senza spiegare rilievo ai fini della validità del contratto, dà purtuttavia luogo, proprio in virtù del carattere riprovevole della condotta dell'autore del raggiro, al risarcimento del danno.

8. – Non è difficile, a questo punto, tracciare la cornice in cui si iscrive la disciplina del dolo nel codice del 1865. Assai poco sensibile alle suggestioni provenienti dall'area tedesca – e, in particolare, alle sistemazioni concettuali operate dalla pandettistica nel corso del XIX secolo –, e attratto, piuttosto, nell'orbita spirituale e culturale che ha ispirato il Code civil, il legislatore italiano predilige il modello francese e organizza la materia dei vizi del consenso all'interno della teoria generale del contratto (tit. IV del libro III) sulla falsariga del Code (cfr. gli artt. 1108-1115 cod. civ.)[130].

Riguardo a tale sistemazione non v'è traccia di dibattito nei lavori preparatori; e nella Relazione al Re si legge, anzi, che d a materia delle obbligazioni e dei contratti era passata senza molte discussioni intorno alle regole già ereditate dai romani e accolte dalle legislazioni precedenti»[131].

Se sul terreno legislativo il dibattito è pressoché assente, piuttosto intenso è il lavorio dottrinale che si sviluppa attorno a singoli aspetti problematici della disciplina dei vizi del volere, e che consente di enucleare tutta

---

129. V. per tutti, *CHIRONI, Le Code civil et son influence in Italie,* in *Le Code civil,* 1804-1904, II, *Livre du Centenaive,* Paris, 1904, rist. anastatica, Frankfurt a.M., 1969.

130. Significativa, a questo proposito, è pure la circostanza che la medesima formulazione dell'art. 1116 *Code civil* era stata adottata anche dall'art. 1203 del codice albertino.

131. *Relazione al Re,* n. *25,* in *GIANZANA, Codice civile, IV,* Torino, 1887, p. *35.*

una serie di questioni, in parte ormai sopite, in parte ancora aperte, e il cui interesse non appare smorzato in seguito all'awento della codificazione del '42: si pensi ai problemi connessi alla scusabilità dell'errore, in rapporto al principio di autoresponsabilità e alla tutela dell'affidamento[132]; o a quelli relativi ai rapporti tra la disciplina dell'errore e del dolo e fra quest'ultimo e la disciplina della violenza, specie per ciò che concerne la differente regola accolta riguardo al raggiro e alla minaccia provenienti da un terzo[133].

Con specifico riferimento, poi, alla fattispecie del dolo, il ventaglio delle questioni spazia così, sul piano soggettivo, dal problema relativo alla provenienza del dolo e, qui, alla discussa rilevanza del raggiro messo in opera da un terzo, al profilo del carattere intenzionale o meno dell'attività ingannatoria[134]; su quello oggettivo, dai problemi connessi all'efficacia dei mezzi dell'inganno e, in particolare, all'idoneità della menzogna, della reticenza o anche del semplice silenzio, a costituire dolo rilevante[135], al requisito del nesso causale tra raggiro e determinazione al consenso[136]; infine, come un filo che tutte salda, la questione della natura giuridica composita del vizio di dolo e la sua autonomia rispetto alla vicina figura dell'errore, in ragione del peso che assume, nella complessa fattispecie, la condotta illecita del deceptor, tesa a indurre la falsa rappresentazione della realtà.

Così, se in principio è forse prevalente la tendenza a trattare il dolo *sub* specie *erroris*, in quanto, appunto, «errore» seppur indotto, provocato dal-

---

132. V. per tutti TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, Padova, 1937, pp. 15 ss., 70, 388 ss.

133. La ratio che sta alla base della differente disciplina si coglie – anche oggi – nella maggiore riprovevolezza sociale della minaccia rispetto al semplice raggiro, dal quale un persona può «difendersi» con l'uso di una normale avvedutezza.

134. TRABUCCHI, *op. ult.* cit., p. 228.

135. E, di qui, alla questione, più generale, se e in che limiti operi, tra le parti contraenti, un reciproco dovere di informazione su aspetti e circostanze che riguardano il contratto che si sta per concludere: v. TRABUCCHI, op. cit., p. 526 ss.; PARRELLA, La reticenza nei negozi giuridici, in Temi *emil.*, 1930, II, p. 241 ss.; VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972, p. 112 ss.

Problema connesso è poi quello relativo ai criteri con cui condurre la valutazione dei mezzi dell'inganno, e cioè secondo un criterio astratto, con riferimento a una persona «sensata»,sul modello offerto dalla norma in materia di violenza, oppure avuto riguardo al concreto soggetto su cui si esercita l'attività ingannatoria: GIORGI, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, IV, 3a. ed., Firenze, 1891, n. 97.b), p. 111, che utilizza lo schema della violenza, poiché «... come non può scusarsi l'ignoranza crassa o il timor panico, così nemmeno merita indulgenza la dabbenaggine))per una valutazione condotta in concreto v. invece ZANI, Figura giuridica e concetto del dolo, in Studi *senesi,* XXII, Torino, 1916, p. 57 ss.; TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 69 s.; VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, cit., p. 122 ss.; CRISCUOLI, Il criterio discretivo tra «dolus malus» e «dolus bonus», in *Annali* del Seminario giuridico *dell'Università* di Palermo, 1957, pp. 61 ss., 86 ss.

136. Su cui v. *infra,* par. 9.

l'attività ingannatrice di un altro[137], ben presto la dottrina più avvertita rivendica l'autonomia della figura all'interno della categoria tecnica dei vizi del volere»[138], sottolineando «tutta la diversità che passa tra la natura dell'influenza invalidatrice del dolo e quella dell'errore»[139].

In questa prospettiva, l'accento si sposta, quindi, alla valutazione della causa dell'«errore indotto», all'antigiuridicità del contegno di colui che inganna[140]. Su questo versante, tuttavia, l'esasperata accentuazione dei contenuti di riprovevolezza racchiusi nel comportamento dell'autore del dolo, aveva condotto parte della dottrina a una visione altrettanto unilaterale della figura del dolo, che ne oscurava l'aspetto di vizio del volere, offrendo all'osservatore il solo profilo che, per contro, ne metteva in risalto i tratti di comportamento immorale, riprovevole, in una parola illecito del deceptor. Condotta alle sue estreme conseguenze, la tesi finiva per configurare l'annullamento – previsto dalla legge come effetto primario e tipico del vizio – alla stregua di sanzione di un illecito e, in definitiva, forma peculiare di risarcimento o, più ampiamente, di riparazione del danno subito, relegando l'art. 1115 cod. civ. al ruolo di norma ancillare rispetto alla previsione di carattere generale, contenuta nell'art. 1151 cod. civ. del '65, e anzi applicazione peculiare di questa[141].

Per tacere, poi, dei pesanti corollari che dalla medesima tesi potevano

---

137. Per tutti, GIORGI, Teoria delle obbligazioni, IV, cit., n. 92, p. 108 s., il quale si domandava: « qual è (...) la ragione per cui la legge ha fatto del dolo un vizio per sè stante del consenso? Come mai non ha capito che il dolo si confonde con l'errore, perché invalida il consenso solamente quando produce errore?»; v. anche ZANI, Figura giuridica e concetto del dolo quale vizio del consenso, in Studi *senesi*, cit., p. 138, nota 2, nonché le considerazioni di TRABUCCHI, op. cit., p. 117, 168, 178 s., 357.

138. Ancora TRABUCCHI, op. cit., p.118 s.; sulla distinzione tra dolo ed errore v., altresì, CIANCOLA, voce «Dolo (mat. civ.)», in Enc. giur., IV, 2, Milano, 1919, n. 60, p. 476; e VITA, voce «Dolo (dir. romano e moderno)», in Nuovo *Digesto* it., V, Utet, 1938, p. 147.

139. ZANI, op. cit., p. 138.

140. V., a riguardo, l'osservazione di TRABUCCHI, *Il* dolo, cit., p. 119, secondo cui «molti dei punti che si incontrano nella trattazione del dolo e della violenza, possono essere utilmente illuminati da uno studio sui requisiti di quei vizi diretto particolarmente alla valutazione del contegno del soggetto che pone in essere l'inganno...». Invero, uno spazio per l'autonomia della figura, può ricavarsi solo a partire dall'abbandono di una prospettiva che faccia leva sull'effetto dell'inganno, e cioé sulla condizione della vittima del dolo, la quale, a ben vedere, non è diversa da quella in cui si viene a trovare chi è caduto (spontaneamente) in errore (v. ancora TRABUCCHI, op. cit., p. 168 e *infra*, p.182 ss., le differenze tra dolo e violenza).

141. V. soprattutto ZANI, Figura giuridica e concetto del dolo, cit., p. 140 ss. ed ivi, p. 145: «... anche nei casi più gravi, in cui l'azione illecita è costituita da un raggiro (...) senza del quale non si sarebbe emessa la dichiarazione di volontà, l'effetto naturale dell'annullamento di essa, riconosciuto dall'art. 1115, già dicemmo essere applicazione conseguente dell'obbligo alla piena riparazione nascente dallo stesso fatto illecito e formulato nello stesso art. 1151»; l'a., peraltro, sembra in seguito aver corretto l'originaria opinione: v. L'evoluzione *storico-dogmatica* della categoria dei vizi del volere, in Riv. it. scienze giur., 1927, p. 511 ss.

farsi discendere: da un lato, sull'onda del ricordo del carattere personale dell'antica *actio doli* romana, la limitazione degli effetti dell'annullamento al solo autore del raggiro, con esclusione, quindi, dei terzi acquirenti nonché aventi causa, sia a titolo universale che particolare, il cui acquisto restava perciò salvo[142]; dall'altro – ciò che più interessa ai fini del nostro studio – la prescrizione di ogni eventuale pretesa risarcitoria *ex* art. 1151 c.c., a seguito del decorso del termine per l'esercizio dell'azione di annullamento *(ex* art. 1300 c.c. 1865)[143].

Una equilibrata composizione del conflitto tra le due soluzioni estreme, l'una tendente ad assorbire (fin quasi ad annullare) nella considerazione tecnica del vizio anche il rilievo della mala fede dell'autore del dolo, l'altra che va in direzione contraria, tendendo ad assorbire gli aspetti di vizio nella preminente considerazione dell'illecito, è quella proposta, vigente il codice del '65, da chi stabiliva una netta cesura tra la conseguenza tipica prevista dalla legge per il vizio del consenso e l'autonoma rilevanza – su di un altro e diverso piano, e cioè sul terreno del risarcimento – del contegno in mala fede dell'autore dell'inganno[144]. In quest'ordine di idee – si affermava – ciò che ai fini dell'annullamento assume rilievo è il vizio del consenso; l'illecito che dà sostanza al dolo per sé non rileva, costituendo soltanto un elemento, pur essenziale, della complessa fattispecie, mentre le conseguenze che la legge ricollega al dolo sul piano dell'invalidità derivano direttamente dall'essere, questo, un vizio del consenso[145].

---

142. Tesi, questa, in breve volger di tempo abbandonata, già dalla dottrina francese, a causa delle pesanti implicazioni che portava con sé, in favore del carattere «reale» dell'azione: cfr. GIORGI, Teoria delle obbligazioni, IV, cit., n. 108, p. 121.

143. In tal senso v. MOTTA, L'azione contrattuale di danni per *dolo* e *la* prescrizione dell'azione diannullamento, in Foro *lomb.,* 1932, c. 761, il quale, per la verità, fa leva su una diversa argomentazione; *contra,* nel senso che la prescrizione dell'azione di annullamento non pregiudica la possibilità di un'azione di danni, MONTEL, Azione di danni per dolo e prescrizione dell'azione di *annullamento del* negozio, in Riv. dir. *comm.,* 1933, p. 558 s.; TRABUCCHI, *Il* dolo, cit., p. 333. L'assunto, diretto ad escludere l'accennato assorbimento tra le due azioni, traeva poi ulteriore forza dai rilievi per cui: 1) l'azione di danni non appariva condizionata alla prova dell'esistenza di un danno, come diretta conseguenza dell'illecito raggiro, e non poteva perciò assumere la fisionomia del rimedio risarcitorio, venendo a mancare uno dei suoi connotati essenziali; 2) azione di annullamento e pretesa risarcitoria erano rimedi concorrenti, e tra loro autonomi e indipendenti; 3) per gli effetti del risarcimento è sufficiente anche il semplice raggiro colposo, mentre si discuteva se il medesimo comportamento potesse essere causa di annullamento (TRABUCCHI, *op.* cit., pp. 66, 229, 318).

144. TRABUCCHI, op. cit., pp. 110, 326 ss.; v. anche CARNELUTTI, Nota, in Foro it., 1923, 606.

145. Ancora TRABUCCHI, op. ult. cit., p. 111. E questo l'invito, più tardi raccolto, in analogo contesto, a tenere distinte le c.d. «regole di validità» dalle «regole di risarcimento (o di buona fede)»: cfr. PIETROBON, *L'errore* nella dottrina del negozio giuridico, Padova, 1963, p. 105 ss.

E però, la valutazione negativa della particolare forma di illecito che pure contribuiva all'iter formativo del vizio, non poteva esaurirsi unicamente nel rimedio tipico, predisposto dal legislatore a protezione della consapevolezza e, più ampiamente, della libertà di determinazione della vittima del dolo. I contenuti di riprovevolezza, racchiusi nella condotta tesa all'inganno, assumevano quindi rilievo per sé, e fuori del terreno dell'invalidità, come fonte di un autonomo obbligo di risarcimento. Su questo piano, poi, nell'assenza di una specifica previsione normativa, vòlta a sanzionare la condotta contraria alla buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto[146], il riferimento più immediato diveniva la disposizione, di amplissima portata, contenuta nell'art. 1151 c.c.

Si riproponeva, in tal modo, anche nel sistema italiano, quella che abbiamo chiamato la «doppia faccia» del dolo: da un lato, vizio del consenso, e in tale veste, ragione di annullamento del negozio; dall'altro, comportamento illecito, e quindi ragione di risarcimento del danno, secondo la regola generale su richiamata. Questa duplice fisionomia della figura, e la costante oscillazione tra i due poli opposti, a seconda del punto di osservazione volta a volta privilegiato, si rifletteva, così, in una conseguente duplicità e insieme coesistenza di strumenti di tutela, i quali rimanevano, tuttavia, tra loro distinti e indipendenti, nel senso che in caso di dolo determinante, l'azione di danni poteva affiancarsi all'azione di annullamento, così come prescindere da questa, ad es. là dove il contraente ingannato ritenesse preferibile mantenere in vita il contratto, seppur viziato[147]. Da ciò derivava altresì, come logico corollario, l'ulteriore conseguenza per cui l'eventuale prescrizione dell'azione di annullamento, sul presupposto del vizio, lasciava impregiudicata la possibilità di agire in via risarcitoria, sul diverso presupposto dell'illecito[148].

---

146. TRABUCCHI, op. ult. cit., p. 105 ss. Non si riteneva invero sufficiente allo scopo il richiamo all'art. 1124 c.c. 1865, che un tale dovere di condotta imponeva con riguardo alla fase di esecuzione del contratto, norma ritenuta, peraltro, di carattere eccezionale, non suscettibile, quindi, di applicazione analogica, poiché «... altro è il rispetto dovuto alla persona della controparte nella trattazione, altra la fede che si deve portare nell'adempiere l'impegno assunto» (TRABUCCHI, *op.* cit., p. 107).

147. VITA, voce «Dolo (dir. rom. e moderno)», cit., p. 148; TRABUCCHI, op. cit., pp. 231, 326 ss.; ASCOLI, Responsabilità per danni nel caso di *annullmento* di contratto per dolo, in Riv. cir. civ., 1910, p. 837.

148. VITA, voce cit., *loc.* cit.; MONTEL, Azione di danni per dolo e prescrizione *dell'azione* di annullamento del negozio, cit., 558 s.; TRABUCCHI, Il *dolo,* ecc., cit., p. 334, il quale, a partire dalla distinzione tra i due aspetti del dolo, vizio e illecito, e quindi dalla diversa funzione dell'azione di annullamento e di quella di risarcimento, conclude nel senso che «si può ben rinunciare a valersi della conseguenza dell'annullamento senza per questo rinunciare all'altra conseguenza che è il risarcimento»; in giurisprudenza, App. Milano, 31.12.1931, in Foro lomb., 1932, 759 ss., con nota contraria di MOTTA, L'azione extracontrattuale di danni per dolo e la prescrizione *dell'azione* di annullamento, secondo il quale, con l'inutile decorso del termine per l'impugnazione, la parte ha inteso assumere il contratto nella sua interezza, nonostante il vizio.

9. – Fin qui si è trattato del dolo causale o determinante, di quei raggiri, cioè, «tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato», per riprendere la formula dell'art. 1115 c.c. A riguardo, sulla scia di un indirizzo ormai consolidato, la dottrina insisteva sul nesso causale, che doveva necessariamente sussistere tra il raggiro e la determinazione del consenso[149]. Il legislatore del '65, però – a differenza del suo successore –, non ritenne di riservare al dolo c.d. incidente una disciplina a sé nell'àmbito della categoria dei vizi del consenso; la dottrina, per contro, non esitava a ricavare tale distinzione argomentando *a contrario* dal requisito del carattere determinante del raggiro, e indicava con tale espressione quell'inganno che non ha determinato a concludere il contratto, ma che solo ha indotto ad accettare condizioni o modalità, alle quali il contraente non sarebbe addivenuto, se la sua volontà non fosse stata sviata dall'inganno [150].

Sull'onda della tradizione del diritto comune, già peraltro recepita dalla prevalente dottrina francese[151], assai diffusa era dunque, anche presso la nostra dottrina, la tendenza a considerare la distinzione – pur nell'assenza di una specifica disposizione – come implicitamente ammessa dal legislatore, quando non addirittura espressamente accolta[152].

---

149. Ad essere precisi, si trattava di accertare un duplice rapporto di causalità: il primo tra l'inganno e la induzione in errore, il secondo tra quest'ultima e la prestazione del consenso (così TRABUCCHI, *op.* cit., p. 227 s.: «I raggiri hanno prodotto l'inganno: l'inganno conduce alla formazione del consenso contrattuale»).

150. Pur nella varietà delle formule, la distinzione è riprodotta nei più diffusi commentari e trattati di diritto civile: BORSARI, *Commentario* del codice civile italiano, III, 2, Torino, 1877, sub art. 1115, p. 206; LOMONACO, Istituzioni di diritto civile, 2a ed., V, Napoli, 1895, p. 57; ID., Nozioni di diritto civile, 2a ed., Napoli, 1903, p. 560 s.; ABELLO, voce «Dolo»,nel Diz. pratico del diritto privato, II, Milano, s.d., p. 683; CHIRONI e ABELLO, Trattato di diritto civile italiano, I, Parte generale, Torino, 1904, p. 484; COVIELLO, Manuale di diritto civile italiano, 3a ed., Parte generale, Milano, 1924, p. 393; PACIFICI-MAZZONI, Istituzioni di diritto civile *italiano,* 5a ed., rist., II, 1, Torino, 1928, p. 397; VENZI, Manuale di diritto civile italiano, 4a ed., rist., Torino, 1929, p. 137 s.; SIMONCELLI, Istituzioni di diritto civile italiano, 3a ed., rist., Roma, 1929, p. 323; PACCHIONI, Diritto civile italiano, II, Diritto delle obbligazioni, 2, Dei contratti in generale, 2a ed., Padova, 1936, p. 66; TRABUCCHI, Il *dolo* nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 174; ID., voce «Dolo(dir. civ.)», nel Nuovo *Digesto* it., IV, Torino, 1938, p. 150; DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, 5a ed., I, Messina, s.d., p. 258; PUGLIATTI, Istituzioni di *diritto* civile, 2a ed., III, L'attività giuridica, Milano, 1935, p. 145.

Decisamente contrario alla distinzione «della quale non esiste la necessità e che è logicamente e dogmaticamente inaccettabile», PIRAS, «Dolus causam dans» e «dolus incidens», in Temi *emil.,* 1938, II, p. 49 ss., ivi, p. 54; in tal senso v. già RICCI, Corso teorico-pratico di diritto civile, IV, 2a ed., Torino, 1886, § 26, p. 36 s.

151. V., per tutti, RIEG, Le *rôle* de la volonté dans *l'acte juridique en* droit *français* et *allemand,* Paris, 1961, p. 162; GHESTIN, *Traité* de droit civil. Les obligations. Le contrat, Paris, 1980, p. 356.

152. Così PACCHIONI, Diritto civile italiano, 11, Diritto delle obbligazioni, 2, Dei contratti ingenerale, 2a ed., Padova, 1936, p. 66.

Quanto alle differenze rispetto alla figura «madre», si sottolineava come, attraverso la nozione di dolus incidens, non si intendesse indicare una diversa figura di dolo, con riferimento, cioè, a un raggiro di grado o intensità minore, riguardando piuttosto la <<diversità» non tanto la struttura della fattispecie, quanto d'oggetto su cui cade l'errore prodotto dal dolo, che sarà in questo caso qualche circostanza non essenziale»[153] ai fini della decisione di concludere, di modo che – ancora si diceva – il raggiro non costituisce la «ragione unica o principale per cui è posto in essere il negozio»[154].

In ragione di questa diversa direzione dell'inganno, che – come appena detto – non riguardava la decisione di concludere tout *court*, bensì le «condizioni~ le «modalità», o comunque qualche circostanza non decisiva ai fini della suddetta decisione, diverso era il trattamento riservato alle due «specie» di dolo, sia sul piano della validità che sul terreno del risarcimento: così, se il dolo determinante apriva la via all'azione di annullamento ed eventualmente all'azione di danni, in presenza di un pregiudizio, la tutela apprestata in caso di dolo incidente si riduceva al solo risarcimento, senza investire il giudizio di validità dell'atto[155].

Si frantumava, in tal modo, l'unitarietà del concetto di dolo-vizio, rilevante ai fini dell'annullamento, ponendosi in primo piano – delle due «facce» che concorrono a definire la complessa fattispecie – il profilo di comportamento illecito, il quale solo rimaneva a caratterizzare questa «minore» figura di dolo. A fronte dell'esclusione dell'annullamento, tuttavia, il contegno in mala fede della controparte – come s'è osservato – lungi dall'essere irrilevante, poteva divenire fonte di un obbligo di risarcimento[156].

---

153. SCIALOJA, Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella Regia Università di Roma *nell'anno* accademico *1892-1893*, rist. della 5a ed., Roma, 1950, p. 318; il medesimo criterio distintivo è ripreso da TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. 175; ID., voce «Dolo» in Nuovo *Digesto it.*, V, Utet, 1938, p. 150; e, sotto il codice attuale, da FUNAIOLI, voce «Dolo (dir. civ.)», in Enc. del dir., XIII, Giuffrè, 1964, p. 747.

Il riferimento a «elementi o circostanze secondarie», «non essenziali», «modalità», «momenti secondari o non decisivi», tradiva in realtà una certa confusione non solo linguistica ma anche concettuale, risultando arduo stabilire in astratto, e a priori, ciò che dovesse ritenersi essenziale o secondario, ben potendo ad es. semplici modalità (come talora vengono qualificati il prezzo o le qualità della cosa), assumere, nel concreto regolamento di interessi, rilievo determinante; operazione più corretta, appariva dunque quella vòlta a riportare la distinzione all'interno del discorso sul nesso di causalità tra inganno e determinazione del consenso: in questo senso, PIRAS, «Dolus causam dans» e «dolus incidens», in Temi *emil.*, 1938, II, 56.

154. TRABUCCHI, op. cit., p. 142

155. V. gli aa. citt. supra, nota 150.

156. Così TRABUCCHI, Il dolo ecc., cit., p. 174: «Anche là dove non abbia indotto a concludere il contratto, l'attività in mala fede del deceptor costituisce pur sempre un illecito civile, da cui deriva la conseguenza generale dell'art. 1151 c.c.»; ID., voce «Dolo», in Nuovo *Digesto* it., cit., p. 148.

Quasi superfluo aggiungere che la norma a tal fine invocata era, ancora, l'art. 1151 c.c., e la conseguente responsabilità assumeva così, al pari che per la figura ((maggiore)),natura extracontrattuale[157].

Ciò precisato, è ancora interessante ricordare come la dottrina non si diffondesse più di tanto intorno alla questione relativa ai criteri di determinazione del danno risarcibile, affidandosi per lo più, complice una secolare tradizione, a formule tralatizie le quali, in maniera alquanto generica, si limitavano ad indicare come effetto di un dolus incidens il solo risarcimento del danno, senza ulteriori precisazioni.

Si poteva tuttavia affermare che, mentre in ipotesi di dolo determinante, il risarcimento a favore della vittima era commisurato all'*id* quod *interest,* vale a dire al pregiudizio connesso al fatto di essere stata ingannata, e di avere, per tal via, concluso un contratto che, in assenza del raggiro, non si sarebbe affatto concluso, nel caso di dolo incidente, il danno appariva legato alle ((diversecondizioni» o «modalità»,che erano confluite nel contratto poi concluso. Si affermava perciò che il risarcimento del danno era costituito dalla differenza tra la situazione creata col negozio e quella, più vantaggiosa, che si sarebbe realizzata in assenza dell'inganno[158].

Ora, proprio il riferimento alle «condizioni diverse» – espressione questa che ha finito per essere accolta dal legislatore del '42 e che compare nell'attuale art. 1440 c.c. – sembra invece essere stato alla base di quell'indirizzo dottrinale che, nell'intento di chiarire quale fosse il contenuto dell'obbligo risarcitorio nel caso di dolo incidente, precisava che il risarcimento poteva talora assumere la forma di un aumento o di una diminuzione del prezzo. Quest'accenno non era però adeguatamente sviluppato e finiva per stemperarsi, nei vari autori, in una serie di formule quanto mai ambigue, che oscillavano ora verso rimedi lato sensu restitutorii, ora verso meccanismi di adeguamento o di «rettificazione» del contratto. A scorrere lo scarno repertorio delle affermazioni dottrinali, si può leggere che il risarcimento può consistere in una «riduzione della prestazione promessa»[159]; oppure nella «restituzione di parte del prezzo o di aumento del medesimo»[160]; ancora, in una ((riduzione di ciò che si è promesso o in una restituzione di parte di quello dato per effetto del dolo»[161]; altre volte il rimedio del risarcimento sembrava porsi in alternativa alla diminuzione (o aumento) del prezzo[162]; infine, taluno parlava di «limitazione degli effetti,

157. Così, per tutti, TRABUCCHI, *op.* cit., p. 328 ss.

158. In tal senso SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, rist. della 9a ed., Napoli, 1981, p. 170; C.A. FUNAIOLI, voce «Dolo»,in Enc. del dir., XIII, cit., p. 747.

159. DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, cit., p. 258.

160. VENZI, Manuale del diritto civile italiano, cit., p. 138.

161. PACIFICI-MAZZONI, Istituzioni di diritto civile italiano, cit., p. 397.

162. E così si diceva che il deceptus «potrà pretendere il risarcimento (...) ovvero, secondo i casi, la diminuzione del prezzo convenuto»: COVIELLO, Manuale di diritto civile italiano, cit., p. 393.

col sopprimere quelli che sono conseguenza dell'illecito raggiro. [163], quasi prospettando una sorta di annullamento parziale del contratto.

Simili affermazioni celavano il rischio – peraltro subito avvertito[164] – di una confusione o sovrapposizione, da un lato tra rimedio risacitorio e rimedi *lato sensu* restitutorii, o tendenti in qualche modo a modificare il contenuto del regolamento di interessi, alterato dall'inganno, allo scopo di ricondurre a equità lo scambio; dall'altro, tra il rimedio risarcitorio, così inteso, e la discussa categoria dell'annullamento parziale del contratto, cui indirettamente e in maniera surrettizia la via del risarcimento pareva condurre.

In quest'ordine di idee, sembra assumere un preciso significiato la precisazione, secondo cui «anche la riduzione del prezzo, può essere concepita solo come una forma di risarcimento del danno», poiché «nel nostro sistema fondato sull'autonomia della volontà, il magistrato non può sostituire delle condizioni diverse a quelle che sono state stabilite dalle parti». Perciò, in ipotesi di dolo incidente – si concludeva – il negozio «non sarà né totalmente, né parzialmente annullabile» [165].

Resta una notazione conclusiva, a chiusura del discorso fin qui condotto con riguardo alla disciplina del dolo nel codice del '65.

L'antica distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens* – come più volte sottolineato – è dunque conservata, sia pure implicitamente, nel codice unitario. Il senso di tale «conservazione» può certo cogliersi – come pure è stato detto – in un «interesse generale alla sussistenza delle convenzioni» [166]. Ma più ancora la stessa e, in particolare, la rilevanza solo risarcitoria del dolo incidente, sembra andare di pari passo con l'evoluzione storico-dogmatica della categoria del dolo contrattuale: dapprima, nel sistema romanistico, delitto civile e ragione di riparazione del danno; in seguito, nell'esperienza del diritto comune, causa di lesione, di squilibrio delle reciproche prestazioni e ragione di restituzione (e, per tal via, sia pure indirettamente, di annullamento); infine, nelle codificazioni moderne, vizio e insieme comportamento illecito, ragione di annullamento e/o di risarcimento.

Di qui, a fronte di un raggiro che induce a concludere, quello che solo incide sulle «condizioni» o sulle «modalità» del contratto, se da un lato oscura, e in pratica cancella, il profilo di vizio del volere, dall'altro lascia nondimeno sussistere, e anzi accentua, l'aspetto di comportamento illecito, fonte di riparazione del danno. Da questo punto di vista, il dolo incidente nulla ha di diverso rispetto alla figura «maggiore» e da questa ripete il trattamento a quella riservato: il *deceptor* risponde, cioè, a titolo di responsabilità extracontrattuale, a norma dell'art. 1151 c.c.

---

163. Ancora DE RUGGIERO, op. *loc.* citt.
164. TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., p. **174** s.
165. Ancora TRABUCCHI, Il dolo ecc., cit., p. **175.**
166. Così BORSARI, *Commentario* del codice civile italiano, cit., p. **206.**

L'originario e unico rilievo del dolo, divenuto duplice mano a mano che si «sistematizzava» la categoria dei vizi del volere, si trasfonde, così, nella fattispecie del dolo incidente, costituendo il tratto peculiare di questa {(minore – nel senso più sopra chiarito – figura di dolo, la quale, pur assommando in sé le caratteristiche strutturali della figura «maggiore», in ragione della diversa direzione dell'inganno, non è tale da condurre all'annullamento.

Proprio a partire dall'esclusione del rimedio dell'annullabilità sembra prendere awio quel processo per cui la fattispecie del dolo incidente comincia mano a mano a «isolarsi» rispetto al dolo-vizio, fino a formare una enclave all'interno della stessa disciplina dei vizi del consenso, una sorta di «binario privilegiato))su cui corre la storia «singolare» – rispetto alle vicende parallele delle altre fattispecie di vizio – del dolus incidens. Traguardo di questa ultima tappa sarà la codificazione del '42, ove la fattispecie diverrà oggetto di una espressa previsione: «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni» (art. 1440 C.C.).

ABSTRACT

Lo scritto ripercorre le tappe della evoluzione storico-dogmatica della disciplina del dolo contrattuale, dal diritto romano classico fino alle soglie delle moderne codificazioni. In questo percorso, l'attenzione è rivolta principalmente alla nascita della distinzione tra «*dolus* causam *dans*» e «*dolus incidens*» e alle diverse conseguenze sulla sorte del contratto.

The study deal with the rise and evolution of the concept of «dolus» (fraudulent misrepresentation) in Contract Law. Along this way, the main purpose of the study is to emphasize the distinction between «*dolus causam dans*» and «*dolus incidens*», and to point out the different rernedies given to the party who was induced to enter into the contract.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

ALESSANDRO BERNARDI

LA DIFFICILE INTEGRAZIONE TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO PENALE: IL CASO DELLA DISCIPLINA AGROALIMENTARE (*)

Sommario

1. Premessa. - 2. La separazione tra precetto comunitario e sanzione nazionale nel diritto agroalimentare di fonte europea. - 3. Le carenze di armonizzazione punitiva derivanti dall'assenza di un diritto penale comunitario. - 4. Tecnica del rinvio e clausole sanzionatorie: i vantaggi connessi alla loro adozione in ambito agroalimentare. - 5. I deleteri effetti derivanti dalla scissione tra precetto e sanzione e dalla frammentazione della normativa penale agroalimentare. - 6. Il problema della disapplicazione delle fattispecie penali in materia agroalimentare contrastanti col diritto europeo. - 7. Disapplicazione selettiva delle norme penali *ex* art. *30* Tr. CE e discriminazioni alla rovescia: la prospettiva comunitaria. - 8. Le discriminazioni alla rovescia al vaglio dei giudici nazionali. - 9. Considerazioni conclusive.

1. – In questa relazione mi prefiggo di toccare taluni aspetti della difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale, che emergono in tutta la loro evidenza proprio nel settore agroalimentare, forse più di ogni altro assoggettato ad un processo di ormai avanzatissima comunitarizzazione [1], e dunque disciplinato prevalentemente da fonti normative sovrastatuali.

Certamente, esistono ancora prodotti agro-alimentari la cui composizione e presentazione sul mercato segue regole dettate soltanto dalla legge nazionale dei singoli Stati. Ma resta il fatto che nella massima parte dei

(*) È il testo della relazione svolta nell'àmbito del seminario «Attuali prospettive del diritto penale agroalimentare» organizzato dalla Federalimentare (Roma, 20 ottobre 1995). Versione italiana già pubblicata in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 1996, p. 1 ss.

1. Sulla nozione di comunitarizzazione nelle sue diverse accezioni cfr. MARCHISIO, *La comunitarizzazione dei diritti interni degli Stati membri delle Comunità europee,* in *Comunitarizzaziona del diritto interno e diritto agrario regionale. Regime giuridico dei terreni forestali,* Atti delle *IV* Giornate camerti di diritto agrario comunitario, Camerino, 1990-1991, p. 27 s.

casi i prodotti in questione risultano oggi, per l'appunto, assoggettati ad una specifica disciplina comunitaria. In particolare, nel corso degli ultimi decenni, in relazione a molte categorie di prodotti agroalimentari sono state realizzate vere e proprie forme di unificazione normativa attraverso regolamenti, o quantomeno forme di armonizzazione attraverso direttive tendenzialmente dettagliate, e dunque idonee a garantire anch'esse l'uniformità delle disposizioni applicabili nei singoli Stati[2].

In sintesi, il diritto agroalimentare costituisce oggi una sorta di naturale laboratorio all'interno del quale verificare i problemi posti dalla progressiva penetrazione del diritto comunitario in ambito nazionale, e in particolare i problemi che da tale penetrazione derivano in sede penale, cioè in quel settore del diritto più di ogni altro di matrice strettamente statuale, e più di ogni altro quindi refrattario ad assumere connotati transnazionali[3], o comunque renitente a farsi condizionare in misura significativa da atti di derivazione «europea».

2. - Mentre, con riferimento alle norme di comportamento in materia agroalimentare, il processo di comunitarizzazione del diritto può essere pacificamente considerato già ad uno stadio molto avanzato, ancorché presumibilmente votato ad ulteriori sviluppi, altrettanto non può certo dirsi con riferimento alle relative norme punitive, cioè alle norme che indicano le sanzioni da applicarsi nei casi di violazione delle suddette norme di comportamento.

In proposito, si può anzi affermare in prima approssimazione che tutte le norme volte a comminare *sanzioni penali* sono di produzione esclusivamente nazionale[4], e che anche la massima parte delle *norme sanzionatorie* a *carattere amministvativo* trovano la loro fonte nel diritto interno.

---

2. Cfr., da ultimo, CAPELLI, Qualità e tipicità dei prodotti *agroalimentari* secondo la disciplina comunitaria, relazione al Convegno della Società italiana degli economisti agrari su «*I* prodotti agroalimentari di qualità: organizzazione del sistema delle *imprese*» (Verona, 14-16 settembre 1995), p. 9 del testo dattiloscritto.

3. In argomento cfr., volendo, BERNARDI, «Principidi diritto»e diritto penale europeo, in Annali *dell'Università* di *Ferrara-Scienze* Giuridiche, vol. II, 1988, p. 156 s.

4. In merito alla discussa eccezione rappresentata essenzialmente dall'art. 194 Tr. Euratom e dagli artt. 27 Statuto Corte di Giustizia CE e 28 Statuto Corte di giustizia CECA, cfr., per tutti, BOSCARELLI, *Réflexions* sur *l'influence* du droit *communautaire* sur le droit pénal des états *membres,* in Droit cornmunautaire et droit pénal, Milano, 1981, p. 87 s.; BRICOLA, Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee, in Indice pen., 1968, p. 5 s.; PEDRAZZI, La tutela penale del segreto nel Trattato *dell'Euratom,* in Il diritto *dell'energia* nucleare, Milano, 1961, p. 416 s.; PISANI, La *«penetrazione»* del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano, in Indice *pen.,* 1979, p. 26 s.; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989, p. 129 s. e bibliografia ivi riportata; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984, p. 8-9, con ulteriori riferimenti bibliografici. Da ultimo, nega però che tali norme estendano automaticamente

Come noto, l'assenza di norme sovrastatuali contenenti sanzioni criminali è dovuta fondamentalmente al mancato trasferimento della competenza penale nazionale alle Comunità europee[5]; trasferimento a tutt'oggi ritenuto impossibile per la carenza di democraticità degli organi di produzione del diritto comunitario[6].

Per quanto concerne invece le norme sanzionatorie amministrative, la tendenza a ricorrere prevalentemente a norme punitive di fonte nazionale anziché comunitaria anche in caso di violazione dei comandi e divieti di creazione «europea» deriva non tanto dal riconoscimento di precisi limiti al potere delle istituzioni comunitarie di irrogare sanzioni amministrative[7]; ma deriva piuttosto dalla consolidata concezione per la quale, ex art. 5 Tr. CE, spetta innanzitutto agli Stati di adottare «tutte le misure a carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità», e dunque innanzitutto di adottare le misure sanzionatorie volte a prevenire e punire le violazioni dei Trattati e del diritto comunitario derivato[8].

---

l'ambito di applicazione delle fattispecie penali interne da esse richiamate, limitandosi per contro a sancire «l'obbligo per il legislatore nazionale di modificare l'ordinamento interno per renderlo conforme alle prescrizioni di fonte comunitaria?), MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, in Foro it., 1995, c. 63.

5. Cfr., per tutti, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 63 s., e bibliografia ivi riportata; PAGLIARO, Limiti all'unificazione del diritto penale europeo, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, p. 203 s.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 5 s., con ulteriori riferimenti bibliografici; nonché, da ultimo, DANNECKER, *Strafrecht* der Europaischen *Gemeinschaft,* Freiburg im Breisgau, 1995, p. 40 s., con ricchissime indicazioni bibliografiche a p. 55 s.

6. Sul problema del cosiddetto deficit democratico comunitario e sulla sua evoluzione a seguito dell'Atto Unico Europeo e del Trattato di Maastricht esiste una letteratura sterminata. Cfr., ad esempio, VILLANI, Il «*deficit democratico*» nella formazione delle *norme* comunitarie, in Dir. com. scambi *intern.,* 1992, p. 599 s. e in Jus, 1994, p. 295 s., e bibliografia ivi riportata; PIRIS, Dopo Maastricht, le istituzioni comunitarie sono divenute *più* efficaci, più democratiche, più trasparenti?, in Riv. dir. europeo, 1994, p. 3 s. Con riferimento ai profili penali, cfr., per tutti, PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, p. 613; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 11; SALAZAR, Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia, in questa rivista, 1992, p. 1663, n. 904.

7. In merito al fondamento ed alla estensione del potere sanzionatorio amministrativo delle istituzioni comunitarie cfr., in particolare e per tutti, GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, p. 743 s.

8. Ciò non significa, peraltro, escludere l'esistenza di atti comunitari i quali – vuoi per supplire all'inerzia degli Stati membri nel predisporre strumenti punitivi diretti a tutelare interessi di rango comunitario, vuoi per owiare agli inconvenienti derivanti dalla disomogeneità delle discipline sanzionatorie nazionali – contengono disposizioni volte a stabilire non solo i fatti destinati ad essere perseguiti nei sistemi

Come anche di recente è stato sottolineato[g], lo stato di cose sin qui descritto comporta riflessi immediati sulla tecnica normativa utilizzata per perseguire le violazioni alla normativa agroalimentare prevista in testi comunitari. Limitatamente alle disposizioni contenute in regolamenti CE, tale tecnica si esprime nella necessaria separazione tra il precetto di fonte appunto comunitaria e la relativa sanzione penale di fonte nazionale. Da un lato infatti la sanzione penale non può essere contenuta nel testo comunitario; mentre dall'altro lato, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, il precetto comunitario non può essere «riprodotto», e dunque «nazionalizzato», da una fonte internal[0]. Se lo fosse, infatti, il precetto alla cui tutela risulta funzionale la norma sanzionatoria nazionale verrebbe sottratto all'interpretazione «centralizzata» della Corte di giustizia (art. 177 Tr. CE), con conseguente possibilità di una sua applicazione difforme all'interno dei Paesi della Comunità. In sostanza quindi – salve le puntualizzazioni effettuate *infra, sub* § 4 – per sanzionare penalmente le violazioni dei precetti contenuti nei regolamenti comunitari deve tendenzialmente farsi ricorso alla tecnica del rinvio[11].

---

degli Stati membri, ma anche la tipologia e persino l'entità delle sanzioni amministrative da irrogare agli autori dei fatti in questione. Gli atti comunitari idonei ad accogliere le disposizioni di questo tipo possono essere sia i regolamenti sia le cosiddette direttive d'armonizzazione di cui agli artt. 100 s. Tr. CE. In materia agro-alimentare, cfr., ad esempio, il regolamento CE n. 2262184 del 17 luglio 1984 in materia di «Misurespeciali nel settore dell'olio d'oliva», i cui artt. 2 e 3 impongono agli Stati membri di prevedere per talune violazioni del regime d'aiuto alla produzione, sanzioni pecuniarie con funzione dissuasiva proporzionali all'entità delle infrazioni stesse. Sull'attuale tendenza ad inserire «nei testi comunitari una serie non esigua di sanzioni amministrative, in particolare nei settori della politica agricola comunitaria))e sulla tipologia di tali sanzioni cfr., da ultimo, GALLIZIOLI, I controlli in materia agroalimentare dal punto di vista comunitario, Relazione presentata al seminario «Attuali prospettive del diritto penale agroalimentare», cit., p. 8 del testo dattiloscritto; nonché, amplius, GRASSO, Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 863 s.

9. Cfr. BERNASCONI, *L'incidenza* del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, in Indice pen., par. 2, in corso di pubblicazione.

10. Cfr., ad esempio, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69 (Bollmann), in Racc., 1970, p. 69; sent. 18 giugno 1970, causa 74/69 (Krohn), in Racc., 1970, p. 451; sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71 (Politi), in Racc., 1971, p. 1039; sent. 10 ottobre 1973, causa 34/73 (Variola), in Racc., 1973, p. 981; sent. 31 gennaio 1978, causa 94/77 (Zerbone), in Racc., 1978, p. 99 s. In senso conforme cfr., nella giurisprudenza costituzionale italiana, la sentenza 183/1973, che dal principio della diretta applicabilità dei regolamenti comunitari deduce «il divieto della loro riproduzione legislativa interna, la quale, misconoscendo la qualità tipica dei regolamenti, comporterebbe a carico delle fonti riproduttive la violazione di basilari disposizioni comunitarie, quali quelle di cui agli artt. 189.....e 177....» SORRENTINO, La Costituzione italiana di fronte *al* processo di integrazione europea, in Quaderni cost., 1993, p. 75.

11. Tecnica consistente appunto nell'indicare in una apposita norma le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione delle disposizioni richiamate dalla norma in questione. Per un'analisi della tecnica del rinvio nelle sue diverse forme

Pur in linea di principio assai diversa, l'integrazione tra diritto comunitario e diritto penale assume profili per certi aspetti analoghi anche nell'ambito delle direttive comunitarie. E ciò, a causa innanzitutto del carattere vieppiù dettagliato di queste ultime, e della prassi invalsa in taluni Stati – e innanzitutto in Italia – di dare loro attuazione nel diritto nazionale attraverso misure di mera «trasformazione»(anziché di vero e proprio «adattamento»)[12]. Un riflesso di tale prassi è rappresentato, appunto, dalla tendenza a colpire l'inottemperanza dei relativi precetti attraverso apposite clausole sanzionatorie poste di regola alla fine del testo di attuazione; clausole costruite sulla base di formule del tipo «la violazione delle disposizioni di cui ai precedenti articoli è punita con ...»[13] e via, a seguire, l'indicazione delle pene detentive e/o pecuniarie di volta in volta comminate dal legislatore nazionale[14].

Anche in relazione alle direttive, dunque, tanto il comando quanto la sanzione diretta a prevenirne e punirne le eventuali violazioni, sebbene riunificati all'interno dello stesso atto normativo, restano materialmente e geneticamente separati. Materialmente, in quanto precetto e sanzione risultano pur sempre contenuti in norme diverse; geneticamente, in quanto essi costituiscono il prodotto l'uno di una scelta di fonte comunitaria destinata a imporsi in modo uguale o comunque tendenzialmente omogeneo all'interno di tutti gli Stati membri; l'altra di una scelta puramente interna caratterizzata in linea di principio da un notevole margine di libertà, ancorché assoggettata a taluni limiti e vincoli di derivazione comunitaria sui quali si avrà modo di tornare nel prossimo paragrafo.

3. – La separazione in ambito agroalimentare tra un precetto «europeo» ed una sanzione nazionale, logico frutto dell'assenza di un diritto penale comunitario, comporta non pochi riflessi negativi: primo fra tutti la diversificazione da uno Stato all'altro della risposta sanzionatoria prevista in caso di violazione delle disposizioni stabilite dalla normativa comunita-

---

(rinvio generico, rinvio in blocco, rinvio a catena) e degli inconvenienti ad essa connessi cfr., in particolare, PALAZZO, *Tecnica legislativa e fomulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri,* in *Cass. pen.,* 1987, p. 243 s., e bibliografia ivi riportata.

12. Per taluni cenni in argomento cfr., volendo, BERNARDI, La *disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 1994, pp. 87-88.

13. Oppure: «Leviolazioni delle disposizioni previste agli artt. n. .... sono punite con...»

14. Tra le innumerevoli clausole sanzionatorie che corredano la normativa in materia agro-alimentare di derivazione comunitaria cfr., a titolo di esempio, l'art. 8 del d.P.R. 23 agosto 1982, n. 903 «Attuazionedella direttiva (CEE) n. 79/581 relativa alla indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori».

ria[15]. Si tratta di un difetto di coordinamento che appare tendenzialmente ineliminabile allo stato attuale del processo di costruzione europea[16], e sui cui riflessi non occorre insistere, risultando evidente come esso tenda a determinare alterazioni nel gioco della concorrenza tra imprese[17], e in particolari casi financo il sorgere di veri e propri «paradisi criminali», all'interno dei quali la realizzazione di talune forme di violazioni alle prescrizioni comunitarie finirebbe col risultare comunque vantaggiosa per l'estrema tenuità del cosiddetto rischio-pena rispetto al guadagno derivante dal fatto illecito.

Nel tentativo di eliminare quanto più possibile queste forme di sperequazione sanzionatoria, la Corte di giustizia ha, come noto, progressivamente sviluppato una giurisprudenza incentrata sulla lettura in chiave proporzionalistica e funzionalistica dell'art. 5 Tr. CE (e dei corrispettivi artt. 86 Tr. CECA e 192 Tr. Euratom). In particolare, la Corte ha affermato che, in base appunto al cosiddetto principio di fedeltà comunitaria, le sanzioni previste in caso di violazione della normativa europea devono avere carattere di effettività, proporzionalità e dissuasività, onde garantire il rispetto della disciplina supranazionale[18]. Pur consentendo di attenuare almeno in parte le differenze esistenti nell'ambito delle scelte punitive varate dai singoli Stati, appare tuttavia chiaro che questa soluzione giurisprudenziale

---

15. Cfr., già, PEDRAZZI, Il ravvicinamento delle legislazioni penali nellambito della Comunità economica europea, in Indice pen., 1967, p. 334 s.*; cfr. altresì, in generale e per tutti, GRASSO, Diritto penale dell~economiaenormativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali, in Riv. dir. intern. priv. proc., 1987, p. 251* s.

16. Tuttavia, per un esame dei meccanismi atti a favorire una armonizzazione sanzionatoria di livello comunitario cfr., volendo, BERNARDI, «Europeizzazione» del diritto penale commerciale?, in Riv. trim. dir, pen. econ., 1996, parr. da 14 a 17, in corso di pubblicazione.

17. Cfr., in particolare, BIANCONI, Legislazione penale e diritto comunitario, in Giust. pen., 1975, I, c. *237* s.*; DE* KEERSMAEKER*, Relazione sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale, presentata a nome della Commissione giuridica (Parlamento europeo, Documenti di seduta,* 1976-1977*, doc. 531/76, 2 febbraio* 1977*), in Riv. dir. europeo, 1977, p. 204; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 186* s.*; MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit.,* c. *61; SGUBBI,* voce *Diritto penale comunitario, cit., p. 101. Cfr. altresì, da ultimo, Commissione europea-Segretariato generale, Protezione degli interessi finanziari della Comunità. Analisi comparata delle relazioni presentate degli Stati membri sulle misure adottate a livello nazionale per lottare contro lo spreco e la distrazione delle risorse comunitarie, Bruxelles, 13 novembre 1995, in particolare* p. *23 (del testo dattiloscritto).*

18. Cfr., per tutti, BERNARDI, «Principi di diritto» e diritto penale europeo, cit., p. 195 s.*, e bibliografia ivi riportata; GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in Riv. int. dir. uomo, 1991, p. 633* s.*, con ulteriori riferimenti dottrinali e* giurisprudenziali*; nonché, da ultimo, BLANQUET, L'art. 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté, Paris, 1994, p. 54* s.

costituisce solo un palliativo all'assenza di una uniformità sanzionatoria a livello interstatuale nel settore qui considerato.

4. – Ma dall'assenza di un vero e proprio diritto penale comunitario (dall'assenza cioè di regolamenti, e attualmente anche di direttive[19], che non si limitino ad indicare i comportamenti da tenere, ma prevedano anche le sanzioni penali da applicarsi in caso di violazione) non derivano inconvenienti solo sotto il profilo di una carente armonizzazione penale tra gli Stati limitatamente ai reati di derivazione comunitaria.

In realtà, dall'assenza di un siffatto sistema penale sovrastatuale derivano effetti negativi anche su scala meramente nazionale; effetti che consistono (o che possono consistere) *nella incontrollabile moltiplicazione delle nome penali all'interno di ogni Stato,* nonché, conseguentemente, *nella crescente incertezza circa le fattispecie applicabili ai singoli comportamenti vietati e nella tendenziale sproporzione delle conseguenze punitive ricollegate a fatti analoghi.*

In linea di principio, occorre osservare che l'esigenza di tutelare i numerosi precetti di fonte comunitaria annualmente immessi nel sistema giuridico dello Stato potrebbe in linea teorica non tradursi affatto in una frenetica moltiplicazione delle fattispecie penali interne. Ed infatti, nulla esclude che tali precetti risultino già tutelati a sufficienza attraverso talune norme penali a carattere generale ad essi preesistenti, e pertanto non abbiano bisogno di essere corredati di apposite norme sanzionatorie; così come nulla esclude che in mancanza di fattispecie preesistenti, per la salvaguardia dei suddetti precetti possano essere varate poche norme sanzionatorie dotate di un ampio spettro applicativo, purché costruite in modo da non costituire la riproduzione nel diritto interno dei precetti in questione.

Tuttavia, la prassi sanzionatoria italiana relativa ai precetti di fonte «europea» rivela – specialmente ma non solo in materia agroalimentare – la tendenza a privilegiare l'impiego di fattispecie punitive specificamente fi-

---

19. In merito all'eventuale legittimità di direttive comunitarie a carattere penale cfr., in particolare, BERNARDI, «*Principi* di *diritto*», cit., p. 163 s. e bibliografia ivi riportata; DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale, cit., p. 987; ID., Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* cit., p. 58 s., e relativa bibliografia; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 92 s. e p. 194 s., con ulteriori riferimenti bibliografici; PEDRAZZI, Il ravvicinamento, cit., p. 328 s. *Contra,* PATRONO, Diritto penale *dell'impresa* e interessi umani fondamentali, Padova, 1993, p. 154. Sul punto cfr. altresì, da ultimo e problematicamente: HUET, KOERING-JOULIN, Droit pénal international, Paris, 1994, p. 149, con ulteriori riferimenti bibliografici; VERVAELE, *Administrative* Sanctioning Powers of and in the *Comunity.* Tovards a *System* of European *Administrative* Sanctions?, in *Administrative* Law Application and *Enforcement* of *community* Law in the Netherlands, Deventer, 1994, p. 174. Resta comunque il fatto che sino ad oggi non è stata varata nessuna direttiva la quale preveda sanzioni di tipo penale.

nalizzate a prevenire e punire singoli e ben precisi illeciti «comunitari»,e dunque caratterizzate da un ambito d'applicazione oltremodo circoscritto. Come sopra accennato, tali fattispecie risultano improntate alla *tecnica del rinvio* ovvero strutturate in forma di *clausole sanzionatorie.*

Il ricorso a tali tecniche sanzionatorie può essere invero spiegato alla luce di tutta una serie di ragioni, tra le quali in particolare:

a) la rapidità e la semplicità di redazione degli atti nonnativi improntati alle suddette tecniche sanzionatorie. Rapidità e semplicità che risultano preziose, sia in sede di attuazione delle direttive nel diritto nazionale, sia in sede di predisposizione delle norme penali funzionali alla tutela dei precetti regolamentari, e che consentono (o potrebbero consentire) di evitare quelle inadempienze e ritardi da parte dello Stato sanzionabili in ultima istanza dalla stessa Corte di giustizia *ex* artt. 169 ss. Tr. CE.

È evidente infatti che la creazione di norme penali di rinvio o di clausole sanzionatorie appositamente concepite in riferimento a ben determinate disposizioni comunitarie e inserite all'interno di un sistema punitivo nazionale lasciato, per il resto, formalmente inalterato, risulta essere compito assai più facile e rapido di quello consistente in un complessivo riesame del sistema sanzionatorio interno, in funzione di controllo dell'adeguatezza di quest'ultimo rispetto alla nuova normativa europea;

b) limitatamente ai regolamenti comunitari, *l'eliminazione in radice di ogni rischio di illecita riproduzione nel diritto interno del pvecetto comunitario,* e dunque di ogni rischio di sottrazione di quest'ultimo all'interpretazione della Corte di giustizia. Rischio questo connaturato alla creazione nel testo nazionale di apposite norme incriminatrici dotate di un precetto in misura maggiore o minore ricalcato sulla normativa comunitaria di fonte regolamentare;

c) assenza di ogni possibile «scollamento» tra i fatti vietati e le fattispecie astratte deputate a reprimerli. Tale scollamento, per contro, tende non di rado a riscontrarsi laddove i nuovi illeciti di creazione comunitaria risultino di fatto sanzionabili solo attraverso norme penali preesistenti ma di incerta applicabilità ai casi di specie[20]; ovvero allorché il compito di sanzionare i suddetti illeciti comunitari venga perseguito attraverso la riforma di talune fattispecie penali di cui viene dilatato artificiosamente l'ambito

---

20. Si pensi, ad esempio, al tentativo per lungo tempo effettuato (con alterni risultati) di utilizzare la norma in tema di truffa di cui all'art. 640 c.p. per sanzionare le ipotesi di frode comunitaria. Cfr., per tutti, PELISSERO, *Truffa* aggravata per *il* conseguimento di pubbliche forniture, in *Riv.* it. dir. proc. pen., 1991, pp. 938-939; ROMANO, Diritto penale in materia economica, *riforma* del codice, abuso di finanziamenti pubblici, in Comportamenti economici e legislazione penale, Milano, 1979, p. 213; MEZZETTI, La tutela penale degli interessi finanziari *dell'Unione* europea, Padova, 1994, p. 25.

d'applicazione, ma che mantengono purtuttavia l'originaria struttura, mal conciliantesi con la tutela dei nuovi interessi di rango europeo[21].

5. – Per quanto sin qui visto, i vantaggi connessi all'adozione della tecnica del rinvio e delle clausole sanzionatorie appaiono niente affatto trascurabili e oltremodo «attraenti» per un legislatore nazionale spesso favorevole alle soluzioni più semplici, e comunque sconcertato dai complessi problemi correlati ai fenomeni di integrazione tra diritto comunitario e diritto penale. Ma, come vedremo subito, la predisposizione di meccanismi sanzionatori così concepiti presenta anche palesi controindicazioni, che inducono a rimpiangere il mancato ricorso ad una normazione penale di tipo radicalmente antitetico, incentrata cioè su un numero circoscritto di fattispecie punitive (a carattere volta a volta penale o amministrativo) dotate di un ampio spettro d'applicazione, all'interno delle quali ricondurre la massima parte dei comportamenti realizzati in violazione della normativa agroalimentare di fonte sia nazionale che comunitaria.

In particolare, il ricorso privilegiato alla tecnica del rinvio e alle clausole sanzionatorie si presenta gravido di inconvenienti sotto il profilo sia del principio cosiddetto di *extrema ratio* dell'intervento penale (in base al quale devono essere perseguiti dalla legislazione penale solo i fatti di maggiore gravità, tenuto conto soprattutto del rango del bene giuridico aggredito nonché delle modalità della condotta offensiva) sia dei principi di certezza giuridica e di proporzione della pena. Si tratta di principi strettamente collegati tra loro, ma che tuttavia possono essere esaminati separatamente.

a) Sotto il profilo del principio di *extrema ratio,* va sottolineato che un sistema di tutela penale affidato non già ad un organico e razionale sistema di norme incriminatrici, ma a molteplici norme sanzionatorie di precetti extrapenali, per la sua stessa «elementarietà» e facilità di realizzazione da parte del legislatore favorisce una «penalizzazione a tappeto» di tutte le possibili violazioni; penalizzazione a tappeto che contrasta con la necessaria *frammentarietà* e *eccezionalità* dell'intervento penale. In altre parole, il ricorso alla tecnica del rinvio e alle clausole sanzionatorie induce il legislatore a non selezionare tra i diversi precetti extrapenali quelli davvero meritevoli di una sanzione criminale, determinando una iperutilizzazione della sanzione in questione (e di riflesso, come si avrà modo di precisare fra poco, favorendo l'appiattimento dei diversi coefficienti di disvalore insiti nelle singole violazioni).

---

21. Emblematici, sotto questo profilo, risultano gli artt. 316 bis (((Malversazione a danno dello Stato))) e 640 bis (((Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche))), che nonostante l'espresso inserimento delle Comunità europee tra i possibili soggetti passivi del reato, mal si prestano a reprimere le ipotesi di fraudolenta captazione di sovvenzioni comunitarie. Cfr., per tutti e da ultimo, SEMINARA, La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie *nell'ordinamento* italiano, in Riv. pen. *econ.,* 1994, p. 128 s.

b) Sotto il profilo della certezza giuridica, va rimarcato che le or ora citate tecniche sanzionatorie offrono al legislatore l'illusione di predisporre adeguate misure di difesa della normativa comunitaria secondaria di nuovo conio senza dover effettuare una previa ricognizione delle risorse punitive proprie dell'ordinamento, vale a dire senza dover operare un «mappaggio» delle norme incriminatrici preesistenti ed eventualmente utilizzabili in relazione ai nuovi comportamenti vietati in sede comunitaria (si pensi, ad esempio, alle norme incriminatrici a carattere generale previste dagli artt. 440, 442 e 444 c.p., in tema di sostanze adulterate, contraffatte o nocive, dagli artt. 640, 640 bis, 515 e 516 c.p. in tema di truffa e di frodi in commercio, nonché allo stesso art. 5 l. 30 aprile 1962, n. 283, volto a garantire la genuinità, integrità e purezza delle sostanze alimentari; ma si pensi anche alle fattispecie a carattere più circoscritto, quali ad esempio quella prevista all'art. 13, l. 283/1962)[22].

Questo inserimento «alla cieca» di nuove norme sanzionatorie determina inevitabilmente una progressiva «stratificazione» di fattispecie penali a carattere più o meno specifico in frequente rapporto di reciproca convergenza, reale o più spesso apparente. In molti casi il marasma che ne deriva sul piano normativo è tale da non poter essere risolto soddisfacentemente né attraverso il principio di successione temporale delle leggi penali, né attraverso il principio di specialità, né infine attraverso l'inserimento nelle nuove norme penali di apposite clausole di riserva (in base alle quali viene precisato che tali norme troveranno applicazione solo «se il fatto non costituisce diverso e più grave reato»)[23].

In tempi recentissimi, una indagine comparatistica anche a carattere empirico, condotta congiuntamente da due gruppi di ricerca delle Università di Ferrara e di Poitiers[24], ha confermato la rilevanza del fenomeno qui descritto. In relazione infatti a tutta una serie di ipotesi-campione relative

---

22. Tuttavia, circa gli attuali dubbi sulla perdurante vigenza di quest'ultima fattispecie cfr., da ultimo, PICCININO, *Di alcuni problemi interpretativi del sistema normativo alimentare tuttora insoluti, per i quali si è auspicato un sollecito intervento legislativo o quantomeno amministrativo,* Relazione presentata al seminario «Attuali prospettive del dirtto penale agroalimentare», cit., pp. 6-7 del testo dattiloscritto.

23. Come noto, il ricorso alle clausole di riserva risulta frequentissimo anche all'interno delle norme che prevedono sanzioni amministrative. Per una critica all'uso inflazionato in ambito agro-alimentare di formule di riserva penale (del tipo «Salvo che il fatto non costituisca reato»), in forza dell'argomento secondo cui tali formule «quasisempre comportano l'applicazione di, sia pur generiche, fattispecie penalistiche» cfr., da ultimo, CORRERA, *Diritto penale agroalimentare: prospettive di riforma in ottica comunitaria,* relazione svolta al Seminario ((Attuali prospettive del diritto penale agroalimentare», cit., p. 17 del testo dattiloscritto.

24. Cfr. «*Azienda agricola e diritto penale. Indagine comparatistica sulla disciplina francese e italiana in prospettiva comunitaria*», in corso di ultimazione. Tale ricerca è stata svolta nell'ambito del programma di cooperazione scientifica tra Italia e Francia denominato «Galileo».

ad illeciti in materia alimentare (quali ad esempio: la conservazione e/o somministrazione di prodotti avariati nei ristoranti, negozi e supermercati; le frodi sulla qualità dei formaggi, delle carni e degli insaccati; la produzione o vendita di prodotti trattati con anabolizzanti, ecc.) si è avuto modo di verificare come ciascuna di tali ipotesi-campione possa essere, e di fatto sia, perseguita in Italia sulla base di numerose fattispecie penali tra loro in dubbio rapporto di concorso reale o apparente, e per di più caratterizzate da ambiti di applicazione e livelli di gravità anche assai diversi; sulla base di fattispecie penali, dunque, votate ad essere utilizzate in modo sperequato e contraddittorio. Laddove per contro in Francia le medesime ipotesi-campione vengono punite facendo ricorso ad un numero estremamente circoscritto di fattispecie previste da un unico testo (il code de la *consommation*), nonchè caratterizzate da un ambito d'applicazione assai ampio e da pene astrattamente identiche, ma facilmente graduabili dai giudici in relazione alla effettiva gravità dei singoli casi concreti[25].

c) Infine, sotto il profilo della *proporzione* della pena, non può ignorarsi come la moltiplicazione all'infinito delle fattispecie penali in materia alimentare, unitamente alla mancanza di «memoria storica)) del legislatore italiano, e ai persistenti dubbi in merito ai criteri per valutare il carattere reale o apparente del concorso tra norme incriminatrici, favorisca l'irrogazione in relazione a fatti di analoga gravità di sanzioni penali assai differenti per tipo e quantità[26]. Ovvero, all'opposto, favorisca l'irrogazione di pene assai simili in relazione a fatti dotati di un coefficiente di disvalore assai diverso[27]; fenomeno questo, come accennato, particolarmente frequente ove vengano utilizzate forme di rinvio e clausole sanzionatorie a contenuto particolarmente ampio, o comunque tali da ricomprendere nel proprio ambito applicativo fatti connotati da un diverso coefficiente di disvalore.

6. – La difficile integrazione, in materia agroalimentare, tra diritto comunitario e diritto penale non si esprime solo, a livello interstatuale, nelle carenze di armonizzazione sanzionatoria causate dall'assenza di un diritto penale comunitario; nonché, a livello nazionale, nella ulteriore spinta alla polverizzazione della legislazione penale complementare, con le relative,

---

25. Cfr., in particolare e da ultimo, GIUDICELLI-DELAGE, ***Le*** droit pénal de *l'agroalimentaire* et le code de la *consommation,* Relazione svolta al seminario «Attuali prospettive del diritto penale agroalimentare», cit., p. 3 s. del testo dattiloscritto.

26. Cfr., specificamente, PADOVANI, *Geremiadi* su un «*codice* della legislazione alimentare)),in Riv. dir. *agr.,* 1992, I, p. 306; BERNARDI, Profili penalistici della *commercializzazione* dei prodotti agro-alimentari, in Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti, 1992, p. 242 s.

27. Cfr., ad esempio, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 245.

nefaste conseguenze rispetto ai principi di *extrema ratio, certezza legale* e *proporzione.*

E, invero, l'esame degli effetti derivanti in ambito penale dalla progressiva comunitarizzazione del diritto agroalimentare consente di evidenziare tutta una serie di ulteriori problemi a carattere anche assai complesso, rispetto ai quali allo stato attuale non sempre è possibile trovare soluzioni pienamente soddisfacenti. Il tutto, a riprova del fatto che la contemporanea sussistenza di due ordinamenti (comunitario e interno) tende comunque a sconvolgere equilibri da tempo consolidati, indipendentemente cioè dall'accoglimento a livello teorico della concezione volta a considerare tali ordinamenti entità distinte, seppur coordinate tra loro[28], ovvero entità confluenti in un unico sistema[29].

Senza poter qui entrare in dettaglio[30], ci si limiterà, a ricordare come il diritto comunitario si presti non solo a riplasmare le disposizioni penali nazionali attraverso differenti meccanismi di implementazione interpretativa[31] e di

---

28. Secondo la concezione «dualista» accolta, come noto, dalla nostra Corte costituzionale. Cfr., in particolare, Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98, in Giur. cost., 1965, p. 1322; sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in Giur. cost., 1973, p. 2401, con nota di BARILE, Il cammino comunitario della Corte; sent. 8 giugno 1984, n. 170, in Giur. cost., 1984, p. 1098.

29. Secondo la concezione «monista» accolta dalla Corte di Giustizia CE. Cfr., in particolare, sent. 15 luglio 1964, causa 6/64 (Costa), in Racc., 1964, p. 1127 s.; sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68 (Walt Wilhelm), in Racc., 1969, p. 1 s.; sent. 9 marzo 1978, causa 106/77 (Simmenthal), in Racc., 1978, p. 629 s. In dottrina cfr., per tutti, MONACO, Rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, in Manuale di diritto comunitario, a cura di E. Pennacchini, R. Monaco e L. Ferrari Bravo, coordinato da S. Puglisi, Torino, 1983, p. 253 s., e bibliografia ivi riportata.

30. Per più ampi svolgimenti, cfr. BERNARDI, Profili penalistici della *commercializzazione* dei prodotti agro-alimentari, cit., p. 245 s.; ID., La disciplina penale della produzione agricola e del mercato agro-alimentare, in Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario, a cura di L. Costato, Padova, 1994, p. 779 s.; ID. La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare, in Riv. trim. dir, pen. econ., 1994, p. 52 s.

31. Infatti, in virtù della presunzione di conformità della legge interna alla normativa comunitaria, «tra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità» Corte cost, sent. 170/1984, cit. Cfr. altresì, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sent. 13 febbraio 1990, causa C-106/89 (Marleasing), in Racc., 1990, p. I-4159, punto 8. Cfr. altresì, nello stesso senso, sent. 16 dicembre 1993, causa C-334/92 (Wagner Miret), in Racc., 1993, p. 1-6911. In argomento cfr., in particolare, SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, in *Dig.* disc. pen., vol. IV, Torino, 1990, p. 89 s.; nonché, da ultimo e per tutti, DANNECKER, *Strafrecht* der Europaischen *Gemeinschaft*, cit., p. 18 s., e bibliografia ivi riportata. L'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario non ha mancato di riflettersi sulla giurisprudenza italiana. Così, ad esempio, già alla fine degli anni '60, in una celebre sentenza concernente una frode comunitaria in tema di burro, la Corte di cassazione ha assimilato il diritto di prelievo comunitario al dazio d'importazione ai fini della configurazione del reato di contrabbando, in modo da non lasciar privi di tutela beni/interessi di rilievo comunitario (sent. 13 ottobre 1969, in Foro it., 1970, II, c. 57).

integrazione normativa[32], ma possa anche imporre la disapplicazione[33] totale o parziale di numerose fattispecie penali e amministrative.

Come noto, tali fenomeni costituiscono il prodotto dei principi di preminenza e diretta applicabilità del diritto comunitario, e del conseguente riconoscimento ai giudici nazionali ed agli stessi organi amministrativi del potere-dovere di interpretare il diritto interno conformemente al diritto comunitario e, ove ciò risulti impossibile, di non applicare la parte di norma (penale) in contrasto con il diritto comunitario, owero di paralizzare l'applicazione dell'intera norma (penale) nel caso in cui essa appaia nel suo complesso inconciliabile con la disciplina comunitaria[34].

Casi di disapplicazione di norme penali nazionali si sono avuti, ad esempio, con riferimento alle fattispecie volte a tutelare un regime nazionale di controllo dei prezzi rivelatosi incompatibile con un regolamento comunitario istitutivo di una organizzazione comune di mercato poggiante su un regime comune di prezzi[35].

Il più delle volte, tuttavia, l'inapplicabilità di taluni precetti penali in materia agroalimentare è stata riconosciuta in ragione del loro contrasto con il principio di libera circolazione dei prodotti di cui all'art. 30 Tr. CE, in base al quale, come noto, «sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura ad effetto equivalente».

E, invero, merita di essere sottolineato come, a seguito degli sviluppi interpretativi conferiti dalla Corte di giustizia a tale principio nell'ambito della giurisprudenza c.d. «Cassis de Dijon»[36] devono ritenersi inapplicabili

---

32. Cfr., per tutti, GRASSO, *Diritto* penale *dell'economia, normativa* comunitaria e coordinamento delle disposizioni *sanzionatorie* nazionali, in Riv. dir. internaz. *priv.* e proc., 1987, p. 227 s.; PEDRAZZI, Droit *communautaire* et droit *pénal* des Etats *membres,* in Droit *communautaire* et droit *pénal,* cit., p. 54 s.

33. Rectius, «non applicazione», secondo la puntualizzazione terminologica operata dalla Corte costituzionale, in particolare, nella sentenza 18 aprile 1991, n. 168 in Giur. cost., 1991, p. 1409 s., punto 4 della motivazione in diritto, con osservazione di SORRENTINO, Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili (p. 1418 s.).

34. Cfr., in particolare, Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in Giur. cost., 1984, I, p. 1098 s.; ID., 25 aprile 1985, n. 113, in Giur. cost., 1985, I, p. 694 s., nonché più recentemente, ID., 11 luglio 1989, n. 389, in Giur. cost., 1989, p. 1757 s., punto 4 della motivazione in diritto; ID., 14 giugno 1990, n. 285, in Giur. cost., 1990, p. 1780 s., punto 4 della motivazione in diritto; ID., 18 aprile 1991, n. 168, cit.; ID., 26 marzo 1993, n. 115, in Giur. cost., 1993, p. 983 s., punto 4 della motivazione in diritto.

35. Cfr., in particolare, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 275, con puntuali riferimenti giurisprudenziali; PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, p, 624.

36. Apertasi con le sentt. 11 luglio 1974, causa 8/74 (Dassonville), in Foro it., 1975, IV, c. 15 e 20 febbraio 1979, causa 120/78 (Rewe-Cassis de Dijon), in Racc., 1979, p. 649. In merito agli aspetti problematici e alle contraddizioni che tale giurisprudenza presenta cfr., per tutti, MATTERA, De *l'arrêt «Dassonville»* à *l'arrêt «Keck»: l'obscure* clarté d'une *jurisprudence* riche en principes novateurs et en contradictions, in Revue du *Marché* Unique européen, 1994, n. 1, p. 118; WAINWRIGHT, MELGAR,

le norme penali volte a tutelare tutte le «misure nazionali. (quali innanzitutto le regolamentazioni tecniche relative a singoli alimenti) che si traducono in «misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione», che cioè si rivelano idonee a favorire i prodotti interni rispetto a quelli importati dagli altri Paesi dell'Unione europea[37], o comunque atte ad ostacolare la libera circolazione dei prodotti. Ciò, quantomeno, salvo che la deroga al principio posto dall'art. 30 Tr. CE non sia dovuta a quei motivi, generici o specifici, elencati nell'art. 36 Tr. CE[38] o indicati in via esemplificativa nella succitata giurisprudenza «Cassis de Dijon»[39], e quindi ripresi nella comunicazione della Commissione CE 15 ottobre 1991[40] in tema di prodotti alimentari aventi caratteristiche qualitative particolari[41].

Bilan de l'article *30* après vingt ans de jurisprudence: de *Dassonville* à Keck et *Mithouard*, in Revue du Marché *commun* et de *l'Union* européenne, n. 381, 1994, p. 536; nonché, da ultimo, NOVI, Le misure di effetto equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente, in Giust. civ., 1995, II, p. 107 ss.

37. Cfr., per tutti, RIZ, *Diritto* penale e diritto comunitario, cit., p. 236 s., con puntuali riferimenti giurisprudenziali; CAPELLI, Libertà di circolazione delle merci nella CEE e legge tedesca di purezza della birra, in Dir. com. scambi *intern.*, 1987, p. 736 s., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

38. L'articolo in oggetto enumera, quali specifiche deroghe al principio di libera circolazione delle merci, i «motividi moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale»,Sul punto cfr., anche per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 286 s.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 218 s.

39. Sent. 20 febbraio 1979, cit., p. 662 «Gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti..... vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori)). Cfr. altresì le sent. 14 luglio 1981, causa 155/80, (Oebel), in Racc., 1981, p. 2006; 29 novembre 1983, causa 181/82, (Roussel), in Racc., 1983, p. 3849; 7 febbraio 1984, causa 238182, (Duphar), in Racc., 1984, p. 523; sent. 7 febbraio 1985, causa 240183, (ADBHU), in Racc., 1985, p. 531; 11 luglio 1985, causa 60 e 61184, (Cinéthèque), in Racc., 1985, 2605; 23 novembre 1989, causa 145/88, (Torfaen), in Racc., 1989, p. 3851; 28 febbraio 1991, causa 322189, (Marchandise), in Racc., 1991, p. I-1027; nonché, da ultimo, 14 luglio 1994, causa 17/93 (van der Veldt), in Diritto penale e processo, 1995, p. 107, con nota a cura di G. FLORA, Principio di libera circolazione e normativa sulle etichette: riflessi penali. In argomento cfr. in particolare, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, SGARBANTI, La libera circolazione dei prodotti *agroalimentari* e gli strumenti di protezione della qualità dei consumatori, in Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario, cit., p, 552 s.

40. Pubblicata in GUCE, n. C 270 del 15 ottobre 1991. Nello stesso senso cfr. già la risposta della Commissione all'interrogazione parlamentare n. 2307187 dell'on. Pol Mark (in GUCE, C9 del 15 gennaio 1990) circa la legittimità della legge greca che riserva il nome Feta solo ad un particolare tipo di formaggio.

41. Cfr. CAPELLI, Tutela giuridica dei prodotti alimentari tipici nel mercato unico, in Dir. com. scambi intern., 1991, p. 231 s.; ID., La libera circolazione, cit., p. 46 s.

7. – In sostanza, quindi, in base all'art. *30* Tr. CE le norme penali nazionali dirette a garantire il rispetto di particolari regolamentazioni tecniche previste dalla legge italiana debbono essere disapplicate qualora il giudice interno, confortato eventualmente dalle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia a seguito di rinvio pregiudiziale per l'interpretazione della normativa comunitaria (per l'interpretazione cioè dello stesso art. *30* Tr. CE), ritenga che tali norme penali, in quanto «misure di effetto equivalente)), siano in contrasto col principio di libera circolazione dei prodotti. Si afferma così il principio c.d. del «mutuo riconoscimento»[42] in base al quale «uno Stato membro non ha più il potere di limitare, all'interno del proprio territorio, la circolazione di un prodotto proveniente da altro Stato membro, non conforme alle proprie disposizioni interne, qualora il prodotto in questione fosse stato fabbricato o confezionato in conformità alle norme legittimamente in vigore all'interno del Paese di origine. [43].

Tuttavia, questo è il punto, la disapplicazione delle norme penali volte a colpire la violazione delle specifiche regolamentazioni nazionali a carattere tecnico relative ai singoli alimenti non agisce indistintamente nei confronti di tutti gli operatori economici, ma solo nei confronti di quelli che, volendo commercializzare in Italia un prodotto la cui produzione è consentita nel Paese CE d'origine e al contempo vietata in Italia in base ad una legislazione più restrittiva, possono invocare a loro favore il principio di libera circolazione di cui all'art. *30* Tr. CE. In altre parole, della disapplicazione della disciplina più severa e della relativa appendice sanzionatoria possono usufruire solo gli operatori degli altri Paesi membri, e non invece gli operatori situati nello Stato che prevede la suddetta disciplina più severa.

Ed ecco allora che, in virtù del principio di libera circolazione dei prodotti e del principio del mutuo riconoscimento, la normativa tecnica più restrittiva e le disposizioni sanzionatorie atte a garantirne il rispetto, restano operanti solo in relazione ai prodotti nazionali e ai relativi produttori, con conseguente configurazione nei confronti di questi ultimi, di una cosiddetta «discriminazione alla rovescia» rispetto ai produttori situati sul territorio degli altri Paesi CE. Così, ad esempio, posto che, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, «l'estensione ai prodotti importati di un divieto di vendere pasta prodotta con grano tenero o con miscela di grano tenero e di grano duro, come quello contenuto nella legge italiana sulle paste alimentari, è incompatibile con gli artt. *30* e *36* del Trattato.'', sem-

---

42. In relazione al quale cfr., per tutti, MATTERA, *L'article 30 du* Traité CEE, *la jurisprudence «Cassis de Dijon»* et le principe de *la* reconnoissance *mutuelle,* in Revue *du* Marché *Unique* Européen, 1992, 4, p. 13 s., e bibliografia ivi riportata e p. 67 S.

43. CAPELLI, La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo, in Dir. com. scambi *intern.,* 1993, p. 43.

44. Sentt. 14 luglio 1988, cause n. 407185 (Drei Glocken e Kritzinger) e n. 90186 (Zoni), in Racc., 1988, pp. 4233 e 4285.

brerebbe palese la disparità di trattamento «in negativo» riservata agli operatori italiani (*rectius,* a tutti gli operatori, italiani o stranieri, svolgenti la loro attività in Italia). Questi ultimi infatti risulterebbero i soli soggetti vincolati a immettere nel mercato italiano pasta alimentare esclusivamente di grano duro, restando invece i prodotti d'importazione ed i relativi produttori sottratti a tale obbligo[45]. Analogamente, poiché «gli artt. 30 e 36 del Trattato devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che vieta la messa in commercio di birre importate da un altro Stato membro, nel quale sono legalmente messe in commercio, se contengono un quantitativo di anidride solforosa superiore a 20 mg. per litro»[46], potrebbe apparire come una forma di odiosa differenziazione la disapplicazione in Italia della relativa disciplina punitiva nei confronti dei produttori stranieri intracomunitari, ma non anche nei confronti dei produttori italiani (o anche stranieri) che eventualmente producano sul territorio del nostro Paese lo stesso tipo di birra.

È appena il caso di sottolineare come il problema delle cosiddette «discriminazioni alla rovescia» sotteso all'art. 30 Tr. CE e alla giurisprudenza «Cassis de Dijon» sembrerebbe destinato ad assumere, di fatto, crescente rilevanza a seguito della realizzazione del mercato unico[47]; a seguito cioè dell'eliminazione di quelle «frontiere interne» che fino al 1992 fungevano da filtro all'accesso sul territorio dei singoli Stati CE dei prodotti comunitari sottratti ad una comune disciplina e assoggettati ad un regime meramente nazionale volto a stabilirne la composizione, la presentazione, ecc. E invero, la libera circolazione dei prodotti all'interno della Comunità potrebbe da un lato determinare un aumento davanti ai giudici nazionali di contenziosi derivanti da controlli effettuati su prodotti di altri Paesi comunitari[48] nei punti di vendita all'interno del territorio

---

45. Cfr., *amplius,* CAPELLI, È legittima la «*discriminazione* alla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta *alimentare* italiana, in Dir. com. scambi *intern.,* 1994, p. 422; ID., «*Yogourt* francese e pasta italiana» (due sentenze e una proposta di soluzione), in Dir, com. scambi *intern.,* 1988, p. 396 s.

