JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

JUS- **ONLINE**

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 2/2016

CARD. LEONARDO SANDRI 2
Visione del Concilio Vaticano II circa le Chiese Orientali Cattoliche e sviluppi successivi: le competenze della Congregazione per le Chiese Orientali, con alcune osservazioni sul can. 4 del CCEO

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI 21
Celerità della via giudiziaria e pastorale di prossimità nella riforma del processo matrimoniale canonico

CARLO NITSCH 34
«Diritto»: studio per la voce di un lessico crociano

FULVIO GIGLIOTTI 60
Sull'ammissibilità della *cessio in securitatem* (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive *de iure condendo*)

ANTONIO INGOGLIA e MARCO DELL'OGLIO 98
Il nuovo regime probatorio nei giudizi canonici di nullità del vincolo: riflessioni a prima lettura

LARA FERLA 116
Casi difficili e accertamenti peritali in tema di vizio di mente

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Cardinale Leonardo Sandri

Prefetto della Congregazione per le Chiese Orientali

Visione del Concilio Vaticano II circa le Chiese Orientali Cattoliche e sviluppi successivi: le competenze della Congregazione per le Chiese Orientali, con alcune osservazioni sul can. 4 del CCEO

Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, martedì 19 luglio 2016

Lectio magistralis alla *Summer School* "Diritto Canonico orientale e statuto personale libanese"

Sommario: 1. La Congregazione per le Chiese Orientali, il Vaticano II e il CCEO. 2. CCO — situazione attuale. 2.1. Origini. 2.2 Composizione. 2.3. Uffici. 2.4 CCO secondo la *Pastor Bonus* e il CCEO. 2.5 Territori di competenza della CCO. 3. I rapporti Stato-Chiesa attraverso i concordati. 4. Riflessione sugli Statuti Personali delle comunità Cattoliche in Libano.

***

Ringrazio per l'invito ad intervenire nel contesto della *Summer School* del Dipartimento di Scienze Giuridiche, e saluto con riconoscenza anzitutto il Magnifico Rettore, Prof. Franco Anelli, di recente riconfermato nella carica, insieme a tutte le autorità accademiche della Facoltà che hanno preso la parola, oltre che la Prof.ssa Ombretta Fumagalli Carulli. Un pensiero riconoscente per gli altri docenti, le Autorità presenti e gli illustri ospiti, e tutti gli studenti, che rappresentano la speranza per il futuro.

Ho molto apprezzato i discorsi di saluto e di introduzione, perché hanno messo a fuoco alcune sfide importanti che aiutano a contestualizzare la vita delle Chiese Orientali Cattoliche, in riferimento al rischio dello svuotamento della presenza cristiana in Medio Oriente – che non sarebbe più lo stesso – con il conseguente fenomeno migratorio; la pratica quotidiana di un dialogo ecumenico ed

interreligioso tanto più necessari ad una convivenza pacifica quanto sono tristemente messi in discussione dai fatti di questi giorni. Sono contento che sia stata citata la Lettera Apostolica *Orientale Lumen* di san Giovanni Paolo II, e mi permetto qui di sottolineare che questa stessa *Summer School* si pone nella scia del documento, quando invita i figli e le figlie della Chiesa Latina – quali noi siamo qui oggi nella quasi totalità – a dedicare tempo a conoscere il patrimonio disciplinare, teologico e liturgico delle Chiese Orientali.

Da quanto ascolterete, potrete anche capire i diversi contesti in cui si svolge la loro vita: da un lato, il Medio Oriente, con le dinamiche appena accennate, dall'altro, per esempio, l'Europa Orientale, ove durante gli anni dei regimi comunisti esse sono state soppresse e sepolte, e non pochi pastori e fedeli hanno trovato il martirio, ma ora vivono – pur tra tante difficoltà - un periodo di nuova fioritura e rinascita.

Questa mia breve relazione si articolerà in tre parti: dopo una presentazione del lavoro quotidiano svolto dalla Congregazione per le Chiese Orientali, metterò in evidenza i rapporti Stato-Chiesa attraverso concordati "*sui generis*", per concludere con gli Statuti personali del Libano, che sono l'oggetto del presente corso.

1. La Congregazione per le Chiese Orientali, il Vaticano II e il CCEO

Papa Benedetto XV, il 1° maggio 1917, con il *motu proprio Dei Providentis* fonda la *Congregatio pro Ecclesia Orientali*[1]. Questo evento non è solo amministrativo e pratico, ma anche terminologico e in fondo soprattutto ecclesiologico. Gli Orientali vengono ora percepiti non solo come Greci, Armeni, Giacobiti, Ruteni ecc., e neanche solo come appartenenti ad un "rito", ma come appartenenti ad una Chiesa orientale. Ad onore del vero, la sovrapposizione fra la "Chiesa" e il "rito" continua ad apparire talvolta anche dopo la creazione di questa Congregazione, ma di solito si

[1] BENEDETTO XV, Motu proprio *Dei providentis,* in AAS 9(1917)529-531.

tratta ormai solo di questione di abitudine e di uso linguistico. Dal punto di vista canonico, nella vita della Chiesa cattolica, nel periodo fra le due guerre siamo testimoni di un rinnovato interesse per il diritto. La promulgazione del CIC '17 metteva in maggiore risalto la situazione precaria, dal punto di vista canonico, nella quale si trovavano in quel tempo le Chiese orientali cattoliche, che quasi dimentiche del proprio comune patrimonio, facevano sforzi per avere ciascuna un Codice proprio, approvato dalla Sede Apostolica. Pochi anni dopo papa Pio XI ritenne che la codificazione del diritto canonico orientale non solo era necessaria ma che era una questione urgente.

Nel periodo dopo la II guerra mondiale si arriva alla pubblicazione di quattro "*Motu* proprio" di Pio XII con le parti del Codice ormai preparato. Il Concilio Vaticano II ha portato un sostanziale cambiamento nella visione ecclesiologica delle Chiese orientali, sia cattoliche che ortodosse, testimoniato soprattutto dai decreti *Orientalium Ecclesiarum* e *Unitatis redintegratio*, ma anche dalla Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*.

Nel periodo postconciliare, attraverso un intenso lavoro durato 18 anni è stato preparato l'attuale Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, promulgato il 18 ottobre 1990 ed entrato in vigore il 1° ottobre 1991, che traduce in linguaggio canonistico l'ecclesiologia conciliare.

Come è ben noto, attualmente il CCEO raggruppa le Chiese *sui iuris* in quattro categorie:

a) Le Chiese patriarcali,

b) le Chiese arcivescovili maggiori,

c) le Chiese metropolitane sui iuris,

d) tutte le altre Chiese *sui iuris*

Abbiamo alcune Chiese ben strutturate:

6 chiese **patriarcali** (copta, maronita, melkita, sira, caldea, armena); 4 chiese **arcivescovili maggior**i (Ucraina, Malabarese e Malankarese, Romena); 5 chiese **metropolitane** ***sui iuris*** (Rutena USA, Slovacca, Etiope, Eritrea, Ungherese)*;* mentre la categoria di *altre Chiese sui iuris* è composta da 7 unità con struttura gerarchica (Grecia, Macedonia, Repubblica Ceca, Serbia, Bulgaria, Croazia, Italo-Albanesi) e due senza una adeguata struttura gerarchica ed amministrativa (Bielorussia e Russia).

Dalla differenziazione del grado gerarchico delle singole Chiese *sui iuris* dipende — a norma del diritto - anche il modo, il livello e l'intensità del regolare coinvolgimento del Romano Pontefice e dei rispettivi organi della Sede Apostolica nella loro vita. Per esempio, mentre i Patriarchi, eletti dai rispettivi Sinodi, scrivono al Santo Padre una lettera in cui chiedono la *ecclesiastica communio*, che non pregiudica la validità della loro elezione, gli Arcivescovi Maggiori invece devono attendere che l'elezione venga confermata dal Romano Pontefice.

2. CCO — situazione attuale

2.1 Origini.

Come abbiamo detto, la creazione del Dicastero Orientale risale al 1917 – anno in cui fu fondato anche il Pontificio Istituto Orientale - ma già Gregorio XIII (1572-1585) volle una Congregazione speciale e propria per i cristiani di rito orientale. Egli, infatti, nel 1573 istituiva una *Congregatio de rebus Graecorum.* Clemente VIII (1592-1605) mutò questa in *Congregatio super negotiis Fidei et religionis catholicae* per gli affari dei Greci e altri orientali. La Congregazione generale *de Propaganda Fide* fu eretta da Gregorio XV il 22 giugno 1622. In seno alla medesima Congregazione generale Urbano VIII (1623-1644) istituì due Commissioni per gli Orientali. Pio IX con la Cost. apost. *Romani Pontifices* del 6 gennaio 1862 costituì in seno alla Congregazione *de Propaganda Fide* uno speciale Gruppo di Padri cardinali,

denominato "Congregazione per la Propagazione della fede per gli affari di Rito orientale". Essa però non teneva presente che una cosa erano i latini residenti in Oriente e un'altra erano i cristiani di Oriente.

Il processo che portò alla fondazione della Congregazione per le Chiese Orientali rispondeva al desiderio dei cristiani orientali di essere riconosciuti nella loro diversità e nella loro ricchezza, senza indebite preferenze e senza umilianti discriminazioni. Benedetto XV la rese autonoma[2] e, come si stabiliva nel *Codice di diritto canonico* per la Chiesa latina, promulgato il giorno di Pentecoste del 1917, alla stessa attribuì "tutte le facoltà che hanno le altre Congregazioni per le Chiese di rito latino" (can. 257 §2). La sua competenza fu notevolmente accresciuta da Pio XI col Motu Proprio *Sancta Dei Ecclesia* del 25 mar. 1938. Con la Cost. apost. *Regimini Ecclesiae Universae* del 15 agosto 1967 di Paolo VI, venne mutato il nome in quello di *Congregatio pro Ecclesiis orientalibus* (artt. 41-45) in considerazione del fatto che ci sono diverse Chiese orientali aventi comunione con la Sede Apostolica.

2.2 Composizione.

Nel 1917 Benedetto XV aveva riservato a sé e ai suoi successori la prefettura. Nel 1966 Paolo VI diede ai Cardinali Segretari della Congregazione per la Dottrina della Fede, di quella Concistoriale e di quella per la Chiesa Orientale il titolo di pro-prefetti; con la *Regimini Ecclesiae Universae* rinunziò alla prefettura e queste ebbero un Cardinale Prefetto. Inoltre abbiamo un Segretario Arcivescovo, un Sottosegretario e altri officiali.

Membri di diritto: Patriarchi, Arcivescovi maggiori e il Presidente del Pontificio Consiglio per l'Unione dei Cristiani. A questi si aggiunge, per prassi, il Presidente del Pontificio Consiglio per il Dialogo Interreligioso. Viceversa, il Prefetto della CCO è membro di questi Pontifici Consigli.

---

[2] *AAS,* 1917, 529-531.

Il Segretario della CCO è membro della Commissione interdicasteriale permanente per la Chiesa in Europa Orientale e della Commissione interdicasteriale per la formazione dei candidati agli ordini sacri.

2.3 Uffici

Nel seno della Congregazione vi sono tre Commissioni speciali: a) Commissione speciale per la liturgia (costituita già dal 1931 da Pio XI e rinnovata da Papa Francesco il 1° settembre 2015); b) Commissione speciale per gli studi concernenti l'Oriente cristiano; c) Commissione speciale per la formazione del clero e dei religiosi. Inoltre, vi sono due organismi legati alla Congregazione: a) La *Catholic Near East Welfare Association – Pontifical Mission* con sede a New York, il cui Presidente è ex-Officio l'Arcivescovo di New York; b) la Riunione delle opere di aiuto alle Chiese orientali (R.O.A.C.O.).

2.4 CCO secondo la *Pastor Bonus* e il CCEO

La Congregazione tratta le materie concernenti le Chiese Orientali, sia circa le persone sia circa le cose. Esercita *ad normam iuris* e in virtù delle facoltà ad essa concesse dal Romano Pontefice sulle eparchie, sui Vescovi, sul clero, sui monaci e religiosi e sui fedeli delle Chiese orientali le funzioni che le Congregazioni per i Vescovi, per il Clero, per gli Istituti di vita consacrata e le Società di vita apostolica e per l'Educazione Cattolica hanno sulle diocesi, sui Vescovi, sul clero, sui religiosi e sui fedeli della Chiesa latina. Inoltre essa ha autorità esclusiva sugli orientali e latini nelle «regioni orientali». Pertanto è da distinguere le «regioni orientali» - cioè quelle in cui *ab antiqua aetate* si osservano i riti orientali -, e i «territori di rito orientale», ossia quelle terre al di fuori delle regioni orientali, in cui sia stata eretta una circoscrizione ecclesiastica orientale (cf. CCEO, cann. 146 §1 e 916 §4).

Il CCEO rinvia più volte alla Sede Apostolica nel regolare diverse materie riguardanti le Chiese orientali cattoliche; nella fattispecie per «Sede Apostolica» si intende questa Congregazione, competente per trattare gli affari sia circa la struttura

e l'ordinamento delle Chiese orientali *sui iuris,* sia circa l'esercizio delle funzioni di insegnare, di santificare e di governare, sia circa le persone, il loro stato, i loro diritti e doveri, nonché tutto ciò che è prescritto dagli articoli 31 e 32 della PB circa le relazioni quinquennali e le visite *«ad limina»* (cf. CCEO, cann. 92 §3, 134 §2, 208 §§1-2; 317). Questa competenza si estende a tutti gli affari, che sono propri delle Chiese orientali e che devono essere deferiti alla Sede Apostolica, anche se sono misti, cioè quegli affari che, si tratti di cose o di persone, riguardano anche i latini, come ad esempio il cambiamento di rito (cf. CCEO, can. 32; CIC, can. 112 §1,1°).