46. Corte di giustizia, sent. 4 giugno 1992, cause riunite 13/91 e 113/91 (Debus), in Racc., 1992, I, p. 3617.

47. Cfr. ancora CAPELLI, I prodotti *agroalimentari* di qualità, cit., pp. 5-6.

48. Contenziosi prevedibilmente incentrati in prevalenza su un ricorso forzato all'art. 36 Tr. CE, ed essenzialmente all'esigenza imperativa della salute pubblica, in funzione di freno alla libera circolazione dei prodotti, Cfr,, da ultimo ed esemplificativamente, il ricorso pregiudiziale ex art. 177 Tr. CE del pretore di Pordenone (18 ottobre 1995, inedito) circa la compatibilità col diritto comunitario della l. 4 luglio 1967, n. 580, nella parte in cui vieta lo smercio di pane integrale speciale di tipo surgelato prodotto e messo in commercio in Francia, avente le seguenti caratteristiche: 1) un grado di umidità superiore alle percentuali di cui all'art. 16; 2) una percentuale di ceneri inferiore a quanto statuito dal disposto degli artt. 16 e 7 comma terzo; 3) l'ingrediente non consentito della crusca. E invero, l'eventualità (peraltro prevista dal pretore di Pordenone in via puramente ipotetica), che «Lo Stato italiano possa, in circostanze quali quelle descritte, legittimamente valersi

dello Stato[49], dall'altro lato moltiplicare i casi di «discriminazione» a danno dei produttori operanti sul territorio nazionale.

Del resto, la Corte di giustizia si è da sempre espressa nel senso della tendenziale legittimità delle discriminazioni alla rovescia[50], in particolare utilizzando in talune sentenze argomenti a carattere spiccatamente «economicistico». I giudici di Lussemburgo, infatti, nel consentire ai singoli Stati membri di disporre per taluni prodotti una regolamentazione nazionale più restrittiva vincolante per i soli operatori «nazionali»[51], hanno affermato che l'imposizione di più elevati standard qualitativi all'interno di singoli Paesi, persegue la legittima finalità di rendere il prodotto nazionale più appetibile per i consumatori[52]; o, se si preferisce, persegue «scopi di interesse generale come la promozione della qualità..... nell'interesse dei consumatori»[53]. In ogni caso, il risultato derivante dall'esistenza della norma-

---

della deroga prevista dall'art. 36 Trattato CEE, ai fini di tutela della salute pubblica» sembrerebbe smentita: a) dall'attestazione del laboratorio interregionale di Marsiglia, secondo la quale il pane in questione «è un prodotto di buona qualità, sano, adatto al consumo umano» (certificato del 7 febbraio 1992); b) dalla recente giurisprudenza della stessa Corte di giustizia (cfr. la succitata sent. 14 luglio 1994, causa C-17/93), secondo la quale «Costituisceuna misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ai sensi dell'art. 30 del Trattato CEE l'applicazione d'interno di uno Stato membro di una legislazione che vieta la commercializzazione del pane e di altri generi di panetteria legalmente prodotti e commercializzati in un altro Stato membro, la cui percentuale di sale, calcolata sulla materia secca, supera il limite massimo del 2%. Una regolamentazione come quella chiamata in causa, è suscettibile di ostacolare lo scambio tra Stati membri e non può quindi essere giustificata, in base all'art. 36 del trattato CEE, da motivi di tutela della salute pubblica».

49. Sulla libera circolazione dei prodotti alimentari successiva all'instaurazione del mercato interno cfr. in generale e per tutti, GALLIZIOLI, Profili generali della legislazione comunitaria del settore veterinario e dei prodotti alimentari in materia di controllo igienico-sanitario nel mercato interno, in Diritti fondamentali, qualità dei prodotti agricoli e tutela del consumatore, Atti delle VI Giornate carnerti di diritto agrario comunitario, a cura di E. Capizzano, Camerino, 1992-1993, p. 399 s.

50. Cfr., in particolare, sent. 7 febbraio 1979, causa 136178 (Auer), in Racc., 1979, p. 437; sent. 13 marzo 1979, causa 86/78 (Peureux), in Racc., 1979, p. 897; sent. 16 febbraio 1982, causa 204/80, in Racc., 1982, p. 465 (Procureur de la République c. Guy Vedel e altri), sent. 14 dicembre 1982, cause riunite, 314-316/81 e 83/82 (Waterkein), in Racc., 1982, pp. 4360-4361. Tuttavia, in senso tendenzialmente contrario alla legittimità delle discriminazioni alla rovescia, cfr. in particolare, le sentenze 7 febbraio 1979, causa 115/78 (Knoors), in Racc., 1979, p. 399 e 22 settembre 1983, causa 271182, (Auer) in Racc., 1983, p. 2727.

51. Cfr. Corte di giustizia, sentt. 14 luglio 1988, cause 407185 e 90186, citt., p. 4282, punto 25 e p. 4307, punto 25: «Il diritto comunitario non esige che il legislatore italiano abroghi la legge per quanto attiene ai produttori di pasta stabiliti sul territorio italiano».

52. Sent. 7 febbraio 1984, causa 237/82 (Jongeneel Kaas), in Racc., 1984, p. 483.

53. CAPELLI, *È* legittima la discriminazione *alla* rovescia, cit., p. 424.

tiva più restrittiva sarebbe quello non già di penalizzare, ma semmai di avvantaggiare i produttori tenuti al rispetto di essa[54].

Gli argomenti utilizzati dalla Corte di giustizia per riconoscere l'ammissibilità delle suddette discriminazioni alla rovescia sembrerebbero quindi tendenzialmente in linea con gli sviluppi conferiti in ambito comunitario al principio di uguaglianza. Infatti, sull'onda dell'insegnamento dei sistemi costituzionali più evoluti, l'interpretazione «comunitaria» del principio in questione porta ad ammettere il trattamento differenziato di situazioni analoghe, qualora tale trattamento si fondi su giustificazioni obiettive[55], quale appunto può essere la valorizzazione a livello nazionale della qualità.

8. – La riconosciuta legittimità comunitaria dell'applicazione ai soli produttori operanti all'interno dello Stato delle norme nazionali a carattere restrittivo dirette a garantire la qualità di taluni prodotti non sembra tuttavia dover comportare, necessariamente, il riconoscimento della legittimità costituzionale di un siffatto uso «selettivo» delle norme in questione. Inoltre, l'ammissibilità o meno di siffatte discriminazioni può essere decisa sulla base di considerazioni oltremodo complesse e tutt'altro che pacifiche[56], con conseguente rischio di contrasti da un sistema all'altro, se non addirittura all'interno di uno stesso sistema.

Nell'ambito del problema qui dibattuto una cosa appare comunque certa: l'eventuale affermazione dell'illegittimità delle discriminazioni alla rovescia in ambito nazionale non si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza comunitaria, posto che quest'ultima per l'appunto ammette, ma non im***pone,*** l'applicabilità ai soli produttori operanti sul territorio dello Stato di quelle norme nazionali «più restrittive» che il diritto comunitario viene a paralizzare in relazione ai restanti produttori dell'Unione europea.

A livello nazionale, la questione relativa alla legittimità delle «discriminazioni alla rovescia,, è stata affrontata a più riprese dai giudici francesi, con soluzioni in un primo tempo contrapposte. Successivamente, la Corte

---

54. Sentt. 14 luglio 1988, cause 407185 e 90186, citt., p. 4282, punto 27 e p. 4307, punto 27: «Occorre osservare infine che l'andamento della situazione sui mercati d'esportazione dimostra che la concorrenza attraverso la qualità va a vantaggio del grano duro. Infatti, dai dati statistici forniti alla Corte risulta che la quota di mercato occupata dalla pasta prodotta esclusivamente con grano duro in altri Stati membri, dove subisce sin d'ora la concorrenza delle paste prodotte con grano tenero o con miscele di grano tenero e di grano duro, aumenta continuamente. I timori del governo italiano quanto alla scomparsa della coltura del grano duro sono pertanto infondati».

55. Cfr., in particolare, sent. 8 giugno 1989, causa 167/88 (Association générale des producteurs de blé), in Racc., 1989, p. 1653, punto 23.

56. Cfr., ad esempio, le conclusioni di Genevois nella causa Syndacat national des fabricants des *spiritueux consommés* à Zeau, *Conseil d'Etat, Assémblee,* 27 luglio 1979, in Actualité *juridique* - droit *administratif,* novembre 1979, p. 36.

di cassazione, intervenuta a dirimere il contrasto, ha optato per una soluzione che evitasse l'insorgere di siffatte discriminazioni. Senza nemmeno ricorrere alla procedura pregiudiziale *ex* art. 177 Tr. CE[57] e sulla base di una opinabile interpretazione «nazionale»degli effetti derivanti dal combinato disposto degli artt. 3 lett. f, 7 e 30 del Tr. CE sugli artt. L17 e L18 del *code des débits de boissons*, la suprema Corte francese ha infatti affermato che le contestate norme in tema di bevande alcoliche vanno disapplicate tutte le volte in cui esse finiscano col determinare «restrizioni discriminatorie»; e ciò indipendentemente dal fatto che tali discriminazioni concernano produttori stranieri ovvero anche produttori nazionali[58]. La soluzione è stata dunque assunta nel nome di una assoluta eguaglianza, che peraltro, ove applicata alle normative nazionali in tema di qualità dei prodotti, finirebbe col vanificare in radice ogni eventuale disposizione interna a carattere più restrittivo, e dunque presenterebbe il difetto di favorire un «appiattimento verso il basso. della regolamentazione tecnica in materia agroalimentare.

Il problema delle discriminazioni alla rovescia ha interessato anche la giurisprudenza italiana. In particolare, in tempi recenti, il pretore di Vicenza ha sollevato al riguardo questione di legittimità costituzionale, sostenendo che, in base alla suceitata sentenza della Corte di giustizia in tema di libertà di circolazione della pasta alimentare, i produttori italiani risulterebbero i soli vincolati alle regole più restrittive proprie della nostra legislazione, con conseguente sospetta violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Ancorché dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale sulla base di complesse argomentazioni d'ordine essenzialmente processuale[59], la questione merita ugualmente d'essere presa in esame. Anche perché, come sopra detto, grazie soprattutto alla realizzazione del mercato unico (e complice anche il non modesto numero di prodotti tuttora privi di un'apposita disciplina comunitaria), tale questione potrebbe riproporsi con una certa frequenza. Senza contare che, in taluni casi, persino i prodotti tradizionalmente elevati a esempio di una regolamentazione comunitaria a carattere integrale potrebbero costituire oggetto di «discriminazioni alla rovescia),.

---

57. Al riguardo cfr., criticamente, BIANCARELLI, MAIDANI, *L'incidence du* droit *communautaire* sur *le* droit pénal des Etats *membres,* in Revue de science *criminelle* et de droit pénal *comparé,* 1984, p. 250; nonché ISAAC, *Observations* – la *condamnation du* régime *français* de pubiicité pour les boissons *alcooliques,* in Rev. *trim. dr.* eur., 1983, pp. 471-472 e 481 s.

58. Sent. 16 luglio 1983, Procureur Général prés la Cour d'Appel de Grenoble, c. Cambournac, in Jurisclasseur Périodique, 1983, II, n. 20044; sent. 16 luglio 1983, Rossi di Montelera, in *Jurisclasseur* Périodique, 1983, II, n. 20044; sent. 16 luglio 1983, Comité National de défense contre l'alcoolisme c. Rossi di Montelera e altri, in Rev. *trim.* dr. eur., 1983, p. 283.

59. Cfr. sent. 26 gennaio 1994, n. 27, in Dir. com. scambi *intern.,* 1994, pp. 419-420.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina del vino, la quale pur risultando interamente comunitarizzata[60], presenta elementi di diversificazione da uno Stato all'altro per quanto concerne l'aggiunta di zucchero consentita per l'aumento della gradazione alcoolica. Tant'è che il produttore vinicolo italiano non può operare quelle aggiunte di zucchero viceversa consentite, entro certi limiti, ai produttori di taluni altri Stati della Comunità[61].

Stabilita quindi l'importanza della questione in oggetto, occorre però subito sottolineare come, con ogni probabilità, le cosiddette discriminazioni alla rovescia *ex* art. 30 Tr. CE non possano considerarsi in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e di libera iniziativa privata, così come sviluppati all'interno del nostro sistema. Infatti, con riferimento all'art. 3 Cost., è da ritenersi improbabile il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale di una norma che si limita a vietare *tanto ai cittadini italiani quanto a quelli degli altri Paesi della Comunità*, di produrre *sul territorio dello Stato* bevande o sostanze alimentari non rispettose dei parametri tecnici imposti dalla nostra legislazione[62]. Ché anzi, l'applicabilità a entrambe le categorie di soggetti (ormai peraltro unificate a livello comunitario nel segno della cittadinanza europea)[63] delle regole tecniche più severe vigenti all'interno del territorio nazionale sembrerebbe costituire, per l'appunto, espressione del generale principio costituzionale di eguaglianza, la cui portata come noto si estende anche ai soggetti stranieri, con la sola eccezione dei casi in cui il requisito della cittadinanza italiana si ponga come ragionevole criterio di distinzione[64].

Tanto più che il principio di eguaglianza risulta riaffermato anche nell'ipotesi opposta: nell'ipotesi cioè in cui il produttore svolga la propria attività al di fuori del territorio del nostro Stato. In tal caso infatti tale soggetto, sia esso italiano ovvero di altro Stato membro, potrà vendere in Italia i generi da lui stesso prodotti sulla base della regolamentazione «più lassista» propria del Paese ove lo stabilimento ha sede (ferme restando, naturalmente, le summenzionate eccezioni previste dall'art. 36 Tr. CE e dalla giurisprudenza «Cassis de Dijon»).

---

60. Cfr. CAPELLI, I prodotti agro-alimentari di qualità, cit., pp. 7-8 del testo dattiloscritto.

61. Cfr. CAPELLI, È legittima la «*discriminazione* alla rovescia., cit., p. 430.

62. Cfr. ancora CAPELLI, E legittima la «discriminazionealla rovescia», cit., p. 428.

63. Come noto, il Trattato di Maastricht (art. G lett. *c*) attribuisce a tutti i cittadini dei Paesi membri la cittadinanza europea, aggiuntiva rispetto a quella «nazionale». La cittadinanza europea comporta una serie di diritti (di circolazione, soggiorno, voto, tutela diplomatica e consolare da parte degli altri Stati membri, ecc.), oggetto di futuri possibili ampliamenti. Cfr., per tutti, ADAM, Prime riflessioni sulla cittadinanza *dell'Unione,* in Riv. dir. internaz., 1992, p. 622 s.; CLOSA, The Concept *of* Citizenship in the Treaty on European *Union,* in *Common* Market Law Review, 1992, p. 1137 s.; LIPPOLIS, La cittadinanza europea, in Quaderni cost., 1993, p. 113 s.; ID., La cittadinanza europea, Bologna, 1994.

64. Cfr., per tutte, Corte cost., sentt. 12011967, 215/1983, 49011988.

Per quanto sin qui visto, sembrerebbe di poter affermare che le forme di discriminazione derivanti dal soggiacere ad una regolamentazione tecnica nazionale più severa non si pongono in contrasto con gli attuali sviluppi del principio costituzionale di eguaglianza. Resta tuttavia da verificare se tali discriminazioni non siano prive di riflessi negativi sul piano economico, e in particolare non finiscano col ledere la libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

Nel senso della legittimità delle discriminazioni in questione sotto il profilo economico si è espressa, con dovizia di argomenti, una attenta dottrina; dottrina volta essenzialmente a sottolineare come il legislatore nazionale, attraverso l'introduzione e il mantenimento di regolamentazioni tecniche più severe, persegua l'obiettivo (peraltro raggiunto) di favorire la commercializzazione dei prodotti[65], e dunque altro non faccia se non porre in essere una programmazione costituzionalmente consentita dall'art. 41 comma 3 Cost., in quanto realizzata in prospettiva di indirizzo e coordinamento a fini sociali dell'attività economica[66]. Del resto, come in precedenza ricordato, la stessa Corte di giustizia[67] ha avuto modo di asserire che la concorrenza attraverso la qualità va di regola a vantaggio proprio dei prodotti chiamati a sottostare alla disciplina più severa[68].

Inserendosi quindi in una strategia di mercato finalizzata alla promozione di prodotti aventi caratteristiche superiori, le normative interne dirette a fissare *standards* qualitativi più elevati di quelli previsti in altri Paesi dell'Unione europea risultano improntate a criteri di razionalità che sembrerebbero porle al riparo da ogni accusa di «discriminazione»rilevante ai sensi dell'art. 41 Cost.

9. – A chiusura di queste brevi note dedicate a taluni problemi posti in ambito agroalimentare dalla difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale e, in particolare, al problema del diverso trattamento dei produttori italiani e stranieri *ex* art. 30 Tr. CE, due osservazioni si impongono:

a) Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio in materia

---

65. Cfr. CAPELLI, *È legittima la «discriminazione alla rovescia)),* cit., p. 426 s.

66. In argomento cfr., per tutti, SALERNO, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, *sub* art. 41, Padova, 1990, p. 292 s., e bibliografia ivi riportata.

67. Cfr. *supra, sub* nota 54.

68. In effetti, i più recenti studi economici dimostrano come la domanda di prodotti di qualità sia in continuo aumento. In proposito, è stato osservato che le relative «produzioni consentono di superare la stasi nella domanda dei prodotti agricoli e contribuiscono a tamponare il problema delle eccedenze agricole, rappresentando così un'occasione da non perdere per il mondo rurale» PETRELLI, *Qualità, politiche di qualità dei prodotti agricoli e principio di libera circolazione delle merci nel mercato comunitario,* in *Diritti fondamentali qualità de prodotti agricoli e tutela del consumatore,* Atti delle *VI* Giornate camerti di diritto agrario comunitario, cit., p. 91.

agroalimentare, ancorchè ormai reso ineludibile dall'attuale caos legislativo e interpretativo, risulta fortemente ostacolato dall'assenza di un vero e proprio sistema punitivo comunitario. In particolare, la mancata attribuzione alla Comunità di qualsivoglia competenza penale da un lato ha come conseguenza logica una almeno tendenziale disarmonia dei sistemi nazionali di tutela, sempre meno tollerabile in un settore ormai caratterizzato da un elevato livello di comunitarizzazione; dall'altro lato fa si che ogni progetto organico di riforma si trovi esposto a questioni di legalità difficilmente risolvibili in modo soddisfacente nella duplice prospettiva interna e comunitaria;

b) Con specifico riferimento al tema delle discriminazioni alla rovescia, il riconoscimento della loro presumibile legittimità al contempo comunitaria e costituzionale non comporta ovviamente la negazione della loro problematicità. È evidente infatti che il tema in questione pone a nudo talune contraddizioni connesse ad un processo di costruzione europea teso a perseguire un'unione sempre più stretta tra i Paesi della Comunità, ma al contempo a garantire il rispetto delle individualità nazionali.

Merita comunque di essere sottolineato come la ammissibilità delle discriminazione alla rovescia prese in esame in questa sede parrebbe oggi adombrata anche dal principio comunitario di sussidiarietà, introdotto come noto dal Trattato di Maastricht[69]. Principio il quale, pur nella sua persistente ambiguità[70], sembra muoversi in direzione antitetica a quella di un eccessivo accentramento dei poteri a livello comunitario, e dunque in sostanziale armonia con i mutamenti verificatisi nella politica comunitaria relativa alla qualità dei prodotti; sembra muoversi cioè nella direzione del riconoscimento agli Stati di poteri autonomi, utilizzabili nel nostro caso per imporre e mantenere sul proprio territorio regole tecniche di produzione a carattere più restrittivo.

---

69. L'art. 3B del Trattato stabilisce che: «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato.

Nei settori che sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, e a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario.

L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato».

70. In proposito cfr., ad esempio, CARETTI, *Il* principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale, in Quaderni cost., 1993, p. 8; DONY, L'ambigua sussidiarietà *nell'Unione* europea, in Dem. dir., 1994, n. 2-3, p. 397 s.; HOFMAN, *Il* principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento *dell'Unione* europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, p. 36 s.; POCAR, SECCHI, Il trattato di *Maastricht sull'Unione* europea, Milano, 1992, p. 4; SNYDER, «*Soft Law*» prassi istituzionale *nella* Comunità europea, in Dir. *soc.*, 1993, p. 83 s.; STROZZI, Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'integration européenne, une *enigme* et beaucoup *d'attentes*, in Rev. *trim dr.* eur., 1994, p. 273 s.

ABSTRACT

Il lavoro pone in luce come, in assenza di testi comunitari in materia alimentare contenenti sanzioni criminali, la tecnica normativa utilizzata per perseguire le violazioni di tali testi comporti, di regola, la separazione tra il precetto di fonte comunitaria e la sanzione di fonte nazionale. Dopo aver analizzato le conseguenze – positive ma soprattutto negative – connesse a tale tecnica normativa, il lavoro prende in esame il problema della disapplicazione delle norme penali in materia alimentare contrastanti con le fonti comunitarie, con particolare riferimento alle ipotesi di "discriminazione alla rovescia" prodotte dall'art. **30** del Trattato C.E.

The study shows that, in the absence of community laws including criminal sanctions on the theme of alimentation, the normative technique usually employed by the countries of the E.E.C. to punish those who violate these laws allows for a division between the precepts of European Law and the sanctions imposed by the Community members.

Having analysed both the positive and the negative consequences connected to such a normative technique (with greater emphasis on the negative aspects), the study examines the problem of the disapplication of criminal rules for alimentation which conflict with community sources, with particolar reference to the hypotheses of "reverse discrimination" produced in Art. **30** of the E.C. Treaty.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

ALESSANDRO BERNARDI

«EUROPEIZZAZIONE» DEL DIRITTO PENALE COMMERCIALE? (*)

Sommario

I. Il diritto penale tra tradizione statualistica e integrazione europea: 1. Mito e realtà nell'europeizzazione del diritto. - 2. Europeizzazione del diritto e diritto penale: tre profili d'indagine. - 3. Il ruolo del Consiglio d'Europa nel processo d'integrazione penale su base continentale. - 4. L'assenza di competenza penale delle Comunità europee e la conseguente scissione tra precetti comunitari e sanzioni nazionali. - 5. Il diritto comunitario e la sua attitudine alla armonizzazione interstatuale dei precetti penali. - 6. Il diritto comunitario e la sua vocazione al ((ravvicinamento» delle risposte sanzionatorie nazionali. - 7. La cooperazione intergovernativa in materia penale nell'ambito del «terzo pilastro» dell'Unione europea. – II. L'insufficiente livello di europeizzazione del diritto penale commerciale: 8. Costruzione comunitaria e armonizzazione punitiva: cenni preliminari. - 9. Il diritto commerciale tra disciplina comunitaria e tutela nazionale. - 10. Sulla «autonomia»e «autarchia» delle disposizioni penali poste a salvaguardia delle norme comunitarie. - 11. Le ragioni d'ordine funzionale sottese alla armonizzazione/unificazione del diritto penale commerciale. - 12. Integrazione sanzionatoria e principio di sussidiarietà. – III. Le prospettive di armonizzazione/unificazione del diritto penale commerciale: 13. Europeizzazione del diritto sanzionatorio e assetti politico-istituzionali.- 14. Le possibili soluzioni per una migliore armonizzazione/uniformazione punitiva all'interno delle Comunità: il ricorso alle sanzioni comunitarie. - 15. L'impiego di regolamenti e direttive d'armonizzazione punitiva. - 16. Il perfezionamento dei meccanismi di controllo delle sanzioni nazionali elaborati dalla Corte di giustizia. - 17. Il potenziamento degli strumenti comunitari di orientamento delle politiche criminali nazionali. - 18. Europeizzazione del diritto penale commerciale e ravvicinamento dei sistemi penali interni. - 19. Verso il superamento delle tradizioni penali nazionali?

(*) *Relazione svolta all'Università di Tilburg in occasione del Convegno su «The Unification of International Commercial Law through EC Directives and International Conventions» (2-4 aprile 1996). Versione italiana già pubblicata in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 1996, 1 ss.*

I. *Il diritto penale tra tradizione statualistica e integrazione europea*

1. – Sottoposte all'azione incessante e dinamica di unioni intergovernative di cooperazione (quali innanzitutto il Consiglio d'Europa) e di unioni sovranazionali di integrazione (CE, CECA, Euratom)[1], importanti branche del diritto stanno rapidamente perdendo il loro carattere «autarchico-nazionale» e, conseguentemente, le loro peculiarità di disciplina. Si assiste così al fenomeno di una pluralità di sistemi giuridici nazionali i quali, in molti settori, tendono ad una graduale armonizzazione su scala continentale e financo, talora, ad una unificazione del contenuto materiale delle rispettive norme. Il tutto, attraverso complessi processi di sostituzione del diritto «europeo» al diritto interno, di produzione di diritto interno in funzione di attuazione del diritto europeo, e prima ancora, più in generale, di incidenza di quest'ultimo sul diritto nazionale a livello di principi, di apporti giurisprudenziali, dottrinali e culturali in senso ampio[2].

Nella sua pluralità di significati, il termine *comunitarizzazione* è quello oggi prevalentemente utilizzato per esprimere questo insieme di complessi fenomeni evolutivi del diritto interno in chiave continentale. Forse, tuttavia, è il più ampio termine *europeizzazione* ad esprimere ancor meglio una fenomenologia che non risulta chiusa nella sola esperienza comunitaria, ma che trae linfa anche dall'azione svolta in campo giuridico dalle organizzazioni internazionali a carattere intergovernativo, quali appunto il Consiglio d'Europa e la stessa Unione europea, limitatamente ai settori di cooperazione concernenti la politica estera e la sicurezza comune, nonché la giustizia e gli affari interni.

Nonostante la crisi oggi attraversata dalle organizzazioni continentali[3], è verosimile ritenere che questo processo di comunitarizzazione/europeizzazione del diritto costituisca un dato irreversibile. A suo favore giocano, infatti, una molteplicità di fattori tra loro eterogenei ma accomunati nel decretare il superamento di ogni concezione «meramente statualistica» dell'ordinamento giuridico. Si pensi, in particolare, alla ormai acquisita consapevolezza di far parte di una «Comunità di diritto» contrassegnata dall'omogeneo sviluppo di valori e libertà fondamentali alla cui salvaguardia

---

1. Quanto all'Unione europea, essa deve considerarsi, in virtù dei differenti caratteri dei suoi tre pilastri (Comunità europee, Politica estera e sicurezza comune, Giustizia e affari interni), un'unione internazionale mista di integrazione e cooperazione. Cfr., da ultimo, PANEBIANCO, voce Unione europea, in Enc. giur. Treccani, vol. XXXIII, 1994, 2, e bibliografia ivi riportata a 7 ss.

2. Cfr. MARCHISIO, La comunitarizzazione dei diritti interni degli Stati membri delle Comunità europee, in Comunitarizzazione del diritto interno e diritto agrario regionale. Regime giuridico dei terreni forestali, Atti delle IV Giornate *camerti* di diritto agrario comunitario, 1990-1991, 27 ss.

3. Cfr., per tutti e con diversità d'accenti, GREMENTIERI, voce Consiglio d'Europa, in *Dig.* disc. pubbl., vol. III, Torino, 1989, 419; TESAURO, Diritto comunitario, Padova, 1995, 13 ss.

deve essere improntato tutto il sistema normativo. E si pensi anche, su un piano affatto diverso ma complementare, all'intensificazione degli scambi commerciali, favorita dal progresso tecnologico e sancita dall'attuazione del mercato interno in ambito europeo; mercato interno in vista della cui efficienza si rivela il più delle volte indispensabile l'armonizzazione se non addirittura l'unificazione delle regole di settore[4].

Sotto quest'ultimo, specifico profilo è indubbio che i campi giuridici investiti in modo diretto dal processo di europeizzazione sono il diritto dei contratti e, più in generale, il diritto privato dell'economia. E tuttavia, è evidente il progressivo ampliamento degli ambiti di intervento comunitario alla massima parte del diritto privato, nonché a quei settori del diritto pubblico direttamente attratti nella evoluzione in senso transnazionale della produzione e degli scambi[5].

Ma ormai, nel quadro di una più generale riscoperta «culturale» della dimensione continentale del diritto[6], il processo di europeizzazione sembra allargarsi a macchia d'olio, interessando (sia pure in modo diseguale) tutte le branche dell'ordinamento, nella prospettiva dell'affermazione di un diritto comune europeo dai confini peraltro oggi oltremodo incerti.

Si tratta, invero, di un processo talmente rapido da porre sovente in crisi

---

4. Cfr., da ultimo, GANDOLFI, Per la redazione di un «*codice* europeo dei contratti», in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1995, 1074. L'autore sottolinea l'assenza di reali alternative all'unificazione legislativa, quali potrebbero essere in particolare la giurisprudenza e la dottrina. Tuttavia, per un'alternativa all'unificazione legislativa cfr., ad esempio, FLESSNER, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, in Rabels *Z,* 1992, 244 ss.; KÖTZ, Alternativen *zur* legislatorischen Rechtsvereinheitlichung. Einfuhrende *Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991,* ivi, 216. Data la assoluta diversità dei presupposti politico-istituzionali, ritiene inconferente in prospettiva europea l'esperienza del mercato comune statunitense, dimostratosi capace di prosperare anche senza uniformità legislativa, PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE *sul* diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, 611.

5. Cfr., in particolare, TASSONI, Verso un diritto privato comunitario (panorama della disciplina comunitaria in tema di diritto privato), in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, 205 ss.

6. In argomento cfr., in generale e da ultimo, SANTINI, Nascita di una nuova disciplina: la «storia del diritto *europeo*» in Arch. giur., 1994, 185 ss. e bibliografia ivi riportata; SCHULZE, *Un* nouveau *domain* de recherche en *Allemagne: l'histoire du* droit européen, in Rev. hist. dr. *franç.* étr., 1992, 29 ss.; ID., Le droit privé *commun* européen, in Rev. int. dr. *comp.,* 1995, 7 ss. Cfr, altresì, per tutti, New Perspectives *for* a *Common* Law of Europe. *Nouvelles* perspectives *d'un* droit *commun* de *l'Europe,* a cura di M. Cappelletti, Firenze, 1978; L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, a cura di M. Cappelletti e A. Pizzorusso, Milano, 1982; ARNAUD, Pour une pensée juridique européenne, Paris, 1991 e bibliografia ivi riportata a 301 ss.; ROBINSON, FERGUS, GORDON, An Introduction to European *Legal History,* Abington, 1987; STEIN, I fondamenti del diritto europeo, Milano, 1987; STEIN, SHAND, I valori giuridici della civiltà occidentale, Milano, 1981.

gli organi nazionali di produzione della normativa di adattamento[7]; nonché, in una prospettiva diversa ma convergente, da superare la stessa capacità di apprendimento degli operatori del diritto non specializzati, con conseguente rischio di uno scollamento tra l'attività di creazione e quella di attuazione del diritto, cioè tra fonti legali e diritto vivente[8]. Per altro verso, l'esatta valutazione del livello di europeizzazione raggiunto nei singoli rami dell'ordinamento è poi ulteriormente ostacolata dalla estrema diversificazione delle tipologie normative in cui tale europeizzazione si esprime. È noto infatti che, data la molteplicità di atti (quali accordi, convenzioni, regolamenti, direttive, decisioni, pareri, raccomandazioni, proposte, programmi generali, comunicazioni, dichiarazioni, inviti, risoluzioni, accordi interistituzionali, dichiarazioni congiunte, azioni comuni, posizioni comuni, ecc.), per di più spesso caratterizzati da contenuti sostanziali in contraddizione con il relativo *nomen iuris,* risulta talora assai difficile valutare l'effettiva portata di ogni singolo documento e, in definitiva, il suo concreto significato.

Accade quindi che al fenomeno di integrazione europea «reale», realizzato essenzialmente attraverso le convenzioni a carattere regionale ratificate ed eseguite, nonché soprattutto attraverso il diritto comunitario primario e gli atti vincolanti di diritto derivato, si affianchi una integrazione europea «virtuale» d'impronta marcatamente federalista, adombrata da documenti oltremodo suggestivi, ma privi di effetti concreti. Ad esempio, nel tentativo di bruciare o quantomeno preparare le tappe di una costruzione europea affascinante quanto irta di ostacoli, le istituzioni comunitarie, dopo avere espresso nel 1989 la raccomandazione (ribadita nel 1994) di varare al più presto un «codice europeo di diritto privato. [9] hanno ora elaborato un progetto di Costituzione europea che vorrebbe ambiziosamente costituire l'atto fondatore di una nuova tappa nel processo di integrazione continentale [10], e che ovviamente imporrebbe la rimeditazione di tutte le tradizionali categorie giuridiche di matrice statualista.

---

7. Si pensi, ad esempio, ai ritardi con cui in molti Stati vengono adottate le misure di attuazione delle direttive comunitarie.

8. Sui concetti di positività-normazione e di positività-attuazione del diritto cfr., in generale e per tutti, Diritto positivo e positività del diritto, a cura di G. Zaccaria, Torino, 1991, passim.

9. Risoluzione 26 maggio 1989; risoluzione 6 maggio 1994. Sul punto cfr., per tutti, GANDOLFI, L'attualità del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea, in Riv. dir. civ., 1993, 415; KRONKE, Passato e presente dei codici civili europei, in Per i cinquant'anni del codice civile, a cura di M. Sesta, Milano, 1994, 503 ss.; ZENO ZENCOVICH, Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra «*contratti* commerciali» e «contratti dei consumatori»), in Giur. it., 1993, IV, c. 59; TILMANN, Zweiter Kodifikationsbeschlu des Europaischen *Parla*ments, in *ZEuP,* 1995, 534 ss.

10. In merito a tale progetto cfr., con varietà d'accenti, GARCIA DE ENTERRIA, *El* proyecto de *Constitución* europea, in Riv. dir. europ., 1994, 671 ss.; GOUAUD, Le *projet* de *Constitution européenne,* in Rev. *franç.* Dr. const., 22, 1995, 287 ss.

Pur così scisso tra i disdicevoli ritardi accumulati dalla prassi applicativa e le «folgoranti»anticipazioni contenute in fonti sovrastatuali a carattere metagiuridico, il processo di europeizzazione del diritto sembra procedere, almeno apparentemente, in modo inarrestabile. Tant'è che, anche al di fuori delle circoscritte aree del diritto maggiormente contraddistinte da fenomeni di unificazione o quantomeno di penetrante armonizzazione sovrastatuale, si sta acquisendo consapevolezza dell'inevitabile impatto delle fonti europee sugli ordinamenti nazionali. Così, in Italia una autorevole dottrina non solo si è ormai convinta della necessità di «ricostruire il nostro diritto privato come elemento del diritto privato europeo)),ma è giunta a ritenere probabile la regressione «delle Costituzioni nazionali ..... al rango di Statuti delle autonomie regionali»[11]. Come noto, anche il diritto amministrativo risulta coinvolto nel profondo dalle trasformazioni in atto su scala continentale, tanto che può ormai darsi per acquisito il fondamentale ruolo del diritto comunitario nel ravvicinamento dei relativi sistemi nazionali[12].

2. – Se dunque il processo di europeizzazione del diritto sembra ormai non limitarsi più ad interessare singoli, specifici ambiti normativi, per permeare di sé i sistemi giuridici nazionali nella loro interezza, appare opportuno soffermarsi sui riflessi assunti da tale processo in sede penale. Come noto, infatti, il diritto criminale costituisce con ogni probabilità il settore dell'ordinamento più di ogni altro impregnato del dogma della sovranità nazionale, e quindi rappresenta, per così dire, l'ultimo naturale baluardo all'attuale fenomeno di destatualizzazione del diritto.

---

11. GALGANO, Le esperienze transnazionali del giurista, in Dir. *soc.,* 1993, 128.

12. Cfr., per tutti e con varietà d'accenti, CASSESE, Il problema *della* convergenza dei diritti amministrativi: verso un *modello* amministrativo europeo?, in Riv, it. dir. pubbl. com., 1992, 23 ss.; ID., L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, 329 ss.; CHITI, Implicazioni amministrative della integrazione europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1992, 1175 ss.; ID., The *Role of* the European Court of Justice in the Development of *General* Principles and their Possible Codification, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, 669; DEBBASCH, *L'influence* du processus d'intégration communautaire sur les *administrations* nationales, in *L'Europe* et le droit. *Mélanges* en hommage à J. Boulouis, Paris, 1991, 113 ss.; KLEIN, *L'influenza* del diritto comunitario sul diritto amministrativo *degli* Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, 683 ss.; MARTÍNEZ LOPEZ-MUNIZ, Vers un droit administratif européen, in The *Common* Law of Europe and the Future of *Legal* Education, 1992, 149 ss.; PICOZZA, Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1992, 1209 ss.; RIVERO, Vers un droit européen: nouvelles perspectives en droit *administratif,* in New Perspectives for a Common Law of *Europe*, cit., 389 ss.; SCHWARZE, *Droit* administratif européen, Paris, 1994, in particolare 1530 ss. Cfr. altresì, da ultimo, Incidenza del diritto comunitario *sull'attività* della pubblica amministrazione, a cura del C.I.S.D.C.E.del Collegio Europeo di Parma, 1995, con ricchissimi riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali.

Il questa relazione mi prefiggo di trattare, sia pure in modo necessariamente sintetico e approssimativo, tre distinte questioni.

a) in che misura i sistemi penali (e *più* in generale i sistemi sanzionatori) nazionali risentano del generale processo di europeizzazione del diritto;

b) quanto l'attuale livello di europeizzazione del diritto penale (e del diritto punitivo in senso lato) si riveli adeguato, in rapporto alle esigenze di tutela proprie dei settori del diritto maggiormente soggetti ad *un'armonizzazione/* unificazione su scala continentale, e in particolare in rapporto *alle* esigenze di tutela proprie del diritto commerciale;

c) quali siano le *future* prospettive di europeizzazione del diritto penale, specie nel settore commerciale.

a) Per quanto concerne la prima questione, cercherò di evidenziare come la concezione tradizionale tendente a ritenere il diritto penale impermeabile al processo di europeizzazione del diritto risulti in parte destituita di fondamento. In particolare, cercherò di porre in luce come i sistemi penali dei Paesi dell'Europa occidentale tendano ad armonizzare progressivamente i loro principi generali in tema di diritti fondamentali. Con specifico riferimento all'incidenza del diritto comunitario sugli ordinamenti penali nazionali, mi prefiggo inoltre di sottolineare come, nonostante la persistente assenza di competenza penale delle Comunità, queste ultime esercitino una evidente influenza sul diritto penale a livello sia di precetti sia di sanzioni.

b) Per quanto concerne la seconda questione, è mio intento rimarcare come, in relazione ai settori del diritto più fortemente uniformizzati su scala europea, e innanzitutto in relazione al diritto commerciale, il grado di armonizzazione interstatuale raggiunto dalle rispettive discipline sanzionatorie nazionali si riveli ancora largamente insufficiente, e come da ciò discendano inconvenienti di ogni tipo. È altresì mio intento evidenziare come dalla progressiva creazione di beni/interessi comunitari e di regole comuni ai diversi ordinamenti statuali discenda, quasi automaticamente, l'esigenza logica di prevedere una disciplina sanzionatoria quanto più possibile omogenea; esigenza del resto, come vedremo, già oggi adombrata dal principio comunitario di adeguatezza/proporzione delle risposte punitive.

c) Per quanto concerne la terza questione, è mio intento dimostrare che l'eventuale mantenimento della competenza penale in capo ai soli Paesi membri (e dunque la mancata estensione di tale competenza alle Comunità europee) non risulti affatto preclusiva di ulteriori processi di armonizzazione e unificazione della disciplina sanzionatoria in prospettiva interstatuale: processi, questi, da perseguirsi a livello intergovernativo e/o comunitario, ovvero anche attraverso forme di spontaneo ravvicinamento favorite dall'azione dei legislatori interni e della dottrina. Per altro verso, mi prefiggo di ribadire come la creazione di un vero e proprio diritto penale comunitario a carattere settoriale o addirittura a carattere generale – pur sotto molti aspetti auspicabile – postuli un'ulteriore evoluzione delle istituzioni comunitarie, capace innanzitutto d'innalzare il livello di democraticità dei relativi organi legislativi.

3. – Passando dunque all'esame dell'incidenza in ambito penale del generale fenomeno di europeizzazione del diritto, occorre sottolineare come si riveli solo parzialmente fondata la tesi secondo la quale la materia criminale risulti refrattaria al fenomeno in questione. La tesi secondo la quale, cioè, gli eventuali processi di armonizzazione interstatuale in tale materia sarebbero da ascrivere, tutt'al più, al progressivo ravvicinamento del clima socio-politico riscontrabile nei singoli Paesi ovvero, sotto un diverso e complementare profilo, all'attività comparatistica e al finitimo movimento internazionale di riforma penale.

Infatti, un attento esame dell'evoluzione in ambito continentale del diritto criminale consente di evidenziare come quest'ultimo manifesti una sia pur limitata tendenza alla transnazionalizzazione, dovuta all'attività delle principali organizzazioni a carattere continentale.

In particolare, se si volge lo sguardo all'attività del Consiglio d'Europa, ci si accorge come tale Organizzazione presenti una cospicua produzione giuridica in materia penale. Più precisamente, i tipi di intervento dell'Organizzazione in questione spaziano dalla creazione di strumenti giuridici di cooperazione internazionale ricchi di norme penali a carattere sia processuale che sostanziale [13], al varo di atti miranti a imporre o suggerire l'armonizzazione e financo l'unificazione delle normative penali nazionali concernenti specifici fenomeni criminali di rilievo europeo [14]. In definitiva, quindi, la produzione giuridica del Consiglio d'Europa in materia penale, prevede forme di collaborazione tra le autorità nazionali dei vari Paesi, e di più o meno intensa armonizzazione dei relativi sistemi penali [15].

Sempre nel quadro dell'attività del Consiglio d'Europa, rilievo affatto speciale assume poi la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma nel 1950 e progressivamente integrata attraverso protocolli addizionali di estrema rilevanza. Si tratta, come noto, di un testo caratterizzato da un gran numero di principi riguardanti, direttamente o indirettamente, il diritto penale sostanziale e processuale [16]; principi, per vero, il più delle

---

13. Si pensi, ad esempio, alla Convenzione europea di estradizione del 1957; alla Convenzione per la sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione del 1964; alla Convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970.

14. Si pensi, ad esempio, alla Convenzione sulla protezione del patrimonio archeologico del 1969; alla Risoluzione sugli aspetti penali dell'abuso di droghe del 1973; alla Raccomandazione sulla criminalità degli affari del 1981.

15. Cfr., per tutti, PALAZZO, L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, 633 ss.; DE GOUTTES, *Vers* un *droit pénal* européen, in *Rev. sc. crim.*, 1993, 648 ss.

16. In particolare, di rilievo penale risultano l'art. 2 sul diritto alla vita, l'art. 3 sul divieto della tortura e delle pene inumane o degradanti, l'art. 4 sulla proibizione della schiavitù, l'art. 5 sulla tutela della libertà personale, l'art. 6 sulle garanzie processuali, l'art. 7 sul principio di legalità, l'art. 8 sulla tutela della vita privata, l'art. 9 sulla libertà di pensiero, coscienza e religione, l'art. 10 sulla libertà di

volte già previsti dalle Costituzioni o dalle legislazioni degli Stati contraenti, ma che nella Convenzione europea assumono un contenuto non di rado più dettagliato e dunque tendenzialmente più vincolante per il legislatore nazionale e per l'interprete.

L'attitudine della Convenzione europea e dei principi in essa sanciti all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali è dovuta, essenzialmente, ai seguenti fattori:

a) la Convenzione europea presenta, di regola, rango sovraordinato rispetto alla legislazione nazionale[17], o quantomeno si caratterizza per una particolare resistenza rispetto ai successivi atti normativi;

b) il rispetto dei principi sanciti dalla Convenzione forma oggetto di un controllo centralizzato, in particolare da parte della Commissione e della Corte dei diritti dell'uomo; controllo il quale può essere provocato anche da singoli individui che si ritengano vittime di una violazione;

c) il controllo da parte degli organi della Convenzione concerne non solo e non tanto la normativa dei Paesi contraenti[18], quanto essenzialmente gli effettivi comportamenti dei pubblici poteri nei singoli Stati;

d) l'elenco dei principi garantiti a livello convenzionale tende ad allungarsi a seguito del varo dei Protocolli Addizionali. Senza contare, poi, che tali principi sono interpretati evolutivamente da parte degli organi della Convenzione, anche sulla base delle tendenze recepite dagli ordinamenti più avanzati.

In definitiva, quindi, si può affermare che attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo viene creato un insieme di principi e diritti fondamentali condiviso da tutti i sistemi giuridici degli Stati contraenti. Si crea così un minimo denominatore comune di garanzie capace di costituire l'adeguato terreno per ulteriori sviluppi nel senso dell'armonizzazione e dell'unificazione penale[19]. Del resto, il significativo ruolo svolto dalla Con-

---

espressione, l'art. 11 sulla libertà di riunione e associazione, l'art. 14 sul divieto di discriminazioni, l'art. 1 del primo Protocollo addizionale sul diritto di proprietà, l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 4 sul divieto di privazione della libertà per mancato adempimento di un'obbligazione contrattuale, l'art. 4 del medesimo Protocollo sul divieto delle espulsioni collettive di stranieri, l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 6 sull'abolizione della pena di morte.

17. Sul rango della Convenzione europea nella gerarchia delle fonti nazionali, cfr., Raisonner *la* raison *d'état,* a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, Annexe 2, 506 ss.

18. Sul c. d. «controllo in *abstracto*» della normativa interna cfr., per tutti, VELU, ERGEC, La Convention européenne des droits de *l'homme,* Bruxelles, 1990, 1054, n. 1218.

19. Cfr., ad esempio, LABAYLE, *L'application* du *titre* VI du Traité *sur l'Union européenne* et *la* matière pénale, in Rev. sc. crim., 1995, 50 ss.

20. In merito all'influenza della Convenzione europea sulla legislazione degli Stati contraenti cfr., in generale, Raisonner *la* raison *d'état,* cit.; DRZEMCZEWSKI, European *Human* Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study, Oxford, 1983. Cfr. altresì, per tutti, BERNARDI, «Principi di *diritto*» e diritto penale

venzione europea nel ravvicinamento dei sistemi penali europei (e più in generale sui sistemi punitivi) è rivelato inconfutabilmente dall'esame delle riforme legislative occasionate nei singoli Stati vuoi dai procedimenti davanti agli organi di Strasburgo e dalle relative sentenze di condanna, vuoi dalla volontà di prevenire i suddetti procedimenti e condanne per violazione dei diritti dell'uomo [20].

4. – Appurato dunque che il Consiglio d'Europa, grazie soprattutto ma non solo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed ai relativi organi giurisdizionali, svolge una non trascurabile azione di ravvicinamento dei sistemi penali (e punitivo-amministrativi) dei Paesi membri, occorre ora concentrare l'attenzione sugli eventuali processi di europeizzazione del diritto criminale ascrivibili all'azione delle Comunità e dell'Unione europea.

A questo proposito, un primo dato salta agli occhi: nonostante la progressiva acquisizione di sempre nuove competenze da parte delle Comunità europee, gli Stati nazionali continuano a possedere un monopolio assoluto degli strumenti punitivi a carattere criminale [21].

Certamente, la mancata attribuzione di competenza penale alle Comunità trova la sua ragion d'essere in fortissimi argomenti d'ordine costituzionale, primo fra tutti l'esigenza che almeno la potestà penale – nella quale si esprimono le fondamentali scelte di valore della collettività e da cui dipende la stessa libertà personale dei cittadini – risulti sempre e comunque affidata ad organi dotati di una piena legittimazione democratica [22]. In que-

---

europeo, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* - Scienze giuridiche, vol. II, 1988, 131 ss.; BERNHARDT, The Convention and *Domestic* Law, in The European *System* for the Protection *of Human* Rights, a cura di R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston-London, 1993, 25 ss.; MASSIAS, *L'influence* des droits de *l'homme* sur *la politique criminelle* en Europe, in Arch. *pol. crim.*, n. 9, 1987, 22 ss.; RESS, Effets des *arrêts* de la Convention européenne des Droits de *l'Homme* en droit interne et pour les *tribunaux nationaux,* in Actes du *cinquième* colloque international sur la Convention européenne des droits de *l'homme,* Paris, 1982, 335 ss.

21. In merito alla problematica eccezione rappresentata, in particolare, dagli artt. 194 Tr. Euratom, 27 Statuto CE, 28 Statuto Euratom, 28 Statuto CECA, 5 reg. 28/62, 5 reg. 188164, 19 reg. 1468181, 10 reg. 1681194, 10 reg. 1831/94, i quali configurerebbero, secondo taluni, un diritto penale comunitario a livello embrionale, cfr., ad esempio, DANNECKER, Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* in Strafrechtscutwicklung in Europa, a cura di **A.** Eser e B. Huber, vol. 4.3, Freiburg im Breisgau, 1995, 34 ss., e bibliografia riportata a pag. 38-39; ID., *Armonizzazione* del diritto penale all'interno della Comunità europea, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, 963; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989, 129 ss.; SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, in *Dig.* disc. pen., vol. IV,, 1990, 98 ss.; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, 214 ss.

22. Cfr., per tutti, PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE *sul* diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, 613; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., 11; SALAZAR, Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia, in Cass. pen., 1992, m. 904, 1663 ss. In dottrina, si discute sulla ammissibilità di direttive comunitarie contenenti sanzioni

sta prospettiva, quindi, l'attribuzione di tale potestà ad organi comunitari ancor oggi caratterizzati da un evidente deficit democratico[23], costituirebbe una violazione del principio di legalità, che costituisce l'espressione di un diritto fondamentale sancito dalla massima parte delle Costituzioni nazionali e che, di riflesso, risulta recepito dallo stesso sistema comunitario[24].

---

penali. Cfr., in argomento, BERNARDI, «Principi di *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 163 ss. e bibliografia ivi riportata; DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale *all'interno* della Comunità europea, cit., 987; FORNASIER, Le pouvoir *repressif* des *Communautes* européennes et la protection de leurs *intérêts* financiers, in Rev. Marché *commun,* 1982, 413; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 92 ss. e 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Al di là delle soluzioni prospettabili in teoria, resta il fatto che, a tutt'oggi, non sono state adottate dagli organi comunitari direttive a carattere penale.

23. Sul problema del cosiddetto deficit democratico comunitario e sulle sue evoluzioni a seguito dell'Atto Unico Europeo e del Trattato di Maastricht esiste una letteratura sterminata. Cfr., tra gli altri, VILLANI, Il ((deficitdemocratico» nella formazione delle norme comunitarie, in Dir. com. scambi intem., 1992, 599 ss. e in Jus, 1994, 295 ss., e bibliografia ivi riportata; PIRIS, *Après* Maastricht, les institutions *communautaires sont-elles* plus efficaces, plus *démocratiques* et plus transparentes?, in Rev. *trim.* Dr. eur., 1994, 1 ss.

24. Cfr,, in particolare, il preambolo dell'Atto unico europeo nel quale viene affermata la volontà di «promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale)). Cfr., altresì, l'art. F.2. del Trattato sull'Unione europea, secondo cui «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario)).Sul tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario esiste ormai una bibliografia sterminata. In argomento cfr. già, fondamentalmente, PESCATORE, Les droits de *l'homme* et l'intégration européenne, in Cahier de droit européen, 1968, 629 ss. Cfr. altresì, per tutti e con ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, ((Principidi *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 177 ss.; CAPIZZANO, *Prospettive* sui diritti *fondamentali dell'uomo* e sul diritto agrario comunitario di *fronte* al trattato di Maastricht, in Dir. *soc.,* 1992, 659 ss.; CLAPHAM, *Human* Rights and the European *Community:* A Critica1 Ovewiew, in CASSESE, CLAPHAM, WEILER, European Union: the *Human* Rights Challenge, vol. I, Baden-Baden, 1990; COHEN JONATHAN, La Cour des *Communautés* européennes et les droits de *l'homme,* in Rev. Marché commun, 1978, 74 ss.; COPPEL O'NEILL, The European *Court of* Justice: taking Rights seriously? in *Common* Market Law Review, 1992, 669 ss.; DAUSES, La protection *des droits fondamentaux* dans lordre *juridique communautaire,* in Rev. *trim.* dr. eur., 1984, 401 ss.; GAIA, Aspetti problematici della tutela dei diritti *fondamentali nell'ordinamento* comunitario, in Riv. dir. int., 1988, 574 ss.; GRASSO, La protezione dei diritti *fondamentali nell'ordinamento* comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in Riv. int. dir. uomo, 1991, 617 ss. e bibliografia ivi riportata; GREMENTIERI, Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa, in Dir. com. scambi *intern.,* 1979, 5 ss.; HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche* Fragen *im Prozeß* der europaischen Einigung, in *EuGRZ,* 1992, 429 ss.; HETSCH, *Emergence* des valeurs *morales* dans la *jurispruden-*

A prescindere comunque dalle ragioni profonde ostative di una sia pur limitata competenza penale della Comunità, resta il fatto che tale stato di cose porta con sé conseguenze di rilievo, innanzitutto per quanto concerne la tecnica normativa utilizzabile al fine di perseguire le violazioni della normativa comunitaria. Tecnica che, quantomeno in relazione alle disposizioni contenute nei regolamenti comunitari, si esprime nella necessaria separazione tra i precetti ivi previsti e la sanzione penale di fonte nazionale. Da un lato, infatti, la sanzione penale, riservata alla competenza statuale, non può essere contenuta nel testo comunitario; mentre dall'altro lato, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, il precetto comunitario non può essere «riprodotto» e dunque «nazionalizzato», da una fonte interna[25]. Infatti, se così non fosse, il precetto comunitario, alla cui tutela risulta funzionale la norma sanzionatoria nazionale, verrebbe privato del requisito della diretta applicabilità, e inoltre verrebbe sottratto all'interpretazione «centralizzata» della Corte di giustizia *ex* art. 177 Tr. CE, con conseguente possibilità di una sua applicazione difforme all'interno dei Paesi della Comunità. In sostanza quindi – salva l'esistenza di norme penali a carattere generale capaci di offrire adeguata tutela ai precetti in questione – per sanzionare penalmente le violazioni delle disposizioni contenute nei regolamenti comunitari deve tendenzialmente farsi ricorso alla tecnica del rinvio; deve cioè farsi ricorso a norme sanzionatorie improntate a formule del tipo «le violazioni delle disposizioni contenute nel regolamento n. ... sono punite con ... (oppure, «in caso di violazione delle disposizioni contenute

---

ce de la C.J.C.E., in *Rev. trim.* dr. eur., 1982, 511 ss.; MARCOUX, Le concept de droits *fondamentaux* dans le droit de la *Communauté économique* européenne, in Rev. int. *dr. comp.*, 1983, 691 ss.; MANCINI, La tutela dei diritti *dell'uomo:* il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee, in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1989, 1 ss.; NERI, Le droit *communautaire* et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits *fondamentaux,* in Riv. dir. europ., 1989, n. 1-2, 81 ss.; ROSI, La tutela dei diritti fondamentali e l'integrazione comunitaria, in Temi romana, 1990, 105 ss.; TESAURO, I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Riv. int. dir. uomo, 1992, 426 ss.; TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, in Studi in onore di G. Sperduti, Milano, 1984, 715 ss.; VERGÈS, *Droits fondamentaux* de la personne et *principes généraux* du droit *communautaire,* in *L'Europe* et le droit, cit., 513 ss.

25. Cfr., ad esempio, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69 (Bollmann), in Racc., 1970, 69; sent. 18 giugno 1970, causa 74/69 (Krohn), in Racc., 1970, 451; sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71 (Politi), in Racc., 1971, 1039; sent. 10 ottobre 1973, causa 34/73 (Variola), in Racc., 1973, 981; sent. 31 gennaio 1978, causa 94/77 (Zerbone), in Racc., 1978, 99 ss. In senso conforme cfr., nella giurisprudenza costituzionale italiana, sent. 183/1973, che dal principio della diretta applicabilità dei regolamenti comunitari deduce «il divieto della loro riproduzione legislativa interna, la quale, misconoscendo la qualità tipica dei regolamenti, comporterebbe a carico delle fonti riproduttive la violazione di basilari disposizioni comunitarie, quali quelle di cui agli artt 189...e 177...» SORRENTINO, La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea, in Quaderni cost., 1993, 75.

agli artt. ... del regolamento n. ... è prevista la pena ...D), e via, a seguire, l'indicazione delle sanzioni detentive e/o pecuniarie applicabili[26].

Pur in linea di principio assai diversa, l'integrazione tra diritto comunitario e diritto penale nell'ambito delle direttive comunitarie assume di frequente profili per certi aspetti analoghi a quelli or ora descritti. E ciò, a causa innanzitutto del carattere vieppiù dettagliato delle direttive e della prassi invalsa in taluni Stati – e principalmente in Italia – di dare loro attuazione nel diritto nazionale attraverso misure di mera ~trasformazione» (anziché di vero e proprio «adattamento»); attraverso cioè meccanismi diretti semplicisticamente ad inserire tout *court* le direttive nel diritto interno, senza nessuna previa attività nazionale di effettivo adeguamento[27]. Un riflesso di tale prassi è rappresentato, appunto, dalla tendenza a colpire l'inottemperanza dei relativi precetti attraverso apposite clausole sanzionatorie poste di regola alla fine del testo di attuazione; clausole costruite sulla base della ben nota formula «la violazione delle disposizioni di cui ai precedenti articoli (oppure di cui agli artt. n. ...) è punita con ...» e, a seguire, l'indicazione delle pene detentive e/o pecuniarie di volta in volta comminate dal legislatore nazionale[28].

Anche in relazione alle direttive, dunque, tanto il comando quanto la sanzione diretta a prevenirne e punirne l'eventuale violazione, sebbene riunificati all'interno dello stesso testo normativo, restano materialmente e geneticamente separati. Materialmente, in quanto precetto e sanzione risultano pur sempre contenuti in norme diverse; geneticamente, in quanto essi costituiscono il prodotto l'uno di una scelta di fonte comunitaria destinata a imporsi in modo uguale o comunque tendenzialmente omogeneo all'interno di tutti gli Stati membri; l'altra di una scelta puramente interna caratterizzata in linea di principio da un notevole margine di libertà, ancorché assoggettata – come vedremo nel prosieguo della trattazione – a taluni limiti e vincoli di derivazione comunitaria.

---

26. Per un'analisi della tecnica del rinvio nelle sue diverse forme (rinvio generico, rinvio in blocco, rinvio a catena) e degli inconvenienti ad essa connessi cfr., in particolare, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri,* in *Cass. pen.,* 1987, *243* ss., e bibliografia ivi riportata.

27. Secondo una metodologia seguita, in particolare, in Germania. Metodologia che consente di amalgamare perfettamente le direttive al sistema giuridico tedesco, senza causare gli inconvenienti derivanti da un'eventuale attività di recezione meno meditata. Tuttavia, tale complessa attività di adattamento (che richiede non solo un adeguamento delle direttive al diritto interno, ma anche di quest'ultimo alle direttive), può favorire ritardi nell'opera di inserimento del diritto europeo nel diritto interno.

28. Tra le innumerevoli clausole sanzionatorie che corredano la normativa di derivazione comunitaria cfr., a titolo di esempio, l'art. 8 del d.P.R. 23 agosto 1982, n. 903 «Attuazionedella direttiva (CEE) n. 79/581 relativa alla indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori».

5. – Ad una prima e superficiale indagine il diritto penale sembrerebbe, quindi, restio a subire l'influenza armonizzatrice del diritto comunitario, confermando così la tesi, per lunghi anni maggioritaria, tendente a negare o comunque a sottovalutare i rapporti tra diritto comunitario e diritto penale[29]. In proposito, deve tuttavia essere subito sottolineato come tale tesi debba ritenersi definitivamente superata alla luce sia dei vieppiù approfonditi studi dottrinali in argomento sia della stessa giurisprudenza comunitaria e nazionale, i quali hanno evidenziato le diverse forme di incidenza del diritto comunitario sui sistemi penali (e più in generale sui sistemi punitivi) nazionali, nonché gli effetti di arrnonizzazione e financo di unificazione sanzionatoria da esso derivanti.

Al riguardo, occorre distinguere a seconda che tali effetti abbiano ad oggetto *le norme a contenuto precettivo* ovvero *le relative sanzioni.*

Per quanto concerne innanzitutto *i precetti penali,* in estrema sintesi sembra possibile affermare che l'influenza del diritto comunitario su di essi si esercita attraverso quattro differenti meccanismi.

a) In primo luogo, il diritto comunitario influisce sulla interpretazione delle norme incriminatrici. Come affermato infatti dalla Corte di giustizia[30] e ribadito, tra l'altro, dalla Corte costituzionale italiana[31] e dalla Corte di cassazione tedesca[32], fra le possibili interpretazioni dei testi normativi nazionali deve essere prescelta quella conforme alle esigenze del diritto comunitario.

Questa regola, che costituisce un corollario del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, vale anche per i precetti penali, dato che, come affermato dalla Corte di giustizia, d'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti»[33]. Tuttavia, tenuto conto del valore assunto in ambito penale dal principio di legalità, tale interpretazione conforme non deve tradursi in forme di procedimento analogico, così da portare alla creazione di un nuovo illecitd penale ovvero al peggioramento della rispo-

---

29. Cfr., al riguardo, BIANCARELLI, Les principes *généraux du* droit *communautaire* applicables en *matière* pénale, in Rev. sc. *crim.,* 1987, 131; BIANCARELLI, MAIDANI, *L'incidence* du droit *communautaire sur* le droit pénal des *Etats membres,* in Rev. sc. *crim.,* 1984, 225 ss.; FORNASIER, Le pouvoir répressif des *Communautés européennes* et la protection de *leurs intérêts financiers,* cit., 398 ss.

30. Sent. 4 febbraio 1988, causa 157/86 (Murphy), in Racc., 1988, 690. Cfr. altresì, sia pure con specifico riferimento alla legge adottata per l'attuazione di una direttiva, sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 e 76/83, citt., 1910-1911 e 1944.

31. Cfr. sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit.; nonché, nello stesso senso, Corte cost., sentt. 26 ottobre 1981, nn. 176 e 177, in Giur. cost., 1981, 1543 e 1564.

32. Cfr. *BGHSt,* 37, 174 ss.; BGH in *NStZ,* 1991,283. In dottrina cfr., per tutti, HÄBERLE, Aktuelle *Probleme* des deutschen *Föderalismus,* in Die Verwaltung 1991, 169 ss. THOMAS, Die Anwendung europaischen *materiellen* Rechts *im Strafverfahren,* in *NJW,* 1991, 2235.

33. Sent. 21 marzo 1972, causa 82/71 (Sail), in Racc., 1972, 119.

sta sanzionatoria correlata ad un fatto già commesso[34]. In definitiva, quindi, in materia penale il giudice è tenuto a fare un uso alquanto cauto del suo potere di interpretazione, applicando le singole norme incriminatrici solo nei casi in cui ciò sia possibile senza alterarne il dato letterale. In particolare, in tale materia dovranno essere senz'altro evitate quelle forme di interpretazione *contra* legem che viceversa, secondo una parte della dottrina, potrebbero essere talora ammesse in altri settori dell'ordinamento (ed innanzitutto nel settore commerciale), tenuto conto dell'esigenza di conformare il diritto interno al diritto comunitario[35].

b) In secondo luogo, il diritto comunitario tende in molti casi ad integrare le norme penali nazionali, armonizzandone di riflesso il contenuto in prospettiva europea. Ciò accade, in particolare, quando la norma incriminatrice nazionale si limiti a dettare disposizioni a carattere generale che sono o saranno specificate in chiave tecnica da testi comunitari, ovvero da leggi interne extrapenali o da regolamenti amministrativi di origine statale successivamente modificati o sostituiti da una regolamentazione comunitaria[36]. Un fenomeno di integrazione per molti aspetti simile si verifica nei casi in cui la norma incriminatrice nazionale contenga elementi «normativi» in varia misura influenzati dal diritto cornunitario; contenga cioè elementi il cui significato viene ricavato sulla base di norme comunitarie op-

---

34. BARAV, La plénitude de *compétence* du juge national en sa qualité de juge *communautaire,* cit., 8. Cfr., altresì, DANNECKER, Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* cit., 64; ZULEEG, Der Beitrag des Strafrechts *zur* Europaischen *Integration,* in Europaische Einigung und Europaisches Strafrecht, a cura di U. Sieber, Koln-Berlin-Bonn-Munchen, 1993, 41 ss. In una più generale prospettiva, sottolinea come i principi costituzionali in materia penale prevalgano sull'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario HUGGER, *Zur strafbarkeit*serweiternden *richtlinienkonformen* Auslegung deutscher Strafvorschriften, cit., 423.

35. Favorevoli, quantomeno in taluni casi, all'*interpretatio contra legem* a fini di attuazione del diritto comunitario, PRECHAL, *Directives* in European *Community* Law, Oxford, 1995, 228; SCHOCKWEILER, Les effets des directives dans les ordres juridiques *nationaux,* in Rev. Marché *Un.* Eur., 1995, n. 2, 15. Su posizioni tendenzialmente antitetiche cfr. tuttavia, tra gli altri, BLECKMANN, *Gemeinschaftsrechtliche Probleme* des *Entwurfs* des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, in BB, 1984, 1526; CURTIN, The Decentralised *Enforcement* of *Community* Law Rights. Judicial Snakes and Ladders, in Constitutional Adjudication in European Com*munity* and National Law, a cura di Curtin e O'Keeffe, Dublin, 1992, 40; HUGGER, *Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung* deutscher *Strafvorschriften,* in *NStZ,* 1993, 423 ss.; VAN GERVEN, *Bescherming* van *individuele* rechten op basis van *normatieve* aansprakelijkheid in het *Europese Gemeen*schapsrecht, in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1993, 10.

36. Cfr., per tutti, BORÈ, La difficilerencontre du droit pénal *français* et du droit *communautaire,* in Droit pénal *contemporain. Mélanges* en *l'honneur* d'*André Vitu,* Paris, 1989, 45 ss.; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 292 ss.; PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della ***CEE*** *sul diritto* penale italiano, cit., 621 ss.

pure sulla base di norme extrapenali nazionali a loro volta modificate o sostituite da norme comunitarie[37].

c) In terzo luogo, il diritto comunitario può attraverso i suoi atti e, in particolare, attraverso le direttive d'armonizzazione di cui agli artt. 100 ss. Tr. CE, indicare agli Stati membri i comportamenti da vietare, eventualmente specificando gli elementi caratterizzanti dei singoli fatti illeciti, ma al contempo, ove lo si ritenga opportuno, lasciando alla discrezionalità dei singoli Stati la scelta del tipo e dell'entità della pena applicabile. Si pensi, ad esempio, alla direttiva 891592 in tema di *insider trading*[38] e alla direttiva 91/308 in tema di riciclaggio[39], le quali – data la ormai pacifica legittimità delle direttive dettagliate[40] – definiscono con estrema precisione i fatti che debbono venire sanzionati dagli Stati membri, senza peraltro specificare a quali pene ricorrere[41].

d) In quarto luogo, il diritto comunitario comporta la disapplicazione parziale o totale di talune norme punitive (penali o amministrative) nazionali. Questo feno eno si verifica tutte le volte in cui una disposizione penale statuale risulti incompatibile con la normativa comunitaria; cioè tutte le volte in cui una norma comunitaria consideri leciti fatti viceversa previsti e puniti dalla legge nazionale con sanzioni penali o amministrative[42].

---

37. Per taluni *spunti, cfr. BERNARDI, Segreto bancario, segreto della banca, segreto d'ufficio: tra indeterminatezza normativa e inerzia legislativa, in Riv. it. dir. proc. pen.,* 1986*, 800 ss.; RIOLO, La banca-impresa, le Sezioni Unite penali e la Prima Direttiva CEE, in Riv. soc., 1983, 1456 ss.; VALIANTE, Norma comunitaria e diritto penale. La qualifica di pubblico ufficiale, in Riv. dir. europ., 1993, 111 ss.*

38. Direttiva del Consiglio n. 891592 del 13 novembre 1989 «sul *coordinamento delle disposizioni normative concernenti le operazioni effettuateda persone in possesso di informazioni privilegiate», in GUCE L 334 del 18 novembre 1989, 30 ss.*

39. Direttiva del Consiglio n. 91/308 del 10 giugno 1991, «relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite», in GUCE L 166 del 28 giugno 1991, 77.

40. Cfr., per tutti, CAPELLI, Le direttive comunitarie, Milano, 1983, 145 ss.; TESAURO, Diritto comunitario, Padova, 1995, 94.

41. Cfr. DE GUTTRY, *Commento alla direttiva 91/308/CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio, a cura di A. De Guttry, F. Pagani, Padova,* 1995*, 299 ss. e bibliografia ivi riportata; GRASSO, L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una ~politica criminale europea»?, in Indice pen.,* 1993*, 88 ss.; MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit., 63 ss.;* SALAZAR, *Riciclaggio dei capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana, in Foro it., 1991, IV, 462.*

42. Cfr., ad esempio, BORÈ, *La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, cit., 35;* BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in Melanges offerts à G. Levasseur, Paris, 1992, 110 ss.;* DECOCQ, *Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne, in Droit communautaire et droit pénal, Milano 1981, 19 ss.; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 269 ss.; PEDRAZZI, Droit communautaire et droit pénal des Etats membres, in Droit communautaire et droit pénal, cit., 57 ss.;* RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984, 206 ss.*

Attraverso questi quattro meccanismi il diritto comunitario, pur senza naturalmente unificare la disciplina punitiva nazionale, finisce dunque con l'avere su di essa indubbi effetti armonizzanti limitatamente ai settori normativi rientranti in misura maggiore o minore nella sfera di competenza della Comunità.

6. – I fenomeni di armonizzazione penale (o punitivo-amministrativa) provocati dal diritto comunitario si manifestano non solo in relazione ai precetti nazionali, ma anche in relazione alle relative sanzioni.

Tre sono, essenzialmente, i meccanismi attraverso i quali il diritto comunitario concorre a incidere sul tipo e/o sulla quantità della pena conseguente alla commissione di un fatto illecito.

a) Il primo meccanismo consiste nel ricorso a taluni principi del diritto comunitario, in particolare ai principi di fedeltà comunitaria (art. 5 Tr. CE)[43]*, di non discriminazione (art. 7 Tr.* CEE*, ora divenuto art. 6 Tr. CE)*[44]*, di libera circolazione (artt. 30 e 48 Tr. CE)*[45]*, nonché al principio «non scritto» di proporzione*[46]. Attraverso l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, tali principi agiscono nel senso di comprimere il potere discrezionale di commisurare la pena (nei confronti sia del legislatore nazionale[47] sia anche del giudice nazionale)[48], limitatamente agli illeciti di rilievo comuni-

43. Cfr., da ultimo, BLANQUET, L'art. *5* du Traité CEE, Paris, 1994, 72 ss.

44. Cfr, per tutti, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali *nell'ordinamento* comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in Riv. int. dir. uomo, 1991, 637 ss.

45. Cfr., tra gli altri, BARAV, La libre circulation des travailleurs, *l'ordre* publique et *le* pouvoir de sanctions des Etats *membres,* in Rev. *trim.* dr. eur., 1977, 190 ss.; TIZZANO, Droit *communautaire* et droit pénal, in Droit *communautaire* et droit pénal, cit., 267 ss.

46. Principio, questo, accolto, seppure con modalità non sempre coincidenti, sia dalla massima parte dei sistemi giuridici nazionali, sia dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e dunque considerabile un principio «implicito»dell'ordinamento comunitario. Sul punto cfr., con varietà d'accenti, BERNARDI, «Principi di *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 196 ss.; GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali *nell'ordinamento* comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, cit., 635 ss. e bibliografia ivi riportata.

47. Cfr., ad esempio, sentenza 25 febbraio 1988, causa 299/86 (Drexl), in Racc., 1988, 1213. Per una rassegna (sia pure non aggiornata) delle sentenze della Corte di giustizia volte a condizionare le scelte punitive del legislatore nazionale, per quanto concerne sia il livello di pena consentito, sia anche il tipo di pena utilizzabile, cfr., volendo, BERNARDI, «*Principi* di *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 195 ss.

48. Cfr., tra le altre, Corte di giustizia, sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (Sagulo), in Racc., 1977, 1507; sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (Von Colson) e 76/83 (Harz), in Racc., 1984, 1891 ss. e 1921 ss. Cfr. altresì, da ultimo, le conclusioni dell'avvocato generale P. Léger, presentate il 17 ottobre 1995, causa C-193/194 (Skanavi), p. I-11 del testo dattiloscritto.

tario[49]. Nel corso degli anni, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente sviluppato tali principi, accentuando la loro attitudine a condizionare le scelte sanzionatorie nazionali, sino ad imporre agli Stati (in particolare attraverso l'interpretazione in chiave proporzionalistica dell'art. 5 Tr. CE) di adottare misure a carattere sanzionatorio le quali da un lato non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto alla natura dell'illecito ovvero rispetto agli obiettivi perseguiti[50], dall'altro lato siano comunque quantitativamente e qualitativamente idonee ad assicurare il rispetto degli obblighi comunitari[51]. A questo proposito la Corte di giustizia, nella ormai celebre sentenza in tema di frodi comunitarie denominata «mais greco», ha affermato che gli Stati sono tenuti a colpire le violazioni del diritto comunitario con sanzioni le quali risultino di gravità analoga a quelle previste per le corrispondenti violazioni del diritto nazionale, ed inoltre presentino comunque «un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo». Si è così giunti a configurare veri e propri obblighi di incriminazione penale in capo agli Stati, quantomeno relativamente ai casi in cui le violazioni «nazionali» corrispondenti alle violazioni comunitarie siano punite con sanzione penale, ovvero nei casi in cui, tenuto conto della gravi-

---

49. Con l'espressione illeciti di rilievo comunitario, si intende alludere a quelle categorie di illeciti che ledono o pongono in pericolo beni-interessi la cui protezione rientra, direttamente o indirettamente, tra gli obiettivi dei Trattati. Fermo restando che può trattarsi di interessi non solo stricto sensu comunitari, ma anche a carattere prevalentemente nazionale. Cfr., sul punto, MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, in Foro it., 1995, IV, c. 59.

50. Cfr., per tutte, sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76 (Donckenvolcke), in Racc., 1976, 1939; sent. 3 luglio 1980, causa 157/79 (Regina c. Pieck), in Racc., 1980, 2186 ss.; sent. 30 novembre 1977, causa 52/77, (Cayrol c. Rivoira), in Racc., 1977, 2279 ss. In dottrina cfr., per tutti, GRASSO, I rapporti tra diritto comunitario e diritto interno in una prospettiva di rifoma del sistema penale, in Verso un nuovo codice penale, Milano, 1993, 304 ss.; ID., La protezione dei diritti fondamentali *nel*l'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati *membri,* cit., 633 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

51. Cfr., in particolare sentt. 10 aprile 1984, cause 10/83 (von Colson) e 76/83 (Harz), in Racc., 1984, 1908 e 1941. Da ultimo, il pretore di Perugia ha dichiarato non manifestamente infondata in relazione all'art. 10 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, l. 17 maggio 1995 n. 172, in quanto «in contrasto con la normativa comunitaria per l'insufficienza delle sanzioni penali in materia, e lesiva dei principi costituzionali a tutela dell'ambiente e della salute» (Ord. 30 giugno 1995, in Riv. pen., 1995, 1311 ss.). Cfr. *amplius* e con varietà d'accenti, BUTTI, Le nuove norme sugli scarichi di fronte alla Corte Costituzionale, in Riv. giur, ambiente, 1995, 619-620; FIORAVANTI, Direttive comunitarie, *norme* penali interne e art. *11* Cost. avanti alla Corte Costituzionale, in Dir. giur. agr. ambiente, 1996, in corso di pubblicazione.

52. Sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (Commissione c/ Grecia), in Racc., 1989, 2965 ss.; in Dir. com. scambi intern., 1990, 395, con nota di DE FRANCESCHI, Le sanzioninel diritto comunitario, 403 ss., e in Cass. pen, 1992, 1654 ss., con nota di SALAZAR, Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia, 1658 ss.

tà del fatto, solo una sanzione penale possa essere riconosciuta proporzionata e dissuasiva[53].

b) Il secondo meccanismo, per vero scarsamente utilizzato, è *rappresentato dall'adozione di regolamenti e direttive (o raccomandazioni CECA) volte a vincolare le scelte nazionali non solo in relazione ai comportamenti da reprimere, ma anche in relazione alla tipologia e alléntità delle sanzioni da irrogarsi all'interno dei singoli Stati.*

Anche in considerazione sia della possibilità di varare regolamenti che presuppongono l'emanazione di provvedimenti d'attuazione da parte degli Stati membri, sia della già ricordata ammissibilità delle direttive dettagliate, tale meccanismo appare legittimo[54] e capace di realizzare una armonizzazione punitiva assai efficace, ancorché naturalmente circoscritta agli illeciti previsti dagli atti comunitari in questione. Un esempio al riguardo è offerto dal regolamento **CEE** n. 2262184, che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva[55], il quale impone agli Stati membri produttori di adottare, quali «misure specifiche adeguate per sanzionare le infrazioni al regime di aiuto alla produzione» (art. 2), sanzioni pecuniarie con funzione dissuasiva proporzionali alla «dimensione» del fatto illecito (art. 3). Un secondo esempio è costituito dalla raccomandazione **CECA** n. 1835/81, la quale stabilisce che le violazioni agli obblighi ivi previsti circa la pubblicazione dei prezzi e le condizioni di vendita dell'acciaio, siano puniti con ammende di cui viene indicato l'importo massimo. Infine, un ulteriore e più recente esempio è fornito dal regolamento **CEE** n. 2847/93[56], volto a istituire «un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca», il quale all'art. 31 stabilisce, tra l'altro, che le misure prese in caso di violazione delle norme relative alla politica comune della pesca ((devono.. privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione o produrre effetti proporzionati alla gravità delle infrazioni, tali da fungere da deterrente per ulteriori infrazioni dello stesso tipo».

c) Il terzo meccanismo consiste nella produzione di norme comunitarie a carattere vincolante fornite di vere e proprie sanzioni comunitarie, di sanzioni cioè previste dalla stessa normativa comunitaria e irrogate, a seconda dei casi, da organi della Comunità ovvero dalle autorità amministrative nazionali. Al riguardo si impongono talune precisazioni:

---

53. Cfr., in particolare, Corte di giustizia, ord. 13 luglio 1990, causa 2/88 (Zwartveld), in Racc., 1990, 3365 ss. Cfr. altresì SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit *communautaire* dans la *jurisprudence* de la *Cour,* giugno 1995, testo dattiloscritto, 16 ss.

54. Non sono mancate, tuttavia, tesi di segno opposto. Cfr., ad esempio, JOHANNES, Das Strafrecht *im* Bereich der Europaischen *Gemeinschaften,* in Europarecht, 1968, 108. L'autore ritiene che, in base all'art. 189 comma 3 Tr. CE, non sia consentito attuare una penetrante armonizzazione delle discipline sanzionatorie nazionali attraverso lo strumento della direttiva.

55. In GUCE, n. L. 208 del 3 agosto 1984, 11 ss.

56. In *GUCE,* n. L. 261 del 20 ottobre 1993, 1 ss.

c1) si tratta di sanzioni di natura meramente amministrativa[57], (sebbene per taluni contraddistinte da profili «sostanzialmente penali.) [58], aventi un contenuto prevalentemente ma non solo patrimoniale[59], anche di notevole gravità e comunque a carattere non riparatorio ma essenzialmente repressivo-punitivo;

c2) tali sanzioni comportano, più che un'armonizzazione, una vera e propria unificazione normativa di matrice comunitaria, quanto meno nei casi in cui esse siano irrogate direttamente da organi della Comunità. Viceversa nei casi in cui esse vengano irrogate dalle autorità amministrative degli Stati membri, non si avrà una assoluta unificazione, ma piuttosto una armonizzazione punitiva, sebbene di livello molto avanzato: infatti, in tal caso queste sanzioni dovranno pur sempre essere applicate sulla base dei principi generali e dei criteri discrezionali che regolano l'applicazione delle sanzioni amministrative in ambito nazionale[60], e che potranno essere diversi nei singoli Stati;

c3) le sanzioni in questione possono cumularsi alle sanzioni nazionali (penali o amministrative) nei casi in cui il medesimo fatto sia previsto come illecito tanto da un testo comunitario corredato di proprie sanzioni quanto dalla legislazione nazionale[61]. In tali casi, tuttavia, il principio comunitario

---

57. Cfr., per tutti, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 48 ss. e bibliografia ivi riportata; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., 7 ss.; BERNARDI, «Principi di diritto» e diritto penale europeo, cit., 161 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

58. A favore della natura formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale delle sanzioni comunitarie cfr., per tutti e con diverse sfumature, DE KEERSMAEKER, Relazione sulla *correlazione* fra *il* diritto comunitario e *il* diritto penale, cit., 199 ss.; HAGUENAU, Sanctions *pénales* destinées à assurer le respect du droit *communautaire,* in Rev. Marché *commun* Un. eur., 1993, 353; LEGROS, *L'avenir* du droit pénal international, in *Mélanges* offerts à H. *Rolin,* 1964, 171 e 194; ID., La pénétration du droit européen dans la jurisprudence répressive belge, in *L'amélioration* de la justice répressive par le droit européen, Bruxelles, 1970, 39 ss.; LEVASSEUR, Les sanctions dans le traité constitutif du Marché *Commun,* in Les *problèmes juridiques* et *économiques* du Marché *commun,* Paris, 1960, 111; LOMBOIS, Droit *pénal* international, Paris, 1979, 181 ss.; RIGAUX, *Sur* la route du droit européen, in Rev. dr. pén. *crim.,* 1972-1973, 654; SCHROTH, *Economic* Offences in EEC Law with special Reference to English and *German* Law, Kehl, 1983, 159.

59. Cfr., in particolare, GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, 740 ss.; ID., Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, 865; BIANCARELLI, *L'ordre* juridique *communautaire* a – t – il *compétence* pour *instituer* des sanctions?, in Quelle politique pénale pour *l'Europe?,* cit., 257 ss.

60. Ciò, quantomeno, salvo che tali principi e criteri non risultino in contrasto con quelli sanciti dalla normativa comunitaria. Cfr., al riguardo, GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, 759 ss.; TIEDEMANN, *Anmerkung,* a Corte di Giustizia CEE, sent. 27 ottobre 1992, in NJW, 1993, 49.

61. E ciò, tenuto conto della possibilità di un duplice procedimento, alla luce dello specifico sistema di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati mem-

di «equità» (o di proporzione che dir si voglia) impone di tener conto, nel determinare la sanzione, della eventuale sanzione anteriormente irrogata per lo stesso fatto[62], affinché le misure punitive non risultino complessivamente sproporzionate per eccesso.

Come si può quindi vedere, il diritto comunitario produce taluni effetti di armonizzazione interstatuale anche relativamente al trattamento sanzionatorio. Tali effetti risultano particolarmente evidenti in ambito amministrativo, dato che in questo settore il diritto comunitario giunge talora sino a realizzare una vera e propria unificazione della disciplina punitiva all'interno dell'Unione europea. La Comunità finisce comunque col condizionare le stesse sanzioni penali previste ed irrogate nei singoli ordinamenti nazionali nei settori oggetto di intervento del diritto comunitario. Si tratta, peraltro, di una armonizzazione circoscritta ai soli casi di sproporzione sanzionatoria più manifesti, e che non evita il permanere di discipline sanzionatorie anche notevolmente sperequate da uno Stato all'altro.

7. – Il processo di europeizzazione del diritto penale sembrerebbe destinato a subire ulteriori sviluppi a seguito della creazione, nell'ambito del Trattato sull'Unione europea, del cosiddetto «terzo pilastro,, nel quale viene prevista e disciplinata la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (artt. K. a K.9). In particolare, l'art. K.1 stabilisce che «Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, ...gli Stati membri considerano questioni di interesse comune i settori seguenti: ...5) la lotta contro la frode su scala internazionale...; 7) la cooperazione giudiziaria in materia penale; 8) la cooperazione doganale; 9) la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale...».

Al riguardo, è comunque bene precisare subito che tali forme di cooperazione risultano improntate al tradizionale metodo intergovernativo. Esse si pongono, dunque, in una prospettiva di continuità con quelle forme di cooperazione in materia anche penale realizzate a partire dagli anni '70 dai governi degli Stati CE al di fuori dell'attività propriamente comunitaria, e successivamente istituzionalizzate dall'Atto Unico europeo del 1986 nel-

---

bri. Cfr. Corte di giustizia, sent. 10 luglio 1980, cause riunite 253/78 e 1-3/79 (Giry), in Racc., 1980, 2327. Tuttavia, in senso tendenzialmente contrario all'ipotesi del cumulo di sanzioni, cfr. il 10° considerando e l'art. 6 del reg. (CE; EURATOM) N. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 «relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità», in GUCE L312 del 23 dicembre 1995, 1 ss.

62. Cfr. Corte di giustizia, sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68 (Wilhelm), in Racc., 1969, 16; sent. 14 dicembre 1972, causa 7/72 (Boehringer), in Racc., 1972, 1289. In dottrina cfr., per tutti, BERNARDI, «*Principi* di *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 202 ss.; GRASSO, Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in *Riv.* it. dir. pubbl. com., 1994, 870 ss.; KOVAR, *L'incidence* du droit *communautaire* de la *concurrence* sur le droit pénal des Etats *membres,* in Droit *communautaire* et droit *pénal,* cit., 143.

l'ambito della ((Cooperazionepolitica europea»[63]. **A** loro volta, tali forme di cooperazione risultavano dirette a sviluppare e perfezionare talune precedenti convenzioni intergovernative varate nell'ambito del Consiglio d'Europa; il tutto nella speranza, rivelatasi non pienamente fondata, che nel più circoscritto contesto comunitario le convenzioni in materia penale potessero trovare migliore accoglienza[64].

Per quanto concerne i risultati sinora conseguiti attraverso la cooperazione in materia penale prevista nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea, essi non possono essere peraltro considerati completamente negativi, tenuto anche conto del breve arco di tempo trascorso dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e dell'inevitabile periodo di rodaggio. Ché anzi, come è stato sottolineato[65], tale settore sembra caratterizzato da un certo attivismo, testimoniato dal varo di talune significative convenzioni, tra le quali merita di essere qui ricordata quella relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmata nel luglio del 1995[66].

E tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come la tendenza a privilegiare, nell'ambito del terzo pilastro, il tradizionale strumento della convenzione[67] non induca ad eccessivi ottimismi: si tratta infatti, come noto, di

---

63. Cfr. CURTIN-POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?,* in *Rev. Marché Un. eur.,* 1995, 15 ss.; DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen,* cit., 644 ss.; LEPOIVRE, *Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de* 1996, in *Cahiers de droit européen,* 1995, 323 ss.; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea,* in *Documento Giustizia,* 1995, c. 1511 ss.

64. Va infatti rilevato come le convenzioni aperte alla firma in tale periodo (Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del 1987, Convenzione sul *ne bis in idem* del 1987, Convenzione sulla semplificazione e la moderizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione del 1989, Convenzione sul trasferimento dei procedimenti penali del 1990, Convenzione sul riconoscimento delle decisioni penali del 1990) abbiano incontrato notevoli resistenze negli Stati membri della Comunità tanto in sede di sottoscrizione quanto, e ancor più, in sede di ratifica. Cfr. SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea,* cit., c. 1513.

65. Cfr. LEPOIVRE, *Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996,* cit., 330.

66. Convenzione elaborata in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, in *Doc. Giustizia,* 1995, 1655 ss. Tale convenzione, in particolare, all'art. 1 elenca puntualmente i fatti costituenti «frode comunitaria»; mentre all'art. 2 impone agli Stati di punire tali fatti, così come le relative ipotesi di concorso e tentativo, con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendano, nei casi di frode grave, pene privative della libertà.

67. E, per contro, la tendenza a fare un uso estremamente «prudente» dei nuovi strumenti costituiti dalle «azioni comuni» e «posizioni comuni», in quanto dotati di caratteristiche e livelli di vincolatività ancora tutt'altro che pacifici. Cfr., al riguardo, CURTIN-POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et d a affaires*

uno strumento macchinoso, lento e dai risultati incerti sotto il profilo sia delle procedure di negoziazione sia, in particolare, di quelle di ratifica e entrata in vigore[68]. A ciò si aggiunga la tendenza generalizzata ad escludere la competenza della Corte di giustizia ad interpretare pregiudizialmente le disposizioni delle convenzioni varate all'interno del terzo pilastro[69], con conseguente preclusione degli «effetti armonizzanti. causati dalle relative sentenze della Corte, la cui incidenza si manifesta anche al di fuori dei procedimenti nell'ambito dei quali risultano pronunciate[70].

In definitiva, senza certo voler con questo sottovalutare il significato assunto dall'istituzione del terzo pilastro e il possibile ruolo di quest'ultimo ai fini della cooperazione penale, è da ritenersi che solo modificandone sensibilmente la disciplina sarà possibile attuare in tale contesto un efficace processo di armonizzazione (e talora financo di unificazione) settoriale dei sistemi punitivi nazionali.

In questo senso, si sono esattamente individuate nell'estensione del potere di iniziativa della Commissione nei campi di rilievo penale di cui all'art. K.1, nn. 7, 8 e 9 TUE, nell'ampliamento del ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali a fini di maggior trasparenza decisionale, nonché nel mutamento delle regole relative alla deliberazione del Consiglio[71] le prioritarie riforme atte a potenziare l'efficacia delle iniziative prese all'interno del terzo pilastro[72], mentre per ulteriori, più penetranti rifor-

---

intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie davant Maastricht?, cit., in particolare 15 e 29 ss.; LEPOIVRE, *Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de* 1996, cit., 332 ss.; Lo MONACO, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures,* in *Rev. sc. crim.,* 1995, 14 ss.; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea,* cit., 1520.

68. Cfr. LEPOIVRE, *Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996,* cit., 334 ss.; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea,* cit., 1519 ss.

69. Competenza, questa, ammessa in via facoltativa dall'art. K.3, 2 TUE.

70. Cfr., limitatamente all'Italia, Corte cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.,* 1985, *I,* 1600.

71. Si allude, naturalmente, all'auspicabile eliminazione del principio dell'unanimità; principio questo previsto dall'art. K.4, 3, e considerato dalla Commissione la principale causa di inefficacia del terzo pilastro dell'Unione europea. Cfr., per tutti, CURTIN-POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie davant Maastricht?,* cit., 33; LEPOIVRE, Le *domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvememmentale de 1996,* cit., 338, con ulteriori riferimenti bibliografici.

72. SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea,* cit., 1518 ss. Cfr. altresì CURTIN-POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie davant Maastricht?,* cit., 18 ss.; MISSIR DI LUSIGNANO, *La protection des intérêts financiers de la Communauté. Perspectives et réalités,* in *Journal des Tribunaux européens,* 1996, par. 4.1.1, in corso di pubblicazione.

me, quali quelle necessarie per realizzare una vera e propria comunitarizzazione del terzo pilastro[73], l'attesa sarà, presumibilmente, non breve[74].

II. *L'insufficiente livello di europeizzazione del diritto penale commerciale*

8. – Dall'analisi sin qui effettuata, un primo dato sembra emergere in modo inconfutabile: il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo non risultano immuni da fenomeni di più o meno evidente «europeizzazione». Europeizzazione in primo luogo innescata dall'attività del Consiglio d'Europa; in secondo luogo costantemente stimolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; in terzo luogo favorita dai molteplici influssi che il diritto comunitario esercita sui precetti e sulle sanzioni relativamente ai settori di sua competenza esclusiva o concorrente; infine direttamente perseguita sia attraverso la previsione di vere e proprie sanzioni comunitarie a carattere amministrativo, sia attraverso la produzione, nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea, di specifici atti concernenti i settori penalistici considerati «di interesse comune» *ex* art. K.1 TUE.

Tuttavia, dalla suddetta analisi sono altresì emersi chiaramente i limiti che caratterizzano l'attuale stadio di europeizzazione del diritto penale. In particolare, per quanto concerne specificamente i precetti soggetti all'influsso del diritto comunitario, si è avuto modo di rilevare come l'esistenza di variegati meccanismi diretti alla loro armonizzazione non impedisca la permanenza di fattispecie punitive sensibilmente diverse nei singoli Stati, quanto meno nei casi in cui non siano stati adottati al riguardo regolamenti o direttive d'armonizzazione, owero nei casi in cui il diritto comunitario non integri le norme penali nazionali attraverso la tecnica legislativa c. d. «del rinvio»[75]. Per quanto concerne poi le sanzioni conseguenti alla violazione dei suddetti precetti, si è sottolineato come gli attuali limiti alla loro armonizzazione/unificazione appaiano ancora più evidenti. Ciò, soprattutto, in considerazione *sia* del tuttora notevolissimo margine di libertà lasciato agli Stati nella scelta delle sanzioni dagli artt. 5, 6, **30,** 48 Tr. CE e dalla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (la quale, come detto, si limita a condannare solo le scelte sanzionatorie nazionali più macroscopicamente sproporzionate per difetto o per eccesso); *sia* del numero ridotto di regolamenti e direttive con contenuto vincolante per quanto concerne il tipo e/o il livello delle sanzioni; *sia* del ricorso ancora non molto frequente

---

73. In argomento cfr., da ultimo, MOUSSIS, *Au-delà de la CIG de 1996: Zes grands enjeux de l'Union européenne,* in Rev. Marché *commun* Un. eur., 1996, 18.

74. Cfr., per tutti, LABAYLE, L'application *du titre* VI du Traité sur *l'Union européenne* et *la matière pénale,* cit., in particolare 63.

75. Cfr. supra, par. 5, lett. b).

alle sanzioni *stricto sensu* comunitarie[76]. Senza contare, poi, che le differenze riscontrabili da uno Stato all'altro in relazione alle singole fattispecie punitive ed alle rispettive sanzioni potrebbero risultare amplificate dalla stessa diversità di principi, regole ed istituti penalistici accolti nei singoli Stati, per esempio in materia di tentativo, di concorso di persone nel reato, di errore di diritto ecc., ovvero in materia di commisurazione ed esecuzione delle pene[77].

Si può quindi affermare che, nonostante l'indiscutibile incidenza esercitata in ambito penale e in ambito punitivo-amministrativo dalle organizzazioni internazionali a carattere regionale, il processo di armonizzazione/unificazione sanzionatoria in atto all'interno dei Paesi dell'Unione europea è ancora allo stato embrionale.

Certamente, data la rapidità dei mutamenti riscontrabili in materia e data la stessa molteplicità dei fenomeni interessati, risulta oltremodo difficile se non impossibile valutare con precisione il «livello di europeizzazione» attualmente raggiunto, indicare cioè a quale tappa del processo di ravvicinamento dei sistemi punitivi si sia oggi giunti.

Oltretutto, una tale indagine porterebbe inevitabilmente a risultati assai diversi a seconda che l'accento venga messo sui momenti di ravvicinamento conseguiti, oppure sulle persistenti distanze[78], nonché prima ancora a seconda dei concetti di armonizzazione e di unificazione di volta in volta presupposti e del traguardo finale cui si mira. Traguardo che potrebbe essere individuato in una mera armonizzazione di taluni settori dei sistemi penali nazionali, ovvero in mete sempre più ambiziose, e perfino in una unificazione/codificazione penale di livello continentale a carattere completo, tale cioè da interessare la globalità delle norme penali, con conseguente cessazione di ogni legislazione penale nazionale.

---

76. Quanto meno, se si escludono i settori dell'agricoltura e della pesca, contraddistinti da una variegata gamma di sanzioni a carattere, in particolare, patrimoniale e interdittivo. Si pensi, ad esempio, alla perdita totale di taluni premi speciali dovuti ai produttori di carne bovina (art. 9 reg. 714/1989), all'esclusione dai benefici dovuti per l'anno successivo (art. 8 reg. 173811989), alla diminuzione dell'aiuto concesso (art. 5 reg. 915/1989), all'obbligo di restituire la somma ricevuta maggiorata di una percentuale predeterminata (art. 13 reg. 3813/1989, e successive modifiche). Cfr., *amplius*, GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, cit., 865 ss.; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, 196 ss.

77. Ulteriori, eventuali differenze da uno Stato all'altro, non certo prive di rilievo sono quelle concernenti il livello di effettività dei singoli sistemi punitivi nazionali, di cui sono espressione, come noto, il numero percentuale dei reati in relazione ai quali è stato individuato l'autore, pronunciata la condanna, eseguita la pena. Si tratta, tuttavia, di differenze che esulano dal campo del presente lavoro.

78. Cfr., *mutatis mutandis*, le osservazioni di SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 603 ss.

E tuttavia, come si avrà modo di dimostrare nei prossimi paragrafi, una cosa può essere affermata con relativa sicurezza: che cioè l'attuale livello di armonizzazione/unificazione punitiva (così come, su un piano diverso ma complementare, l'attuale livello di cooperazione tra gli Stati in materia penale) risulta del tutto inadeguato rispetto ad una realtà continentale ormai caratterizzata dalla eliminazione delle frontiere interne e da significativi processi di ravvicinamento in ambito sia giuridico sia socio-culturale.

9. – L'irragionevolezza di una generale realtà europea scissa in tante sotto-realtà penali nazionali dotate di un livello di armonizzazione soltanto embrionale emerge con particolare evidenza in relazione ai settori del diritto più fortemente comunitarizzati. Eclatante si rivela, al riguardo, il caso del diritto commerciale, che costituisce l'oggetto privilegiato di questo studio (peraltro pensato con riferimento all'insieme dei settori normativi più fortemente esposti agli interventi degli organi comunitari). Al riguardo, è comunque importante precisare subito che la nozione di diritto commerciale sarà qui intesa in senso assai ampio, intesa cioè come ricomprendente non solo i suoi più tradizionali settori (impresa, società, concorrenza), ma anche quei settori del diritto privato volti a disciplinare i rapporti commerciali, ed a garantire adeguata protezione ai consumatori. Questa prospettiva allargata appare del resto in linea con la moderna tendenza a considerare rientranti nel diritto penale commerciale non solo le disposizioni volte a tutelare l'interesse dello stesso sistema produttivo, ma anche quelle finalizzate a salvaguardare gli interessi di cui sono portatori i consumatori, ed innanzitutto la salute[79].

Se dunque si volge lo sguardo alle fonti comunitarie dirette a ravvicinare o unificare le regole in tema di imprese commerciali, di concorrenza, di protezione della proprietà industriale e intellettuale, nonché quelle in tema di tutela dei consumatori nei confronti dei produttori e più in generale quelle relative alla tutela della persona umana dai rischi connessi allo sviluppo industriale e tecnologico[80], un dato balza immediatamente agli occhi. A fronte di una sterminata congerie di atti diretti a perseguire il ravvicinamento o l'unificazione delle normative legislative e regolamentari previste in materia dagli Stati membri, è dato riscontrare una relativa povertà di disposizioni specificamente dirette a: a) varare una autonoma disciplina sanzionatoria comunitaria; b) imporre o favorire l'armonizzazione o l'uniformizzazione delle rispettive discipline sanzionatorie nazionali.

a) Relativamente alle vere e proprie sanzioni comunitarie previste[81], il

---

79. Cfr., per taluni spunti in argomento, DI AMATO, Diritto penale *dell'impresa*, Milano, 1995.

80. Cfr., per una rapida rassegna delle più significative tra tali fonti, TASSONI, Verso un diritto privato comunitario (panorama della disciplina comunitaria in tema di diritto privato), cit., 207 ss.

81. Cfr., *supra*, par. 6, lett. *c*).

testo indubbiamente più significativo risulta il Trattato CECA, il quale al titolo III contiene alcune norme nelle quali è prevista la possibilità per la Commissione di infliggere ammende (e talora anche penalità di mora), in particolare a carico delle imprese che violino le disposizioni in materia di produzione (capo IV, artt. 58 § 4 e 59 § 7), in materia di prezzi (capo V, art. 64), ovvero in materia di intese e concentrazioni (capo VI, artt. 65 § 5 e 66 §§ 5 e 6)[82].

Per contro, il Trattato CE è privo di norme volte ad attribuire alle istituzioni comunitarie il potere di irrogare sanzioni. Esso tuttavia stabilisce – implicitamente all'art. 79 § 3 e esplicitamente all'art. 87 § 2 lett. e) – che i regolamenti adottati dal Consiglio possono comminare ammende e penalità di mora in caso di violazione dei precetti contenuti, rispettivamente, all'art. 79 par. 1 ovvero agli artt. 85 par. 1 e 86.

In particolare, disposizioni di questo tipo si rinvengono nel regolamento 11/60 in tema di ((abolizione delle discriminazioni nel campo dei prezzi e delle condizioni di trasporto»[83], varato in attuazione dell'art. 79 par. 3 Tr. CE e contenente appunto, ammende e penalità di mora per garantire l'osservanza dei divieti previsti dall'art. 79 par. 1. Ma soprattutto, analoghe disposizioni si rinvengono in taluni regolamenti adottati in attuazione dell'art. 87, par. 2, lett. a) Tr. CE, i quali contengono anch'essi ammende e penalità di mora per garantire l'osservanza dei comandi o divieti previsti dagli artt. 85 par. 1 e 86 Tr. CE[84]. Si allude, essenzialmente, al reg. 17/62 sull' ((applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato))[85] (artt. 15 e 16); al reg. 1017/68 «relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili»[86] (artt. 22 e 23); al reg. 4056/86 sulle «modalità di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato ai trasporti marittimi»[87] (artt. 19 e 20); al reg. 3975/87 «relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei»[88] (artt. 12 e 13); al reg. 4064/89 «relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese»[89] (artt. 14 e 15).

b) Del *pari,* poco numerosi risultano essere i regolamenti e direttive *d'armonizzazione* contenenti precise indicazioni circa la struttura delle *fattispecie* punitive che gli Stati sono tenuti ad adottare, *ovvero* circa le sanzioni che

---

82. Cfr., tra gli altri, GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL, Droit commercia2 européen, Paris, 1994, 658, 687, 694. Cfr. altresì le ulteriori disposizioni a contenuto sanzionatorio previste agli artt. 47 comma 3, 54 comma 6 e 68 § 6 Tr. CECA.

83. In GUCE, n. 60 del 16 agosto 1960, 1121 ss.

84. Cfr., in generale e per tutti, DANNECKER, Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* cit., 83 ss., e bibliografia ivi riportata; GRASSO, Comunità europee e diritto *penale,* cit., 41 ss.

85. In GUCE, n. 13 del 21 febbraio 1962, 204 ss.

86. In GUCE, n. L 175 del 23 luglio 1968, 1 ss.

87. In GUCE, n L 378 del 31 dicembre 1986, 4 ss.

88. In GUCE, n. L 374 del 31 dicembre 1987, 1 ss.

89. in GUCE, n. L 395 del 30 dicembre 1989, 1 ss.

questi ultimi sono chiamati a comminare in caso di violazione delle relative *norme.*

Per quanto concerne la struttura delle fattispecie, merita di essere ricordata per il suo profilo strettamente commercialistico la già citata direttiva 89/592 dell'11 novembre 1989 «sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)». La suddetta direttiva, infatti, agli artt. 1 ss. specifica sia i concetti di «informazione privilegiata))e di «valori immobiliari», sia i soggetti cui è fatto divieto di utilizzare le informazioni in questione, sia i comportamenti ad essi preclusi; mentre sotto il profilo strettamente sanzionatorio, la direttiva in questione si limita ad affermare che «tali sanzioni debbono essere sufficientemente dissuasive da indurre al rispetto di queste disposizioni))(art. 13)[90].

Per quanto concerne invece le sanzioni applicabili, può essere considerata di rilievo commercialistico la già ricordata raccomandazione CECA n. 1835/81[91], la quale in relazione alle violazioni della normativa sulla pubblicazione dei prezzi e delle condizioni di vendita dell'acciaio, fissa l'importo massimo dell'ammenda, calcolata a seconda dei casi sulla base del fatturato annuo o del fatturato medio giornaliero (art. 16).

Alla luce di ciò che si è sin qui visto, sembra dunque possibile affermare che nel settore commerciale (così come in molti degli altri settori del diritto privato più fortemente condizionati dal diritto comunitario) gli atti comunitari volti a prevedere e regolare sanzioni comunitarie, costituiscono ancor oggi l'eccezione anziché la regola; così come costituiscono tutt'oggi un'eccezione gli atti comunitari diretti ad armonizzare i precetti e/o le sanzioni applicabili in caso di violazione.

Se poi dal diritto lato sensu sanzionatorio si passa al diritto stricto sensu penale, i risultati dell'indagine divengono ancor più sconfortanti. Infatti, come a suo tempo ricordato, mancano sanzioni comunitarie di tipo penale. Analogamente, a carattere non penale (ma amministrativo) risultano le sanzioni nazionali oggetto di armonizzazione interstatuale da parte dei succitati – e assai rari – atti comunitari. Si può pertanto affermare che il compito di ravvicinare i diversi trattamenti sanzionatori previsti dai sistemi penali degli Stati dell'Unione europea in caso di violazione della disciplina comunitaria resta prevalentemente affidato alla Corte di Giustizia, e dunque ai parametri di effettività, proporzione e dissuasività da essa elaborati. Parametri certo preziosi per eliminare le più palesi ed irragionevoli discrasie sul piano sanzionatorio, ma certo insufficienti a garantire la piena congruità delle risposte penali nazionali.

---

90. Anche se, per vero, non mancano elementi testuali dai quali sembra trasparire una preferenza per soluzioni punitive di tipo penale: cfr., MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit., c. 63 ss.

91. Cfr., *supra,* par. *6,* lett. b).

Sebbene, come ancora di recente ricordato in un suggestivo documento comunitario, «questa situazione generale sia perfettamente coerente in una prospettiva di sussidiarietà»[92], resta il fatto che l'inesistenza di norme comunitarie di diritto derivato capaci di introdurre sanzioni penali comuni o di imporre risposte penali omogenee nei settori di competenza comunitaria sembra mal conciliarsi con la sempre più penetrante incidenza del diritto europeo sul diritto nazionale.

In questa parte del lavoro, ci si propone pertanto di replicare brevemente a quelle tesi volte da un lato ad affermare la assoluta plausibilità della scissione in ambito comunitario tra competenza precettiva e competenza penale, nonché di ribadire la piena compatibilità tra il perseguimento degli obiettivi comunitari e la persistente eterogeneità dei sistemi punitivi (e in particolare dei sistemi penali) nazionali. Ovviamente, però, il fatto di evidenziare le contraddizioni insite nell'attuale carenza di competenza penale delle Comunità così come, più in generale, nel permanere di risposte punitive differenziate da uno Stato all'altro financo nei settori più esposti all'incidenza del diritto comunitario, non significa negare i complessi problemi sottesi ad un più penetrante processo di integrazione penale; problemi che verranno brevemente esposti nella terza ed ultima sezione di questo lavoro.

10. – I ritardi nel processo di «uniformizzazione penale» riscontrabili nell'ambito dell'Unione europea dipendono innanzitutto da due fattori, tra loro strettamente legati: *a)* la già ricordata assenza di competenza penale delle Comunità europee, con conseguente separazione coatta tra precetti comunitari e sanzioni nazionali[93]; b) la tradizionale «autarchia» del diritto penale.

Ora, questi fattori, oltre che essere appunto correlati a questioni d'ardine costituzionale cui si è già in precedenza fatto cenno[94] e sulle quali si avrà modo di tornare nel prosieguo della trattazione, trovano una loro giustificazione anche sulla base di concezioni e argomenti largamente accettati dai cultori del diritto penale, ma oggi posti almeno parzialmente in crisi proprio dal generale processo di comunitarizzazione del diritto.

a) In termini generali, l'attuale separazione in ambito comunitario tra norma precettiva e norma sanzionatoria sembrerebbe legittimarsi anche sulla base della cosiddetta «teoria autonomista» del diritto penale. Teoria per la quale, appunto, le norme sanzionatorie a carattere penale non costituiscono una semplice appendice dei precetti extrapenali, non sono cioè

---

92. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno, COM(95) 162 def. 2 del testo dattiloscritto.

93. Cfr., supra, par. 4.

94. Cfr., supra, par. 4.

dirette solo a supportare e rafforzare le disposizioni previste da altri rami dell'ordinamento [95], ma possono invece vivere di vita indipendente e, appunto, «autonoma», evitando così ogni eventuale subordinazione del diritto penale rispetto alle altre branche dell'ordinamento. Vero è però che – per tutta una serie di ragioni cui risulta impossibile anche solo accennare in questa sede – la natura eminentemente «tecnica» di larga parte della normativa comunitaria si presta a conferire alla disciplina penale volta alla tutela di detta normativa un carattere «meramente sanzionatorio»: cosicché la norma che prevede la sanzione viene ricondotta a quella dimensione di «semplice appendice del precetto» dalla quale essa risulta invece affrancata in relazione innanzitutto ai reati cosiddetti «naturali». A sua volta, la propensione – riscontrabile appunto nei settori di intervento comunitario – a configurare la norma sanzionatoria quale puro strumento di tutela del precetto extrapenale, porta a sottolineare la complessiva unitarietà funzionale del binomio precetto-sanzione, suggerendo implicitamente di mantenere in capo agli stessi organi la competenza a stabilire sia i comandi legali sia le misure punitive destinate a garantirne il rispetto. In altre parole, sarebbe lo stesso carattere «puramente accessorio» assunto dalla norma penale in relazione ai precetti comunitari a suggerire la riunificazione in capo alle istituzioni comunitarie della competenza sia precettiva sia sanzionatoria nei settori normativi ad esse attribuiti. Ed alle stesse conclusioni giungono quanti – con argomentazioni più sintetiche – sostengono che sarebbe la stessa unitarietà del fenomeno giuridico ad imporre la concentrazione presso i medesimi organi tanto del potere d'indicare le norme di comportamento quanto del potere di prevedere le relative sanzioni in caso di violazione [96]; ovvero che sarebbe la stessa titolarità di taluni beni-interessi in capo alle Comunità ad attribuire a queste ultime il compito di proteggerli [97].

---

95. Cfr., per tutti, DELITALA, voce Diritto penale, in Enc. dir., XII, 1964, 1097 ss.; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale – Parte generale, Bologna, 1989, 46; PADOVANI, Diritto penale, cit., 3 ss.

96. Cfr. TULKENS, Les fraudes *communautaires:* un *observatoire* pénal européen, in Déviance et societé, 1994, n. 18, 217 ss.; TESAURO, *Interconnessione* entre le *1er* pilier et le *3ème* pilier du Traité de *Maastricht,* relazione al *Séminaire* de *formation* pour les *magistrats* te autres opérateurs de droit hellenique sur la protection juridique des *intérêts* financiers de la *Communauté,* 5 ss. del testo dattiloscritto. Cfr. altresì, in termini più sfumati, SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit *communautaire* dans la jurisprudence de la Cour, cit., 20.

97. Cfr., in particolare, DE ANGELIS, *Vers* un droit pénal *communautaire? Allo*cution d'ouverture, in Rev. sc. *crim.,* 1995, 8-9; LABAYLE, L'application du *titre* VI du Traité sur *l'Union* européenne et la *matière* pénale, ivi, 43; THEATO, Débat in occasione del Convegno su «*Coopération* Judiciaire en Europe: aspects *operationnels*» (Sirmione, 6-7 luglio 1995). Vero è però che questo argomento può portare a riconoscere agli organi comunitari il potere di creare norme repressive solo in vista della tutela di beni facenti capo direttamente alle Comunità europee: si pensi, in particolare, al potere di sanzionare le violazioni della disciplina in tema di finanze comunitarie.

b) La tradizionale «autarchia» del diritto penale, con conseguente ritardo nel processo di «uniformizzazione» su scala europea, viene essenzialmente ricondotta alla dimensione strettamente «nazionale»delle scelte punitive in materia criminale, in quanto radicate nella storia e nella cultura dei singoli Paesi. Tuttavia, anche e soprattutto l'analisi delle norme penali poste a tutela dei precetti comunitari favorisce l'insorgere di dubbi circa il fatto che tutti i settori del diritto penale debbano trovare il loro fondamento solo in tradizioni nazionali sottratte, almeno in larga misura, agli influssi di natura esterna.

Nell'impossibilità di affrontare in questa sede problemi assai complessi, basterà ricordare come proprio l'attitudine del diritto penale ad assumere, in relazione ai precetti comunitari, un carattere di puro presidio sanzionatorio dovrebbe far sì che il «livello di autarchia» delle relative norme penali risulti in larga misura correlato al corrispondente «livello di autarchia» dei precetti extrapenali. In questo senso, i campi del diritto civile maggiormente esposti al processo di comunitarizzazione, in quanto dotati di un maggior grado di neutralità e di indifferenza rispetto alle tradizioni nazionali»[98], dovrebbero caratterizzarsi per una disciplina sanzionatoria largamente esente dall'influsso di quelle peculiarità nazionalistiche (intese come «complessi stratificati di culture, costumi, istituti e via dicendo»)[99] destinate viceversa a condizionare le norme penali poste a tutela, per esempio, della proprietà o della morale pubblica. Owiamente, tale fenomeno di «denazionalizzazione)) dovrebbe veder coinvolti innanzitutto quei settori del diritto commerciale riservati in via esclusiva alla competenza comunitaria: si pensi, ad esempio, al vasto settore della politica commerciale comune, e in particolare alla disciplina del dumping e delle sowenzioni, caratterizzata da una assoluta internazionalità[100]. In tali settori, owiamente, imporre una armonizzazione anche penetrante delle discipline sanzionatorie nazionali non significa pretendere di armonizzare quelle differenze culturali, sociali e di valori legittimate, tra l'altro, dagli artt. 36 e 128 Tr. CE, ma solo garantire l'effettiva omogeneità delle condizioni economiche nell'ambito del mercato interno[101].

In definitiva, si può affermare che, nonostante la tradizionale «autonomia» e «autarchia» del diritto penale, la tendenza di molti settori del diritto privato ad evolvere quasi esclusivamente in virtù di sollecitazioni esterne, e

---

98. DI MAJO, I «*principles*» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law, in Riv. dir. civ., 1995, 609-610.

99. DI MAJO, ivi, 609.

100. Cfr., al riguardo, le osservazioni di SANTA MARIA, Diritto commerciale comunitario, Milano, 1995, 6-7. In prospettiva specificamente penale cfr. altresì, in generale e problematicamente, SEVENSTER, *Criminal* Law and *EC* Law, in *Common* Market Law Review, 1992, 69.

101. Cfr., per taluni spunti al riguardo, TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., 210.

segnatamente in virtù del diritto comunitario[102], dovrebbe verosimilmente riflettersi almeno in parte sul relativo diritto sanzionatorio, così come sulle generali categorie da esso presupposte. In questo senso, l'incidenza della normativa comunitaria sul diritto commerciale dei Paesi membri dell'Unione europea sembra logicamente postulare fenomeni d'integrazione interstatuale in ambito penale (e in ambito punitivo – amministrativo) assai più penetranti di quelli sinora riscontrabili, e tali da coinvolgere non solo singole norme incriminatrici, ma le stesse categorie giuridiche della parte generale.

L'esigenza di un profondo processo di armonizzazione penale realizzato attraverso il ravvicinamento dei relativi sistemi nazionali, ed eventualmente attraverso la creazione di un vero e proprio sistema penale sovranazionale, emergerà con ancora maggiore evidenza dall'esame delle principali controindicazioni connesse, sul piano funzionalistico, al permanere delle attuali forme di «particolarismo penale» persino nei settori più comunitarizzati del diritto.

11. – Se è vero, come si ritiene, che la politica criminale deve fondarsi essenzialmente su ragioni d'ordine funzionale, numerose sembrano essere le ragioni, tra loro strettamente connesse, tali da indurre all'abbandono di una strategia punitiva di tipo meramente nazionale nei settori del diritto 'maggiormente soggetti all'influsso comunitario, e dunque innanzitutto nel settore del diritto commerciale.

a) La prima ragione è che l'avvento di uno spazio comune caratterizzato dalla libera circolazione di persone e merci, nonché da discipline sostanziali settorialmente uniformi o armonizzate[103], facilita molte tra le più pericolose espressioni della criminalità organizzata[104] e di riflesso impone non solo la predisposizione di efficaci forme di collaborazione giudiziaria, ma anche l'elaborazione di una strategia anticriminale il più possibile unitariamente pensata, così da garantire l'efficacia e la coerenza dei meccanismi repressivi[105].

---

102. Tra gli altri, sottolinea che «il nuovo diritto privato è eterodiretto, e diretto dal diritto comunitario e dalle direttive comunitarie» ALPA, Dalla tutela del consumatore alla tutela dell'utente. Il caso del turista, in La tutela del turista, a cura di G. Silingardi e V. Zeno Zencovich, Napoli, 1993, 20.

103. Sulle nozioni di «uniformazione», «armonizzazione», «unificazione» ecc. in ambito comunitario cfr., da ultimo, SANTA MARIA, Diritto commerciale comunitario, cit., 103 ss., e bibliografia ivi riportata a 107.

104. Ma anche talune forme di criminalità individuale. Cfr., a titolo esemplificativo, i rilievi di PERDUCA, Per un sistema coordinato di repressione dei reati economici all'interno della Comunità europea, in Rass. trib., 1992, n. 10, 17.

105. Cfr. BERNASCONI, Les infractions *transfrontières:* teworisme, *trafic* de stupéfiants, délits *financiers,* in Quelle politique pénale *pour l'Europe?,* a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1993, 75 ss.; GRASSO, L'incidenza del diritto *comunitario* sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?,

b) La seconda ragione è che la progressiva uniformizzazione di settori normativi sempre più vasti (si pensi, in particolare, alla normativa in tema di responsabilità del produttore, contratti, assicurazioni, banche, borsa, impresa, proprietà intellettuale e industriale, concorrenza)[106], se non accompagnata da risposte repressive altrettanto uniformizzate compromette l'eguaglianza tra gli operatori economici, alterando le condizioni del mercato[107]. È noto infatti che «il rispetto della legislazione del mercato interno rappresenta un costo diretto o indiretto per le impreses[108]; costo il quale potrebbe essere evitato, violando la normativa esistente, tutte le volte che il cosiddetto rischio-pena connesso alla violazione risulti essere talmente modesto da rendere quest'ultima economicamente conveniente[109]. Inoltre, in una prospettiva diversa ma complementare, è noto che differenti livelli di

---

cit., 65 ss. e, in particolare, 81 ss.; SALAZAR, La *Communauté* et le droit pénal, un parcours *d'obstacles,* in Quelle politique pénale pour *l'Europe?,* cit., 23 ss.; TIEDEMANN, La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1991, 515. Da ultimo, tuttavia, sottopone ad analisi critica l'«idea preconcetta))secondo la quale sarebbe necessario compensare il deficit di sicurezza derivante dall'apertura delle frontiere interne con una comunitarizzazione del diritto penale LABAYLE, *L'application* du *titre* VI du *Traité* sur *l'Union* européenne et la *matière* pénale, cit., 48 ss.

106. Cfr., tra gli altri, TASSONI, Verso un diritto privato comunitario (panorama della disciplina comunitaria in tema di diritto privato), cit., 205 ss.

107. In argomento cfr., in generale, Multinationale *Unternehmen* und *Strafrecht,* a cura di K.Tiedemann, 1980; *Criminalité* des affaires et Marché *commun,* cit., *passim;* BIANCONI, Legislazione penale e diritto comunitario, in Giust. pen., 1975, I, 237 ss.; DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale *all'interno* della Comunità europea, cit., 994; DE KEERSMAEKER, Relazione sulla *correlazione fra* il diritto comunitario e il diritto penale (Parlamento europeo, Documenti di seduta, 1976-1977, doc. 531176, 2 febbraio 1977), in Riv. dir. europeo, 1977, 204; DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, vol. I, Paris, 1990, 39-40; GRASSO, La tutela penale degli interessi delle Comunità europee, Catania, 1984, 133 ss.; LAFARGE-GENDREL, Le droit pénal *communautaire* du *travail, vue* de *l'esprit* ou réalité juridique?, in Mélanges offérts a G. Levasseur, Paris, 1992, in particolare 153; MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit., 61; NUVOLONE, Il diritto comparato quale mezzo di ricerca *nell'ambito* della politica criminale, in Indice pen., 1980, 5 ss.; RIGAUX, Mercuriale prononcée *au* cours de *l'audience* solennelle de rentrée de la Cour *d'Appel* de Liège de *1er septembre* 1972, in *Journal* des *Tribunaux,* 27.1.1973, n. 4813; SGUBBI, voce Diritto penale *comunitario,* cit., 101; SEVENSTER, *Criminal* Law and EC Law, cit., 65 ss.; TIEDEMANN, La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea, cit., 529.

108. «Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno)),cit., 2.

109. Ovviamente, il rapporto tra il costo economico derivante dal rispetto della normativa comunitaria e quello derivante dal pagamento (attuale o potenziale) della sanzione può essere calcolato con relativa facilità solo nel caso in cui la sanzione sia a contenuto pecuniario. Non è tuttavia escluso che il calcolo costi-benefici connessi alla violazione della normativa in questione possa essere effettuato anche in rapporto a sanzioni a contenuto non direttamente pecuniario o patrimoniale.

rischio-pena [110] possono tradursi in un diverso costo dei medesimi prodotti, data la possibilità di scaricare su questi ultimi le sanzioni cui si è stati o si può essere condannati nel caso di mancato rispetto della normativa comunitaria. In questa prospettiva, ad esempio, la diversa disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche riscontrabile nei Paesi dell'Unione europea [111], potrebbe essere almeno in parte controbilanciata dalla creazione di ulteriori sanzioni pecuniarie comunitarie a carico delle società [112], così da rendere tendenzialmente omogenei i carichi sanzionatori previsti all'interno dei singoli Stati nell'ambito del diritto penale dell'impresa.

c) La terza ragione è che la legislazione comunitaria in generale, e in particolare i settori di essa incidenti sul diritto commerciale in senso ampio (nel quale intendiamo ricomprendere, come detto, tutti i settori normativi volti a disciplinare il commercio nei suoi diversi aspetti), non mirano soltanto a garantire il rispetto del principio di libera circolazione, ma si prefiggono altresì di tutelare taluni beni-interessi fondamentali, quali la salute individuale e pubblica, la protezione dell'ambiente, la protezione dei consumatori [113]. Da ciò discende che un eventuale, significativo squilibrio dei livelli sanzionatori previsti in caso di violazione delle norme in questione potrebbe tradursi in un corrispondente (e intollerabile) squilibrio dei livelli di tutela esistenti nei singoli Stati dell'Unione europea in relazione ai suddetti beni-interessi.

d) La quarta ragione si ricollega al principio di certezza del diritto, per ovvie ragioni particolarmente importante in materia sanzionatoria. Al riguardo, può essere osservato che le disomogeneità riscontrabili nelle discipline penali (o punitivo-amministrative) dei diversi Stati si prestano ad ingenerare negli operatori economici forme di insicurezza e timore, sino ad

---

110. Costo precalcolabile ove risulti possibile valutare approssimativamente sia la probabilità percentualistica di essere scoperti e condannati in caso di violazione della normativa vigente, sia l'entità della relativa pena.

111. Responsabilità riconosciuta in Francia, Gran Bretagna, Olanda, mentre altri Stati, quali innanzitutto la Germania, prevedono a carico delle persone giuridiche specifiche sanzioni pecuniarie. Cfr., in prospettiva comparatistica, DELMAS-MARTY, *Droit* pénal des *affaires,* vol. I, Paris, 1990, 120 ss.; DE SIMONE, Il nuovo codice penale francese e la responsabilità penale delle personnes morales, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 189 ss.; nonché, più recentemente e per tutti, WELLS, *Corporations* and Criminal *Responsability,* Oxford, 1993; TIEDEMANN, La responsabilità *penale* delle persone giuridiche nel diritto comparato, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 615 ss. Con riferimento alle nuove sanzioni previste in Germania a carico delle persone giuridiche, cfr. FORNASARI, Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia, in *Riv.* trim. dir. pen. econ., 1994, 743 ss.

112. Cfr., per tutti, DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale all'interno della Comunità europea, cit., 971.

113. Cfr. «Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno», cit., 2.

indurli talora a rinunciare a quelle operazioni di cui riesce difficile valutare la liceità, a causa della diversità degli ordinamenti punitivi nazionali[114]. Emblematici, in questo senso, i problemi posti dalle diverse discipline in tema di responsabilità degli enti; problemi resi particolarmente complessi dalle profonde differenze esistenti fra gli Stati membri in merito già alle stesse condizioni richieste per la sussistenza della personalità giuridica, con conseguente estrema difficoltà di valutare le risposte sanzionatorie connesse, all'interno dei singoli Paesi CE, ai fatti illeciti realizzati dalle persone giuridiche straniere[115].

In una diversa prospettiva, poi, il principio di certezza in materia penale sembra offrire ulteriori argomenti a favore dell'attribuzione di competenze penali settoriali alla Comunità. Infatti, solo attraverso l'acquisizione di una siffatta competenza potrebbe essere superata l'artificiosa scissione tra precetti comunitari e sanzioni nazionali, e dunque eliminato il ricorso obbligatorio alla tecnica legislativa «del rinvio» in relazione ai regolamenti comunitari. È noto infatti che tale tecnica, se in certi casi risulta ammissibile[116] e addirittura consigliabile, in altri casi appare ricca di controindicazioni[117]. In particolare, tale tecnica rende sovente ostica l'accessibilità del precetto[118] e la sua stessa conoscibilità, dato che il precetto comunitario risulta talora privo della chiarezza e precisione che dovrebbe contraddistinguere i precetti penali[119]. Per di più, la tecnica del rinvio pone anche problemi in caso di successione di norme comunitarie, dato che in questo caso può determinarsi la modificazione «occulta» del precetto.

---

114. Cfr., *mutatis* mutandis, i rilievi di IUDICA, Per un diritto europeo di principi generali, in Le ragioni del diritto. *Scritti* in onore di L. Mengoni, vol. III, Milano, 1995, 1973.

115. Cfr., ad esempio, DELMAS-MARTY, Personnes *morales* étrangères et *françaises* (Questions de droit pénal international), in Revue des societés, 1993, 255 ss.

116. Con particolare riferimento alle norme comunitarie integratrici cfr., limitatamente al Sistema italiano, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 292 ss.; limitatamente al sistema tedesco, DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale *all'interno* della Comunità europea, cit., 976 ss.; limitatamente al sistema francese, HUET, KOERING-JOULIN, Droit *pénal international,* cit., 153 ss.

117. Cfr., in particolare, PALAZZO, Tecnica legislativa e *formulazione* della *fattispecie* penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, in Cass. pen., 1987, 230 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PEDRAZZI, Problemi di tecnica legislativa, in Comportamenti economici e legislazione penale, Milano, 1979, 34 ss.; STORTONI, Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale, in Verso un nuovo codice penale, Milano, 1993, 435 ss.

118. Cfr., volendo, BERNARDI, La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare, in Riv. trim, dir. pen. econ., 1994, 51 ss.

119. Cfr. sul punto DANNECKER, *El* derecho alimentario aleman, relazione al seminario La utilisacion de sanciones penales y administrativas en la *regulacion* de la produccion y *comercializacion* de *alimentos* en *los* estados *miembros* de la *Union* Europea (Madrid, 24-26 febbraio 1994), 5 del testo dattiloscritto (ora pubblicato in *Alimentalex,* 1994, n. 11); TULKENS, Les fraudes *communautaires:* un *observatoire* pénal européen, cit., 219.

e) La quinta ed ultima ragione, atta a suggerire non solo una armonizzazione, ma una vera e propria comunitarizzazione della disciplina penale nei settori di competenza comunitaria, discende dagli squilibri d'ordine per così dire «temporale»determinati dal permanere in capo agli Stati membri del monopolio penale nei suddetti settori. Infatti, in tutti i casi in cui la legislazione penale interna non contenga già fattispecie direttamente applicabili a tutela delle disposizioni comunitarie di nuova introduzione[120], la possibilità di reprimere in sede penale i comportamenti contrari a tali disposizioni sarà di regola vincolata al successivo varo di norme penali *ad hoc*[121], o comunque alla modifica della normativa penale preesistente. Data la ben nota lentezza dei processi di produzione legislativa, potranno così aversi sfasature di mesi ed anche di anni tra creazione del precetto comunitario direttamente applicabile e previsione della relativa norma sanzionatoria interna[122].

12. – Se dunque numerose appaiono le ragioni d'ordine funzionale atte a giustificare il potenziamento del processo di europeizzazione del diritto penale, un'ulteriore giustificazione alla realizzazione di un siffatto processo potrebbe rinvenirsi, paradossalmente, nello stesso principio comunitario di sussidiarietà.

Concepito, secondo la prevalente accezione conferitagli dalla tradizione costituzionale degli Stati federali, quale limite generale alla dilatazione delle competenze dell'Entità maggiore (nel nostro caso la Comunità europea) ed alla corrispondente compressione delle competenze dell'Entità minore (nel nostro caso gli Stati membri)[123], il principio in questione presenta in realtà, come noto, una ambivalenza di significati capace di trasformarlo in uno «strumento giustificativo di un'ulteriore espansione degli interventi comunitari anche in aree sin qui riservate alle singole sovranità statuali»[124].

---

120. Nei casi in cui, cioè, i testi penali preesistenti non «siano concepiti in termini talmente generali da potersi applicare anche alla tutela degli interessi originati dalla normativa comunitaria, senza necessità di correzioni o aggiustamenti». GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 173.

121. Cfr., ad esempio, PUECH, Droit pénal général, cit., 39, n. 94.

122. Cfr., da ultimo, HUET, KOERING-JOULIN, Droit pénal *international,* Paris, 1994, 155.

123. In questo senso, individua nel principio di sussidiarietà un ostacolo all'unificazione del diritto a livello comunitario MENGONI, L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, in «*Saggi,* conferenze e seminari», n. 7, del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1993, 13 ss. Nello stesso senso, e con specifico riferimento al diritto punitivo, cfr. DÌEZ-PICAZO, Derecho comunitario y medidas sancionatorias, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, 306.

124. CARETTI, Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale, in Quaderni cost., 1993, 8. Cfr. altresì, per tutti e con diverse sfumature, CHITI, Il Trattato *sull'Unione* Europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, 351; SNYDER, «*Soft Law*»*e* prassi istituzionale nella Comunità europea, in Dir. *soc.,* 1993, 83 ss.; STROZZI, Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'integration *euro*péenne, une enigme et beaucoup *d'attentes,* in Rev. trim. dr. eur., 1994, 273 ss.

Pertanto, complice il fatto che nei Trattati non è rinvenibile un'esatta ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri e non sono sanciti eventuali limiti al processo d'integrazione, non sembra del tutto improprio ritenere che la constatazione dell'attuale inadeguatezza «funzionale» di una risposta punitiva su scala meramente nazionale potrebbe, attraverso il filtro del principio di sussidiarietà, suggerire alle Comunità forme di ingerenza nel settore sanzionatorio sempre più penetranti [125], e financo forme di unificazione punitiva settoriale. In questo senso il diritto commerciale, in ragione del suo accentuatissimo livello di comunitarizzazione, potrebbe costituire un campo di prova privilegiato all'interno del quale verificare i vantaggi e gli svantaggi connessi alla predisposizione di un sistema sanzionatorio fortemente armonizzato o addirittura uniforme [126]. Certamente, a trarre giovamento da un siffatto processo di uniformazione sanzionatoria sarebbe innanzitutto l'effetto di «orientamento culturale» dei cittadini, nel quale trova espressione la cosiddetta funzione di «prevenzione generale positiva))della pena. Funzione, questa, viceversa potenzialmente compromessa da una diversità di risposte sanzionatorie scarsamente giustificabile [127] all'interno di uno «spazio europeo» ormai sotto molti profili tendenzialmente omogeneo, e per di più in relazione ad un settore del diritto (quello commerciale, appunto) caratterizzato come detto [128] da una certa qual «insensibilità» rispetto alle tradizioni nazionali.

III. Le prospettive di *armonizzazione/unificazione* del diritto penale commerciale

13. – Si è visto nei precedenti paragrafi come molteplici ragioni d'ardine funzionale portino ad auspicare – specie nei settori normativi maggior-

---

125. Cfr. per taluni spunti in argomento, SALAZAR, Diritto penale e diritto comunitario: *la* strana coppia, in Cass. pen., 1992, m. 904, 1661; DÍES-PICAZO, Derecho comunitario y *medidas* sancionatorias, cit., 314. Da ultimo, con specifico riferimento al principio di sussidiarietà, si esprime a favore dell'attribuzione della competenza penale alla Comunità europea, sia pure limitatamente alla repressione di particolari categorie di illeciti, THEATO, Le *parlement* européen et *la* coopération *judiciaire* au *titre* de *la* protéction des *intérêts* financiers de la *Communauté,* relazione dattiloscritta al Convegno «*Coopération judiciaire* en Europe: aspects *opérationnels*» (Sirmione, 6-7 luglio 1995).

126. Cfr. DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale all'interno della Comunità europea, cit., 994.

127. Cfr., per talune osservazioni al riguardo, CIESLAK, Les perspectives *d'unification* du droit penal. Signification, possibilités et difficultés, in Le nuove frontiere del diritto e il problema *dell'unificazione,* Milano, 1979, 157; SIEBER, Unificazione europea e diritto penale europeo, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1991, 982; TSITSOURA, Faut-il un droit pénal européen?, In Pouvoirs, 1990, n. 55, 139.

128. Cfr., supra, par. 10, lett. b).

mente esposti all'incidenza comunitaria - un processo di ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali assai più penetrante di quello finora realizzato, e financo ad ipotizzare l'introduzione di un vero e proprio sistema penale comunitario, non necessariamente escluso dal principio di sussidiarietà.

Tuttavia, secondo quanto già accennato, i suddetti processi sono ostacolati da forze inerziali radicantisi nella stessa sovranità statuale, e nell'assetto costituzionale attraverso il quale essa si esprime. Inevitabilmente, un programma di europeizzazione del diritto sanzionatorio, sia pure circoscritto a pochi, specifici campi normativi, non può realizzarsi in tempi brevi e per mezzo di poche e radicali trasformazioni. Esso sembra piuttosto richiedere una ((politicadei piccoli passi., perseguita privilegiando il ricorso a meccanismi ed interventi normativi capaci, al contempo, di riflettere e stimolare il mutamento della tradizionale cultura giuridico-penale di matrice statualista. Verosimilmente, solo in tal modo potranno crearsi i presupposti dai quali, se del caso, muovere per ulteriori, più radicali e significative riforme in senso europeistico.

In questa sede ci si prefigge, innanzitutto, di esaminare i metodi e gli strumenti attraverso i quali realizzare, *nel permanere dell'attuale contesto politico-istituzionale,* una incisiva armonizzazione/uniformazione delle discipline sanzionatorie in ambito commerciale. Mentre ci si limiterà solo ad accennare alle ulteriori riforme necessarie a realizzare una vera e propria unificazione del diritto penale commerciale e del diritto penale *tout court*[129]; riforme le quali sembrano peraltro presupporre, verosimilmente, una evoluzione della Comunità in senso federalista.

Occorre comunque subito precisare che non solo i processi di unificazione penale ipotizzabili previa modifica dell'odierno quadro istituzionale, ma anche quelli di armonizzazione punitiva realizzabili nel permanere dell'attuale assetto comunitario, appaiono fortemente condizionati dagli esiti dell'incontro/scontro tra sistema comunitario e Stati-nazione, tra pulsioni integratrici e mantenimento delle prerogative sovrane nazionali[130].

14. – È dunque giunto il momento di esaminare i meccanismi atti a favorire una più penetrante armonizzazione/uniformazione delle discipline sanzionatorie nazionali in ambito commerciale, ed al contempo compatibili con l'attuale ordine comunitario. Al riguardo, verranno analizzati prima i meccanismi capaci di realizzare le forme di integrazione sanzionatoria più intense, e poi quelli attraverso i quali perseguire o stimolare processi di

---

129. Sul tema dell'unificazione penale europea cfr., volendo, BERNARDI, Verso una *codificazione* penale europea? Ostacoli e prospettive, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* - Scienze giuridiche, Saggi III, 1996, *passim*.

130. Cfr. TIZZANO, Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura del*l'unione* europea, in Foro it., IV, 227.

armonizzazione punitiva atti a sacrificare in misura minore il potere discrezionale degli Stati, o addirittura privi di vincolatività.

Poste queste premesse, nella prospettiva di una tutela omogenea del diritto commerciale di fonte comunitaria, il primo meccanismo cui fare cenno è senz'altro quello costituito dal ricorso alle sanzioni amministrative comunitarie, delle quali si è in precedenza ricordata l'attitudine a realizzare forme di assai penetrante armonizzazione sanzionatoria, se non addirittura di vera e propria unificazione punitiva[131].

Vero è che, per quanto concerne l'estensione della competenza delle Comunità in merito a tali sanzioni, l'interpretazione sistematica delle fonti comunitarie non conduce a risultati univoci[132], cosicché si è giunti sino a negare una generale potestà sanzionatoria delle Comunità europee[133]. E tuttavia, alla luce di una nutrita serie di dati testuali (previsti innanzitutto negli artt. 40 e 172 Tr. CE), e sull'onda della stessa giurisprudenza comunitaria[134], la migliore dottrina[135] ritiene che già da ora sia possibile parlare di un vero e proprio sistema sanzionatorio amministrativo a carattere sovrastatuale; sistema nell'ambito del quale le istituzioni della Comunità appaiono legittimate a comminare sanzioni ogniqualvolta la normativa comunitaria consenta ad esse di prendere «tutte le misure necessarie))owero «ogni disposizione utile» per il raggiungimento degli obiettivi comunitari[136].

Aderendo a questa tesi, sembrerebbe pertanto possibile ipotizzare nei diversi settori del diritto commerciale, ed innanzitutto nel diritto dell'im-

---

131. Cfr., supra, par. 6, lett. c2).

132. Cfr., ad esempio, SIEBER, Unificazione europea e diritto penale europeo, cit., 976; VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, cit., 164; BIANCARELLI, L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions?, cit., 265.

133. Cfr., in proposito, DÍES-PICAZO, *Derecho comunitario y medidas sancionatorias, cit., 305 ss. Cfr. altresì, problematicamente, VERVAELE, Fraudes communautaires et sauvegarde du droit communautaire: vers un droit pénal européen des affaires?, in Déviance et societé, 1994, n. 18, 202 ss.; VOGEL, Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, in DieBekä mpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, a cura di G. Dannecker, Koln, 1993,* 185.

134. Cfr. Corte di giustizia, sent. 27 *ottobre 1992, causa 240190 (Germania* c. *Commissione CEE), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993, 549 ss.; sent. 12 ottobre 1995, causa 104194* (Cereol *Italia).*

135. Cfr., per tutti e con diverse sfumature, SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour, cit., 3 *ss.; TESAURO, Interconnession entre le ler pilier et le 3ème pilier du Traité de Maastricht, cit., 5 ss. del testo dattiloscritto; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., 220 ss. e bibliografia ivi riportata VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, cit., in particolare 199 ss.*

136. Cfr., da ultimo e per tutti, GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, cit., 745, e bibliografia ivi riportata; SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour, cit., 7.

presa, un ricorso alle sanzioni comunitarie più frequente di quello oggi riscontrabile. Al riguardo, utili indicazioni potrebbero essere ricavate dall'esame delle sanzioni a carattere *lato sensu* patrimoniale o interdittivo previste a partire dalla fine degli anni '80 in numerosi regolamenti adottati in materia di agricoltura o di pesca[137], e inflitte dalle autorità amministrative degli Stati membri[138]. Anche se, per vero, si tratterebbe solo di indicazioni oltremodo generiche, stanti le indubbie diversità riscontrabili tra gli illeciti peculiari del sistema commerciale e gli illeciti in funzione dei quali tali sanzioni sono state sinora introdotte (concernenti essenzialmente ipotesi di frode nelle sovvenzioni comunitarie).

È doveroso tuttavia sottolineare che l'esistenza di un vero e proprio sistema punitivo comunitario capace di accogliere al suo interno una variegata tipologia di sanzioni, non implica l'auspicio di un uso inflazionato di queste ultime. Al contrario, il ricorso alle sanzioni comunitarie dovrebbe essere effettuato in modo assai oculato, nel rispetto cioè non solo del principio di proporzionalità[139], ma anche di quello di necessità sotteso all'intervento della Comunità[140]. Senza contare che l'ambito d'applicazione di tali sanzioni risulta ovviamente circoscritto ai settori rispetto ai quali gli organi comunitari siano dotati di potere regolamentare, in quanto solo all'interno di tali atti possono essere previste le sanzioni in questione.

Infine, non si può fare a meno di ricordare come la valutazione positiva di un ricorso «ponderato»a tali sanzioni risulti parzialmente attenuata dalla sussistenza di due distinti problemi: *a)* quello connesso alla diversità delle discipline punitivo-amministrative previste nei diversi Stati[141], nei casi in cui tali sanzioni siano applicate dalle autorità amministrative naziona-

---

137. Cfr., *supra*, par. 8, nota 75.

138. Conformemente a quanto previsto dall'art. 4, par. 3, della «proposta di regolamento (CEE) del Consiglio relativo ai controlli e alle sanzioni nelle politiche comuni dell'agricoltura e della pesca» presentata dalla Commissione al Consiglio il 21 maggio 1990, in GUCE C 137/11.

139. Sul principio di proporzionalità dell'azione comunitaria cfr. AMADEI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione comunitaria*, in *Il Trattato di Maastricht*, a cura di M. R. Saulle, Napoli, 1995, 31 ss.; DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 1995, 25 ss. Da ultimo, l'art. 2 del succitato reg. (CE, EURATOM) N. 2988195 del Consiglio del 18 novembre 1995 stabilisce che le sanzioni amministrative comunitarie (al pari delle sanzioni nazionali previste in caso di violazione delle norme comunitarie) «devono avere carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo».

140. Sul principio di necessità delle sanzioni amministrative comunitarie cfr., da ultimo, SCHOCKWEILER, *La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour*, cit., 7; MISSIR DI LUSIGNANO, *La protection des intérêts financiers de la Communauté. Perspectives et réalités*, cit., par. 2.3.1. Nella normativa comunitaria cfr. altresì l'art. 2 del succitato reg. 2988195.

141. In merito a tali diversità cfr., diffusamente e per tutti, *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. *I, National reports*, e vol. II, *Summary reports*, Bruxelles-Luxembourg, 1994.

li[142]; *h)* quello relativo all'eventuale cumulo tra sanzioni comunitarie e sanzioni nazionali, nei casi in cui lo stesso fatto sia astrattamente assoggettabile ad entrambe le catagorie di sanzioni.

a) Con riferimento al primo problema, in questa sede basterà ricordare che dalla mancanza di uniformità da uno Stato all'altro della disciplina delle sanzioni amministrative, specie in materia di elemento soggettivo, di concorso di persone e di commisurazione, potrebbero discendere profonde differenze in sede di concreta applicazione delle sanzioni in questione[143], con conseguente vanificazione di ogni uguaglianza di trattamento. Tuttavia, come a suo tempo ricordato[144], almeno i fondamentali principi elaborati dal diritto comunitrario in relazione alle sanzioni amministrative comunitarie devono essere rispettati dagli organi nazionali deputati ad applicarle, Si allude, essenzialmente, sia ai principi sviluppati dalla Corte di giustizia[145] sia a quelli sanciti da taluni atti comunitari, e in particolare dal già ricordato reg. 2988/95, il quale, nella consapevolezza che «occorre stabilire regole generali da applicarsi a tali sanzioni», detta nel suo titolo secondo talune disposizioni atte ad uniformizzare almeno in parte la disciplina delle sanzioni in questione.

b) Con riferimento al secondo problema, va ricordato che il principio del «*ne bis in idem*» viene accolto solo in alcuni degli Stati dell'Unione europea: con conseguente rischio che il medesimo illecito, astrattamente assoggettato sia a sanzioni comunitarie sia a sanzioni nazionali, venga punito in taluni Paesi esclusivamente con le sanzioni comunitarie[146], mentre in altri Paesi venga assoggettato ad un cumulo di sanzioni comunitarie ed interne; cumulo peraltro temperato dall'applicazione del principio di proporzione da parte degli organi competenti[147].

Vero è che, secondo taluni, la giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 5 Tr. CE, imponendo agli Stati di colpire le violazioni del diritto cornunitario con sanzioni analoghe a quelle previste per le corrispondenti violazioni del diritto interno[148], verrebbe di fatto a sancire l'obbligo di irrogare comunque le sanzioni nazionali anche ove siano (o debbano essere) appli-

---

142. Cfr., supra, par. 6, lett. *c2)* e *c3)*.

143. Cfr. GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, cit., 763.

144. Cfr., supra, par. 6, lett. *c2)*.

145. Cfr., per tutti, TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., 221 ss.

146. Le quali prevarrebbero su quelle nazionali in virtù del primato del diritto comunitario.

147. Cfr., supra, par. 6, lett. *c3)*, nota 62.

148. Cfr. altresì, limitatamente alle frodi comunitarie, l'art. 209A Tr. CE. Infine, il criterio di duplicazione della sanzione veniva esplicitamente sancito dal Rapport à la *Commission* sur l'hawnonisation des *contrôles* dans le *domaine* de *la* Pac (doc. *XX* B 2, D 2112 del 13 giugno 1990); nonché dall'art. 5 della «Propostadi regolamento (CEE) del Consiglio relativo ai controlli e alle sanzioni nelle politiche comuni dell'agricoltura *e* della pesca», cit.

cate sanzioni comunitarie; verrebbe cioè a sancire l'obbligo della doppia sanzione anche all'interno degli Stati che si informano al principio del «*ne bis in idem*»[149].

Tuttavia – in virtù del succitato principio di proporzione delle conseguenze punitive derivanti dalla commissione di un medesimo fatto – l'eventuale accoglimento della tesi che esclude l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* non basta certo a risolvere ogni problema. Tale tesi, al contrario finisce col porre a carico di tutte le autorità giurisdizionali e amministrative nazionali il compito di ((ridurre equitativamente» le sanzioni penali o amministrative interne irrogate in relazione a fatti già sanzionati a livello comunitario. Compito questo che, a tacer d'altro, potrebbe diventare pressoché insolubile nei casi in cui la normativa nazionale non attribuisca a tale autorità, in sede di commisurazione della sanzione, ambiti di discrezionalità tali da permettere le diminuzioni di pena imposte «in via equitativa» dal principio di proporzionalità[150].

Da ultimo, il problema qui affrontato ha assunto profili parzialmente differenti in forza del succitato reg. 2988/95, il quale da un lato si rivela tendenzialmente contrario al cumulo tra sanzioni amministrative comunitarie e sanzioni penali nazionali (cfr. decimo considerando), dall'altro lato prevede che l'imposizione delle sanzioni pecuniarie comunitarie[151] «può essere sospesa con decisione dell'autorità competente qualora sia stato avviato, per gli stessi fatti, un procedimento penale contro la persona interessata» (art. 6, n. 1); salvo poi precisare che il procedimento amministrativo sarà ripreso una volta concluso quello penale, sino all'irrogazione di una sanzione amministrativa comunitaria quantificata tenendo eventualmente conto di qualsiasi sanzione irrogata dall'autorità penale per gli stessi fatti alla stessa persona))(art. 6, n. 4).

---

149. Secondo tale dottrina l'esclusione del principio del «ne bis in idem» discenderebbe, ancora una volta, dal primato del diritto comunitario sul diritto interno, con conseguente prevalenza del principio comunitario della doppia sanzione, anche nei Paesi in cui al principio del «ne bis in idem» sia riconosciuto rango costituzionale. Cfr., da ultimo, VOGEL, *Frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee (Sulle proposte della Commissione formulate in data 7.7.1994 a tutela degli interessi finanziari delle Comunità), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995, 620-621. Cfr. altresì, per* taluni *spunti al riguardo,* GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, cit., 761 ss. Nonché, amplius e* problematicamente, *Rapport de synthèse sur les systèmes de sanctions administratives des Etats membres des Communautés européennes, in The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, vol.* II, *Summary Reports, cit., 87-88 e 94 ss.*

150. Cfr., specificamente, BERNARDI, *«Principi di diritto» e diritto penale europeo, cit., 204; nonché, da ultimo,* GRASSO, *Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien, in The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, vol. I, National Reports, cit., 294.*

151. Non invece l'imposizione delle ulteriori tipologie di sanzioni amministrative comunitarie previste dall'art. 5 di tale regolamento.

15. – Sempre nella prospettiva dell'individuazione dei meccanismi funzionali ad una progressiva eliminazione delle differenze riscontrabili tra gli Stati membri in relazione alla disciplina sanzionatoria del settore commerciale (e più in generale dei settori normativi maggiormente soggetti all'influsso comunitario), un ulteriore meccanismo compatibile con l'attuale assetto istituzionale potrebbe consistere nel ricorso ai regolamenti o alle direttive d'armonizzazione *ex* art. 100 ss. Tr. CE. Meccanismo, del resto, non completamente ignoto al legislatore comunitario, come dimostrano al riguardo gli atti – per vero poco numerosi – in precedenza ricordati[152].

In questo senso, gli organi comunitari potrebbero non limitarsi a esplicitare in forma generica quegli obblighi di sanzione[153] cui, tra l'altro, gli Stati risultano ormai comunque tenuti in base agli sviluppi giurisprudenziali del principio di fedeltà comunitaria previsto dall'art. 5 Tr. CE, così come potrebbero non limitarsi a precisare gli elementi costitutivi degli illeciti comunitari destinati ad essere perseguiti all'interno dei singoli Stati. Essi, in altre parole, potrebbero ricorrere ai regolamenti e alle direttive per armonizzare anche le risposte sanzionatorie nazionali, indicando la tipologia e l'entità delle sanzioni da irrogarsi in caso di violazione dei precetti ivi contenuti[154].

Certamente, la distinzione tra regolamenti e direttive, in teoria assai netta, sembra qui divenire oltremodo evanescente[155], dato che entrambe le suddette categorie di atti comunitari postulano, in tal caso, norme nazionali di attuazione vincolate nel loro contenuto sanzionatorio. E tuttavia, nonostante l'apparente indifferenza del tipo di atto impiegato, e a dispetto del parere di una parte rninoritaria della dottrina[156], la direttiva dettagliata sembrerebbe essere senz'altro lo strumento più facilmente utilizzabile al fine di armonizzare le sanzioni all'interno dei singoli Stati. Ciò, tenuto conto sia del fatto che, in linea generale, le disposizioni del Trattato CE sulla cui base si fonda il potere comunitario di armonizzare le legislazioni nazionali prevedono la direttiva quale prioritario meccanismo per realizzare tale scopo (mentre solo eccezionalmente consentono di ricorrere a regolamenti o a raccomandazioni); sia del fatto che, nello specifico settore commerciale, la direttiva risulta come noto l'atto maggiormente utilizzato, per di più soven-

---

152. Cfr., supra, par. 6, lett. b).

153. Cfr., ad esempio, art. 6, reg. 1588/90 dell'11 giugno 1990, in GUCE, L151 del 15 giugno 1990.

154. Favorevole a tale soluzione è la prevalente dottrina penalistica. Cfr., per tutti, GRASSO, L'incidenza *del* diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?, cit., 90; SEVENSTER, Criminal Law and EC Law, cit., 67; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., 211 e bibliografia ivi riportata.

155. Cfr., sia pure in una più generale prospettiva, DRAETTA, Elementi di diritto comunitario. *Parte* istituzionale, Milano, 1994, 196 e 199; RIDEAU, *Droit* institutionnel de *l'Union* et des *Communautés* européennes, Paris, 1994, 107.

156. La quale tenderebbe a privilegiare, a fini di armonizzazione sanzionatoria, lo strumento del regolamento. Cfr., supra, par. 6, lett. *b*), nota 54.

te in quella forma «particolareggiata» richiesta, appunto, nel caso si persegua una penetrante, ancorché settoriale, armonizzazione dei regimi punitivi nazionali.

Secondo larga parte della dottrina, ciò che potrebbe consentire alla direttiva di assumere un ruolo assai significativo nel processo di armonizzazione punitiva sarebbe la sua ritenuta utilizzabilità anche con specifico riferimento alle *sanzioni penali*. Come più volte ripetuto, infatti, il mancato riconoscimento alle Comunità della competenza penale è da ascriversi anche e soprattutto al *deficit* democratico degli organi legislativi comunitari, incompatibile col principio di legalità/riserva di legge previsto in materia penale nella massima parte delle Costituzioni dei Paesi membri[157]. È da ricondursi, cioè, alla concezione secondo la quale la potestà penale deve essere attribuita solo ad organi dotati di quella legittimazione democratica di cui il Consiglio CE risulta senz'altro carente[158]. Senonché, per l'appunto, la prevalente dottrina ritiene che il principio di legalità/riserva di legge non sarebbe violato nel caso in cui il processo di ravvicinamento penale in ambito comunitario venisse perseguito attraverso lo strumento delle direttive d'armonizzazione di cui agli artt. 100 ss. Tr. CE. In questo caso, infatti, i contenuti penali delle direttive risulterebbero recepiti nei singoli ordinamenti per mezzo di un apposito atto legislativo interno[159], cosicché in as-

---

157. Cfr., ad esempio, gli artt. 7 Cost. greca, 25 Cost. italiana, 29 Cost. portoghese, 25 Cost. spagnola, 103 Cost. tedesca. Si può quindi parlare, in proposito, di un principio costituzionale comune alla massima parte degli Stati membri, in quanto tale necessariamente ricompreso tra i principi impliciti del diritto comunitario. In argomento cfr., anche per i relativi riferimenti bibliografici, ADINOLFI, I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, 521 ss.; BERNARDI, «*Principi di diritto*» e diritto penale europeo, cit., 103 e 177 ss.; ID., Sulle funzioni dei principi di diritto penale, cit., 100 ss.; GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali *nell'ordinamento* comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in Riv. int. dir. uomo, 1991, in particolare 623 ss.

158. Cfr., a titolo esemplificativo, PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, cit., 613; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., 11; TESKE, Die *Sanktion* von *Vertragsverstößen* im *Gemeinschaftsrecht,* in *EuR,* 1992, 265 ss.

159. Cfr. BERNARDI, ((Principidi *diritto*» e diritto penale europeo, cit., 163 ss. e bibliografia ivi riportata; DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale, cit., 987; ID., *Strafrecht* der Europaischen Gemeinschaft, cit, 58 ss., e relativa bibliografia; FORNASIER, Le pouvoir repressif des Communautes européennes et la protection de leurs *intérêts* financiers, cit., 413; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., 92 ss. e 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PEDRAZZI, Il rawicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea, in Indice pen., 1967, cit., 328 ss. *Contra,* PATRONO, *Diritto* penale dell'impresa e interessi umani fondamentali, Padova, 1993, 154. Sul punto cfr. altresì, da ultimo e problematicamente, HUET, KOERING-JOULIN, *Droit pénal international,* cit., 149, con ulteriori riferimenti bibliografici; VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, cit., 174.

senza di tale atto non sorgerebbe alcuna responsabilità penale in capo al soggetto agente[160].

Se, dunque, l'esclusione di direttive destinate a porre precisi vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali in materia penale non sembra potersi giustificare in base ad argomenti fondati sul principio di legalità, resta comunque il fatto che sino ad oggi non è stata varata nessuna direttiva la quale preveda esplicitamente sanzioni di tipo criminale. Anche se, per vero, non mancano direttive le quali, pur senza contenere precisi obblighi d'incriminazione, tendono in modo abbastanza esplicito a suggerire forme di tutela di natura penale. Così, ad esempio, nella direttiva 89/592 in tema di *insider trading* gli artt. *6* e 10 fanno riferimento, rispettivamente, alla possibilità per gli Stati di «stabilire disposizioni più severe di quelle previste dalla presente direttiva», ed alla utilizzabilità di talune informazioni «nell'ambito di procedimenti giudiziari di carattere penale»[161]; mentre nel preambolo della direttiva 911309 si afferma che «il riciclaggio deve essere combattuto prevalentemente con strumenti di natura penale».

Con ogni probabilità, i più seri ostacoli alla creazione di vincoli comunitari rispetto alle scelte penali nazionali sembrano oggi ascrivibili, più che al principio di legalità-riserva di legge, al principio di sovranità nazionale, di cui le prerogative penali sono tradizionalmente considerate un immediato riflesso[162]. Tuttavia, è senz'altro auspicabile che, una volta acquisita la consapevolezza dell'importanza di una effettiva armonizzazione sanzionatoria a livello comunitario, i rappresentanti degli Stati all'interno del Consiglio CE cessino di farsi scudo della riserva di sovranità nazionale in materia criminale per opporsi alle direttive d'armonizzazione a carattere penale. Senza con questo auspicare un ricorso inflazionato a siffatte direttive, è da ritenersi che anche attraverso tali strumenti possa essere perseguito un efficace ravvicinamento delle scelte penali nazionali nei settori del diritto più aperti all'incidenza comunitaria.

16. – Proseguendo nella disamina dei metodi utilizzabili per garantire un ulteriore ravvicinamento delle discipline sanzionatorie nazionali poste a

---

160. Dovendosi escludere che una direttiva inattuata possa determinare il sorgere di una responsabilità penale nei confronti di chicchessia. Cfr. Corte di giustizia, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, (Kolpinghius Nijmegen B V), in Racc., 1987, 3986 ss.; sent. 13 novembre 1990, causa 331188, (Fedesa), in Racc., 1990, 4023 ss.

161. Cfr. MANACORDA, *L'efficacia* espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit., 65.

162. In merito alla concezione secondo la quale il monopolio in capo agli Stati delle scelte penali costituirebbe una conseguenza immediata della sovranità cfr., con varietà d'accenti, DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale, cit., 961; PAGLIARO, Limiti *all'unificazione* del *diritto* penale europeo, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, 203; SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, cit., 91 ss.; TIEDEMANN, La *protéction* pénale des *intétêts* financiers de la *Communauté,* in La protéction juridique des *intétêts* financiers de la *Communauté,* cit., 158,

tutela dei precetti comunitari in materia (anche, ma non solo) commerciale, occorre ora prendere in considerazione le possibilità offerte dall'attività decisionale della Corte di giustizia.

Certamente, anche in questo caso non si tratta di ipotizzare il ricorso a strumenti di nuovo tipo. Che anzi, come in precedenza accennato[163], la Corte ha sviluppato già da tempo una giurisprudenza atta a comprimere la discrezionalità degli Stati nelle scelte punitive; giurisprudenza, questa, incentrata essenzialmente sul ricorso combinato a taluni principi in materia di diritti fondamentali contenuti nei trattati ed al principio «non scritto» di proporzione. In particolare, attraverso l'interpretazione in chiave proporzionalistica dell'art. 5 Tr. CE la Corte di giustizia è giunta ad imporre agli Stati l'adozione di soluzioni punitive conformi ai tre parametri dell'effettività, dissuasività e proporzionalità[164]; precisando inoltre che non esistono giustificazioni di alcun tipo che possano consentire il permanere di una disciplina sanzionatoria nazionale inadeguata in relazione ai suddetti parametri[165].

Per quanto poi concerne specificamente il parametro della proporzionalità, merita di essere sottolineato come la Corte di giustizia tenda a ricavarlo facendo ricorso a tutta una serie di specifici criteri, quali innanzitutto la natura o la gravità dell'illecito[166], ma anche l'effettiva pericolosità dell'autore[167], la concordanza delle pene comminate alle diverse categorie di soggetti (cittadini o stranieri CE) autori dello stesso fatto[168], ovvero la almeno relativa concordanza dei livelli di pena prevista in relazione a fatti tra loro non coincidenti ma caratterizzati da forti analogie (cd. criterio comparatistico)[169].

---

163. Cfr., supra, par. 6, lett.*a*).

164. Cfr. sent. 21 settembre 1989, cit. Cfr. altresì Corte di giustizia, sent. 10 luglio 1990, causa 326/88 (Hansen), in *Racc.*,1990, 2911; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (Vandevenne), in Racc., 1991, 4371.

165. Cfr. sent. 21 febbraio 1990, causa 74/89 (Commissione c. Belgio), in Racc., 1990, I, 491 ss.; sent. 10 luglio 1990, causa 217/88 (Commissione c. Gerinania), in Racc., 1990, I, 2879 ss.

166. Sent. 8 aprile 1976, causa 48/75 (Royer), in Racc., 1976, 517; sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76 (Donckerwolcke), in Racc., 1976, 1939; sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (Sagulo), in Racc., 1977, 1509. Cfr. altresì, da ultimo, le Conclusioni dell'avvocato generale P. Léger, presentate il 17 ottobre 1995, causa 193/94 (Skanavi), p. I-11 del testo dattiloscritto.

167. Cfr., tra le altre, scnt. 26 febbraio 1975, causa 67/74 (Bonsignore), in Racc., 1975 306 ss.; sent. 27 ottobre 1977, causa 30/77, Regina c. Bouchereau, in Racc., 1977, 2015; sent. 22 maggio 1980, causa 131179 (Regina c. Secretary of State for Home Affairs), in Racc., 1980, 1603; sent. 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81 (Adoui e Cornuaille), in Racc., 1982, 1712.

168. Sent. 18 maggio 1982, cit., 1708.

169. Cfr., in particolare, sent. 25 febbraio 1988, causa 299/86 (Drexl), in Racc., 1988, 1213; sent. 2 agosto 1993, causa 276/91 (Commissione c. Francia), in Racc., 1993 .... In dottrina cfr., in particolare, GIGLIO, Diritto comunitario e scelte sanzio*natorie* degli Stati membri, in Cass. pen., 1990, 1354 ss., n. 115.

Come si può quindi vedere, per il controllo della disciplina sanzionatoria prevista dagli Stati membri in caso di violazione della normativa comunitaria la Corte di giustizia ha già enucleato tecniche assai raffinate e ormai consolidate nelle loro linee essenziali. Resta il fatto che esse, allo stato attuale, servono solo per colpire i casi di più evidente sproporzione punitiva, senza dunque realizzare una azione di generalizzato ravvicinamento dei regimi sanzionatori nazionali. Tuttavia, l'estrema elasticità dei parametri della effettività, dissuasività e proporzionalità (così come dei sottocriteri attraverso i quali ricavare quest'ultimo parametro), lascia sempre aperta la possibilità d'una evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo in senso vieppiù rigoristico. Evoluzione realizzata non già sostituendo i suddetti parametri con altri di diverso tipo, ma piuttosto interpretandoli in modo sempre più stringente, con conseguente ulteriore compressione delle scelte discrezionali nazionali.

In una diversa ma complementare prospettiva, non sembrano del resto mancare i segnali di una accresciuta attenzione al problema della complessiva adeguatezza degli strumenti punitivi nazionali posti a tutela del diritto comunitario; segnali i quali, allo stesso tempo, adombrano un futuro potenziamento dell'attività di controllo svolta al riguardo dalla Corte di giustizia e prima ancora dalla Commissione CE.