Negli affari, che riguardano anche i fedeli dipendenti dalla Chiesa latina, la Congregazione deve procedere dopo aver consultato, se lo richiede l'importanza della cosa, il dicastero competente per la stessa materia nei confronti dei fedeli della Chiesa latina.

Particolare sollecitudine compete a questa Congregazione per i fedeli orientali in territori latini. Essa vigila con premurosa attenzione, anche per mezzo di visitatori, sui nuclei non ancora organizzati di fedeli orientali e, per quanto è possibile, provvede alle loro necessità spirituali, anche costituendo una gerarchia propria, se il numero dei fedeli e le circostanze lo esigono; in questa prospettiva la Congregazione agisce dopo aver consultato la Congregazione per i Vescovi o la Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli competenti per la costituzione di Chiese particolari nel medesimo rispettivo territorio.

L'azione apostolica e missionaria nelle regioni, in cui da antica data sono prevalenti i riti orientali, dipende esclusivamente da questa Congregazione, anche se viene svolta da missionari della Chiesa latina. Perciò, anche nel campo dell'opera stessa dell'evangelizzazione dei popoli e della cooperazione missionaria, di competenza della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, rimane salva la competenza della Congregazione per le Chiese orientali (cf. PB, art. 85), cioè sull'azione missionaria svolta dalle Chiese orientali. In pratica però nei territori di Propaganda, se i missionari orientali vogliono svolgere l'attività missionaria, sono -

date le circostanze — costretti a svolgerla in rito latino, non avendo la loro Chiesa giurisdizione in tale territorio. Questo è particolarmente significativo in India e in alcune parti dell'Africa, dove i religiosi orientali svolgono la loro attività inseriti nel contesto missionario della Chiesa latina. Con eccezione della Chiesa siro-malabarese alla quale sono stati concessi alcuni territori missionari, formanti oggi le eparchie in India centrale e settentrionale, nessun'altra Chiesa orientale appare con le capacità e possibilità di svolgere la missione *ad gentes,* che viene percepita come esclusiva della Chiesa latina. Il decreto conciliare *Orientalium Ecclesiarum* 3 stabilisce: «Queste Chiese particolari, sia di oriente che d'occidente, sebbene siano in parte tra loro differenti in ragione dei cosiddetti riti, cioè per la liturgia, per la disciplina ecclesiastica e il patrimonio spirituale, tuttavia sono in egual modo affidate al pastorale governo del Romano Pontefice [ ], *godono di pari dignità, così che nessuna di loro prevale sulle altre per ragione del rito,* e *godono degli stessi diritti e sono tenute agli stessi obblighi, anche per quanto riguarda la predicazione del vangelo in tutto il mondo* (cf. Mc. 16, 15), sotto la direzione del Romano Pontefice».

Questa affermazione conciliare si integra — non senza tante difficoltà - con l'altra formulazione conciliare del decreto *Ad Gentes* 29 che stabilisce: «Per tutte le missioni e per tutta l'attività missionaria uno soltanto deve essere il dicastero competente, ossia quello di *Propaganda Fide,* cui spetta regolare e coordinare, in tutto il mondo, sia l'opera missionaria sia la cooperazione missionaria, nel rispetto tuttavia del diritto delle Chiese orientali».

Questo dettato conciliare si è tradotto in norma canonica nel can. 585 §1 del CCEO: «È compito delle singole Chiese *sui iuris* curare senza interruzione che il Vangelo sia predicato nel mondo intero, sotto la direzione del Romano Pontefice, per mezzo di messaggeri preparati accuratamente e inviati dall'autorità competente a norma del diritto comune». Il canone garantisce alle Chiese orientali la propria

azione missionaria nella Chiesa universale. Implicitamente risulta che l'azione missionaria appartiene sia alla Chiesa latina sia alle Chiese orientali[3].

Alla luce della riforma della Curia Romana iniziata da Papa Francesco, sembrerebbe opportuno rivedere la questione dei «territori di missione» e del mandato da parte della suprema autorità della Chiesa alle varie Chiese, latina o orientali, di compiere in essi l'azione propriamente missionaria. Un maggior coordinamento tra i due Dicasteri assicurerà ad ogni Chiesa il diritto all'evangelizzazione secondo la propria indole rituale, garantendo al contempo l'unità di intenti.

2.5 Territori di competenza della CCO

Pio XI con il M.P. *Sancta Dei Ecclesia* del 25 marzo 1938, sottrasse alla giurisdizione di Propaganda Fide alcuni territori e li assegnò alla esclusiva competenza della Congregazione Orientale: Egitto e Penisola del Sinai, Eritrea ed Etiopia del Nord, Bulgaria, Cipro, Grecia, Iran, Iraq, Libano, Palestina, Siria, Giordania, Turchia ed Albania meridionale e la parte della Tracia soggetta ai Turchi[4]. Il 7 agosto 1950 papa Pio XII aggiunse l'Afghanistan, ma il 16 maggio 2002, con l'erezione dell'omonima missione *sui iuris,* papa Giovanni Paolo II ha posto l'Afghanistan sotto la giurisdizione della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli. Inoltre, le Conferenze Episcopali di Albania, Etiopia ed Eritrea, India, Paesi Arabi sono seguite congiuntamente dalle Congregazioni per le Chiese Orientali e per

---

[3] Cf. G. NEDUNGATT, *Evangelization of Peoples (cc. 584-594),* in ID., *A Guide to the Eastern Code. A Commentary on the Code of Canons of Eastern Churches,* p. 414.

[4] PIO XI, motu proprio *Sancta Dei Ecclesia, 25* marzo 1938, *AAS* (1938), 154-159: «Sacra Congregatio pro Ecclesia Orientali, cui praeest ipse Romanus Pontifex, pienam et exclusivam iurisdictionem habet in regionibus quae sequuntur: in Aegypto et in peninsula Sinaitica, in Erythraea et in parte septentrionali Aethiopiae, in Albania australi, Bulgaria, Cypro, Graecia, Dodecaneso, Iran, Iraq, Libano, Palaestina, Syria, Transjordania, asiatica Turearum republica et in Thracia Turcarum dicioni subiecta» (p. 157).

l'Evangelizzazione dei Popoli, mentre quella di Romania dalle Congregazioni Orientale e per i Vescovi[5].

Con *Rescriptum ex audientia* della Segreteria di Stato, datato 4 gennaio 2006[6], sono state riordinate le competenze dei vari Dicasteri per la costituzione e la provvista delle numerose circoscrizioni ecclesiastiche esistenti in Europa. Il n. 2 del *Rescriptum ex audientia* conferma la giurisdizione della Congregazione per le Chiese Orientali in Bulgaria, Grecia e Turchia Europea per la creazione e la provvista delle Chiese particolari di rito latino, ma non menziona, a differenza del precedente motu proprio, l'Albania meridionale e Cipro. L'Albania, a partire dal *Rescriptum* n. 4, è affidata, *donec aliter provideatur,* alla Segreteria di Stato, Sezione per i Rapporti con gli Stati, ma nulla è detto per Cipro, appartenente alla Comunità Europea; ma tenendo presente che vi si estende la giurisdizione del patriarcato latino di Gerusalemme ed è costituita una eparchia maronita, dipendenti a loro volta dalla Congregazione per le Chiese Orientali, si può presumere che il Dicastero abbia conservato la propria giurisdizione sull'isola.

Papa Benedetto XVI nel *Rescriptum ex Audientia* del 4 gennaio 2006, al n. 3 stabilisce che la Congregazione per le Chiese Orientali ha competenza per la costituzione e provvista di tutte le giurisdizioni ecclesiastiche di rito orientale esistenti in Europa, ad eccezione della Russia, Bielorussia, Ucraina, Armenia, Azerbaigian, Georgia, Moldova, affidate, *donec aliter provideatur,* alla Seconda Sezione della Segreteria di Stato (n. 4), oltre ai Paesi dell'ex-Unione Sovietica che si trovano in Asia (Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tadjikistan, Turkmenistan ed Uzbekistan). Inoltre, alla medesima Sezione, sono affidate, *donec aliter provideatur,* le giurisdizioni ecclesiastiche sia di rito latino che di rito orientale esistenti nei Balcani (Bosnia-Erzegovina, Serbia-Montenegro, Macedonia e Albania).

---

[5] Cf. *Annuario Pontificio*
[6] SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex audientia, 4* gennaio 2006, *AAS* 98 (2006), 65-66.

3. I rapporti Stato-Chiesa attraverso i concordati[7]

Il can. 4 CCEO afferma:

"Canones Codicis initas aut approbatas a Sancta Sede conventiones cum nationibus aliisve societatibus politicis non abrogant neque eis derogant; eaedem idcirco perinde ac in praesens vigere pergent contrariis Codicis praescriptis minime obstantibus".

Il CCEO quindi non modifica per nulla le convenzioni, anche se riportano disposizioni abrogative o di deroga agli stessi accordi: questi continuano ad avere il loro valore nonostante la promulgazione (18 ottobre 1990) e l'entrata in vigore (1° ottobre 1991) del CCEO. Se qualche canone del CCEO fosse eventualmente contrario alle disposizioni di un accordo internazionale, questa stessa disposizione e l'accordo continuerebbero a rimanere in vigore, nonostante l'opposizione della legge canonica vigente che, in questo caso, non annulla parzialmente (derogare = revocatio legis partialiter)[8] o totalmente (abrogare = revocatio legis totaliter)[9] la legge. Continua ad essere in vigore, dunque, e vale sempre il postulato giuridico: *Pacta sunt servanda.* Il Legislatore, dunque, stabilisce quali debbano essere i criteri da seguire quando ci si trova davanti a quelle norme oggi comunemente denominate di diritto internazionale.

La responsabilità internazionale spetta sia alla Chiesa considerata nel suo concetto unitario di *societas* sia alla Santa Sede in quanto soggetto governante al vertice della stessa Chiesa. Agli effetti pratici è poi la Santa Sede che finisce per essere il centro di imputazione fondamentale dei rapporti e delle relazioni che la Chiesa instaura sia con gli Stati sia con altre realtà giuridiche e sociali. La Santa Sede sottoscrive il concordato per mezzo dello stesso Romano Pontefice o tramite suo

---

[7] Cf. L. LORUSSO, *Il Codice dei Canoni delle Chiese Orientali e il diritto concordatario. Commento a un canone (can. 4)*, in *Folia Canonica* 9 (2006), 157-175.

[8] *Derogare* ricorre 6 volte nel CIC: cc. 3; 20; 33 §1; 34 §2; 1670. 3 volte nel CCEO: cc. 4; 1502 §§1-2.

[9] *Abrogare* ricorre 4 volte nel CIC: cc. 3; 6 §1; 20; 505. 3 volte nel CCEO: cc. 4; 6, 1°; 1502 §1.

legato *ad hoc*[10]; mentre da parte dello Stato è contraente lo Stato stesso come persona giuridica e sovrana mediante i suoi rappresentanti legittimi. Dunque, non è il capo del governo o dello Stato a stipulare il concordato, anche se è egli che lo firma; inoltre, negli stati costituzionali, è prevista la necessaria approvazione del concordato in parlamento. Il concordato deve essere pubblicato. Oggi, la pubblicazione è fatta tramite gli *Acta Apostolicae Sedis*, mentre per lo Stato tramite il suo bollettino ufficiale di leggi.

Le convenzioni possono essere stipulate o approvate dalla Sede Apostolica. Infatti, anche il Patriarca col consenso del Sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale e col previo assenso del Romano Pontefice può stipulare delle convenzioni con l'autorità civile; queste convenzioni saranno esecutive dopo l'approvazione del Romano Pontefice (can. 98 CCEO); questa clausola è stata aggiunta tenendo conto delle implicazioni di diritto pubblico e di quello interecclesiale di tali convenzioni[11]. Queste convenzioni sono in realtà vere e proprie forme di concordati anche se *sui generis*. Infatti, nonostante la Santa Sede, nella persona del Romano Pontefice, debba fornire l'assenso prima e l'approvazione poi, queste convenzioni sono piuttosto degli accordi bilaterali, che tuttavia non hanno natura internazionale poiché i firmatari sono il Patriarca e i rappresentanti del governo o delle autorità civili. Pur essendo importanti, esse non hanno i requisiti dei concordati, poiché sono accordi non già tra la Santa Sede e lo Stato, bensì tra una Chiesa e lo Stato. Tuttavia, non per questo sono di poca importanza; infatti, essi possono andare a modificare, anche profondamente, una certa situazione o delimitare la reciproca sfera di influenza della Chiesa e dello Stato su determinate materie. Il fatto che si conceda al Patriarca un tale diritto, rientra perfettamente nella

---

[10] Il can. 365 §1 CIC afferma: *E' inoltre compito peculiare del Legato pontificio che esercita contemporaneamente una legazione presso gli Stati secondo le norme del diritto internazionale: 1) promuovere e sostenere le relazioni fra la Sede Apostolica e le Autorità dello Stato; 2) affrontare le questioni che riguardano i rapporti fra Chiesa e Stato; trattare in modo particolare la stipulazione e l'attuazione dei concordati e delle altre convenzioni similari.*

[11] Cf. *Nuntia* 28 (1989) 37.

tradizione orientale, in base alla quale i Patriarchi sono da sempre considerati anche come "etnarchi" (capi di una etnia) oltre che capi religiosi.

Il CCEO prosegue sul tema col can. 99:

§1. Il Patriarca abbia cura che siano osservati da tutti gli Statuti personali nelle regioni in cui sono in vigore. §2. Se diversi Patriarchi usufruiscono nello stesso luogo della potestà riconosciuta o concessa negli Statuti personali, conviene che negli affari di maggior importanza agiscano di comune intesa[12].