Si allude in particolare alla realistica eventualità, preannunciata da un recente documento comunitario[170], che la notificazione delle sanzioni applicabili in caso di violazione delle regole comunitarie venga ormai esplicitamente richiesta tanto dai regolamenti quanto dalle direttive di futura emanazione[171].

Non solo: sempre nello stesso documento si preannuncia anche che,

---

170. «Comunicazionedella Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno», cit., 7 ss.

171. Sempre la Comunicazione in esame è dotata di un allegato contenente le clausole-tipo che la Commissione pensa di inserire nelle sue future proposte di regolamenti e di direttive CE. In particolare, per i regolamenti la clausola risulta così formulata: «Les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions du présent règlement, et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en oeuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les Etats membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le ..., et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais»(versione francese).

Del tutto analoga la clausola prevista in relazione alle direttive: «Les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en oeuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les Etats membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard à la date mentionnée à l'article ...(date limite de transposition de la directive), et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais». (versione francese).

nell'ambito del controllo sulla trasparenza e applicazione del diritto comunitario, gli Stati membri verranno chiamati a comunicare ogni informazione utile circa la disciplina sanzionatoria prevista in relazione alla preesistente legislazione comunitaria.

Scopo evidente di tali innovazioni è innanzitutto quello di favorire la trasparenza, dunque il controllo, delle scelte punitive nazionali nei settori normativi di fonte comunitaria; ma anche, di riflesso, quello di stimolare gli Stati a far buon uso del loro potere discrezionale in materia di sanzioni, e di renderli consapevoli dell'importanza attribuita dagli organi comunitari alle misure nazionali destinate a garantire l'effettività delle regole stabilite a Bruxelles.

17. – Un ultimo meccanismo attraverso il quale perseguire l'armonizzazione (e l'ottimizzazione) delle scelte punitive nazionali in materia comunitaria consiste nel ricorso ad atti comunitari non vincolanti, quali innanzitutto le raccomandazioni. Anche le risoluzioni, dichiarazioni, comunicazioni, ecc., laddove per l'appunto caratterizzate dall'assenza di obbligatorietà[172], possono comunque venire utilizzate al medesimo scopo.

Ancora una volta, si tratta di un meccanismo tutt'altro che nuovo, ma sino ad oggi certo non sfruttato nelle sue complessive potenzialità. Ciò appare, del resto, in piena sintonia con quella tesi secondo cui, a causa dei livelli di integrazione raggiunti nell'ambito della Comunità e dei meccanismi di armonizzazione/unificazione a carattere obbligatorio previsti in questo contesto, le raccomandazioni così come gli altri atti comunitari non vincolanti tenderebbero ad assumere un ruolo decisamente marginale all'interno di tale organizzazione internazionale[173].

Al riguardo, si può tuttavia osservare che i suddetti atti, in quanto manifestazione di volontà di un organo comunitario, mantengono intatto il valore morale e politico da questo espresso, e dunque la loro attitudine ad orientare i comportamenti degli Stati. Essi inoltre, per la loro flessibilità e dinamicità, ben si prestano a venire utilizzati proprio in vista del perseguimento di quei traguardi (nel nostro caso, l'armonizzazione penale) rispetto ai quali ancor oggi larga parte degli operatori del diritto ritengono prematuro il ricorso ad atti a carattere obbligatorio, preferendo l'impiego di strumenti tali da non scalfire il dogma della sovranità statuale in materia criminale.

Di tutto ciò le istituzioni comunitarie sembrano, per vero, acquisire crescente consapevolezza. Tant'è che una attenta analisi dei documenti non vincolanti a contenuto penale da esse adottati nell'ultimo decennio rivela

---

172. Assenza di obbligatorietà che in relazione a tali atti deve essere stabilita non tanto sulla base del *nomen* iuris dell'atto, quanto piuttosto tenendo conto della sostanza di quest'ultimo.

173. Cfr., per tutti, DRAETTA, *Elementi* di diritto comunitario, cit., 203.

un loro uso crescente, destinato con ogni probabilità ad accentuarsi nei prossimi anni.

Resta comunque il fatto che il ricorso a tali strumenti appare opportuno soprattutto per orientare le politiche criminali nazionali rispetto ai grandi fenomeni di delinquenza organizzata, ovvero rispetto a talune diffuse e avvilenti manifestazioni antisociali della società moderna quali il razzismo, le molestie sessuali, il mercato della droga, ecc.[174]; mentre in un settore così fortemente comunitarizzato come quello commerciale detti strumenti sembrano dover trovare accoglimento solo nella deprecabile ipotesi in cui non vengano utilizzati meccanismi di armonizzazione/unificazione sanzionatoria diversi e più vincolanti.

18. – Nonostante il loro indubbio interesse, le soluzioni sin qui prese in esame in prospettiva di ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali non appaiono pienamente adeguate rispetto alle pressanti esigenze di armonizzazione e financo di unificazione punitiva che caratterizzano i settori normativi (quale innanzitutto il diritto commerciale) oggetto di più intenso intervento comunitario. Tanto più che, allo stato dei fatti, tali esigenze di armonizzazione/unificazione potranno difficilmente essere soddisfatte nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea, a causa del suo carattere intergovernativo ma prima ancora a causa sia della modesta ampiezza dei suoi settori di intervento sia dei limiti degli strumenti giuridici utilizzabili[175]

Permane quindi viva l'esigenza di introdurre più efficaci meccanismi di uniformazione sanzionatoria, ed in particolare di attribuire alla Comunità una vera e propria competenza penale[176]. Tuttavia, come già ricordato, l'attribuzione di tale competenza presuppone per la quasi totalità dei commentatori profonde riforme istituzionali dirette a colmare l'attuale *deficit* democratico comunitario, e dunque a garantire anche in sede sovrastatuale il rispetto del principio di legalità penale. In questo senso, le innovazioni introdotte al riguardo con l'Atto unico europeo e col Trattato di Maastricht (consistenti innanzitutto nell'instaurazione delle procedure di cooperazio-

174. Cfr., ad esempio, la dichiarazione del Parlamento europeo dell'11 luglio 1986 contro il razzismo e la xenofobia; la dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991 in tema di prevenzione e repressione delle molestie sessuali sul luogo di lavoro; la raccomandazione della Commissione di inchiesta del Parlamento relativamente alla criminalità connessa al traffico di stupefacenti del 2 dicembre 1991. In argomento cfr., da ultimo, MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, cit., 68 ss.

175. Cfr., *supra,* par. 7.

176. Competenza che una parte della dottrina tende già a riconoscerle, in base all'art. 235 Tr. CE, specie se combinato con l'art. 5 Tr. CE. Cfr., in particolare, HAGUENAU, Sanctions pénaies destinées à assurer le respect du droit communautaire, cit., 359 ss., nonché, da ultimo, MISSIR DI LUSIGNANO, La protection des *intérêts financiers* de la Communauté. Perspectives et *réalités,* cit., in corso di pubblicazione.

ne, di coodecisione e di parere conforme del Parlamento europeo), pur ampliando significativamente i poteri dell'unico organo dell'Unione legittimato democraticamente all'adozione degli atti comunitari[177], appaiono ancora largamente insufficienti[178].

Il superamento della contraddizione insita nell'esistenza di norme di fonte comunitaria volte a prescrivere regole uguali per tutti i Paesi membri, ma corredate di sanzioni penali nazionali non di rado profondamente diverse da uno Stato all'altro, resta pertanto affidata alla volontà dei Paesi CE di andare oltre l'attuale stadio della costruzione europea, nel segno di una evoluzione a carattere latamente federale implicante il sacrificio di quote sempre più significative di sovranità nazionale.

Del resto – in una più generale prospettiva travalicante l'ambito strettamente comunitario – sempre alla volontà degli Stati è affidato il compito di perseguire il-ravvicinamento dei principi, regole e istituti propri dei sistemi penali (e punitivo-amministrativi) nazionali; ravvicinamento in assenza del quale anche l'attività di armonizzazione sanzionatoria attuata o attuabile nell'odierno contesto comunitario risulterebbe in larga misura compromessa. È evidente infatti che sia le sanzioni comunitarie irrogate da organi nazionali sia le direttive a contenuto punitivo-amministrativo (e eventualmente, in futuro, a contenuto penale) potranno perseguire efficacemente le loro finalità d'armonizzazione solo nel caso in cui le soluzioni nazionali adottate nei singoli Stati in ordine ai principi di colpevolezza e di ne bis in idem, alle cause di giustificazione, all'errore, al concorso di persone, al tentativo, alla responsabilità delle persone giuridiche, ecc. risultino improntate ad una almeno tendenziale concordanza. In caso contrario, all'astratta previsione di sanzioni apparentemente omogenee potrebbero conseguire, nell'applicazione concreta, trattamenti punitivi assai diversi da un Paese all'altro, con conseguente rischio di vanificazione degli scopi per-

---

177. Cfr. in proposito, diffusamente e con diversità di accenti, CURTI GIALDINO, Il Trattato di Maastricht *sull'Unione* europea, cit., 232 ss.; DEHOUSSE, La *Communauté* européenne après Maastricht: vers un nouvel équilibre institutionnel?, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, 1 ss.; DRAETTA, Elementi di diritto comunitario, cit., 100 ss.; STROZZI, voce Istituzioni comunitarie, in *Dig.* disc. pubbl., VI, 1993, 646 ss.; VILLANI, Il deficit democratico nella fomazione delle nome comunitarie, cit., 618 ss.; PIRIS, Après *Maastricht, les* institutions communautaires sont-elles plus *efficaces*, plus démocratiques et plus transparentes?, cit., 13 ss.

178. Cfr., ad esempio, VILLANI, Il deficit democratico nella fomazione delle nome comunitarie, cit., 636 ss.; nonché, per tutti e in prospettiva strettamente penalistica, DELMAS-MARTY, La répression des fraudes *contre* le budget de la *Communauté* européenne dans un contexte démocratique, in Rev. sc. *crim.,* 1993, 585 ss.; LABAYLE, L'application du *titre* VI du Traité sur *l'Union* européenne et la *matière* pénale, cit., 44; TULKENS, Les fraudes communautaires: un *observatoire* pénal *européen*, cit., 219; VERVAELE, *Fraudes* communautaires et sauvegarde du droit *communautaire*: vers un droit pénal européens des affaires? in Déviance et société, 1994, n. 18, 207; VOGEL, Wege *zu* europaisch-einheitlichen *Regelungen im* Allgemeinen *Teil des* Strafrechts, in JZ, 1995, 335-336.

seguiti dalla normativa comunitaria d'armonizzazione, e con l'unico insufficiente correttivo rappresentato dal controllo della Corte di giustizia circa il rispetto dell'obbligo di fedeltà comunitaria sancito dall'art. 5 Tr. CE.

19. – Certamente, nel valutare le possibilità future di uno sviluppo della Comunità europea in chiave *lato* sensu federale (sviluppo, questo, presumibilmente necessario per il sorgere di un effettivo sistema penale sovrastatuale) non debbono essere dimenticate le persistenti pulsioni «regionalistiche» fomentate dall'esistenza di interessi locali divergenti nonché di culture «nazionali» certo per molto tempo ancora non pienamente omologate. Analogamente, nell'immaginare gli sviluppi di un sia pur settoriale processo di integrazione penale su base continentale non debbono essere ignorate le formidabili forze inerziali rappresentate dalle differenti tradizioni scientifiche nazionali, che emergono in piena luce tra sistemi di *civil* Zaw e *common* Zaw, ma che si possono comunque rinvenire anche tra gli ordinamenti penali appartenenti all'una o all'altra area.

Nonostante tutto ciò, sembrerebbe oggi consentita qualche speranza circa gli sviluppi di un rawicinamento dei sistemi penali europei, e conseguentemente di una più efficace armonizzazione delle risposte sanzionatorie in caso di violazione delle norme comunitarie. Invero, un'analisi degli ostacoli all'armonizzazione/unificazione penale derivanti dalle peculiarità nazionali in campo sia socio-culturale, sia politico-ideologico, rivela la loro lenta ma progressiva attenuazione[179]. A questo fenomeno si accompagna, di riflesso, il mutato atteggiamento di una non trascurabile parte dei relativi operatori giuridici, ormai attivamente coinvolta nella creazione di una comunità di diritto a carattere sovrastatuale[180]; ed è grazie a tale nuovo atteggiamento che ormai sempre più spesso vengono vittoriosamente contrastate le residue concezioni penalistiche di stampo tradizionale, volte a perpetuare il «primato» della legge interna e a ribadire la dimensione puramente nazionale della scienza giuridica.

Certamente, appare fisiologico che modificazioni così rapide e al contempo profonde come quelle determinate dal diritto comunitario non possano venire accettate e «digerite» in tempi e modi del tutto simili dalla generalità degli operatori del diritto, con conseguente, inevitabile sopravvivenza di «sacche di resistenza» contrarie non solo all'idea di una «sovranità penale» condivisa tra Stato e Comunità, ma anche all'idea di una scienza criminale sovrastatuale. Resta comunque la realtà di una nuova generazione di studiosi consapevole dell'attuale crescente europeizzazione delle fonti normative e della conseguente internazionalizzazione della stessa scienza giuridica.

---

179. In argomento cfr., volendo, BERNARDI, Verso una *codificazione* penale europea? Ostacoli e prospettive, cit., cap. II.

180. Cfr., da ultimo e per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour* un *droit commun,* cit., in particolare 53 ss.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, la consapevolezza di dover rinunciare a considerare intoccabili gli elementi peculiari della dogmatica nazionale tende ormai a contagiare anche la dottrina penale [181]. In un generale contesto di ripensamento dei metodi di lavoro e dei modelli di riferimento, emerge così la convinzione che la scienza penalistica sarebbe innaturalmente degradata al mero rango di diritto locale ove le frontiere di quest'ultima coincidessero con le frontiere politiche [182].

Ammesso che tali fenomeni non costituiscano una moda momentanea, ma piuttosto il segnale di mutamenti profondi e di lungo periodo, sembrerebbe allora sul punto di prendere corpo un vero e proprio processo di europeizzazione della scienza penale. Ad un più attento esame, tale processo parrebbe svilupparsi quantomeno su tre distinti direttrici: quella giusnaturalistica, volta alla riscoperta di principi e concetti generali di fonte metagiuridica in reazione al positivismo statualista; quella storicistica, finalizzata alla valorizzazione della comune tradizione giuridica europea; quella comparatistica, per vero da sempre proficuamente utilizzata dalla scienza penale, ma oggi potenziata dall'intensificazione degli scambi e dal contributo offerto, sul piano metodologico, dallo stesso diritto comunitario e dalla relativa giurisprudenza. [183]

Con specifico riferimento a quest'ultima direttrice, basterà ricordare come la Corte di giustizia – sia per la sua composizione [184], sia per la stessa struttura dell'ordinamento comunitario [185], sia infine per la necessità di garantire rispetto alle fonti comunitarie una interpretazione «autonoma» ma al contempo ispirata al patrimonio di tradizioni e principi propri dei relati-

---

181. Cfr., tra gli altri, GRASSO, *L'incidenza* del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri, cit., 93; BIANCARELLI, *L'ordre* juridique *communautaire*, cit., 273; SIEBER, Unificazione europea, cit., in particolare 985 ss. Cfr. altresì, *amplius* e da ultimo, DELMAS-MARTY, *Pour* un droit *commun*, cit., *passim*; VOGEL, Wege *zu* europaisch-einheitlichen Regelungen *im Allgemeinen Teil* des Strafrechts, cit., 336 ss.

182. Cfr. già, sia pure in una più generale prospettiva, VON IHERING, Geist des *römischen* Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I Aufl., Leipzig, 1907 (ristampa Darmstadt, 1968), 15. Cfr. infine ARNAUD, Pour une pensée juridique européenne, cit., in particolare 167 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

183. Per un esame dei tre percorsi (giusnaturalistico, storicistico, comparatistico) attualmente seguiti per il superamento delle tradizioni penali nazionali cfr., volendo, BERNARDI, Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive, cit., cap. III, parr. 3.1 ss.

184. Infatti, come noto, la Corte di giustizia CE, è formata da 15 giudici (alti magistrati e giuristi di chiara fama), scelti senza vincoli di nazionalità, ma comunque provenienti dai diversi Paesi della Comunità.

185. Struttura divenuta vieppiù simile a quella degli ordinamenti nazionali, con conseguente tendenza a ricalcare modelli *e* principi tipici di questi ultimi. Cfr., in particolare, AKEHURST, The Application of Genera1 *Principles* of Law by the Court of Justice *of* the European *Communities*, in British Yearbook *of* International Law, 1981, 31.

vi Stati[186] – appare inevitabilmente portata a privilegiare, nelle sue decisioni, il metodo comparativo. In particolare, tale metodo viene largamente utilizzato dalla Corte di giustizia per l'elaborazione dei principi in materia di diritti fondamentali espressamente o implicitamente previsti dal diritto comunitario; principi il cui sviluppo si basa innanzitutto sulle Carte internazionali e sulle Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione europea, con conseguente ingresso nelle sentenze di tale organo di importanti elementi ricavati dagli ordinamenti nazionali[187].

Inevitabilmente, la progressiva elaborazione di un sempre più dettagliato catalogo di principi in tema di diritti fondamentali, condiviso da tutti gli Stati membri, dovrà riflettersi in una «europeizzazione» dei sistemi sanzionatori nazionali che a tali principi debbono conformarsi, sia pure limitatamente a taluni circoscritti settori normativi[188].

La speranza è che questo processo di europeizzazione, realizzato anche e soprattutto nel segno di comuni diritti fondamentali, comporti la rimozione di quelle diffidenze e di quelle gelosie nazionalistiche che hanno sinora ostacolato la nascita di un vero e proprio diritto penale comunitario, e contribuito ad inibire le riforme istituzionali necessarie ad una sua piena legittimazione.

Ad una attenta analisi è forse possibile sin d'ora cogliere i segnali di una nascente consapevolezza dei riflessi che possono derivare in ambito penale dalla sempre più accentuata comunitarizzazione di importanti campi normativi.

Ad esempio, nell'ambito del movimento di codificazione in atto a livello europeo si afferma con forza crescente l'idea che il diritto criminale di fonte comunitraria non possa essere ricompreso all'interno del nocciolo duro del sistema penale nazionale, rappresentato appunto dal codice. In particolare, in un progetto di riforma del libro primo del codice penale presentato in Italia nella seconda metà del 1995[189], si suggerisce di ricompattare «il settore sanzionatorio di attuazione del diritto comunitario in un testo unico che resti nel presente e nel futuro separato dal codice penale»[190]. Certamente, lo scopo primario di tale ipotizzata soluzione è quello di

---

186. In questo senso cfr., tra gli altri, KUTSCHER, Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la *Cour,* in Rencontre *judiciaire* et universitaire 27 – 28 *septembre 1976,* Publications de la Cour de Justice des *Communautés* européennes, Luxembourg, 1976, 1 ss.

187. Cfr. ancora KUTSCHER, Méthodes d'interprétation, cit., 29.

188. «Non è da escludere che l'incorporazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti degli Stati membri possa comportare una tendenza delle autorità nazionali ad impiegare principi analoghi in altri settori del diritto interno». ADINOLFI, I principi generali nella giurisprudenza comunitaria, cit., 524 s.

189. Cfr. Relazione al disegno di legge d'iniziativa dei senatori Riz e altri, comunicato alla Presidenza il 2 agosto 1995 (Atti *parlamentari* – Senato della Repubblica, XII legislatura, n. 2038, 50).

190. Cfr. ivi.

evitare che la tendenziale stabilità delle norme codicistiche venga compromessa dalla mutevolezza del diritto comunitario e delle relative disposizioni di attuazione a carattere penale. E tuttavia, proprio l'idea di costruire al di fuori del codice criminale un corpo normativo generale deputato alla tutela dei precetti comunitari potrebbe costituire la adeguata premessa per il raggiungimento, in un secondo momento, di una ben più ambiziosa meta: la creazione in tale contesto di una disciplina punitiva uniforme, priva dunque di quei profili nazionalistici e autarchici che contraddistinguono tutt'oggi i singoli sistemi penali degli Stati europei, e soprattutto i relativi codici; oppure, meglio ancora, la predisposizione di un sistema penale sovrastatuale a carattere settoriale.

ABSTRACT

Il lavoro, diviso in tre parti, si prefigge di porre in luce i riflessi dell'attuale processo di integrazione europea sul diritto sanzionatorio, e segnatamente sul diritto penale commerciale.

Nella prima parte vengono evidenziati i diversi meccanismi attraverso i quali la produzione giuridica del Consiglio d'Europa e delle Comunità crea vincoli alle scelte punitive nazionali, in particolare favorendo una armonizzazione interstatuale dei precetti penali e delle relative sanzioni.

Nella seconda parte viene denunciato il fatto che, a causa innanzitutto dello spiccato carattere «autarchico» del diritto penale, la sua evoluzione in senso transnazionale, pur awertibile, si rivela comunque insufficiente; e che i ritardi riscontrabili nell'armonizzazione penale presentano molteplici controindicazioni sia sul piano razionale sia su quello funzionale, specie in relazione ai settori del diritto maggiormente europeizzati.

Infine, nella terza parte, vengono passati in rassegna gli strumenti utilizzabili in vista di una migliore armonizzazione delle norme sanzionatorie poste a tutela della disciplina di fonte comunitaria, e più in generale vengono prese in esame le future prospettive di integrazione continentale del diritto penale, specie limitatamente al settore commerciale.

The three part study sets out to show the repercussions of European integration on sanction laws, with particular attention paid to commercia1 criminal law.

In the first part the different mechanisms by which the juridical output of the Council of Europe and the countries of the European Community create constraints on national punitive choices are highlighted, and in particular an interstatal harmonization of criminal precepts and sanctions is favoured.

In the second part the perceptible evolution of criminal law in a transnational sense is revealed as being insufficient, chiefly because of its autar-

kic nature. It is also revealed that the verifiable delays in criminal harmonization present multiple drawbacks both on a rational and functional level; especially in those sectors of law which are highly europeanised.

Finally, in the third part, the practical means of obtaining an increased harmonization of punitive laws to protect the Community laws are reviewed and, in a more genera1 way, the future prospects of continental integration of criminal law are examined, particularly those of the commercia1 sector.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

BALDASSARE PASTORE

COSTRUZIONE GIURIDICA E GIUDIZIO NELLA DOTTRINA PURA DEL DIRITTO. SULL'ESPUNZIONE KELSENIANA DELL'IDEA DI VERITÀ PROCESSUALE

1. – ((Giudiziodi fatto» e ((giudiziodi diritto))sono, nelle nostre organizzazioni giuridiche, locuzioni di uso consolidato.

Tipicamente, la decisione giudiziaria è vista come il risultato di attività volte all'interpretazione delle norme applicabili al caso ed all'accertamento delle circostanze concrete alle quali le norme vengono applicate. Tali attività, per lo più, sono rappresentate come nettamente separate ed autonome, sicché la sentenza si pone come risultato della somma di processi decisionali settoriali [1]. Invero, però, il giudizio giurisdizionale riguarda un unico ed unitario processo deliberativo che si manifesta in momenti dotati di una loro peculiarità e specificità, ma progressivamente e reciprocamente determinantesi [2].

L'idea di una raffigurazione unitaria del processo che conduce alla decisione giudiziaria è presente nell'elaborazione di Hans Kelsen. Una siffatta raffigurazione poggia sulla rivendicazione del carattere costitutivo del giudizio giurisdizionale. La rappresentazione globale del processo di formazione della decisione giudiziale si basa, a sua volta, sulla totale riconduzione della *quaestio facti* alla *quaestio juris,* entro una prospettiva che conside-

1. Si veda, ad esempio, J. WRÓBLEWSKI, *Justification* of Legal Decisions (1979), in ID., *Meaning* and Truth in Judicial Decisions, second edition edited by A. Aarnio, Helsinki, 1983, p. 59 ss.; ID., Livelli di giustificazionedelle decisioni giuridiche, in L. GIANFORMAGGIO e E. LECALDANO (a cura di), Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale, Roma-Bari, 1986, pp. 203 ss., 206 ss.

2. Cfr. F. VIOLA, The Judicial Tmth: The Conception of Truth in Judicial *Decision*, in L. GIANFORMAGGIO - S. L. PAULSON (eds.), Cognition and *Interpretation* of Law, Torino, 1995, p. 203 ss.; B. PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio *ermeneutico,* Milano, 1996, pp. 19 ss., 57 ss.; P. RICOEUR, Interpretazione *e/o* argomentazione, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 1, 1996 (*Ermeneutica* e applicazione), pp. 88 ss., 92-93.

ra la costruzione giuridica[3] come volta anche a istituire, entro il sistema, il reale, dandogli un ordine[4].

In Kelsen, una siffatta idea rappresenta il portato di una concezione che definirei «costruttivista», nel senso che viene dato rilievo assoluto alla dimensione autoreferenziale della conoscenza, assumendo che la realtà è «costruita» dal soggetto conoscente[5], Risulta evidente, allora, il debito che il giurista praghese ha nei confronti di Kant e della scuola neo-kantiana di Marburgo. Infatti, l'aspetto principale del percorso critico in cui si impegnano per un verso Kant, e sulla sua scia Cohen, per l'altro Kelsen è costituito dalla questione del metodo, concentrandosi sul doppio interrogativo relativo alla possibilità ed alla validità della conoscenza. Tali questioni rimandano all'identificazione ed alla costruzione dell'oggetto (la natura in Kant, il diritto in Kelsen)[6].

L'assunto kelseniano secondo il quale la conclusione di una decisione giudiziaria ha carattere costitutivo, è, cioè, il risultato di un processo decisionale (e non cognitivo), se, da un lato, ha contribuito a mostrare l'insuffi-

---

3. Su questa nozione rinvio a G. LAZZARO, Storia e teoria della costruzione giuridica, Torino, 1965. Cfr. anche N. BOBBIO, *Giusnaturalismo* e *positivismo* giuridico, Milano, 1965, pp. 90-91.

4. Cfr. S. GOYARD-FABRE, L'idea di ordine nella teoria giuridica di Kelsen (1986), in ID., Kelsen e Kant. *Saggi* sulla dottrina pura del diritto, trad. it. di M. Pennasilico, Napoli, 1993, p. 45 ss.

5. Su questo significato di «costruttivismo» rinvio a E. von GLASERSFELD, Introduzione al *costruttivismo* radicale ed a H. von FOERSTER, Costruire una realtà, entrambi in AA.VV., La realtà inventata. Contributi al *costruttivismo* (1981), a cura di P. Watzlawick, edizione italiana a cura di A. Ancona e A. Fischetti, Milano, 1988, rispettivamente pp. 17-36 e 37-56. Sui diversi usi, nella cultura contemporanea, della nozione di «costruttivismo» cfr. V. VILLA, Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del *diritto,* Torino, 1993, p. 194 ss. V., inoltre, J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, La *imaginación jurídica,* Madrid, 1992, p. 17 ss.

6. Sull'ispirazione kantiana della dottrina kelseniana v. S. GOYARD-FABRE, L'ispirazione kantiana di Hans Kelsen (1979), in ID., Kelsen e Kant, cit., p. 9 ss.; S. L. PAULSON, The Neo-Kantian *Dimension* of Kelsen's Pure Theory of Law, in «Oxford Journal of Legal Studies», 12, 1992, p. 311 ss., in particolare p. 323 ss. Cfr. anche i saggi di A. WILSON, *Is* Kelsen Really a Kantian?; I. STEWART, Kelsen and the *Exegetical* Tradition; R. TUR, The *Kelsenian Enterprise,* in R. TUR and W. TWINING (eds.), Essays on Kelsen, Oxford, 1986, rispettivamente alle pp. 37-64; 123-147; 149-183. Si veda inoltre E. BULYGIN, An *Antinomy* in Kelsen's Pure *Theory* of Law, in «Ratio Juris», 3, 1990, pp. 29-45. Sugli influssi neokantiani nella dottrina pura v. anche A. CARRINO, Kelsen e ilproblema della scienza giuridica, Napoli, 1987, pp. 68 ss., 75 ss. Sulla concezione di Cohen secondo il quale «la realtà dev'essere intesa come pensiero concettuale>)e «l'esperienza è data, è reale quale fatto della scienza» cfr. H. COHEN, La fondazione kantiana *dell'etica* (1910), a cura di G. Gigliotti, Lecce, 1983, p. 32 ss. Le citazioni sono, rispettivamente, a p. 34 e a p. 38.

Sull'idea kelseniana della funzione costitutiva della conoscenza giuridica v. S. L. PAULSON, Toward a Periodization of the Pure Theory of Law, in L. GIANFORMAGGIO (ed.), Hans *Kelsen's* Legal Theory. A Diachronic Point of View, Torino, 1990, in particolare p. 24 ss. Di Paulson cfr. anche Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: *Critical Constructivism,* in «The Modern Law Review», 59, 1996, p. 798 ss.

cienza della, e a destituire di attendibilità la, raffigurazione sillogistica del giudizio giurisdizionale, dall'altro pone in evidenza una questione cruciale per la teoria del ragionamento giuridico. Si tratta della questione relativa alla possibilità di conseguire effettivamente, nelle decisioni giudiziarie, una conoscenza dei vari elementi che contribuiscono a determinarla, ossia dei materiali norrnativi (la premessa che esprime la *quaestio juris*) e degli accadimenti (la premessa che esprime la *quaestio facti*).

La posizione kelseniana, presupponendo la netta scissione tra ragione (che conosce) e volontà (che crea), esclude che nel giudizio abbiano rilievo attività propriamente conoscitive e/o ricognitive. La rivendicazione del carattere creativo dei processi di applicazione del diritto si connette alla considerazione della funzione giudiziaria come totalmente costitutiva[7]. Tale concezione, invero, risulta impregnata di volontarismo ed irrazionalismo e, nel suo concentrarsi sul problema della produzione giuridica, risulta interessata soltanto al *soggetto* che interpreta trascurando il *modo* di interpretare[8]. Una siffatta concezione, d'altra parte, presuppone una epistemologia

---

7. Come sottolinea T. MAZZARESE, Dubbi *epistemologici* sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio juris», in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXIX, 1992, p. 295, in Kelsen «costitutivo» indica «il tratto peculiare di ciò che è il risultato...di un'attività decisoria». Ciò riguarda sia la premessa giuridica che quella fattuale. In argomento, tra le opere di Kelsen, faccio riferimento a: La dottrina pura del diritto (1960) a cura di M. G. Losano, Torino, 1990[2]; Teoria generale del diritto e dello Stato (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, pref. di E. Gallo, intr. di G. Pecora, Milano, 1994[6]; Teoria generale delle *norme* (1979), a cura di M. G. Losano, trad. it. di M. Torre, Torino, 1985. Un'efficace sintesi della concezione costitutiva del giudizio giurisdizionale propria della dottrina pura del diritto si ha in H. KELSEN, *The Principle* of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization, in «Yale Law Journal», 53, 1944, p. 218. Tra la letteratura critica rinvio a E. BULYGIN, Sullbnterpretazione giuridica, in «Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica)),a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1992, p. 11 ss.; ID., Cognition and *Interpretation of* Law, in GIANFORMAGGIO-PAULSON (eds.), Cognition and *Interpretation* of Law, cit., p. 11 ss.; MAZZARESE, Dubbi *epistemologici* sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio juris», cit., p. 294 ss.; H. SILVING, Law and Fact in *the Light* of the Pure *Theory* of Law, in P. SAYRE (ed.), *Interpretations* of Modern *Philosophies*. Essays in Honor of Roscoe Pound, New York, 1947, pp. 642 ss., 654-655; R. S. SUMMERS, *Comments* on *Alan White's* «*Fact* in the *Law*», in Facts in Law, edited by W. Twining, «Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft n. 16, 1983, p. 122; L. TRIOLO, *Normative* Interpretation and *the Doctrine of the Ascertainment* of Fact: *Reflections* on *Kelsen's* View, in GIANFORMAGGIO-PAULSON (eds.), Cognition and *Interpretation* of Law, cit., p. 177 ss.; C. VARGA, *The* Mental *Transformation* of Facts into a Case, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 77, 1991, p. 59 ss.; VIOLA, *The* Judicial *Truth,* cit., p. 205 ss.

8. Così G. ZACCARIA, L'arte *dell'interpretazione.* Saggi *sull'ermeneutica* giuridica contemporanea, Padova, 1990, pp. 95-96. Il positivismo decisionistico costituisce, invero, un carattere distintivo della dottrina pura, intesa come teoria del diritto posto. Cfr. L. GIANEORMAGGIO, In difesa del *sillogismo* pratico, *ovvero* alcuni argomenti *kelseniani* alla prova, Milano, 1987, pp. 19-20; S. L. PAULSON, *Stellt* die «*Allgemeine Theorie* der *Normen*» einen Bruch in *Kelsens Lehre* dar?, in Die *Reine Rechtslehre* in *wissen-*

che, formalisticamente, vede il diritto quale sfera, autoreferenziale ed autofondata dalla *Grundnorm,* separata da tutte le altre sfere esistenziali. Il formalismo kelseniano, così, assumendo un paradigma di razionalità strutturata sulla logica ipotetica e fondata sulla irrappresentabilità della verità, costituisce un «mondo»a sé[9].

In questa raffigurazione, l'ambito giuridico, in quanto sistema autopoietico che produce e riproduce al suo interno tutti i propri elementi e che fonda un ordine artificiale, appare totalmente chiuso nei confronti delle articolazioni specifiche di una razionalità volta a dar conto della complessità della prassi sociale.

La ragione formale, tecnica, funzionalistica che, fondandosi convenzionalisticamente, giustifica se stessa e le proprie scelte, esclude qualsiasi rimando al contesto dei fenomeni giuridici visti nel loro collegamento con le forme di vita in una prospettiva rivolta alla pragmatica della comunicazione. Essa si pone in netta alternativa rispetto ad una ragione che frequenta i luoghi dell'interazione comunicativa entro i quali il diritto si caratterizza come pratica sociale[10].

2. – L'idea che il diritto crei, costituisca il reale si ripercuote sul modo di considerare l'accertamento giudiziale dei fatti. Nella prospettiva di Kelsen la decisione giudiziale e le sue premesse hanno un carattere costitutivo[11].

Kelsen, ponendosi entro una prospettiva radicalmente artificialista e convenzionalista, nega che le decisioni giudiziali siano il risultato di un'attività cognitiva e/o ricognitiva compiuta dal giudice. Esse sarebbero, invece, esclusivamente il risultato di un atto di volontà che escluderebbe la possibilità di conseguire una conoscenza sia della norma da applicare sia dei fatti da accertare. L'implicazione reciproca di conoscenza e volontà è esclusa da Kelsen in linea con la critica che egli muove all'idea di ragion pratica. La volontà, infatti, non è considerata una facoltà dell'anima intellettiva, ma è pura volontà volente. La ragione umana, in quanto ragione teoretica, ha una funzione conoscitiva; ma il creare norme, e dunque anche

---

schaftlicher Diskussion, Wien, 1982, pp. 122-141; T. MAZZARESE, Logica deontica e linguaggio giuridico, Padova, 1989, p. 122 ss. Si veda pure, con specifico riferimento all'«irrazionalismo» dell'ultimo Kelsen, O. WEINBERGER, *Normentheorie* als *Grundlage* der *Jurisprudenz* und Ethik. Eine Auseinandersetzung *mit* Hans *Kelsens Theorie* der *Normen,* Berlin, 1981, pp. 89 ss., 157 ss.; M. G. LOSANO, La dottrina pura del diritto dal logicismo *all'irrazionalismo,* in KELSEN, Teoria generale delle *norme,* cit., pp. XXI, XXX ss.; CARRINO, Kelsen e *il* problema della scienza giuridica, cit., pp. 13 ss., 98-99. Il nesso tra normativismo e decisionismo è sottolineato da A. CATANIA, Decisione e *norma,* Napoli, 1979, pp. 7, 50 ss., 159.

9. A. CARRINO, Introduzione, in AA.VV., Kelsen e il problema della sovranità, a cura di A. Carrino, Napoli, 1990, p. 14; P. BARCELLONA, La debolezza *dell'universale* giuridico, A proposito della *teoria* pura del diritto, ivi, pp. 69-70.

10. Cfr. F. VIOLA, Il diritto come pratica sociale, Milano, 1990, pp. 16 ss., 135 ss., 159 ss.; ZACCARIA, L'arte *dell'interpretazione,* cit., pp. XIV ss., 107, 226-228, 233 ss.

11. Ciò riguarda sia la premessa giuridica che quella fattuale.

quelle norme individuali rappresentate dalle sentenze giudiziali, è una funzione non della conoscenza ma della volontà[12].

Così, l'interpretazione-applicazione giudiziaria fa riferimento ad un'attività volitiva del giudice che, tra l'altro, non risulta assistita da criteri metodologici giuridicamente vincolanti. La norma generale costituisce la «cornice» entro la quale si inserisce la norma individuale, che rappresenta quella scelta, in base a criteri extra-giuridici, tra i molteplici significati di cui la prima è portatrice. L'interpretazione giuridica si pone, allora, come attività discrezionale[13]. La norma individuale, creata dall'organo competente, è valida qualunque sia il suo contenuto, purché conforme alla norma superiore. Nell'applicare la legge ad una fattispecie concreta, «la produzione della norma individuale, in quanto va a riempire la cornice della norma generale, è una funzione della volontà»[14]. Tale produzione risiede nella libera decisione dell'organo chiamato a porre l'atto giuridico.

Coerentemente con questa concezione, Kelsen esclude che in ambito giurisdizionale l'attività giudicatrice sia intesa come funzione della conoscenza. Si tratta, invece,-di un'attività assolutamente decisionale. Il giudizio del giudice, scrive Kelsen, «non è un giudizio nel senso logico del termine...esso è una norma, e precisamente una norma individuale, la cui validità è limitata ad un caso concreto»[15]. Kelsen riconosce che il giudizio con cui si afferma che un comportamento concreto è o non è così come deve essere in conformità ad una norma oggettivamente valida è un giudizio di valore (positivo o negativo). Egli, assumendo la concezione, costante nella tradizione filosofica, da Aristotele in poi, del giudizio come determinazione

---

12. Cfr. KELSEN, Teoria generale del diritto e dello *Stato,* cit., pp. 9, 128, 414, 418 ss.; ID., La dottrina pura del diritto, cit., p. 220. Sul punto v. V. POSSENTI, *Irrazionalità* del diritto? La «*destructio*» *dell'idea* di ragion pratica in Kelsen, in «Jus», 32, 1985, p. 263 ss.; A. OLLERO TASSARA, Giudicare o decidere: il senso della funzione giudiziaria, in S. COTTA (a cura di), Conoscenza e *normatività*. Il *normativo* tra decisione e fondazione, Milano, 1995, pp. 127 ss., 133 ss.

13. Come sottolinea R. GUASTINI, Hans Kelsen *sull'interpretazione,* in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), L'analisi del ragionamento giuridico, vol. II, Torino, 1989, p. 123, «Interpretarein vista dell'applicazione è non già prendere conoscenza del significato di una norma, ma deciderlo». In proposito cfr. H. KELSEN, *Sulla* teoria *dell'interpretazione* (1934), trad. it. di R. Guastini, in COMANDUCCI - GUASTINI (a cura di), L'analisi del ragionamento giuridico, cit., pp. 107-120. Si tratta di un saggio che coincide pressoché interamente con il cap. VI della *Reine* Rechtslehre del 1934. Sulla teoria kelseniana dell'interpretazione, oltre a GUASTINI, Hans Kelsen *sull'interpretazione,* cit., pp. 121-125, rinvio a G. GAVAZZI, L'interpretazione giuridica di Hans Kelsen, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXXIV, 1957, pp. 217-229 ed a M. G. LOSANO, Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen, in ((Rivistainternazionale di filosofia del diritto», XLV, 1968, pp. 524-545.

14. Così KELSEN, Sulla teoria *dell'interpretazione,* cit., p. 114.

15. KELSEN, La dottrina pura del diritto, cit., p. 29. Al riguardo cfr. M. TROPER, Le *jugement* en droit: *l'exemple* des *jugements* de constitutionnalité, in *Studi* in memoria di Giovanni *Tarello,* vol. II, *Saggi* teorico-giuridici, Milano, 1990, in particolare, p. 566 ss.

assertiva che mira alla conoscenza (ed alla verità), lo considera come «giudizio» in senso logico[16]. Pertanto distingue il giudizio di valore, ossia l'affermazione secondo cui un comportamento umano corrisponde o no (è conforme o no) ad una norma oggettivamente valida, dalla norma che pone tale giudizio. Il giudizio, infatti, «può essere vero o falso, poiché si riferisce ad una norma di un ordinamento vigente...una norma invece non è né vera né falsa, bensì soltanto o valida o non valida»[17].

Kelsen, dunque, considera il giudizio di valore come un atto di conoscenza. L'accento viene posto sulla dimensione «oggettiva» che si riferisce alla relazione (alla conformità) tra un comportamento ed una norma oggettivamente valida. Tale giudizio non implica alcun riferimento al desiderio o al volere di chi lo emette, alla relazione tra un oggetto – un comportamento umano – ed il desiderio o il volere di uno o più uomini nei suoi riguardi: dunque, alla approvazione o disapprovazione del comportamento stesso[18]. Oltre alla considerazione del giudizio come «cellula» della logica, gioca un ruolo centrale, qui, il peculiare «normativismo» elaborato da Kelsen, ossia la concezione del diritto come sistema di norme descrivibili con giudizi di *Sollen*[19]. I giudizi di valore

---

16. Sul tema, in generale, rinvio a W. FLACH, Giudizio, in H. KRINGS-H. M. BAUMGARTNER-C. WILD (a cura di), Concetti fondamentali di filosofia (1973-1974), edizione italiana a cura di G. Penzo, vol. II, Brescia, 1982, pp. 946-962. Si veda anche F. RIVETTI BARBÒ, Dubbi, discorsi, verità. Lineamenti di filosofia della conoscenza, Milano, 1991², pp. 105-106, 108.

17. KELSEN, La dottrina pura del diritto, cit., p. 29. Come è noto, secondo Kelsen non è possibile parlare di «verità» a proposito di norme. Esse sono solo valide o invalide. Invece un'asserzione su una norma (l'asserzione secondo cui una norma è valida) può essere vera o falsa e quindi verificabile, ossia «può essere verificata dimostrando che la norma è stata statuita e non ha perduto la sua validità con la statuizione di una norma derogatoria o con la perdita di efficacia». Cfr. KELSEN, Teoria generale delle norme, cit., pp. 290-292.

18. Ibidem, pp. 30-32. I giudizi di valore soggettivi si riferiscono all'approvazione o disapprovazione del comportamento.

19. Cfr. M. G. LOSANO, Saggio introduttivo, in KELSEN, La dottrina pura del diritto, cit., pp. XXVII-XXVIII. Il normativismo, come è noto, è quella teoria del diritto secondo la quale: a) i valori giuridici (e non quelli morali e politici), ossia le norme giuridiche positive, sono conoscibili in quanto valori; b) le norme sono entità reali (ma peculiari del mondo del Sollen) suscettibili di conoscenza (scientifica), ma oggetto di una scienza autonoma (una scienza normativa) che studia ciò che deve essere e si esprime in termini di «dovere»; c) le proposizioni di questa scienza sono normative (sono espresse in termini di «dovere» e hanno a che fare con norme) e tuttavia sono proposizioni conoscitive vere o false. Sul normativismo kelseniano cfr. R. GUASTINI, Problemi epistemologici del normativismo, in «Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica», a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1991, p. 177 ss. V. anche VIOLA, Il diritto come pratica sociale, cit., p. 88 ss.; MAZZARESE, Logica deontica e linguaggio giuridico, cit., p. 135 ss.; ID., «Proposizione normativa». *Interrogativi* epistemologici e semantici, in «Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica», a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1991, p. 193 ss.; L. TRIOLO, La *norma* ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen, Torino, 1994, pp. 141 ss., 319 ss.

sono, entro questa prospettiva, ricondotti a giudizi di verità poiché riguardano la presa di conoscenza di quella specifica «realtà»che è la realtà del *Sollen.*

Negando che le decisioni giudiziali siano il risultato (anche) di attività cognitive, Kelsen si discosta sensibilmente dalle posizioni tradizionali che tendono a distinguere tra *quaestio juris* e *quaestio facti,* facendo rientrare in quest'ultima tutti gli elementi che, nell'ambito di un procedimento giurisprudenziale, riguardano l'accrescimento della conoscenza di quanto è accaduto[20] al fine di definirne la rilevanza giuridica. Kelsen considera il sistema giuridico come sistema formale autoreferenziale che produce e riproduce i propri elementi. Ciò, tra l'altro, conduce all'esclusione di qualsiasi rimando dell'esperienza giuridica, e del momento processuale, al contesto comunicativo entro il quale sono avanzate le pretese di giustizia e di verità. Né si tiene in alcun conto il collegamento tra i fenomeni giuridici e le forme di vita nel loro reciproco orientamento alla pragmatica della comunicazione. Per la dottrina pura, il punto centrale è costituito dal problema della positività – validità formale del diritto. I criteri di validità attengono ai procedimenti di posizione. L'atto di posizione rappresenta il tratto decisivo della positività giuridica. Dunque, posto che dal punto di vista dell'ordinamento la sentenza rappresenta un momento del processo con cui il diritto produce se stesso, il fatto entra nel diritto soltanto quando lo si crea giuridicamente come tale, ossia quando diviene fattispecie giuridica[21], cioè accadimento *costruito nel* sistema giuridico. Così, posto che l'accertamento fattuale è solo un momento del processo di produzione giuridica, nel giudizio giurisdizionale non ha rilievo il fatto, considerato dal punto di vista dei

---

20. A questo proposito si può sottolineare che il risultato dell'attività volta alla determinazione della *quaestio* facti rientrerebbe, seguendo la terminologia kantiana, tra i giudizi sintetici. Per Kant, infatti, esempio paradigmatico di giudizio sintetico è quello in cui si asserisce l'esistenza di qualcosa a partire dall'esistenza di un'altra. Esso, dunque, amplia la nostra conoscenza. Ciò, come è noto, a differenza dei giudizi analitici che sono puramente esplicativi, cioè non estensivi della nostra conoscenza. Nei giudizi analitici (a differenza di quelli sintetici) l'informazione convogliata dalla conclusione non è maggiore di quella convogliata dalle premesse. Tali giudizi sintetici, inoltre, sarebbero a posteriori, in quanto dipendono dall'esperienza. Cfr. I. KANT, Critica della ragion pura (1781-1787[2]), trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, edizione riveduta da V. Mathieu, Roma-Bari, 1995, Introduzione, sez. IV (p. 39 ss.); Anal. trasc., lib. II, cap. II, sez. II (p. 145 ss.). Cfr. al riguardo P. PARRINI, Nota introduttiva a E. W. BETH, Sulla distinzione kantiana tra giudizi sintetici e giudizi analitici, in «Iride», 7, 1991, p. 174.

21. La dottrina pura del diritto, cit., p. 270; Teoria generale del diritto e dello Stato, cit., pp. 137-138. Come scrive U. SCARPELLI, Auctoritas non veritas facit *legem,* in AA.VV., Linguaggio, persuasione, verità, Padova, 1984, p. 136: «il linguaggio del fatto è il linguaggio dell'autorità produttiva del diritto e dell'autorità costituita dal diritto che su di esso deve pronunciarsi». Cfr. anche F. E. OPPENHEIM, The Judge as Legislator, in GIANFORMAGGIO-PAULSON (eds.), Cognition and *Interpretation* of Law, cit., p. 289 ss.

procedimenti conoscitivi, ma la fattispecie accertata da un organo competente conformemente a regole formali. «Fatto» è *solo* questo accertamento[22]. Il fatto è prodotto totalmente dal procedimento giudiziario.

È opportuno rilevare, a questo riguardo, che in Kelsen opera un parallelismo tra il procedimento giudiziario e il procedimento di cognizione dei fatti naturali che costituiscono l'oggetto della conoscenza (scientifica). Scrive, infatti, il giurista praghese, in piena coerenza con la prospettiva epistemologica neokantiana: «al soggetto del procedimento costitutivo di conoscenza corrisponde l'organo del procedimento giurisdizionale costitutivo. Come l'oggetto di questa conoscenza viene «prodotto» nel procedimento conoscitivo, così la fattispecie condizionante la sanzione viene prodotta nel procedimento giurisdizionale»[23]. Tale posizione rinvia all'idea, debitrice della gnoseologia kantiana, secondo cui «la scienza del diritto, intesa come conoscenza del diritto, come tutte le conoscenze ha carattere costitutivo e quindi «produce» il proprio oggetto nella misura in cui lo concepisce come un tutto intelligibile»[24]. Nel mondo del diritto, allora, non vi sono fatti «assoluti», ma solo fatti «prodotti» da organi competenti secondo un procedimento prescritto dal diritto e ad esso totalmente interno[25].

---

22. *La dottrina pura del diritto,* cit., pp. 271-72; *Teoria generale del diritto e dello Stato,* cit., p. 226; *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization,* cit., p. 218. Kelsen, in sostanza, guarda all'accertamento dei fatti solo nell'ottica della produzione giuridica e della formazione a gradi dell'ordinamento. Qui l'interpretazione-applicazione giudiziaria si pone come un'attività altamente discrezionale.

23. *La dottrina pura del diritto,* cit., p. 272.

24. Scrive KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato,* cit., p. 442: «la conoscenza deve assumere una funzione attiva e produttiva in relazione ai suoi oggetti». Si tratta, comunque, di una «produzione» che ha carattere meramente conoscitivo. Di Kelsen cfr. anche *La dottrina pura del diritto,* cit., p. 89.

25. Affermare, come fa Kelsen, che il diritto crea il fatto è cosa ben diversa dal riconoscere che per la descrizione dei fatti vengono usate categorie create dalle norme giuridiche. In proposito, a titolo di esempio, rinvio alle riflessioni di KIM LANE SCHEPPELE, *Facing Facts in Legal Interpretation,* in R. POST (ed.), *Law and the Order of Culture,* Berkeley, Los Angeles, Oxford, 1991, pp. 44, 48, 56-57, 60-61; ma v. anche J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhaltnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung,* Berlin, 1965, pp. 20-24; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968[4]), a cura di A. Baratta, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, Milano, 1970, p. 78 ss. E cosa ben diversa anche dal riconoscere che il diritto positivo vincola la scelta della premessa fattuale della decisione giudiziale, e dunque della sua giustificazione. Ad esempio si considerino, con riferimento alle decisioni penali, i vincoli posti dal diritto italiano censiti da PAOLO COMANDUCCI e RICCARDO GUASTINI, *Controllo di razionalità nel processo penale* (Schema di relazione), in *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino.* XX° Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica - Verona 3, 4 e 5 ottobre 1996. ((Schemie relazioni», Padova, 1996, pp. 47-48. Si tratta di vincoli derivanti: a) dalla esclusione della responsabilità oggettiva (art. 42, I c., cod. pen.); b) dalla esclusione della responsabilità per fatto altrui (art. 27, I c., cost.); c) dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, II c., cost.).

3. – L'esito della concezione kelseniana è il pieno assorbimento della *quaestio facti* nella *quaestio juris*. Il giudizio giurisdizionale, come grado del processo di creazione del diritto, partecipa della creazione del reale, mettendo fine, attraverso la «rimozione autoritaria del dubbio»[26], al conflitto intersoggettivo, alla lite, all'incertezza che da essa deriva[27] e producendo una verità meramente formale, intesa come conformità alle norme ordinamentali[28]. In quest'ottica, come afferma Merkl[29], vale l'istanza di politica del diritto: «meglio una sentenza viziata che nessuna sentenza)), espressione, in buona misura, di un modello processuale decisionistico che rivendica il carattere non cognitivo ma potestativo del giudizio, rimettendo le situazioni da accertare più all'autorità discrezionale del giudice che non al controllo dialettico e discorsivo, con la partecipazione dei vari soggetti che interagiscono nel processo. Appare netta, così, la distanza rispetto a quelle posizioni tendenti ad affermare che nessuna decisione può dirsi giusta se risulta fondata su un accertamento non vero dei fatti, poi-

---

26. Mutuo l'espressione da C. SCHMITT, Il custode della costituzione (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 75, che, nel sottolineare il carattere decisionistico di ogni sentenza, fa qui specifico riferimento alle controversie costituzionali. Al riguardo v. P. P. PORTINARO, Che *cos'è* il decisionismo?, in ({Rivistainternazionale di filosofia del diritto)), LIX, 1982, pp. 258-260.

27. Sulla funzione del giudice, in quanto espressione di un sistema di potere politico istituzionalizzato, volta a chiudere i conflitti, a mettere comunque la parola fine alle controversie insiste R. MENEGHELLI, *Una* semplice osservazione *su* un certo modo d'intendere la funzione del giudice, in «Diritto e società)), 1, 1992, pp. 21-30. Nella dottrina italiana l'orientamento volto a raffigurare il processo come strumento di eliminazione del conflitto e di composizione della lite trova l'espressione più significativa in F. CARNELUTTI, Sistema del diritto processuale civile, I, Funzione e composizione del processo, Padova, 1936, pp. 40 ss., 231 ss., 247 ss., 341 ss.; ID., Diritto e processo, Napoli, 1958, p. 54 ss. È interessante notare che l'idea kelseniana presenta significativi punti di contatto con tale modello. Sul tema della funzione del processo, tra la letteratura, rinvio solo a M. TARUFFO, Note per una *riforma* del diritto delle prove, in «Rivistadi diritto processuale», XLI, 1986, spec. p. 239 ss. ed a M. R. DAMAŠKA, I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo (1986), intr. di M. Taruffo, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, pp. 158 ss., 173 ss., 249 ss.

28. Cfr. sul punto A. CARRINO, L'io diviso. *Formalismo* e nichilismo nella crisi della modernità, in AA.VV., Soggetti e nonna. Individuo e società, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1987, pp. 60-61. V. anche H. KELSEN, Die Idee des *Naturrechtes* (1927-28), in Die Wiener rechtstheoretischeSchule, I, a cura di H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien-Frankfurt-Zurich-Salzburg-Munchen, 1968, p. 277; A. MERKL, *Errore* giudiziario e verità *legale* (1925), in ID., Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi, a cura di C. Geraci, Milano, 1987, p. 350. Nell'ambito del processo, come scrive A. GIULIANI, Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: « nuova retorica » e teoria del processo, in «Sociologia del diritto», XIII, 2-3, 1986, p. 89, «la verità formale può essere considerata l'aspetto più vistoso di quel fenomeno che è stato definito da Luhmann processo di riduzione della complessità».

29. MERKL, *Errore* giudiziario e verità legale, cit., pp. 350-351. Il riferimento di Merkl è, qui, a quel mezzo tecnico-giuridico definito «calcolodei vizi»(Fehlerkalkul).

ché la correttezza della decisione si basa sulla verità dei fatti rilevanti per la decisione stessa[30].

Certamente, «verità» è termine plurivoco[31]. Parlare di verità processuale significa chiedersi quali pretese di verità siano contenute negli enunciati che compongono la decisione e quali procedure ne consentano l'emanazione[32]. La verità di un discorso dipende dalle circostanze nelle quali si pongono le domande ad esso relative, dagli intenti di chi parla e di chi ascolta,

---

30. Mi riferisco, qui, alle posizioni di M. TARUFFO, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Milano, 1992, pp. 43-44, 48-50 e di L. FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del *garantismo* penale, Roma-Bari, 1989, pp. 8 ss., 16 ss., che, a differenza di Kelsen, il quale asserisce la natura costitutiva del giudizio di fatto, rivendicano la natura dichiarativa di tale giudizio. Per un'analisi ed una valutazione critica di tale modello di giudizio cfr. PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., p. 91 ss. Per quanto riguarda Kelsen, si veda P. COMANDUCCI, La motivazione in fatto, in G. UBERTIS (a cura di), La conoscenza del fatto nel processo penale, Milano, 1992, p. 234 nt. 30. La posizione kelseniana si oppone anche a quella prospettiva che Twining ha definito «*rationalist* tradition of *evidence scholarship*». Tale scuola condivide un complesso relativamente omogeneo di postulati epistemologici e di idee intorno ai fini ed alla natura del giudizio giurisdizionale che stanno alla base di quella teoria della prova che risulta inserita nel pensiero post-illuminista inglese e che formalizza le concezioni di autori come Bcntham, Stephen, Thayer, Wigmore, Cross. Si tratta di una prospettiva teorica che assume come scopo del «giudizio di fatto» l'accertamento razionale della verità dei fatti al fine di produrre decisioni giuste. Essa, tra l'altro, condivide una visione realista ed empirista secondo cui il conoscere consiste in una sorta di rispecchiamento della realtà (assunta come indipendente dall'osservazione umana) ed una teoria della verità come corrispondenza. Cfr. W. TWINING, Theories of *Evidence:* Bentham and Wigmore, London, 1985, p. 1 ss.; ID., Some Scepticisrn *about* Some Scepticisms, in «Journal of Law and Society», 11, 1984, p. 138 ss.

31. Scrive L. B. PUNTEL, Verità, in H. KRINGS-H. M. BAUMGARTNER-C. WILD (a cura di), Concetti fondamentali di filosofia (1973-1974), edizione italiana a cura di G. Penzo, vol. III, Brescia, 1982, p. 2316: «Forse nessun altro tra i concetti fondamentali della tradizione filosofica rivendica a sé una rilevanza così centrale come il concetto di verità, e forse nessun altro è come questo soggetto a una così grande oscillazione e indeterminatezza del suo significato». Per una sintetica panoramica sulle diverse teorie della verità mi limito a rinviare a N. ABBAGNANO, *Verità,* in ID., Dizionario di filosofia, seconda edizione riveduta e accresciuta, Torino, 1980, pp. 913-918; A. R. WHITE, Verità (1970), trad. it. di G. Mininni, Roma, 1980, partic. p. 89 ss.; G. POTDEVIN, La vérité, Paris, 1988; W. V. QUINE, Verità, in ID., Quidditates. Quasi un dizionario filosofico (1987), a cura di L. Bonatti, Milano, 1991, pp. 267-271; L. E. JOHNSON, Focusing on *Truth,* London-New York, 1992; R. CAMPBELL, Tmth and *Historicity,* Oxford, 1992; B. ALLEN, Tmth in *Philosophy,* Cambridge, Mass.-London, 1993.

32. Cfr. P. FERRUA, Contraddittorio e verità nel processo penale, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), Le ragioni del garantisrno. Discutendo con Luigi *Ferrajoli,* Torino, 1993, p. 215 ss.

Sul modo in cui le diverse teorie della verità si specificano in relazione a1 contesto processuale rinvio a FERRUA, Contraddittorio e verità *nel* processo penale, cit., p. 223 ss. ed a TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, cit., p. 143 ss., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

dalle informazioni che si intendono conseguire, dal livello di precisione richiesto. «Vero» è, dunque, una etichetta generale che copre «un'intera dimensione di tipi di apprezzamento diversi, che hanno in qualche modo a che fare con la relazione fra ciò che diciamo e i fatti»; «una dimensione generale, che riguarda l'essere una certa cosa la cosa giusta o appropriata da dire in opposizione al suo essere la cosa sbagliata, in certe circostanze, ad un certo uditorio, in vista di certi scopi e con certe intenzioni»[33]. La verità, pertanto, riguarda le modalità di relazione tra gli enunciati e la realtà, che è, nel contempo, il *risultato* di un'analisi e il *postulato* dell'analisi stessa[34].

Al di là delle questioni nominali e delle determinazioni formali connesse alle elaborazioni filosofiche in tema di verità, è da osservare, pertanto, che la nozione rimanda alla struttura relazionale tra intelligenza e realtà, tra intenzionalità della ragione e intelligibilità del reale. Essa dunque presenta una intrinseca bipolarità[35]. In ogni caso, però, con la crisi del pensiero oggettivante e dimostrativo, che concepisce la verità come un qualcosa che è possibile conoscere in modo oggettivo e concluso, va sottolineato che essa può essere definita come l'accordo delle nostre conoscenze possibili con un reale che è già nell'orizzonte del linguaggio. Tale accordo, pertanto, non è una passiva riproduzione di un dato, ma si configura a partire da un'elaborazione interpretativa e ricostruttiva[36]. Il luogo della verità è, così, il linguaggio, inteso come discorso, come prassi di carattere sociale in cui si attiva la comprensione e l'intendersi e si articola l'apertura di senso degli accadimenti.

Parlare di verità significa riconoscere la connessione tra statuto ontologico e statuto epistemologico, nonché la diversificazione degli stili e dei metodi cognitivi in relazione al carattere differenziato dei vari ambiti della realtà. Significa, inoltre, rintracciare il profilo del sapere e della razio-

---

33. Cfr. J. L. AUSTIN, *Performative* Utterances (1961), in A. P. MARTINICH (ed.), The Philosophy *of Language,* Oxford, 1985, p. 124; ID., Come *fare* cose con le parole. Le «*William James Lectures*» tenute alla *Harvard* University *nel* 1955 (1962), a cura di C. Penco e M. Sbisà, Genova, 1987, pp. 108-109; ID., *Performativo-constativo* (1962), in M. SBISÀ (a cura di), Gli atti linguistici. Aspetti e problemi di filosofia del linguaggio, Milano, 1983², p. 60. Sul punto v. B. CELANO, Grande divisione e teoria degli atti linguistici, in «Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica», a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1993, pp. 47-48.

34. Cfr. PASTORE, Giudizio, prova, *ragion pratica,* cit., pp. 266-267. V. al riguardo H. PUTNAM, Ragione, verità e storia (1981), a cura di S. Veca, trad. it. di A. N. Radicati di Brozolo, Milano, 1985, p. 57 ss.

35. Sull'interpretazione della formula medioevale «*adaequatio* rei et *intellectus*» si veda A. POPPI, Introduzione, in La verità, Brescia, 1988², p. 11.

36. Cfr. H. M. BAUMGARTNER, Ragione finita *e* verità, in «Informazione filosofica» VI, 16, 1993, pp. 6-8; G. VATTIMO, Oltre l'interpretazione. Il significato *dell'ermeneutica* per la filosofia, Roma-Bari, 1994, pp. 7, 13, 43, 55 ss.; J. GRONDIN, *L'horizon herméneutique* de la pensée contemporaine, Paris, 1993, pp. 200-201, 213 ss., 222-223.

nalità valido per la struttura della prassi e per le sfere che da essa dipendono[37].

Nel campo della prassi, la verità è un mezzo in vista dell'applicazione, della scelta, della deliberazione. In ambito giudiziale, l'accertamento della verità risulta funzionale alla determinazione della decisione giusta[38]. Qui opera un sapere pratico, che riguarda una verità plausibile, relativa a ciò che è avvenuto nelle vicende umane, con la loro contingenza e particolarità, ed allo stato delle conoscenze confermate raggiungibili. Si ha a che fare, dunque, con una verità del probabile[39], che si può conseguire in un contesto di finitezza, qual è quello proprio della prassi, e che rimanda ad attività conoscitive e decisionali da compiere in situazione d'incertezza[40]. Tale incertezza attiene, da un lato, alla difficoltà di connettere direttive normative a situazioni concrete, dall'altro riguarda la difficoltà epistemologico-cogni-

---

37. L'interesse per la prassi ha condotto ad una ripresa di temi e modelli connessi alla ((riabilitazionedella filosofia pratica». È in una siffatta prospettiva che assume rilievo la tematica della conoscenza legata al mondo pratico della vita umana. Cfr. F. VOLPI, La rinascita della filosofia pratica in Germania, in AA.VV., Filosofia pratica e scienza politica, a cura di C. Pacchiani, Abano (Padova), 1980, p. 11 ss.; E. BERTI, Aristotele nel Novecento, Roma-Bari, 1992, p. 186 ss.

38. Come sottolinea G. UBERTIS, Prova (in generale), in «Digesto delle Discipline Penalistiche», X, Torino, 1995, pp. 298-299, l'accertamento della verità non è in sé e per sé il fine ultimo del processo ma costituisce un presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile al caso concreto. Cfr. anche M. BAYLES, *Principles for* Legal Procedure, in «Law and Philosophy», 5, 1986, p. 39: «Two genera1 purposes are inherent in the...concept of adjudication – resolving disputes and finding the «truth»...Adjudicators are to decide disputes by the application of rules and principles, Even assuming that the substantive rules and principles are correct, a dispute will not be properly decided in accordance with them unless the «truth» or correct facts are determined. The truth needs to be found not for its own sake but to apply the rules and principles to the dispute correctly». Sul punto, più estesamente, PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., p. 32 ss. Cfr. anche, per quanto riguarda il processo penale, FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., pp. 16 ss., 552 ss.; per quanto riguarda il processo civile, S. PATTI, Prova I) Diritto processuale civile, in «Enciclopedia giuridica», XXV, Roma, 1991, p. 2.

39. Sul tema v. A, GIULIANI, Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica, Milano, 1961, p. 14 ss.; ID., Prova (filosofia del diritto), in ((Enciclopediadel diritto», XXXVII, Milano, 1988, pp. 525 ss., 533 ss.

40. Cfr. H. T. KLAMI, J. SORVETTULA, M. HATAKKA, *Truth* and Law. Is, *Ought* and Reasoning, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 75, 1989, p. 429 ss.; L. VANDERVORT, *Empirical Uncertainty* and Legal Decision Making, in E. BULYGIN, J.-L. GARDIES and I. NIINILUOTO (eds.), *Man,* Law and *Modern Forms* of Life, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, p. 251 ss.; F. GIL, Prove. Attraverso la nozione di *prova/dimostrazione* (1986), trad. it. di L. Majocchi, Milano, 1990, p. 107 ss.; TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, cit., p. 217 ss.; P. RICOEUR, Le Juste, Paris, 1995, pp. 185 ss., 190, 192. Lo strutturale operare della decisione nella contingenza, comunque, è cosa diversa dalla contingenza della decisione, con il rischio che la relatività precipiti nel relativisrno. Si veda, al riguardo, F. D'AGOSTINO, Contingenza delle norme e soluzione delle controversie, in COTTA (a cura di), Conoscenza e normatività. Il *normativo* tra decisione e fondazione, cit., pp. 113 ss., 118 ss.

tiva relativa alle lacune in ordine alle informazioni sugli accadimenti avvenuti, alla descrizione e ricostruzione degli eventi oggetto della controversia: in sostanza alle modalità e agli esiti del procedimento probatorio[41].

La decisione, che implica la scelta di una tra le varie ipotesi di soluzione del caso prospettate nel processo, riguarda, oltre alla determinazione dell'interpretazione più adeguata dei materiali normativi, il riconoscimento della versione degli accadimenti più attendibile. Tale scelta esaurisce ed esclude ogni altra possibilità. Nel processo, allora, si svolge un'attività che procede da una situazione incerta e problematica per costituirne una certa e determinata attraverso una procedura di attestazione della verità che sottopone a prova le ipotesi di soluzione sostenute controversialmente. La verità conseguibile giudizialmente, a partire dal riconoscimento dell'intrinseca limitatezza dei dati relativi agli accadimenti di cui si dispone e delle restrizioni che incontra il procedimento conoscitivo, è quella connessa alla ricostruzione fattuale specifica, imparziale, pertinente ed accurata, che presenta un grado di attendibilità tale da giustificare la decisione[42].

Gli eventi, le condotte, le azioni, i «fatti» oggetto della controversia richiedono un giudizio di esistenza che implica in ogni caso una ricostruzione interpretativa prodotta a partire da schemi concettuali che fanno da cornice alle metodologie utilizzate[43] e che implicano una qualificazione (sia giuridica, sia extra-giuridica). Si tratta di una ricostruzione concettuale che consente di individuare tali «fatti» ritagliandoli, con riferimento al campo di esperienza oggetto di indagine, attraverso un'attività di selezione, ordinazione, classificazione; attraverso operazioni rivolte ad attribuire significato e relazioni di significato. Tali «fatti» sono assunti nel processo come elementi su cui si costruiscono le ipotesi circa gli accadimenti, con le loro specifiche modalità, considerati pertinenti alla controversia. Il processo è il luogo in cui vanno confrontate e confermate le ipotesi attraverso la raccolta ed il controllo dei dati probatori. La dinamica probatoria riguarda l'attribuzione di significatività, l'incremento, la convergenza, la compatibilità delle prove che conducono alla validazione delle ipotesi avanzate, definendone il grado di probabilità e, così, giustificandole.

La verità nel processo nasce conflittuale; le ipotesi e i dati probatori offerti a sostegno dalle parti sono controversi[44]. Il giudice, esaminando quegli elementi dotati convenzionalmente di validità conoscitiva, cioè ca-

---

41. Si veda M. TARUFFO, Giudizio (teoria generale), in «Enciclopedia giuridica», XV, Roma, 1989, p. 7.

42. Sulle garanzie processuali relative alla «ricostruzione dei fatti» rinvio a FERRAJOLI, *Diritto* e ragione, cit., p. 126 ss.

43. Cfr. V. VILLA, La *metagiurisprudenza* analitica e la *dicotomia* descrittivo/prescrittivo, in Studi in memoria di Giovanni *Tarello,* vol. II, Saggi teorico-giuridici, cit., 1990, p. 649, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

44. Cfr. S. COTTA, Quidquid latet apparebit: *le problème* de la vérité du *jugement,* in «Archives de philosophie du droit», 39, 1995, p. 221 ss.

paci di far conseguire informazioni rilevanti, approva o non approva le ipotesi formulate dalle parti, affermando o negando che quei «segni» offerti sono idonei a mostrare una certa realtà passata. Il c.d. {{accertamento dei fatti», così, è volto a ricostruire eventi avvenuti sulla base di tracce presenti interpretate come segno di quegli eventi[45]. La verità, in questo contesto, si caratterizza come verità probabile, nel senso che essa può essere asserita quando l'insieme degli indicatori offerti a sostegno di una ipotesi relega ogni altra ipotesi alternativa in un campo di possibilità tanto remoto da apparire assolutamente irrilevante[46].

L'accertamento dei fatti, allora, si fonda su una ricerca dialettica e su una razionalità discorsiva, argomentativa, orientata alla pragmatica della comunicazione, che si esprime nell'ambito del probabile e del confutabile. Per Kelsen, invece, la conoscenza dei «fatti» nel processo dipende esclusivamente da ciò che il giudice ha autoritativamente deciso. Tali fatti sono completamente costituiti, determinati dal sistema giuridico. Il sistema, infatti, considera come realtà ciò che esso costruisce[47]. Il suo carattere normativamente chiuso, autopoietico, autoreferenziale esclude che la decisione giudiziale sia controllata con riferimento ad una realtà esterna al sistema stesso[48]. La verità non è in alcun modo conformità agli accadimenti, né accettabilità giustificata in base a procedure cognitive che contribuiscono a fondare il convincimento del giudice in ordine alle situazioni su cui si controverte. All'atto dell'accertamento, in quanto condizione a cui la norma legale collega la sanzio-

45. FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., p. 108. Più in generale, da un punto di vista epistemologico e filosofico, v. F. GIL, Traité de l'évidence, Grenoble, 1993, p. 23 ss.

46. Cfr. E. FASSONE, *Quaestio facti,* in M. BESSONE - R. GUASTINI (a cura di), Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza, Padova, 1994, pp. 315-321. Scrive UBERTIS, Prova (in generale), cit., p. 301: {(attraverso il processo si cerca di ottenere [compatibilmente con gli altri valori in gioco nel processo] una ricostruzione fattuale che – caratterizzata da una plausibilità esplicativa coerente con lo stato delle risultanze proceduralmente conseguite, tale da renderla preferibile (in base ad una valutazione della sua probabilità che non sia oggettiva o statistica o quantitativa) rispetto ad altre ipotesi ricostruttive – raggiunga la maggiore approssimazione possibile alla "realtà"».

47. Su questa concezione costruttivistica v. N. LUHMANN, Closure and *Open*ness: *On* Reality in the World of Law, in G. TEUBNER (ed,), Autopoietic Law: A *New* Approach to Law and Society, Berlin-New York, 1988, p. 337; VARGA, The *Mental Transformation* of Facts into a Case, cit., p. 68.

48. Sull'idea che la decisione si basi su una ricostruzione dei fatti il più possibile oggettiva, nel senso dell'indipendenza, dell'autonomia del materiale probatorio utilizzato, cfr. P. FERRUA, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali, in ((Questione giustizia», XIV, 1995, pp. 429-430; PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., pp. 216-217. Sulla nozione di «materiale probatorio indipendente» e sul suo collegamento con l'idea di oggettività nell'ambito dell'impresa scientifica si veda P. Kosso, Leggere il libro della natura. Introduzione alla filosofia della scienza (1992), trad. it. di S. Bernini, Bologna, 1995, pp. 165 ss., 173 ss., 190 ss.

ne, non si richiede che sia veritiero. Tale condizione, infatti, viene ottemperata anche se l'asserzione relativa all'accertamento non è vera,

A questo proposito può essere rilevata una certa assonanza tra la prospettiva di Kelsen e quella di Luhmann, Per Luhmann[49], come per Kelsen, la verità e la giustizia della decisione giurisprudenziale sono inessenziali. La correttezza di una decisione giuridica è vista come prestazione del sistema in una prospettiva di ottimizzazione tecnocratica[50]. Il sistema giuridico sviluppa determinati istituti, i procedimenti, che riescono a motivare i consociati ad una accettazione fondata su condizioni meramente formali. I procedimenti sono intesi come «sistemi sociali che adempiono ad una specifica funzione, cioè quella di elaborare una decisione unica e vincolante~.Essi legittimano se stessi indipendentemente dalla giustizia del proprio esito. Rappresentano successioni regolate da norme giuridiche di atti rivolti alla produzione di una decisione giuridicamente rilevante[51]. Il processo, in quanto tipo di procedimento, serve ad eliminare incertezze e conflitti, dunque a ridurre la complessità. Il procedimento giurisdizionale è un fattore di specializzazione: opera, infatti, con specifiche tecniche e riduce la complessità in quanto si mostra capace di ricondurre la realtà ad un sistema altamente definito. Il sistema, come «progetto selettivo dell'ambiente)), determina ciò che è rilevante per le aspettative ad esso legate. Si potrebbe dire, allora, che l'ambiente esiste solo in quanto in rapporto ad esso opera riduttivamente il sistema[52]. Così il sistema crea l'ambien-

---

49. Faccio riferimento alle seguenti opere di N. Luhmann: Procedimenti giuridici e *legittimazione* sociale (1975), a cura di A. Febbrajo, trad. it. di S. Siragusa, Milano, 1995 (la prima edizione di *Legitimation* durch *Verfahren* è del 1969); Sociologia del *diritto* (1972), trad. it. di A. Febbrajo, Roma-Bari, 1977.

50. J. ESSER, *Precomprensione* e scelta del metodo *nel* processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice (1972), trad. it. di S. Patti-G. Zaccaria, Napoli, 1983, pp. 201-202; G. ZACCARIA, *Ermeneutica* e giurisprudenza. Saggio sulla *metodologia* di Josef Esser, Milano, 1984, p. 210.

51. Cfr. A. FEBBRAJO, Introduzione, in LUHMANN, Sociologia del diritto, cit., pp. XXI-XXII; ID., *Introduzione,* in N. LUHMANN, Stato di diritto e sistema sociale (1971), trad. it. di F. Spalla, Napoli, 1990², p. 22. Di Luhmann v. Procedimenti giuridici e legitti*mazione* sociale, cit., pp. 8 ss., 12 ss., 20 ss.; Sociologia *del diritto,* cit., pp. 170 ss., 259 ss.

52. ZACCARIA, *Ermeneutica* e giurisprudenza, cit., p. 208 ss. Sul binomio «sistema e ambiente» come elemento centrale del paradigma della teoria sistemica elaborata dal sociologo-filosofo tedesco v. N. LUHMANN, Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale (1984), intr. di A. Febbrajo, trad. it. di A. Febbrajo e R. Schmidt, Bologna, 1990, p. 305 ss. Scrive LUHMANN, Procedimenti giuridici e *legittimazione* sociale, cit., p. 34: «I sistemi costituiscono una distinzione tra interno ed esterno, intesa come differenza di complessità, cioè di ordine. Il loro ambiente è sempre eccessivamente complesso, non visibile nel suo insieme ed incontrollabile; l'ordine del sistema è invece di importanza tanto maggiore nella misura in cui riduce la complessità e consente...relativamente poche possibilità. Fa parte dell'ordine proprio del sistema anche un progetto selettivo dell'ambiente, una Weltanschauung «soggettiva» del sistema che, dalle possibilità del mondo, seleziona e considera importanti soltanto alcuni fatti, eventi ed aspettative rilevanti».

te[53]. Il diritto, in quanto sistema autopoietico, riproduce autonomamente informazioni, crea significati peculiari, pone in essere ri-costruzioni della realtà[54].

Quello di Luhmann può essere letto come un tentativo di considerare la ragione nel suo ruolo ordinatore di una realtà eterogenea da cui promana la stessa complessità. In questo senso il neoformalista Luhmann, proponendo un modello di sistema giuridico chiuso in se stesso, impermeabile alle «perturbazioni» dell'ambiente, può essere considerato uno degli eredi della dottrina pura kelseniana e, con questa, condivide la «fede» in una ragione tecnico-scientifica come istanza tipica del dominio del reale, in una ragione autosufficiente che pretende di cogliere in modo onnicomprensivo il reale determinandolo in ogni suo aspetto, attraverso le prestazioni di un sistema che adegua, riducendole ad elementi prestabiliti, le forme concrete dell'esperienza[55].

Nella concezione kelseniana, come abbiamo visto, l'accertamento della fattispecie condizionante non ha alcun carattere dichiarativo di eventi che si verificano nella realtà (intesa come altro dal sistema). L'ordinamento giuridico, infatti, non eleva, né potrebbe farlo dato che dal punto di vista epistemologico non esiste alcun evento in sé[56], a condizione di determinate conseguenze eventi o atti considerati descrittivamente[57], ma solo l'accertamento compiuto da un organo competente[58]. L'atto di accertamento, così, *afferma* e dunque fa esistere il fatto.

---

53. ({L'ambienteè una realtà che sussiste in relazione al sistema. Ogni sistema esclude solo se stesso dall'ambiente, per cui l'ambiente è specifico di ciascun sistema e anche l'unità dell'ambiente è costituita a partire dal sistema. «Un» ambiente è soltanto un pendant in negativo di un sistema, ma non è un'entità operativa, in grado di percepire, trattare o influenzare il sistema)),LUHMANN, Sistemi sociali, cit., p. 311.

54. Cfr. G. TEUBNER, Il diritto come soggetto *epistemico:* per una *epistemologia* giuridica «*costruttivista*», in «Rivista critica del diritto privato)),VIII, 1990, pp. 291, 303-304, 307; ID., *Il* diritto come sistema autopoietico (1989), a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi, trad. it. di A. La Spina, Milano, 1996, p. 45 ss.

55. Sul tema, in generale, v. G. ZACCARIA, Razionalità, formalismo, diritto: *ri*flessioni su *Max* Weber, in «Sociologia del diritto)),VIII, 1, 1981, p. 198 ss.

56. Teoria generale del diritto e dello Stato, cit., p. 202. Kelsen fa propria la dottrina «per cui la realtà esiste solo all'interno della conoscenza umana». Cfr. *Assolutismo* e *relativismo* nella filosofia e nella politica (1948), trad. it. di F. L. Cavazza, in H. KELSEN, La democrazia, intr. di G. Gavazzi, Bologna, 1981[4], p. 442. V. anche La dottrina pura *del* diritto, cit., p. 89.

57. Uso l'avverbio nel senso della descrizione (come rappresentazione di stati di cose) esterna al contesto giuridico, in un'accezione simile a quella assunta da Kim Lane Scheppele, che (nel saggio Facing Facts in *Legal Interpretation,* cit., pp. 55, 73 nt. 61) parla di «*ordinary description*» affermando: «I use the term *ordinary* description to refer to the dominant convention for describing a particular state of affairs outside the legal community».

58. Scrive, a titolo esemplificativo (ed emblematicamente) Kelsen: «Non esiste il fatto "in sè" dell'uccisione di B da parte di A, ma esiste soltanto la credenza o la conoscenza mia o di altri che A ha ucciso B...Dal punto di vista del diritto, tuttavia,...soltanto la costatazione ... dell'organo competente ha rilievo giuridico». Teoria

4. – La posizione kelseniana sul giudizio giurisdizionale, invero, altro non è se non una articolazione settoriale della peculiare concezione secondo cui il diritto e la morale sono intesi come sistemi di rappresentazione della realtà fondati su rapporti di imputazione[59]. «Il principio di imputazione ricollega l'uno con l'altro due atti del comportamento umano... il comportamento umano prescritto da una norma è condizionato da un altro comportamento umano»[60]. L'etica e la giurisprudenza prendono in considerazione il comportamento umano come contenuto di norme, ossia come ponente norme e corrispondente o non corrispondente a norme. Ne segue che tale comportamento può essere compreso solo dal punto di vista del Sollen, nel suo essere conforme o meno, appunto, a norme (ritenute valide). Non ci sono comportamenti, azioni, «fatti»relativi al mondo umano senza riferimento a norme[61]. In questa prospettiva, ciò che non rientra nella sfera del senso normativo non riguarda il mondo del diritto. Però, vincolando la comprensione al dato normativo, Kelsen misconosce che essa ha a che fare non solo con il Sollen, ma anche con altri aspetti peculiari dell'azione quali il desiderio, la volontà, la credenza, l'intento di conseguire uno scopo, il tendere ad un fine. Tali aspetti rientrano in ciò che costituisce il senso di un comportamento umano. Un intero settore del discorso pratico appare irriducibile alla qualificazione normativa (giuridica) dell'azione, ma è pertinente alla comprensione dell'azione[62]. Per Kelsen, comunque, si tratta di aspetti meramente psicologici interpretabili causalmente e ciò che non rientra nella sfera del senso normativo è un «fatto»irrilevante.