Il can. 99 CCEO prende in considerazione il fatto che più Patriarchi possono essere soggetti al medesimo regime civile. In tal caso è necessario che i Patriarchi agiscano di comune interesse. Al Patriarca spetta anche il compito di vigilare sugli Statuti personali affinché siano rispettati da tutti.

Secondo il Codice, le azioni contenziose si estinguono con la prescrizione dopo cinque anni, salvo il diritto comune non disponga diversamente e fermi restando su questa cosa gli Statuti personali (can. 1151). Inoltre, le cause riguardanti gli effetti meramente civili del matrimonio, se sono trattate in modo principale, spettano al giudice civile, fermi restando gli Statuti personali (can. 1358).

Per Statuti personali si intendono quegli accordi stipulati tra le varie comunità religiose e le autorità civili in alcuni paesi, specie islamici, che riguardano i diritti e i doveri delle persone fisiche e giuridiche di suddette comunità. Essi regolano specialmente in materia di diritto matrimoniale, familiare e patrimoniale[13]. I cristiani

---

[12] CS, can. 271: *§1. Statuta Personalis iis in regionibus in quibus vigent servari debent non solum in iis in quibus cum iure canonico, etiam particulari, conveniunt, sed etiam in ceteris, dummodo ea de re desit proprium iuris canonici praescriptum et Statuta Personalia iuri divino vel canonico non sint contraria. §2. Si plures Patriarchae eodem in loco potestate in Statutis personalibus concessa utantur, expedit ut de gravioris momenti negotiis collatis consiliis statuant. §3. Patriarcha potestatem civilis magistratus, probata consuetudine ita ferente, exercere valet.*

[13] Cf. AL-MAWARDI ABŪ'L-HASSAN, *Les statuts gouvernamentaux ou règles de droit public et administratif*, tr. par E. FAGNAN, A. Alger 1915 (1982[2]); A. FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays de l'Islam*, Beyrouth 1958; M. MAHMASSANI – I. MESSARRA, *Statut Personnel. Textes en vigueur au Liban*, Beyrouth 1970; G. SYRIANI, «L'execution des jugement et arrets emis par

continuano cioè a fidanzarsi, a sposarsi, a praticare la tutela dei minori, l'affiliazione, l'adozione, l'interdizione, ad amministrare il diritto familiare, a succedere *ab intestato,* a ereditare, a osservare il proprio calendario, secondo la loro tradizione, guidati dal loro clero e dal loro Patriarca. Ad esempio, circa i matrimoni misti, secondo gli Statuti personali in Libano abbiamo:

- Per i cattolici, i matrimoni misti (parte cattolica e parte acattolica battezzata) sono proibiti senza il permesso esplicito dell'autorità competente. Il permesso è accordato per una causa giusta e ragionevole a precise condizioni che garantiscono gli impegni e gli obblighi delle parti (cann. 813-816 CCEO; 1124-1129 CIC).

- Per i greci e i siri ortodossi, quando uno dei due sposi è cristiano non ortodosso, egli deve presentare una domanda scritta d'adesione alla Chiesa ortodossa per mezzo della quale prometterà di sottomettersi a tutti i doveri correlativi, conformemente alle procedure civili e religiose in vigore, ed essere ammesso nella Chiesa ortodossa (Stat. Grec., 25/2; Stat. Syr., 23/2).

- Per la Chiesa armena, in caso di matrimonio misto, l'autorizzazione è data dall'Ordinario del luogo, se "gli sposi firmano un impegno scritto per mezzo del quale essi accettano di far parte della comunità armena ortodossa e di sottomettersi ai suoi regolamenti" (Stat. Arm., 25). Anche la parte armena ortodossa firma questo impegno per confermare la sua appartenenza continua alla comunità armena ortodossa.

---

les tribunaux confessionnels des Communautés Orientales Catholiques au Liban», *Apollinaris* 65 (1992) 173-198; M. BASILE, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Kaslik 1993 (con ampia bibliografia); V. POGGI, «Non musulmani nella società musulmana», in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane*, IX Colloquio internazionale romanistico canonistico, Pontificia Università Lateranense, Roma 1994, pp. 553-566.

- Per la comunità evangelica, in caso di matrimonio misto, nessuna restrizione o autorizzazione è posta. È richiesto solo lo stato libero della parte non protestante (Stat. Ev., 25).

- Per la comunità israelita, non vi è una distinzione fra differenza di religione (disparità di culto) e differenza di confessione (matrimonio misto): "La religione e la confessione (israelita) sono condizioni di validità del matrimonio che, sotto pena di nullità, non può essere concluso se una parte è di una religione o di una confessione differente" (Stat. Isr., 37).

A norma dell'art. 17 degli Statuti personali in Libano, sarà punito con ammenda il sacerdote che celebra il matrimonio di due persone non appartenenti alla sua comunità religiosa o che celebra il matrimonio senza essere autorizzato dall'autorità religiosa competente, oppure che celebra il matrimonio tra persone di cui una non appartiene alla sua comunità religiosa, senza che gli sia stata presentata un'attestazione da cui risulti che la parte contraente è libera dal vincolo precedente[14].

Il 14 ottobre 1996 i Patriarchi cattolici e ortodossi del Medio Oriente hanno firmato a Charfeh (Libano) un accordo su tre questioni pastorali, di cui la prima riguarda i matrimoni misti. I Patriarchi si impegnano a salvaguardare quanto segue:

1. la libertà della sposa a restare membro della sua Chiesa se lo vuole;

2. la celebrazione del rito del matrimonio nella Chiesa dello sposo; il sacerdote che presiede al matrimonio inviterà il parroco dell'altra parte, se è presente, a recitare con lui alcune preghiere;

3. il battesimo dei figli nella Chiesa del loro padre;

---

[14] Cf. J. PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Padova 1986, p. 372.

4. la promulgazione di decisioni che daranno forma a questa posizione, nei diversi sinodi[15].

Infine, abbiamo il can. 100 CCEO che statuisce:

Il Patriarca può avocare a sé gli affari che riguardano più eparchie e che interessano l'autorità civile; non può però prendere decisioni sugli stessi se non dopo aver consultato i Vescovi eparchiali interessati e col consenso del Sinodo permanente; se però la cosa è urgente e non resta il tempo per riunire i Vescovi membri del Sinodo permanente, ne fanno le veci in questo caso i Vescovi della curia patriarcale, se ci sono, altrimenti i due Vescovi eparchiali più anziani per ordinazione episcopale[16].

Questo canone conferisce ulteriori prerogative al Patriarca, anche se con delle limitazioni, in materia di problematiche inerenti i rapporti fra la sua Chiesa e le autorità civili. Infatti, si possono avverare dei casi in cui il Patriarca potrà risolvere egli stesso la questione, con la sua capacità e con la sua influenza. Tuttavia, prima di decidere, il Patriarca dovrà ottenere il consenso del Sinodo permanente[17] e dovrà consultare i Vescovi eparchiali interessati alla cosa; ma se la cosa è urgente, è prevista anche una procedura d'urgenza.

4. Riflessione sugli Statuti Personali delle comunità Cattoliche in Libano:

---

[15] Per il contesto canonico e le osservazioni su questo accordo vedi D. SALACHAS, "I matrimoni misti nel Codice latino e in quello delle Chiese Orientali Cattoliche", in *I Matrimoni misti*, (Studi Giuridici 47), Città del Vaticano 1998, pp. 57-91, hic pp. 86-91; testo in *Le Lien* ottobre-dicembre 1996, pp. 30-34.

[16] CS, can. 295 §4: *1° Negotia quae plures eparchias respiciunt civilem Auctoritatem tangunt Patriarcha ad se avocare potest; statuere autem de iisdem non valet nisi auditis locorum Hierarchis quorum res interest et de consensu Synodi permanentis; 2° Quod si res urgeat nec suppetat tempus ad coadunandos Episcopos Synodi permanentis sodales, horum vices in casu gerunt Episcopi in curia patriarchali officium cum residentia habentes.*

[17] È un sinodo minore della Chiesa patriarcale, composto da cinque Vescovi, compreso il Patriarca. Esso è, in un certo senso, rappresentativo del Sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale, il quale elegge tre dei suoi membri. Esso è, di regola, convocato per consultazioni in materie di ordinaria amministrazione o per sbrigare affari urgenti, che non possono attendere le costose e infrequenti sessioni del più ampio Sinodo dei Vescovi. I suoi membri vivono nella curia patriarcale o nelle vicinanze per favorire una pronta convocazione.

Lo Stato libanese mentre riconosce la propria incompetenza su alcune materie (persone, famiglia, persone e beni ecclesiastici, luoghi sacri…) afferma la competenza esclusiva (escludendo qualsiasi forma di concorrenza) della legislazione delle Comunità Cattoliche (le Chiese Orientali *sui iuris* e la Chiesa Latina), oltre che delle altre religioni. In tutte le comunità cattoliche orientali, il matrimonio per quanto riguarda la sua conclusione, gli obblighi che genera, la sua validità, il suo annullamento, e lo scioglimento dei legami matrimoniali, è regolato dalla legge sul matrimonio: CCEO in vigore dall'ottobre 1991 (che sostituisce le leggi allora in vigore, i due MM. PP. *Crebrae Allatae* e *Sollicitudinem nostram)*, come pure le norme post ed extra-codiciali.

Per la comunità latina in Libano il matrimonio è regolato dal CIC in vigore dal 1983 che sostituisce il *Codex Iuris Canonici* del 1917.

In aggiunta e conseguentemente a ciò, mentre riconosce la propria incompetenza giurisdizionale in dette materie, lo stato libanese afferma la competenza dei tribunali confessionali cattolici. Esso, nulla delega alla Chiesa Cattolica ed anzi, prima ancora di riconoscerne la legislazione e l'ordinamento giudiziario, disconosce la propria competenza quanto a legiferare e decidere su quelle materie. Il presupposto è quello che almeno una parte sia libanese. Non si tratta di norme in qualche maniera "concordate" fra le parti, ma di norme sostanziali e processuali di natura confessionale (diritto canonico), da interpretarsi ed applicarsi secondo la loro origine confessionale.

Se l'articolo 9 della Costituzione libanese è il presupposto giuridico-istituzionale che fonda il riconoscimento degli Statuti Personali per gli appartenenti in generale a tutte le confessioni religiose "... lo Stato garantisce ai cittadini, di diverse confessioni, il rispetto del sistema dei loro Statuti Personali ...", il presupposto giuridico specifico per il riconoscimento degli Statuti Personali per i cattolici (orientali e latini) libanesi, è la legge statale del 2-4-1951 che determina la competenza esclusiva per i cattolici libanesi dei rispettivi tribunali ecclesiastici in

materia di statuto personale, inoltre alla cosiddetta *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques* che rappresenta la raccolta normativa delle leggi ecclesiastiche cattoliche che deve essere applicata nella materia, ed è suddivisa come segue:

I. Riguarda le disposizioni generali relative alla competenza della presente legge e alla sua interpretazione, definendo il sistema istituzionale della Chiesa e evidenziano la volontà che in materia di Statuti Personali la norma canonica debba essere interpretata ed applicata nello spirito proprio dell'ordinamento canonico, senza alcun richiamo al diritto civile o anche soltanto ai suoi principi.

II. riguarda le persone in generale (persona fisica, persona morale, laici, ecclesiastici, religiosi, capacità, domicilio e quasi domicilio, ecc.).

III. il fidanzamento e il matrimonio (le sue regole, le obbligazioni che fa sorgere, il suo annullamento, la rottura e la dissoluzione dei legami matrimoniali) e costituisce la parte fondamentale e tipica degli Statuti Personali.

IV. la filiazione, la legittimità dei figli e i loro effetti;

V. l'adozione.

VI. la potestà genitoriale, e la cura dei figli fino alla maggiore età.

VII. la pensione alimentare (alimenti in generale, obbligazioni alimentari fra gli sposi, obbligazioni alimentari fra ascendenti e discendenti).

VIII. i danni-interesse in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio o di separazione.

IX. la "Wisaya", un istituto sostanzialmente civilistico di tutela degli orfani e come tale non disciplinato dal CCEO.

X. le successioni e dei testamenti.

XI. i beni temporali della Chiesa e deve essere applicato ed interpretato alla luce del Titolo XIII CCEO (*De boni Ecclesiasticis Temporalibus*).

XIV. i luoghi santi, contenente l'articolo 287 che ne prevede l'immunità verso l'autorità civile.

XV. tutti i processi relativi ai dogmi religiosi ed agli affari ecclesiastici sono di competenza assoluta dell'autorità religiosa e che i membri del clero e i religiosi abbiano un tribunale privilegiato ecclesiastico per ogni azione sia penale che civile. Non possono essere giudicati da un tribunale laico se non previa autorizzazione del loro superiore competente. Inoltre i membri del clero ed i religiosi possono prestare giuramento soltanto innanzi al loro capo spirituale, e per essere arrestati ed imprigionati devono prima venire destituiti, dagli Istituti di appartenenza. Veniva inoltre previsto l'esonero dal servizio militare (che ora non esiste più).

XVI. la procedura da seguire nella materia degli Statuti Personali, e viene fatto rinvio ai Processi nel CCEO, ai regolamenti particolari della Santa Sede, alle eventuali leggi civili, al diritto canonico generale ed al diritto civile che non sia incompatibile con i dogmi e le leggi della Chiesa.

***

Vi ringrazio per l'attenzione e formulo il migliore augurio per il proseguimento di questo corso, dei vostri studi come della vostra carriera professionale.

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Ombretta Fumagalli Carulli

Direttore di Jus

Celerità della via giudiziaria e pastorale di prossimità nella riforma del processo matrimoniale canonico

Premessa. 1. I capisaldi della riforma del processo canonico matrimoniale. 2. La celerità della via giudiziaria. 3. La pastorale di prossimità. 4. Note conclusive

Premessa.

Riflettere sul nuovo processo canonico matrimoniale alla luce della celerità della via giudiziaria (esigenza comune a vari ordinamenti) e della pastorale di prossimità (peculiarità dell'ordinamento della Chiesa cattolica) significa comprendere somiglianze e differenze tra giustizia canonica e giustizia civile.

Papa Francesco, con sorprendente decisione, ha abbandonato consolidati istituti e ha chiesto rapidità, pastoralità e "conversione delle strutture".

Non è mancato chi ha sollevato critiche. Ma l'obiettivo sottolineato dal Pontefice è pienamente condivisibile, se si considera che in gioco è la validità o nullità di un Sacramento, dunque la condizione spirituale della persona. L'obiettivo è duplice: il cuore dei fedeli, in attesa di un chiarimento del proprio stato coniugale, non sia troppo lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio; la Chiesa, in particolare il Vescovo, sia più vicina alla persona. Nell'Introduzione Papa Francesco spiega che la preoccupazione per la salvezza delle anime rimane il fine supremo delle istituzioni, delle leggi e del diritto della Chiesa. Per questo si è sentito in dovere di intervenire anche con l'obiettivo di evitare che un enorme numero di fedeli, pur desiderando provvedere alla propria coscienza, sia distolto dalle strutture giuridiche della Chiesa a causa della distanza, fisica e morale.

1. I capisaldi della Lettera Apostolica M. P. *Mitis Iudex Dominus Iesus*

La riforma va ben oltre la celerità della via giudiziaria e la pastorale di prossimità. Non essendo mio compito illustrarla in tutti i suoi aspetti, basti qui ricordarne i capisaldi. Il M. P. *Mitis Iudex Dominus Iesus*, "dato a Roma presso san Pietro, il 15 del mese di agosto nell'assunzione della Beata Vergine Maria dell'Anno 2015" ha modificato l'intero processo per la dichiarazione della nullità del matrimonio nel diritto della Chiesa cattolica latina. Ha sostituito il libro VII del CIC Parte III, Titolo I, Capitolo I sulle cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio, dando una nuova versione ai canoni che vanno dal can. 1671 al can.1691. Un'altra Lettera Apostolica *Mitis et misericors Iesus*, nella stessa data, ha riguardato il diritto delle Chiese cattoliche orientali e dunque il CCEO. Su questa seconda si è riscontrato minore interesse[1], nonostante, a differenza del diritto della Chiesa latina, il diritto delle Chiese orientali ravvisi nell'esercizio della potestà giudiziale del Vescovo - costituito dallo Spirito Santo come figura di Cristo e al posto di Cristo ("*eis typon kai tòpon Christou*") –il luogo privilegiato in cui, mediante l'applicazione dei principi della "*oikonomia*" e della "*akribeia*", egli porta ai fedeli bisognosi la misericordia risanatrice del Signore (come è detto nel Proemio).

Anche per ragioni di tempo noi ci occuperemo del M.P. *Mitis Iudex*; dunque del diritto della Chiesa latina. Già dai sette criteri fondamentali, indicati nel Proemio come guide della riforma, è facile comprendere quanto le novità siano ispirate a semplificazione delle procedure e stretta connessione tra giuridicità e pastoralità nella vicinanza misericordiosa e insieme territoriale a chi chiede giustizia. Essi sono sette: I) una sola sentenza (non più la *duplex sententia conformis*) in favore della nullità; II) la costituzione di un giudice unico, in prima istanza, che agisce sotto la responsabilità del Vescovo; III) il Vescovo stesso, che nella Chiesa di cui è costituito

[1] Si veda tra i pochi commenti l'articolo di PARLATO V., *Rigor iuris e misericordia nel matrimonio delle Chiese ortodosse,* in *www.statoechiese.it*, 2/2016 18 gennaio 2016, p. 2 ss.

Pastore è giudice tra i fedeli a lui affidati, deve offrire un segno della "conversione delle strutture ecclesiastiche", non lasciando completamente delegata agli uffici di Curia la funzione giudiziaria in materia matrimoniale; IV) il processo "più breve"; V) l'appello alla Sede Metropolitana, come segno distintivo della sinodalità della Chiesa; VI) il compito delle Conferenze Episcopali di rispettare e stimolare il diritto dei singoli Vescovi di organizzare la potestà giudiziale nella propria Chiesa particolare; VII) l'appello alla Rota romana, rafforzante il vincolo tra Sede Apostolica e Chiese particolari. Ai 21 nuovi canoni della Lettera Apostolica vanno aggiunti i 21 articoli delle Regole Procedurali. Prodotti e promulgati dal Legislatore come norme universali innovatrici del *Codex,* essi non rappresentano tanto un regolamento operativo, ma contengono integrazioni ed innovazioni.

2. La celerità della via giudiziaria

Se s'indaga sulle linee conduttrici sottese ai 7 criteri ora menzionati è facile ravvisarne due, sulle quali ci soffermeremo: celerità e pastoralità. Esse non sono le uniche. Altre due sarebbe interessante approfondire, cioè semplificazione ed economicità, ma non vi è tempo per farlo in questa sede.

La celerità della via giudiziaria è esigenza comune a vari ordinamenti (quello italiano compreso); la pastorale di prossimità è peculiarità dell'ordinamento della Chiesa cattolica. Affrontare entrambe significa comprendere somiglianze e differenze tra giustizia canonica e giustizia civile[2].

Cominciando dalla celerità, va anzitutto segnalato che essa è linea conduttrice oggi auspicata dalla cultura giuridica contemporanea, anche non canonistica, come strumento imprescindibile per affermare la giustizia del caso concreto o per intervenire in eventuali riforme. Si pensi a tutto il dibattito che si va facendo in Italia, come altrove, sull'accesso e sui tempi della giustizia. La giustizia che arriva

[2] Per una recentissima indagine di tipo comparatista si veda DI BERNARDO E., *Modelli processuali e diritto probatorio civile. Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, collana Utrumque Ius 34, Roma 2016.

troppo tardi diviene inevitabilmente ingiustizia. Il Tribunale difficile da raggiungere è altra manifestazione d'ingiustizia. Insomma se il diritto è garanzia di tutela della persona e della sua dignità, la sua proclamazione in provvedimenti giudiziari richiede tempi solleciti e facilità di accesso per chi chiede giustizia.

Il principio, spesso ripetuto nella teoria generale del processo, che una giustizia ritardata è giustizia denegata è avvertito anche dalla Chiesa. Oggi non meno di ieri. Lo è in modo ancor più forte, essendo in gioco la validità o nullità di un Sacramento, dunque la condizione spirituale della persona. Le motivazioni, di conseguenza, sono in parte analoghe a quelle che ispirano riforme degli ordinamenti secolari e in parte del tutto peculiari.

Vale al proposito rilevare che nella riforma del processo canonico matrimoniale la necessità di una sempre maggiore celerità è esplicitamente menzionata (per riprendere un'espressione di Papa Francesco) "affinché il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio". Il rapporto tra verità e giustizia (che nella concezione istituzionale del processo canonico è un obbligo per tutti coloro che vi intervengono: dai giudici, alle parti private, a quelle pubbliche[3]), trova nell'ordinamento canonico matrimoniale una centralità assoluta. Lo trova prima e più ancora del rapporto tra certezza e giustizia. E richiede di essere compiuto con celerità.

Sia ben chiaro: la celerità nel risolvere il dubbio se i due sono o no validamente coniugati non è novità dei nostri tempi. Può dirsi esigenza perseguita in modo più o meno prioritario lungo i secoli della bimillenaria storia della Chiesa.

Senza ora potere evidenziare quanto previsto in età precedenti, giova ricordare che già pochi anni dopo la prima codificazione della Chiesa latina del

---

[3] Sempre interessante il saggio di GROCHOLEWSKI Z., *Iustitia ecclesiastica et veritas*, in *Periodica de re canonica*, 84, 1995, p. 7 ss.

1917[4], la Sacra Congregazione dei Sacramenti, il 15 agosto 1936 con l'Istruzione *Provida Mater*, fronteggia le lentezze applicative della disciplina processuale fissata nel *Codex* del 1917. In seguito, nel passaggio tra vecchio (del 1917) e nuovo *Codex iuris canonici* (che nel 1983 armonizza la legge canonica con i principi del Vaticano II), Paolo VI emana il 28 marzo 1971 il M.P. *Causas matrimoniales* "in attesa di una più completa riforma del processo matrimoniale". Durante i lavori preparatori della codificazione oggi vigente è auspicato un processo più snello, che, in tempi brevi, porti a un risultato equo. Alla fine il processo contenzioso orale (canoni 1656-1670) rimane limitato solo ad alcune questioni[5]. L'Istruzione *Dignitas Connubii* (25 gennaio 2005) interviene di nuovo, ponendo tra i fini anche quello di evitare l'eccessiva lunghezza del percorso processuale per non aggravare la condizione spirituale dei fedeli.

La motivazione della celerità nel M.P. *Mitis Iudex* si inserisce dunque in queste stesse preoccupazioni, considerandole prioritarie: tenere il meno possibile i due coniugi nelle "tenebre del dubbio", poiché esse, come tali, danneggiano la condizione spirituale del fedele. La novità è che la doverosa "conversione delle strutture" è oggi tanto più necessaria a fronte di un numero smisurato di divorziati risposati, oggi considerati lontani, che potrebbero avere la dichiarazione di nullità.

Si pone a questo punto un interrogativo: valeva proprio la pena mantenere la via giudiziaria relativamente lenta o non sarebbe stato meglio affidarsi a una via amministrativa di più rapida percorrenza?

Già nell'immediato post Concilio erano nati vari tentativi in favore di un servizio pastorale di tipo amministrativo, ma non erano stati accolti. Tra fine Concilio e pubblicazione del "nuovo" CIC del 1983 (anni nei quali era in corso la *revisio* del *Codex* del 1917) anche la dottrina più critica riguardo a interpretazioni

---

[4] Si veda LLOBELL J., *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Roma 2015

[5] Cfr. BETTETINI A. , *Matrimonio e processo canonico: proposte per un'innovazione nella tradizione*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo: il punto di vista dei giuristi,* p. 83.

eccessivamente "giuridiste", come quella olandese capeggiata da P. Huizing, pur sottolineando il "carattere di servizio pastorale" della giustizia canonica nei casi in cui si tratti di problemi vitali personali, quali sono le cause di dichiarazione di nullità matrimoniali, affermò che "nessuna società, non esclusa quella ecclesiastica, può fare a meno di regole obbligatorie, riconosciute e osservate da tutti gli interessati, come condizione indispensabile di una collaborazione stabile"[6]. Sicché la stessa struttura sacramentaria della Chiesa comporta necessariamente un ordinamento giudiziario, che abbia al suo centro il rapporto tra verità e processo. Come dire: sì a una via giudiziaria meno formalistica; no alla via meramente amministrativa.

Anche oggi più commentatori[7] e lo stesso Papa Francesco[8] affermano che la via amministrativa avrebbe fatto somigliare la decisione a una grazia dispensatoria. Ed evidenziano che è la verità sul matrimonio da accertare.

La via amministrativa, per giunta, avrebbe compresso il diritto delle parti alla protezione giudiziale fornita da un processo che oggi, anche nell'ordinamento canonico, offre le opportune garanzie che nei sistemi secolari sono definite "giusto processo".[9] Il *Codex* vigente, innovando quello precedente, le ha addirittura poste tra gli "obblighi e diritti di tutti i fedeli" di natura costituzionale (can. 221).

---

[6] HUIZING P., *Teologia pastorale dell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio,* vol. II, 2, Giuffrè, Milano, 1972, p. 813, p. 817 s.. Un'efficace breve sintesi delle posizioni emerse nella prima età post conciliare in PINTO P. V., *I processi nel Codice di diritto canonico,* Commento sistematico al libro VII, Città del Vaticano, 1993, p. 8 ss.

[7] Tra gli Autori che sottolineano questo aspetto ARROBA CONDE J.M., *Prima analisi della riforma del processo canonico di nullità del matrimonio*, intervento nel Convegno *Le Litterae Motu proprio sulla riforma dei processi di nullità matrimoniale: una prima analisi*, presso la Pontificia Università Lateranense, 13 ottobre 2015, contributo on-line in *www.iuscanonicum.it*.

[8] Nella Conferenza stampa di ritorno da Philadelphia Papa Francesco ha affermato che nella riforma dei processi "ho chiuso la porta alla via amministrativa, che era la via attraverso la quale poteva entrare il divorzio" ed ha soggiunto: "sempre ci sarà la via giudiziale".

[9] Gli spunti ricavabili dalla disciplina di altri ordinamenti, statali o internazionali, sono molti e assai interessanti. Di particolare interesse quanto ai rapporti tra modelli processuali e giusto processo è la trattazione di UBERTIS G., *Sistema di procedura penale,* I, Principi generali, III ed., UTET Giuridica, p. 13 ss. Si veda anche per riferimenti processual-civilistici e comparatistici ai sistemi della Spagna, del Portogallo e dell'America latina COMOGLIO L. P., *Durata ragionevoli e processo giusto*, in *Jus* 3 /2015, p. 251 ss.

In breve: sì al procedimento giudiziale che, per essere "giusto", deve anche essere sollecito.

La celerità del procedimento sta particolarmente a cuore a Papa Francesco. Intervenendo sui primi dubbi emersi quanto al rapporto tra *Dignitas Connubii* del 2005 (rispecchiante temi e problemi di anni ormai passati) e *Mitis Iudex* (odierna Lettera apostolica di svolta rispetto al passato), nell'evidenziare che la prima non è affatto abrogata, egli usa un argomento significativo: l'Istruzione, proprio perché ha la stessa finalità di un processo rapido e sicuro, può continuare a aiutare i ministri del Tribunale.