La stessa questione della verità dei fatti, e dei criteri idonei ad asserirla, è destituita di senso. Basta che il giudice accerti un determinato evento affinché sussista la condizione per statuire una norma individuale (la sen-

---

generale del diritto e dello Stato, cit., p. 138. Radicalmente opposta è, ad esempio, la posizione espressa da C.E. ALCHOURRON-E. BULYGIN, Limiti della logica e del ragionamento *legale,* in A.A. MARTINO (a cura di), Sistemi esperti nel diritto, Padova, 1989, in part. p. 159 ss., che, assumendo la teoria corrispondentista della verità, scrivono (p. 163): «I fatti sono quelli che sono e non quelli che il giudice dice che sono».Sull'idea che la realtà è costruita nel processo v. Z. BANKOWSKI, The *Jury* and Reality, in P. NERHOT (ed.),*Law, Interpretation* and Reality. Essays in *Epistemology, Hermeneutics* and Jurispmdence, Dordrecht/Boston/London, 1990, p. 227 ss.

59. Come è noto, Kelsen costringe tutti i fenomeni normativi entro la forma dell'imputazione e la struttura della norma giuridica entro la relazione condizionale illecito-sanzione. Cfr. U. SCARPELLI, La critica analitica a Kelsen, in C. ROEHRSSEN (a cura di),Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridicadel Novecento, Roma, 1983, p. 74. E interessante notare che anche sul problema dell'imputazione (e della causalità) Kelsen riprende (riformulandola) la concezione di Kant. V. La dottrina pura *del* diritto, cit., pp. 119-120 in nota.

60. La dottrina pura del diritto, cit., pp. 120-121.

61. Cfr. M. TROPER, The Fact and the Law, in NERHOT (ed.),Law, *Interpretation* and Reality, cit., p. 22 ss.

62. B. CELANO, Dover essere e intenzionalità. Una critica *all'ultimo Kelsen,* Torino, 1990, pp. 287 nt. 4, 288-290.

tenza) valida. Le parti possono impugnare la sentenza argomentando la falsità dell'accertamento fattuale, ma, finché l'atto non è annullato da un'altra sentenza, rimane valido «sia vera o no l'asserzione che è il senso dell'atto di accertamento giudiziario»[63]. Quando, poi, la sentenza passa in giudicato, il problema della verità o falsità dell'asserzione non ha alcuna ragione d'essere. Ciò che è successo nel mondo degli accadimenti non è rilevante sul piano giuridico. Conta solo l'atto di accertamento passato in giudicato «il cui senso è l'affermazione che ha avuto luogo un certo evento stabilito nella norma generale»[64] applicata dal giudice e da essa qualificato come lecito o illecito.

L'errore relativo al fatto, ad esempio l'imputazione di una fattispecie che non si è realizzata o la sua imputazione a persona diversa da quella che l'ha posta in essere, non inficia in alcun modo la validità, l'esistenza giuridica dell'atto giudiziario[65].

La correttezza della decisione giudiziaria, dunque, non si fonda sulla verità dei fatti rilevanti per la decisione stessa, ma su ciò che i giudici hanno autoritativamente deciso. La verità, così, è ridotta alla mera statuizione. La sentenza *crea* una verità legale[66], ma taglia i ponti con la giustizia intesa come riconoscimento della verità[67].

---

63. Teoria generale delle *norme,* cit., pp. 202-203.

64. Ivi, p. 203; Teoria generale del diritto e dello Stato, cit., pp. 138-139. V. anche MERKL, Errore giudiziario e verità legale, cit., p. 353.

65. È da osservare che in Merkl il c.d. «calcolo dei vizi» conduce ad eliminare dall'ordinamento l'errore giudiziario in ragione dell'esaurirsi dei mezzi di impugnazione. Sul punto, più estesamente, v. MERKL, *Errore* giudiziario e verità legale, cit., p. 351 ss., il quale, tra l'altro, scrive (pp. 555-556): «Chi viene condannato, con efficacia di giudicato, sulla base di una «errata» qualificazione giuridica del fatto, non è, rigorosamente parlando, vittima di un errore giudiziario ma effettivamente l'autore del comportamento che la sentenza passata in giudicato gli imputa... La funzione ratificante del calcolo dei vizi conduce alle conseguenze più paradossali nel caso estremo di errore giudiziario, nel caso cioè che venga compiuto un errore circa la persona del reo, che un fatto costituente reato venga imputato non al reo ma per così dire ad un «innocente».. In senso giuridico, è colpevole non soltanto colui nella cui persona si riscontrano i caratteri dell'atto delittuoso ma anche colui che, sebbene non si riscontri questo presupposto, il tribunale dichiara colpevole con sentenza passata in giudicato». Pertanto, a differenza dell'errore nella ricerca scientifica o storiografica, dove le confutazioni e le critiche della comunità degli scienziati o degli storici operano anche al fine della sua correzione, sollecitando nuove e più adeguate congetture esplicative, nel processo l'errore è «infecondo» a causa delle evidenti conseguenze spesso irreparabili che esso produce. Cfr. FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., p. 31. Sulla fecondità dell'errore nella scienza v., ad esempio, K. R. POPPER, Congetture e confutazioni (1969), trad. it. di G. Pancaldi, Bologna, 1972, pp. 369 ss., 531 ss.; G. BACHELARD, *Il* nuovo spirito scientifico (1934), trad. it. a cura di L. Geymonat e P. Redondi, Roma-Bari, 1978, p. 155.

66. Cfr., emblematicamente, MERKL, Errore giudiziario..., cit., p. 355 ss.

67. Sulla connessione tra giustizia e verità v. G. CAPOGRASSI, Giudizio processo scienza verità (1950), ora in ID., Opere, V, Milano, 1959, p. 73 ss.; E. OPOCHER, Giustizia (filosofia *del* diritto), in «Enciclopedia del diritto», XIX, Milano, 1970, pp.

La questione della correttezza della decisione giudiziaria diviene irrilevante, posto che, assunta l'efficacia di giudicato, la sentenza non solo è definitiva, cioè immodificabile, ma infallibile, cioè insuscettibile di errore@. Poiché l'esigenza da soddisfare è quella di decidere comunque al fine, si dice, di impedire situazioni di incertezza, la logica che presiede alla concretizzazione del diritto diviene quella dell'*indifferenza*: ogni decisione si pone, infatti, come indifferentemente legittima[69]. Il dovere del giudice di rendere una decisione giusta è irrilevante per il processo di positivizzazione giuridica raffigurato soltanto nei suoi aspetti formali[70]. Il diritto, allora, costituisce una «forma» vuota, pronta ad accogliere (e pertanto costituente) qualunque contenuto[71].

---

580 ss., 587; ID., Lezioni di filosofia del diritto, seconda edizione, Padova, 1993, p. 310 ss. Sul tema cfr. anche F. CAVALLA, La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher, Padova, 1991, pp. 53 ss., 57 ss.; S. CHIARLONI, Processo civile e verità, in ((Questione giustizia», 3, 1987, p. 504 ss.; FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., pp. 18 ss., 107 ss.; TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, cit., pp. 43, 45-46. In Kelsen, invece, la giustizia, che è soltanto quella «legale», è totalmente slegata dalla conoscenza della verità. Cfr. La dottrina pura del diritto, cit., pp. 179 ss., 275 ss., 284. Sul punto v. A. SPADARO, Contributo per una teoria della Costituzione. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico, Milano, 1994, p. 314.

Sostenendo ad esempio che, se la sentenza «è coperta dal calcolo dei vizi operato dalla legge e se passa in giudicato, anche il cosiddetto innocente è giuridicamente colpevole», Merkl esplicitamente riconosce la frattura tra valutazioni giuridiche ed altre valutazioni, il contrasto tra diritto ed etica, la divergenza tra «verità legale» e verità «naturale». Cfr. Errore giudiziario e verità legale, cit., pp. 356-359.

68. Cfr. ALCHOURRON-BULYGIN, Limiti della logica e del ragionamento legale, cit., p. 163; BULYGIN, *Sull'interpretazione* giuridica, cit., p. 26; M. KROL, The *Principle* of Res Judicata and *Kelsen's* Concept of Individua1 *Norm* Validity, in GIANFORMAGGIO (ed.), Hans *Kelsen's Legal Theory*. A Diachronic Point of View, cit., p. 99 ss. Scrive emblematicamente MERKL, Errore giudiziario e verità legale, cit., pp. 347-348: «il termine errore giudiziario esprime una contradictio in adiecto...Gli uomini sbagliano...la giustizia e i giudici che la rappresentano sono invece infallibili».

69. Cfr. V. VITALE, Verità, diritto e persona. Studi sullésperienza giuridica *processuale*, Catania, 1984, pp. 50-53. Come sottolinea G. CAPOGRASSI, Impressioni su Kelsen tradotto, in ID., Opere, V, cit., pp. 328, 331, la perfetta indifferenza della forma da qualunque contenuto è la base di tutto il sistema kelseniano.

70. Su questo aspetto, con riferimento alla posizione kelseniana, rinvio a B. PASTORE, Sistemi *normativi* e coerenza, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), Sistemi *normativi* statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana, Torino, 1991, in particolare p. 390 ss. Seguendo J. HABERMAS, Fatti e *norme*. Contributi a una *teoria* discorsiva *del* diritto e della democrazia (1992), trad. it. e cura di L. Ceppa, Milano, 1996, p. 241, possiamo dire che «nell'interpretazione positivistica della prassi decisionale giudiziaria la garanzia della giustezza viene messa in ombra dalla garanzia della certezza»: di una certezza prodotta dal procedimento. La validità del diritto (giudiziale), pertanto, risulta vincolata solo alla sua genesi, ossia all'osservanza della procedura di statuizione, non anche alla fondazione razionale del suo contenuto. Cfr. ivi, p. 240.

71. Si tratta di una forma che viene imposta a qualunque evento e comportamento. Sul punto rinvio a CAPOGRASSI, Impressioni su Kelsen tradotto, cit., pp. 328, 331 ss., 345, 350.

5. – Risultano evidenti, a questo punto, gli esiti irrazionalistici e decisionistici cui conduce la prospettiva kelseniana in tema di giudizio giurisdizionale, intesa come parte di una teoria della produzione giuridica che sgancia totalmente l'aspetto teorico-conoscitivo dalla dimensione della prassi giuridica.

Nella scissione tra teoria e prassi, l'attenzione esclusiva al problema della produzione conduce all'idea che il fondamento della decisione giudiziaria risieda solo nell'autorità dell'organo che emana l'atto. Qualsiasi questione relativa alle condizioni di accettabilità ed alle ragioni che giustificano la decisione risulta destituita di senso[72]. Ciò porta ad una visione irrazionalistica del giudizio. Non essendovi criteri che rendono possibile predicarne la correttezza, viene meno ogni garanzia di razionalità interna e di controllabilità esterna del percorso decisionale. Pertanto, le questioni procedurali ed argomentative relative alla scelta degli elementi a favore di una ipotesi ed alla valutazione comparativa delle ricostruzioni ed interpretazioni prospettate nel corso del processo, che si connettono alla sua struttura dialetticoconfutativa[73] e trovano espressione in un *ordo procedendi* dialogico e controversiale orientato alle garanzie della parità e dell'uguaglianza delle parti e incentrato sul contraddittorio[74] come elemento essenziale volto alla ricerca della verità, sono eliminate in quanto assolutamente irrilevanti.

È da sottolineare, a questo proposito, che il processo si configura come luogo in cui, di fronte al giudice estraneo agli interessi in contesa e munito di potere decisionale, vi è il confronto fra parti aventi il diritto di interloquire e di provare, agendo come protagonisti di un contraddittorio, che si pone come elemento prioritario di formazione del sapere giudiziale[75]. Il

---

72. Contrariamente alla posizione kelseniana, considera la motivazione come componente imprescindibile delle decisioni giurisdizionali, connettendola ai principi che governano la funzione giudiziaria, J. BRÜGGEMANN, Die richterliche Begrundungspflicht, Berlin, 1971, pp. 12 ss., 91 ss. Sulla motivazione cfr. M. TARUFFO, La motivazione della sentenza civile, Padova, 1975; ID., Motivazione *III)* Motivazione della sentenza – dir. proc. civ., in «Enciclopedia giuridica)),XX, Roma, 1990, pp. 1-8; E. AMODIO, Motivazione della sentenza penale, in «Enciclopedia del diritto», XXVII, Milano, 1977, pp. 181-257; M. MASSA, Motivazione IV) Motivazione della sentenza – dir. proc. pen., in «Enciclopedia giuridica)),XX, Roma, 1990, pp. 1-9.

73. Come sottolinea L. GIANFORMAGGIO, Sul senso della giustificazione morale e giuridica, in GIANFORMAGGIO e LECALDANO (a cura di), Etica e diritto, cit., p. 169, la giustificazione è una pratica argomentativache si svolge in una situazione di cooperazione comunicativa. Con riguardo al giudizio giurisdizionale, cfr. L. L. FULLER, The *Forms* and Limits of Adjudication, in «Harvard Law Review», 92, 1978-1979, pp. 364, 369,

74. Sul ruolo centrale del contraddittorio nel processo, tra la letteratura italiana di questi ultimi anni, rinvio solo a L. P. COMOGLIO, Contraddittorio (principio del) I) Diritto processuale civile, in «Enciclopedia giuridica», VIII, Roma, 1988, pp. 1-11; G. GIOSTRA, Contraddittorio (principio del) *II)* Diritto processuale penale, ivi, pp. 1-6; PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., spec. pp. 220-251.

75. Nell'ambito dei modelli processuali di *common* law, il metodo del contraddittorio si realizza fondamentalmente nella cross-examination. Questa è definita da John Henry Wigmore (in *A* Treatise on the *Anglo-American* System of *Evidence* in *Trials* at *Common* Law, Boston, 1940[3], vol. V, p. 29, citato da M. TARUFFO, *Il processo*

giudice, a partire dal confronto dialettico di tesi contrapposte, decide, concretizzando il diritto nel caso di specie, all'interno di un procedimento in cui gli elementi informativi offerti a sostegno delle pretese delle parti, controversi ed aperti alla confutazione, vengono raccolti, ordinati, discussi, selezionati, controllati in vista della decisione. Prova, contraddittorio, giudice imparziale rappresentano, pertanto, aspetti strutturali del processo[76]. Kelsen, però, assumendo come prioritario il problema della produzione del diritto, nell'ottica della costruzione a gradi dell'ordinamento, offusca tali aspetti e la specificità della funzione giudiziaria con le sue articolazioni procedurali. Questa è considerata esclusivamente nell'ottica dell'accertamento della fattispecie prevista dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo e dell'applicazione della sanzione[77].

Diversa, al riguardo, appare essere invece, di primo acchito, la posizione di Luhmann. Egli, elaborando un'idea di «procedimento giudiziario come sistema di interazione integrato soprattutto sul piano dei ruoli», sottolinea come una delle caratteristiche più rilevanti di tale procedimento è che al suo interno «si discute in modo contraddittorio, e sono quindi ammesse azioni reciprocamente contrapposte». Si assiste, pertanto, ad una «istituzionalizzazione dei conflitti», che «vengono incanalati verso una decisione». «I partecipanti al conflitto, sottoponendosi a determinate regole di comportamento allo scopo di ottenere un successo, e adattando il loro comportamento al sistema in via di evoluzione del procedimento si riconoscono vicendevolmente nei loro ruoli di parti in causa»[78]. In questo senso,

---

civile «*adversary*» *nell'esperienza* americana, Padova, 1979, p. 29) «*the* greatest *legal* engin ever invented for the discovery of *truth*». Come sottolinea FERRUA, Declino del contraddittorio e *garantismo* reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali, cit., p. 429, con riferimento al processo penale, il contraddittorio si caratterizza come «punto dove s'intersecano le due fondamentali istanze del processo: quella «etica», che afferma il diritto dell'imputato di interloquire, di controllare la genuinità dei materiali sulla cui base sarà emanata la decisione e quella epistemologica che pretende dal giudice l'accertamento della verità o – in termini più sorvegliati – un'attendibile ricostruzione dei fatti, il più possibile oggettiva». Per un'idea di «oggettività», che rimanda all'imparzialità, ad un giudizio «accettato senza partito preso, previo esame sotto tutti gli aspetti delle circostanze essenziali», e che trova articolazione in varie procedure giuridiche (per esempio, tra le altre, le regole relative alla prova e la presenza del contraddittorio), rinvio a T. GIZBERT-STUDNICKI, Il problema dell'oggettività *nell'argomentazione* giuridica, in «Analisie diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica», a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1992, p. 162.

76. Cfr. E. FAZZALARI, Istituzioni di diritto processuale, settima edizione, Padova, 1994, pp. 82-84; S. COTTA, Variazioni in tema di processo, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto)), LXX, 1993, pp. 389-390.

77. Cfr. H. KELSEN, Giurisdizione e *amministrazione* (1929), in ID., Il primato del parlamento, trad. it. e cura di C. Geraci, Milano, 1982, p. 131; ID., Teoria generale *del* diritto e *dello* Stato, cit., p. 145.

78. Cfr. LUHMANN, Procedimenti giuridici e *legittimazione* sociale, cit., pp. 95-99. Cfr. al riguardo P. GOTTWALD, Die *Bewältigung* privater *Konflikte im* gerichtlichen *Verfahren*, in «Zeitschrift fur Zivilprozess», 95, 1982, p. 258 ss.

«il principio di uguaglianza delle parti è un principio fondamentale del procedimento)»[79]. Luhmann, però, come è noto, parte dall'idea funzionalistica che il sistema giuridico, per esigenze di controllo sociale e di stabilizzazione sistemica, sviluppa i procedimenti, che riescono a motivare i consociati ad un'accettazione fondata su condizioni formali, inserendoli in un rituale per la canalizzazione dei conflitti e l'assorbimento delle delusioni e dando loro l'illusione di influire nella determinazione dell'esito decisionale. Il procedimento, in tal modo, finisce per legittimare se stesso indipendentemente da ogni ancoraggio contenutistico. Si disconoscono, pertanto, le funzioni equitative dei procedimenti ed il loro tendere ad esiti che siano anche giusti[80]. È, tra l'altro, in questa prospettiva che assume rilievo il contributo ed il reciproco riconoscimento delle parti nel processo ed è possibile identificare una sua caratteristica specifica. Infatti, nel giudizio giurisdizionale la parzialità e l'intenzionalità interessata dei soggetti coinvolti si convertono in edificazione del momento cooperativo intrinseco al diritto e nella riaffermazione della capacità di quest'ultimo di tendere alla verità.

Tornando a Kelsen, è da sottolineare che, nell'ottica della dottrina pura, manca del tutto ogni riferimento alle specificità strutturali del processo, stante la sua sostanziale irrilevanza ai fini della comprensione dell'intero fenomeno giuridico[81]. Assumendo, invece, una raffigurazione del diritto come «pratica sociale diffusa in un contesto di relazioni intersoggettive»[82], è da evidenziare che le modalità del discorso giuridico si realizzano in quanto impresa cooperativa sorretta dalla comunicazione pubblica nell'ambito dei vari procedimenti deliberativi. Ciò vale, al di là delle differenze, sia per il processo giudiziario sia per le procedure deliberative parlamentari[83], inscrivendo, in tal modo, il problema della giustificazione delle

79. LUHMANN, Procedimenti giuridici e *legittimazione* sociale, cit., p. 99.

80. Per una valutazione critica della teoria luhmanniana del procedimento v. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo* strutturale e socioiogia del diritto nellopera di Niklas *Luhmann,* Milano, 1975, pp. 135-136; ID., Introduzione, in LUHMANN, Stato di diritto e sistema sociale, cit., pp. 22-23.

81. Sull'idea secondo la quale nell'ambito dell' esperienza giuridica «si staglia come momento specifico e necessario quello costituito dalla controversia giudiziale: cioè appunto dal dialogo tra parti opposte organizzato e finalizzato per essere concluso dalla pronuncia di un giudice» v. CAVALLA, La prospettiva processuale del diritto, cit., p. 4 ss. Sulla prospettiva processuale del diritto e sulla assoluta rilevanza che essa assume ai fini di una adeguata comprensione dell'esperienza giuridica rinvio a OPOCHER, Lezioni di filosofia del diritto, cit., pp. 285 ss., 293 ss. Va sottolineato, in proposito, che l'odierna teoria del diritto, nelle sue diverse articolazioni, condivide l'orientamento secondo cui – come scrive HABERMAS, Fatti e norme, cit., p. 234 – «il procedimento giudiziario forma il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema del diritto».

82. Così VIOLA, Il diritto come pratica sociale, cit., p. 159.

83. Sulle differenti funzioni, modalità operative e basi di legittimazione degli organi giudiziari e di quelli legislativi rinvio a H. M. PAWLOWSKI, Introduzione alla *metodologia* giuridica (1986), a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Milano, 1993,

decisioni in una logica centrata sul confronto argomentativo[g4]. Esso rimanda al metodo dialettico, che, a partire dal conflitto degli interessi in gioco, si realizza nel contraddittorio tra soggetti in una situazione di reciprocità e uguaglianza. Da questo punto di vista può risultare utile prendere in considerazione alcune idee kelseniane in tema di democrazia parlamentare.

Kelsen, come è noto, istituisce un collegamento stretto tra parlamentarismo e democrazia[g5] e riconosce il rilievo che nella creazione (legislativa) delle norme assume la procedura dialettica adottata nel parlamento. Egli, come è altrettanto noto, fonda tale procedura, che richiede la competizione tra opinioni al fine della formazione della volontà politica (rectius: della volontà normativa dello Stato), su una concezione relativistica del mondo, vista come la sola in grado di sostenere l'idea della democrazia[g6]. In questa prospettiva, per Kelsen, «la dialettica e il contraddittorio non hanno minimamente la funzione obiettiva di assicurare una verità assoluta – mai rag-

---

pp. 77-78. V. anche la recensione di GIOVANNI TARELLO a M. CAPPELLETTI, Giudici legislatori? (Milano, 1984), in «Quadrimestre», 1984, pp. 380, 382 e BAYLES, *Principles for Legal Procedure,* cit., p. 36 ss.

Per quanto riguarda l'ambito legislativo, si consideri, ad esempio, la concezione proceduralista del diritto avanzata da Habermas. In questa prospettiva, «la legittimità delle norme giuridiche viene a commisurarsi alla ragionevolezza del procedimento democratico della legislazione politica», che si connette alla formazione discorsivamente strutturata dell'opinione e della volontà. «Questa prassi – se la consideriamo come un processo per risolvere problemi – deve la sua forza legittimante a un procedimento democratico che garantisce un trattamento ragionevole delle questioni politiche. L'accettabilità razionale dei risultati raggiunti secondo procedura deriva dall'istituzionalizzazione d'una rete di forme comunicative le quali – «idealiter» – garantiscono che questioni, temi e contributi d'una certa rilevanza possono non solo «farsi sentire» ma anche essere elaborati, in discorsi e trattative, sulla base delle informazioni più attendibili e delle ragioni più pertinenti». Cfr. HABERMAS, Fatti e norme, cit., p. 278 e p. 202.

84. È da richiamare, a questo proposito, il parallelo tra processo e democrazia, su cui ha insistito Calamandrei. Scrive P. CALAMANDREI, Processo e democrazia (1954), in ID., Opere giuridiche, a cura di M. Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965, p. 682: «la dialettica del processo è la dialettica della democrazia parlamentare. In un certo senso (e cum grano salis) la pluralità delle parti nell'agone giudiziario somiglia alla pluralità dei partiti nella lotta politica)). Sul punto cfr. A. GIULIANI, Informazione e verità nello Stato contemporaneo, in Il diritto come ordinamento – Informazione e verità nello Stato contemporaneo, Atti del X Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Bari, 3-5 Ottobre 1974), a cura di R. Orecchia, Milano, 1976, pp. 167 ss., 178.

85. Cfr., di HANS KELSEN, Il problema del parlamentarismo (1925), in ID., Il primato del parlamento, cit., p. 174 ss., nonché Essenza e valore della democrazia (1929), trad. it. di G. Melloni, in ID., La democrazia, cit., p. 67 ss. Sul punto v. A. CATANIA, Kelsen e la democrazia, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXIX, 1992, p. 383 ss. .

86. Cfr. KELSEN, Il problema *del parlamentarismo,* cit., p. 199 ss.; ID., Essenza *e* valore della democrazia, cit., pp. 139-141.

giungibile – né una volontà statale assolutamente giusta, ma...di fornire una soluzione mediana nel conflitto d'interessi tra maggioranza e minoranza»[87]. «Se – scrive il giurista praghese – il procedimento parlamentare, tipicamente caratterizzato dalla dialettica e dal contraddittorio, ha un senso profondo, possiamo coglierlo solo nel fatto che dalla contrapposizione di tesi e antitesi degli interessi politici scaturisce in qualche modo una sintesi, che può avere solo il nome di compromesso»[88]. Alla luce di una giustificazione della democrazia entro un contesto filosofico scettico e relativistico[89], Kelsen riconosce la centralità della procedura dialettica, ma nega che ad essa possa attribuirsi una rilevanza veritativa e/o assiologica[90]. In tal modo egli salda in un unico blocco pretese filosofiche scettiche e idea della democrazia (come metodo e regole procedimentali) e, introducendo il principio di neutralità assiologica, già formalizzato nella dottrina pura, nella sfera politica attraverso il concetto di «relativismo»[91], assume il metodo dialettico – *soltanto* nell'ambito della democrazia parlamentare – ponendolo in un orizzonte filosofico che lo considera come principio rneramente formale, caratterizzato da una meccanica contrapposizione di tesi, svincolato dal fine della ricerca della verità[92]. In questo contesto la procedura

87. KELSEN, Il problema del parlamentarismo, cit., p. 200.

88. Ivi, p. 195.

89. «Se – afferma Kelsen (ivi, p. 200) – il contrasto tra forme di governo trae origine da contrastanti concezioni del mondo, la democrazia e in particolare il parlamentarismo democratico saranno il necessario svolgimento di posizioni non rnetafisico-assolutistiche,ma, per l'appunto, critico-relativistiche».

90. «I1relativismo filosofico, partendo dall'impossibilità di conoscere verità o valori assoluti...non può non sposare quel metodo dialettico che prima sollecita lo sviluppo delle tesi contrastanti e cerca poi di comporre i due punti di vista, nessuno dei quali può essere adottato totalmente e senza riserve e negando completamente l'altro». Ibidem. Diversa risulta la posizione di CALAMANDREI, Processo e democrazia, cit., p. 682, il quale, equiparando il sistema processuale fondato sul contraddittorio al sistema parlamentare basato sul contrasto tra maggioranza e opposizione, sottolinea che il principio del contraddittorio «somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare. L'uno e l'altro sono fondati su certe idee così semplici che posson parere persino ingenue: che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti». È da sottolineare, al riguardo, che a Kelsen sfugge del tutto ogni parallelo tra sistema processuale e sistema parlamentare.

91. Sui nessi tra *Reine* Recktslehre e *Politischer* Wertrelativismus cfr. CATANIA, Kelsen e la democrazia, cit., p. 381; SPADARO, Contributo per una teoria della Costituzione, cit., pp. 319-322. Kelsen, da questo punto di vista, applica al campo della filosofia politica le sue tesi sulla assoluta separazione tra essere e dover essere, sulla indecidibilità razionale tra i valori, che le è connessa, e sulla assunzione della razionalità avalutativa della scienza, a cui da sola pertiene la dicotomia vero-falso, come unico modello di razionalità.

92. Sulla dialettica come metodo che conduce ad una conoscenza della verità, con riferimento specifico al pensiero di Aristotele, cfr. E. BERTI, Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni, Palermo, 1987, pp. 115 ss., 133 ss.

legislativa democratica, in quanto metodo di produzione dell'ordinamento, partecipa di una raffigurazione del diritto come sistema autofondato e referenziale e come tecnica di validazione della decisione «infondata», che presuppone l'irrappresentabilità del bene e del vero. Il diritto ha il compito di istituire le condizioni della convivenza e dell'ordine sociale, ponendosi come spazio per la negoziazione degli interessi conflittuali svuotato di ogni contenuto. Diventa pura tecnica formale capace di abbracciare tutti i possibili contenuti[g3], che, in ogni caso, sono dati «da elementi irrazionali, da volizioni separate dalla conoscenza, da elementi emotivi separati dalla ragione)»[94].

Ponendosi al di fuori di ogni prospettiva volta a valorizzare il ruolo del dialogo e della confutazione come criteri di elaborazione e di controllo delle informazioni rilevanti al fine di conseguire risultati ragionevoli, equi e giustificati, a Kelsen sfugge la possibilità stessa di istituire una analogia tra sistema parlamentare e sistema processuale, non considerando che la scelta per il metodo dialettico non si fonda solo su una logica politica, che attiene alla registrazione della volontà di fatto prevalente o risultante da una aritmetica tra le posizioni delle parti[g5], ma anzitutto su premesse epistemologiche, vale a dire sul riconoscimento che solo il confronto delle prospettive consente risultati conoscitivi attendibili in vista della deliberazione[g6]. Il giurista praghese, così, assume una concezione decisionistica dell'attività giurisdizionale. Ogni decisione è fondata perché è stata posta (prodotta) indipendentemente da ogni ancoraggio cognitivo. Ma ciò, di conseguenza, impedisce di distinguere tra decisione arbitraria e decisione non arbitraria. Ed è sintomatica, al riguardo, la disattenzione

---

93. Sul punto v. P. BARCELLONA, *A* proposito del principio democratico e della teoria pura del diritto, in B. MONTANARI (a cura di), Stato di diritto e *trasformazione* della politica, Torino, 1992, in particolare pp. 151-153.

94. Così CAPOGRASSI, Impressioni su Kelsen tradotto, cit., p. 334.

95. Si tratta, in sostanza, sempre e solo di compromessi. Cfr. SPADARO, Contributo per una teoria della Costituzione, cit., p. 337.

96. Scrive GIULIANI, Informazione e verità nello Stato contemporaneo, cit., p. 182: «la confutazione reciproca delle parti amplia il campo dell'informazione e – anche se non rientra nelle loro intenzioni – serve la causa della verità». Siamo, qui, nel campo del pensiero argomentativo, che mette a confronto ragioni e contro-ragioni, soppesa pro e contro e che fa riferimento ad un'idea di verità «itinerante», equivalente cioè all'itinerario compiuto per trovarla. Su questo tema rinvio alle riflessioni di F. RIGOTTI, La verità retorica. Etica, conoscenza e persuasione, Milano, 1995, pp. 28, 39 ss., 56-57, 59 ss., la quale, nel contesto del discorso comunicativo, propone una definizione d'uso di retorica (non come mera arte della persuasione ma) come procedura epistemica dialogica, che si collega alla dialettica in senso classico e che partecipa del momento della ricerca e dell'accertamento del vero.

Sottolinea come il giudizio, richiedendo la conoscenza delle situazioni, conduca a decisioni che sono giustificate anche sulla base delle informazioni accurate e rilevanti per il caso H. I. BROWN, Rationality, London and New York, 1990, pp. 137 ss., 156 ss.

di Kelsen per il tema delle prove, nel loro essenziale collegamento con il giudizio e nel loro porsi come elemento di fondazione e di controllo dei discorsi che hanno ad oggetto eventi, azioni, accadimenti[97]. Ma, invero, eliminando il problema della verità riguardo agli eventi ed agli accadimenti su cui si controverte, e che attiene al loro corretto accertamento, il concetto stesso di prova diviene privo di senso. Il processo serve solo a risolvere conflitti partecipando alla costruzione a gradi dell'ordinamento e, in questa prospettiva, fissa formalmente il «fatto». La sentenza è un comando autorizzato (ossia emanato in conformità a norme) destinato a valere indipendentemente da ogni giustificazione delle sue premesse normative e fattuali.

Dunque, nella dottrina pura, posto che le questioni pratiche si dislocano nell'ambito dell'irrazionale, il giudizio non ha (né può avere) nulla a che vedere con la ricerca e l'accertamento del vero, per quanto esso si ponga in termini relativi, contestuali e procedurali, né con la giustizia. Ma, contro gli esiti decisionistici che derivano da e producono la espunzione del concetto di verità dal processo, e contro l'idea che la decisione giudiziaria si riduca ad una prestazione del sistema e ad una sua ottimizzazione tecnocratica[98], è da ribadire che la verità ricercata giudizialmente in vista della deliberazione, benché sia contrassegnata da vincoli connessi alla presenza di regole giuridiche, alla opinabilità e contingenza dell'oggetto, all'informazione parziale di cui si dispone, alle restrizioni che incontra l'impiego degli strumenti conoscitivi, ai limiti temporali posti dall'obbligo di decidere[99], si pone come condizione necessaria, per quan-

---

97. Sul collegamento funzionale tra prova e verità dei fatti nel processo v. TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, cit., pp. 35 ss., 63 ss.

Come sottolinea TARUFFO, *op. ult.* cit., p. 63, «prova» è termine con il quale si indica riassuntivamente l'insieme degli elementi, delle procedure e dei ragionamenti per mezzo dei quali una ricostruzione degli accadimenti viene elaborata, verificata, confermata come «vera». Vera, pertanto, è l'asserzione sostenuta da prove, non «falsificata» da prove contrarie e non contraddetta da un'altra asserzione sostenuta da prove prevalenti. Ivi, p. 421. Sulla tensione veritativa del giudizio giurisdizionale e sul nesso tra giudicare e provare cfr. PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., pp. IX ss., 9 ss., 125 ss., 270 ss. Sul rapporto prova/verità, da una prospettiva critica, si veda X. LAGARDE, Vérité et *légitimité* dans *le* droit de *la* preuve, in «Droits», 23, 1996, pp. 31-39.

98. Vale per Kelsen quanto sottolinea N. LUHMANN, *La* differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto (1981), a cura di R. De Giorgi, trad. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl, Bologna, 1990, pp. 266-267: «il diritto... ha rinunciato alla sua pretesa di verità accontentandosi dell'autenticità della sua statuizione». Cfr. anche ID., Procedimenti giuridici e *legittimazione* sociale, cit. p. 145 ss.

99. Da questo punto di vista si può legittimamente assumere che la finitezza che caratterizza la ricerca e il conseguimento della verità processuale partecipa della finitezza esistenziale come orizzonte entro cui è possibile conseguire il vero. Per gli approfondimenti sul punto rinvio a PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., pp. 35 ss., 268 ss.

to non sufficiente, della giustizia delle decisioni, partecipando alla specifica legittimazione dell'attività giurisdizionale.

Il vero, nel processo, nasce dal confronto e dall'esame critico degli interessi coinvolti e delle ipotesi di soluzione avanzate. Ha, pertanto, un carattere decidibile e dialettico poiché emerge a partire da una ricerca probatoria che sorge dal (e vive nel) conflitto, che va eliminato attraverso l'intervento del giudice. Esso, inoltre, ha un carattere normativo, in quanto è conseguito nel giudizio, inteso come «luogo» processuale ed è ivi cercato ed acquisito con il rispetto di norme e procedure, che, in tal modo, lo convalidano; è derivato dal giudizio, inteso come attività di ricerca e di formazione della decisione; si manifesta tramite il giudizio, inteso come decisione che ha per esito un accertamento (in ultima istanza definitivo) con valore vincolante [100].

Pertanto la verità, almeno quella verità parziale che nell'ambito del processo si può ricercare e raggiungere, risulta implicata nell'attività di giudizio, che, a sua volta, procedendo nello spazio della ragion pratica, riguarda l'applicazione della regola al caso concreto e vede la compresenza di momenti euristici, esaminativi, deliberativi e giustificativi. Ma il modello kelseniano di giudizio esclude che nell'ambito dell'interpretazione e della applicazione giudiziaria operi la ragion pratica, attraverso l'individuazione della pertinenza degli aspetti che descrivono la situazione con riferimento agli interessi coinvolti e, nel gioco combinato di mosse logiche e atti di valutazione, attraverso la giustificazione delle connessioni che orientano la scelta di una determinata norma regolatrice [101]. Il giudizio giurisdizionale risulta così collocato in una zona d'ombra sottratta ad ogni sottoposizione a regole di razionalità [102], attinenti sia all'interpretazione normativa sia all'accertamento fattuale, a ragioni [103] rese controllabili nell'articolazione pubblica della giustificazione attraverso un'adeguata ed esauriente motivazione.

---

100. Cfr. G. UBERTIS, Fatto e valore nel sistema probatorio penale, Milano, 1979, p. 129; FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., p. 34; TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, cit., p. 54 ss.; PASTORE, Giudizio, prova, ragion pratica, cit., p. 269. Sull'idea che nell'attività giurisdizionale vive la tensione tra il principio della certezza del diritto e la pretesa di prendere decisioni giuste v. HABERMAS, Fatti e norme, cit., pp. 234-236. Si tratta, infatti, di ((soddisfaresimultaneamente criteri di certezza giuridica e di accettabilità razionale».Ivi, p. 285.

101. Su questi aspetti cfr. K. GÜNTHER, Der Sinn *für Angemessenheit. Anwen*dungsdiskurse in *Moral* und Recht, Frankfurt a. M., 1988, p. 311 ss.; HABERMAS, Fatti e norme, cit., p. 259 ss.; G. ZACCARIA, Questioni di interpretazione, Padova, 1996, p. 15 ss.

102. *Contra* CATANIA, Decisione e norma, cit., p. 50 ss.

103. Esse riguardano, tra l'altro, la validità degli argomenti prodotti, la loro coerenza, l'esame comparativo della loro attendibilità, la congruenza dell'intero discorso giustificativo e la sua completezza rispetto alla decisione. Cfr. TARUFFO, Motivazione III) Motivazione della sentenza – dir. proc. civ., cit., p. 4 e MASSA, Motivazione W) Motivazione della sentenza – dir. proc. pen., cit., p. 7.

ABSTRACT

Kelsen, alla luce di una prospettiva epistemologica costruttivistica, assume che la decisione giudiziaria, con le sue premesse (la *quaestio juris* e la *quaestio facti)*, abbia un carattere costitutivo. I1 carattere costitutivo del giudizio giurisdizionale implica la totale autonomia del «mondo»giuridico e la sua chiusura autopoietica.

Secondo la teoria giuridica kelseniana ogni decisione è il prodotto di un atto di volontà. La caratteristica del giudizio consiste nella pronuncia autoritativa del soggetto competente in conformità a norme giuridiche. Dal punto di vista del giudice, l'accertamento dei fatti dipende del tutto dalle norme. La fattispecie è conseguentemente costruita dal e nel sistema giuridico. La *quaestio facti* è totalmente ricondotta alla *quaestio juris.* In tal modo la dottrina pura del diritto, con i suoi esiti decisionistici, espunge la verità dal processo.

Contrariamente alla posizione kelseniana, viene evidenziato che la verità, connessa al contesto istituzionale delle procedure volte a produrre e a giustificare decisioni sulla base di prove ed avente a che fare con l'accuratezza nell'accertamento dei fatti e con la logica del confronto dialettico, si pone come condizione necessaria della correttezza e della giustizia dell'esito processuale.

According to Kelsen's constructivist epistemology, a judicial decision is constitutive with regard both to the *quaestio juris* and the *quaestio facti.* The constitutive character of the judicial judgement implies a total autonomy of the world of legal reality and its autopoietic closure.

According to Kelsenian theory of law, every decision is an act of will. The characteristic of legal judgement is the indisputable pronouncement of a subject appointed by legal norms. From the judge's viewpoint, the establishment of fact is totally norm-dependent. The facts of a case are consequently the creature of the legal system. We may observe the total transformation of *quaestio facti* in *quaestio juris.*

The Pure Theory of Law, which leads to a form of decisionism, really leaves no room for truth in adjudication. On the contrary, judicial truth, which is linked with the institutional framework of the procedures of making and justifying decisions on evidence and concerns the accuracy in fact-determination and the logic of dialectical confrontation, is a necessary condition for the rectitude of judicial decisions.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

ENRICA MARTINELLI

PRECISAZIONI IN TEMA DI DEFECTUS DISCRETIONIS IUDICII NEL SISTEMA MATRIMONIALE CANONICO.

Sommario

1. Note introduttive. - 2. Il binomio intelletto-volontàquale strumento valutativo del consenso matrimoniale. - **3.** Essenza concettuale della discretio iudicii: a) attività intellettiva, b) giudizio estimativo, c) influsso nella volontà. - 4. Criterio di proporzionalità della discretio iudicii. - S. Discretio iudicii abituale ed attuale. - 6. Gravità del defectus iudicii. - 7. L'influsso del defectus iudicii sugli iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda.

1. – È indubitabile che grande attenzione sia stata riservata, in questi ultimi decenni, alla complessa problematica dei capi di nullità del vincolo matrimoniale previsti dal canone 1095 nei suoi tre numeri.

Ciò ben si comprende ove si consideri che il portato normativo della fattispecie in esame è di notevole impatto, da un lato, a cagione della novità dei suoi contenuti – non v'è traccia, infatti, di una siffatta e nemmeno analoga previsione, nella codificazione previgente – e dall'altro poichè essa ha rappresentato il punto d'approdo dello sforzo – prevalentemente giurisprudenziale – di elaborazione sistematica di una norma di portata assai ampia, destinata a ricomprendere al suo interno un numero indefinito non meno che eterogeneo di casi concreti.

Difatti, a nessuno sfugge l'elemento di incertezza – per non dire talvolta di mistero – che continua a circondare il mondo delle malattie mentali e – conseguentemente – della loro rilevanza in campo giuridico. La ben nota varietà di anomalie unitamente all'ambiguità dei sintomi, alla diversità del decorso ed alla relatività della prognosi, fanno, in pratica, di ogni caso un caso a sè stante, rendendo particolarmente difficile – se non impossibile – il compito dell'interprete, ed anche quello del giudice.

Anche volendo restringere il campo d'indagine agli effetti diretti del disturbo di personalità sulla validità del consenso matrimoniale, inevitabilmente ci si awede dell'esistenza di una assai complessa problematica che

prende awio dall'accertamento dell'esistenza del disagio psichico e dal suo inquadramento diagnostico – operazione questa che senz'altro esula dall'ambito delle conoscenze tecniche del giudice e per il compimento della quale è previsto l'ausilio dei periti – e si snoda attraverso la valutazione dell'importanza della malattia e la sua incidenza sulla personalità del nubente, la misurazione della sua forza destrutturante sui processi intellettivi – volitivi e, da ultimo, la necessità di far rientrare la fattispecie storica nella previsione di uno – o più – dei casi previsti dai tre numeri in cui si scompone il canone 1095[1].

Senza dubbio minori problemi pone la fattispecie prevista dal numero 1, data la sua limitata portata innovativa, a cagione del fatto che presenta – tutto sommato – una linea di continuità con la normativa previgente per l'affinità esistente tra *defectus usus rationis* ed *amentia*[2].

---

1. In via di considerazione preliminare, si può osservare come proprio questo ultimo compito – che può essere affrontato teoricamente dallo studioso ma deve esserlo quotidianamente a livello pratico dal giudice – sia particolarmente difficoltoso. Rivela, infatti, immediatamente la sua insufficienza, l'analisi che si limiti al solo approccio sintomatologico del disturbo, e ciò non solo per la connaturata ambiguità del sintomo psichico, ma anche perchè le qualifiche nosologiche e le conseguenze diagnostiche, divergono profondamente secondo le varie scuole psichiatriche.

Nell'ambito della patologia mentale, inoltre, non è possibile tracciare equivalenze tra più casi: in primo luogo ad un'identità di diagnosi non corrisponde sempre un'identità di prognosi e può non conseguire – ed effettivamente nella maggior parte dei casi non consegue – un'identità di effetti invalidanti nè un'uguale potenza destrutturante sulle diverse personalità; inoltre – e questo è un elemento che non deve essere sottovalutato – anche un inquadramento diagnostico sicuro, non consente di inserire automaticamente la fattispecie concreta in uno dei tre casi previsti dal can. 1095.

Nonostante i criteri generali elaborati con chiarezza dalla giurisprudenza proprio al fine di consentire una distinzione teorica tra i diversi capi di nullità del canone in esame, non può negarsi che, definitiva, sarà solo la valutazione delle circostanze particolari di quella determinata patologia psichica, ovvero delle modalità e della data della sua insorgenza, del suo decorso, della sua gravità, in una parola della sue caratteristiche, a permettere – e spesso non senza difficoltà – di parlare di *defectus discretionis iudicii* o di *incapacitas assumendi onera*.

Come si vedrà più oltre, proprio in relazione al numero 2 del canone 1095, questa problematica assume particolare rilievo ed importanza.

2. Il concetto di *amentia* compariva nel *Codex* del 1917 nei canoni 12, 88 § 3, 93 § 1 in materia di efficacia della legge e nei canoni riguardanti i soggetti di diritto; risultava, in seguito utilizzato nelle norme disciplinanti l'amministrazione dei sacramenti (cann. 754, 786, 1307 § 2, 853, 854 § 1, 941, 984 n. 3), e nonostante la innegabile atecnicità della terminologia utilizzata, consentiva l'enucleazione – pur se approssimativa – delle cause di ordine psichico inficianti la capacità.

Per contro, il Legislatore non aveva disposto nulla circa il diritto matrimoniale; ciò ha consentito all'elaborazione dottrinale, ma soprattutto a quella della giurisprudenza della Rota Romana, di trarre spunto da altri luoghi di quella codificazione – in particolare dal disposto dei canoni 1081 e 1082 – per giungere a chiarire il concetto di *amentia* o *insania circa omnia* – anche grazie alla sua contrapposizione

Invero, l'essenza concettuale delle due cause limitanti la capacità sembra essere la medesima e risiede nello sfacelo totale e massivo della mente e nella grave compromissione delle facoltà psichiche dell'individuo tali da impedire qualsiasi valida relazione con l'esterno che tragga origine dal processo intellettivo e volitivo[3].

Per contro, la fattispecie prevista dal numero 3 è del tutto nuova, frutto di una elaborazione giurisprudenziale fondata sulla base di una grande varietà di casi presentatisi al suo esame, articolata e assai resistente a schematizzazioni rigide; proprio questa sua natura ha determinato l'abbondanza degli approfondimenti dottrinali da un lato e delle decisioni giurisprudenziali, relative a casi molto eterogenei fra loro, dall'altro.

Per quanto attiene all'ipotesi prevista dal numero 2 del canone 1095, ovvero il difetto grave di discrezione di giudizio, se non può dubitarsi che essa abbia consentito di attribuire rilevanza giuridica, ai fini della dichiarazione di nullità del vincolo coniugale, a numerose alterazioni mentali le quali – pur senza comportare, in ogni caso, una completa destrutturazione della personalità del nubente – incidono in modo tale sui processi psichici, da rendere il soggetto incapace di prestare un valido consenso, è peraltro evidente che l'inquadramento di tale categoria presenta più di una difficoltà di non immediata soluzione[4].

In particolare, sembra potersi discutere sulla qualificazione dell'essenza giuridica della fattispecie, la quale, a ben vedere, non rientra *tout court* nè nella categoria dei vizi del consenso nè per contro sembra essere stata

---

al concetto di dementia o insania circa rem *uxoriam* – ed altresì teorizzare un complesso e variegato sistema di individuazione e classificazione del disturbo mentale il quale ha dato l'avvio alla sistematica elaborazione di altri capi di nullità del vincolo coniugale quali il defectus discretionis iudicii, dal quale si è progressivamente enucleata, con caratteristiche sue proprie, la fattispecie dell'incapacitas assumendi onera, recepite, poi, integralmente nella attuale codificazione.

3. L'accennata distinzione tra amentia e dementia (definita quest'ultima come insania non totale), aveva consentito, tanto nell'elaborazione della dottrina quanto nelle decisioni della giurisprudenza di tenere conto di una certa graduazione della gravità del sintomo psichico e della sua incidenza sul consenso matrimoniale. Infatti, l'insania circa *unum,* era tradizionalmente ritenuta ostativa all'emissione di un valido consenso solo se l'oggetto di essa vertesse proprio, sul contenuto del vincolo coniugale, o – come si soleva dire – circa *rem uxoriam*. E owio che la ratio di tale scelta consisteva nella consapevolezza che, avendo l'atto di volontà matrimoniale un suo oggetto preciso e definito, solo a quello poteva essere relazionata l'impossibilità di consentire. Senza volere ora anticipare alcuna delle considerazioni che seguiranno, proprio nell'insania circa *rem uxoriam,* può in parte riconoscersi l'antecedente logico del defectus discretionis iudicii circa iura et *officia matrimonialia* essentiaiia.

4. Da non sottovalutare, a questo proposito, anche la scarsità di produzione dottrinale – soprattutto se paragonata a quella relativa al successivo numero **3** – circa il defectus discretionis iudicii, a fronte di una copiosa giurisprudenza, in prevalenza recente.

strutturata dal legislatore alla stessa stregua di un impedimento; particolarmente complessa appare poi, l'individuazione delle cause che la possono originare, unitamente al loro influsso sulla validità del consenso ed alla stretta dipendenza esistente tra *defectus discretionis iudicii* e le *obligationes matrimonii essentiales*.

Ulteriore (e non minore) difficoltà è rappresentata dalla varietà di soluzioni sistematiche che al *caput nullitatis* sono state date – varietà che si è a volte manifestata come espressione di impostazioni dialetticamente contrastanti – nonchè la difficoltà di dare un contenuto giuridicamente definito al fondamentale oggetto del consenso matrimoniale e, conseguentemente agli obblighi coniugali essenziali che da esso discendono ed a cui la *gravità* del *defectus discretionis iudicii* dei nubenti deve essere rapportato.

Da ultimo non va dimenticato che affrontare questa materia pone come preliminare una questione metodologica, ovvero l'esigenza di coniugare i valori perenni dell'antropologia cristiana con una più approfondita conoscenza dei dinamismi psicologici della persona[5], soggetto insostituibile del

---

5. L'apporto ed il sostegno che, in questo campo, debbono offrire le scienze psichiatriche e psicologiche, deve tuttavia passare attraverso uno «screening» iniziale consistente nella valutazione dell'adeguatezza delle stesse ai principi supremi ed al fine ultimo che caratterizzano il sistema canonico.

In questo senso abbiamo il quanto mai alto insegnamento dell'attuale Pontefice, nella Allocuzione al Tribunale Apostolico della Rota Romana nell'inaugurazione del nuovo Anno giudiziario, 5 febbraio 1987 (in A.A.S., 1987, 1454, n. 2b). Per la dottrina, si veda per tutti lo scritto di P. FELICI, Indaginepsicologica e cause matrimoniali, in Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico, Roma, 1976, p. 20. Nello stesso senso anche Z. GROCHOLEWSKI, Cause matrimoniali e «*modus agendi*» dei Tribunali, in Ephemerides iuris canonici, 1993 p. 133-134.

D'altro canto, com'è unanimamente riconosciuto, molte difficoltà presenta la stessa individuazione del concetto di malattia mentale, il quale non è solo dissimile, ma altresì incompatibile con il parallelo concetto della medicina somatica. Altrettanto può dirsi del c.d. criterio statistico, sull'inadeguatezza del quale si veda G.F. ZUANAZZI, Il dialogo tra canonisti e periti, in Perizie e periti nel processo matrimoniale canonico. Atti del Convegno di Verona, 26 Maggio 1992, Torino, 1993, p. 35 ss.

Più propriamente il malato di mente deve essere osservato sia dall'interno del suo universo vitale, ricercandone tra l'altro la capacità di provare emozioni, sentimenti e di avere reazioni proporzionate all'entità degli stimoli, sia dall'esterno, secondo i parametri caratteriologici e comportamentali della realtà sociale in cui è inserito.

Cfr. A. LUZZATO, Cosa *s'intende* per malattia di mente, Ferrara, 1974, p. 1-2 e nello stesso senso l'opera di molto precedente di C. FERRIO, Lezioni di psichiatria forense, Torino, 1947, p, 7. Molto acutamente, circa la difficile linea di demarcazione fra normalità e malattia in campo psichiatrico si veda J.M. SERRANO RUIZ, La perizia nelle cause cunoniche di nullità matrimoniale, in Perizie e periti... cit., p. 77 ss.

Non deve essere peraltro dimenticato, com'è stato giustamente osservato, che nell'ambito dell'analisi della validità o meno del vincolo coniugale non può venire ricercata una configurazione della malattia mentale in astratto o in assoluto, ma occorre rapportarla a quel peculiarissimo negozio giuridico, a quello specifico atto umano che è il consenso matrimoniale, attraverso il quale appunto corre il rapporto fra matrimonio e malattia mentale. Così M.F. POMPEDDA, Progetto e tendenze attuali della *giurisprudenza* sulla malattia mentale e il matrimonio, in Ius canonicum, 1983, I, 60.

rapporto matrimoniale, in un'epoca in cui lo sviluppo delle scienze umane presenta caratteri accelerati e vorticosi ed anche la teologia subisce la provocazione del rinnovamento metodologico e contenustico sollecitato dalla vicenda conciliare e post-conciliare e dal confronto con la cultura contemporanea.

Di qui la necessità di mettere bene a fuoco i criteri per un dialogo proficuo e corretto tra il diritto canonico e le nuove discipline nel campo della capacità psichica al matrimonio, al fine di ottenere la certezza morale richiesta dalla scienza giuridica e senza confondere la necessaria interdisciplinarietà che la questione in esame postula, con un'acritica dipendenza del diritto nei confronti di altre discipline e delle loro definizioni o interpretazioni.

2. – È stato giustamente osservato che le cause matrimoniali di nullità per difetto di consenso rappresentano una grande difficoltà in quanto tali fattispecie investono la conoscenza chiara del modo col quale la stessa libera scelta viene a realizzarsi nell'esistenza individuale dell'uomo e soprattutto perchè esse postulano una definizione del grado di libero arbitrio richiesto a prestare un valido consenso matrimoniale[6].

Dunque lo stesso tipo di analisi da svolgersi, avente ad oggetto le modalità di funzionamento e di espressione dell'essere umano, rappresenta un terreno irto di ostacoli spesso difficilmente valicabili con gli strumenti di indagine a disposizione. Non può non osservarsi, infatti, come l'approccio teso ad interpretare e valutare le sfere più intime ed i meccanismi psicolo-

---

6. Così M.F. POMPEDDA, Nevrosi e personalità psicopatiche in rapporto *al* consenso matrimoniale, in Perturbazioni psichiche..., cit., p. 3 ove richiama per quanto riguarda la giurisprudenza due sentenze c.ANNÈ la prima del 31.1.1970, in S.R.R.Dec., vol. LXII, p. 98 ss., n. 2 ss.; la seconda del 26.10.1972, ivi, vol. LXIV, p. 630 ss., n. 4 ss.

Si veda nello stesso senso, Z. GROCHOLEWSKI, Cause matrimoniali ... cit., p. 134 ss.. Questo Autore sottolinea, inoltre, come un ulteriore difficoltà nelle soluzioni delle cause di nullità matrimoniale ex canone 1095, sia rappresentata dall'esigenza di una specifica quanto approfondita preparazione di carattere teologico-antropologico dei giudici ecclesiastici, i quali dovrebbero essere in grado di svolgere anche una valutazione critica dell'opera – pur imprescindibile – dei periti, al fine di integrare l'apporto tecnico psichiatrico o psicologico con ausili tratti da altre scienze quali l'antropologia, la sociologia, la teologia, destinate a consentire una più profonda comprensione dell'essere umano nella sua poliedricità.

Al riguardo, si rimanda ad un articolo dello stesso Autore, Il giudice ecclesiastico di fronte *alle* perizie neuropsichiatriche e psicologiche. Considerazioni sul recente discorso del *S.Padre* alla Rota Romana, in *Apollinaris,* 1987, p. 183 ss., ed ancora Z. GROCHOLEWSKI-U. TRAMMA, In tema di dichiarazione di nullità del *matrimonio* canonico, in Studi di diritto canonico matrimoniale e processuale, Roma, 1987, pp. 7-37; C. BURKE, Some *reflections* on *can.* 1095, in Monitor Ecclesiasticus, 1992, pp. 138-138.

gici della persona, sia – da parte di dottrina e giurisprudenza – orientato, e perciò stesso anche costretto, in una visione dicotomica del processo di autodeterminazione, che si vuole scisso nelle componenti dell'intelletto e della volontà.

Com'è noto, infatti, nell'approccio alle problematiche del consenso al matrimonio, gli strumenti operativi utilizzati, secondo la migliore tradizione risalente all'impostazione tomista, sono rappresentati dalle categorie dell'*intellectus* e della voluntas: queste ultime, infatti, sembrano essere le vere protagoniste del processo di formazione dell'*actus* voiuntatìs.

Conseguentemente il vero actus *humanus* (che si contrappone al puro actus hominis) destinato a dar vita ad un vero rapporto matrimoniale, è soltanto quello che risulta dall'armonica fusione della facoltà intellettiva e della facoltà volitiva e deve essere – su questo si trovano d'accordo dottrina e giurisprudenza – libero, autonomo, pienamente consapevole ed adeguato al suo oggetto[7].

Pur riconoscendo l'indubbio valore di questa irnpostazione come strumento interpretativo dell'agire umano, non sembra fuori luogo evidenziare, sulla base sia delle più recenti acquisizioni delle scienze psichiatriche e psicologiche – che più non consentono di penetrare la realtà della dimensione psichica secondo le modalità di un esame autoptico – sia della visione più personalistica del patto coniugale – ovvero della sua natura anche relazionale ed interpersonale che, promossa dall'ecclesiologia conciliare, ha permeato la normativa codiciale[8] – la sempre crescente difficoltà di far

---

7. A prescindere dalle ulteriori partizioni delle sfere intellettiva e volitiva, già note al sistema tomistico (si vedano a titolo di esempio: *Summa* Theologiae, Ia, q.75, a.7, ad 3um; Ia, q.85, a.3 c; Ia, q.58, a.2 c; Ia, q.85, a.3, ad 3um) e messe in evidenza da taluna dottrina (C. TRICERRI, La più recente giurisprudenza della S.R.R. in tema di incapacità a prestare un valido consenso, in Monitor Ecclesiasticus, 1983, p. 356), occorre precisare fin d'ora che nel compiersi dell'iter che porta il soggetto all'autodeterminazione vengono chiamate in causa altre e complesse dinamiche psichiche delle quali si avrà occasione di far cenno più oltre.

8. Danno risalto all'accoglimento, ad opera della nuova codificazione, delle direttive conciliari sulla materia matrimoniale, concernenti in particolare la valorizzazione degli aspetti personalistici e relazionali del vincolo coniugale P. MONETA, Il matrimonio nel nuovo diritto canonico, Genova 1991, p. 22; O. FUMAGALLI CARULLI, La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica, in Ius, 1980, p. 29-30; P.A. BONNET, La capacità di intendere e volere nel matrimonio canonico, in Perturbazioni psichiche.., cit., p. 148.

Lo stesso ordine di considerazioni si trova espresso anche in numerose sentenze della Rota Romana. Si vedano, tra le altre, una c.ANNE, 26.1.1971, in S.R.R.Dec., vol. LXIII, p. 68, n. 4 ss.; una c.ANNE, 17.1.1967, ivi, vol. LIX, p. 25, n. 3 ss.; una c.BEJAN, 30.11.1963, ivi, vol. LV, p. 852, n. 3 ss.; una c.PINNA, 21.12.1959, ivi, vol. LI, p. 623, n. 2.

Indubbiamente non è questa la sede per soffermarsi a sottolineare come la definizione legislativa del consenso matrimoniale contenuta nel can. 1057 § 2 si rifaccia ad una piena espressione della personalità dell'essere umano, nè vale qui la

rientrare, o meglio esaurire, la complessità dei dinamismi psichici che costituiscono l'ossatura fondamentale dell'atto di volontà, nella sola interazione tra capacità intellettiva e volitiva.

Anche ove si convenga di assimilare il consenso matrimoniale ad una serie concatenata di meccanismi e reazioni psichiche che procedono dalla funzione intellettiva, la quale apprende, pondera ed elabora in un'ottica critica le differenti opzioni, che successivamente vengono offerte alla funzione volitiva, la quale, nel bilanciamento degli impulsi provenienti da passioni ed istinti, liberamente si orienta verso una scelta, non si può non convenire sul fatto che tale processo implichi necessariamente diverse funzioni della psiche umana che debbono essere tenute in adeguata considerazione, o quantomeno, consiglierebbero una diversa interpretazione delle interazioni fra l'ambito psichico di competenza della capacità intellettiva e quello appartenente a quella volitiva.

Ogni qual volta ci si addentri nella realtà umana e si tenti di penetrare nella sua sfera più intima, si ha la percezione di una dimensione quanto mai variegata e complessa frutto di elaborate sinergie tra razionalità, emotività, affettività, delle quali l'autodeterminazione non rappresenta che l'esito finale, la sintesi ultima. E certo che qualunque evento psichico risvegli immagini mnemoniche di esperienze precedenti, immagini così collegate dal fatto di presentarsi assieme da essere ecforizzate di nuovo in un'unità: pur concedendo autonomia ad ogni singolo psichismo, non si può disconoscere che obiettivo della vita intellettiva non è quello di serializzare, bensì

---

pena di ricordare la insostituibilità e centralità dell'atto di volontà nel costituirsi del vincolo coniugale, ribadita a chiare lettere dal 1° paragrafo del canone citato.

Per contro, meglio specificato rispetto alla normativa previgente, appare l'oggetto specifico del consenso, individuato dal can. 1057 § 2 nella reciproca consegna ed accettazione dell'intera persona dei coniugi (*sese* mutuo tradunt et accipiunt). Questa più adeguata comprensione del patto coniugale (ovvero della sua natura relazionale ed interpersonale), ha condotto, nel vigente codice ad una visione globale ed esistenziale della realtà coniugale e conseguentemente, ad un rapporto più stretto fra i due tradizionali aspetti del vincolo (il matrimonio in fieri ed il matrimonio in *facto* esse).

«Non è un mistero per nessuno, che la legge anteriore stabiliva eccessiva distanza tra l'atto costituente il matrimonio e la sua dinamica ulteriore: si aveva l'impressione che il matrimonio fosse ontologicamente completo, ed anche logicamente spiegato sia nello studio della sua realtà, sia delle sue radici, ma solo nel momento consensuale. Il resto era un effetto che non riguardava in nessun modo l'essere o il non essere della causa del matrimonio e l'identificazione di essa come vera e corretta. Ritengo, invece, che oggi non si possa pensare in questo modo, nè sul piano psicologico, nè su quello concettuale, nè sul piano giuridico e neanche su quello teologico-sacramentale. A confermarlo è sufficiente il dettato dell'attuale ca.1055». Così J.M. SERRANO RUIZ, Ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico, in Matrimonio canonico tra tradizione e rinnovamento, Bologna, 1985, p. 36. Si veda inoltre MARAGNOLI, *Il* concetto di *matrimonio* nel nuovo Codice di diritto Canonico, in Aggiornamenti Sociali, 1986, p. 280.

di configurare ed appropriarsi del patrimonio della memoria e dell'esperienza[9].

L'esatta comprensione della vastità della ricchezza psichica, unitamente alla serie pressochè infinita ed imprevedibile di circostanze che sulle sue componenti possono influire[10], può legittimamente far dubitare della completezza ed esaustività del binomio intelletto-volontà quale strumento di decodificazione dell'iter di formazione del consenso matrimoniale[11].

---

9. La suddivisione della psiche in singole funzioni, si fonda sull'ipotesi di una certa autonomia delle attività psichiche parziali. Già Bleuler, all'inizio del secolo, affermava decisamente che questa autonomia non deve essere sopravvalutata. Ogni funzione psichica parziale, difatti, esiste solamente in stretta relazione con la funzione psichica totale ed in un rapporto di reciproca influenza. Il pensiero è, per esempio, sempre anche un ricordo, così come il ricordo è di per sè stesso un'operazione di pensiero; «le operazioni intellettive avvengono in connessione con la pulsazione di un interesse, di una tendenza, di un qualsivoglia processo affettivo, così come inversamente, la vita affettiva è intrecciata al rappresentare e al percepire, alla vita intellettiva. Se pensiamo all'essenza di una sinfonia avremo un'idea perspicua di come la psiche, pur componendosi di funzioni parziali, tuttavia costituisca una funzione globale: la sinfonia consiste di singoli suoni, di singoli accordi, di singole voci, di singole frasi, ma che acquistano un significato e diventano una totalità soltanto nell'interdipendenza del tutto». Così E. BLEULER, Trattato di psichiatria, Milano, Ia ed. italiana, 1967, p. 36.

10. Si pensi solo a titolo di esempio, all'influsso dei motivi che spingono l'individuo verso una scelta. A sostegno della teoria che nega l'importanza della motivazione nella formazione dell'atto di volontà si veda 0 . FUMAGALLI CARULLI, Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico, Milano, 1974, p. 131 ss., n. 62. Non manca, per contro, chi dissente da tale impostazione sulla base della considerazione che dal momento che i motivi indicano i fattori o le ragioni che influiscono sul processo della scelta e riguardano la presenza della alternative fra cui l'individuo deve scegliere è evidente che essi indirizzano la scelta stessa e talora possono offrire una particolare colorazione all'atto finale della decisione. Così M.F. POMPEDDA, L'incapacità *consensuale,* in Jus *canonicum,* 1991, p. 125. Proseguendo in quest'ordine di argomentazioni non sembra azzardato affermare l'importanza, in taluni casi, della motivazione (non esclusa la motivazione inconscia) anche in ambito giuridico, ed in particolare per quanto concerne le problematiche che ruotano attorno al concetto di incapacità consensuale al matrimonio; importanza che risulta peraltro ammessa anche da taluna giurisprudenza rotale. Cfr. una c.PINTO, 20.4.1979, in S.R.R.Dec., vol. LXXI, p. 192, n. 6.

11. Da ultimo non si può non tenere presente che lo strumento in oggetto – quasi un bisturi a doppia lama usato per sezionare l'atto umano – ben si attaglia ad una determinata realtà culturale, socio-filosofica ed antropologica qual'è quella dell'uomo occidentale, detentore di un patrimonio che gli impone di agire attraverso meccanismi e processi decodificabili con le acquisizioni e con i modelli dettati dai risultati nuovi e vecchi delle scienze umane. Ma è lecito sostenere acriticamente, la validità dello stesso strumento da applicarsi ad un essere umano cresciuto ed educato in una realtà sociale profondamente diversa, in una dimensione etico-culturale del tutto dissimile da quella occidentale e che, conseguentemente, si ispira a valori e si uniforma a modelli non solo assai lontani, ma magari anche Incompatibili con quelli a noi propri? In quest'ultimo caso, è legittimo dubitare della applicabilità a tale individuo delle stesse categorie psichiatriche e psicologiche destinate ad interpretare i suoi comportamenti. Se difatti, si tiene conto che lo stesso concetto di

A maggior ragione, siffatta problematica si complica qualora si tratti di passare dall'ambito della fisiologia a quello della patologia dell'atto di volontà[12]; entrano in questo caso in gioco considerazioni e fattori per loro

---

malattia – così come quello contrario di salute – è espressione di un giudizio di valore e che in ambito psichiatrico – all'opposto di quanto avviene nella malattia somatica – questo dipende da altri concetti di valore non solo assai disparati fra loro, ma così dilatati che alla fine comprendono «tutti i valori possibili))e che «questivalori diventano essi stessi problematici» (K. JASPERS, Psicopatologia generale, Traduzione alla VII ediz. tedesca a cura di R. Priori, Roma, 1964, p. 20 ss.), ed inoltre che si tende a definire normale l'individuo che si comporta secondo il criterio dell'utilità sociale, che ha determinate capacità di adattamento all'ambiente o inseribilità tra i propri simili (A. LUZZATO, Che cosa s'intende... cit., p. 4), non si può non convenire che i criteri interpretativi e valutativi dovranno differire molto a seconda del tipo e del modello di uomo che ci si trovi di fronte. Proprio questo ordine di considerazioni sono sottese allo sviluppo – awenuto negli ultimi decenni – dell'integrazione delle indagini svolte dalla sociologia e dall'antropologia, confluite in un prodotto per alcuni aspetti originale che può venir definito «approccio psicoculturale». Questo studio orientato a valutare la personalità nel suo ambiente culturale, consente di comprendere meglio lo sviluppo della personalità e la struttura basale del carattere assieme a molti aspetti degli ordinamenti sociali. Non è chi non veda, ad esempio, l'importanza dell'approccio psicoculturale per lo studio della funzione della famiglia, della sua rilevanza, dello sviluppo psichico del bambino, delle sue reazioni affettive nei confronti dei genitori e dell'ambiente, ossia dell'influenza di quel tipo di socializzazione e della trasmissione del comportamento nevrotico. Allo stesso modo è possibile meglio penetrare e comprendere alcuni tipi di reazioni – ad es. di gelosia o di aggressività – culturalmente determinati e diversamente accettati nei diversi ambienti.

Nello stesso filone si inserisce anche il florido sviluppo della cd.etnopsichiatria che studia in particolare i rapporti con l'etnologia ed ha avuto il merito di individuare l'esistenza di sindromi particolari legate a fattori etnici ed ambientali. In altri termini le indagini transculturali hanno l'indubbio pregio di apportare notevoli chiarimenti nello studio dei disturbi di personalità usando strumenti di decodificazione in parte diversi da quelli usati dalla psichiatria classica, della quale ha rivelato al contempo le contraddizioni e potenziali conflittualità. In questo senso si veda ampiamente B. CALLIERI, v. Psichiatria, Enciclopedia del Novecento, Roma 1980, vol. V, pp. 764-765.

12. Patologia che si riflette, ovviamente, nel patologico fluire delle facoltà psichiche. Anche a questo proposito non è lecito – e lo si ribadirà più oltre – operare delle rigide scissioni sulle sfere di incidenza della malattia; infatti, la maggior parte dei disturbi mentali si rapportano a determinate funzioni psichiche parziali (ad esempio una deficienza percettiva, una allucinazione, un pensiero delirante). «Ma ancor più di quanto non sia nella patologia somatica, in psicopatologia, ogni sintomo non è che un aspetto artificiosamente enucleato come tale di un processo più generale. Ciò che descriviamo per esempio come disturbo del pensiero, non è una affezione autonoma della funzione del pensiero, che in una personalità per il resto intatta può diventare qualcosa di fatale; il concetto di disturbo *del* pensiero allude piuttosto ad un mutamento dell'intera personalità, il quale tuttavia si offre nel modo più chiaro all'osservazione attraverso la rappresentazione appunto delle prestazioni del pensiero)). E. BLEULER, op. cit., l o ~cit. Tali considerazioni possono, senza sforzo alcuno, essere traslate nell'ambito del concetto di patologia della volontà (cfr. *infra,* par 3c), per controbattere le tesi di coloro che vorrebbero vedere il disturbo della sfera volitiva completamente scisso ed autonomo, artificiosamente giustapposto ad una sfera intellettiva integra e perfettamente funzionante.

stessa natura refrattari a classificazioni di carattere generale e variabili, spesso imponderabili, che rendono ogni fattispecie concreta un caso a sè stante.

Da non sottovalutare a tale proposito il diverso giudizio di disvalore che può accompagnare il malato psichico – e la sua malattia – nelle diverse realtà sociali, così come è avvenuto nelle diverse epoche. È logico che ad una più rigorosa valutazione di non adattabilità dell'individuo ai suoi simili e di non utilità sociale dei suoi comportamenti, seguirà necessariamente una maggiore emarginazione che comporterà l'adozione di strumenti interpretativi meno duttili in quanto rispondenti ad un'esigenza di totale conformità della persona ai modelli utili prefissati.

Per contro, ove la necessità di uniformare il malato psichico ai suoi simili è meno sentita, a vantaggio di una visione prima personale che sociale dell'individuo, anche il giudizio di disvalore dei comportamenti anomali sarà più sfumato e gli strumenti valutativi più elastici e più adattabili all'uomo con il suo portato di emotività, affettività, razionalità ed impulsi.

Anche la valutazione dei comportamenti umani in relazione all'istituto matrimoniale ed, in particolare, al problema che qui ci occupa, della capacità ad esprimere un consenso valido a costituire il vincolo coniugale, ha indubbiamente risentito dei cambiamenti socio-culturali che si sono succeduti, specificamente delle recenti acquisizioni delle scienze antropologiche, psicologiche e psichiatriche che hanno gettato un po' di luce sulle molte zone d'ombra di cui è tutt'ora disseminato il campo delle malattie di mente: di tale evoluzione si trovano tracce evidenti nella produzione giurisprudenziale dei tribunali ecclesiastici.

Come si avrà modo di vedere più oltre, le conseguenze più evidenti sono relative, da un lato, alla maggiore considerazione – rinvenibile in moltissime sentenze rotali anche non recenti – di ambiti e funzioni della psiche umana, destinate a completare il quadro costituito dal binomio intelletto-volontà, e dei loro complicati dinamismi, fondamentali nel processo di autodeterminazione dell'individuo, dall'altro la notevole estensione delle cause che possono originare un'incapacità a consentire validamente, per cui accanto alle degenerazioni patologiche delle funzioni mentali – quali le psicosi o le psiconevrosi – hanno trovato posto, non solamente le manifestazioni abnormi della personalità riconducibili ai disturbi neurotici, ma anche una serie assai variegata di disagi dell'essere psichico – si pensi ad esempio alle strutture caratteriali della personalità, alle psicopatologie, alle sindromi border-line fino a giungere alle immaturità psico-affettive – niente affatto assimilabili (almeno secondo le recenti categorie nosologiche contenute nel D.S.M.III e IV) al concetto di malattia mentale[13].

---

13. Nello stesso senso, pur se in tempi meno recenti, si veda A. LUZZATO, Cosa *s'intende*... cit., p. 5 ss.

Ecco, dunque, che pur concentrando l'attenzione sulla sola fattispecie del *defectus discretionis iudicii*, si tenterà di evidenziare il portato soprattutto giurisprudenziale, non solo nel precisare e definire l'essenza concettuale del capo di nullità ma, altresì, nel seguire il processo evolutivo innescato da una più completa conoscenza ed approfondita visione dell'essere umano. Questa operazione, tuttavia, non può venir compiuta se non ponendo mente a quanto più sopra accennato e precisamente che le categorie delle quali dottrina e giurisprudenza canonistiche abitualmente si servono, non rappresentano altro che uno – e non il solo – degli strumenti cognitivi possibili e che dalla scelta – necessariamente aprioristica dello strumento operativo – discende logicamente il tipo di risultato raggiunto.

Ci si muove, in sostanza, in un ambito in cui non esistono certezze assolute ma solo relative, ossia segnate da quella relatività – o meglio – unicità propria di ogni vicenda umana.

3a. – Non v'è dubbio che la capacità di porre in essere un valido vincolo coniugale esiga, in primo luogo, nei nubenti, la possibilità di fare appello alle proprie facoltà razionali. Da questo punto di vista, quindi, l'atto di volontà matrimoniale postula quelle condizioni psicologiche proprie ed insite in ogni atto specificamente umano: uso della ragione e deliberazione volontaria[14].

Specificamente nel caso del grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e doveri essenziali derivanti dal patto matrimoniale, il legislatore ha sottolineato la necessità che, accanto ad un uso di ragione normalmente sufficiente nelle cose ordinarie della vita, i nubenti possiedano una maturità di giudizio[15] adeguata all'importanza e alle caratteristiche del negozio da compiere.

In particolare, dunque, l'attività intellettivo-volitiva dovrà fondarsi su:

– una capacità di valutare quali conseguenze comportino il matrimonio e le sue obbligazioni essenziali, con un'adeguata consapevolezza della incidenza di tali diritti e doveri sulla propria esistenza (un approccio conoscitivo, quindi, non solo astratto);

---

14. Cfr. P.A. d'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel negozio matrimoniale canonico,* Firenze, 1952, p. 136-137; E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico,* Milano, 1956, p. 63-65; P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico,* Milano, 1962, p. 219-225; 0. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico,* Milano, 1973, p. 48 e più recentemente M.F. POMPEDDA, *Il canone* 1095 *del nuovo codice di Diritto Canonico tra elaborazione precodiciale e pospettive di sviluppo interpretativo,* in *Ius canonicum,* 1987, p. 537.

15. E bene puntualizzare che parlare di maturità della persona umana significa parlare della integrazione psichica dei suoi vari dinamismi. Grazie alla maturità si avvia cioè quel processo per cui secondo la struttura individuale di ogni personalità, i vari aspetti della vita psichica vengono coordinati ed unificati per la realizzazione di uno o di alcuni scopi generali di una singola persona. Così A. RONCO, *Integrazione psichica e virtù: elementi di una psicologia della virtù umane,* in *Seminarium,* 1969, p. 553.

– una capacità di autodeterminazione con sufficiente ponderazione dei motivi e con volontà ragionevolmente svincolata da impulsi o condizionamenti interni pesantemente limitativi della libertà interiore.

È ben vero che nel compiersi del processo psichico che porta il soggetto alla deliberazione ultima, l'attività intellettiva attiene più propriamente alla determinazione dell'atto, mentre la volizione riguarda la sua attuazione; tuttavia questi campi di azione, apparentemente diversi, sono strettamente congiunti anzi compenetrati.

Infatti, stante l'unicità psichica dell'uomo, non è possibile operare – nemmeno teoricamente – una frattura fra le sue facoltà, per cui, pur potendo distinguere le diverse componenti che entrano a far parte dei meccanismi psichici, non si può non prendere atto che questi operano e si attivano senza soluzioni di continuità in un'incessante interazione.

Schematizzare il processo mentale che porta all'autodeterminazione secondo un modello di concatenazione nel quale, compiuto l'approccio conoscitivo-intellettivo, prende avvio quello volitivo (quasi secondo una successione cronologica), significherebbe ragionare in termini di contraddizione, mentre, come si vedrà compiutamente più oltre, non di contraddizione bisogna parlare, ma di complementarietà la quale discende proprio dall'esigenza di ridurre ad unità l'essere umano, la cui psiche può formalmente distinguersi secondo le diverse facoltà, ma non cessa mai di risolversi in quell'unità rappresentata dall'individuo [16].

Per quanto attiene specificamente alla facoltà intellettiva, questa è considerata «la capacità a conoscere l'atto sia in sè stesso, sia nelle sue conseguenze immediate e mediate, sì da essere in grado di poterlo coscientemente attuare» [17].

Nello sviluppo fisiologico che porta all'autodeterminazione «l'intelletto delibera quali mezzi vi siano e quale valore essi abbiano per realizzare il fine che la volontà ha di mira ed esprime diversi giudizi pratici (consilia) che sottopone come possibili alla volontà quasi presentandole il suo oggetto, rendendo così la scelta illuminata e consapevole» [18].

---

16. Cfr. ad es. una c.PINNA, 21.12.1959, cit., p. 623, n. 2; una c.BEJAN, 30.11.1963, cit., p. 853, n. 3; una c.BEJAN, 7.2.1968, in S.R.R.Dec., vol. LX, p. 66, n. 5; una c.*eodem* Ponente, 10.6.1970, ivi, vol. LXII, p. 622, n. 4.

17. P.A. d'AVACK, Cause di nullità..., cit., p. 120. È opportuno peraltro ricordare, in primo luogo, come discorrendo di intelletto, di funzione intellettiva o della relativa capacità, si faccia in realtà riferimento a concetti che, in senso tecnico, non sono propri della scienza psichiatrica. In secondo luogo, ribadendo quanto precisato alla nota 9, occorre sottolineare come le operazioni intellettive non siano in alcun modo riconducibili ad una funzione unica: al loro interno, infatti, trovano spazio una molteplicità di dinamiche mentali strettamente connesse tra loro e pur concettualmente distinguibili.

18. O. FUMAGALLI CARULLI, Intelletto e volontà..., cit., p. 105; nello stesso senso si vedano anche S. GHERRO, Diritto matrimoniale canonico, Padova, 1985, p. 128; M.F. POMPEDDA, Maturità *psichica* e matrimonio nei canoni 1095 e 1096, in Apollinaris, 1984, p. 144; J.F. CASTAÑO, Studio esegetico dottrinale sulle tre figure del *can. 1095*, in *Angelicum*, 1992, p. 218.

Il dato saliente è, dunque, costituito dalla capacità dell'essere umano di divenire autore delle proprie scelte, in primo luogo, attraverso la valutazione autonoma di ciò che soggettivamente rappresenta un bene, poi con il suo libero orientarsi verso quel bene piuttosto che verso altri e con il suo consapevole adoperarsi per il raggiungimento dell'obiettivo.

Il che vale per ogni atto che riconosca come presupposto ineliminabile il consenso[19]. A maggior ragione per quanto riguarda il consenso matrimoniale è indispensabile che oltre all'attenzione che l'intelletto rivolge all'atto – per così dire la generica percezione e comprensione dell'essenza del negozio coniugale – sussista una capacità critica o estimativa che implica una proiezione dell'attività intellettiva tanto nel presente quanto nel futuro del rapporto matrimoniale e dei vincoli che ne derivano[20]. Tutto ciò non richiede tuttavia uno stato di totale e perfetta sanità mentale, una condizione di perfetto equilibrio psichico ma solo «quel tanto di integrità dei processi psichici che permetta una conveniente valutazione dell'atto che si vuole compiere e consenta l'autonomia nel decidersi ad esso, così che l'atto possa dirsi proprio del soggetto che lo compie»[21].