Se la celerità, da un lato, può meglio soddisfare la domanda di giustizia, d'altro lato richiede tempi e modi di attuazione per l'organizzazione ecclesiastica da non sottovalutare né, tanto meno, trascurare in termini di programmazione e di formazione. La riforma, pertanto, rappresenta una preziosa occasione per aggiornare e formare, anche quanto all'intreccio tra pastorale e diritto (del quale diremo tra breve), i titolari del potere giudiziario, per promuovere giovani giuristi e consulenti familiari con essi coadiuvanti, per reimpostare in termini rinnovati l'ampio tema delle prove[10].

Poiché a porre freno a ogni novità, è spesso la ristrettezza delle risorse umane, spetta oggi ai Vescovi diocesani organizzare la pastorale giudiziale come parte essenziale della loro più generale attività episcopale. Poiché poi un numero adeguato di persone in tribunale, con la necessaria formazione, riduce i problemi dei ritardi, spetta ai medesimi Vescovi dotare il tribunale di persone formate.

---

[10] Sul tema delle prove si veda BONNET P.A., *Le prove (artt. 155-216)*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii"*. Parte terza. *La parte dinamica del processo*, a cura di Bonnet P.A. - Gullo C., Città del Vaticano, 2008, p. 169 ss., p. 205 ss., 252-256, con ampi richiami bibliografici. In particolare sul diritto di difesa nell'istruttoria delle cause matrimoniali canoniche, LLOBELL J., *Cenni sul diritto di difesa alla luce dell'Istr. "Dignitas Connubii"*, in AA. VV., *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2006, p. 47 ss.

Al proposito il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi[11] ha suggerito, concretamente, alla Congregazione per l'Educazione Cattolica di attivare il grado di "Baccalaureato in diritto canonico", da istituire accanto a Facoltà Teologiche e Istituti di Scienze Religiose di tutto il mondo aggregati a Facoltà di Diritto Canonico, come forma che consenta una sufficiente formazione canonistica.

Com'è stato correttamente osservato, la modifica di regole processuali, se non è accompagnata da un affinamento sia della coscienza giuridica sia della quantità e qualità degli agenti, rischia[12] di far precipitare la riforma proprio verso quel lassismo, contro il quale mette in guardia lo stesso Pontefice, che l'ha fortemente voluta. Lassismo che già nel passato era preoccupazione denunciata come pericolo del sistema canonico[13], pregiudizievole per la condizione spirituale dei due coniugati.

Sempre nella linea della celerità va infine rilevato che dei tre riti di nullità oggi previsti -ordinario, *brevior*, documentale- il processo "più breve" sovverte il decentramento organico di funzioni (vicarietà giudiziale) con uno speciale snellimento delle procedure; dunque nella linea della maggiore celerità. Il Vescovo diocesano è giudice unico, coadiuvato da due assessori con i quali discute sulla certezza morale dei fatti addotti per la nullità; le prove sono raccolte in un'unica sessione istruttoria (can. 1686). Come sottolinea il Sussidio applicativo[14], il Vescovo non istruisce la causa, interrogando parti e testi, ma interviene come giudice nei casi di "nullità evidenti", a lui riservate dalla riforma.

3. La pastorale di prossimità

---

[11] ARRIETA J. I., *Possibili sviluppi nel diritto canonico matrimoniale e processuale alla luce dei lavori del Sinodo straordinario,* n *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2015, pt. 2, p. 1005 ss.

[12] L'osservazione è di DEL POZZO M, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. "Mitis iudex"*, in *www.statoechiese.it*, n. 36/2015 23 novembre 2015, p. 2

[13] Interessanti riflessioni in MONTINI G. P. , *La Rota e i Tribunali locali,* in *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908- 2008)*, Atti del XLI Congresso di diritto canonico dell'Associazione Canonistica Italiana (Spoleto 7-10 settembre 2009), Città del Vaticano, 2010, p. 59 ss.

[14] TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del M.P. Mitis Iudex Dominus Jesus*, p. 9

Secondo filo conduttore della riforma, da noi assunto a oggetto di approfondimento, è la pastoralità. Essa va intesa anzitutto come prossimità di ogni mezzo e fase procedurale. Un'espressione usata nel M.P. è rivelatrice: "La carità e la misericordia esigono che la Chiesa come madre si renda vicina ai figli che si considerano separati". E' linea conduttrice dalle importanti ricadute sull'aiuto dato o da dare ai coniugi a uscire dalle "tenebre del dubbio".

Si rammenti che di cura pastorale parla già il CIC vigente quanto agli aspetti sostanziali nel capitolo I del titolo VII, *De matrimonio*[15]. La riforma estende l'attenzione pastorale agli aspetti processuali. Là dove esalta, come valore da perseguire, il rapporto di vicinanza tra chi esercita nella Chiesa la giurisdizione e il singolo fedele, può essere definita pastorale di prossimità. Riguarda sia il momento preparatorio delle nozze che quello processuale della nullità.

Note espressioni di Papa Francesco, sin dall'avvio del pontificato, della Chiesa come "ospedale da campo" e, in tempi più recenti (Discorso alla Rota[16] posteriore alla riforma), della preparazione matrimoniale come "nuovo catecumenato" spiegano più di ogni altra considerazione l'accentuazione del momento preparatorio, che trova l'asse riformatore nella sollecitudine pastorale del Vescovo diocesano. I nuovi compiti affidati a lui, anzitutto come pastore del suo gregge, oltre che come titolare della *potestas iudicialis*, si aggiungono a quelli già disciplinati nel *Codex* (peraltro con canoni innovatori rispetto a quello precedente), ad es. nel can.1071[17], elencante i casi in cui l'Ordinario del luogo autorizza con previa licenza la lecita assistenza al matrimonio; o a quelli – anch'essi già disciplinati

---

[15] Si veda SAMMASSIMO A., *Definizione giuridica del matrimonio e preparazione pastorale ad esso*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di Fumagalli Carulli- Sammassimo, p. 413 ss.

[16] Discorso 22 gennaio 2016: "l'urgenza pastorale, che coinvolge tutte le strutture della Chiesa, spinge a convergere verso un comune intento ordinato alla preparazione adeguata al matrimonio, in una sorta di nuovo catecumenato - sottolineo questo: in una sorta di nuovo catecumenato - tanto auspicato da alcuni Padri Sinodali".

[17] Si veda SCHOUPPE J.P., *L'ammissione alla celebrazione del matrimonio alla luce del can. 1071. Profili giuridici e pastorali,* in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, a cura di Ortiz M.A., Milano, 2005, p. 213 ss.

nel *Codex*- di adoperarsi, nella pastorale prematrimoniale, affinché, nel momento dell'ammissione al matrimonio e di valutazione della decisione sponsale, i fidanzati siano aiutati a riscoprire la verità sul matrimonio, tanto più dove la secolarizzazione la oscuri[18].

La speciale attenzione alle "famiglie ferite", affinché, fallito il matrimonio, esse siano avvicinate dalla Chiesa, è rilevata anche nell'Introduzione del Sussidio applicativo del *Mitis Iudex*[19] emanato nel gennaio 2016 dalla Rota Romana. Questa rinnovata attenzione riguarda anche, ma non solo, l'aiuto da dare alle coppie nel raccogliere elementi utili per l'eventuale processo di nullità. Già *Dignitas connubii* raccomanda: "Presso ogni tribunale ci sia un ufficio o una persona, dalla quale chiunque possa ottenere liberamente e sollecitamente un consiglio sulla possibilità d'introdurre la causa di nullità di matrimonio e, se ciò risulta possibile, sul modo con cui si deve procedere" (art. 113 § 1). L'art. 2 Regole Procedurali può dirsi una sua integrazione, in quanto il rinnovato servizio di consulenza o di mediazione nell'ambito della pastorale diocesana unitaria [20] -da svolgere anzitutto, ma non solo, dai parroci e con l'aiuto di una struttura stabile (artt. 1-3 Regole Procedurali)- è certamente più ampio rispetto all'individuazione della possibilità di dare avvio a un processo. E' servizio da allargare a compiti e obiettivi extra-giuridici, che è opportuno vengano al più presto precisati da appositi Vademecum.

La lettera della nuova normativa può lasciare talvolta perplessi. Così prescrivere che l'indagine in questione possa essere affidata (oltre che ai parroci) a persone ritenute idonee dall'Ordinario del luogo, dotate di competenze, "anche se

---

[18] Sulla progettualità culturale, responsabilità educativa e percorsi formativi dell'azione pastorale cfr. LANZA S., *L'approccio pastorale ai nubendi: possibilità e limiti della loro conoscenza da parte dei Pastori e della preparazione alle nozze*, in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, p. 49 ss.

[19] TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del M.P. Mitis Iudex Dominus Jesus*, Città del Vaticano gennaio 2016 , p. 5 ss.

[20] Interessanti spunti sulla mediazione nell'ambito processuale matrimoniale in ARROBA CONDE J.M., *Servizio alla persona e tecnica giudiziale nel processo canonico*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, a cura di Boni G.- Camassa E.- Cavana P.- Lillo P.- Turchi V., I, Torino, 2014, pp. 24-25; *Corresponsabilità e diritto processuale*, in *Apollinaris*, 2009, p. 211s.

non esclusivamente giuridico-canoniche" (art. 3 Regole Procedurali), può suscitare qualche interrogativo. Se essa dovesse essere interpretata come coinvolgimento di soggetti privi di ogni preparazione o sensibilità giuridica canonica, sarebbe naturale domandarci se e come essi riescano alla fine a confrontarsi con il diritto, questa fase potendosi chiudere con il libello della parte attrice, dunque con l'indicazione dei capi di nullità da portare davanti al tribunale. Sembra più ragionevole ritenere che almeno un minimo di conoscenza giuridico-canonistica sia necessario, ancorché non sufficiente. Sarà la prassi, sempre importante nell'ordinamento canonico, a trovare gli opportuni aggiustamenti.

Rimane indicativo che l'indagine in oggetto abbia decisivo rilievo in merito all'accesso al processo "più breve" –novità tanto significativa quanto discussa in dottrina- dovendo essa non solo raccogliere gli elementi utili per l'eventuale introduzione della causa, ma anche accertare che "le parti sono d'accordo nel chiedere la nullità" (art. 4 Regole Procedurali). Con la conseguenza che se tale accordo non risulta, il processo non può essere celebrato nella forma *brevior*.

Quanto al momento più specificamente processuale, la "conversione delle strutture ecclesiastiche" ha un campo meno ampio di azione, ma non perciò irrilevante. Si pensi all'urgenza di un'umanizzazione dei meccanismi processuali, vecchi o nuovi, che consenta di superare certo legalismo formalistico, estraneo allo spirito delle leggi della Chiesa e indicato come da abbandonare già in seno al Vaticano II e poi nel Proemio di *Dignitas Connubii* [21].

Si pensi, altresì, a quanto possono fare gli operatori della giustizia canonica, che –va evidenziato- non sono affatto esentati dalla "conversione". Questa, come ogni altra riforma, è destinata a fallire se essi non ne comprenderanno lo spirito e gli

[21] Sul valore giuridico di *Dignitas Connubii* si veda LLOBELL J., *El valor jurìdico de la Instr. "Dignitas Connubii", su recepciòn eclesial, el objeto y la conformidad de la sentencia, y la certeza moral,* in Rodrìguez–Ocana- Sedano (a cura di), *Procesos de nulidad matrimonial. La Instruciòn "Dignitas connubii",* Pamplona, 2006.

obiettivi[22]. A loro in modo particolare compete evitare inutili giuridismi, peraltro contrastanti con il perenne intersecarsi del diritto canonico con il mistero[23]. Il concorso intelligente di tutti è, insomma, essenziale. Gli strumenti interpretativi non mancano, purché si vogliano usare. L'*aequitas canonica*, ad esempio, antica e sempre viva peculiarità canonistica, ancorché spesso dimenticata da dottrina e giurisprudenza[24], si spera possa finalmente essere utilizzata come grande risorsa in linea con lo spirito riformatore.

Va comunque chiarito, a evitare equivoci, un punto, che la migliore dottrina[25] ha subito evidenziato: la carità pastorale non può intaccare l'imparzialità del giudice, poiché essa suppone la verità. Quand'anche entrambe le parti sollecitassero la dichiarazione di nullità, ma la verità del matrimonio fosse in altro senso, il "giusto giudizio"(per intenderci: non tanto quello disciplinato dalle carte internazionali, ma quello di cui parla il Vangelo di Giovanni[26]), imporrebbe di non dichiarare la nullità.

4. Note conclusive

Delle due linee conduttrici, celerità e pastoralità, che ci siamo prefissi di approfondire, la prima può essere la più difficoltosa nella realizzazione pratica. L'accesso più facile dei fedeli alla giustizia, come conseguenza della riforma, sarà più facilmente realizzabile in Diocesi di piccolo o medio ambito territoriale, sempre che abbiano le necessarie risorse. Meno agevole potrebbe essere il contatto diretto con il

---

[22] Il tema è ben più ampio rispetto a quello trattato nel testo, riguardando ogni riforma, non solo quella canonica. Si vedano le riflessioni di BIAVATI P., *Alla base dei diritti: doveri e responsabilità*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre,* a cura di Boni G.- Camassa E.- Cavana P.- Lillo P.- Turchi V., vol. I, Torino, 2014, p. 1324 ss.

[23] Sempre interessante è il volume di LO CASTRO G., *Il mistero del diritto, I, Del diritto e della sua conoscenza,* Torino 1997.

[24] FUMAGALLI CARULLI O., *Il Concilio Vaticano II e il matrimonio canonico: capacità e consenso nella convergenza tra pastorale e diritto*, in *Jus*, 2/2013, p. 227 ss.; ID, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona,* Milano 2003, p. 63 ss.; ID, voce *Equità,* III, *Equità canonica* estr. da Enciclopedia Giuridica, vol. XII, Roma 1988. Sulla tipicità dell'equità e sul suo ruolo nell'ordinamento giuridico delle Chiesa interessanti rilievi filosofici-giuridici in GROSSI P., *Aequitas canonica tra codice e storia*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo,* p. 281 ss.