---

19. Quando, infatti, l'uomo si trova di fronte ad un'azione da compiere, «attraverso una conoscenza teoretica sa che cosa deve fare od anche quale sia il valore di un qualsiasi oggetto; ma la misura esatta della sua responsabilità si ha quando il soggetto, attribuendosi quella conoscenza teoretica, giunge a percepire personalmente e concretamente la bontà dell'atto e, quindi a ponderarlo; deve cioè il contraente possedere tale conoscenza estimativa da intendere e valutare, in quanto incidente su sè stesso la sostanza delle obbligazioni da assumere». Così M.F. POMPEDDA, Nevrosi... cit., p. 8.

20. Per questo aspetto si è espressa particolarmente la giurisprudenza rotale, la quale – come precedentemente accennato – è stata la vera autrice del progresso e dell'evoluzione che ha condotto al passaggio dalle categorie dell'amentia e della *dementia* (del tutto inadeguate a prevedere e disciplinare l'enorme eterogeneità dei casi di nullità del vincolo matrimoniale derivanti da disturbi della personalità non ricollegabili ad una totale destrutturazione delle facoltà mentali) all'elaborazione di quelle del defectus discretionis iudicii e dell'incapacitas assumendi onera, poi sistematicamente recepite dal can. 1095 nei suoi ultimi due numeri. Sul punto si veda in particolare la fondamentale pronuncia c.FELICI, 3.12.1957 (in S.R.R.Dec., vol. XLIX, p. 788, n. 3), sempre richiamata dalle successive, tanto da costituire una vera e propria pietra miliare in tema defectus discretionis iudicii (assieme alle altrettanto note c.WYNEN, 25.2.1941, ivi, vol. XXXIII, p. 146, n. 4; una c.*eodem* Ponente, 25.2.1943, ivi, vol. XXV, p. 271, n. 3; una c.SABATTANI, 24.2.1961, ivi, vol. LIII, p. 118, n. 4; una c.PINTO, 4.2.1974, ivi, vol. LXVI, p. 37, n. 4), fino ad arrivare alle più recenti c.STANKIEWICZ, 19.12.1985, ivi, vol. LXXVII, p. 631 ss., n. 5 ss.; e una c.COLAGIOVANNI, 10.3.1992, in Monitor Ecclesiasticus, 1992, p. 383.

21. M.F. POMPEDDA, Il canone 1095..., cit., p. 543 (nota 24). Lo stesso autore afferma in Maturità psichica e matrimonio ... cit., p. 132-133 (nota 26): «Quando la dottrina canonica e la giurisprudenza parlano di maturità e di discrezione di giudizio non si riferiscono ad una piena e terminale maturità, non esigono nei nubenti una conoscenza perfetta ed esaustiva di ciò che comporta il matrimonio..., neppure pretendono una libertà interiore in sommo grado, nè un perfetto equilibrio volitivo-affettivo, nè, infine una coscienza perfetta

3b. – Al fine di condurre un discorso unitario circa i diversi aspetti di cui si compone la discretio iudicii – e che lo si ripete, solo ai fini di una migliore esposizione è lecito scindere – è opportuno ricordare come, sia nell'elaborazione dottrinale, sia in quella giurisprudenziale, si sottolinei la necessaria coesistenza, nella fattispecie normativa in esame, di tre elementi ben definiti: 1) una sufficiente conoscenza intellettiva circa l'oggetto del consenso, 2) il raggiungirnento di una sufficiente valutazione proporzionata al connubio – ossia quella che potremmo definire una conoscenza critica – ed infine 3) la libertà interna, cioè la capacità di deliberare con sufficiente ponderazione dei motivi e con autonomia della volontà da qualsiasi impulso interno determinante[22].

Per vero è da attribuirsi alla giurisprudenza rotale il merito di aver enucleato in maniera precisa l'essenza concettuale della figura della *discretio iudicii*, completandola con le essenziali componenti della capacità da parte del nubente di formulazione di un giudizio critico[23] e della contestua-

---

delle motivazioni della scelta matrimoniale. Ecco perchè riesce più appropriato l'uso del termine discrezione di giudizio, che fa riferimento ad un certo discernimento ma non implica il raggiungirnento di una maturità piena».

22. Per quanto riguarda la dottrina cfr. ad es. fra gli altri A. Di FELICE, La discretio iudicii matrimonio proportionata nella giurisprudenza rotale, in Perturbazioni... cit., p. 15 ss.; C. LEFEBVRE, De defectu discretionis iudicii in rotali *iurisprudentia*, in Periodica, 1980, p. 556 ss.; E. COLAGIOVANNI, Lack of discretion of *judgement* and incapacity to assume the essential obligations of *marriage. Canonical* Jurisprudence and interpretation, in *Forum,* 1991, p. 72 ss.; S. PANIZO ORALLO, La capacidad psiquica necesaria para *el* matrimonio, in *Revista Española* de Derecho canonico, 1987, p. 41-70; M.F. POMPEDDA, Il canone *1095*... cit., p. 335-355; dello stesso Autore, Maturità... cit., p. 145; J. CASTANO, Il sacramento del matrimonio, 3a ed., Roma, 1994, p. 332-334; e dello stesso Autore, Studio esgetico... cit., p. 193 ss.

Per vero, il riferimento del contenuto della discretio iudicii in modo esclusivo alla facoltà intellettiva o cognitiva era proprio della scienza canonistica classica e meno recente (si vedano tra gli Autori più comunemente citati: P. GASPARRI, Tractatus canonicus de matrimonio, Romae, 1932, vol. II, p. 11 ss.; I. CHELODI, Ius matrimoniale *iuxta Codicem* Iuris Canonici, Trento 1921, p. 132 ss.; F.M. CAPPELLO, De matrimonio, Romae, 1939, p. 17 ss.; WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, Ius canonicum, V, Ius matrimoniale, Romae, 1946, p. 598) e con essa veniva indicata – al di là, com'è ovvio dell'uso di ragione – la conoscenza della natura e degli effetti del patto matrimoniale, cioè dell'essenza del vincolo. A questo proposito occorre precisare che la minore valorizzazione dell'aspetto volitivo, era da attribuirsi non alla trascurata importanza della partecipazione della volontà alla formazione dell'atto umano, quanto piuttosto alla minore attenzione prestata – in quanto anche meno conosciuta – alla vastissima gamma di condizionamenti ed interazioni di tale facoltà.

23. Per quanto riguarda l'evoluzione della giurisprudenza rotale sul punto si vedano le opere citate alla nota precedente. Un prodromo dell'elaborazione successiva si può già vedere nella sentenza c.WYNEN (25.2.1941... cit., p. 146, n. 4), ove si comincia a parlare della necessaria "appretiatio" dell'oggetto del negozio matrimoniale.

le facoltà di autodeterminarsi liberamente dall'influsso di condizioni che possano in qualche modo comprimere o menomare la volontà l'una e l'altra rapportate – come si vedrà più oltre – all'importanza dell'atto, ovvero alle gravi obbligazioni da esso promananti.

Orbene, mirando l'attenzione sulla componente dell'elemento intellettivo costituita dalla facoltà critica, è possibile affermare con una certa dottrina[24], che la discrezione di giudizio comporta una capacità di adeguata valutazione dell'oggetto del consenso o, in altri termini, la capacità di formulare, da parte del nubente, un corretto giudizio estimativo[25]. Il che vale a dire che relativamente al vincolo coniugale non è sufficiente – seppur necessario – aver raggiunto una conoscenza astratta, avulsa dalla sfera inti-

---

Fondamentale, come s'è detto, e universalmente richiamata è la sentenza c.FELICI, (13.12.1957... cit., p. 788, n. 4), ove si precisa soprattutto l'importanza della capacità critica: «*quae autem* talis *maioritas* discretionis esse debeat, considerationibus *tam* psycologicis *quam praesertim* iuridicis *statuendum* est». Della prevalenza nella giurisprudenza rotale di tale orientamento sono dimostrazione le più recenti sentenze c.POMPEDDA, 19.2.1974, in S.R.R.Dec., vol. LXVI, p. 105-106; una c.DAVINO, 28.4.1977, ivi, vol. LXIX, p. 233, n. 3; una c.FIORE, 28.2.1978, ivi, vol. LXX, p. 113, n. 6; una c.BRUNO, 30.11.1979, ivi, vol. LXXI, p. 499, n. 5 ss.; una c.PINTO, 12.2.1982, in *Ephemerides* iuris canonici, 1983, I°, p. 154-159, n. 3 ss.; TRIBUNAL REGIONALE LATII-VICARIATUS URBIS, 15.12.1982, ivi 1983, II, p. 291; una c.DE LANVERSIN, 1.3.1983, ivi 1983, II, p. 273, n. 3 ss.; una c.EGAN, 10.11.1983, ivi 1984, p. 157; una c.*eodem* Ponente, 12.1.1984, ivi 1984, p. 173; una c.COLAGIOVANNI, 2.5.1984, ivi 1984, p. 194; una c.FIORE, 30.5.1987, in Quaderni *Studio* Rotale, 1987, p. 14; una c.BOCCAFOLA, 20.4.1989, in S.R.R.Dec., vol. LXXXI, p. 296, n. 3 ss.; una c.RAGNI, 2.5.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 311, n. 3 ss.; una c.STANKIEWICZ, 23.2.1990, ivi, vol. LXXXII, p. 158, n. 4 ss.

24. Fra gli altri M. F. POMPEDDA, Nevrosi... cit., p. 55 ss.; dello stesso Autore, Progetto e tendenze attuali della giurisprudenza sulla malattia mentale e matrimonio, in Ius *Canonicum,* 1983, I, p. 59; J. M. MUNOZ de JUANA, Evolucion de la jurisprudencia en relacion con las neurosis y psicopatias, in Ius *Canonicum,* 1983, I, p. 91; P.A. BONNET, L'essenza del matrimonio canonico. Il momento costitutivo del matrimonio, Padova, 1976, p. 266; F. GIL de LAS HERAS, Neurosis, psicopatias e *immadurez* afectiva (su *tratamiento* jurisprudencial...) in *Ius Canonicum,* 1988, p. 231 ss. (ove si possono trovare ampie citazioni di giurisprudenza); e dello stesso Autore, Valoracion de *los trastornos* de la sexualidad en la *jurisprudencia* sobre *el* matrimonio, in *Ius Canonicum,* 1983, I°, p. 109.

25. Molto chiara, a questo riguardo, la decisione c.POMPEDDA del 22.5.1971, secondo la quale con la conoscenza estimativa (che altro non è se non la facoltà di emettere un giudizio pratico), il nubente: «*Nondum* scit quid *agendum* sit aut *mere* abstracte *quinam* valor rei cuiuslibet, sed hanc *scientiam* vere sibi appropriat, ita ut *actuum bonitatem* personaliter et concrete percipere ac ponderare *queat*» (in S.R.R.Dec., vol. LXIII, p. 437, n. 2). Nello stesso senso, a conferma dell'importanza della necessaria facoltà critica nella *discretio* iudicii si vedano anche le decisioni c.QUATTROCOLO, 16.6.1943, ivi, vol. XXXV, p. 435, n. 5 ss; c.HEARD, 27.4.1946, ivi, vol. XXXVIII, p. 261, n. 7; due c.PINNA entrambe del 1959, la prima datata 12.12.1959, l'altra 21.3.1959, ivi, vol. LI, la prima p. 623, n. 2; la seconda p. 174, n. 3; una c.SABATTANI, 24.2.1961, cit., p. 118, n. 5.

ma del consenso, bensì occorre una ponderazione dell'impegno personale, una disamina critica ed obiettiva che faccia scaturire una consapevolezza dell'essenza e delle circostanze concrete che il rapporto di coniugio comporta[26].

Precisata la natura e considerato il valore dell'approccio pratico-valutativo necessario per l'emissione di un valido consenso matrimoniale, la portata innovativa dello sforzo giurisprudenziale si è tradotta nel tentativo di determinarne l'entità. Si è, a questo scopo, fatto ricorso a criteri analogici, destinati a conferire confini precisi alla facoltà critica, primo fra i quali quello della maggiore maturità di giudizio[27].

È, difatti, ricorrente nella giurisprudenza rotale l'affermazione che, attesa la natura del matrimonio, la perpetuità del vincolo che questo comporta, i fini a cui è preordinato, si rende necessario un giudizio valutativo – e dunque in senso più ampio una *discuetio iudicii* – più elaborato, più composito, in una parola più maturo di quello richiesto per contrarre validamente altri negozi[28]. In altri termini, all'operazione astrattiva dell'universale dal particolare – ossia la cognizione del vero – che scandisce i tempi dell'approccio conoscitivo, deve accompagnarsi la facoltà di ragionare e giudicare, ovvero, in definitiva di mettere a confronto i giudizi, per trarne di nuovi.

I1 criterio per determinare e valutare l'entità della facoltà critica necessaria nell'individuo per emettere un consenso matrimoniale pieno e consa-

---

26. È appena il caso di precisare che questa esigenza di conoscenza valutativa prescinde completamente dalla consapevolezza della capacità soggettiva di poter adempiere alle obbligazioni che hanno formato oggetto dell'impegno assunto. In quest'ultimo caso ci troveremo, infatti, nell'ambito di un'eventuale impossibilità del soggetto non a valutare la reale portata obbligatoria del coniugio, bensì di adeguarvisi con il proprio comportamento successivo alla celebrazione del matrimonio. E chiaro che trascende la portata del presente studio l'analisi della fattispecie che rientra nella previsione normativa del canone 1095 n. 3.

27. Questo criterio, com'è noto, discende dalla dottrina tomistica (cfr. per es. *Summa* theoiogiae, IIIa Suppl., d.27, q.2, a.2, ad 2um), ed è stato recepito integralmente dalla giurisprudenza rotale in tema di discrezione di giudizio.

28. Il principio della valutazione diretta del criterio soggettivo psicologico concreto per il matrimonio o, in altri termini, della necessità della valutazione pratico-critica è importante in quanto essa si distingue dalla facoltà conoscitiva ed appare più tardi nell'uomo rispetto a quella. Per una disamina della giurisprudenza in merito, si vedano, oltre alle sentenze citate alla nota 21, quelle (quasi tutte pubblicate in S.R.R.Dec.): c.MANNUCCI, 8.4.1924, vol. XVI, p. 127, n. 2; c.GRAZIOLI, 7.4.1926, vol. XVIII, p. 111, n. 5; c.MANNUCCI, 8.8.1931, vol. XXIII, p. 372, n. 2; c.PINNA, 21.3.1959, vol. LI, p. 175, n. 4 e ancora la c.SABATTANI, del 24.2.1961, cit., p. 118, n. 4 . È, d'altro canto, opportuno precisare, che mentre nella giurisprudenza rotale la *iudicii discretio* – e soprattutto la sua componente della facultas critica – è venuta assumendo un significato comprensivo di quel completamento della capacità conoscitiva che si traduce nella maturità di giudizio e di valutazione, in dottrina non tutti ammettono tale coincidenza. Una distinzione adeguata fra le due figure la si può vedere in J.F. CASTAÑO, *Il* sacramento... cit., p. 332-334 e dello stesso Autore, Studio... cit., p. 227-228.

pevole può venir scorto nel criterio psicologico-giuridico: *quae autem talis maioritas discretionis esse debeat, considerationibus tam psycologicis quam praesertim iuridicis statuendum est*[29].

Tuttavia, anche il criterio della *maioritas discretionis* – per quanto pienamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza successiva[30] – risulta non esaustivo ed il nucleo del problema gradualmente si sposta sulla necessità di determinare il grado di maturità psicologica richiesta per l'accertamento di una sufficiente capacità critica nel nubente. Anche relativamente a questo aspetto, è della giurisprudenza rotale il merito di aver introdotto il criterio della *discretio iudicii matrimonio proportionata*[31] destinato a dimostrare come nella valutazione del processo intellettivo-volitivodel nubente, sia imprescindibile una risposta soggettiva psicologica adeguata alla natura del matrimonio in quanto contratto implicante obbligazioni onerose e perpetue.

3c. – Prima di concludere la disamina circa la struttura costitutiva della *discretio iudicii,* per passare ad esaminare l'evoluzione che anche la definizione dei diversi criteri caratterizzanti questo *caput nullitatis* ha subito nell'elaborazione giurisprudenziale, è di grande importanza soffermarsi a valutare quali possano essere l'incidenza e l'influsso di una disarmonia psichica o di un disturbo di personalità – senza tralasciare com'è ovvio anche l'ipotesi più grave della vera e propria malattia mentale – su quella capacità, che come si è visto, suol essere considerata una tappa imprescindibile dell'iter che porta alla formazione del consenso, ossia la capacità volitiva[32].

---

29. Così la c.FELICI, 3.12.1957, *cit.,* p. 788, n. 3.

30. E sufficiente, a questo riguardo, il rimando alla giurisprudenza citata alle note 21 e 26.

31. Illuminante a questo proposito la decisione c.SABATTANI del 24.2.1961 (cit., p. 118, n. 4) ove si riafferma che per emanare un valido consenso al matrimonio «*non sufficit facultas cognoscitiva*» ma «*requiritur facultas critica*» e si traggono le relative conseguenze circa la «*debilitas mentis*» che, a volte, non consente la maturità psicologica necessaria perchè: *«unica mensura sufficientis consensus est discretio iudicii matrimonio proportionata*».

32. «La volontà da parte sua come potenza affettiva aggiunge un movimento di approvazione nei confronti delle possibili azioni presentate dall'intelletto, assumendo la fisionomia di inclinazione più o meno forte a seconda della qualità o quantità del valore riconosciuto intellettualmente all'oggetto *(consensus);* e come potenza deliberativa, essa opta per uno dei vari giudizi formulati dall'intelletto. In questa selezione di uno dei mezzi presentati dalla deliberazione dell'intelletto alla volontà si risolve l'atto di decisione o *electio*». Così O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà... cit.,* p. 106. Non può, d'altra parte, sminuirsi il rilievo che, nel processo di volizione, assume l'istinto, che anzi, è provato che questo possa giocare, a volte, un ruolo molto importante. Tuttavia, la scienza psichiatrica afferma che la catena causale che porta alla determinazione di un evento psichico è avverita dal soggetto solo fino ad un certo punto «essendo per così dire spezzata al di là dell'istinto, dal mo-

Nella progressiva e completa equiparazione (già segnalata più sopra), compiuta dalla giurisprudenza rotale tra *discretio iudicii* e maturità psicologica, sono chiaramente emerse le condizioni necessarie e sufficienti affinchè si abbia nel nubente quella discrezione di giudizio efficace per un valido consenso matrimoniale: è così che accanto alla menzionata critica dell'oggetto del consenso si affianca la libertà di scelta.

È bene, tuttavia, premettere che l'affrontare compiutamente questo tema, apre la via ad una ben più ampia e complessa problematica che può essere evidenziata dalla considerazione che, ogniqualvolta si faccia riferimento alla libertà di scelta, non si possa aver presente esclusivamente la sfera della volontà, così da parlare di un atto volitivo libero, bensì di un individuo libero con tutto il suo substrato psico-fisico.

Alla luce di questa consapevolezza non può non apparire inadeguato discorrere di scelta libera, di volontà libera o di processo di autodeterminazione libero se non è possibile, a monte, fare riferimento ad un libero autore di tali atti.

In altri termini, come l'ormai accertata unicità psichica della persona non consente, all'interno dell'*actus* voluntatis, di distinguere nettamente la sfera intellettivo-cognitiva da quella volitiva, allo stesso modo non è dato di sezionare il percorso volitivo per misurarne l'autonomia da pressioni di impulsi o istinti, a scapito di una valutazione dell'individuo che, nel suo complesso, riesca a «funzionare» dominando (o venendone sopraffatto) tali pulsioni interiori in ogni modalità espressiva del suo essere.

Quest'ordine di considerazioni trova una maggiore risonanza nel caso del negozio matrimoniale, in ragione della proiezione nel futuro – e più corretto sarebbe dire in perpetuo – dei diritti e delle obbligazioni che sostengono il rapporto di coniugio, per tale motivo la giurisprudenza si è orientata a richiedere una libertas intrinseca maggiore rispetto a quella richiesta per altri negozi giuridici[33].

---

mento che...l'individuo non avverte coscientemente la causa dell'istinto». O. FUMAGALLI CARULLI, Intelletto e volontà... cit., p. 115. L'ovvia conseguenza di ciò è che l'indagine diretta a cogliere l'essenza del consenso si debba arrestare alle cause volontarie (ossia consapevolmente avvertite) della decisione e non possa tener conto dei motivi inconsci e degli istinti.

33. Cfr. molto puntualmente: una c. FERRARO, 14.3.1969, in S.R.R.Dec., vol. LXI, p. 277, n. 7 e più recentemente una c. POMPEDDA, 12.2.1974, ivi, vol. LXVI, p. 105-106, n. 3-4. Non porta a diverse conclusioni il considerare il vincolo coniugale non più o non soltanto nel suo aspetto contrattuale – quale si soleva valutarlo nella visione preconciliare – ma piuttosto in una visione personalistica più consona al nuovo corso ecclesiologico emerso dal Vaticano II. «Non si può, infatti, mettere in dubbio che l'importanza e quindi il grado di un libero consenso matrimoniale debbono essere commisurati con l'oggetto di esso, che è appunto l'impegno di una irrescindibile intimissima comunione di vita, qual'è la vita coniugale: e questa fra le relazioni umane, è la più interpersonale». Così M. F. POMPEDDA, Nevrosi... cit., p. 13. Per la giurisprudenza si veda una c. ANNÈ, 31.1.1970, in S.R.R.Dec., vol. LXII, p. 98, n. 2.

Non è chi non veda come si tratti di pura astrazione parlare di volontà, di sfera o di capacità volitiva staccate da quella rete complessa e variegata di emozioni, affettività, educazione, propensioni e pregiudizi che costituiscono l'ineliminabile sostrato della realtà umana.

È forse questa la ragione per la quale si assiste nell'evoluzione giurisprudenziale, che pur ha aperto la via ad una maggiore e più completa comprensione del fenomeno complessissimo dei meccanismi e delle interazioni della psiche umana, ad una – almeno apparente – contraddizione in termini.

Come è stato giustamente rilevato «se...da una parte si asserisce che non possano esistere malattie mentali nelle quali, indenni le facoltà intellettive sia intaccata la sola volontà, e che quindi non sarebbe ammissibile la tesi di un consenso difettoso soltanto dalla parte della volontà, integro restando l'intelletto..., d'altra parte tuttavia è comune l'asserzione secondo la quale il turbamento psichico possa talvolta intaccare più immediatamente la volontà che lo stesso intelletto»[34].

In realtà, sotto questo profilo, si assiste ad una certa difficoltà, da parte della giurisprudenza – difficoltà che risiede nella parallela precarietà di ogni classificazione o categoria psichiatrica o psicologica relativa ai disturbi mentali – a mettere a fuoco non solo il campo di incidenza (intellettivo-cognitivo o volitivo) della patologia psichica, ma anche l'entità di tale incidenza: innegabilmente ciò ha comportato un ulteriore fenomeno, ossia la notevolissima estensione dei casi di nullità del vincolo coniugale per *defectus discretionis iudicii*.

È dunque assai arduo tracciare una linea di confine tra le implicazioni della capacità intellettiva e quelle delle facoltà volitive all'interno di una personalità disturbata o, che quantomeno, conosce e risponde a tappe di un processo psichico in qualche sua parte alterato rispetto alla norma; tuttavia questo sforzo può apparire altresì vano ove si consideri l'esigenza di ricondurre ad unità il soggetto nelle varie espressioni della sua personalità, non ultima la autodeterminazione, cui può giungere solo per effetto di reciproca causalità dell'intelletto e della volontà[35].

---

34. M. F. POMPEDDA, *Nevrosi... cit.*, p. 15 e giurisprudenza ivi citata.

35. In questo senso, per la dottrina, si vedano, fra gli altri, 0 . FUMAGALLI-CARULLI, *Intelletto e volontà... cit.*, p. **133;** R.L. BURKE, *Grave difetto di discrezione di giudizio: fonte di nullità del consenso matrimoniale*, in *Ius canonicum*, 1991, p. 150-154; A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia, 1985, p. 42 ss.; DI FELICE, *La discretio iudicii matrimonio proportionata... cit.*, p. 15; C. LEFEBVRE, *De defectu discretionis iudicii... cit.*, p. 550.

La giurisprudenza della Rota Romana si è, da tempo, orientata ad escludere la possibilità di una netta separazione tra intelletto e volontà così come di una differenziazione tra patologie intellettive e patologie volitive. Si danno numerosi esempi di sentenze, anche non recenti, in cui viene rigettata l'ammissibilità di disturbi invalidanti la sola sfera volitiva *intellectu integro manente*.

È, a questo riguardo, assai significativa una decisione c. QUATTROCOLO,

In altri termini, l'atto umano libero non può e non deve essere considerato quale la risultante di due atti autonomi e perfetti, riferibili tanto all'intelletto quanto alla volontà; non si compone per sintesi e nemmeno per fusione di due elementi separati. Al principio di tutto sta l'unità: unità del soggetto, unità del processo psichico, unità dell'azione che ne è l'ultima espressione.

Pertanto ciò che inficia irrimediabilmente il consenso matrimoniale può essere soltanto ciò che alle radici e gravemente lede questa mutua causalità dell'intelletto e della volontà nel deliberare su tale matrimonio da contrarre e nel realizzare il volere[36].

16.6.1943, (in S.R.R.Dec., vol. XXXV, p. 435-436, n. 6): «*In homine* autem sanae mentis separari nequit intellectus a libertate arbitrii, homo *siquidem* utens ratione libertate *simul carere* nequit...nam in *homine* sanae mentis voluntas necessario *adesse* debet..., nec non ex *influxu sive* passionum *sive* hereditatis, qua *quaedam* propensione in filios trasmittuntur, contendunt quidam psychiatri et detenninistae prefatis (idest abulia, nevrastenia, isteria et epilessia), aliisque *morbis* voluntatem *nedum* enervari, sed penitus interdum aboleri: *adeo* ut ineluctabili motu isdem *affecti pertrahantur*, ad id faciendum, quod ceteroquin *abhorrent* ac nolunt. *Verum* considerare oportet in primis, quod intellectus et voluntas, utpote potentiae inorganicae et spirituale~per se sunt morbi incapaces. Equidem, in suis actibus esterne dependet a sensibus, praesertim a phantasia, ab appetitu sensitivo, atque ab *illa* parte cerebri, quae functionibus inservit *harum* facultatem, unde si potentiae sensitivae male *afficiuntur*, etiam intellectus et voluntas perturbantur in suis functionibus ex sensuum *affectionibus*».

36. Così M.F. POMPEDDA, Nevrosi... cit., p. 17. Lo stesso orientamento si ritrova quasi unanime nella giurisprudenza più recente, non senza autorevoli precedenti in quella anteriore. Si vedano fra le altre, in ordine cronologico: una c.QUATTROCOLO, 10.3.1944, in S.R.R.Dec., vol. XXXVI, p. 150, n. 3; una c.BEYAN, 30.11.1963, ivi, vol. LV, p. 852, n. 3 ; una c.ANNÈ, 17.1.1967, ivi, vol. LIX, p. 24, n. 3; una c.LEFEBVRE, 4.5.1968, ivi, vol. LX, p. 338, n. 3; una c.FERRARO, 14.3.1969, ivi ,vol. LXI, p. 277, n. 7; una c.ANNÈ, 31.1.1970, ivi, vol. LXII, p. 98, n. 2; una c.LEFEBVRE, 18.7.1970, ivi, vol. LXII, p. 781, n. 4; una c.ANNE, 26.1.1971, ivi, vol. LXIII, p. 67, n. 3; una c.EWERS, 2.12.1972, ivi, vol. LXIV, p. 737, n. 4. Per quanto riguarda la giurisprudenza successiva alla nuova codificazione si vedano: una c.STANKIEWICZ, 22.3.1984, in Monitor Ecclesiasticus, 1986, p. 263 ss.; una c.EGAN, 19.7.1984, in Diritto Ecclesiastico, 1985, II, p. 16 ss.; una c.MASALA, 17.12.1985, in op. ult. cit., 1986, II, p. 12 ss.; una c.BRUNO,10.5.1986, in Monitor Ecclesiasticus, 1986, p. 450 ss.; una c.POMPEDDA, 11.4.1988, in Ius Ecclesiae, 1989, p. 232 ss.; una c.GIANNECCHINI, in Monitor Ecclesiasticus, 1989, p. 440 ss.

Non ci si può, tuttavia, esimere in questa sede di fare accenno ad un'altra e contrapposta teoria – diffusa nella vigenza della previgente codificazione – che faceva leva sulla scindibilità della *discretio* iudicii, in due ambiti tra loro nettamente separati, ovverossia quello intellettivo e quello volitivo.

In altri termini, secondo tale impostazione – che ha trovato la sua massima espressione in taluna dottrina sviluppatasi attorno agli anni '50 e già precedentemente nella giurisprudenza rotale – a fronte della supposta esistenza di patologie invalidanti la sola sfera dell'intelletto da un lato o della volontà dall'altro, era corretto procedere ad indagini separate e caratterizzate ciascuna da strumenti valutativi specifici, al fine di mantenere ben distinti i possibili ambiti di incidenza delle affezioni psichiche. (Tra i sostenitori della teoria «scissionistica» si vedano: CASTA-

Naturalmente con ciò non si vuol confutare la possibilità dell'esistenza di disturbi della personalità – specie di quelli meno invasivi appartenenti alla sfera dei disturbi neurotici più sfumati – incidenti in prevelenza sulla sfera volitiva. E difatti, a questo riguardo interessanti risultati sono stati raggiunti dalla giurisprudenza anche per quanto riguarda le innegabili connessioni fra struttura psicologica del soggetto e libertà della volontà nella scelta. In effetti, se da un lato si afferma che un determinato assetto psichico è patrimonio proprio ed irripetibile di ogni uomo, dall'altra si deve ammettere che un buon funzionamento delle sinergie che si sviluppa-

---

NEDA-DEIGADO, La *enajenacion mental* y *el* consentimiento matrimonial a la *luz* de la psiquiatria y de la jurisprudencia de la sagrada Rota Romana, Vallaidad, 1955, p. 46-55; D. SMITH, *Ignorance* affecting matrimonial consent, Washington, 1959, p. 50-53; J. MANS PUIGARNAU, Derecho *matrimonial* canonico, Barcellona, 1959, vol. I, p. 316-320).

Le conseguenze ultime di tale impostazione portarono, dunque, non solo alla teorizzazione di due distinti metri di valutazione del defctus intellectus e del *defectus* voluntatis separatamente considerati, ma altresì ad una loro diversa graduazione in relazione alla proportio al matrimonio. Infatti, questa sembrò logicamente riferibile perloppiù alla sfera intellettiva e precisamente alla sua componente cognitiva, dal momento che, per il processo di autodeterminazione sarebbe stato sufficiente uno sviluppo della personalità più approssimativo: «*In* matrimonio *contra*hendo voluntatis deliberatio, quam quae requiritur ad peccandum *lethaliter*» (in una c.MANY, 11.8.1913, in S.R.R.Dec., vol. V, p. 546, n. 3. In dottrina si vedano anche le considerazioni di P. FELICI, Indagine psicologica... cit., p. 10). Anche per quanto concerne la giurisprudenza si possono rinvenire gli influssi dell'accennata concezione in talune decisioni in cui, per l'efficacia del consenso al matrimonio, si esigeva nel nubente una maturitas iudicii piena e completa, tenuto conto della complessità e della perpetuità dell'obbligazione matrimoniale, ed una maturitas voluntatis assimilabile a quella del puer ultraseptennis in quanto già capace di commettere peccato mortale. Si vedano per questo aspetto, oltre alla sopra citata c.MANY del 11.8.1913, una c.ROSSETTI, 1.7.1922, ivi, vol. XIV, p. 210, n. 4; una c.MASSIMI, 29.10.1924, ivi, vol. XVI, p. 372, n. 2; una c.WYNEN, 1.3.1930, ivi, vol. XXII, p. 128-129 e quale esempio più recente una c.PARRILLO, 16.2.1978, ivi, vol. XX, p. 65-66, n. 11.

Traendo spunto da questa iniziale impostazione e pur mantenendo intatta – sotto il profilo teorico – la separazione tra defectus intellectus e defectus voluntatis una corrente giurisprudenziale più recente ha ritenuto si dovesse focalizzare l'attenzione sulle sole cause invalidanti la sfera volitiva, in quanto non poteva ipotizzarsi l'esistenza di un atto di volontà valido ed efficace basato sul mancato o patologico funzionamento delle operazioni intellettive. Cfr. una c.PINTO, 12.10.1979, in Monitor Ecclesiasticus, 1980, p. 166-167.

Da qui alla posizione maggioritaria della recente giurisprudenza più sopra esaminata il passo è breve: anche ove si prospetti un caso di patologia della volontà, il parametro valutativo della sfera volitiva non muta rispetto a quella intellettiva. Infatti la *valetudo* libere eligendi inter bona ab intellectu proposita presuppone una maturità del tutto identica a quella richiesta per l'intelletto. Cfr. una c.STANKIEWICZ, 31.5.1979, in *op. ult.* cit., 1980, p. 190.

Per la dottrina circa la distinzione fra *quaestio* intellectus e *quaestio* voluntatis si veda ampiamente D'AVACK, Cause... cit., p. 134; C. TRICERRI, La *più* recente giurisprudenza... cit., p. 358.

no nell'iter del processo volitivo, presuppone un equilibrio di tale struttura che facilmente può venire minacciato da eventi relativi al nubente quali un'errata educazione, l'esposizione a fattori stressanti, un dato ereditario, o disarmonie affettive.

Tali vissuti personali, infatti, possono dare luogo a pulsioni o richiami istintuali che – qualora per la loro intensità o complessità sfuggano al controllo ed al dominio della volontà – possono determinare la scelta dell'individuo in modo da escluderne, in tutto o in parte, la libertà[37].

Così emerge, a questo punto, il vero nocciolo del problema, ossia valutare fino a che punto ed in quale grado un turbamento interiore può minare il processo di autodeterminazione del nubente. In altri termini, se da un lato è vero che la mancanza di *discretio iudicii* porta con sè necessariamente una menomazione della libertà interna, dall'altro lato, questa libertà non è garantita dalla totale assenza nella sfera intima dell'individuo, di impulsi interiori, quanto piuttosto dalla sua capacità di resistere e di contrastare tali pulsioni[38].

La corretta valutazione dell'intensità o – per dir meglio – dell'irresistibilità dei fattori compulsivi condurrà – nella disamina del caso pratico – anche all'opportuna distinzione tra vera incapacità e semplice difficoltà a prestare un valido consenso, la quale ultima – com'è noto – non può essere considerata causa di nullità del negozio matrimoniale[39].

È evidente che sarà nella pratica tutt'altro che semplice distinguere quanto e fino a che punto l'atto di scelta sia stato coartato da forze cui il nubente non era in grado di opporsi validamente: in realtà, quanto più alla deliberazione partecipano elementi che appartengono alla immutabile struttura psichica – elementi che possono raggiungere anche un notevole

---

37. Cfr, una c.BEYAN, 30.11.1963, in S.R.R.Dec., vol. LV, p. 852, n. 3; una c.ANNÈ, 17.1.1967, ivi, vol. LIX, p. 24, n. 3 ed una c.*eodem* Ponente, 26.1.1971, ivi, vol. LXIII, p. 67, n. 3; una c.EWERS, 2.12.1972, ivi, vol. LXIV, p. 737, n. 4; una c.POMPEDDA, 19.2.1974, ivi, vol. LXVI, p, 106, n. 4; una c.EGAN, 12.1.1984, in *Ephemerides iuris* canonici, 1984, p. 173; una c.RAGNI, 2.5.1989, in S.R.R.Dec., vol. LXXXI, p. 311, n. 3 ss.

Per riferimenti dottrinali, si vedano, fra gli altri, M.F. POMPEDDA, *Il* canone *1095*... cit., p. 545 ss.; J.M. MUNOZ de JUANA, *Evolucion* de *la jurisprudencia*... cit., p. 95 ss.; F. GIL de LAS HERAS, Neurosis, psicopatias... cit., p. 231 ss., e la numerosa giurisprudenza ivi citata.

38. Questo è un principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza rotale di cui si può trovare traccia anche in decisioni molto risalenti. Cfr.infatti, una c.MASSIMI, 28.7.1928, in S.R.R.Dec., vol. XX, p. 318, n. 3; una c.*eodem* Ponente, 10.7.1931, ivi, vol. XXIII, p. 274, n. 2; una c.ANNÈ, 15.2.1966, ivi, vol. LVIII, p. 59, n. 2; una c.EWEWRS, 27.5.1972, ivi, vol. LXIV, p. 330, n. 2. Più di recente si vedano: una c.DI FELICE, 26.5.1981, ivi, vol. LXXIII, p. 290, n. 3 una c.POMPEDDA, 10.7.1983, ivi, vol. LXXV, p. 649, n. 5; una c.MASALA, 17.12.1985, ivi, vol. LXXVII, p. 600, n. 4.

39. In questo senso si vedano le considerazioni di Z. GROCHOLEWSKI, Cause matrimoniali... cit., p. 134.

grado di morbosità nevrotica o psicotica – tanto più dovrà riconoscersi deficitaria la libertà di scelta[40].

E chiaro, dunque, che questo processo avrà solo formalmente la veste e la somiglianza di un atto di volontà, cosicchè il soggetto che lo ha emanato potrà solo erroneamente venirne ritenuto autore.

In conclusione, numerose svariate ed eterogenee fra loro per natura e per eziologia possono essere le cause endogene dei diversi disturbi di personalità – di origine nevrotica o psicotica – che privano il soggetto agente dell'armonia con il suo substrato psichico impedendogli di emanare un valido atto di volontà; sembra, tuttavia, si possa affermare che solo qualora tale substrato risulti turbato da una grave anomalia che ne intacca le potenzialità e le funzioni, venga a compromettersi anche il corretto svolgimento dell'iter intellettivo-volitivo, ovvero venga a mancare la facoltà di autodeterminazione, cioè la libertà[41].

4. – Precisato il quadro delle componenti psichiche destinate ad intervenire nel processo di autodeterminazione, appariva in tutta la sua evidenza la necessità di definire il *quantum* di maturità[42] delle operazioni mentali – sia intellettive sia volitive – necessario per la costituzione di un valido vincolo coniugale.

---

40. Cfr. una c.SERRANO, 23.10.1981, in *Ephemerides* iuris canonici, 1983, p. 140-149; una c.LANVERSIN, 1.3.1983, ivi, p. 269-275; una c.EGAN, 12.1.1984, ivi, p. 173-182; una c.PINTO, 9.12.1983, in Diritto Ecclesiastico, 1984, II, p. 255-260; una c.DI FELICE, 14.5.1984, in Monitor Ecclesiasticus, 1984, p. 426-431; una c.STANKIEWICZ, 14.11.1985, in Diritto Ecclesiastico, 1986, II,p. 324-333; una c.PINTO, 20.2.1987, in Ius Ecclesiae, 1989, p. 569-579; una c.PALESTRO, 24.6.1987, in Monitor Ecclesiasticus, 1987, p. 472-483; una c.DORAN, 1.7.1988, in Monitor Ecclesiasticus, 1989, p. 329-346.

41. O. FUMAGALLI-CARULLI, Intelletto e volontà... cit., p. 119 ss.; S. GHERRO, Il diritto al matrimonio *nell'ordinamento* della Chiesa, Padova, 1979, p. 21 ss; R. ZAVALLONI, La libertà personale. Psicologia *della* condotta umana, Milano, 1973, p. 63 e p. 248. Per la giurisprudenza: una c.ANNÈ, 26.1.1971, in S.R.R.Dec., vol. LXIII, p. 67, n. 2; una c.LEFEBVRE, 31.1.1976, ivi, vol. LXVIII, p. 39, n. 3; una c.DI FELICE, 18.10.1980, ivi, vol. LXXII, p. 661, n. 3; e da ultimo la recente c.STANKIEWICZ, 30.10.1990, ivi, vol. LXXXII, p. 757, n. 7-8.

42. Come nota giustamente M.F. POMPEDDA (Ancora su nevrosi... *cit.*, p. 53), è doveroso tracciare un distinguo a proposito del significato o meglio dell'uso del termine «*maturità*», il quale «non poche volte è mutuato passivamente ed integralmente dalla scienza psichiatrica e psicologica, senza che per altro sia doverosamente affrontato il problema metodologico – che finisce per investire poi la sostanza stessa del diritto canonico – se cioè e fino a quando il contenuto di un concetto scientifico coincida con il contenuto di una categoria giuridica». I due criteri, a ben vedere, divergono profondamente, tanto che per quanto concerne la *discretio* iudicii, «differiscono radicalmente i criteri del giudice e dello psichiatra o psicologo: mentre infatti costui si riferisce alla piena maturità del soggetto o alla scelta perfettamente libera, il giudice, invece, ..., adotta criteri morali e giuridici e si prospetta se nel caso nonostante una certa immaturità, si abbiano gli elementi necessari perchè questo atto umano in concreto, sia sufficiente a produrre quei determinati effetti giuridici».

In effetti i complessi meccanismi propri delle dinamiche e conoscitive e critico-deliberative – anche volendo limitarsi a prendere in considerazione le possibili interazioni tra queste sole facoltà – possono influire sulla formazione dell'*actus* voiuntatis sotto diversi profili e con differenti graduazioni.

È così che un processo psichico – pur strutturalmente complesso, articolato e dinamicamente integro – può essere negativamente influenzato da disturbi della personalità, da caratteropatie o dalla presenza nello sviluppo del pensiero di meccanismi difensivi patologici, tanto da approdare ad un risultato aberrante in quanto estraneo alla logica o al comune buon senso o wero in quanto frutto di una scelta non sufficientemente ponderata o attuata liberamente [43].

Alla luce di queste considerazioni è chiaro che significherebbe semplificare eccessivamente i termini del problema ritenere sufficiente, per un consenso matrimoniale valido, la pura rnentis *advertentia;* quest'ultima piuttosto deve essere sostenuta dai frutti di un'elaborazione critica e comparativa che giungano ad adeguarla ai contenuti essenziali del vincolo coniugale [44].

Proprio questo criterio di proporzionalità della discrezione di giudizio al rapporto di coniugio, ha aperto un acceso dibattito [45] circa la definizione

---

43. Abbiamo diverse sentenze in merito. Ad es. una c.PINNA, 21.3.1959 (in S.R.R.Dec..., vol. LI, p. 174, n. 3) recita: «*Ad matrimonialem consensum* valide *praestandum* requiritur proportionata *mentis* discretio, qua contrahentes valeant inteliigere quod agunt atque id deliberate *velle*». Ed ancora: «*Consensus matrimonialis* est actus *humanus* qui igitur a libera voluntate, praevia deliberatione intellectus, *elici* debet...Ad *actum humanum,* scilicet ex *voluntate,* praevia inteilectus deliberatione, *procedentem, requiritur,* ut *homo eiusdem* actum *dominium* habeat, quod vero non habet nisi actus procedat ab eius voluntatis libera *determinatione*» (in una *c.*FILIPIAK, 15.6.1956, ivi, vol. XLVIII, p. 555, n. 2). Ed in una *c.*LEFEBVRE, 7.4.1960, *ivi,* vol. LII, p. 228, n. 3: «*Matrimonialis* consensus *iure ipso* naturae *omni* vi caret, si deficiat qualitas *quaedam* ad *humanum actum* requisita».

44. Infatti: «Per il consenso contrattuale in genere è richiesto nel contraente l'uso di ragione, che soltanto dopo i sette anni è presente nell'uomo normale. Non è però sufficiente il semplice uso di ragione, ma è necessaria ancora una maturità di giudizio proporzionata alla natura del contratto, che si intende stipulare. Conseguentemente nel contratto matrimoniale il consenso sarà valido soltanto se il contraente gode di tale maturità di giudizio, che sia proporzionata alla natura del matrimonio». Così L.M. GARCIA, *El* grave defecto de discrecion, in *Ius canonicum,* 1989, p. 220 ss.; P.A. D'AVACK, Cause... cit., p. 138; A.C. JEMOLO, Il matrimonio nel diritto canonico, Bologna 1993, p. 124-126; P. FELICI, Indagine... cit., p. 10; E. COLAGIOVANNI, *Immaturità:* per un approccio interdisciplinare alla comprensione ed *applicazione* del *can.* 1095 n. 2 e **3,** in *Monitor Ecclesiasticus,* 1988, p. 340 ss.; J.F. CASTAÑO, Il sacramento... cit., p. 330. In giurisprudenza cfr. una *c.*FELICI, 22.5.1956, in S.R.R.Dec., vol. XLVIII, p. 477, n. 3; una *c.eodem* Ponente, 3.12.1957... cit., p. 788, n. 3; una *c.*SABATTANI, 24.2.1961... cit., p. 117, n. 3; una *c.eodem* Ponente, 24.3.1961... cit., 156, n. 3; una *c.*ANNÈ, 25.11.1961... cit., p. 562, n. 2; una *c.*LEFEBVRE, 6.7.1967... cit., p. 554, n. **3.**

45. Su questo aspetto si vedano le considerazioni, per taluni aspetti contrastanti tra loro, di due Autori: E. TEJERO, Calificacion *juridica* de la *amencia* en *el* sistema matrimonial canonico, in Ius *canonicum,* 1978, p. 409 ss. e F. AZNAR GIL, La causas de nullidad *matrimonial* por incapacidad psiquica *(can. 1095,* n. **3)** segun la *jurisprudencia rotal,* in *Revista Española* de Derecho canònico, 1987, p. 476.

di quale livello di capacità psichica sia da ritenersi necessario a garantire un'idonea misura di adeguatezza alla serietà dell'impegno coniugale[46] ed alla peculiarissima integrazione intrapersonale ed interpersonale che questo comporta[47].

Se da un lato risulta evidente che il concetto di discrezione di giudizio proporzionata non può essere assimilata alla perfetta salute mentale – condizione la quale è, con ogni probabilità, estranea alla maggior parte degli esseri umani[48] – nè può richiedere la percezione esaustiva e completa del valore del matrimonio, ossia della sua portata etica, giuridica, sociale e religiosa[49], dall'altro è risultata subito evidente l'inadeguatezza di qualsiasi criterio analogico (in particolare quello della capacità richiesta per stipulare validamente negozi giuridici o per assumere lo *status* religioso[50]) atto a stabilire la *mensura* della capacità psichica al matrimonio.

Inutile, dunque, ogni sforzo di elaborare in termini oggettivi un criterio di misura della proporzionalità della *discretio:* la giurisprudenza si è, in questo caso, orientata verso parametri soggettivi e più realistici – anche se rigorosamente ancorati alla bipartizione intelletto – volontà, nelle cui sfere debbono in ultima analisi essere ricondotti – richiedendo un grado di discrezione di giudizio tale che il nubente sia in grado di appropriarsi adeguatamente del vincolo coniugale così come dei suoi contenuti essenziali[51].

---

46. Senza alcun dubbio, a tale proposito, la giurisprudenza ha sempre affermato che la discretio iudicii matrimonio proportionata, si colloca ad un livello superiore rispetto a quello richiesto per commettere un peccato mortale (cfr. ad es. una *c.*MANNUCCI, 8.4.1924, in S.R.R.Dec., vol. XVII, p. 127, n. 2: «*Ad contrahendum autem* requiritur iudicii discretio proportionata contractui ineundo; et *cum matrimonium* sit contractus *perpetuus,* exciusivus, in ordine ad proiis *procreationem, requiritur* ad *illud, iuxta Angelicum, maturius iudicium quam* quod *sufficiat v.g.* ad *peccandum mortaliter*»), senza tuttavia elaborare un criterio di misura della proporzionalità della stessa.

47. In questo senso, M.F. POMPEDDA, Nevrosi... cit., p. 6 ss.; in giurisprudenza, una *c.*ANNE, 22.7.1969, in S.R.R.Dec., vol. LXI, p. 865, n. 5.

48. Cfr. quanto osservato in una *c.*JULLIEN, 23.12.1932, in S.R.R.Dec., vol. XXIV, p. 559, n. **3** e molto più di recente in una *c.*MERCIECA, 27.4.1971, ivi, vol. LXIII, p. 336, n. 2.

49. M.F. POMPEDDA, Nevrosi... *cit.,*loc. cit.. Su questo punto la giurisprudenza è unanime: una *c.*GRAZIOLI, 1.7.1933, in S.R.R.Dec., vol. XXV, p. 406, nn. 2-4; una *c.*WYNEN, 25.2.1941, ivi, vol. XXXIII, p. 144, n. 4; una *c.*DE JORIO, 20.11.1968, ivi, vol. LX, p. 772, nn. 2-4 ; una *c.* DI FELICE, 13.1.1971, ivi, vol. LXIII, p, 26, n. 4; una *c.*FAGIOLO, 14.5.1971, ivi, vol. LXIII, p. 410, n. 5.

50. Cfr. una *c.*FAGIOLO, 14.5.1971... cit., p. 410., n. 5; una *c.* LEFEBVRE, 8.5.1971, ivi, vol. LXIII, p. 396, n. 4.

51. Si vedano ad es. la decisione, *c.*GRAZIOLI, 7.4.1926 (in S.R.R.Dec., vol. XIX, p. 108, n. 3): «*Immo* attenta huius actus *vel* potius contractus praestantia ac consequentiis attentis quae ex eo derivant, *maior* adhuc *libertas* hac *deliberatio* in eo requiritur *quam* in *aliis contractibus*» ed ancora la *c.*PINNA, 21.3.1959 (ivi, vol. LI, p. 175, n. 3): «*Nec* ex *adverso obliciatur easdem* forte adhuc posse apta sua ordinare negotia quia *omnes* consentiunt ad *obligationem* quae est *servitus* totius vitae, *maiorem* requiri *quam* in ceteris negotiis consiiii et arbitri *libertatem*».

Va peraltro tenuto presente che la notevole eterogeneità dei disagi psichici si è sempre tradotta – ma stante i progressi operati dalla scienza psichiatrica il problema si è assai amplificato in tempi più recenti – in un'altrettanto notevole eterogeneità di casi ricompresi nella fattispecie normativa in esame e sottoposti all'attenzione dei giudici ecclesiatici, di talchè, anche da un punto di vista pratico, risulta sempre più difficoltoso riconoscere validità assoluta ad un livello – fissato in maniera aprioristica – della *discretio iudicii* necessario e sufficiente all'espressione di un valido consenso al matrimonio,

Al contrario la disamina dell'adeguatezza delle capacità psichiche del nubente ai contenuti essenziali del rapporto matrimoniale, non può che essere condotta sul caso concreto con strumenti valutativi, che pur utilizzando imprescindibili parametri di minima, siano rispondenti a prerogative di dinamicità ed adattabilità nella ovvia constatazione che i percorsi e le dinamiche di elaborazione dei meccanismi mentali non rispondono ad iter prefissati così come i tempi, i modi ed i gradi di sviluppo delle facoltà psichiche sono assolutamente soggettivi.

Il discorso, a questo punto, deve necessariamente venir ricondotto alla valutazione dei singoli aspetti dell'attività psichica che intervengono nel processo di autodeterminazione individuale, per poterne saggiare la adeguatezza al rapporto coniugale con quell'insieme di diritti e obblighi che esso importa in perpetuo[5]*. Come già si è detto, per aversi un giudizio maturo e responsabile – la *maturitas iudicii* di cui parla la giurisprudenza[53] – è necessario l'armonico compenetrarsi delle diverse operazioni mentali

---

In dottrina segue lo stesso ordine di considerazioni, P.A. *D'AVACK, Cause... cit.*, p. *130,* nonchè *A.* DI *FELICE, La discretio iudicii... cit.,* p. 22-23.

«...Il principio dell'analogia, sia di un minimo, come la maturità di giudizio richiesta per il peccato grave, sia di una maturità maggiore, come la maturità richiesta per altri contratti o per la professione religiosa, rimaneva sempre inadeguato a determinare la maturità di giudizio richiesta per il consenso al matrimonio... È stato così ritenuto più qualificante il principio del criterio subbiettivo e concreto, che maggiormente riflette direttamente la *discretio iudicii matrimonio proportionata*». Si veda ancora la giurisprudenza citata alla nota 43.

52. Ecco che la problematica di cui si discorre viene ricondotta nel suo alveo originario, ossia in quel circuito mentale a doppio senso costituito dal binomio intelletto-volontà, anche se in taluni casi, si assiste a tentativi di utilizzo di più ampi strumenti valutativi. Si veda ad es. la più volte citata *c.*FELICI (3.12.1957,... cit., p. 788, n. 3 ss.): «*Intelligentia, quae est facultas cognoscitiva veri, eoque tendit quod suum quodammodo faciat quod vero extra ipsam versatur, si eadem est substantialiter omnibus, alia aliis est qualitate et quantitate...et inde praesertim ab adulescentia afficitur et qualificatur per elementa neoetica (largitatem scilicet, qua scientia ampliorem documentationem acquirit, profunditatem qua rem essentialem expeditiore intuitione cernimus; demum altitudinem, qua facilius ex particularibus universalia abstrahimus); dein per elementa endotymica, nempe ad indolem seu ingenium cuiusque pertinentia; postremo per elementa socialia, scilicet societatis (i.e.dell'ambiente) in qua quisque conversatur*».

cosicchè il soggetto, attraverso le sinergie promananti dalla corretta percezione, adeguata conoscenza e critica ponderata della realtà, possa giungere ad interiorizzarla completamente [54].

Per quanto è dato di capire dal contenuto delle decisioni esaminate, dunque, la chiave di lettura del parametro costituito dalla *proportio* al matrimonio sembra essere quella della maturità dei processi psichici che presiedono la formazione del consenso, il che val quanto dire che anche relativamente a tale criterio la giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di ricondurre l'analisi nell'alveo dello strumento valutativo intelletto-volontà.

Tuttavia lo sforzo di incasellare ogni aspetto dell'attività mentale in qualche modo relazionata all'actus *voluntatis* nel binomio *intellectus-voluntas,* ha creato maggiori problemi – e conseguenti maggiori allarmi – in relazione ad un'altra categoria psichica, meno conosciuta delle precedenti, ma indubbiamente interessata al processo di autodeterminazione. Infatti, l'ormai indiscussa ammissione dell'essenza unitaria dei meccanismi mentali dell'individuo, ha imposto che nella ponderazione del criterio della «rispondenza soggettiva psicologica adeguata»[55], accanto alla verifica dell'esistenza o meno di turbative della sfera intellettiva o di quella, volitiva, venisse gradualmente inserita la valutazione dell'integrità di un ambito più variegato ed eterogeneo della realtà mentale, costituito «dall'insieme delle reazioni psichiche dell'individuo di fronte alle situazioni occasionali della vita»[56].

---

53. Si vedano, fra le altre, le decisioni *c.*DAVINO, 28.4.1977, in S.R.R.Dec., vol. LXIX, p. 233, nn. 4-6; *c.*FIORE, 28.2.1978, ivi, vol. LXX, p. 114, nn. 8-9; *c.*EGAN, 25.1.1979, ivi, vol. LXXI, p. 25, n. 4; *c.*BRUNO, 30.11.1979, ivi, vol. LXXI, p. 498, n. 4. Per la dottrina M.F. POMPEDDA, Ancora su nevrosi... cit., p. 58 ss.

54. Nonostante non sia di immediata evidenza, nel concetto di *maturitas* iudicii, parte della giurisprudenza tende a ricomprendere l'esigenza di una volontà altrettanto matura, ossia libera di determinarsi ed in grado di rapportarsi al contenuto dell'atto. Per questo aspetto si rimanda a quanto afferma M.F. POMPEDDA (Ancora su nevrosi... cit., p. 57 ss.) e a quanto osservato alla nota 22. Per la giurisprudenza si segnala, fra le altre, in modo particolare una *c.*LEFEBVRE, 8.7.1967, in S.R.R.Dec., vol. LIX, p. 564, n. 4.

55. Così A. DI FELICE. La *discretio*... cit., p. 24.

56. Così A. POROT, Manuel alphabétique de Psychiatrie, Paris, 1969, v. «Affectivitè, Affects», p. 18 ss. Per un ulteriore approfondimento del concetto di affettività, si rimanda a quanto precisato più oltre nel testo e nelle note 67 e ss. . Peraltro questo tipo di perturbazione, ha trovato una difficile accoglienza da parte della giurisprudenza rotale; si veda ad es. una *c.*WYNEN, 27.2.1937 (in S.R.R.Dec., vol. XXIX, p. 127, n. 3): «*Hi auctores* moderni qui statuunt ipsam voluntatem alicuius hominis pleno usu rationis gaudentis laborare posse certi morbis, non sunt imbuti sanis principiis philosophiae neque cognoscunt naturam actus cognitionis et voluntatis, ideoque facile in *errore perducuntur*». Addivenire all'attuale orientamento, giusta il quale, si parla espressamente di immaturità psico-affettiva, è stato in effetti un cammino lungo per la giurisprudenza, anche perchè la categoria dell'immaturità è così ampia ed elastica da poter essere riempita dei più svariati contenuti, con la conseguenza di poter dilatare notevolmente l'ambito di incidenza della nullità del vincolo per difetto di discrezione di giudizio.

A questo proposito, nonostante sia oggi diventato più frequente il numero delle decisioni, che fanno riferimento alla maturità (o per meglio dire all'immaturità) affettiva, emerge chiaramente la circospezione, o meglio, la preoccupazione con cui la giurisprudenza tratta di questa categoria[57]. D'altro canto il progressivo allargamento – pur se contenuto entro confini ragionevoli – degli strumenti valutativi del consenso matrimoniale ad elementi sfuggenti, mutevoli ed in parte sconosciuti – ma la cui rilevanza nel processo formativo dell'*actus* voiuntatis non può più essere negata – quali i sentimenti, le emozioni, gli impulsi, ha determinato un sostanziale cambio di prospettiva, non solo per quanto concerne l'essenza concettuale del *defectus discretionis* iudicii, ma anche nella precisazione del requisito della proporzionalità di questa al coniugio.

Ciò che si nota nella realtà è, da un lato – ma i due aspetti sono strettamente connessi – una certa imprecisione terminologica, che non limita i suoi effetti al piano semantico, ma investe talora il profilo della chiarezza concettuale, e, dall'altro, l'oscillazione indecisa tra una definizione troppo angusta ed una troppo ampia dell'essenza ontologica della categoria. In effetti, l'immaturità affettiva (non deve destare meraviglia il segno negativo di tale espressione, poichè è più agevole stabilire quando manchi la sufficiente maturità, piuttosto che definire la portata ed il contenuto del concetto), viene da taluni associata ad un particolare disagio derivante da una inadeguata evoluzione degli affetti, degli istinti, dei sentimenti ed infine dell'emotività, i cui effetti inciderebbero prevalentemente sulla sfera volitiva depauperandone la portata e l'autonomia, traducendosi, in sostanza, in una carenza di libertà interna[58]. Al contrario, da altri vengono presi in considerazione pre-

---

57. Cfr. ad es. le considerazioni circa la pericolosità del termine contenute nella decisione *c.*LEFEBVRE, 31.1.1976, in S.R.R.Dec., vol. LXVIII, p. 40, nn. 5-7.

58. Secondo tale impostazione la *maturitas affectiva* sarebbe nettamente distinta dalla *maturitas iudicii*, attenendo la prima, come s'è detto, alla sfera della libertà interna o di autodeterminazione e la seconda alla sola sfera intellettiva che presiederebbe il rapporto di proporzione tra lo stato mentale del soggetto e l'atto da compiere. Nell'indubbio sforzo di fare chiarezza da parte di questa giurisprudenza, riemerge con prepotenza il limite fondamentale della costruzione teoretica che vi sta a monte e che è riconducibile all'insopprimibile esigenza di rapportare ogni categoria mentale che entri, in qualche modo, a far parte del processo formativo del consenso alla rigida dicotomia operata sulla mente umana tra momento intellettivo e momento volitivo. Infatti, l'imporsi della categoria della *maturitas affectiva* accanto al persistere della giurisprudenza nel procedere, nell'indagine psicologica sul matrimonio, secondo le indicazioni date a suo tempo dalla filosofia tomista, ossia sul duplice binario della *cognitio mere intellectualis* (capacità intellettiva) e della *cognitio pratica* (facoltà critica), ha fatto emergere, con maggiore evidenza che nel passato, la incompletezza dell'intervento combinato di intelletto speculativo ed intelletto pratico rapportato all'esigenza di una sufficiente discrezione di giudizio in relazione al connubio. Ciò soprattutto in relazione ad un possibile travisamento dei parametri cui estendere la valutazione: infatti, «se si sostiene...che colui che ha la *cognitio* ex can. 1082 § 1 è perciò stesso fornito di maturità e discrezione

valentemente gli effetti del disturbo affettivo – o per dir meglio della personalità immatura – sull'armonico sviluppo della relazione interpersonale[59].

Senza owiamente cadere nell'errore di far coincidere la validità del vincolo coniugale con la felice riuscita della vita in comune[60], è pur lecito osservare che il difetto di maturità affettiva, in tanto può incidere sulla validità del vincolo coniugale, in quanto limiti la capacità e la libertà di autodeterminazione dell'agente, in relazione alla sostanza del coniugio.

Ciò è tanto più vero, ove si consideri la particolare natura ontologica del vincolo matrimoniale, che è essenzialmente *un'obligatio in futurum* destinata a coinvolgere totalmente l'esistenza intera dell'individuo.

Il che vale a dire che colui che si accinge a fare perpetuo dono di sè ad un'altra persona nella prospettiva di una intima condivisione della vita, deve essere capace di penetrare l'essenza del rapporto matrimoniale e di stimare adeguatamente i contenuti che lo caratterizzano ed ai quali si dovrà rivolgere con tutta la pienezza del suo essere psichico[61].

---

di giudizio si confondono due problemi diversi e cioè il gradus *maturitatis* iudicii ad rem *matrimonialem* con il gradus cognitionis de re matrimoniali, che è indicato nel can. 1082 § 1». Così O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto* e volontà... cit., p. 315. Il risultato di questa operazione logica può essere ed in parte è stato quello di annullare sul piano degli effetti giuridici i progressi compiuti ed i risultati raggiunti dalla ricerca operata dalla scienza psichiatrica moderna. Con ciò non si vuole affatto sostenere che il diritto – ed in particolare quello che deve essere applicato ad ambiti così intimi e vitali della esistenza di un soggetto – debba seguire pedissequamente ed acriticamente le indicazioni fornite da altre discipline; purtuttavia, non può non osservarsi come il tentativo di decodificare qualunque linguaggio psichico attraverso una sola parola chiave ed utilizzando un unico codice di accesso, finisca per impoverire la portata ontologica delle categorie utilizzate e, nel peggiore dei casi, per dar luogo schematizzazioni forzate. Per tale impostazione in giurisprudenza si vedano: una *c.*FERRARO, 8.2.1977,in S.R.R.Dec., vol. LXIX, p. 47, n. 4; una *c.*PALAZZINI, 11.1.1978, ivi, vol. LXX, p. 3, n. 3; una *c.*PARISIELLA, 24.2.1977, ivi, vol. LXIX, p. 72, n. 3; una *c.eodem* Ponente, 18.10.1980, ivi, vol. LXXII, p. 661, n. 3; una *c.*ANNE, 26.1.1971, ivi, vol. LXIII, p. 67 ss., n. 2 ss.

59. Anche a questo proposito occorre segnalare la presenza di un pericolo, e precisamente della possibilità che percorrendo questa via – indubbiamente più aperta e più sensibile alla realtà coniugale – si possa con estrema facilità scivolare dal momento consensuale, in cui deve essere valutato l'atto psicologico, al momento del rapporto matrimoniale, in cui ormai si valutano gli effetti dell'eventuale disturbo di personalità in relazione agli *onera* che caratterizzano lo sviluppo della vita della coppia. Per la giurisprudenza cfr. una *c.*LEFEBVRE, 31.1.1976, cit..., p. 40, n. 5-6; una *c.*STANKIEWICZ, 11.12.1979, in S.R.R.Dec., vol. LXXI, p. 549, nn. 6-7; una *c.*RAAD, 13.11.1979, come citata da M.F. POMPEDDA, Ancora su nevrosi... cit., p. 62.

60. È interessante a questo riguardo la decisione *c.*RAAD, appena citata, nella parte in cui afferma che taluni disturbi di personalità, tra i quali anche l'immaturità affettiva, incidono sulla validità del rapporto coniugale solo a condizione che siano anteriori al matrimonio, siano gravi, che riguardino la natura del connubio o l'oggetto del consenso ed infine, che siano stati causa del fallimento del rapporto coniugale.

61. Si vedano M.F. POMPEDDA, Ancora su nevrosi... cit., p. 52 ss.; J.M. SERRANO RUIZ, *El* derecho a la *comunidad* de *vida* y amor *coniugal como* objeto *del* consentimiento *matrimonial:* aspectos iuridicos y evolucion de la Jurisprudencia de la S. Rota Romana, in Ephemerides iuris canonici, 1976, pp. 40 e ss.

Queste considerazioni spostano, a ben vedere, il nucleo centrale del problema da un piano teorico-speculativo ad uno, per così dire, pratico-attuativo: infatti la maturità di giudizio deve porsi criticamente non solo in relazione al momento della nascita del vincolo – ossia del matrimonio *in fieri* – ma altresì nei confronti del quotidiano divenire del consorzio coniugale, cioè del matrimonio *in facto esse*[62].

In altri termini non si potrebbe supporre l'esistenza di un valido vincolo coniugale nell'ipotesi in cui il nubente – attraverso il funzionamento delle facoltà psichiche sostanzialmente integre – fosse in grado di percepire ed elaborare su un piano astratto i contenuti essenziali del negozio matrimoniale, ma non fosse poi capace, dal punto di vista pratico, di autorapportarsi in maniera responsabile al vissuto relazionale con il suo carico di obblighi e diritti.

Ecco che lentamente si scorge quel cambiamento di prospettiva sopra accennato: l'esame della nullità del vincolo per difetto di discrezione di giudizio si svincola vieppiù dalla constatazione della malattia mentale o del disturbo di personalità grave, conclarnato e tipico per lasciar spazio a tutta quella serie di disagi o disturbi della personalità che incidono in maniera meno destrutturante sulle facoltà mentali dell'individuo e purtuttavia gli impediscono di calarsi con un'adeguata consapevolezza all'interno del rapporto interpersonale, nella prospettiva di un suo perpetuo svolgersi.

Procedendo ulteriormente su questa linea argomentativa emerge con evidenza come la rilevanza del problema si stia progressivamente spostando dalla ricerca della causa alla constatazione dell'effetto. Difatti, a fronte di un'inadeguata strutturazione del giudizio o della deliberazione, non appare più così significativo risalire a determinarne con esattezza la causa. Tale impostazione appare, peraltro, condivisibile[63] ove si ponga mente ad es. alla difficoltà di reperire validi strumenti valutativi della maturità affettiva di un individuo, ogniqualvolta la disarmonia affettiva sia l'unico sintomo di per sè non ricollegabile, o almeno non direttamente, ai disturbi tipici delle strutture psicotiche o nevrotiche di personalità[64].

---

62. Cfr.una *c.*ANNÈ, 22.3.1975, in S.R.R.Dec., vol. LXVII, p. 183, n. 2; una *c.*PINTO, 23.11.1979, ivi, vol. LXXI, p. 476, n. 3. Ciò comporta inoltre, come è stato giustamente osservato, che l'esame intorno alla *discretio* iudicii in quanto indagine intorno alla formazione del giudizio e della scelta, non è tanto un'indagine sul passato ma piuttosto un'indagine che riguarda il presente nella sua tensione verso il futuro. O. FUMAGALLI CARULLI, Intelletto e volontà... cit., p. 316.

63. Anche se di fatto non è stata considerata tale, particolarmente dalla giurisprudenza, a cagione della notevole apertura che avrebbe comportato; sono state avanzate, infatti, da più parti critiche e obiezioni delle quali è testimone la "querelle" fra i giudici rotali riportata in E.COLAGIOVANNI, *Immaturità...* cit., p. 354; J.M. PINTO, *L'immaturità* affettiva *nella* giurisprudenza ratale, in *L'immaturità psi*co-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana, Città del Vaticano, 1990, p. 43.

64. Come rileva un Autore è, per il perito, assai arduo soddisfare, attraverso le proprie conoscenze tecniche, quelle esigenze di certezza così marcatamente avver-

In buona sostanza, può trattarsi, in talune ipotesi, di un disagio o di una disfunzione che lascia perfettamente integre le capacità psichiche, ma non consente una maturazione affettiva adeguata ai contenuti del rapporto matrimoniale[65].

Se si tiene conto che l'affetto (che è concetto eminentemente psicoanalitico), indica sostanzialmente l'espressione qualitativa della quantità di energia pulsionale sempre legata ad una rappresentazione[66], l'affettività può essere definita, in termini generali, come la sfera dei sentimenti e delle emozioni che interagisce con la sfera motoria e con quella intellettiva da cui si distingue solo astrattamente[67]. Non si è, tuttavia, ancora dato un soddisfacente inquadramento del concetto, se non si precisa che per emozione si deve intendere la reazione affettiva intensa con insorgenza acuta e di breve durata determinata da uno stimolo ambientale[68], mentre i sentimenti sono rappresentati da risonanze affettive seppure meno intense delle passioni e più durature delle emozioni con cui il soggetto vive i propri stati soggettivi e gli aspetti del mondo esterno[69].

A conclusione delle considerazioni relative all'estensione delle cause di mancanza di sufficiente discrezione di giudizio ai disturbi di quelle compli-

---

tite dai giudici ecclesiastici: «Invero viene spesso proposto ai periti psichiatrici o psicologi dai Tribunali Ecclesiastici ...di rispondere esplicitamente se un determinato soggetto abbia espresso un consenso matrimoniale invalido ob *incapacitem psycologicam* praestandi *consensum conscium* atque *consultum*; come se questa *incapacitas* psycologica costituisse un'autonoma forma morbosa della sfera psichica».

«Orbene ... a parte la dubbia possibilità che un consulente psichiatra o psicologo risponda a domande sulla nullità di un determinato matrimonio, o sulla validità di un consenso ... è chiaro che i quesiti espressi come copra (ed è la pratica prevalente) potrebbero avere una migliore eformulazione in una forma del genere: quali erano le condizioni psicologiche o psicopatologiche del soggetto o di entrambi i partners del matrimonio in discussione all'epoca o all'atto dell'espressione del consenso, e se tali condizioni fossero così compromesse da pregiudicare la validità dell'atto della volontà espresso con il consenso pronunziato». Così D. De Caro, La cosiddetta «incapacità psicologica» in riferimento alla validità del consenso matrimoniale secondo il diritto canonico, in Monitor *Ecclesiasticus*, 1983, p. 222.

65. La giurisprudenza in materia è copiosissima ed in tempi più recenti è ulteriormente aumentata. Si vedano, solo a titolo di esempio, tra le molte: una *c.*LEFEBVRE, 31.1.1976, in S.R.R.Dec., vol. LXVIII, p. 39, n. 3; una *c.*ANNÈ, 26.4.1977, ivi, vol. LXIX, p. 213, n. 3; una *c.*SERRANO-RUIZ, 18.11.1977, ivi, p. 459, n. 3; una *c.*PALAZZINI, 11.1.1978, ivi, vol. LXX, p. 3, n. 3: una *c.*RAGNI, 15.1.1985, ivi, vol. LXXVII, p. 33, n. 2; una *c.*STANKIEWICZ, 11.7.1985, vol. LXXVII, p. 355, n. 4,

66. U. GALIMBERTI, v. Affetto, Dizionario di psicologia, Torino 1992, p. 13.

67. U. GALIMBERTI, v. Affettività, op. cit., p. 12. In giurisprudenza, per una definizione del concetto si vedano: una *c.*CORSO, 14.3.1990, in S.R.R.Dec., vol. LXXXII, p. 203, n. 4; una *c.*BRUNO, 30.3.1990, ivi, vol. LXXXII, p. 253, n. 3, e nello stesso volume, una *c.*CIVILI, 10.7.1990, p. 597, n. 4; una *c.*BOCCAFOLA, 12.7.1990, ivi, p. 607, n. 5; una *c.*STANKIEWICZ, 30.10.1990, p. 754, n. 3; una *c.*RAGNI, 16.7.1991, ivi, vol. LXXXIII, p. 450, n. 4.

68. U. GALIMBERTI, v. Emozione, op. cit., p. 332.

69. Cfr. ancora U. GALIMBERTI, v. Sentimenti, op. cit., p. 866.

cate interdipendenze e sinergie che abbiamo visto costituire la sfera dell'affettività, non può non osservarsi come il requisito della maturità – inizialmente usato dalla giurisprudenza per qualificare l'attività intellettivo-cognitiva, la *maturitas iudicii* – sia stato rapportato, in maniera proporzionale ai contenuti dell'impegno matrimoniale, anche alla capacità volitiva.

In altri termini, la giurisprudenza, nel riconfermare la tradizionale dicotomia tra sfera intellettiva e sfera volitiva e nel proporzionare le relative capacità ai contenuti ed agli obblighi del vincolo coniugale attraverso il criterio della *maturitas,* ha esteso la rilevanza del *defectus* di sufficiente maturità, dall'ambito delle operazioni intellettivo-cognitive (la *rnaturitas cognitionis)* a quello delle operazioni deliberative (la *maturitas voluntatis).*

È così che, a fronte di un intelletto proporzionato alla realtà matrimoniale dovrà sussitere un atto volitivo altrettanto proporzionato: il che significa che non sarà sufficiente che il nubente decida spontaneamente se contrarre o meno il vincolo, ma occorrerà altresì che il processo di autodeterminazione che lo porta a compiere quella scelta, abbia raggiunto un livello di autonomia tale da importare una completa interiorizzazione [70] degli *iura et officia* promananti dal matrimonio.

5. – Una volta stabilita l'unità di misura valutativa della discrezione di giudizio necessaria, rimaneva insoluta una questione per molti aspetti strettamente legata alla natura tipica delle malattie mentali, ossia la loro discontinuità a cagione della quale, non di rado, nella psiche del paziente a momenti di profonda confusione, possono subentrare sorprendenti periodi di lucidità. Il problema era, in realtà, di notevole momento, in quanto occorreva determinare se, per l'espressione di un valido atto volitivo, fosse necessaria l'attualità dello stato di salute mentale nel momento della celebrazione del matrimonio o se, al contrario fosse da ritenersi sufficiente una abituale idoneità del nubente ad usare le proprie capacità psichiche [71].

---

70. U. GALIMBERTI, v. Maturità, *op.* cit., p. 568. L'Autore precisa che, mentre il compimento del processo di maturazione a livello psichico comporta una armonica coesistenza della componente emotiva e di quella cognitiva, la maturazione morale è connotata essenzialmente dal raggiungimento dell'autonomia per avvenuta interiorizzazione dell'obbligazione. Ogni deficienza o ritardo nei processi di integrazione dei vari tratti della personalità in ordine all'età cronologica decide il grado di immaturità, che può essere globale o relativa a uno degli aspetti che connotano la maturità complessiva.

71. Secondo la teoria che accoglie la possibilità di una discrezione di giudizio abituale sarebbe ammissibile riconoscere la validità del consenso espresso da chi non gode pienamente delle proprie facoltà psichiche, purchè, in un precedente momento di lucidità, il soggetto avesse manifestato consapevolmente l'intenzione di esprimere tale consenso. Questa impostazione, pur valida ed accettata in relazio-

La giurisprudenza rotale si è da sempre dimostrata particolarmente attenta al sottile nesso che lega tra loro episodi, anche molto lontani nel tempo, di turbamento psichico nella vita di un soggetto, accogliendo il criterio, pacifico in psichiatria, secondo il quale, anche per disturbi della personalità gravi o per vere e proprie patologie invalidanti, non possono assumersi schemi di valutazione rigidi e modelli di evoluzione fissi e precostituiti.

Difatti nelle decisioni, è frequente l'affermazione del principio che, forme di psicosi o di nevrosi o di diversi di turbamenti psichici menomanti le facoltà intellettive o volitive, non conclamate o non attuali al momento del sorgere del vincolo coniugale, possono comunque essere causa di un grave difetto di discrezione di giudizio[72].

A volte, le patologie psichiche, hanno periodi di latenza molto lunghi e nel contempo forniscono nella loro evoluzione segnali non sempre univocamente interpretabili e consentono momenti – soprattutto nelle fasi iniziali – di perfetta o piena *restituitio in integrum* del paziente[73]. Inoltre non si assiste sempre alla stessa evoluzione verso la cronicizzazione della malattia di mente, che anzi, in molti casi, continuerà a presentare periodi alternanti, nei quali, a vere e proprie *bouffees* seguiranno momenti, magari anche lunghi, di benessere. A ciò si deve aggiungere la crescente incidenza di quei disturbi della personalità che derivano dall'assunzione – fenomeno sempre in aumento – di sostanze tossiche quali droghe ed alcool e che portano, nel lungo periodo ad una grave o totale destrutturazione della personalità (come nel caso ad es. della psicosi alcoolica)[74]. Proprio l'estrema eterogeneità

---

ne ad altri sacramenti per il fine salvifico che ad essi è collegato (si vedano in relazione ai sacramenti del battesimo e della confermazione le considerazioni svolte da *E. CORECCO-L.* GEROSA, *Il diritto della Chiesa,* Milano, *1995,* pp. *125* ss., e pp. *135* ss.), non può certo essere accolta in ambito matrimoniale. La duplice natura sacramentale e negoziale del matrimonio, infatti, non consente di non tener in adeguato conto le capacità mentali dei nubenti. Inoltre non va dimenticato che proprio costoro sono i ministri del sacramento e ciò sembra rendere addirittura imprescindibile la necessità di una *discretio iudicii* attuale.

72. Molto chiaramente in una *c.*STANKIEWICZ, *19.12.1985,* in S.R.R.Dec., vol. *LXXVII,* p. *631,* n. *5* ss.; una *c.*RAGNI, 11.6.1991, *ivi,* vol. *LXXXIII,* p. *388,* n. 5.

73. C. FERRIO, Trattato di psichiatria clinica e forense, Roma, *1970,* I, p. *127.*

74. Molto interessante, a questo proposito, è la *c.*RAGNI del *11.6.1991* ... cit., loc. cit., ove si afferma: «*Absque dubio ex solidata experientia probati auctores retinent hodie usum diuturnum ac ingravescentem in dies substantiae alcoholicae, gignit in persona potatrice elementum veneficum, quod post plus minusve occultatam incubationem interiorem in subiecto atque absconditam propagationem psico-physicam, improviso suum occultationis statum rumpit ac, sicuti vulcanus Zabam seu saxa liquefacta, ruinam personae interne productam per abnormes multiformes manifestationes eructat exterius palam pandendo per easdem emptiones quibus modis et formis, seu et quantitate et qualitate quibus effectibus, in singulo individuo disgregatio psico-physica evaserit*».

dei casi sottoposti all'esame della giurisprudenza, ha evidenziato come, talora, i prodromi di un disagio conclamato allo stato attuale, potessero essere fatti risalire addietro nel tempo, addirittura – anche se in modo episodico – anteriormente alla celebrazione del matrimonio e come, dunque, anche il consenso espresso dal soggetto dovesse essere inserito nel contesto di una personalità già a quel tempo, pur se in modo non conclamato, minata alla sua base.

Un esempio paradigmatico – e sul quale la giurisprudenza si è molto impegnata – è costituito da quei momenti di *plena* o *semiplena restitutio in integrum* del soggetto affetto, in particolare, da sindrome dissociativa o da quella maniaco-depressiva (cd. problema dei lucidi intervalli). La questione non è di poco conto poichè si tratta di stabilire se il nubente possa o meno esprimere un consenso valido in un momento di remissione della malattia (o supposto tale) che – per quanto in modo transitorio – potrebbe essere, soprattutto all'insorgenza del disagio, ampiamente restitutivo delle facoltà intellettive e volitive. Ciò posto, fino a quale momento precedente al conclamarsi della malattia sarebbe possibile risalire?[75]

---

75. Quella dei cosidetti *dilucida intervalla* o intervalla insaniae è una questione sulla quale è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, non tanto perchè essa presenti una notevole importanza pratica – che al contrario il rilievo che essa riveste è assai limitato – quanto per le appassionate discussioni dottrinali e giurisprudenziali che, soprattutto in passato, ha ingenerato.

Com'è noto, la scienza psichiatrica intende il lucido intervallo come una sospensione completa, assodata e protratta per un certo tempo dalla malattia mentale, tale che il paziente si avvicina ad uno stato simile a quello della salute e ad una potenza fisiologica della capacità intellettivo-volitiva. Purtuttavia, mentre la medicina tradizionale ammetteva pacificamente l'esistenza ed il verificarsi nella pratica, di tali temporanei recuperi del benessere psichico – preoccupandosi, nel contempo, di distinguerli dagli stati di semplice *umbrata* quies – da tempo si è cominciato a dubitare della loro portata ed esistenza tanto che, secondo le più recenti acquisizioni, la psichiatria moderna, in primo luogo li esclude decisamente per determinate patologie mentali ed in secondo luogo, li avvicina maggiormente a momenti di latenza della patologia o, eventulmente di asintomaticità della stessa, riducendone, in tal modo, l'importanza pratica. In verità, proprio l'evoluzione della scienza medica, ha notevolmente influito sulla considerazione che la dottrina e la giurisprudenza canonica riservano, allo stato attuale, alla teoria dei lucidi intervalli. Infatti, com'è noto, l'impostazione tradizionale attribuendo rilevanza, ai fini della validità del vincolo coniugale, alla presenza di un sufficiente grado di discrezione di giudizio del nubente al momento della celebrazione del matrimonio – riteneva che, qualora il consenso fosse stato prestato in un periodo – pur se transitorio – di recupero delle facoltà mentali, avrebbe dovuto considerarsi valido. Nonostante per secoli dottrina e giurisprudenza si siano uniformate a tale impostazione, tanto che taluno ha potuto affermare che: «essa costituisce un vero e proprio jus *receptum*» (P.A. D'AVACK, Cause... cit., p. 165) rimanevano aperte numerose altre questioni (quali la certezza che il periodo di assenza di sintomi corrispondesse effettivamente ad un recupero delle facoltà mentali del nubente o che tale recupero fosse nella pratica sufficiente a fargli valutare gli obblighi ed i diritti derivanti dal matrimonio), di fatto destinate ad essere valutate – non senza difficoltà – dai periti psichiatri (si

La giurisprudenza, sulla base soprattutto delle recenti acquisizioni della scienza psichiatrica, appare sempre più orientata ad intravvedere un nesso di continuità[76] nell'evoluzione dei diversi disagi psichici e, per quanto riguarda, in particolare, i più invalidanti, a cercare attentamente i prodromi, anche se lontani nel tempo del disturbo di personalità[77].

In conclusione sembra potersi affermare che il nucleo centrale del problema deve essere spostato dall'attualità del disagio psichico nel momento della prestazione del consenso, all'attenta valutazione – da un lato – del-

---

vedano al riguardo, le considerazioni svolte da R.ZAVALLONI, La *libertà* personale... cit., p. 101 ss.). Allo stato attuale, la questione poterbbe in parte esser riproposta per quanto attiene al decorso di talune psicosi cosidette atipiche intermittenti – che vengono oggi osservate e diagnosticate con maggior frequenza rispetto al passato – e che presentano, relativamente alle classiche sindromi schizofrenica e ciclotimica, sul piano clinico un diverso criterio evolutivo *e* sul piano prognostico, una minor incidenza di esiti infausti. Al di là della assai varia denominazione con cui le diverse scuole psichiatriche usano definire tali patologie mentali (risulta peraltro irrisolto il problema se si tratti di entità nosologiche originali o se piuttosto esse siano da considerare forme differenziabili dalla schizofrenia e dalle ciclotimie solo dal punto di vista sintornatologico o prognostico), v'è da osservare che le psicosi cicloidi, con i loro periodi intervallari asintomatici, pongono seri problemi di valutazione per quanto concerne la validità del consenso prestato da chi ne è affetto.

Sotto questo profilo è stato osservato che, se non può dubitarsi che: «gli intervalli tra le fasi delle psicosi cicloidi possono comportare soltanto lievi segni morbosi o anche una *restitutio* ad *integrum* dello psichismo», tuttavia dovrà essere un'indagine condotta a tutto campo sulle esperienze vissute dal paziente in tale fase di remissione, ossia non «..la ricerca di segni empirici, bensì un'analisi esistenziale che consenta di far trasparire il mondo del soggetto» a permettere una corretta valutazione della portata della sua discrezione di giudizio. Cfr. G. ZUANAZZI, Consenso matrimoniale, schizofrenia e psicosi endogene atipiche, in Quaderni dello Studio Rotale, Roma, 1987, p. 114-118.

76. Come rileva il d'AVACK (Cause... cit., p. 156) di una presunzione di abitualità della malattia mentale – ben s'intende nella forma dell'*amentia* – aveva già parlato la canonistica classica e la giurisprudenza rotale la quale, in tempi più recenti, ha fatto leva su di un ulteriore juris *praesumptio,* ossia la continuità della patologia psichica, nel senso che, se questa «verrà accertata esistente in epoca anteriore alla cèlebrazione del...matrimonio essa dovrà presumersi tuttora sussistente nel momento successivo della celebrazione stessa, senza che occorra alcuna prova ulteriore del suo effettivo perdurare...» L'ovvia conseguenza di questo modo di procedere era, da un lato, l'impossibilità di presumere l'esistenza di un lucido intervallo, che, al contrario, andava sempre rigorosamente provato ed, in secondo luogo, l'indubbio valore del principio secondo il quale l'atto compiuto dall'*amens,* nel dubbio circa la sua validità, dovesse sempre essere ritenuto posto in *statu* insaniae.

Per la giurisprudenza rotale si vedano, fra le altre una *c.*GRAZIOLI, 24.4.1931, in S.R.R.Dec., vol. XXIII, p. 153, n. 8; una c.MANNUCCI, 8.8.1931, ivi, p. 373, n. 3; una *c.*QUATTROCOLO, 17.11.1932, ivi, vol. XXIV, p. 446, n. 3. Nello stesso senso, in dottrina si veda anche il GASPARRI, op. cit., II, p. 884.

77. Si vedano per es. una *c.*PINTO, 12.10.1979, in S.R.R.Dec., vol. LXXI, p. 441-445, nn. 3-14, in particolare nn. 3-7; una *c.*STANKIEWICZ, 19.12.1985, cit., p. 631, n. 5; una *c.*RAGNI, 11.6.1991, cit., p. 388, n. 5. In dottrina si vedano E. COLAGIOVANNI, *Lack of* discretion... cit., p. 72 ss.; A. MENDOCA, The effects... *cit.,* p. 253 ss.

l'eziologia, dell'evoluzione, della prognosi relativa alla causa del defectus discretionis iudicii, e – dall'altro – sulla severità e sul grado di destrutturazione della personalità che il disturbo psichico comporta nel caso concreto.

Non è chi non veda, a questo punto, come il discorso si riconnetta strettamente ad un ulteriore criterio di valutazione del difetto di discrezione, e precisamente a quello della sua gravità, che – se esaminato sotto il profilo della importanza degli effetti devastanti che la malattia mentale può avere sulle facoltà psichiche e sulla personalità – più di ogni altro può aiutare a percepire esattamente il grado di capacità di cui il nubente godeva in precedenza e precisamente al momento della celebrazione del matrimonio.

6. – Si tratta, dunque di soffermare l'attenzione sull'aggettivo con cui il legislatore ha ritenuto opportuno qualificare il defectus discretionis iudicii, Non può, difatti, sfuggire l'importanza della ratio che la disposizione normativa evidenzia nel richiedere che la mancanza di giudizio maturo e proporzionato destinata ad inficiare il consenso matrimoniale, sia non una qualsiasi carenza, bensì rivesta un carattere di severità tale, da poter essere definita grave. Di non immediata evidenza, tuttavia, risulta la specificazione della portata di tale requisito – di per sè piuttosto generico – e soprattutto la sua misura di relazione ai parametri dell'istituto matrimoniale unitamente a quelli di un equilibrato funzionamento delle facoltà mentali che si son viste presiedere il processo che porta alla sua costituzione[78]. Non parrebbe del tutto privo di significato, considerare il concetto di gravità del difetto di discrezione, in relazione alla gravità della malattia mentale, ossia in relazione al grado di severità dei sintomi che la corredano e della prognosi infausta che la accompagna. Infatti ad una massiva destrutturazione della personalità, ad una grave compromissione delle capacità mentali, non può sopravvivere una discrezione di giudizio proporzionata ai contenuti dell'istituto matri-

78. Difatti, come è stato più volte ribadito, la discrezione di giudizio si rapporta al peculiare istituto del matrimonio, ove la sinergia della capacità intellettiva e volitiva deve necessariamente rivolgersi all'essenza del vincolo coniugale. Com'è ovvio – accettando la convenzionale suddivisione che delle facoltà mentali è stata operata – l'unità di misura della valutazione dell'adeguatezza della personalità psichica alla costituzione del vincolo, è in parte integrata dalla oggettiva possibilità di conoscenza dell'essenza – e quindi dell'oggetto – dello stesso, in parte dalla efficacia dell'intervento del giudizio critico che consenta un reale apprezzamento dei suoi contenuti e, da ultimo, dalla integrità e libertà dell'elezione che pone in rapporto l'uomo con i suoi valori e gli scopi che si è prefisso. Ecco, dunque che si focalizza il nucleo centrale del problema sotteso al concetto di gravità del difetto di discrezione: quale tipo di carenza o meglio, quali patologie causative di tale carenza sono destinate a rientrare nella previsione del can. 1095 n. 2 ?

moniale[79]. D'altro canto, nell'ambito delle vere patologie psichiche – una volta che vengano diagnosticate e siano conclamate – si può raggiungere con relativa tranquillità una certezza di invalidità del consenso prestato dal paziente, anche se la condizione mentale pregressa non fosse stata così invalidante[80].

Ben diverso è il problema – e conseguentemente meno calzante il parametro valutativo – ogni qualvolta ci si allontani dalle descrizioni contenute nella letteratura psichiatrica (ossia dalla tipicità dei sintomi e dei decorsi delle psicosi classiche) e dalle rassicurazioni – pur se parziali, come sempre in questo campo – che può fornire l'osservazione clinica dei sintomi,

---

79. Ci si muoverebbe, cioè, nell'ambito delle vere e proprie patologie psichiche, conclamate o destinate a conclamarsi e a cronicizzare con un decorso perloppiù infausto per il paziente. Apparterrebbero a questa categoria, accanto alle psicosi dell'encefalo in evoluzione – che sono caratterizzate dalla scarsezza del patrimonio mentale fin dalla nascita o dalle prime tappe dell'età evolutiva come nei casi di frenastenia, di idiozia, di imbecillità e di cretinismo – le psicosi dell'encefalo in involuzione, nelle quali si annoverano tutte quelle forme di disordine mentale che compaiono con l'inesorabile declinare dell'età (come nei casi di demenza senile, arteriosclerotica e presenile), le psicosi tossiche, le psicosi infettive acute e subacute e quelle croniche, le psicosi distimiche, la schizpfrenia, le psicosi epilettiche, quelle reattive, la paranoia e le sindromi paranoidi. È ben noto come ogni classificazione in psichiatria sia suscettibile di critica e di revisione e quanto frequenti siano le variazioni degli aggruppamenti proposti dalle diverse scuole; in questa sede, lungi da qualsiasi pretesa di esaustività o di completezza dal punto di vista scientifico, sembra tuttavia opportuno ribadire la fondamentale distinzione accolta dalla maggior parte degli orientamenti psichiatrici, tra vere e proprie malattie mentali e psicopatologie, le quali ultime determinano le personalità cosìdette psicopatiche, che pur non essendo «normali»non hanno, tuttavia, molte delle caratteristiche della prima categoria.

80. Non difettano, certo, esempi – ed anzi sono numerosi – nella giurisprudenza, di sentenze affermative della invalidità del matrimonio contratto dal soggetto psicotico (è bene tuttavia precisare che si tratta solitamente di psicosi classiche quali la schizofrenia, la psicosi ciclotimica, quella epilettica e la paranoia), proprio per la riconosciuta mancanza della necessaria discrezione di giudizio. Infatti, nonostante il giudizio sulla gravità del defectus rapportato all'istituto del matrimonio sia sempre devoluta, ed in via esclusiva, al giudice, purtuttavia, egli, di fronte ad una malattia mentale, diagnosticata e conclamata, può, lecitamente presumere di trovarsi di fronte ad una personalità talmente scissa e disturbata, da non poter godere della capacità di consentire validamente al matrimonio. Esempi, perloppiù recenti, di siffatta giurisprudenza sono rappresentati da: una *c.*DI FELICE, 13.11.1976, in S.R.R.Dec., vol. LXVIII, p. 423, n. 2; una *c.*BRUNO, 24.11.1976, ivi, vol. LXVIII, p. 450, n. 3 ss.; una *c.*HUOT, 2.3.1978, ivi, vol. LXX, p. 121, n. 3 ss.; una *c.*MASALA, 10.5.1978, in S.R.R.Dec., vol. LXX, p. 279, n. 2 ss.; una *c.*BRUNO, 30.11.1979, ivi, vol. LXXI, p. 497, n. 3 ss.; una *c.*EGAN, 20.1.1983, ivi, vol. LXXV, p. 15, n. 2 ss.; una *c.*BRUNO, 21.7.1983, ivi, vol. LXXV, p. 474, n. 3 ss.; una *c.*DI FELICE, 14.5.1984, *ivi*, vol. LXXVI, p. 280, n. 3 ss.; una *c.*FIORE, 20.10.1984, ivi, vol. LXXVI, p. 542, n. 3 ss.; una *c.*BOCCAFOLA, 20.4.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 297, n. 3 ss.; una c. DORAN, 6.7.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 493, n. 3 ss.; una *c.* JARAWAN, 4.4.1990, ivi, vol. LXXXII, p. 291, n. 3 ss.

per addentrarsi in quel mondo senza confini, costellato dai più diversi, eterogenei ed atipici disagi psichici e disturbi della personalità[81].

Basti pensare che in ogni ambito della psichiatria clinica esistono casi che, per un aspetto o per un altro, si pongono, per così dire, a margine della sindrome di supposta appartenenza. Soprattutto in passato, si è parlato di *forme intermedie* o di psicosi atipiche – specie per alcune confluenze sintomatologiche e nosodromiche di tipo schizo-affettivo – di pseudo psicopatie o di pseudo nevrosi – ciò a seconda dei momenti di osservazione clinica – con conclusioni diagnostiche non solo differenti ma spesso contrastanti[82]. Un primo problema ai fini della individuazione della incisività dell'influenza del disagio psichico sulla possibilità del soggetto di esprimere un valido consenso matrimoniale, è rappresentato da questa categoria di disturbi della personalità assai vicina (e pur diversa) a (da) quella delle psicosi classiche e costituita da forme assai disparate di psicosi atipiche, di psicosi marginali, di melanconie pseudonevrotiche, di depressioni latenti, di

---

81. In quest'ambito, la stessa scienza psichiatrica si muove in assenza di certezze assolute, tanto che si può osservare come l'individuazione di taluni disturbi della personalità, il loro inquadramento nosologico e addirittura quello terapeutico, vengano fortemente condizionati dalla scuola psichiatrica di appartenenza. Data l'oggettiva impossibilità, in questa sede – e per ragioni di spazio e per la tecnicità della materia – di approfondire in maniera adeguata i diversi orientamenti, si farà riferimento a categorie molto generali, secondo le classificazioni operate dal Manuale Diagnostico Statistico dell'American Psychiatric Association (DSM-III, ora DSM-IV).

82. Uno dei campi più ricchi di questi rebus clinici, è quello delle schizofrenie. Qui la marginalità, specie negli ultimi decenni, è così diffusa che il termine *borderline* viene ormai abitualmente rapportato alla schizofrenia e alla sua problematica clinica e psicopatologica. Così B.CALLIERI, Psicopatologia e nosologia del paziente borderline con particolare riferimento al consenso *matrimoniale* in Annali di dottrina e giurisprudenza canonica, Roma, 1981, pp. 3 ss. In ogni caso non può negarsi, che la definizione del paziente borderline (che per il DSM-III rientra nella categoria dei soggetti psicopatici, potendo la sua struttura di personalità essere a margine di qualunque tipo di psicosi) è stata laboriosa e molto discussa e se oggi si è raggiunto un notevole consenso per quanto riguarda la descrizione sintomatologica, rimane ancora del tutto aperta la questione se questi pazienti costituiscano una categoria diagnostica autonoma, da non rapportarsi alla schizofrenia o ad altra categoria diagnostica, o se, al contrario, rappresentino un sottogruppo delle schizofrenie. Ciò che, tuttavia, preme rilevare, è come l'incidenza di questo disturbo della personalità sia, negli ultimi tempi, sempre più in aumento, non solo all'osservazione clinica bensì anche nella pratica dei Tribunali Ecclesiastici, con tutta la problematica che esso comporta in relazione all'inquadramento, alla definizione, al decorso ed alla relativa gravità, aspetti che sono destinati ad incidere notevolmente sulla valutazione dell'assenza di una sufficiente discrezione di giudizio nella personalità del nubente. Una decisione di notevole momento in materia – in quanto ricchissima di approfondimenti anche sotto il profilo psicopatologico – è rappresentata dalla *c.*PINTO, 18.12.1979, in S.R.R.Dec., vol. LXXI, p. 587, n. 3. Si vedano anche la *c.*POMPEDDA, 4.12.1984, *ivi*, vol. LXXVI, p. 573, n, 3; la *c.*BOCCAFOLA, 27.2.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 158, n. 9 ss.

psicosi miste, relativamente alle quali, per certo, non è sufficiente un inquadramento diagnostico, nè un'analisi delle manifestazioni sintomatologiche, data l'imprevedibilità del loro decorso, l'incertezza della prognosi e la presenza di periodi intercritici – a volte anche frequenti e numerosi – che consentono un recupero, anche totale, delle facoltà mentali del soggetto[83].

Del pari, non può darsi alcuna automatica sovrapposizione tra patologia ed invalidità del vincolo coniugale in quella serie – per altro molto vasta – di disagi mentali e caratteriali rappresentata dalle nevrosi e dalle personalità abnormi[84]. Per quanto riguarda le prime, e prescindendo qui dai diversi e possibili approcci clinici, tentativi descrittivi o teorizzazioni sulla personalità[85], non è dubbio possa loro essere attribuita una nota di morbosità (com'è stato opportunamente rilevato il non qualificarla *mentale* sembra piuttosto una questione terminologica ancorata ad una vecchia concezione del morbo psichico[86]), che tuttavia – stante la corretta percezione della realtà, l'integrità dei processi intellettivi e la chiara percezione del meccanismo nevrotico come «altro da sè» (ego-distonico) – tende ad inficiare perloppiù il libero funzionamento dell'intelletto deliberante a causa dei

---

83. G.F. ZUANAZZI, Il dialogo... cit., p. 48-49, nt. 18.

84. È corretto parlare, di abnormità della personalità, solo chiarendo che s'intende, in questa sede, far riferimento alle psicopatie – o personalità psicopatiche – pur riconoscendo «che non tutte le personalità abnormi, considerate in senso regressivo o degenerativo, si identificano con le personalità psicopatiche...giacchè le personalità psicopatiche costituiscono per così dire un sottogruppo nella categoria delle personalità abnormi». Così P. MANUNZA, *Manuale* di psicopatologia forense, IIa ed., Napoli, 1973, p. 222,

85. E bene peraltro ricordare che nella terza – ed attualmente quarta – edizione del Manuale diagnostico statistico dell'American Psychiatric Association (DSM-111), non compaiono più, come categorie diagnostiche nè le psiconevrosi nè le nevrosi, ma si parla, invece, di «disturbi con presenza di ansia» «disturbi in forma somatica...» Il non utilizzo della categoria diagnostica delle nevrosi suscitò molto scontento soprattutto fra gli psichiatri statunitensi – in particolar modo tra quelli di orientamento psicoanalitico – cosicchè venne introdotta la distinzione tra «*neurotic disorders*» e «*neurotic process*», limitandola tuttavia al solo significato descrittivo senza riferimento alcuno al processo etiologico del disturbo (al quale ancora faceva riferimento il DSM-II sulla scorta dell'insegnamento freudiano). Ecco, dunque che il «*neurotic process*» indica «a specific etiological process involving the following sequence: unconscious conflicts between opposing wishes or between wishes and prohibitions, which causes unconscious perception of anticipated danger or dysphoria, wich leads to use of defence mechanism that resultin either syrnptoms, personality disturbance or both», mentre il «*neurotic disorder*» indica «a mental disorder in which the predominant disturbance is a syrnptom or group of symptoms that is distressing to the individua1 and is recognised by him or her as unacceptable and alien (ego-dystonic); reality testing is grossly intact; behaviour does not actively violate gross social norms (although functioning may be markedly impaired); the disturbance is relatively enduring or recurrent without treatment and is not Iirnited to a transitory reaction to stressors; and there is not demonstrable organic etiology or factor». In DSM-III,9-10.

86. Così M.F. POMPEDDA, Progetto e tendenze attuali... cit., p. 136.

conflitti intrapsichici, molto spesso inconsci, che possono turbare, spesso anche gravemente l'equilibrio interno del nevrotico e, conseguentemente, la sua capacità elettiva, la sua condotta e le sue relazioni interpersonali.

In quest'ultima ipotesi, quindi, ancor più chiaramente che in quella precedente delle cd. «psicosi atipiche», ci si troverebbe di fronte a disordini psichici che, pur essendo meno invalidanti delle psicosi classiche e per certo meno destrutturanti – in una parola, meno gravi sotto il profilo qualitativo – tuttavia possono inibire notevolmente la necessaria discrezione di giudizio, richiesta per contrarre un valido matrimonio[87].

In effetti, proprio alla luce di queste considerazioni, pare doversi rivisitare il requisito della «gravità» del difetto di capacità a consentire, o meglio i suoi parametri relazionali e valutativi, agganciandoli, non tanto alla severità del *tipo* di disturbo psichico o alla sua categoria nosologica (paghi di una non sempre possibile equazione: malattia mèntale = psicosi = invalidità del vincolo), quanto piuttosto avendo ben presente che ogni disturbo della personalità, comportando una differente compromissione dei diversi aspetti che inscindibilmente compongono la realtà psichica dell'uomo, una eterogenea sintomatologia ed una peculiare potenzialità destrutturante, può inficiare – a seconda di come si presenta e della intensità con cui spiega i suoi effetti – in maniera minima o in massima misura la capacità del soggetto.

In altri termini, la precisazione diagnostica pur senza dubbio preziosa – in quanto consente un maggior chiarimento differenziale tra le sindromi psicotiche (soprattutto schizofreniche anche in fase difettuale) e quelle nevrotiche da un lato e personalità psicopatiche dall'altro – non è tuttavia determinante: in realtà il criterio della *gravitas* voluto dal legislatore, deve vedersi garantita una «mobilità» per così dire, tanto verticale quanto orizzontale nell'ambito, vasto quanto evanescente, dei disagi mentali.

Quest'ordine di considerazioni trovano, peraltro, un'ulteriore conferma proprio qualora si passi a considerare l'ultima, amplissima categoria delle anomalie mentali: quella delle psicopatie (soprattutto schizofreniche anche in fase difettuale). Infatti, dopo essere stato per lunghissimo tempo «the

87. In effetti sono numerosissimi, in giurisprudenza, gli esempi di sentenze che hanno riconosciuto la nullità di un vincolo matrimoniale a causa di un grave turbamento nevrotico, impeditivo della capacità critica o della libertà di scelta. Fra le molte si vedano: una *c.* EGAN, 25.10.1979, in S.R.R.Dec., vol. LXXI, p. 454, n. 2 ss.; una *c.* PINTO, 12.10.1979, ivi, p. 441, n. 3 ss.; una *c.* STANKIEWICZ, 11.3.1980, ivi, vol. LXXII, p. 167, n. 4 ss.; una *c.* DE LANVERSIN, 19.11.1983, *ivi*, vol. LXXV, p. 634, n. 3 ss.; una *c.* PALESTRO, 25.5.1988, ivi, vol. LXXX, p, 337, n. 3 ss.; una *c.* STANKIEWICZ, 23.2.1990, ivi, vol. LXXXI, p. 381, n. 3 ss.; una *c.* BOCCAFOLA, 27.2.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 158, n. 3 ss.; una *c.* BRUNO, 20.7.1990, ivi, vol. LXXXI, p. 660, n. 4 ss.; una *c.* SERRANO RUIZ, 1.7.1990, *ivi*, vol. LXXXI, p. 449, n. 3 ss.

forgotten man of psychiatry»[88], lo psicopatico, o meglio, la personalità psicopatica[gg] ha acquisito un rilievo ed uno spazio di considerazione eccezio-

---

88. H.M.CLECKLEY, The mask of sanity. An attempt to clarify some issues about the so- called psycopathic personality, IV ed., St. Louis, 1964, p. 33.

89. I1 concetto di psicopatologia, dopo molte incertezze non ancora univocamente risolte, sembra potersi assimilare a quello schneideriano per il quale sono da isolarsi, in seno alle personalità abnormi, «come personalità psicopatiche, quelle che per la loro abnormità soffrono o fanno soffrire la società». Così K.SCHNEIDER, Psicopatologia clinica, III ed., Roma 1983, p. 38. Con questa definizione può compararsi, come esempio significativo, quella del DSM-III (ed ancor prima quella del ICD-9), secondo il quale, pure, il disagio soggettivo e sociale appare essere l'elemento caratterizzante. Per quanto concerne poi, la tipologia, ossia la divisione in classi diagnostiche, la situazione non è così pacifica tra gli appartenenti alle diverse scuole psichiatriche; in questa sede ci si limita – come premesso – a fare riferimento alla suddivisione operata dal DSM-III (pp. 305-330), che, dopo aver precisato che «many individuals exhibit features that are not limited to a single personality disorder» individua sostanzialmente tre gruppi (cluster): il primo contiene i disordini denominati «paranoid, schizoid, schizotypal», il secondo quelli definiti «hystrionic, narcisistic, antisocial, borderline», il terzo quelli aavoidant, dependent, compulsive, passive-aggressive». Una categoria residuale contiene quelli designati come «atypical, mixed, other». Per l'aspetto che qui interessa, è opportuno precisare che vi è un problema di costituzionalità di questi disordini di personalità: si ipotizza, difatti, l'inflenza determinante di fattori genetici, di costituzione corporea, ambientali, culturali ed inerenti allo sviluppo individuale, che aiuterebbe a spiegare la qualifica di (;costituzionale»o «congenita»normalmente attribuita alla personalità psicopatica. E intuitiva la rilevanza di questa questione in campo giuridico: la diagnosi di una condizione di psicopatia del soggetto in un certo momento della sua vita, implicherebbe l'esistenza della stessa struttura basale di personalità – pur se manifestata diversamente o diversamente compensata –in tempi pregressi ovvero successivi. Difatti, in accordo con le più attuali posizioni in campo psichiatrico, il concetto di costituzionalità della personalità psicopatica presupporrebbe non solo una stereotipia ed un maladattamento della risposta individuale, ma anche una chiara stabilità e tendenziale permanenza della situazione (cfr.DSM-III, p. 305). Proprio queste ultime considerazioni, sulla costituzionalità e stabilità della struttura basale della personalità psicopatica, suggeriscono di ricomprendere in questa vastissima categoria anche la cd. immaturità psico-affettiva, che così ampia risonanza ha trovato, in questi ultimi anni, nelle decisioni della giurisprudenza rotale. Al di là delle controversie che l'affermarsi di questa categoria ha suscitato (alla fine dell'anno 1971, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, in un documento diretto all'episcopato olandese denuncia come abuso il frequente ricorso, fatto dai tribunali di quel paese assieme agli Stati Uniti d'America, alla formula dell'immaturità psicologica al fine della dichiarazione di nullità del matrimonio) – e continua a suscitare – e prescindendo da qualsiasi definizione, che ci orienterebbe necessariamente in un senso o nell'altro, è bene qui precisare che l'immaturità psico-affettiva non gode, in ambito psichiatrico di una dignità autonoma nè viene inquadrata come un'entità nosologica. Trattandosi, in effetti, di una stutturazione difettuale di diversi aspetti della personalità, si ritiene che, a seconda delle sue modalità espressive o delle funzionalità colpite, possa essere fatta rientrare in una o piuttosto in un'altra delle classificazioni delle psicopatie. È bene, tuttavia rilevare che, superata la diffidenza iniziale dovuta alla pericolosità della definizione del termine, l'immaturità (intesa prevalentemente come turbamento o inadeguata evoluzione degli istinti, degli affet-

nali, anche per quanto concerne i riflessi giurisprudenziali in relazione all'applicazione del can. 1095 n. 2.

In relazione a questi casi, difatti, si può individuare un'insufficienza del *defectus discretionis iudicii* – probabile soprattutto nei periodi peggiorativi o reattivi e frequente, in particolar modo, ove la decisione matrimoniale sia stata del tipo «a corto circuito» – fermo restando che anche in relazione alle psicopatie, non è sufficiente pervenire alla diagnosi clinica, ma, al contrario, è necessario precisarne il *quanturn*, ossia individuare l'esatta portata delle sollecitazioni patogenetiche relazionali[90].

Tutto ciò riconosce come logica conseguenza l'impossibilità di inquadrare la psicopatia come un'entità nosologica fissa e codificata, una malattia in senso proprio; si tratta invece di un'alterazione dei dinamismi psicologici che può variare moltissimo da caso a caso.

Dunque, così come la diagnosi clinica va assolutamente «individualizzata» – valutata cioè nella singola esistenza, nel *mondo* e nella *storia* dell'individuo – allo stesso modo la valutazione della gravità del difetto di discrezione di giudizio al momento della celebrazione del matrimonio va agganciata saldamente alla fattispecie concreta, o, per meglio dire, alla vicenda umana.

---

ti, dei sentimenti e dell'emotività destinati ad incidere prevalentemente sulla sfera della volontà) è stata sovente riconosciuta dalla giurisprudenza – anche rotale – quale causa di difetto grave della capacità critica o deliberativa. Possono essere esempi dell'orientamento giurisprudenziale le decisioni *c.*DI FELICE, 27.10.1973, in S.R.R.Dec., vol. LXV, p. 705, n. 2; *c.*STANKIEWICZ, 31.5.1979, in *Ephemerides* iuris canonici, 1980, pp. 137-138; *c.eodem* Ponente, 10.12.1979, ivi, 1979, p. 397; *c.*EGAN, 19.5.1983, in S.R.R.Dec., vol. LXXV, p. 302, n. 5; *c.*EGAN, 19.5.1983, ivi, vol. LXXV, p. 302, n. 4; c.HUOT, 18.7.1983, ivi, p. 441, n, 4; c.AUGUSTONI, 5.7.1983, ivi, p. 380, n. 3; c.COLAGIOVANNI, 22.11.1983, *ivi*, p. 655, n. 3; *c.eodem* Ponente, 20.7.1984, ivi, vol. LXXVI, p. 488, n. 7; *c.*JARAWAN, 26.10.1984, ivi, p. 557, n. 4; *c.eodem* Ponente, 19.6.1984, ivi, p. 378, n. 16; *c.*AUGUSTONI, 4.12.1984, ivi, p. 578, n. 2; *c.*STANKIEWICZ, 11.7.1985, ivi, vol. LXXVII, p. 355, n. 4; *c.*COLAGIOVANNI, 20.7.1985, ivi, p. 388, n. 4; *c.eodem* Ponente, 5.11.1985, *ivi*, p. 475, n. 13; *c.eodem* Ponente, 11.12.1985, ivi, p. 570, n. 5; *c.*FALTIN, 11.11.1988, ivi, vol. LXXX, p. 623, n. 10; *c.*BRUNO, 16.12.1988, ivi, p. 745, n. 3; *c.*PALESTRO, 28.6.1989, ivi, vol. LXXXI, p. 451, n. 7; *c.*FALTIN, 21.10.1989, ivi, p. 613, n. 10; *c.*RAGNI, 16.7.1991, ivi, vol. LXXXIII p. 450, n. 4.

90. Difatti, mentre per quanto riguarda le psicosi – come s'è detto – il problema è del tipo aut-aut, per le personalità psicopatiche, il problema è del tipo *quantum-quantum*. Nel primo caso, cioè, la dimostrazione della presenza di un quadro francamente psicotico «è qualcosa che conta per sè, perchè si tratta di malattia, con i suoi alti e bassi, i suoi compensi e le sue acuzie, l'avvicendarsi di remissioni e ricadute, oppure con un difetto stabile o un lento deteriorarsi», nel secondo caso, invece «si tratta di organizzazioni della personalità, anche risalenti ad epoca precoce, cioè di strutturazione dei rapporti interpersonali, in senso più o meno deficitario, disarmonico, conflittuale. Il disturbo va quindi valutato nel suo *quantum* perchè è da questo, che in ultima analisi, dipende il giudizio sulla capacità a contrarre matrimonio)). B. CALLIERI, *Psicopatologia* e *nosologia*... cit., p. 30.

Una chiara applicazione di questi principi in giurisprudenza è fornita dalla sentenza *c.*PINTO, 18.12.1979... cit., p. 587, n. 3.

Non è da escludere, infatti, che per taluni soggetti psicopatici non si possa giungere ad una certezza di incapacità al matrimonio; molti però sono i casi che, accuratamente valutati in sede peritale, daranno luogo a ineccepibili giudizi di incapacità, ove il giudice sappia cogliere la dimensione psicopatologica di questa realtà umana, carente dei presupposti psicologici.. necessari per il valido instaurarsi della *intima communitas vitae et amoris coniugalis*[91].

A conclusione di questa doverosa – seppur estremamente sintetica – disamina dei disturbi di personalità che frequentemente vengono sottoposti all'esame della giurisprudenza ecclesiastica in materia di *defectus discretionis iudicii,* non può non rilevarsi come il requisito della gravità di tale *defectus* possa caratterizzare – secondo diverse graduazioni – ciascuna delle anomalie che affliggono la psiche umana, senza che l'esistenza – anche certa – di alcuna di quelle patologie sia di per sè significativa ai fini dell'accertamento della *gravitas* della mancanza della necessaria maturità di giudizio.

Nell'impossibilità di individuare sicuri criteri guida, per stabilire in via generale quali disturbi della personalità privino – per la loro gravità – il nubente della necessaria capacità intellettiva o di una fisiologica facoltà critica oppure, ancora, possano minare alla base i processi che sostengono la sua libertà di elezione, non potrà che farsi ricorso, caso per caso, all'inquadramento qualitativo del disagio psichico, immediatamente precisato e completato dal suo spessore quantitativo.

In altri termini, all'orientamento diagnostico, associato ad un attento esame anamnestico, deve essere affiancata l'analisi del mondo psichico dell'individuo, che aiuti ad inquadrarlo nella sua storia di vita e nella realtà dei suoi rapporti interpersonali, nel suo inserimento – armonico o stonato –

---

91. B. CALLIERI, *Psicopatologia* e *nosologia*... cit., loc. cit. La giurisprudenza, soprattutto recente, dimostra, peraltro, di aver perfettamente recepiti e largamente applicati questi principi e, se da un lato, si può notare come siano date spiegazioni le più disparate circa la causa dell'incapacità matrimoniale dello psicopatico – si va dal rilievo della povertà della facoltà critica a quello dell'influsso degli impulsi sulla libertà della scelta in tutte le loro diverse graduazioni – dall'altro si nota lo sforzo teso penetrare la realtà umana e la storia personale dell'individuo proprio ad evitare qualsiasi automatismo: per certo, non ogni psicopatia deve necessariamente far propendere per l'esistenza di una condizione inabilitante del soggetto nei confronti del matrimonio, ma, per certo, ogni qualvolta si raggiunga la certezza dell'invalidità del consenso prestato a causa di una psicopatia, questa potrà scaturire solo dall'attento esame delle condizioni storiche, costituzionali, relazionali, in una parola vitali, di quella persona. Anche su questo punto la giurisprudenza è copiosissima; solo a titolo di esempio si vedano le decisioni *c.* SERRANO, 4.3.1977, in S.R.R.Dec., vol. LXIX, p. 79, n. 4; *c.* EGAN, 25.1.1979, ivi, vol. LXXI, p. 25, n. 4; *c.* PINTO, 20.4.1979, *ivi,* vol. LXXI, p. 190, n. 3; *c.* BRUNO, 30.11.1979, ivi, vol. LXXI, p. 498, n. 4; *c.* STANKIEWICZ, 26.3.1981, ivi, vol. LXXIII, p. 168, n. 3; *c.* DE LANVERSIN, 19.11.1983, *ivi,* vol. LXXV, p. 635, n. 5; *c.* EGAN, 12.1.1984, vol. LXXVI, p. 3, n. 4; *c.* FIORE, 16.2.1985, vol. LXXVII, p. 89, n. 2.

nel contesto vitale per poter valutare la potenzialità destrutturante del suo disturbo e sottolineare l'eventuale presenza – ed il relativo valore – di periodi di remissione o di oscillazione *nel senso della realtà*[92].

Da ultimo, non va sottovalutato che il requisito della gravità del difetto di capacità critico-valutativa e volitiva nel soggetto – da qualunque disfunzione psichica sia originato – è inscindibilmente connesso e strutturalmente collegato ad un ulteriore parametro valutativo rappresentato dai contenuti e dalle peculiarità di uno stato, quale quello matrimoniale, per sua natura perpetuo e destinato a proiettarsi nel futuro. Quello che rapporta l'incapacità di prestare un valido consenso con i doveri ed i diritti promananti dal vincolo coniugale sembra essere, in effetti, l'unico criterio oggettivamente valido e giuridicamente rilevante per definire il grado di severità di qualunque disturbo di personalità, nel senso che qui interessa[93].

7. – È, a questo punto imprescindibile affrontare un ulteriore passaggio logico a cui l'analisi finora svolta ha naturalmente condotto e che risulta determinante per la stessa comprensione della fattispecie in esame, ossia la definizione di quale sia il parametro cui rapportare la carenza di discrezione di giudizio o, più precisamente, il contenuto degli *iura et officia matrimoniali mutuo tradenda et acceptanda,* previsti dal can.1095 n.2.

Di fatto è fuor di dubbio che il *defectus* di capacità critico-valutativa e volitiva nel nubente si debba necessariamente rapportare d'oggetto del proprio consenso. D'altro canto, proprio nel momento dell'espressione di quest'ultimo, i diritti e gli oneri discendenti dal vincolo coniugale debbono concretizzarsi ed essere presenti alle facoltà intellettive e quindi volitive; obblighi e diritti che, dal canto loro, non tollerano alternanze di tempo, nè interruzioni, nè procastinazioni, ma valgono dal momento del consenso, perpetuamente.

Non è chi non veda, ormai, come il definire quale sia l'essenza di tali situazioni giuridiche positive e negative all'interno del rapporto di coniugio, sia uno dei cardini interpretativi della capacità discrezionale al matrimonio[94], e, ancora più a monte, sia lo strumento valutativo, per eccellenza, della

---

92. In questo senso è orientata la pressochè unanime giurisprudenza rotale – soprattutto recente – poichè come è stato osservato «anche l'approfondimento di tale gravissimo negozio nel diritto canonico è perfettibile e corre sui binari del progresso scientifico psichiatrico, che vale dire della conoscenza dell'uomo...» Così M.F. POMPEDDA, *Nevrosi... cit.,* p. 28. Si veda le decisioni citate precedentemente ed, in particolare, quelle alla nota 90.

93. Cfr. M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice Canonico,* in *Studi di diritto matrimoniale canonico...* cit., p. 103.

94. Sulla questione di quali siano tali diritti e doveri essenziali è necessario considerare che il legislatore ha parlato di *iura et officia matrimonialia essentialia* nel n. *2* del can. 1095 e di *obligationes rnatrimoniales essentiales* nel successivo n. 3. Ciononostante, non sembra doversi dubitare che i concetti cui tali locuzioni fanno riferimento non siano dissimili. In altre parole, dunque, il *gravis defectus discretionis iudicii* e *l'incapacitas assumendi onera matrimonialia essentialia* ri-

validità del consenso espresso: definire, infatti, l'essenza del consenso in relazione al suo oggetto, significa stabilire l'essenza del matrimonio stesso[95].

In senso molto generale, si può indubbiamente sostenere che lo status vitae (ossia il matrimonio in *facto* esse), rappresenta l'oggetto formale del consenso, in quanto implica il complesso degli elementi strutturali tipici dell'istituto matrimoniale[96]. Accanto a tale oggetto formale, e pur ben distinti da esso, occorre tenere presenti le proprietà essenziali, poichè, come è stato giustamente osservato, «queste pur non costituendo l'essenza delle cose, sono necessariamente connesse con l'essenza. L'essenza non esprime le proprietà, ma le esige inseparabilmente»[97]. Da ultimo, particolare attenzione dovrà essere rivolta ai cd. elementi essenziali ed ai fini del matrimonio stesso[98].

Si apre in relazione all'individuazione delle obbligazioni essenziali scaturenti dal vincolo coniugale, un problema ermeneutico dell'attuale dato normativo, consistente nella possibilità o meno di ricomprendere in tale novero non solo i doveri – e corrispettivi diritti – connessi o derivanti da quelli che per antichissima tradizione teologico-giuridica sono considerati i bona *matrimonii*[99] (prole, fedeltà, perpetuità del vincolo) ma anche quelle situazioni giuridiche attive e passive che sostanziano la communitas vitae, ovvero il bonum *coniugum*[100].

---

spondono ai medesimi parametri valutativi, e nonostante dottrina e giurisprudenza abbiano molto più spesso approfondito l'analisi di questo aspetto in relazione al canone 1095 n. 3 piuttosto che al precedente n. 2, non sembra errato affermare che tali considerazioni possano essere estese anche all'oggetto del defectus discretionis iudicii.

95. A.C. JEMOLO, Il matrimonio... cit., p. 77.

96. Cfr. E. GRAZIANI, La chiesa e il matrimonio, in La Chiesa dopo il Concilio Atti del congresso internazionale di diritto canonico, Milano, 1972, p. 457 ss.

97. Cfr. M. POMPEDDA, Annotazioni... cit., p. 273 ss.

98. Il legislatore ha, senza dubbio, preferito non dare – come in molti altri casi – una definizione precisa dell'essenza del matrimonio; purtuttavia usa il concetto di essenzialità in relazione a tutte quelle componenti che giungono a riempire di significato l'istituto matrimoniale.

99. L'Enciclica Casti connubii di PIO XI, chiaramente afferma che i tre bona matrimonii contengono «*luculentissimam* totius de christiano *connubio* doctrinae *summam*» (in A.A.S., 1930, p. 539). Cfr. anche E.VITALI-S.BERLINGÒ, *Il* matrimonio canonico, Milano, 1994, p. 24, n. 2; P.A. BONNET, L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali *quale* incapacità personale ad attuare *le* proprietà essenziali, in Diritto *Ecclesiastico,* 1982, p. 52.

100. Infatti, va considerato che, nonostante si stia sempre più accentuando la tendenza a considerare parte dei diritti e dei doveri essenziali del matrimonio la traduzione giuridica degli impegni derivanti dal cd. bonum coniugum, cui, indole sua naturali, è ordinato il matrimonio (e, quindi a prospettare una tale coincidenza degli iura et *officia* matrimonialia essentialia del can. 1095 n. 2 con l'oggetto del consenso o, in altri termini, con il totius *viate* consortium), non tutta la dottrina è in sintonia con tale impostazione. Vi sono autori, infatti, che ritengono che l'oggetto del consenso matrimoniale, qual'è desumibile dai canoni 1055 e 1056 sia più am-

In effetti, sul punto vi è una notevole eterogeneità di posizioni, e la divisione si verifica soprattutto circa l'interpretazione del valore giuridico dei testi conciliari, promotori – com'è noto – di una maggiore sensibilizzazione e valutazione degli elementi eminentemente personalistici del consorzio coniugale[101].

D'altro canto, anche aderendo ad una visione della norma codiciale arricchita dall'ecclesiologia conciliare, non è immediato giungere ad individuare univoche conseguenze giuridiche così da identificare dettagliatamente e definitivamente l'essenza dei diritti e dei doveri essenziali da valutarsi al momento dello scambio del consenso[102]: è, difatti, assai arduo defi-

---

pio di ciò di cui parla il disposto del canone in esame: «Il consortium *totius* vitae che nasce dal consenso matrimoniale, dal punto di vista giuridico, è un insieme di diritti e doveri benchè includa anche altri valori umani che trascendono il solo valore giuridico. Di conseguenza l'oggetto del consenso matrimoniale è più vasto che la semplice relazione diritti-doveri matrimoniali, anche se questi, come richiede il canone, sono essenziali. L'accento, quindi del testo legislativo sta nei diritti-doveri essenziali, non in altri valori del matrimonio, benchè importanti». Così J.F.CASTANO, Studio... cit., p. 233-234. Cfr. anche la successiva nota 110.

101. Non son pochi coloro che vedrebbero possibile una traduzione in termini giuridici di tali elementi, cosicchè diverrebbero indispensabili per lo stesso sorgere del vincolo coniugale. In una decisione del 4.12.1975 (in Ephemerides iuris canonici, 1977, p. 169, nn15-16) la giurisprudenza rotale, sostiene – supportando la decisione con numerossissime citazioni sia magisteriali che dottrinali – che le affermazioni conciliari sul matrimonio debbono vedersi riconosciuto un valore anche giuridico, e come sia quindi giustificato parlare di un ius, di una obligatio, alla comunione di vita. Tale obbligo sarebbe qualche cosa di diverso e di ulteriore rispetto ai tria bona, che inquadrati nel consortium vitae, otterrebbero un significato più profondo e compiuto. In questo senso, si veda anche J.M. PINTO GOMEZ, Incapacitas assumendi matrimonii onera in *novo* C.I.C., in *Dilexit* iustitiam, Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani, a cura di Z. GROCHOLEWSKI e V. ORTI, Città del Vaticano, 1984, p. 22.

Rimanendo nell'ambito della giurisprudenza rotale, sembrano potersi ravvisare due correnti di pensiero tra gli Uditori: una prime favorevole ad un ampliamento dell'oggetto essenziale del consenso matrimoniale (rappresentata da ANNE, LEFEBVRE, SERRANO, RAAD); l'altra, invece nettamente contraria (difesa oltre che da due sentenze della Segnatura Apostolica – la *c.*STAFFA del 5.12.1972 e la *c.eo*dem Ponente del 29.11.1975, entrambe in Periodica, 1973, p. 567 ss.e 1977, p. 297ss. – da numerosi Uditori tra i quali PINTO, MASALA, AUGUSTONI, DI FELICE). Per una panoramica delle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza rotale, si veda P.G. BIANCHI, Incapacitas assumendi obligationes matrimoniales *essen*tiales matrimonii, Analisi della giurisprudenza rotale, *particolarmente* dagli anni 1970-1982, Roma, 1992, pp. 5-63.

102. La giurisprudenza rotale rileva la difficoltà di determinare verbis positivis et adaequatis quali siano gli elementi formali essenziali di questo consortium vitae, cui gli sposi si obbligano sotto forma di diritto concesso ed accettato al momento del consenso. In vista, tuttavia, di una finalità eminentemente operativa, quella cioè della decisione giudiziale circa la validità o meno del matrimonio, viene a proporre un criterio di determinazione negativo che consiste nel «*demonstare* in casu singulari, ob alterius contrahentium condicionem penitus depravatam, *iam tempore* nuptia-

nire contenutisticamente il portato, così ampio e per taluni aspetti così evanescente, di un vincolo che – dal suo sorgere – coinvolge senza soluzioni di continuità ed in perpetuo l'interezza della persona umana. È, tuttavia, possibile tentare di prospettare, in termini positivi e puntuali – anche sulla scorta dell'analisi dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale – i contenuti di base degli obblighi e dei diritti essenziali connessi al vincolo coniugale.

Innanzitutto non pare scorretto sottolineare il valore qualificante e specificante della dimensione sessuale all'interno del matrimonio cristiano. Per certo, nella forza innovatrice, e per taluni aspetti, polemica, scaturente dalla nuova impostazione ecclesiologica del Vaticano II, il tradizionale concetto di *ius in corpus*, è stato assai criticato, per molti versi oltre il lecito, ed ingiustamente appiattito nella sua accezione puramente materiale e biologica.

Senza dubbio, questa visione è da considerarsi come riduttiva, in quanto basata sul contenuto obbligatorio del reciproco scambio di prestazioni di carattere sessuale tra i coniugi e tale da non rendere appieno la dimensione eminentemente *personale* della donazione di sè che questo comporta.

In altri termini, il *ius in corpus* è stato, forzatamente quanto in modo inesatto, costretto in un ambito eccessivamente materiale, cui è stato conseguentemente ridotto – in quest'angolo prospettico – anche l'oggetto del consenso coniugale[103]. Non è chi non veda, infatti, come il ridurre il porta-

---

rum, plane insanabiliter ea deficere *elementa, sine* quibus nemo exaedificare valeat quodcumque omnis vitae consortium quod sit matrimoniale. Tunc deficit *ipsum vitae* consortium in suis *hoc* principis et in casu deest ipsum obiectum *consensum matrimoniale*» (una *c.*ANNÈ, 25.2.1969, in S.R.R.Dec., vol. LXI, p. 184-185, n. 17). Molto spesso genericità ed indeterminatezza accompagnano le definizioni che della relazione personale e degli obblighi coniugali offre anche la dottrina: «...Quell'insieme indefinito ed indefinibile di atteggiamenti, di comportamenti e di attività variabile nelle sue espressioni concrete a seconda delle diverse culture, senza il quale è impossibile la formazione e la conservazione di quella comunione di vita... necessaria per il raggiungimento, in modo veramente umano, delle finalità del matrimonio.» La citazione è di U. NAVARRETE, Problemi *sull'autonomia* dei capi di nullità del matrimonio per difetto del consenso causato da turbe della personalità, in Perturbazioni... cit., p. 113. Per una approfondita trattazione sull'oggetto del consenso matrimoniale cfr. F.E. ADAMI, Contributo alla dottrina canonistica in tema di oggetto del consenso matrimoniale, in Diritto Ecclesiastico, 1966, I, pp. 33 ss, anche se l'Autore sembra preferire la concezione istituzionalistica del matrimonio rispetto a quella contrattualistica, cui si rifà il presente studio.

103. Ciò è, per esempio, quanto afferma chiaramente EGAN, in una 22.4.1982, in Diritto Ecclesiastico, 1982, II, p. 6-8, n. 7-10. Non è del tutto isolata l'opinione di chi non considera tendenzialmente lo ius in corpus sotto il profilo della semplice prestazione ma lo inquadra generalmente nel contesto di una relazione interpersonale: «*Ius* enim *illud* non abstracte a coniugibus percipitur sed concrete in intima consuetudine vitae et amoris *coniugalis*», ove tale consuetudo e l'intenzione di instaurarla vengono addirittura presentate come il contesto ideale e la verifica della trasmissione di tale ius. Cfr. una *c.*DI FELICE, 8.3.1975, in Monitor Ecclesiasticus, 1976, p. 86. Si veda, in questo senso anche una *c.*STANKIEWICZ, 31.5.1979, ivi, 1980, p. 190, n. 2.

to della espressione più intima della *communitas vitae et amoris coniugalis* costituita dalla vita sessuale dei coniugi ad un diritto sulla persona della comparte – o, peggio sul suo corpo – oltre ad essere meno preciso sotto il profilo giuridico, poichè riduttivo, sia francamente inaccettabile, proprio in quanto lesivo dell'individualità dell'essere umano e della sua inviolabile dignità. In effetti, ogni considerazione circa il *ius in corpus* deve partire dalla considerazione della centralità del rapporto sessualità-persona, dal momento che oggetto dello scambio del consenso sono gli *iura personalia,* solo teoricamente distinguibili dalla persona dei contraenti[104].

Puntando l'attenzione, dunque, sugli *iura et officia essentiaiia* con cui deve rapportarsi la *discretio iudicii* dei nubenti ai fini della validità del matrimonio, pare potersi affermare che questa debba necessariamente avere ad oggetto il valido instaurarsi di una relazione interpersonale eterosessuale tra i coniugi finalizzata ad un armonico sviluppo ed alla maturazione della vita sessuale della coppia; che anzi, proprio grazie a questa visione, almeno in parte «dematerializzata», della componente sessuale del vincolo coniugale, il *ius in corpus* può legittimamente venir reinterpretato come l'essenza stessa del matrimonio[105] nella sua realtà di legame unico ed irreversibile, eminentemente interpersonale, attraverso il quale i coniugi si impegnano reciprocamente ad una mutua – quanto responsabile – disponibilità alla comunione di vita ordinata alla procreazione[106].

---

104. Come ignorare ad esempio, le gravi implicazioni che la sessualità – ed i suoi disturbi – possono avere sulla personalità del soggetto e sul suo modo di relazionarsi agli altri? Non è dubbio che le disfunzioni sessuali e le problematiche che ne conseguono possono riverberarsi, in primo luogo, sul momento consensuale; infatti: «*...perturbatio personalitatis adeo potest individuum afficere ut graviter laedat vel ipsius capacitatem recte cognoscendi aut appetendi res, quae ad sexum rationem dicunt, et praesertim ad personam compartis et matrimonium inter utrumque nectendum*». Una *c.*SERRANO, *30.4.1974,* in S.R.R.Dec., vol. *LXVI,* p. *304.*

105. A favore di una visione del *ius in corpus* che conterrebbe in sè tutti gli elementi necessari all'instaurarsi di una effettiva *communio vitae et amoris coniugalis,* si vedano le decisioni *c.*SABATTANI, 21.6.1957, in S.R.R.Dec., vol. *IL,* p. *502,* n. *5;* una *c.*PINNA, 4.4.1963, *ivi,* vol. *LV,* p. *259,* n. *5;* una *c.*PINTO, *15.7.1971, ivi,* vol. *LXIII,* p. *689-690,* n. *3.*

106. «Ius vero in corpus, perpetuum et exciusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, quod est tradendum ad normam can. 1081 n. 2, suapte natura ita pariter exigit intimam communitatem vitae et amoris coniugaiis, quam magnificat Concilium Vaticanum II in Constitutione Gaudium et Spes, n. 48, ut ius ad vitae cornmunionem implicite saltem contineat. Nupturientes, enim, bona matrimonii adipiscunt traditione et acceptatione eiusdem iurium et officiorum, bonum sacramenti nempe, quod firmatur perpetuitate iuris in corpus, bonum fidei, quod tutatur exclusivitate eiusdem iuris, et bonum prolis, quod inducitur ipso iure in corpus; quae omnia consequuntur matrimoniali consensui, quo ideo inter marem et foeminam intima communitas vitae et amoris coniugalis instauratur». Una *c.*DI *FELICE,* 25.10.1978, in *Monitor Ecclesiasticus, 1979,* pp. 163-164. V'è peraltro chi ritiene che sia da considerarsi essenziale (quindi misura concreta della capacità al matrimonio) la possibilità di una ordinata e naturale – quanto ai fini, ai modi di esercizio

Non può essere peraltro dimenticato che la vita sessuale dei coniugi è, per sua stessa natura, ordinata verso il suo fine proprio che è rappresentato dalla procreazione. Fermo restando che il *bonum prolis* sia da considerarsi *in suis principiis* e non nella sua fattuale realizzazione[107], è stato molto discussa, in passato, l'estensione del suo contenuto ossia se questo si circoscrivesse al cd. *bonum physicum* della prole – e dunque al suo mantenimento in vita ed alle garanzie della sua sussistenza – o se invece si estendesse anche al cd. *bonum morale* e cioè all'educazione dei figli. Una più attenta ed approfondita comprensione del significato e dell'importanza della procreazione – non più limitata al momento generativo – nel matrimonio cristiano[108] indica questa seconda prospettiva come la più appropriata, al punto che sarebbe possibile ravvisare ipotesi di incapacità a prestare un valido consenso per difetto di una sufficiente maturità di giudizio a carico di coloro che non fossero in grado di percepire, in tutta la loro pienezza, i diritti e i doveri connessi al ruolo genitoriale[109]. D'altra parte assodato che

---

e di permanenza – vita sessuale tra i coniugi. Questa impostazione, senz'altro innovativa, è proposta da Serrano in due sentenze concernenti, rispettivamente, un caso di impotenza femminile per vaginismo ed uno di incapacità di assumere gli obblighi coniugali per frigidità. Si tratta delle *c.*SERRANO, 14.12.19879, in Monitor Ecclesiasticus, 1981, pp. 31-36, nn. 5-10 e la *c.eodem* Ponente, 28.7.1981, in Diritto Ecclesiastico, 1982, II, pp. 48-70.

107. Infatti «...i fini dell'istituto matrimoniale, a differenza dell'essenza, ...connotano l'istituto in astratto e possono di fatto mancare senza che il singolo matrimonio sia nullo». Così O. FUMAGALLI CARULLI, La dimensione... cit., p. 36, nt. 6.

108. Anche ai sensi del combinato disposto dei canoni 1055 § 1 e 226 § 2 il quale afferma: «*Parentes...gravissima* obligatione tenentur...*(fi*lios) *educandi*».

109. Nella giurisprudenza rotale si danno ormai numerosi esempi di decisioni pro *nullitate* – in questi casi soprattutto per incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio – nelle ipotesi della commissione da parte dei genitori di atti gravemente anti-educativi o lesivi della libertà di coscienza o della sfera morale della prole.

Cfr. a questo proposito la decisione *c.*RAAD del 20.3.1980 (in Monitor *Ecclesiasticus*, 1980, p. 178-180, nn. 5-8) ed anche l'opinione espressa da J.M.PINTO GOMEZ (nel suo Incapacitas assumendi onera in novo C.J.C., in *Dilexit iustitiam...* cit., pp. 27-28) secondo il quale si avrebbe incapacità rispetto al bonum in questione non solo nel caso dell'impulso coattivo all'esclusione della generazione, attuata attraverso il ricorso coatto alla contraccezione, all'aborto, all'uccisione dei nati, ma anche in quello di un genitore che, dedito alle pratiche incestuose, si riveli incapace di avere con i figli un valido rapporto educativo. A favore di un'interpretazione ancor più estensiva del contenuto del bonum prolis è la decisione *c.*STANKIEWICZ: «*...haec autem* gravissima obligatio...in bonum prolis *formaliter sumptum,* seu in suis principiis, *tamquam elementum* constitutivum ipsius *matrimonii, intrat*» (decisio del 23.7.1981, in Monitor Ecclesiasticus 1982, p. 177, n. 4), per cui va conseguentemente ritenuto incapace al matrimonio «*qui...incapax* est assumendi atque ferendi onus *genitum* educandi seu promotionis, etiamsi quoad *minimum, prolis*». In dottrina si veda recentemente C.GULLO, Defectus usus rationis et discretionis iudicii *(can. 1095,* 1-2 *c.j.c.),* in *L'incapacitas (can. 1095)* nelle sententiae selectae *coram* Pinto a cura di P.A. BONNET-C. GULLO, Città del Vaticano, 1988, p. 20 ss.

quello educativo è per i genitori nel matrimonio cristiano, oltre che un difficile compito, anche un gravissimo obbligo, rimane il problema di determinarne il contenuto essenziale al fine di rapportarlo alla capacità dei nubenti di intenderlo e volerlo (o di assumerlo)[110].

Da ultimo ed a completamento dell'analisi relativa alle obbligazioni essenziali del matrimonio rapportate alla *discretio* iudicii, non può esser tralasciato un riferimento a quello che – alla luce del nuovo dato normativo – deve essere considerato un fine istituzionale del matrimonio, ossia il bo*num* coniugurn[111]. La ben nota accentuazione della visione personalistica del vincolo coniugale assieme all'accresciuta considerazione della dignità dell'uomo e della sua libertà operata dal nuovo corso ecclesiologico, successivo al Vaticano II e, per molti aspetti, recepito nella codificazione del 1983, impone di dar contenuto (ben s'intende un contenuto giuridico) – sia dal punto di vista strettamente consensuale sia da quello più propriamente

110. Senza dubbio, uno degli elementi essenziali della *educatio* prolis è la capacità di trasmettere ai figli quel bagaglio di principi etici che consenta agli stessi una educazione morale accettabile (C. GULLO, Defectus usus rationis... cit., loc. cit.), dalla quale resterebbe tuttavia esclusa, ai fini della valutazione della validità del matrimonio, l'educazione religiosa.

111. È già stato sottolineato come l'inserimento di questo bonum nel testo norrnativo del can. 1055 § 1 del nuovo codice, sia conseguenza logica del cambio di prospettiva – da oggettivistica a soggettivistica – nella considerazione del matrimonio. Tuttavia, anche su questo punto non c'è, in dottrina identità di vedute: c'è chi lo vuole vedere come un nuovo bonum, fuori dallo schema della tradizione agostiniana (cfr. J. GOTI ORDENANA, *Observaciones* al nuevo *can.* 1055 *§* 1, in *Revista española* de derecho canonico, 1984, pp. 285 ss; al contrario chi lo intende come un bene di portata più ampia sebbene non dissimile a quella degli altri bona *matrimonii* che in esso verrebbero tutti ricompresi (questa è l'opinione espressa fra gli altri da U. NAVARRETE, Problemi... cit., pp. 113 ss.). Non mancano peraltro coloro che puntando l'attenzione più sul momento consensuale vedono l'*ordi*natio ad bonum coniugum assimilabile alla categoria romanistica dell'honor ma*trimonii,* che si risolverebbe «nella volontà reciproca di fare dell'altro coniuge il proprio consorte esistenzialmente partecipe della propria condizione di vita» e potrebbe dunque esser considerato «quale principio...destinato a dar vita ad una proprietà essenziale della relazione matrimoniale» (così P.A.BONNET, Il consenso... *cit.,* relativamente pp. 302, nt. 77 e 199 nt. 209). Da ultimo, va ricordata l'opinione di coloro che ricollegano l'essenza del bonum coniugum all'ampliamento della comprensione della base naturale dell'istituto matrimoniale e ad una maggior valorizzazione della sua dimensione spirituale, in una prospettiva personalistica, connotata tra l'altro anche dalle molteplici e rilevanti valenze culturali (M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità* e unità *nell'istituto* naturale del matrimonio canonico, Padova, 1984, pp. 39-77, Questa impostazione pare essere condivisa anche da taluna giurisprudenza rotale ed in particolare si trova ribadita in alcune decisioni *c.*ANNÈ, tra le quali la famosa e più volte citata *Marianopolitana,* 25.2.1969 e la decisione del 4.12.1975 in Ephemerides iuris canonici, 1977, p. 176, nn. 18, e *c.* SERRANO (cfr. ad es. la decisione del 18.11.1977 in Ephemerides *iuris* canonici, 1978, p. 350, n. 12).

ademplitivo – ad un'incapacità che si riflette su ambiti decisamente complessi quali quelli dei rapporti interpersonali[112].

Da questo punto di vista anche la terminologia non aiuta: quella molto ricca ma precipuamente descrittiva usata dal Concilio ed in seguito anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è assai resistente ad una traduzione giuridica dei suoi contenuti, poichè quest'ultima finisce inevitabilmente per impoverirne il portato. Ove si discorra, dunque, di *bonum coniugum,* di *vitae consortium,* di *ius ad communionem vitae et amoris,* si attribuisce la nota dell'essenzialità a quel complesso variegato di diritti e doveri sottesi allo stesso concetto di consorzio di vita ordinato al bene dei coniugi e destinati ad arricchire e meglio specificare il diritto-dovere fondamentale all'instaurazione di un vero legame interpersonale tra i coniugi.

Rimangono tuttavia delle perplessità per quanto concerne la specificazione analitica degli elementi che danno corpo da un lato ai diritti e dall'altro ai corrispettivi doveri essenziali del rapporto tipicamente matrimoniale.

È owio che per tentarne una precisazione occorre focalizzare l'attenzione non solo sul piano dell'oggetto formale del consenso (la costituzione del matrimonio) ma anche su quello dell'oggetto materiale dello stesso (le persone)[113]: ecco che, nella prospettiva indicata dell'elemento *consortium* o *communio vitae* (che sotto il profilo dell'oggetto formale individua la comunanza di destino tra due persone nella loro perfetta ugualianza e pari dignità) si può tentare una traduzione in termini più personalistici che ponga l'accento sull'ineliminabile contributo individuale alla costruzione dell'unione consorziale.

In sostanza, appare evidente la difficoltà, non tanto di penetrare il significato di principi di così ampia portata quanto di tentare una loro decodificazione in termini tecnici, ossia una sorta di conciliazione tra la loro ineliminabile tensione verso la sfera metagiuridica e la dimensione giuridica nella quale è, purtuttavia, necessario imbrigliarli. Se da un lato, in definitiva, pare potersi affermare – e ciò con l'unanime giurisprudenza – che *iura et officia matrimonialia essentialia* sono in primo luogo gli obblighi e i diritti che derivano o, comunque, si riconnettono a quelli che per antichissima tradizione teologico-giuridica sono chiamati i *bona matrimonii* – prole, fedeltà e perpetuità del vincolo – ed in secondo luogo i rapporti a contenuto reciprocamente obbligatorio che sostanziano il *ius ad vitae commu-*

---

112. Rileva la difficoltà e le perplessità presenti in dottrina ed in giurisprudenza qualora ci si accinga a dare una delimitazione strettamente giuridica ai rapporti tipici dello stato coniugale M.F. POMPEDDA, Annotazioni... cit., p. **112-113.**

113. È favorevole all'accennata distinzione tra oggetto formale ed oggetto materiale del consenso come a quella tra consenso-oggetto e consenso-soggetto, che aiutano a chiarire i termini della questione senza ledere l'intima unità della persona umana e della sua condotta M.F. POMPEDDA, Progetti o tendenze... cit., pp. 59 ss.

nionem ed il *bonum coniugum*, per contro non si può non sottolineare come nel caso dei diritti e obblighi che connotano il consorzio di vita ed amore coniugale o la relazione interpersonale tra loro, ci si muova in un ambito assai evanescente e dal punto di vista del contenuto e dal punto di vista della formulazione giuridica [114].

Lo stesso riferimento legislativo al reciproco dono di sè tra i coniugi (*sese tradere)* proprio designando l'oggetto materiale del rapporto di donazione, lascia intravvedere la vastità della dimensione personalistica ad essa sottesa e solo accennata dal successivo riferimento allo scopo di tale mutuo scambio *(ad constituendum matrimonium*).

Occorre, dunque, riconoscere che inserire – come è d'uopo – tra gli *iura et officia essentiaiia* del matrimonio il diritto-dovere reciproco ad una comunione di vita ed amore significa fare riferimento ai contenuti di una relazione marcatamente interpersonale ed alla relativa capacità di comprenderne l'essenza e di volerla da parte del nubente. Non pare, di conseguenza, azzardato assimilare, sotto questo profilo, la *discretio iudicii* alla capacità di comprendere e volere il superamento della sfera egoistica dell'io nella tensione, generosa e responsabile, verso la persona della comparte con la consapevolezza della sua alterità della sua pari dignità assieme a quella della stabilità (se non proprio della perpetuità) dell'unione consorziale. È chiaro come questa visione – che può non venir condivisa perchè eccessivamente dilatata – del rapporto coniugale, e degli impegni che lo accompagnano, abbia un contenuto assai lontano dal dovere formale degli sposi ad un aiuto materiale fra loro o alla sedazione dell'istinto sessuale, e faccia piuttosto riferimento alla complessità della persona umana, alla sua dignità ed alla libertà delle sue scelte; in altri termini «... fa appello a quella globalità dell'uomo, che scopre la profondità, la piena dimensione della sua spiritualità, secondo la definizione paolina, per la quale l'uomo spirituale è l'uomo interiore e l'uomo completo»[115].

---

114. Proprio la difficoltà, innegabile, di inquadrare e conseguentemente cristallizzare il contenuto essenziale delle situazioni attive e passive peculiari della comunione di vita coniugale, hanno dato origine a posizioni dottrinali abbastanza sfiduciate nei confronti della possibilità od opportunità dell'impresa. Cfr. ad es. G. LESAGE, *The consortium* vitae *coniugalis:* nature and *applications*, in Studia canonica, 1972, p. 103-104; D.E. FELLHAUDER, The *consortium omnis* vitae as *a juridical element* of *marriage*, ivi, 1979, p. 5 ss.

Lamenta invece una certa approssimazione ed atecnicità della ricerca finora svolta al riguardo da parte di dottrina e giurisprudenza, POMPEDDA: «Sembra...sia finora mancata una appropriata indagine giuridica perchè si sono inconsapevolmente assunti e fatti propri dagli operatori del diritto dei concetti puramente psicologici, anzi talora derivati da una scienza psicologica non sempre consona ai principi fondamentali dell'antropologia cristiana... Comunque deve essere chiaro che i criteri psicologici non necessariamente coincidono con quelli giuridici...» (in Annotazioni... *cit.*, p. 112).

115. M.E. CASELLATI ALBERTI, Indissolubilità e unità... cit., p. 69, nt. 73.

ABSTRACT

Il presente studio, partendo dalla figura normativa della *discretio iudicii* nel diritto canonico, cerca di precisarne l'essenza concettuale e le peculiari caratteristiche in relazione all'istituto matrimoniale.

In particolare, si è tentato di chiarire il rapporto tra *defectus discretionis iudicii* e gli *iura et officia rnatrimonialia essentialia* ed inoltre l'incidenza delle diverse forme di disagi psichici sull'espressione di un valido consenso al matrimonio.

The present essay, starting from the legal regulation of the *discretio iudicii* in the canon law system, tries to specify its conceptual essence and its peculiar characteristics relatively to the matrimonial institution.

Especially it was necessary to clarify the connection between the *defectus discretionis iudicii* and the *iura et officia matrimonialia essentialia* and also the incidence of the different kinds of mental diseases on the expression of a valid matrimonial consent.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. X (1996)

PAOLO FERRETTI

LE 'CAUSE' DELLA PRODIGALITÀ NEL DIRITTO ROMANO

1. – La recente pubblicazione di una sentenza della Corte di Cassazione[1], inerente ad una richiesta di inabilitazione per prodigalità, ha destato in noi non poco interesse. Interesse per la *ratio* di un antico istituto, la *cura prodigi* appunto, non appagato dalle definizioni della letteratura manualistica e specifica[2].

---

1. Cass. civ., 3 dicembre 1988 n. 6549, in Riv. dir. commerciale 93, n.9-10 (1995), 311 ss.

2. In rapida sintesi e senza alcuna intenzione di esaustività: A. AUDIBERT, *Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain*, in RHD 14 (1890), 563: prodigalità è «une sorte de folie»; concetto ripetuto nel successivo studio: IDEM, Etudes sur l'histoire du droit *romain*, I. La folie et la *prodigalité*, Paris 1892, 170; F. GLÜCK, *Commentario* alle Pandette, trad. it., XXVII, Milano 1908, 763: prodighi, ovvero «coloro ai quali sia stata interdetta dal magistrato... l'amministrazione personale del proprio patrimonio a causa delle loro abitudini di vita spendereccia»; A. GUARINO, Il furiosus e il prodigus nelle XII *tabulae*, in AUCT 3 (1949), 194 ss., ora in IDEM, Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici, Napoli 1973, 253: prodigo, {(spendaccionee dissipatore»; IDEM, Diritto privato romano, Napoli 1992[9], 628: prodigo, «non un qualsiasi dilapidatore... ma colui che, avendo ereditato *ab* intestato i beni aviti (bona paterna avitaque), li amministrasse rovinosamente con danno della propria *familia* e, indirettamente, di tutta la *civitas*»; M. KASER, Das *römische* Privatrecht, I, Munchen 1971[2], 85: «den Verschwender, 'prodigus', der sein ab intestato erworbenes Erbgut vergeudet und damit seine Familie der Gefahr der Verarmung aussetzt»; B. ALBANESE, Le persone nel diritto privato romano, Palermo 1979, 544: prodighe «le persone che, per loro grave inettitudine pratica, risultassero, di fatto, incapaci di amministrare normalmente il proprio patrimonio», riconducendo poi in nota (p. 544 n. 625) la causa della prodigalità ad una forma di impotenza del carattere; V. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di diritto romano, Napoli 1986[14], 504 e L. BOVE, sv. *Prodigus*, in NNDI XIV (1968), 1, parlano semplicemente di «dissipatore»; M. MARRONE, Istituzioni di diritto romano. Fatti e negozi giuridici, persone e famiglia, Palermo 1986, 358: erano prodighi ((quanti, pur senza essere malati di mente, fossero tuttavia incapaci di amministrare da sé i propri beni, per inettitudine pratica e generalmente con tendenza allo sperpero»; M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, 170: prodigo è «colui che dissipa il proprio patrimonio», riferendo in seguito (p. 195) la prodigalità ad un aspetto del carattere; F. PASTORI, Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto, Milano 1990[2], 221: prodigo è

In argomento, la Suprema Corte non ha ritenuto idonei per l'applicazione dell'art. 415 c.c., cioè per la dichiarazione di inabilitazione a causa di prodigalità, una serie di comportamenti, quali, ad esempio, l'acquisto di tre barche, poi svendute ad un prezzo notevolmente inferiore al loro valore di mercato, di cinque automobili «Ferrari» d'epoca, mai ricevute e tuttavia regolarmente pagate, nonchè altre innumerevoli operazioni finanziarie (speculazioni in borsa, in terreni o in cantieri navali), rivelatesi fallimentari[3].

Leggiamo l'articolo in questione:

> art. 415, 2. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcooliche o di stupefacenti, espongono sè o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici.

Come si può notare, due sono gli elementi che devono concorrere per l'emanazione di un provvedimento di inabilitazione. Da una parte, l'esposizione di sè e della propria famiglia al pericolo di un grave pregiudizio economico, dall'altra, condotte diminutive del patrimonio dettate da prodigalità.

Ma quali sono le condotte diminutive del patrimonio che possono essere qualificate prodighe? Di questo interrogativo l'art. 415,2 non fornisce alcuna spiegazione[4]. Particolarmente sentita è stata, pertanto, tra gli interpreti[5], l'esigenza di porre rimedio a tale mancanza.

«colui che dissipa i beni paterni o aviti»; G. Pugliese, Istituzioni di diritto romano, Torino 1991[3], 114: prodigo, «scialacquatoreche con i suoi atti di amministrazione e disposizione dissipava il patrimonio familiare rischiando di ridurre in miseria i suoi figli)).

3. La massima così recita: «Ai fini del provvedimento di inabilitazione ai sensi dell'art. 415 c.c., l'inettitudine agli affari non coincide, di per sè, con la prodigalità e quindi non consente il ricorso alla misura giudiziale prevista dal citato articolo...)).

4. Per la nozione ricavabile dal linguaggio comune, si veda Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti, Istituto della Enciclopedia italiana G. Treccani, IX, Roma 1949, 466, sv. prodigalità: «inclinazioneo disposizione abituale e costante a sperperare, a dilapidare, a sprecare denaro o altri beni, a spendere o a donare in modo avventatamente eccessivo e sconsiderato, più di quanto ci si possa permettere (e può indicare una tendenza viziosa alla dissolutezza, una condizione di natura patologica o anche, con valore attenuato, un'eccessiva generosità e liberalità...))); inoltre, G. Devoto - G.C. Oli, Dizionario della lingua italiana, Firenze 1988[22], 1791, sv. prodigalità: «tendenza a spendere o a donare con larghezza eccessiva e senza riflessione»; S. Battaglia, Grande dizionario della lingua italiana, XIV, Torino 1988, 298, sv. prodigalità: «tendenza a prodigare... per eccesso di generosità, di ricchezza, per l'abitudine ai facili guadagni, per inesperienza di ciò che costa la conquista del denaro, per ottimismo o spensieratezza di natura morbosa»; G. Pittano, Dizionario fraseologico delle parole equivalenti, analoghe e contrarie, Bologna 1994, 585, sv. prodigalità: «larghezza, generosità, liberalità, profusione, sperpero, scialacquio, sciupio, eccesso, dissipazione».

5. Tra gli altri, A. Manacorda, La prodigalità ed i suoi possibili rapporti con l'infermità psichica. Un concetto che muta con l'evoluzione storica, in F. it., 1987, I, 823 ss.; E.V. Napoli, L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione, artt. 414-432, in Il Codice Civile. *Commentario*, diretto da P. Schelesinger, Milano 1991, 69 ss.

In proposito, un indirizzo giurisprudenziale [6] ha definito prodighi coloro che sperperano le loro ricchezze per futili motivi, come ad esempio per «frivolezze, vanità, ostentazione lusso, disprezzo di coloro che lavorano, disprezzo verso vincoli di solidarietà familiare»[7], escludendo, all'opposto, coloro che impiegano il denaro per fini aventi un proprio intrinseco valore.

Se, dunque, soltanto gli scopi futili rendono prodighi gli atti di alienazione, al contrario degli scopi nobili e altruistici, dobbiamo pensare che le liberalità più generose non potrebbero mai varcare la soglia della prodigalità? In questo senso, non ha trovato seguito una sentenza[8] che ha intravisto la prodigalità anche nell'eccessivo dispendio in opere civili di beneficenza, se sproporzionato all'entità patrimoniale del benefattore.

Un diverso indirizzo[9], invece, ha sostenuto che soltanto le condotte obiettivamente dispendiose riconducibili a forme di alterazione psichica, che aboliscono o riducono al minimo la capacità di valutazione del significato del denaro e del pregiudizio economico che ne consegue, potrebbero essere qualificate prodighe e dare origine ad un atto restrittivo della libertà personale.

Ai sensi di questa corrente di pensiero, dunque, non dovrebbero confondersi con la prodigalità «altre cause che possono pure agire sfavorevolmente sull'integrità del patrimonio, ma non dipendono da disordine psichico, quali la scarsa intelligenza o avvedutezza, la negligenza o l'incapacità nell'amministrare, la facilità a concludere affari di dubbio esito, e tanto meno la disposizione a lasciarsi guidare da altri o a favorire estranei a detrimento dei propri famigliari[10]».

2. – Anche volgendo lo sguardo all'esperienza giuridica romana, non è mancato chi ha ravvisato nella nozione di prodigalitas [11] la manifestazione di un vizio mentale, «une sorte de folie»[12].

---

6. Cfr. Cass. civ., 19 novembre 1986, n. 6805, in F. it. 110 (1987), 823.

7. Sul punto, in dottrina, F. FERRARA, Trattato di diritto civile, I, Roma 1921, 520, indica come futili motivi, sperperare il denaro «per cavalli, donne, teatri, viaggi».

8. App. Bari, 8 Luglio 1940, in Rep. *G.* it. 43 (1941), 345.

9. Per la giurisprudenza, si veda App. Genova, 25 maggio 1949, in F. pad. 4 (1949), 61; Cass. Civ., 10 febbraio 1968, n. 428, in Giust. civ. 18, t.I (1968), 588; Cass. civ., 13 marzo 1980, n. 1680, in G. it., I, 1, 1980, 966. Per la dottrina, tra gli altri, E.V. NAPOLI, *L'inabilitazione,* Milano 1985, 86 ss., con ampia bibliografia; M. BIANCA, Diritto civile, I, Milano 1987[2], 238.

10. App. Genova, 25 Maggio 1949, cit., 61.

11. A. ERNOUT - A. MEILLET, Dictionnaire *étymologique* de la langue latine, Paris 1959[4], 17, il quale fa derivare l'espressione da pro e ago (= *προάγω*), con il significato di «pousser devant soi, jeter devant soi, dissiper, prodiguer».

12. A. AUDIBERT, Études, cit., 170: «Si la prodigalité est une sorte de folie, elle n'implique pourtant pas la perte totale des facultés et les prudents n'y ont vu qu'une lésion partielle de l'intelligence et de la volonté; aussi ont-ils pensé que l'incapacité du prodigue devait, comme sa folie, être limitée».

In altri termini, le due incapacità, quella del furiosus [13] e quella del *prodigus*, avrebbero partecipato della medesima natura, sebbene limitatamente, per il prodigo, agli atti di diminuzione del patrimonio. L'ordinamento, infatti, riconoscendo validità a tutti i negozi mediante i quali il prodigo si fosse procurato un vantaggio [14], avrebbe implicitamente ammesso, rispetto a questi, la sua piena capacità di comprenderne il significato.

Vediamo i passi più significativi, sui quali poggia l'opinione che ora esporremo e che non ci sembra pienamente convincente.

Cominciamo da:

> D. 26,5,12,2 (Ulp. 3 *de off.*): Divus Pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: «Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum».

Ulpiano riporta le parole di un rescritto di Antonino Pio, parole con le quali l'imperatore accoglie l'istanza di una madre intenzionata ad ottenere per i suoi figli l'interdizione per prodigalità; da esse emerge un innegabile accostamento con il furiosus, al punto che qualcuno si è spinto fino ad affer-

---

13. Specificatamente, sul furiosus e sulla relativa cura: A. AUDIBERT, Des *deux formes* d'alienation mentale reconnues par le droit *romain* (furor et *dementia),* in NRD 14 (1890), 846 ss.; S. SOLAZZI, *Furor vel dementia,* in MOΥΣΕΙΟΝ 2 (1924), ora in IDEM, Scritti di diritto romano, II, Napoli 1957, 623 ss.; IDEM, *Furiosus vel demens,* in AG 143 (1952), ora in IDEM, Scritti, V, cit., 361 ss.; E. RENIER, *Observations sur* la terminologie de l'aliénation mentale, in RIDA 4 (1950), 429 ss.; L. BOVE, s.v. *furiosus,* in NNDI VII (1961), 687 ss.; E. NARDI, Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano, Milano 1983, 1 ss.; O. DILIBERTO, Studi sulle origini *della* cura furiosi, Napoli 1984, 1 ss.; C. LANZA, Ricerche su «*furiosus*» in diritto romano. I, Roma 1990, 1 ss.

14. D. 12,1,9,7 (Ulp. 26 ad edict.): Sed et si ei numeravero, cui postea bonis *interdictum* est, *mox* ab eo stipuler, puto pupillo *eum comparandum, quoniam* et stipulando sibi adquirit. D. 29,2,5,1 (Ulp. 1 ad Sab.): Eum, qui bonis interdicitur, *institutum* posse adire *hereditatem* constat. D. 45,1,6 (Ulp. 1 ad Sab.): Is, cui bonis *interdictum* est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest *vel promittendo obligari*: et ideo nec *fideiussor* pro eo intervenire poterit. sicut nec pro *furioso*. D. 49,17,18,3 (Marc. 1 *fideicomm.*): Servos ex eo peculio usu fmctu. *item* praedia *tam* usu *fructu quam* ceteris *servitutibus* pater liberare poterit: sed et *servitutes* his *adquirere.* id *enim* et *eum,* cui bonis *interdictum* est, *verum* est consegui posse... Inoltre, il prodigo avrebbe potuto validamente emancipare i propri figli: D. 27,10,16,2 (Tryph. 13 disp.): ... aut si non habuit in potestate nepotes, *quoniam* emancipato *iam* filio nati fuissent, sub condicione eos heredes instituere, ut *emanciparentur* a patre prodigo. Rispetto, invece, agli atti che il prodigo non avrebbe potuto compiere, H. DONELLUS, *Commentariorum* in selectos *quosdam* titulas *Digestorum,* II, in IDEM, Opera *Omnia,* XI, Lucae 1767, 565 ss., ad D. 45,1,6, ritiene che tali atti, prima della nomina del curatore, sarebbero stati comunque nulli, poichè a chiunque si fosse addetta la definizione di prodigo, per questo solo fatto sarebbe stato *prodigus* anche in senso giuridico. *Contra,* F. GLÜCK, *Commentario,* cit., XXVII, 765 ss.

mare che: «si les prodigues doivent recevoir des curateurs... c'est qu'ils sont, en ce qui concerne l'administration de leurs biens, de veritables insensés[15]».