[25] LLOBELL J., *Questioni comuni ai tre processi del M. P. "Mitis Iudex",* Relazione al Seminario di studio organizzato da LUMSA e *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, p. 11

[26] "Non giudicate secondo le apparenze, ma con giusto giudizio!" (Gv. 7, 24).

Vescovo in Diocesi molto grandi o sprovviste di personale professionalmente competente. Sotto questo profilo la riforma è una sfida. Occorre che essa sia vissuta da tutti, a cominciare dagli operatori giudiziari, come opportunità per riorganizzare in modo efficace ed efficiente l'apparato giudiziario. Che se poi occorre modificare qualche nuova norma, si proceda senza gridare allo scandalo. La massima *Ecclesia semper reformanda* (di origine protestante) o quella, più consona al credo cattolico (*Lumen Gentium,* 8), *Ecclesia semper purificanda* [27], hanno accompagnato il percorso storico della Chiesa e del suo diritto[28].

La seconda delle nostre due linee conduttrici, la pastorale di prossimità, dovrà trovare le risposte adeguate, nella concretezza delle specifiche realtà diocesane, a risolvere quell'emergenza famigliare che non può non preoccupare la Chiesa d'oggi.

Sull'emergenza pastorale famigliare si sofferma anche la recente Esortazione Apostolica post sinodale *Amoris laetitia*, conclusiva del complesso e bene articolato percorso dei due Sinodi sulla famiglia, il primo "straordinario" (2014) sul tema *Le sfide pastorali della famiglia nel contesto dell'evangelizzazione*, il secondo "ordinario" (2015) su *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo*.

Papa Francesco inizia la lunga Esortazione con un'espressione che non può non essere conforto e stimolo per tutti noi, che viviamo in un periodo di disorientamento. L'espressione, con la quale termino queste mie riflessioni, è la seguente: "*L'amore che si vive nella famiglia è giubilo della Chiesa*".

---

[27] Si veda questa distinzione nella bella omelia del Card. Walter Kasper a conclusione della settimana di preghiera per l'unità dei cristiani, pronunciata nella Basilica di San Paolo fuori le mura il 25 gennaio 2002, n. 7, in http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/chrstuni/documents/rc_pc_chrstuni_doc_20020125_kasper-san-paolo_it.html

[28] Tra i saggi da tenere in considerazione quanto ai rischi che la riforma può causare su consolidati princìpi (indissolubilità compresa) si veda DANIEL W. L., *An Analysis of Pope Francis' 2015 Reform of the General Legislation Governing Causes of Nullity of Marriage*, in *The Jurist* , 2015 (75), p. 448 ss. Per la particolare ampiezza di analisi si rinvia a BONI G., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* , in www.statoechiese.it, n. 10/2016

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Carlo Nitsch

Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II

«Diritto»: studio per la voce di un lessico crociano*

Sommario: 1. Premessa. – 2. «Diritto». – Nota bibliografica: a. Croce e il diritto. – b. Tra etica e politica. – c. Il problema della «definizione» del diritto. – d. Sulla «riduzione» della filosofia del diritto. – e. Nella «valanga» delle discussioni. – f. Diritto ed economia. – g. La 'mafia' e la 'camorra'. – h. Sulla legge. – i. Sul diritto naturale.

1. *Premessa*.

Scrivere la voce «diritto» di un lessico crociano[1] ha significato affrontare, nell'ampio e multiforme orizzonte del pensiero di Benedetto Croce, un problema complesso. Se la riflessione sul giuridico, infatti, per la specificità dei temi trattati, la forte connotazione tecnica e il carattere specialistico della letteratura al riguardo, sembra accreditare l'immagine di un Croce 'filosofo delle parti', l'articolato svolgimento di essa, tra profili teoretici e questioni pratiche che investono l'intera Filosofia dello spirito, conferma la profonda connessione delle 'parti' tra loro, tale per cui studiare Croce vuol dire necessariamente, anche in questo caso, studiare 'tutto Croce'.

In riferimento al diritto, è possibile apprezzare appieno la peculiarità del lavoro crociano, nel cui ambito la riflessione filosofica è sempre riflessione sulla realtà storica, e muove ogni volta dall'analisi critica di una sua particolare determinazione; di modo che il 'tutto' sia messo continuamente alla prova nelle sue

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

[1] C. Nitsch, s.v. «Diritto», in *Lessico crociano. Un breviario filosofico-politico per il futuro*, a cura di R. Peluso, con la supervisione di R. Viti Cavaliere, La scuola di Pitagora, Napoli 2016, pp. 183-192.

'parti', e queste ritrovino nel 'tutto' la loro ragion d'essere. Ciò premesso, com'è noto, l'attività giuridica non costituisce, nell'architettura del 'sistema', una categoria autonoma della vita dello spirito, bensì un'esperienza da ridurre e ricondurre nel più ampio dominio della forma economica, come tale distinta e unita insieme alla forma etica. Quanto nel mondo del diritto, a giudizio di Croce, vi sarebbe di 'reale' – cioè il volere e l'agire in concreto, in situazioni di fatto storicamente determinate, avendo quale proprio orientamento il principio dell'utile – non darebbe luogo, pertanto, a un momento specifico, ulteriore e diverso, della coscienza pratica. Viceversa, ciò che appare tipico del giuridico, quale elemento caratterizzante il rapporto dell'uomo con il diritto, risulterebbe essere affatto 'irreale': così le leggi non sarebbero, nell'operosità pratica degli individui, altro che «pretese volizioni», e i concetti giuridici, analogamente, nell'elaborazione scientifica della giurisprudenza, nulla più che mere «finzioni concettuali».

Di questa complessità, per evidenti ragioni, un lavoro di tal genere può dar conto solo in parte. L'inevitabile tirannia degli spazi, nella redazione della voce di un lessico, impone scelte precise quanto all'individuazione dei problemi da affrontare. Se l'interesse per il diritto – un interesse critico, talvolta apertamente polemico nei confronti dei suoi cultori – appare rilevante nel percorso di formazione di Croce, e largamente diffuso nella sua opera, nella prospettiva di questo contributo si è inteso privilegiare il momento cruciale e risolutivo della concettualizzazione giuridica crociana. Al centro dell'attenzione, dunque, sono state poste le pagine – così vicine nel tempo, eppure tra loro tanto distanti – della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*[2] e della *Filosofia della pratica*[3]. Non è sembrato necessario, invece,

---

[2] *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907, in «Atti della Accademia Pontaniana», XXXVII, n. 8 (1907), pp. 3-53 [ed. a cura di A. Attisani, Ricciardi, Napoli 1926, pp. 3-66]. Una nuova edizione, a mia cura, è apparsa per i tipi di Giuffrè, Milano 2016: da essa sono tratte le citazioni che seguono.

[3] *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Filosofia come scienza dello spirito III (1909) [ed. naz. (riproduzione della sesta ed., Laterza, Bari 1950), a cura di M. Tarantino, Bibliopolis, Napoli 1996, da cui sono tratte le citazioni che seguono]. La problematica definizione dei rapporti tra la *Riduzione* e la *Filosofia della*

indugiare sulle vicende del primo giovanile approccio ai problemi del diritto: dall'esperienza, del tutto insoddisfacente, dei corsi universitari presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza romana, a quella, ugualmente poco appagante, delle frequenti discussioni su questioni giuridiche in casa dello zio Silvio Spaventa[4]. Per altro verso, non è stato possibile ripercorrere le fasi della successiva meditazione filosofica di Croce sul diritto, nel corso della quale, se non mutano le principali categorie di riferimento, si radicalizza di fatto il loro impiego: si pensi, soprattutto, ai saggi raccolti in *Etica e politica*[5], ove la proiezione del discorso giuridico sul piano dell'azione politica dello Stato, identificato quest'ultimo con il «governo», conduce al limite gli esiti della riflessione in merito al rapporto tra la concretezza della forza e l'astrattezza delle regole. Né si è potuto, in queste pagine, fermare l'attenzione sulla specifica rilevanza dei problemi giuridici nelle grandi opere della storiografia etico-politica crociana, le cui direttrici interpretative appaiono, com'è noto, sempre legate all'ordine concettuale della sua filosofia, che la ricerca storica mette continuamente alla prova nella conoscenza dell'esperienza della vita dello spirito[6]. Infine, salvo qualche essenziale richiamo nelle annotazioni a piè di pagina, non è parso opportuno soffermarsi sulle numerose recensioni, dedicate a questioni giuridiche, pubblicate nei fascicoli della *Critica*: sebbene questi scritti offrano una preziosa testimonianza del costante e informato interesse di Croce per il diritto e il lavoro dei

---

pratica è al centro del mio *Il fantasma della «prima forma». Saggio sulla* Riduzione *crociana*, che introduce la nuova edizione della *Riduzione*, cit., *supra*, in nt. 2.

[4] Le pagine nelle quali Croce rievoca tali esperienze sono, in primo luogo, quelle del saggio *Intorno alla mia teoria del diritto*, in «La Critica», 12 (1914), pp. 445-450, spec. 449 s. [= in *Pagine sparse* I. *Letteratura e cultura*, Ricciardi, Napoli 1941, pp. 346-353, spec. 351 ss.; il saggio appare inoltre nell'edizione della *Riduzione* curata da Attisani, alle pp. 77-85; quindi nella nuova edizione a mia cura, alle pp. 77-85]; nonché quelle, di poco successive, del *Contributo alla critica di me stesso* (del 1915, edito nel 1918), a cura di G. Galasso, Adelphi, Milano 1989, pp. 9-70, spec. 23 s., rilette anche alla luce del *Curriculum vitae* (1907), pubblicato in *Memorie della mia vita*, Appunti che sono stati adoprati e sostituiti dal «Contributo alla critica di me stesso», Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli 1966 (rist. anastatica 1992), pp. 5-24, spec. 13 s.

[5] *Etica e politica* (1931) [ed. naz. (riproduzione della terza ed., Laterza, Bari 1945), a cura di A. Musci, Bibliopolis, Napoli 2015]; ivi, l'identificazione dello Stato con il «governo», a cui si fa riferimento di seguito nel testo, è esplicitamente prospettata da Croce nelle prime pagine di *Politica «in nuce»*.

[6] Si pensi, in primo luogo, alla *Storia del Regno di Napoli* (1925), a cura di G. Galasso, Adelphi, Milano 2005[2]; quindi alla *Storia d'Italia dal 1871 al 1915* (1928) [ed. naz. (riproduzione della nona ed., Laterza, Bari 1947), a cura di G. Talamo, con la collaborazione di A. Scotti, Bibliopolis, Napoli 2004], e alla *Storia d'Europa nel secolo decimonono* (1932), a cura di G. Galasso, Adelphi, Milano 1999[2].

giuristi (il che va senz'altro sottolineato[7]), troppo spesso il motivo polemico sembra prendere, in queste pagine, il sopravvento sull'argomentazione filosofica.

Un problema diverso, infine, ha posto la decisione, assunta dai responsabili del progetto editoriale del *Lessico crociano*, di pubblicare i singoli contributi privi di riferimenti critici alla letteratura secondaria e sprovvisti di una, pur minima, nota bibliografica. La elaborazione di questa voce (come di tutte le altre, immagino) ha comportato invece, inevitabilmente, un confronto intenso e serrato con tale letteratura, che ha preso le mosse da una preliminare ricognizione, nell'ampio panorama degli studi su Croce, dei principali scritti dedicati alla riflessione sul diritto, e ha privilegiato, nell'approfondimento di alcune specifiche questioni, la particolare rilevanza di esse nella tradizione italiana degli studi di filosofia giuridica. L'articolazione di questo studio vorrebbe restituire, nella sua interezza, il risultato di tale lavoro.

---

[7] Sarebbe molto interessante, a mio giudizio, redigere una rassegna completa di queste note critiche. Nel corso degli anni, ho avuto modo di discutere più approfonditamente le recensioni crociane ai lavori di Giorgio Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 85 (1921), pp. 33-90 (in «La Critica», 19 [1921], pp. 186-187 [= in *Conversazioni critiche* IV (1932), seconda ed., Laterza, Bari 1951, pp. 170-172]); Emilio Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 99 (1928), pp. 129-150, e 100 (1928), pp. 26-66 (in «La Critica», 28 [1930], pp. 289-291 [= in *Conversazioni critiche* IV, pp. 183-186]); Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, CEDAM, Padova 1937 (in «La Critica», 35 [1937], pp. 375-378 [= in *Conversazioni critiche* V (1939), seconda ed., Laterza, Bari 1951, pp. 279-283]); Piero Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento* II, Giuffrè, Milano s.d. (ma 1939), pp. 353-376 [= con alcune varianti e aggiunte bibliografiche, in «Rivista di diritto processuale civile», 16 (1939) I, pp. 105-128], e *La relatività del concetto d'azione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 16 (1939) I, pp. 22-46 [= in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* IV, CEDAM, Padova 1940, pp. 79-101] (in «La Critica», 37 [1939], pp. 445-446 [= in *Pagine sparse* III. *Postille – Osservazioni su libri nuovi*, Ricciardi, Napoli 1943, pp. 344-347]). Mi permetto di rinviare, pertanto, ai miei studi di seguito indicati: *Sui principi generali. Idealismo e filosofia del diritto in un dibattito italiano di primo Novecento*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 35 (2014), pp. 41-49 [= in *Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina*, a cura di A. Calore e A. Saccoccio, Mucchi, Modena 2014, pp. 205-213]; *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano 2012; *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero (1936-1956)*, in *Un caleidoscopio di carte. Gli archivi Calamandrei di Firenze, Montepulciano, Trento e Roma*, a cura di F. Cenni, Il Ponte, Firenze 2010, pp. 145-161; *«Il giudice e lo storico». L'esperienza del giudizio nel 'cattivo avviamento' dei tempi*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Satura, Napoli 2006, pp. 601-687.