Tuttavia, di fronte ad una opinione così categorica, ci sia consentito sollevare qualche obiezione. Riprendiamo il provvedimento imperiale: «sebbene i prodighi appaiano essere, dai discorsi pronunciati[16], pienamente padroni della loro mente, tuttavia essi amministrano[17] il patrimonio in maniera tale da ridursi, se nessuno viene loro in soccorso, in assoluta povertà».

Ad una attenta lettura, il significato di questa proposizione ci sembra incentrato sul contrasto idoneità intellettuale-amministrazione rovinosa[18]. E proprio questa antinomia pare essere fonte di sorpresa e di stupore, come se la cancelleria imperiale, di fronte ad un fenomeno non raro (non est novum), si meravigliasse di come soggetti nel pieno delle proprie facoltà mentali[19] potessero ridursi in miseria.

---

15. A. AUDIBERT, Études, cit., 156.

16. Cfr. Cass. Civ., 3-12-1988, n. 6549, citata inizialmente, nella cui motivazione si legge: «Ed infatti i giudici del merito hanno avuto cura di sottolineare le risposte puntuali, le puntigliose spiegazioni delle operazioni economiche sbagliate, fornite in sede di interrogatorio dal C. che ha controbattuto punto per punto tutti i rilievi dalla ricorrente assunti, sin nell'atto introduttivo, come momenti qualificanti della domanda di interdizione o di inabilitazione».

17. Il fatto che dall'amministrazione, ovvero da un comportamento, si possa risalire ad un modo di essere, è sottolineato da BALDUS, In *primam* et secundam Infortiati partem *commentaria,* Venetiis 1577, 29, il quale così si esprime: «... sic qualitas mentis probatur per actus exteriores, nam exteriora indicant secreta animi».

18. La parte conclusiva del rescritto sembrerebbe di sostegno a questa opinione: nam equum est prospicere nos *etiam* eis, qui quod ad bona *ipsorum* pertinet, furiosum faciunt exitum. Affermare che vi sono soggetti che, limitatamente all'aspetto patrimoniale, «fannola fine dei folli», non significherebbe attestare una loro incapacità intellettiva, e quindi rilevare analogie sostanziali tra figure diverse, bensì che iprodigi, pur essendo pienamente capaci, ciononostante si riducono in povertà, stato nel quale si troverebbero ben presto anche i furiosi se fossero lasciati in balia di loro stessi.

19. Se, da una parte, queste osservazioni escludono il parallelismo tra il prodigo e il folle, dall'altra, non ci dicono nulla in ordine alla sfumatura con cui si sarebbe colorato il fenomeno in questione. Tuttavia, l'esistenza di una 'infermità' pare confermata dal pr. del medesimo passo: D. 26,5,12 *pr.*(Ulp. 3 de *off.*): His qui in ea causa sunt ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit. Ai sensi di questa definizione, prodigus era colui che si trovava in una condizione tale da non essere in grado di amministrare il proprio patrimonio. Tuttavia, la proposizione, come si desume da altri passi del Digesto (D. 3,1,5; D. 3,3,1,2; D. 27,1,10,8; D. 50,5,13 pr.) e delle Istituzioni (Inst. 1,23,3), non è stata coniata per un'unica ed esclusiva situazione, bensì come paradigma riassuntivo di più soggetti, quali ad esempio qui morbo perpetuo *laborant* o oppressi da *adversa* valetudo; ma ciò sarebbe stato possibile nella misura in cui ognuno di questi soggetti avesse partecipato di un comune denominatore. Ora, se per prodigo si intendesse ogni dissipatore di beni, compreso il cattivo amministratore, sinceramente non riusciamo a scorgere il legame tra tale soggetto e il mentecatto, il sordo, il muto, l'ammalato, ovvero individui che, a causa di una infermità mentale o fisica, apparivano realmente limitati nelle loro facoltà e nelle loro funzioni. A nostro parere, è questo il primo segnale di una diversa concezione.

In conclusione, non ci pare che questo passo porti alcun sostegno all'idea che i romani abbiano inteso la prodigalità come insania.

Lo stesso discorso, secondo noi, vale per

> D. 27,10,16 (Tryph. 13 disp.): Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorern, ut rescripto divi Marci continetur. 1 His consequens est, ut et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat praetor eumque dare curatorem[20]...

Siamo in tema di conferma del curatore[21]. Se il padre ha nominato al proprio figlio, in quanto *furiosus,* un curator, il pretore avrebbe dovuto uniformarsi alla volontà paterna. *His* consequens est che anche nel caso in cui il padre avesse nominato un curatore al proprio figlio, in quanto *prodigus*, il magistrato non avrebbe potuto allontanarsi dall'indicazione data[22].

Se è vero che l'accostamento tra prodigo e furioso è documentato da un numero di passi[23] molto più elevato rispetto a quelli che l'opinione in discussione sottolinea (e tra questi anche il passo di Trifonino in discorso), ciò dipende dalla comune disciplina, incentrata sulla figura del curator, tra prodigus e furiosus.

Verosimilmente, nella citazione congiunta dei due casi ha avuto un ruolo determinante anche la comune previsione nelle XII Tavole. Ma, al di là di questo, non crediamo che le medesime regole siano dovute alla circostanza che la prodigalità sia stata intesa come una specie di insania *mentis*. E il passo di Trifonino in questione nulla offre a sostegno della tesi che critichiamo.

---

20. D. 27,10,16 (Tryph. 13 *disp.*): ... *sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aiiquid testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus? 2 Potuit tamen pater et aiias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse et exheredasset filium eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum iegasset addita causa necessitateque iudicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub condicione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. 3 Sed quid si nec ad hoc consensurus esset prodigus? sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aiiquid forte suum vitium idoneum putaverit.*

21. *L.* DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995, 298 s., la quale fa giustamente notare che, nonostante la forma verbale *dare*, ci si trova di fronte ad un provvedimento di conferma.

22. Sul testo Audibert è intervenuto anche con un lavoro autonomo: *A.* AUDIBERT, *Du curateur donné par testament au prodigue en droit romain*, in *NRH* 16 (1892), 5 ss.

23. Ulp. 12,2; Ulp. 20,13; D. 2,2,17,2; D. 2,14,28,1; D. 15,4,1,9; D. 23,3,5,3; D. 26,7,48; D. 26,7,55,4; D. 27,4,1,2; D. 27,9,11; D. 27,10,1 *pr.;* D. 27,10,13; D. 27,10,15,1; D. 32,50,2; D. 42,4,7,12; D. 42,5,19,1 e D. 42,5,21; D. 45,1,6; D. 46,1,25; D. 46,2,34,1; D. 46,6,4,8; D. 50,4,1,4; Inst. 1,23,3; Inst. 2,12,12; C. 5,70,1.

Ci sembra del tutto conforme ai principi generali che il giurista consigli al pretore di confermare come curatore del prodigo il nome indicato dal padre, così come avviene, prima ancora che per il furioso, per il pupillo e, quindi, per il tutore di esso.

Vediamo, infine, il passo che, ad una prima lettura, sembrerebbe sostenere inoppugnabilmente l'opinione che stiamo criticando.

Si legga:

> D. 50,17,40 (Pomp. 34 ad Sab.): Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est[24].

Prima di trarre frettolose e avventate conclusioni, è opportuno ricostruire il contesto in cui, con ogni verosimiglianza, si inseriva il frammento in questione.

Lenel[25] accosta il testo a D. 39,3,19 (Pomp. 14 ad Q. Muc.) e a D. 39,3,20 (Pomp. 34 ad Sab.), con il seguente risulato:

> [Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae:] sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est. Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

Siamo in materia di allontanamento delle acque piovane. Pomponio esordisce riferendo l'opinione di Labeone; ai sensi di questa, se un soggetto tollera l'opera intrapresa dal vicino, tale da permettere all'acqua piovana di recargli danno, non potrebbe esperire vittoriosamente l'actio aquae piuviae arcendae, ad eccezione del caso in cui il consenso tacito al lavoro sia stato causato da errore o imperizia oppure sia stato dato da un fuviosus o da eius cui bonis interdictum sit, cioè da un pvodigus.

Tuttavia, non ci sembra che dal passo di Pomponio, come vorrebbe l'opinione[26] in esame, si possa trarre come logica conseguenza «que le deux incapacités sont de même nature». Più semplicemente, il giurista si è espresso, con riguardo al prodigo, in termini di nulla voluntas, poiché ha posto l'accento sulla incapacità patrimoniale che discende dal provvedimento di interdizione. Se, infatti, l'assenso tacito all'opera altrui rientrava tra gli atti di disposizione del patrimonio, di cui il prodigo, come ben sap-

---

24. 11 passo è stato sospettato di interpolazione. Vedi, tra gli altri, G. PACCHIONI, Corso di diritto romano, II, Torino 1920, 105 n. 216; S. SOLAZZI, Diritto ereditario romano, II, Napoli 1933, 81 n. 2; G. ARCHI, sv. Curatela, in ED XI (1962), 491.

25. O. LENEL, *Palingenesia iuris* civilis, II, Graz 1960, 146.

26. A. AUDIBERT, Études, cit., 159 ss., così commenta: «Le prodigue interdit est comme le fou, il n'a pas de volonté... Elle signifie que le prodigue est considéré, du moins en tant qu'il veut amoindrir son patrimoine, comme ne jouissant pas de son bon sens, et que par conséquent son incapacité tient, comme celle du fou, à l'absence de volonté raisonnable... Nous n'hésitons pas à reconnaitre que le deux incapacités sont de même nature...».

piamo, non era capace, è perfettamente conseguente definire tale atto di implicito assenso come caratterizzato da *nulla voluntas*[27].

In conclusione, al prodigo *nulla voluntas est* rispetto agli atti di diminuzione patrirnoniale.

Infine, l'opinione che sostiene *l'insania* del *prodigus* ci sembra ulteriormente smentita dal seguente frammento attribuito ad Ulpiano:

> Ulp. 20,12[28]. Impubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet. 13 Mutus surdus furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest.

Il giurista, dopo aver enunciato le categorie di soggetti che non possono fare testamento – il testo è inserito nel titolo XX, *de testamentis* –, procede ad una spiegazione dell'incapacità: l'impubere, perché non ha ancora *plenum iudicium animi;* il muto, poichè non può pronunciare *verba nuncupationis;* il sordo, poichè non può udire le parole del *familiae emptor;* il folle, poichè non ha la *mens* per comprendere il significato dei suoi gesti; il prodigo, poichè *illi commercio interdictum est*[29].

Balza subito agli occhi la diversità[30] tra i primi casi e l'ultimo. Per quanto riguarda, infatti, l'impubere, il muto, il sordo e il folle, la causa del divieto appare legata alla natura dell'infermità che li contraddistingue, di seguito puntualmente descritta. Per il prodigo, invece, questo discorso non vale. Ulpiano cambia prospettiva e riconduce l'incapacità di testare del *prodigus* al risultato di un provvedimento e non, come negli altri casi, allo stato mentale o fisico del soggetto[31]: *quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest,*

---

27. Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale,* III, trad. it., Torino *1891, 105* n. p.

28. Ulp. 20,10. *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus [Marcus] constituit, ut filius familiae miles de eo pecuiio quod in castris adquisivit testamentum facere possit. 11 Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat se sui iuris esse, testamentum facere non potest.*

29. Cfr. *D.* 28,1,18 (Ulp. *1 ad Sab.).*

30. Un'altra diversità può vedersi anche nella elencazione iniziale, nella quale Ulpiano, mentre non si sofferma minimamente sul muto, sul sordo o sul folle, facendoli seguire l'uno all'altro – *mutus surdus furiosus* –, prima di *prodigus* introduce *itemque,* unitamente ad una breve spiegazione *(cui lege bonis interdictum est),* descrittiva del provvedimento di interdizione pronunciato nei suoi confronti.

31. Cfr. S. SOLAZZI, *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole,* in Studi Bonfante, I, Milano *1930, 58.*

In conclusione, non ci pare sostenuta da solide basi testuali la tesi[32], secondo cui il prodigus sarebbe stato inteso dai romani come una specie di *furiosus*. Ma, in ogni caso, anche se così fosse stato, il problema di partenza, cioè l'individuazione di quali condotte dispendiose fossero state reputate passibili di interdizione per prodigalità, resterebbe aperto.

3. – In altri termini, come dice Ulpiano, il sic *tractare* bona ad se pertinentia ut deducantur in egestatem o, come vedremo, altre espressioni simili, quali profundere *bona* dilacerando et dissipando, *corrumpere patrimonium*, effun*dere* patrimonium, in quali casi, rispetto a quali condotte ravvisano gli estremi della prodigalità e non quelli, ad esempio, dell'insania? O quelli di una giustificata necessità, se non addirittura quelli di una lodevole liberalità?

È noto che la cura prodigi ha radici antichissime. Non solo le XII tavole[33], ma, forse, anche i mores[34], antecedentemente alle norme decemvirali, la prevedevano.

Si legga:

> Ulp. 12,1. Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur. 2 Lex duodecim tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum. 3 A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

Il frammento ci informa dell'esistenza di due tipi di curatori: legittimi, previsti dalla legge delle XII tavole, e onorari, introdotti dal magistrato.

Fino all'estensione operata dal pretore, dunque, l'ordinamento giuridico romano avrebbe conosciuto soltanto un tipo di cura, appunto quella legittima. Ai sensi di questa, come si evince dalle parole del giurista seve-

---

32. A. AUDIBERT, *Études*, cit., 163 ss., cita, a sostegno della proria tesi, anche SEN., *contr.* 2,6; QUINT., *decl.* 346; QUINT., *decl.* 367; QUINT., *inst.* 11,1. Tuttavia, questi testi non sembrano probanti.

33. Cfr. *FIRA*², *I*, 40: Tab. 5,7c. Ulp. *ad Sab.* (D.27,10,1 pr.): *Lege XII tab. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.* Ulp. (fr. 12,2): *Lex XII tab. – prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.* Si veda anche Inst. 1,23,3: *Furiosi quoque et prodigi, Zicet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex Zege duodecim tabuiarum. sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores.*

34. D. 27,10,1 *pr.* (Ulp. *ad Sab.*): *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.* Per tutti, A. DERNBURG, *Pandette*, trad.it., I, p. I, Torino 1906, 159.

riano[35], avrebbero potuto configurarsi come *prodigi* soltanto gli eredi *ab intestato*[36].

In questo spaccato storico della *cura prodigi* sembrerebbe emergere che inizialmente, e questa era la disposizione delle XII Tavole, c'era un curatore agnatizio[37] nel caso di dissipazione di beni ricevuti *ab intestato*. Successivamente, il pretore avrebbe attribuito un curatore anche nel caso di dissipazione di beni ricevuti per testamento paterno.

Se è plausibile questo spaccato storico offerto dal passo attribuito ad Ulpiano, ne deriva che la *cura prodigi* era volta a salvaguardare entità patrimoniali[38] ben precise e limitate, ovvero l'eredità avita ricevuta *ab intestato* o con testamento.

Si deve immediatamente notare che l'ordinamento non manifesta alcun interesse per la salvaguardia del patrimonio altrimenti acquisito e questo è quanto basta per supporre che la *cura prodigi* dell'età più antica fosse destinata alla conservazione in senso pieno della *familia avita* e che, proprio per questo, qualsiasi atto decurtativo della ricchezza potesse esporre alla interdizione per prodigalità[39], senza distinguere se l'atto era dettato da dissolutezza, da leggerezza o, all'opposto, da nobile liberalità.

---

35. Questo risulta indirettamente dal § 3, secondo cui il pretore avrebbe esteso l'originaria previsione della legge decemvirale, decretando l'interdizione anche nei confronti di ingenui e libertini, istituiti eredi; i primi, perchè la *lex* XII tab. avrebbe previsto esclusivamente gli eredi legittimi e non quelli testamentari; i secondi, perchè costoro non potevano avere nè beni aviti nè agnati, semprechè questi, analogamente a quelli già contemplati dalla legge, decurtassero il loro patrimonio.

36. Ciò è comunemente ammesso. Tra gli altri, C. APPLETON, Le fou et *le prodigue* en droit *romain. A* propos d'un livre récent, in Revue générale du droit 17 (1893), 136 ss.; G. ROTONDI, Note *sull'istituto della* inabilitazione del prodigo, in Mon. dei Tribunali, sez. II, vol. XI, 1908, 821 ss., ora in IDEM, Scritti giuridici, II, Pavia 1922, 309; S. PEROZZI, Istituzioni di diritto romano, I, Roma 1928², 529; S. SOLAZZI, Interdizione e cura del prodigo, cit., 69; A. GUARINO, Il *furiosus*, cit., 253; F. SITZIA, sv. Tutela e curatela (diritto romano), in NNDI XIX (1980²), 918; F. DE VISSCHER, La curatelle et *l'interdiction* des prodigues, in Mélanges G. Cornil, II, Paris 1926, 539 ss., ora in IDEM, Études de droit *romain*, Paris 1931, 86, il quale vede la ragione della restrizione da parte del diritto arcaico ai soli eredi ab intestato nel fatto che «le titre d'heres *ex* testamento parentis affranchit les fils du contrôle et de la potestas éventuelle de la gens; il consacre son indépendance vis-à-vis de la *gens*».

37. Non affrontiamo qui il problema se l'interdizione discendesse direttamente dalla legge oppure occorresse comunque uno specifico prowedimento del magistrato. Sulla questione, tra gli altri, F. DE VISSCHER, La *curatelle*, cit., 23 ss.; P. COLLINET, *L'origine* du décret dtnterdiction des prodigues, in Mélanges Cornil, I, Paris 1926, 149 ss., ora anche in Labeo 41 (1995), 96 ss.; F. BOSSOWSKI, Cura prodigi et *luxuriosi*, Lwów 1929, 1 ss.; S. SOLAZZI, Interdizione e cura, cit., 46 ss.

38. In questo senso, per tutti, G. ARCHI, sv. curatela, cit., 491. Sembrano, invece, riconnetterlo alla follia, M. VOIGT, Das ius naturale, *aequum* et *bonum* und ius *gentium* der Romer, Leipzig 1875, 125 n.37; A. PERNICE, Labeo, I, rist. an., Tubingen 1963, 237 s.

39. Questa interpretazione sarebbe giustificata dalla particolare concezione della famiglia romana, organismo politico e religioso, la cui esistenza non avrebbe potuto, in alcun modo, essere messa in pericolo. Sul punto, cfr. A. GUARINO, Il *furiosus*,

Forse, una fase storicamente successiva risulta dalla formula del provvedimento d'interdizione:

> P.S. 3,4a,7[40]: Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia[41] tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re[42] commercioque interdico.

La formula[43], comunemente ritenuta espressione di un diritto antico[44] e parzialmente applicata in età più recente, pare incentrata su tre requisiti: la dispersione dei beni paterni e aviti, la minaccia della miseria[45] per la figliolanza e la nequitia.

L'accenno ai soli bona paterna *avitaque*[46] parrebbe confermare che l'ordinamento richiedeva, all'epoca, ancora la conservazione dei beni ricevuti dagli ascendenti[47], non anche di quelli acquisiti altrimenti, con la curiosa

---

cit., 253, il quale così si esprime: «il *paterfamilias* prodigus non era soltanto un dissipatore di beni materiali, egli era il dissipatore della sua stessa *familia*, il traditore della sua funzione di governo e, indirettamente, un danno gravissimo per l'unità della gens e per l'ordine della *civitas*». Inoltre, si veda G. ROTONDI, Note *sull'istituto*, cit., 309, il quale definisce la cura «quasi un mezzo per impedire che il retaggio famigliare venga insensatamente distratto dalla sua naturale destinazione».

40. J. BAVIERA, in FIRA[2], II, 358.

41. Cfr. J. CUJACIUS, In *Julii Pauli receptarum Sententiarum*, 111, in Opera, Par. Fabrot. edit., V, Prati 1838, 2104 n.b, il quale ha ritenuto il termine nequitia sinonimo di prodigalitas.

42. J. CUJACIUS, In *Julii Pauli* receptarum *Sententiarum*, in Opera, cit., V, 2105, prospetta, al posto di ob eam *rem* tibi ea re *commercioque*, la variante: ob eam rem tibi *eare commercioque*. Diversamente, E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae* anteiustinianea quae supersunt, Lipsiae 1886[5], 494 s., scrive: ob *eam rem* tibi *Lare commercioque*.

43. Si trattava di un *decretum*: cfr. VAL. MAX. 3,5,2.

44. L'incipit della medesima (quando tibi bona patema), tratto caratteristico dell'antichità (cfr. Gai 4,16; 4,17 a; 4,17 b; 4,21), il riferimento ai bona patema avitaque, sono gli elementi su cui la dottrina romanistica ha sostenuto l'assunto. Sulle ampie problematiche, si veda P. COLLINET, L'origine du décret, cit., 149 ss.; F. DE VISSCHER, La *curatelle*, cit., 55 ss.; S. SOLAZZI, Interdizione e cura, cit., 62 s.; A. GUARINO, *Commercium* e ius *commercii*, in Scritti G. Chiarelli, Milano 1973, ora in IDEM, Le origini quiritarie, cit., 266 ss.; M. KASER, Vom *Begriff des commercium*, in Studi V. Arangio-Ruiz, II, Napoli 1953, 152 ss.

45. Cfr. D. 26,5,12,2, sopra visto. Tuttavia, mentre in D. 26,5,12,2 la minaccia della miseria sembra riguardare esclusivamente il soggetto da interdire, in P.S. 3,4a,7 non si rinviene alcun riferimento al prodigo, bensì ai suoi figli.

46. Verosimilmente, il termine avitus rimanda, senza dover necessariementedistinguere tra beni ereditati dal padre o dall'avo, al patrimonio familiare in sè considerato.

47. Come fa giustamente notare S. SOLAZZI, Interdizione, cit., 61 ss., l'espressione bona paterna avitaque rimanderebbe ai beni ereditati, senza nulla dire in ordine alla loro provenienza. Secondo l'autorevole studioso, tuttavia, la locuzione, in quanto espressione del diritto antico, sarebbe stata impiegata con l'intento di designare soltanto i beni pervenuti ab intestato. *Contra*, P. COLLINET, L'origine du décret, cit., 151 ss., secondo cui la formula indicherebbe i beni ricevuti per testamento dal padre o dall'avo, con la conseguenza che l'interdizione avrebbe colpito il cittadino che dilapidava questa sorta di beni, mentre la legge delle XII tavole avrebbe assoggettato l'erede ab intestato alla cura legittima degli agnati o dei gentili.

conseguenza che la condotta dissipatrice nei confronti dei primi[48] avrebbe dato origine ad un decreto di interdizione, mentre la medesima condotta verso i secondi non avrebbe avuto alcuna implicazione.

Poi, il pericolo dell'egestas per la discendenza. Forse, come è stato notato[49], la presenza di una figliolanza costituiva un ulteriore requisito per la pronuncia d'interdizione.

Infine, il termine nequitia. Proprio il riferimento alla 'causa' della dispersione del patrimonio, ci induce a pensare che la formula sia espressione di un momento successivo, in cui, verosimilmente, la sola obiettiva decurtazione delle sostanze avite non sarebbe più bastata per la dichiarazione di prodigalità, ma sarebbe occorsa anche una causa moralmente reprensibile. Fossero le spese futili o le spese per assecondare i vizi o altro ancora, il termine nequitia, nella sua generica valenza negativa[50], non dice.

4. – Se all'epoca, sicuramente assai antica, a cui risale la formula d'interdizione, la prodigalità riguardava ancora la dispersione del patrimonio avito, ma già si era inclini a considerare come espressione di prodigalità solo certe condotte decurtative del patrimonio e non certe altre (le prime accorpate nel concetto di nequitia), successivamente si dovette allargare la figura del *prodigus*. Al caso di colui che disperdeva la *familia* ricevuta in eredità dal padre o dall'avo si devono essere aggiunti tutti i casi di disper-

48. Cfr. G. ARCHI, sv. *Curatela,* cit., 491.

49. Cfr. B. ALBANESE, *Le persone,* cit., 545.

50. Si veda la definizione di *nequitia* data Gellio, il quale rimanda ad altri autori. GELL. 6,11: *Consimiliter* Q. *quoque Claudius in primo annalium 'nequitiam' appellavit luxum vitae prodigum effusumque in hisce verbis: «Persuadent i cuidam adulescenti Lucano, qui adprime summo genere gnatus erat, sed luxuria et nequitia pecuniam magnam consumpserat». M. Vano in libris de lingua latina; «Ut ex "non" et "volo" inquit "nolo) sic ex "ne" et "quicquam" media syllaba extrita compositum est "nequam"». P. Africanus pro se contra Tiberium Asellum de multa ad populum: «Omnia mala, probra, flagitia, quae homines faciunt, in duabus rebus sunt, malitia atque nequitia. Utrum defendis, malitiam an nequitiam an utrumque simul? Si nequitiarn defendere vi~licet; si tu in uno scorto maiorem pecuniam absurnpsisti, quam quanti omne instrumentum fundi Sabini in censum dedicavisti, si hoc ita est: qui spondet mille nummum? si tu plus tertia parte pecuniae paternae perdidisti atque absumpsisti in flagitiis, si hoc ita est: qui spondet mille nummurn?* Inoltre, sempre in una accezione negativa, si veda ad esempio: PLAUT., *cas.* 160; CIC., *S. Rosc.* 46; CIC., *Cluent.* 13; CIC., *Cluent.* 51; CIC., *Catil.* 1,11; CIC., *Catil.* 2,5; CIC., *Phil.* 2,6; CIC., *Phil.* 2,27; CIC., *Phil.* 30; CIC., *Ven.* 2,1,30; CIC., *Verr.* 2,1,46; CIC., *Verr.* 2,1,47; CIC., *Verr.* 2,2,54; CIC., *Ven.* 2,2,78; CIC., *Ven.* 2,3,9; CIC., *Ven.* 2,3,44; CIC., *Verr.* 2,4,41; CIC., *Verr.* 2,5,13; CIC., *Verr.* 2,5,33; VARRO, *ling.* 10,5; SEN., *benef.* 3,15; SEN., *benef.* 4,27; SEN., *benef.* 7,19; SEN., *nat.* 1,16; SEN., *epist.* 2,14,11; SEN., *epist.* 5,42,3; SEN., *epist.* 8,74,15; SEN., *epist.* 9,75,15; SEN., *epist.* 10,81,22; SEN., *epist.* 11,87,30; SEN., *epist.* 11,88,7; SEN., *epist.* 15,94,54; SEN., *epist.* 15,95,14; SEN., *epist.* 16,97,12; SEN., *epist.* 16,97,14; SEN., *epist.* 20,122,14; MART., *epigr.* 1,106; MART., *epigr.* 4,42; MART., *epigr.* 6,82; APUL., *met.* 9,29.

sione anche di patrimoni altrimenti costituiti[51] (per eredità di terzi o per proprio lavoro). Proprio questa contrapposizione avrebbe spinto Ulpiano[52], come vedremo, a opporre alla previsione decemvirale una situazione successiva – lege *duodecim* tabularum... sed hodie pretores *vel* praesides –, senza dubbio diversa.

Quasi tutte le testimonianze a noi pervenute, infatti, non fanno alcuna distinzione tra dissipazione di beni aviti e dissipazione di altri beni. Nello stesso tempo, gran parte di queste testimonianze non offre chiare indicazioni sulla riflessione intorno alle 'cause' degli atti di decurtazione patrimoniale, che praticamente potevano dar luogo ad una dichiarazione di prodigalità.

Nel linguaggio tecnico corrono espressioni come male dissipare bona[53], sopra visto. L'avverbio male si ritrova ancora in un passo di Gaio:

> Gai 1,53[54]: ... Et utrumque recte fit; male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

Il termine *male,* con la sua polivalenza semantica[55], finisce per essere poco espressivo ai fini dell'individuazione degli atti di decurtazione patrimoniale passibili di prodigalità[56].

---

51. In argomento, B. ALBANESE, Le persone, cit., 546 n.633.
52. Cfr. D. 27,10,1 pr.
53. Cfr. Ulp. 12,3.
54. S. SOLAZZI, Glosse a Gaio, in Studi S. Riccobono, Palermo 1936, 71 ss., non ritiene autentico il frammento da et *utrumque* a *administratio*. A favore dell'interpolazione, M. FASCIATO, Note sur *l'affranchissement* des esclaves abandonnés dans *l'île d'Esculape,* in RHD 27 (1949), 462 n.3; inoltre, F. WIEACKER, *Oströmische Gaiusexemplare,* in Festschrift F. Schulz, Weimar 1951, 120 n. 4, con ampia bibiografia in argomento. In questo senso, ancora S. SOLAZZI, L'abuso del diritto in Gai 1.53, in SDHI 20 (1954), 304 ss., ora in IDEM, Scritti di diritto romano, cit., VI, 665 ss. Incerto F. SCHULZ, I principi del diritto romano, trad. it., Firenze 1949, 138 n. 97. *Contra,* M. DAVID - W. NELSON, Gai *Institutionum,* Leiden 1954, 75 s. Vedi, inoltre, F. DE MARTINO, Individualismo e diritto romano privato, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, II serie, 16,1,1941, 1 ss., ora in IDEM, Diritto e società nell'antica Roma, Roma 1979, 286 ss.; M. BARTOSEK, *Sul* concetto di atto *emulativo* specialmente nel diritto romano, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, III, Milano 1948, 206 ss.
55. Ad esempio, l'avverbio male è usato dalla giurisprudenza senza alcun risvolto etico in D. 1,5,8; D. 2,14,4,2; D. 5,2,8,14; D. 7,3,1,4; D, 9,2,11 pr.; D. 9,2,27,33; D. 10,4,7,7; D. 16,2,4; D. 17,1,29,1; D. 21,2,4,1; D. 26,3,4; D. 27,2,1,3; D. 30,41,4; D. 32,52,5; D. 38,1,10 *pr.*; D. 38,2,3,14; D. 39,2,28; D. 44,4,2,6; D. 46,3,67; D. 47,7,3,1. Diversamente: D. 24,3,20; D. 26,7,3,3; D. 36,1,63,10; D. 37,12,5; D. 47,10,15,44.
56. Riportiamo per intero Gai 1,53: *Sed* hoc *tempore* neque civibus *romanis* nec ullis aliis *hominibus,* qui sub *imperio* populi romani sunt, licet supra *modum* et *sine* causa in sewos suos *saevire; nam* ex constitutione *imperatoris* Antonini qui *sine* causa *servuum suum* occiderit, non *minus* teneri iubetur, *quam* qui *alienum servum*

Lo stesso può dirsi di un passo di Paolo:

> P.S. 3,4a,12: Prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest et ad testamenti sollemnia adhiberi potest.

Il giurista parla di recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus per designare quei requisiti che avrebbero permesso al prodigo di riacquistare la capacità di fare testamento e di partecipare alle solennità di un testamento altrui.

L'espressione vitae sanitas, impiegata unitamente a boni mores[57], pur adombrando il riferimento alla sfera etica, non ci informa direttamente e con precisione su quali comportamenti avrebbero dato origine all'interdizione.

Più interessante è l'impiego dei termini *luxuriose* e *luxuriosus*, per la

---

occiderit. Sed et *maior* quoque *asperitas* dominorum per *eiusdem* principis constitutionem coercetur; *nam* consultus a *quibusdam* praesidibus provinciarum de his servis qui ad fana *deorum vel* ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur *dominorum* saevitia, cogantur servos suos vendere. Et *utrumque* recte *fit;* male enim nostro *iure* uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum *suorum* adrninistratio. Il giurista riferisce il contenuto di due costituzioni di Antonino Pio (D. 1,6,2), con le quali l'imperatore sanzionava la condotta particolarmente crudele del padrone nei confronti del proprio servo: il dominus che avesse ucciso senza ragione il *servus* avrebbe risposto non meno dell'uccisore dello schiavo altrui; colui, invece, che non si fosse spinto fino al limite estremo della morte, ma si fosse limitato a trattare duramente il servo, si intolerabilis videatur dominorum saevitia, avrebbe dovuto venderlo. Riferito all'uccisione o alla tortura del servo da parte del padrone, l'avverbio male, preceduto dalla forma recte, in palese contrapposizione, innalza la componente etica a principio giuridico, limite alla libera disposizione dei propri beni. Cfr. F. SCHULZ, I principi del diritto, cit., 137 s., il quale parla di vincoli derivanti dalla pietas, dalla *fides,* dall'humanitas. La sensazione, nel leggere il passo delle Institutiones gaiane, è che, nel trattare di tutt'altro, sia sorto, immediato, nella mente del loro autore, un collegamento logico tra la crudeltà del dominus e il comportamento del prodigus. La valutazione negativa nei confronti di una condotta scellerata ha, forse, richiamato un analogo giudizio di riprovazione.

57. Sulla nozione di boni mores, si veda, ad esempio: D. 28,7,15 (Pap. 16 quaest.): ... nam quae *facta* laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter *dixerim, contra* bonos mores *fiunt,* nec *facere* nos posse *credendum* est. Interessante ed esplicativo il commento di J. CUJACIUS, *Commentarius* in Lib. *XVI Quaest. Aemilii* Papiniani, ad L. W. de cond. institut., in Opera, cit., IV, 1164, il quale, rispetto alle condizioni apposte alle disposizioni di ultima volontà *contra* bonos mores, cita D. 28,7,9: ... «si patrem ab hostibus non redemerit, l. 9.h. t. quod filius non potest facere pietate illaesa: vel si patrono aut patri alimenta non suppeditaverit, quae res pietatem laedit, nec possit sine rubore negare alimenta patri: verecundiam igitur pulsat ea res... Item si homicidium fecerit, si lenocinium, si adulterium, quae res existimationem laedit». Inoltre, IDEM, Recitationes *solemnes*. Ad *Lib.* 11 Codicis, ad L. VI, in Opera, cit., IX, 84, che distingue tra mores naturales, cioè propri di tutte le genti e mores civiles, cioè propri di una comunità o di un popolo.

possibilità che questi si carichino, nei contesti che vedremo, del significato esprimente ciò che è depravato e immorale.

Si veda Paolo:

> D. 27,10,15 pr. (Paul. 3 sent.[58]): Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest.

Cujacio[59], traducendo il termine luxuriose con libidinose et *turpiter,* ha creduto che il giurista si riferisse alla meretrice. Anche Accursio ha pensato alla prostituta, perchè, essendo «prodiga suae personae[60]», si sarebbe presunta anche prodiga delle proprie sostanze.

Tuttavia, è opportuno dire che l'avverbio luxuriose non ha significato univoco, potendo descrivere tanto una condotta depravata, quanto una condotta al di sopra delle proprie possibilità, eccessiva o lussuosa. Non è mancato, infatti, chi[61] ha ricondotto luxuriose a qualsiasi comportamento connesso alla dissoluzione del patrimonio[62].

Anche un passo di Ulpiano pone analogo problema:

> D. 4,3,11,1 (Ulp. 11 ad edict.): Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. et ita Labeo. quid ergo est? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat[63].

Nel frammento[64] si nota l'accostamento del prodigus al *luxuriosus* e al viiis, contrapposti, tutti, all'*homo* vitae emendatioris.

---

58. D. 27,1,15 pr. = P.S. 3,4a,6.

59. J. CUJACIUS, In *Julii Pauli receptarum sententiarum,* in Opera, cit., V, 2103. Sempre J. CUJACIUS, Ad Tit. de *verborum* obligationibus, ad L. Is cui 6, in Opera, cit., VI, 709, definisce *luxuria* «omnis dissolutio morum».

60. ACCURSIUS, Glossa in *Digestum Infortiatum,* in *Corpus Glossatorum* Juris *Civilis,* VIII, Torino 1968, 92, ad D. 27,10,15 pr.

61. Tra gli altri, D. GOTHOFREDUS, *Corpus* Iuris *Civilis,* Lugduni Batavorum 1663, 392, ad D. 27,10,15 pr.; G. FORNERIUS, *Selectionum,* I, 5, in Thesaurus Juris Romani, *cum* praefatio E. Ottonis, Basileae 1744, 50 s.; J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius* in quinquaginta Zibros *Pandectarum,* II, Coloniae Allobrogum 1762, 35, ad D. 27,10,15 pr.; F. GLÜCK, *Commentario,* cit., XXVII, 764.

62. Che la Zuxuria fosse strettamente connessa alla dissoluzione del patrimonio, lo conferma anche FEST., PAUL., *exc.* SV. Zuxa (L. 106): Zuxa membra e suis Zocis mota et *soluta,* a quo *luxuriosus* in re familiari solutus. Inoltre, sempre FEST., PAUL., exc. sv. prodiguae hostiae (L. 296): prodiguae hostiae vocantur, ut ait Veranius, quae *consumuntur;* unde *homines* quoque *luxuriosi,* prodigi.

63. Il frammento si trova nel libro IV, titolo III, de *dolo malo.*

64. Il giurista severiano esclude che l'azione di dolo, in quanto infamante, potesse essere accordata, per la particolare condizione dei soggetti interessati, al figlio o al liberto contro il genitore o il patrono, ma anche al lussurioso, al prodigo o

Questi due ultimi testi fanno pensare che, giusta il significato di *luxurio-*se o *luxuriosus* sostenuto dagli antichi commentatori, una attenzione particolare in età storica fosse riservata alle spese per scopi turpi.

Quel che sorprende, nei passi dei giuristi classici fino ad ora visti, è la loro spiccata inclinazione a porre l'accento, per così dire, sull'aspetto soggettivo, causale, degli atti di disposizione patrimoniale passibili di rawisare un'ipotesi di prodigalità, piuttosto che sull'elemento oggettivo del pericolo di povertà. Infatti, in tali passi non vi è menzione dell'*egestas,* se non nel rescritto di Antonino Pio, citato da Ulpiano, ove il richiamo non sembra tecnico.

Come interpretare questo dato? Come una tendenza a considerare cause di prodigalità certe spese, indipendentemente dal fatto che importassero un reale rischio di impoverimento? La cura prodigi come una sorta di cura *morum*?

Quanto all'ingiustificatezza degli atti di decurtazione patrimoniale pare che alcuni giuristi non siano andati oltre una generica indicazione di rimproverabilità morale di tali atti, espressa con l'avverbio *male*[65], le locuzioni sanitas vitae e bonos *mores*[66].

Fa eccezione Paolo il quale sembra privilegiare gli atti di diminuzione compiuti per cause turpi[67]. Lo stesso Ulpiano non pare insensibile a tale tipologia di atti là dove avvicina senz'altro il *luxuriosus* al prodìgus nel negare loro la legittimazione attiva all'azione di dolo.

5. – A questo punto, resta da chiedersi se nella tradizione giurisprudenziale classica a noi pervenuta in argomento, sia veramente assente – come sembra – una riflessione organica su quel che dovesse intendersi per atti di prodigalità e, in particolare, se manchi qualsiasi riferimento al rapporto tra prodigalità e liberalità.

---

ad un individuo altrimenti vile nei confronti di una persona di vita emendata. Occorre, tuttavia, far presente che il testo è stato considerato interpolato laddove menziona il prodigo. Per tutti, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo,* Padova 1937, 258; IDEM, *Sul regime giustinianeo dell'actio de dolo,* in Studi *G.* Zingali, III, Milano 1965, 490.

65. Cfr. Gai. 1,53 e Ulp. 12,3.

66. Cfr. P.S. 3,4a,12 e D. 27,10,1 *pr.*

67. Sembrano deporre in tal senso: VAL. MAX. 3,5,2: *Age* Q. *Fabi Maximi Allobrogici et civis et imperatoris clarissimi filius* **Q.** *Fabius Maximus quam perditam luxuria vitam egit! Cuius et cetera flagitia obliterentur, tamen abunde illo dedecore mores nudari possunt, quod ei* **Q.** *Pompeius praetor urbanus paternis bonis interdixit, neque in tanta civitate qui illud decretum reprehenderet inventus est: dolenter enim homines ferebant pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis dissici.* CIC., *Cato* 7: *Sophocles ad summam senectutem tragoedias fecit; quod propter studium cum rem neglegere familiarem videretur, a filiis in iudicium vocatus est, ut quem ad modum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet, sic illum quasi desipientem a re familiari removerent iudices.* SHA, *Marc.* 10, 12: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.*

Vediamo il seguente frammento di Ulpiano:

> D. 27,10,1 pr. (Ulp. 1 ad *Sab.*): Lege duodecim tabularum prodiga interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit[68], curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

Come abbiamo già accennato, Ulpiano[69] contrappone la disciplina decemvirale, e forse predecemvirale, della prodigalità alla disciplina che vige al presente.

Ci sembra plausibile, come già osservato, che il primo termine della contrapposizione rinvii all'epoca in cui solo l'erede legittimo, limitatamente al patrimonio ereditario e per qualsiasi atto decurtativo del medesimo, poteva incorrere nella condizione di prodigus (noi sappiamo *aliunde* che vi è stato, sempre in antico, un ulteriore ampliamento, volto a comprendere anche l'erede testamentario). Il secondo termine della contrapposizione è l'hodie, il presente ulpianeo, ove poteva essere prodigo chiunque – erede o non erede, rispetto al patrimonio ricevuto dall'avo, da un estraneo o personalmente costituito – neque tempus neque finem expensarum habet, sed *bona sua dilacerando* et dissipando *profudit*.

Ciò che ci preme sottolineare sono proprio queste parole. Esse potrebbero esprimere una abbastanza approfondita sistematica delle expensae che potevano dare origine a prodigalità: precisamente le expensae che non hanno neque tempus neque finem.

Da questo desumiamo che ogni spesa sarebbe stata connotata da un tempus e da una *finis*. Ma a quali concetti rimandavano le due espressioni?

Problematica appare la locuzione tempus. Cosa significa che ogni *expensa* ha un *tempus*[70]? Forse che le spese avvenivano senza limiti di tem-

---

68. TH. MOMMSEN, Digesta *Iustiniani* Augusti, I, ad D. 27,10,1 pr., 812 n.1: *profundit*?

69. Non è mancato chi, anche con riferimento a questo passo, ha sostenuto l'intervento compilatorio, negando la paternità ulpianea al periodo sed solent - furiosi. Tra gli altri, S. SOLAZZI, *Interpolazioni* in *Ulp.* 12, in *RIL* 55 (1922), 381 ss., ora in IDEM, Scritti di diritto romano, cit., II, 538 n.4; M. KASER, Das *römische* Privatrecht, I, Munchen 1955, 75 n. 11; G. WESENBERG, *Prodigus,* in Pauly-Wissowa XXIII[1], Stuttgart 1957, 1279 s.

70. Il termine *tempus* non è preso in considerazione da A. AUDIBERT, Études, cit., 151, il quale traduce la proposizione in questo modo: «C'est un usage établi, pour les préteurs et les gouverneurs de province, s'ils reconnaissent qu'une personne ne met pas de borne à ses dépenses, mais, à force d'excès et de gaspillages, dissipe son patrimonie...».

po[71], cioè in continuazione, senza sosta, o non piuttosto – cosa che noi pensiamo – che esse mancavano di una circostanza, di una occasione che le giustificasse sul piano etico[72]?

Per quanto riguarda, invece, il termine *finis*, esso indicherebbe la misura, il confine[73]; ogni investimento, cioè, avrebbe dovuto essere limitato, contenuto.

Se così fosse, secondo Ulpiano avrebbero potuto dare origine a *prodigalitas* non solo le spese senza una motivazione moralmente apprezzabile, ma anche quelle giustificate che, tuttavia, cessavano di esserlo nel caso in cui fossero 'senza fine', e tali ci appaiono gli atti di liberalità.

Sembra di sostegno a questa interpretazione il fatto che la Glossa[74] richiami in proposito Cicerone, e questo richiamo ci può dire finalmente qualcosa intorno ai rapporti tra prodigalità e liberalità nel pensiero dei giuristi tardo classici.

Si legga:

> CIC., *off.* 2, 16: Omnino duo sunt genera largorum, quorum alteri prodigi, alteri liberales: prodigi, qui epulis et viscerationis et gladiatorum muneribus ludorum venationumque apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut brevem aut nullam omnino sint relicturi; liberales autem, qui suis facultatibus aut captos a praedonibus redimunt aut aes alienum suscipiunt amicorum aut in filiarum collocatione adiuvant aut opitulantur vel in re quaerenda vel augenda... 18... Est enim non modo liberale paulum non numquam de suo iure decedere, sed interdum etiam fructuosum. Habenda autem ratio est rei familiaris, quam quidem dilabi sinere flagitiosum est...

---

71. Cfr. A. WATSON, The Digest of Justinian, II, Philadelphia 1985, 812: «... if they encounter persons who have set neither time limit nor boundary to their expenditure...». Ambiguo il senso della traduzione di AA.VV., *El Digesto* de Justiniano, II, Pamplona 1972, 290: «... si encuentran quien no es capaz de llevar cuenta del tiempo y limite de sus gastos...».

72. Non del tutto chiare le parole di G. ROTONDI, Note *sull'istituto*, cit., 313, secondo cui la definizione ulpianea coglierebbe soltanto l'aspetto oggettivo della nozione di prodigalità, senza addentrarsi «nel movente subbiettivo psicologico».

73. In questo senso J. CUJACIUS, Ad Tit. de *verborum* obligationibus, ad L. Is cui 6, in Opera, cit., VI, 709, che interpreta ***finem*** come *fundum*: «neque finem hoc est quod dicitur, prodigalitatem non habere fundum».

74. Infortiatum, *Pandectarum Iuris Civilis*, II, Lugduni 1552, 158, ad D. 27,10,1 pr.

A dir il vero la Glossa parla di «in hac sententiam, extat apud Ciceronem l. II de officiis prodigorum descriptio[75]».

Se con tali parole si intende sostenere che c'è coincidenza tra il passo di Cicerone e il passo di Ulpiano, questo non ci sembra esatto. Cicerone non fa riferimento a tutti i prodighi, ma soltanto ai *largi*, ai donatori, i quali si dividono in *prodigi* e *liberales*[76].

Prodigi[77] sono coloro che donano per cose dal breve o vuoto ricordo, cioè per banchetti e distribuzioni di carne, per spettacoli gladiatorii e allestimenti di giochi e di cacce. *Liberales*[78], al contrario, coloro che donano per una causa importante e duratura, owero coloro che riscattano i prigionieri dai nemici, si accollano i debiti degli amici, li aiutano a trovare una sistemazione per le figlie, li sowengono nel costituire o incrementare il patrimonio.

Tuttavia, anche il liberale avrebbe dovuto rispettare un preciso e ineluttabile limite: la conservazione della *res familiaris*, dilapidare la quale sarebbe stato *flagitiosum*. Una volta varcato il confine ultimo[79], anche colui che avesse impiegato la propria sostanza per nobili cause sarebbe ricaduto *inter prodigos*.

Se, dunque, in Cicerone sono rintracciabili entrambi gli aspetti della prodigalità, la tipologia della liberalità e l'illimitatezza della stessa, per quale ragione la Glossa avrebbe richiamato il passo dell'oratore, se non per il fatto che in esso vedeva le medesime sfumature descritte da Ulpiano?

---

75. *Infortiatum*, cit., 158.

76. Sullo stretto rapporto tra le due figure: QUINT., *inst.* 3,7: *Idem praecipit illud quoque, quod mox Cornelius Celsus prope supra modum invasit, quia sit quaedam virtutibus ac vitiis vicinitas, utendum proxima derivatione verborum, ut pro temerario fortem, prodigo liberalem, avaro parcum vocemus: quae eadem etiam contra valent*. SEN., *epist.* 20,8: *Adiciam quod mirum fortasse videatur: mala interdum speciem honesti obtulere et optimum ex contrario enituit. Sunt enim, ut scis, virtutibus vitia confinia, et perditis quoque ac turpibus recti similitudo est: sic mentitur prodigus liberalem, cum plurimum intersit utrum quis dare sciat an servare nesciat.* Infine, MART., *epigr.* 1,99.

77. Sull'uso negativo dell'espressione *prodigus*, si veda: PLAUT., *Amph.* 1031; PLAUT., *Most.* 875; Crc., *Catil.* 4,10; CIC., epist. 23,3; RHET. HER. 4,34.; HOR.,*ars* 161 ss.; HOR., *epist.* 1,7,20 ss.; *HOR., epist.* 2,195; HOR., *sat.* 1,2,5 ss.; QUINT., *inst.* 7,2; SEN., *dial.* 4,7; SEN., *epist.* 20,21; TAC., *ann.* 2,48; TAC., *ann.* 15,35; TAC., *hist.* 1,66; SVET., *Cal.* 37; SVET., *Otho* 2; SVET., *Tib.* 42; FRONTO, *de nipote amisso* 2,9; ISID., *etym.* 10,215.

78. Sull'uso dell'espressione *liberalis*, si veda: CIC., *Zeg.* 1,18; CIC., *Q. Rosc.* 7; CIC., *Lael.* 9; CIC., *Lael.* 14; NEP., *Alc.* 1,1; SALL., *Catil.* 7,1; SEN., *epist.* 2,20; GELL. 17,5; ISID., *etym.* 10,156.

79. Sulle necessarie limitazioni alla liberalità, vedi anche CIC., *off.* 1,14.

Poniano a confronto i due passi:

CIC., *off.* 2, 16: Omnino duo sunt genera largorum, quorum alteri prodigi, alteri liberales: prodigi, qui epulis et viscerationis et gladiatorum muneribus ludorum venationumque apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut brevem aut nullam omnino sint relicturi; liberales autem, qui suis facultatibus aut captos a praedonibus redimunt aut aes alienum suscipiunt amicorum aut in filiarum collocatione adiuvant aut opitulantur vel in re quaerenda vel augenda... 18... Est enim non modo liberale paulum non numquam de suo iure decedere, sed interdum etiam fructuosum. Habenda autem ratio est rei familiar i ~quam quidem dilabi sinere flagitiosum est...

D. 27,10,1 pr. (Ulp. 1 ad Sab.): Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

I1 richiamo della Glossa sembra appropriato. Sia Cicerone (profundunt in eas res, quorum memoriam aut *brevem* aut nullam omnino sint *relicturi*), sebbene limitatamente agli atti di donazione, che Ulpiano, con riferimento ad ogni atto diminutivo del patrimonio – sia questo una decurtazione per acquisti futili, per soddisfare vizi o per liberalità effimere –, esprimono la necessità che la ricchezza sia impiegata per cause eticamente apprezzabili. Ma anche queste ultime devono avere un limite, al di là del quale potrebbero integrare gli estremi della prodigalità.

È verosimile, pertanto, ritenere che Ulpiano, con il rinvio a neque *tempus expensarum habet*, abbia in mente colui che investe per scopi immorali, mentre, con l'espressione neque *finem expensarum* habet, il liberalis, cioè colui che spende giustificatamente, ma che, se non si limita, diventa, pure lui, un prodigus.

Del resto, la riflessione sulla diversificazione degli atti di donazione, che appare in Cicerone, aveva già trovato nel pensiero greco illustri precedenti. Platone, nel libro V delle Leggi[80], associa alla natura malvagia e

80. PL., *Lg.* 5,743 b-c: *Ἔστιν δὲ ὁ μὲν ἀγαθὸς τούτων, ὁ δὲ οὐ κακὸς ὅταν μὴ φειδωλός, τοτὲ δέ ποτε καὶ πάγκακος, ἀγαθὸς δέ, ὅπερ εἴρηται τὰ νῦν, οὐδέποτε. Ὁ μὲν γὰρ δικαίως καὶ ἀδίκως λαμβάνων καὶ μήτε δικαίως μήτε ἀδίκως ἀναλίσκων πλούσιος, ὅταν καὶ φειδωλὸς ᾖ, ὁ δὲ πάγκακος, ὡς τὰ πολλὰ ὢν ἄσωτος, μάλα πένης.*

deviata dell'uomo[81] (*ὁ δὲ πάγκακος, ὡς τὰ πολλὰ ὢν ἄσωτος, μάλα πένης*) la tendenza a vivere in modo dissoluto e senza limiti, e mostra così di pensare al prodigo anzitutto come ad un soggetto lontano dal modello etico del buon cittadino[82].

Aristotele[83], nel IV libro dell'Etica Nicomachea, distingue l'*ἐλευθεριότης*[84], giusta misura riguardo all'uso delle ricchezze, dalla *ἀσωτία* e dalla *ἀνελευθερία*, rispettivamente eccesso e difetto nell'uso medesimo:

> ARIST., EN 4,1,1120 a: *ai δὲ κατ᾽ ἀρετὴν πράξεις xahai καὶ τοῦ καλοῦ ἕνεκα· καὶ ὁ ἐλευθέριος οὖν δώσει τοῦ καλοῦ ἕνεκα. καὶ ὀρθῶς· οἷς γὰρ δεῖ καὶ ὅσα καὶ ὅτε, καὶ τἆλλα ὅσα ἕπεται τῇ ὀρθῇ δόσει... ὁ δὲ διδοὺς ὡς μὴ δεῖ, ἢ μὴ τοῦ καλοῦ ἕνεκα ἀλλὰ 6ra τιν᾽ ἄλλην αἰτίαν, οὐκ ἐλευθέριος ἀλλ᾽ ἄλλος τις ῥηθήσεται...* 1120 b... *οὐδ᾽ ἀμελήσει τῶν οἰκείων, βουλόμενός γε διὰ τούτων τισὶν ἐπαρκεῖν. οὐδὲ τοῖς τυχοῦσι δώσει, ἵνα ἔχῃ διδόναι οἷς δεῖ καὶ ὅτε καὶ οὗ xahov... ὥσπερ γὰρ εἴρηται, ἐλευθέριός ἐστιν ὁ κατὰ τὴν οὐσίαν δαπανῶν καὶ εἰς a δεῖ· ὁ δ᾽ ὑπερβάλλων ἄσωτος.*

I1 criterio valutativo è chiaro: l'elargizione deve essere fatta nel pieno rispetto della norma morale, riassunta dal filosofo ateniese nella massima *οἷς δεῖ καὶ ὅσα καὶ ὅτε*, senza disperdere il patrimonio familiare, *τὰ οἰκεῖα*[85].

---

81. A questo genere di uomo, Platone affianca il *φειδωλός*, ovvero un soggetto avaro o parco nelle spese, il quale si sarebbe conservato ricco.

82. Secondo Platone, infatti, il buon cittadino, *ὁ ἀγαθός*, come non potrebbe mai diventare veramente facoltoso, poichè ama investire le proprie sostanze in opere benefiche, così non potrebbe nemmeno ridursi in miseria, poichè, diversamente dal *πάγκακος*, non ha una natura inclinata alla distruzione del patrimonio.

83. Tuttavia, rispetto a Cicerone, che condanna l'evergetismo ed in genere ogni elargizione offerta alla collettività sociale, estranea alla sfera delle amicizie e delle clientele private, Aristotele si dichiara favorevole ad ogni forma di liberalità. ARIST., EN 4,2,1122 b: *ἔστι δὲ τῶν δαπανημάτων οἷα λέγομεν τὰ τίμια, οἷον τὰ περὶ θεούς, ἀναθήματα xai κατασκευαὶ xai θυσίαι, ὁμοίως δὲ καὶ περὶ πᾶν τὸ δαιμόνιον, καὶ ὅσα πρὸς τὸ κοινὸν εὐφιλοτίμητά ἐστιν, οἷον εἴ που χορηγεῖν οἴονται δεῖν λαμπρῶς ἢ τριηραρχεῖν ἢ καὶ ἑστιᾶν τὴν πόλιν.* Sul punto, per tutti, P. VEYNE, *Il* pane e il circo. Sociologia storica e pluralismo politico, trad.it., Bologna 1984, 377.

84. La liberalità è una delle virtù etiche, ovvero medietà tra due vizi, l'uno determinato per difetto, l'avarizia, l'altro per eccesso, la prodigalità. ARIST., EN 4,1119 b: *Λέγωμεν 8' ἑξῆς περὶ ἐλευθεριότητος. δοκεῖ δὴ εἶναι περὶ χρήματα μεσότης... ἔστι δὲ καὶ ἡ ἀσωτία καὶ ἡ ἀνελευθερία περὶ χρήματα ὑπερβολαὶ καὶ ἐλλείψεις.* Si consulti, tra gli altri, G. REALE - D. ANTISERI, Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi, I, Brescia 1984[4], 150 s.; G.E.R. LLOID, Aristotele. Sviluppo e struttura del suo pensiero, trad. it., Bologna 1985, 199 ss.; F. ADORNO, La filosofia antica, I, Milano 1987[8], 355 ss.; G. REALE, Storia della filosofia antica. Platone e *Aristotele*, II, Milano 1990[7], 499 ss.; D.S. HUTCHINSON, *Etihics*, in AA.VV., *Aristotle*, Cambridge 1995, 225 s.

85. Cfr. L. ROCCI, Vocabolario di greco-italiano, Città di Castello 1956[10], 1310, il quale traduce l'espressione greca *τὰ οἰκεῖα* in quella latina res *familiaris*.

6. – Anche se, verosimilmente, Ulpiano ci presenta una riflessione, intorno alle cause della prodigalità, matura e abbastanza esaustiva, comprensiva anche dei suoi rapporti con la liberalità, e il passo figura nella compilazione giustinianea, questo non significa che, nell'età dell'impero cristiano, non si siano valorizzate talune cause piuttosto che altre, e precisamente le spese fatte per assecondare le inclininazioni al vizio. Del resto, già qualcosa del genere ci è sembrato di notare in Paolo e Ulpiano.

Si legga la 'elegante'[86] definzione di prodigo offerta da Costantino:

> C.Th. 9,43,1,2[87]. Imp. Constantinus A. ad Maximum p(raefectum) u(rbi). Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur. Quibus si damnato patre tutor datus est, necesse est, ut ab officio recedat regresso eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo[gg], libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia comrnittenda[89]...

Prodigus, *libidinum omnium* vitiorumque *servus*[90]. L'intensità e la pregnanza di tali espressioni è tale da cancellare, in un solo colpo, ogni residua ombra di dubbio e di sospetto. Rispetto al passato, Costantino, senza indugi di sorta, scopre il volto della prodigalità. *Libidines et vitia*, segno evidente dell'influenza cristiana, dipingono il prodigo come un individuo lascivo, depravato, vizioso, concupiscente, lontano dalla persona liberale, generosa, magnanima nei confronti del prossimo.

A parte i precedenti classici, ci sembra legittimo awicinare la concezione costantiniana, fatta propria dai codici successivi, all'insegnamento del Vangelo.

---

86. J. GOTHOFREDUS, *Codex* Theodosianus. Opus *recognitum* ... studio A. *Marvizii*, III, ed. nova, Lipsiae 1738, 384, ad C.Th. 9,43,1.

87. C.Th. 9,43,1 = C. 9,51,13.

88. L'*interpretatio* introduce accanto al prodigus anche l'*eversor*, termine con cui è designato il prodigo in Gai. Epit. 1,8.

89. Costantino sancisce che, *damnato* patre, ai *minores* aetate sia nominato un tutore, il quale avrebbe cessato dal suo incarito al ritorno dell'avente potestà. Tuttavia, un tutore avrebbe dovuto essere ugualmente dato nel caso in cui il pater avesse abusato del suo potere per dilapidare il patrimonio, alla stregua di un furioso o di un demente o di un prodigo.

90. C. PHARR, The theodosian Code and *Novels* and the *Sirmondian constitutions*, New York 1969², 264: «as in the case of an insane and demented person, and likewise of a prodigal, enslaved to all lusts and vices...».

Si veda:

Luc. 15,13[91]: καὶ μετ᾽ οὐ πολλὰς ἡμέρας συναγαγὼν πάντα ὁ νεώτερος υἱὸς ἀπεδήμησεν εἰς χώραν μακραν, καὶ ἐκεῖ διεσκόρπισεν τὴν οὐσίαν αὐτοῦ ζῶν ἀσώτως.

Luc. 15,13[92]: Et non post multos dies, congregatis omnibus, adulescentior filius peregre profectus est in regionem longinquam et ibi dissipavit substantiam suam vivendo luxuriose.

Nella versione greca della parabola, da noi comunemente conosciuta come quella del 'figliol prodigo'[93], rinveniamo accanto a *διασκορπίζω* l'avverbio *ἀσώτως*, nella Vulgata resi, rispettivamente, con dissipo e *luxuriose*.

Proprio quest'ultimo termine trova una sua spiegazione nel proseguo del passo, e precisamente nelle parole del figlio rimasto fedele al padre:

Luc. 15,29: ὁ δὲ ἀποκριθεὶς εἶπεν τῷ πατρὶ αὐτοῦ, Ἰδοὺ τοσαῦτα ἔτη δουλεύω σοι καὶ οὐδέποτε ἐντολήν σου παρῆλθον, καὶ ἐμοὶ οὐδέποτε ἔδωκας ἔριφον ἵνα μετὰ τῶν φίλων μου εὐφρανθῶ· 30 ὅτε δὲ ὁ υἱός σου οὗτος ὁ καταφαγών σου τὸν βίον μετὰ πορνῶν ἦλθεν, ἔθυσας αὐτῷ τὸν σιτευτὸν μόσχον.

Luc. 15,29: At ille respondens dixit patri suo: «Ecce tot annis servio tibi et numquam mandatum tuum praeterii, et numquam dedisti mihi haedum, ut cum amicis meis epularer, 30 sed postquam filius tuus hic, qui devoravit substantiam tuam cum meretricibus, venit, occidisti illi vitulum saginatum».

L'evangelista indica quale causa immorale dell'atto di decurtazione patrimoniale la compagnia di prostitute. A quest'unica causa fa riscontro, nei commenti dei Padri della Chiesa[94], una più variegata tipologia di vizi.

---

91. Luc. 15,11: *Εἶπεν δέ, Ἄνθρωπός τις εἶχεν δύο υἱούς.* 12 *καὶ εἶπεν ὁ νεώτερος αὐτῶν τῷ πατρί, Πάτερ, δός μοι τὸ ἐπιβάλλον μέρος τῆς οὐσίας.* ὁ *δὲ διεῖλεν αὐτοῖς τὸν βίον.*

92. Luc. 15,11: Ait *autem: «Homo quidam* habebat duos *filios*. 12 *Et dixit adulescentior* ex illis patri: *"Pater,* da *mihi portionem substantiae,* quae me *contingit"*. Et divisit illis *substatiam»*.

93. Il merito di tale 'denominazione' è da ascriversi ai Padri della Chiesa, i quali, nei loro commenti al passo, introducono la parabola evangelica, per l'appunto, come quella del 'figliol prodigo'.

94. Cfr. TERT., *pudic*. 9 (in Migne, PL II, 997); AMBR., in Luc. 7,214 (in Migne, *PL* XV, 1757); HIER., expositio *quatuor evangeliorum,* in *evangelium secundum Lucam* (in Migne, PL XXX, 574); HIER., Divinae Bibliotecae, pars tertia, *Evangelium secundum Lucam* 15 (in Migne, PL XXIX, 637); MAX. TAUR., cap. evang. 18 (in Migne, PL LXXII, 824 s.); VICTOR CAPUANUS, *Amnorii Alexandrini* evangelicae *harmoniae interpretatio* 97 (in Migne, PL LXVIII, 303); ELIGIUS, *homiliae* 13 (in Migne, PL LXXXVII, 640); BEDA, *homiliae* subdititiae, 111, *homilia* 107 (in Migne, PL XCIV, 510).

Si legga:

> HIER., epist. 21, ad *Damasum* de duobus filiis (in Migne, PL XXII, **385):** Daemonum cibus est ebrietas, luxuria, fornicatio, et universa vitia. Haec blanda sunt et lasciva, et sensus voluptate demulcent: statimque ut apparuerint, ad usum sui provocant. Quibus ideo luxuriosus adolescens non poterat saturari, quia semper voluptas famem sui habet; et transacta non satiat: et Satanas cum aliquem sua arte deceperit, et proprium ei imposuerit jugum...
>
> AUG[95]., *Sermones* ad *fratres* in *eremo commorantes, sermo* 27, *de filio* prodigo (in Migne, PL XL, 1281): ... sic et ipse, vel quicumque peccator, dum carnales voluptates diligit, a Domino peregrinatur; et quanto peccando fit dissimilior, tanto magis a Deo elogantur... Istae denique siliquae sunt fornicatio, ebriositas et gulositas. Isti enim sunt daemonum cibi, quibus peccator repleri desiderat, sed nemo dat illi ad sufficientiam. Peccator enim semper famescit, semper devorare quaerit, nunc luxuriando, nunc alia faciendo semper delectari desiderat.
>
> PETR. CHRYS., *serm.* 1, de duobus *filiis,* prodigo *et frugi, et primo* de abscessu a patre (in Migne, PL LII, **186):** Vivendo luxuriose. Mortalis est ista vita; quia moritur virtutibus: qui vitiis vivit, sepelitur famae, perit gloriae: qui manet turpitudini, crescit infarniae... Luxuriae, ventri, gulae, fames tortor apponitur...[96]

Prodigo è chi, allontanatosi da Dio, a immagine e somiglianza del quale è stato creato[97], dissipa le proprie ricchezze in cibi *daemonum*: ebrietas, *luxuria, fornicatio*, gulositas et *universa vitia*[98].

Proprio l'accento esclusivamente posto sull'aspetto soggettivo della prodigalità, a discapito di quello oggettivo, ci suggerisce che, forse, il prowedimento di interdizione, in età cristiana, sarebbe stato concepito più come uno strumento per impedire i peccati della carne che una misura per la salvaguardia del patrimonio.

---

95. Sulla incerta paternità di questi *sermones,* si veda l'*admonitio* che precede i medesimi (in Migne, PL XL, 1234 s.).

96. Vedi anche BEDA, in Lucae *evangelium* expositio (in Migne, PL XCII, 522): Itaque hanc *vitam prodigam* vocat, *amantem* fundere atque spatiari *pompis* exterioribus, intus *inanescentem, cum* ea quisque sequitur quae ab *illa* procedunt, et *reliqui eum* qui sibi est interior. Analogamente, PAULUS WINFRIDUS, *homiliarius, homilia* de *tempore* 87 (in Migne, PL XCV, 1258); HAYMO HALBERSTATENSIS, *homiliae* de tempore 41 (in Migne, PL CXVIII, 248).

97. Cfr. AMBR., in Luc. 7,214 (in Migne, PL XV, 1757): *Ille* igitur vivendo *luxuriose consumpsit omnia* ornamenta naturae. *Unde* tu qui accepisti *imaginem* Dei, qui habes *similitudinem* eius, *noli* eam irrationabiii foeditate consumere.

98. BRUNO, *commentaria* in *Lucam* 2,36 (in Migne, PL CLXV, 415): *Omnis* enim regio *longinqua* est, quae a Deo *longe* est; Zonge *autem* est a Deo, qui Zonge est a *fide,* a pietate, a misericordia et *justitia.* Ab *his enim* Zonge *fit,* qui vitiis appropinquat.

Un autentico spostamento del bene giuridico protetto dalla norma.

Senonchè, in altre testimonianze emerge con forza anche il riferimento al patrimonio familiare:

> LACT., inst. 6,17 (in Migne, PL VI, 696): Sed illi rursus eum, qui rei familiari suae non parcat, prodigum vocant. Nam ita liberalem distinguunt a prodigo, quod is liberalis sit, qui et bene meritis, et cum oportet, et quantum satis est, largiatur: prodigus vero, qui et non meritis, et cum opus non est, et sine respectu rei familiaris effundat... Ut ergo vitium est, effundere in malam partem: sic in bonam, virtus.

Lattanzio distingue una elargizione virtuosa ed una viziosa (*vitium* est *effundere* in *malam* partem, in bonam virtus), e quest'ultima è uno sperpero *sine* respectu rei *familiaris*.

Dunque, non qualsiasi atto immorale decurtativo del patrimonio avrebbe potuto generare prodigalità, ma, verosimilmente, soltanto quegli atti che finivano per minacciare l'esistenza del patrimonio stesso.

Tuttavia, alla luce delll'insegnamento evangelico, che non esita a definire beato chi avesse lasciato ogni cosa[99] e seguito Cristo, dobbiamo forse pensare che il mantenimento del patrimonio non sarebbe stato richiesto a colui che, donando ogni sostanza ai poveri, si fosse consacrato a Dio? In altri termini, la mancata conservazione della res *familiaris* avrebbe riguardato soltanto le spese turpi, e non anche gli atti di generosa liberalità[100], in ipotesi illimitati fino alla dissoluzione totale del patrimonio?

Ambrogio, dopo aver rimarcato la necessità di una elargizione ragionevole (*Dominus* non vult *simul* effundi opes, sed dispensari), vincola, sull'esempio di Eliseo[101], il dovere della conservazione della res *familiaris* alla cura domestica: soltanto chi non avesse avuto alcuna responsabilità familiare non avrebbe potuto, in alcun modo, essere accusato di prodigalità, anche se avesse lasciato tutto. All'opposto, dobbiamo ritenere che chi, pur impiegando le proprie ricchezze per scopi nobili, avesse minacciato la famiglia di miseria e povertà, avrebbe potuto essere prodigus.

---

99. In tal senso si legga la parabola del giovane ricco. Luc. 18,18: Et *interrogavit eum quidam* princeps dicens: «*Magister* bone, quid faciens *vitam aeternam possidebo?*». 19 *Dixit autem* ei Iesus: «*Quid* me dicis *bonum? Nemo* bonus nisi soius Deus. 20 Mandata nosti: non *moechaberis,* non occides, non *furtum* facies, non *falsum testimonium* dices, honora *patrem tuum* et *matrem*». 21 Qui ait: «*Haec omnia* custodivi a *iuventute*». 22 Quo audito *Iesus* ait ei: «*Adhuc unum* tibi deest: *omnia, quaecumque* habes, vende et da pauperibus et habebis *thesaurum* in *caelo* et veni, sequere *me*». 23 His *ille* auditis, contristatus est, quia dives erat *valde*.

100. Tutta la dottrina cristiana è rivolta all'aiuto e al soccorso degli ultimi. Si veda, ad esempio: Matth. 5,44; Matth. 22,34-40; Matth. 25,34-46; *Marc*. 12,28-34; Luc. 6,27; Luc. 10,27; Luc. 10,30-37; Luc. 12,33; Luc. 18,18-27; Ioh. 13,35; *Ioh*. 15,12; act. 2,44 ss.; act. 4,32; act. 11,28 ss.; *Rom*. 12,20; Rom. 13,8-10; I Cor. 13,1 ss.; *Gal*. 5,14; *Col*. 3,14; I *Tim*. 1,5; Iac. 2,8 ss.; I Petr. 4,8; I Ioh. 4,16 ss.

101. Su questo esempio di Eliseo, si veda I *reg*. 19,19-21.

Così

> AMBR., *off.* 1,30,149 (in Migne, PL XVI, 67): Caeterum Dominus non vult simul effundi opes, sed dispensari: nisi forte Elisaeus boves suos occidit, et pavit pauperes ex eo quod habuit; ut nulla cura teneretur domestica, sed relictis omnibus, in disciplinam se propheticam daret.

In conclusione, la dottrina cristiana accentua la distanza tra vizio e virtù[102], condannando, da una parte, ogni elargizione tesa alla soddisfazione delle carnales voluptates[103] (ebrietas, *luxuria,* fornicatio, gulositas), dall'altra, elogiando e favorendo in ogni modo la carità reciproca[104], senza più limiti di casta o di amicizia, pur nel rispetto della res *familiaris,* ad eccezione di chi, consacratosi a Dio, nulla cura teneretur domestica[105].

ABSTRACT

Da una sentenza della Corte di Cassazione in tema di inabilitazione per prodigalità, l'autore cerca di risalire alle 'cause' degli atti di decurtazione patrimoniale che, in diritto romano, potevano dare origine a prodigalitas. Principali testi: C.Th. 9,43,1,2; D. 4,3,11,1 (Ulp. 11 ad edict.); D. 26,5,12,2 (Ulp. 3 de *off.*); D. 27,10,1 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 27,10,15 pr. (Paul. 3 sent.); D. 27,10,16 (Tryph. 13 disp.); D. 50,17,40 (Pomp. 34 ad Sab.); Gai. 1,53; P.S. 3,4a,7; P.S. 3,4a,12; Ulp. 20,12; Ulp. 12,1; AMBR., offi 1,30,149; ARIST., EN 4,1,1120a-1120b; AuG., sermo ad fratres 27; CIC., offi 2,16; HIER., epist. 21; PETR. CHRYS., serm. 1; LACT., inst. 6,17; Luc. 15,13; Luc. 15,29 s.

From a judgment of the Court of Cassation about the disqualification for prodigality, the author tries to go back to the 'causes' of patrimonial reduction acts, which, in Rornan law, could give rise to prodigaiitas. Principal texts: C.Th. 9,43,1,2; D. 4,3,11,1 (Ulp. 11 ad edict.); D. 26,5,12,2 (Ulp. 3 *de* offi); D. 27,10,1 pr. (Ulp. 1 ad Sab.); D. 27,10,15 pr. (Paul. 3 sent.); D. 27,10,16 (Tryph. 13 disp.); D. 50,17,40 (Pomp. 34 ad Sab.); Gai. 1,53; P.S. 3,4a,7; P.S. 3,4a,12; Ulp. 20,12; Ulp. 12,1; AMBR., offi 1,30,149; ARIST., EN 4,1,1120a-1120b; AuG., *sermo* ad fratres 27; CIC., offi 2,16; HIER., epist. 21; PETR. CHRYS., *serm.* 1; LACT., inst. 6,17; Luc. 15,13; Luc. 15,29 s.

---

102. Cfr. L. FERRARIS, Prompta Bibliotheca, I, Genuae 1767, 387, il quale così definisce liberalità e prodigalità: «Liberalitas est virtus inclinans voluntatem ad dispensanda bona in usus proprios, & alienos, juxta praescripturn rationis... Prodigalitas e contra est vitium inclinans voluntatem ad dandum ultra mensuram ratione praescriptam».

103. AuG., *Sermo* ad fratres in eremo 27, citato nel testo.

104. Tra gli altri, B. BIONDI, Il diritto romano cristiano, II, Milano 1952, 119 ss.; T. KUNDEREWICZ, Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di *beneficienza* nel diritto giustinianeo, in *SDHI* 47 (1981), 47 ss.; P. CHRISTOPHE, I poveri e la povertà nella storia della Chiesa, trad. it., Padova 1995, 1 ss.

105. AMBR., *off.* 1,30,149, citato nel testo.

NOTIZIARIO

IL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA, nell'anno accademico 1995/96, ha promosso e accolto numerose iniziative.

Nei corsi di Storia del Diritto Italiano e Diritto Comune il prof. J. Kirshner della Chicago University ha tenuto una lezione sul tema L'insegnamento del diritto comune negli Stati *Uniti*. Esperienze, problemi e prospettive.

Nel corso di Diritto del Lavoro il prof. P. Rebaudengo, vice Direttore Generale della SITE (Soc. Impianti Telefonici ed Elettrici) ha introdotto un seminario su I contratti di solidarietà nell'esperienza di un'azienda; F. Carinci, dell'università di Bologna, ha trattato Il contratto collettivo per i dipendenti della Pubblica Amministrazione; infine E. Scavo, della Camera del Lavoro di Ferrara, si è intrattenuta su La contrattazione collettiva dopo l'accordo del luglio 1993 e U. Romagnoli, dell'università di Bologna, ha condotto un seminario su Il racconto del lavoro futuro.

Nel corso di Istituzioni di Diritto Romano la prof. F. De Marini Avonzo dell'università di Genova, ha tenuto un seminario sulla Cognitio senatus – Origini, competenze, *forme* processuali.

Nel corso di Storia del Diritto Romano il prof. M. Torelli, dell'Università di Perugia, ha tenuto una lezione su I popoli *dell'Italia preromana. Etno*grafia e storia.

Si segnala, inoltre, la conferenza tenuta dal prof. F.C. Palazzo, ordinario di Diritto Penale nell'Università di Firenze, su Il rovescio della medaglia: la non punibilità oggi.

Nell'ambito delle attività dell'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, vanno ricordati gli incontri su:

La gestione delle gare d'appalto, con la partecipazione del prof. M. Bertolissi, dell'università di Padova;

Il concetto di «legge»secondo la giurisprudenza della Corte, presente il prof. F. Matscher, direttore dell'Istituto Processuale Civile dell'Università di Salisburgo;

Prova e Indagini difensive, conferenza tenuta dal prof. G. Giostra dell'università di Macerata;

Tecniche di prospettazione delle questioni di legittimità costituzionale *nel pro*cesso, dove ha parlato il prof. C. Mirabelli, giudice della Corte Costituzionale.

Si è tenuto, inoltre, un incontro-dibattito Sulle *problematiche* dell'azione penale con M. Chiavario, autore del libro L'azione penale tra diritto e politica.

IL CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE DI FERRARA ha promosso un ciclo di seminari sul tema *Problemi* e prospettive della unione europea. Vi hanno preso parte trattando:

La Finanza *dell'Unione* europea nella prospettiva *dell'Unione* monetaria, il prof. A. Majocchi, ordinario di Scienze delle Finanze nell'Università di Pavia;

L'Europa dei 15 tra nucleo duro e integrazione debole, il dott. P. V. Dastoli, segretario del Movimento Europeo Internazionale;

La protezione contro le pratiche di dumping e l'interesse comunitario, il dott. *S*. Benini, funzionario della Commissione CE ed esperto in materia di concorrenza;

L'influence du droit communautaire sur le Droit du travail français, il prof. J. P. Laborde, ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Bordeaux;

I2 sistema delle fonti nel diritto dell'Unione europea, il prof. G. Gaja, ordinario nell'Università di Firenze e il prof. A. Tizzano, ordinario nell'Università di Roma «La Sapienza».

Su iniziativa del CENTRO DI EPISTEMOLOGIA E DI ERMENEUTICA GIURIDICA si è tenuto un ciclo di conferenze e seminari, a cui hanno partecipato:

il prof. A. Moulakis, Director Herbst Humanities Program, nell'Università del Colorado, Boulder, sul tema *Il tempo dei greci* e sul tema *Tempo e teleologia politica;*

il prof. *P*. Grossi, direttore del Centro di storia e teoria del diritto, della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, sul tema *Tempo e pensiero giuridico nel Medioevo;*

il prof. E. di Robilant, ordinario di Filosofia del diritto, nell'Università di Torino, sul tema *Il tempo fra tecnologia e spirito;*

il prof. D. Endler, matematico, filosofo nella Facoltà di Lettere Paris X, sul tema *Temps et cognition;*

il prof. M. Salanskis, matematico, filosofo, nella Facoltà di Lettere Lille III, sul tema *Temps et constructions;*

il prof. P. Nerhot, della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, sul tema *Tempo e razionalità occidentale.*

Nell'ambito delle iniziative promosse dal CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA hanno tenuto un corso su:

L'arbitrato nel diritto italiano, tedesco e internazionale, G. Walter, pr. dr. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bern;

Gli interventi pubblici a sostegno dell'occupazione, E. Eichenhofer, pr. dr. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Osnabrück.

Lo stesso Centro, inoltre, ha promosso corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e nella disciplina degli scambi commerciali italo-germanici; le lezioni sono state tenute da:

E. Jayme, pr. dr. dr. h.c. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Heidelberg, sul tema *La protezione dei consumatori nel diritto civile tedesco ed europeo con spunti di diritto internazionale privato e processuale;*

K. Stern, pr. dr. jur. dr. h.c. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Köln, su *La giurisdizione di costituzionalità in Germania;*

E. Schmidt-Assmann, pr. dr. jur. della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Heidelberg, in ordine ai *Nuovi sviluppi del diritto amministrativo tedesco;*

J. Ipsen, pr. dr. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Osnabruck, che ha parlato su L'amministrazione locale in Germania;

P. Kindler, priv. -doz. dr. jur. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Konstanz, sul tema La società unipersonale nel diritto tedesco.

Da novembre a maggio, inoltre, si sono tenuti, con cadenza mensile, concerti di musica classica, nel quadro dell'iniziativa, promossa e sostenuta dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, «Musica in Aula Magna».

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 1995196, vi sono stati 35 studenti in uscita e 34 in entrata.

[Wanda Formigoni Candini]

INDICE

Osservatorio: ..... pag. III

N. GARCÍA RIVAS: *El toxicomano ante la ley penal española: entre el viejo y el nuevo codigo penal de 1995* ..... pag. 1

A. D. MANFREDINI: *Gli ufficiali terribili e i doni dei rurali (CTh. 11,11,1)* ..... pag. 21

M. V. DE GIORGI: A *proposito di fondazioni (novelle attitudini di un antico istituto)* ..... pag. 33

M. MANTOVANI: *Origini e vicende della distinzione tra* dolus causam dans *e* dolus incidens ..... pag. 69

A. BERNARDI: *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare* ..... pag. 113

A. BERNARDI: *«Europeizzazione» del diritto penale commerciale?* pag. 137

B. PASTORE: *Costruzione giuridica e giudizio nella dottrina pura del diritto. Sull'espunzione kelseniana dell'idea di verità processuale* ..... pag. 191

E. MARTINELLI: *Precisazioni in tema di* defectus discretionis iudicii *nel sistema matrimoniale canonico* ..... pag. 219

P. FERRETTI: *Le 'cause' della prodigalità nel diritto romano* ..... pag. 273

Notiziario ..... pag. 299