2. *«Diritto»*.

La riflessione di Croce sul diritto è maturata, fino al conseguimento della sua compiuta configurazione, in coincidenza, e in peculiare interferenza con la costruzione del sistema della Filosofia dello spirito, nel corso dei primi anni del Novecento.

A voler fermare un primo, essenziale riferimento a ciò che il diritto ha rappresentato, secondo determinazioni e svolgimenti progressivi, nell'orizzonte di questo complesso quadro di pensiero, può essere utile rileggere le pagine della grande *Estetica* del 1902 dedicate alla struttura categoriale del 'sistema'. Ivi, ripercorsa in sintesi l'articolazione dei gradi dello spirito, nella loro specifica disposizione e nella regressiva implicazione, per ciascuno dei quattro momenti, del precedente nel successivo, Croce esclude l'esistenza, accanto alle forme estetica, logica, economica ed etica, di una quinta forma dell'attività umana, la quale, o difetterebbe del carattere stesso di attività, o non sarebbe che una mera variante verbale di quelle già individuate, ovvero una mescolanza delle stesse priva di una reale propria autonomia.

Il primo esempio, a tal fine esaminato, ha per oggetto l'«attività *giuridica*», la quale deriverebbe «dalla teoretica ed economica insieme»[8]:

> il diritto è una *regola*, è una *formula* (orale o scritta, consuetudinaria o legiferata, qui importa poco) in cui è consegnato un rapporto economico voluto da una collettività. Questo lato economico l'unisce e distingue insieme dall'attività morale[9].

Nella terza edizione dell'opera[10], che risente, in proposito, dell'avanzamento dei suoi studi sul diritto, muta il riferimento dall'«attività *giuridica*» al «fatto giuridico,

---

[8] *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Teoria e storia* (1902) [ed. naz. (riproduzione della seconda ed., Sandron, Milano-Palermo-Napoli 1904), a cura di F. Audisio, Bibliopolis, Napoli 2014, p. 86 (da tale edizione sono tratte le citazioni che seguono)]. Quanto al secondo esempio, riferito alla *socialità* come oggetto di studio della «Sociologia», si v. tale ultima voce, nello stesso *Lessico*, cit., *supra*, in nt. 1.

[9] *Estetica*[2], p. 86.

considerato in quel che si suole chiamare *diritto oggettivo*», e si precisa la derivazione di questo «dall'attività economica e dalla logica insieme». La definizione che ne segue, anch'essa in parte modificata[11], contiene *in nuce* gli elementi assiali della concezione giuridica crociana, offrendo in tal senso la traccia di un possibile itinerario d'indagine, che in queste pagine si proverà a seguire.

Se la determinazione, dunque, di cosa sia l'attività giuridica (ovvero il fatto giuridico) non può andare disgiunta da una ricostruzione della progressiva affermazione, nel pensiero di Croce, del principio economico entro il dominio della filosofia della pratica, dell'utilità quale criterio autonomo nella vita dello spirito, bisogna attendere le pagine della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, perché il problema della natura del diritto sia posto e affrontato nella sua più specifica consistenza. Presentata all'Accademia Pontaniana di Napoli, nella primavera del 1907, e pubblicata di lì a breve[12], la *Riduzione* è dichiaratamente concepita come un lavoro preparatorio del libro sulla *Filosofia della pratica*[13], al quale egli attendeva fin dai primi mesi dell'anno, in un'intensa stagione di studi, febbrile entro e fuori il 'sistema', che vedeva quest'ultimo, prossimo ormai alla realizzazione, già sottoposto a ripensamenti e significative modificazioni[14].

Le coordinate generali del problema sono esposte nella prima parte della memoria, ove la «contradizione» interna della filosofia del diritto – il cui particolare compito sarebbe stato quello di determinare il fondamento e il concetto del diritto,

---

[10] *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Teoria e storia*, Filosofia come scienza dello spirito I (1908[3]) [ed. naz. (riproduzione della nona ed., Laterza, Bari 1950), a cura di F. Audisio, Bibliopolis, Napoli 2014, p. 99 (da tale edizione sono tratte le citazioni che seguono)].

[11] *Estetica*[9], p. 99 (secondo le varianti indicate, per la terza edizione, nell'*Apparato critico*, p. 163 s.): «il diritto è una regola, una formola (orale o scritta, qui importa poco), in cui è consegnato un rapporto economico voluto da un individuo o da una collettività. Questo lato economico lo unisce e distingue insieme dall'attività morale».

[12] V., *supra*, nt. 2.

[13] V., *supra*, nt. 3.

[14] La lettura della *Riduzione* e della *Pratica* può essere utilmente integrata con quella delle seguenti pagine crociane: *Obiezioni alla mia tesi sulla natura del diritto*, in «La Critica», 6 (1908), pp. 149-155 [= *Obiezioni intorno alla mia teoria del diritto*, in *Pagine sparse* I, pp. 339-346; il saggio appare inoltre nell'edizione della *Riduzione* curata da Attisani, alle pp. 69-77; quindi nella nuova edizione a mia cura, alle pp. 67-75], e *Intorno alla mia teoria del diritto*, cit., *supra*, in nt. 4.

di ricercare il carattere distintivo di esso tra le forme dello spirito pratico – è rinvenuta nella sua incapacità di intendere e precisare il rapporto tra l'attività giuridica e quella etica. Se la storia stessa della filosofia giuridica, una storia per altro «assai recente»[15], è interamente contrassegnata dall'esigenza di individuare il confine tra diritto e morale, la condizione degli studi di filosofia del diritto e il contenuto dei libri che così «s'intitolano» mostrerebbero chiaramente, da un lato, come ancora oscura appaia l'indole dell'attività giuridica in mancanza di una siffatta consapevolezza, e come, dall'altro, alla prospettiva di una possibile identificazione tra i due piani si opponga «una certa confusa coscienza», tenace e diffusa, dell'elemento differenziale che connoterebbe il diritto rispetto alla morale[16].

> Dal Tomasio in poi, c'è, nella coscienza filosofica moderna, questo pensiero, di un *quid* distintivo rispetto alla morale, di un carattere prettamente giuridico, che non è carattere etico [...]. Tuttavia, questa determinazione nuova, questo concetto della giuridicità o legalità, non si è fuso nell'organismo spirituale, quasi alimento datore di forza; ma resta come qualcosa di non ancora digerito, che pesi su uno stomaco, il quale non abbia la forza né di espellerlo né di assimilarlo. Eliminarlo, tornando all'innocenza antica, che altri lamenta perduta, non si può: dominarlo, collocandolo al posto che gli tocca, non si sa. Per collocarvelo, bisognerebbe conoscerlo bene, nella sua precisa natura e relazione; e proprio questa conoscenza precisa non si è ancora raggiunta[17].

Dinanzi alla «condizione morbosa», che da circa due secoli avrebbe afflitto la filosofia del diritto[18], la diagnosi è chiara: l'impossibilità di conseguire una puntuale conoscenza del diritto e del suo rapporto con la morale – attesa l'inconsistenza, sul piano filosofico, quali elementi qualificativi del giuridico, dei concetti empirici di coazione, forza, esteriorità e simili: «Tutti caratteri veri; ma tutti caratteri vaghi»[19] –

---

[15] *Riduzione*, p. 10, 13 s.; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 367.

[16] *Riduzione*, p. 9 s. «Il rapporto di *diritto* e *morale* – avverte Croce –, che il giurista von Jhering chiamava il capo Horn (o capo delle Tempeste) della scienza giuridica, mi sembra, in verità, il capo dei Naufragi» (*ibid.*; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 366). Cfr. R. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Bd. 1, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1854, p. 48 (§ 26), ove il rapporto in questione è descritto come «das Kap Horn der Rechtsphilosophie».

[17] *Riduzione*, p. 14.

[18] *Riduzione*, p. 32; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 379.

[19] *Riduzione*, p. 14 ss., 52; quei concetti – scrive Croce –, «per quanto imprecisi, hanno, per circa due secoli, con la loro presenza, impedita la confusione totale del diritto con l'etica» (ivi, p. 51).

discenderebbe dalla mancata elaborazione della categoria dell'«economicità» quale forma autonoma di attività spirituale. Di qui, dunque, l'individuazione della via da percorrere. Elevata l'economia a scienza filosofica, e identificato nel concetto dell'utile il suo riferimento essenziale, è nella seconda parte dell'opera che il tema della natura del diritto viene riproposto e svolto nei suoi termini propri, a partire dalla formulazione del seguente interrogativo: «È il diritto mera attività economica, o è attività morale?»[20].

Nell'articolazione della domanda resta implicita, innanzitutto, l'esclusione dell'eventualità che giuridica possa dirsi una determinazione peculiare e ulteriore dell'attività pratica, diversa tanto da quella economica quanto da quella etica, atteso che tale partizione, «coincidendo con quella di individuale ed universale», non lascerebbe alcuno spazio per una terza forma. Essa consente, inoltre, di porre in questione l'appartenenza del giuridico, anziché al dominio dello spirito pratico, a quello dello spirito teoretico, secondo un'interpretazione verso la quale potrebbe far propendere la sua rappresentazione in termini di conoscenza di un complesso di regole, frutto di un procedimento di generalizzazione, così nelle leggi poste dal legislatore, come nei concetti forgiati dalla scienza giuridica. È interessante seguire il ragionamento attraverso il quale si viene a fugare tale dubbio (posto qui, annota il filosofo, «per semplice scrupolo di chiarezza»), assumendo che il diritto non consisterebbe in un'attività conoscitiva siffatta, quanto piuttosto «nella risoluzione pratica, nell'atto di volontà, che segue alla semplice conoscenza». Nello svolgimento del discorso, infatti, prende corpo, in termini non ancora del tutto espliciti, quel particolare 'dualismo' – così caratteristico della riflessione crociana, anche nella dimensione aporetica di alcuni suoi esiti ultimi – tra il «fatto giuridico», che altro non

[20] *Riduzione*, p. 38.

sarebbe, *stricto sensu*, che un fatto pratico o di volontà, e la «legge», ad un tempo prodotto e oggetto di volontà[21].

L'elaborazione di una risposta all'interrogativo muove, invece, dal riconoscimento del carattere «amorale» del diritto, dell'essere l'azione giuridica, in sé considerata, un'attività pratica né morale né immorale, per giungere all'accertamento della perfetta identità dell'attività giuridica con l'economica, «azione dell'individuo tra le azioni degli altri individui», «forza tra le forze delle circostanze date»[22]. Ciò premesso, Croce prende in esame, tra le presunte difficoltà che potrebbero apparire d'intralcio a questa identificazione, l'improprio paragone (null'altro che un «idolo dell'immaginazione»), che taluni sarebbero indotti a prospettare, tra le leggi giuridiche e quelle economiche. Due complessi di fatti, osserva il filosofo, a tal punto diversi tra loro, che altro non avrebbero in comune che il nome di «legge», essendo le prime, comandi o atti di volontà, il «fatto immediato», la «realtà», mentre le seconde, opera di contemplazione e conoscenza, il «fatto mediato e riflesso», la sua «teoria»[23].

Un momento differenziale autentico, sebbene Croce assuma non essere tale da investire l'essenza del fatto giuridico, è rinvenuto piuttosto tra l'«azione giuridica» e la «legge». La questione, ripresa e più ampiamente svolta, costituisce l'asse portante della parte terza della *Filosofia della pratica*, espressamente dedicata a *Le leggi*[24]. «La legge – questo l'*incipit* delle pagine in esame – è un atto *volitivo* che ha per contenuto

---

[21] *Riduzione*, p. 38 s.; v., *infra*, nt. 25.

[22] *Riduzione*, p. 16, 45. Croce esclude, in proposito, l'ipotesi secondo la quale un tratto distintivo dell'attività giuridica, rispetto a quella genericamente economica, avrebbe dovuto essere rinvenuto nel carattere della «socialità» (ivi, p. 44 ss.; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 317 ss.).

[23] *Riduzione*, p. 48 s. Semplici «regole», e cioè meri «enunciati di relazioni tra concetti empirici», sarebbero, proprio per la mancanza dell'elemento volitivo, le leggi della natura (o leggi naturalistiche): schemi o strumenti di cognizione, non (ancora) di azione (*Filosofia della pratica*, p. 327 s.).

[24] *Filosofia della pratica*, p. 315 ss., 380 ss.

una *serie* o *classe* di azioni»[25]; così qualificata, essa risulterebbe essere, dunque, «volizione di un *astratto*»:

volere un astratto tanto vale quanto astrattamente volere; e volere astrattamente non è veramente volere, perché si vuole soltanto in concreto, ossia in una situazione determinata e con una sintesi volitiva corrispettiva a quella situazione, e tale che si traduca immediatamente in azione, cioè che sia insieme azione effettiva. Per conseguenza quella volizione, che è la legge, sembra che si debba dire una *pretesa volizione*: contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettuale, perché sorgente sul terreno malsicuro di un concetto astratto; volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma *irreale*[26].

L'irrealtà consisterebbe, in primo luogo, nell'essere non la legge ciò che realmente si vuole, bensì l'atto singolo che sotto di essa si compie, ovvero la sua esecuzione. D'altra parte, stante l'incapacità di prevedere, attraverso lo strumento legislativo, l'indeterminata pluralità delle situazioni in cui gli uomini agiscono, di amministrare la continua emergenza dell'inatteso, l'irrealtà investirebbe, ugualmente, l'ingenua pretesa di applicare la legge nelle particolari circostanze da essa contemplate, e dare concreta attuazione a quanto da essa disposto. «Il caso reale – avverte il filosofo – è sempre una *sorpresa*, qualcosa che accade una volta sola, e viene conosciuto, così com'è, solamente in quanto accade»[27]: posto che ciascun singolo evento presenta un irriducibile carattere di novità, per ogni fatto nuovo occorrerebbe una «nuova misura»; la misura della legge, diversamente, per essere

---

[25] *Filosofia della pratica*, p. 317; di analogo tenore: «Le leggi [...] sono atti *volitivi* concernenti *classi* di azioni» (ivi, p. 327); «le leggi sono volizioni di classe, ossia prescrivono serie di atti singoli, serie più o meno ricche, ma sempre invincibilmente limitate» (ivi, p. 330 s.); «La legge, come volizione di una classe di azioni, [...]» (ivi, p. 337); «La volontà che vuole classi di azioni, l'attività che pone leggi, [...]» (ivi, p. 355).

[26] *Filosofia della pratica*, p. 337. «Tanto l'elemento astratto è inessenziale al diritto – scrive Croce –, che questo non nasce davvero se non nel momento che l'astratto e il generale sono abbandonati e sostituiti dall'individualizzazione. 'Le leggi son; ma *chi pon mano* ad esse?'. Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge *a cui si pone mano*, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un'azione individuale» (*Riduzione*, p. 50, con citazione di Dante, *Commedia*, *Purgatorio*, c. XVI, v. 97).

[27] *Filosofia della pratica*, p. 338. In senso analogo: «il caso individuale [...] come tale è sempre *irregolare*» (ivi, p. 94).

astratta, «oscilla tra l'universale e l'individuale; e non ha la virtù né dell'uno né dell'altro»[28].

Di fronte all'impossibilità di applicare la legge, di «incorporarla nei fatti», quindi alla necessità di regolarsi caso per caso, in rapporto alle esigenze storiche, individualizzando nel singolo comportamento una certa rappresentazione dell'utile, piuttosto che una determinata concezione del bene, potrebbe sorgere l'idea (com'è sorta, del resto, in vari tempi e luoghi: Croce aveva ben presente, da ultimo, l'esperienza della *Freirechts-Bewegung*[29]) di una sostanziale inutilità delle leggi[30]. Un'idea non sostenibile, contro la quale, d'altra parte, si sarebbe voluta impropriamente difendere l'importanza della legge, affermando l'esigenza della sua più rigida osservanza, e così l'assoluta inammissibilità di soluzioni individuali, che sarebbero invece nella realtà dei fatti, in quanto intrinseche alla sua stessa natura. «Avversarî e difensori – sentenzia Croce – hanno dunque torto del pari, quelli asserendo l'inutilità, questi un'impossibile utilità»[31].

A sostegno dell'utilità della legge si sarebbe dovuto, piuttosto, argomentando secondo buon senso, notare come la richiesta dell'ordine si levi in ogni stagione della storia dell'uomo; e soprattutto, ragionando filosoficamente, mostrare come detta utilità non consista affatto nella pretesa attuabilità della legge, dal momento che ciò sarebbe possibile solo dell'atto singolo posto in essere dal singolo individuo, bensì nel fatto che, proprio affinché si voglia ed esegua tale atto, conviene che ci si riferisca in primo luogo al generico, alla classe delle azioni di cui lo stesso

---

[28] *Filosofia della pratica*, p. 338.

[29] Merita di essere segnalata, al riguardo, la recensione crociana di H.U. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *La lotta per la scienza del diritto* (1906), Sandron, Milano-Palermo-Napoli 1908, in «La Critica», 6 (1908), pp. 199-201 [= in *Conversazioni critiche* I (1918), quarta ed., Laterza, Bari 1950, pp. 245-248].

[30] *Filosofia della pratica*, p. 340. «Se all'azione singola bisogna alla perfine venire, e all'azione del singolo è da rimettere la deliberazione ed esecuzione, a qual pro stringere intorno agli uomini, che debbono operare, bende e legami, che bisogna poi strappare e rompere per operare? A qual pro foggiare con grandi ansie e fatiche strumenti, che all'atto pratico bisogna gettar via per valersi delle nude mani?» (*ibid.*).

[31] *Filosofia della pratica*, p. 341.

costituirebbe un caso specifico[32]. In questo senso, una volizione irreale, perché contraddittoria e imperfetta, come quella della legge, evidenzierebbe la propria funzione «preparatoria», quale «aiuto» alla volizione, reale e perfetta, dell'atto singolo[33].

Egli assume di poter trarre, da tale acquisizione, una conferma circa l'esatta consistenza dell'analogia tra la costituzione dello spirito pratico e quella dello spirito teoretico. Come in quest'ultimo si sarebbero date formazioni che autenticamente teoretiche non sono, finti concetti che avrebbero sottinteso il concetto puro e contraffatto il suo carattere, schemi la cui funzione, essenzialmente pratica, sarebbe stata quella di sorreggere la memoria e agevolare il pensiero a orientarsi di fronte alla realtà multiforme, così quegli stessi «pseudoconcetti», «fatti oggetto di volizione e mutati da schemi in leggi», avrebbero ricoperto un ufficio analogo nel dominio dello spirito pratico, «rendendo possibile alla volontà di volere in un certo indirizzo, dove poi s'incontrerà l'azione utile, che è sempre *individuata*»[34]. Occorre rilevare, con riferimento alla dimensione aporetica a cui si è fatto cenno, come la questione avrebbe trovato una diversa soluzione nella seconda edizione della *Logica*, di qualche mese successiva rispetto alla pubblicazione della *Pratica*[35].

Differenziata in questi termini l'attività di chi pone le leggi (denominata «legislatrice»), da quella di colui il quale – nei limiti in cui si è avvertito – tali leggi attua ed esegue (detta «giuridica»), Croce riformula l'interrogativo circa il carattere morale, o meramente economico, di queste attività. Egli distingue – in tal modo

---

[32] In tal senso, v. già *Riduzione*, p. 50: «Giova infatti, anche per l'attività pratica economica, riassumere in formole generali i suoi modi di azione, per tenerli meglio a mente e per orientarsi nel campo sterminato e infinito degli umani voleri».

[33] *Filosofia della pratica*, p. 342 s., 346 s., 349.

[34] *Filosofia della pratica*, p. 343. «Non li pensiamo – scrive Croce –, ma ci aiutano a pensare; non li immaginiamo, ma ci aiutano a immaginare. Così il filosofo ferma di solito la mente sugli pseudoconcetti, per ascendere di là agli universali; e l'artista anch'esso vi rivolge l'attenzione, per ritrovare sotto di quelli l'individuale e l'intuizione ingenua e viva, ch'egli cerca» (*ibid.*).

[35] *Logica come scienza del concetto puro*, Filosofia come scienza dello spirito II (1909²) [ed. naz. (riproduzione della settima ed., Laterza, Bari 1947), a cura di C. Farnetti, Bibliopolis, Napoli 1996, p. 39 ss., 140 ss., 185 ss.].

precisando il risultato precedentemente acquisito, senza per altro sanarne l'ambiguità di fondo – la perfetta identità e sinonimia di attività giuridica ed economica, dalla generica riconducibilità entro quest'ambito dell'attività legislatrice, in quanto volizione astratta e indeterminata[36]. Su queste basi, nessun altro ostacolo avrebbe impedito dunque di risolvere il problema della natura del diritto e del suo rapporto con l'etica. Riconoscere come l'attività giuridica, rivolta al particolare, possa apparire in determinate circostanze disgiunta dalla morale, e come quest'ultima, concernente l'universale, non possa che tradursi di volta in volta in azione sociale, pertanto economica e giuridica, equivale a considerare il diritto distinto e unito insieme alla morale. Tale conclusione spiegherebbe altresì la genesi del confuso dualismo tra diritto positivo e diritto naturale, che ha informato l'intera storia del pensiero giuridico. I suoi esiti, infine, varcati i confini della filosofia del diritto, affermano e consolidano la piena autonomia dell'etica, e con essa l'unità e distinzione dei gradi dello spirito pratico[37].

Nota bibliografica

Nella recente letteratura dedicata alla riflessione di Croce sul diritto, si v. Marina Lalatta Costerbosa, *Diritto e filosofia del diritto in Croce e Gentile*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, a cura di Michele Ciliberto, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2016, pp. 317-324; Paolo Silvestri, *Economia, diritto e politica nella filosofia di Croce. Tra finzioni, istituzioni e libertà*, Giappichelli, Torino 2012; Giovanni Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla «realtà» del diritto*, il Mulino (Istituto Italiano per gli Studi Storici), Napoli 2011; Corrado Bertani, *Il posto del diritto nella filosofia della pratica di Benedetto Croce. Un'interpretazione*, in *Croce filosofo*, Atti del Convegno internazionale di studi in occasione del 50° anniversario della morte (Napoli-Messina, 26-30 novembre 2002), a cura di Giuseppe Cacciatore, Girolamo Cotroneo, Renata Viti Cavaliere, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2003, tomo I, pp. 51-78; Giovanni Marino, *Diritto e 'fare'. La denegatio crociana e la filosofia del diritto a Napoli nel '900*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 80/2 (2003), pp. 231-273 [= in *La filosofia del diritto a Napoli nel Novecento. Prime ricerche*, Massa,

[36] *Filosofia della pratica*, p. 357 s.
[37] *Riduzione*, p. 32 ss., 53 ss.; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 358 ss.

Napoli 2003, pp. 3-46; quindi in *Individuo, azione, istituzione. La filosofia del diritto a Napoli nel Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 13-74]; Barbara Troncarelli, *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce. 1900-1952*, Giuffrè, Milano 1995; Marcello Mustè, *Benedetto Croce e il problema del diritto*, in «Novecento», 4 (1992), pp. 60-73; Antonio De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974. L'influenza del pensiero crociano sulla cultura giuridica italiana del secolo scorso, con specifico riguardo alla posizione del problema, tra filosofia e scienza del diritto, concernente i caratteri del comando legislativo e la natura della decisione giudiziale, è al centro del mio *Il giudice e la legge*, cit.

Tra i più profondi conoscitori dell'opera di Croce, Gennaro Sasso ha rivolto particolare attenzione al significato della sua meditazione sul diritto nell'articolazione complessiva della *Filosofia della pratica*, lungo un itinerario di studi che lo ha impegnato negli ultimi quarant'anni: dal ponderoso volume su *Benedetto Croce. La ricerca della dialettica*, Morano, Napoli 1975, spec. p. 25 ss., 59 ss., alla *Nota al testo* che accompagna la *Filosofia della pratica* nell'Edizione Nazionale delle Opere crociane, Bibliopolis, Napoli 1996, pp. 409-420; dalle pagine su *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, in *Guido Calogero a Pisa fra la Sapienza e la Normale*, a cura di Claudio Cesa e Gennaro Sasso, il Mulino, Bologna 1997, pp. 15-133, spec. 21 ss. [= in *Filosofia e idealismo* III. *De Ruggiero, Calogero, Scaravelli*, Bibliopolis, Napoli 1997, pp. 301-413, spec. 307 ss.], fino alle più recenti riflessioni dedicate alla *Pratica*, in *Il filosofo Croce. Venticinque anni dell'Edizione nazionale delle Opere*, Giornata di studio (Prato, 17-18 novembre 2006), a cura di Maurizio Torrini, Bibliopolis, Napoli 2008, pp. 85-180, spec. 159 ss. [= *Sulla Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, in *Filosofia e idealismo* VI. *Ultimi paralipomeni*, Bibliopolis, Napoli 2012, pp. 11-106, spec. 85 ss.].

Per gli scritti crociani, si faccia riferimento a *L'opera di Benedetto Croce*, Bibliografia a cura di Silvano Borsari, Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli 1964. Quanto alla letteratura critica, utili repertori di documentazione bibliografica sono forniti da Edmondo Cione, *Bibliografia crociana*, Bocca, Roma-Milano 1956 (Parte quinta: *Scritti su B. Croce*, p. 305 ss.); Corrado Ocone, *Bibliografia ragionata degli scritti su Benedetto Croce*, *Prefazione* di Vittorio Stella, Esi, Napoli 1993; Paolo Bonetti, *Introduzione a Croce*, Laterza, Roma-Bari 1984 [2000[6], con *Aggiornamento bibliografico* 1984-1988, 1988-1999] (*Bibliografia* IV. *Studi critici*, p. 208 ss., spec. 221 ss.).

a. *Croce e il diritto*. – Nella tradizione degli studi su Croce, non pochi sono i contributi espressamente dedicati alla sua riflessione sul diritto. Una loro selezione vorrebbe offrire, nella prospettiva di una storia critica delle interpretazioni, un primo strumento di lavoro (ulteriori e più specifiche indicazioni bibliografiche,

limitatamente ai problemi emersi nella voce, e con particolare riguardo agli interessi di ricerca della filosofia del diritto, seguono *infra*, lett. c-i).

Luigi Miranda, *Il diritto nella filosofia di B. Croce*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», 6 (1914) I, pp. 175-179 [= in *Da Hegel a Croce e da Jellinek a Chiovenda. Note critiche di etica e di diritto*, Laterza, Bari 1921, pp. 23-31]; Francesco Modica, *Contributi per una concezione idealistica del diritto*, in «Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica», 39 (1914), pp. 801-839; Sabino Alloggio, *Il diritto nel sistema di Benedetto Croce* (1923), in *Le nuove teorie del diritto*, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli s.d. (ma 1925), pp. 25-37; Max Ascoli, *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce*, Treves, Roma 1925; Adelchi Attisani, *Introduzione* a Croce, *Riduzione*, cit. (1926), pp. ix-xxxii [= *La «Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia»*, in *Interpretazioni crociane*, Università degli Studi, Messina 1953, pp. 183-201]; Aldo Crosara, *L'esistenza del diritto e la filosofia del Croce*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 8/4-5 (1928), pp. 487-504; Nicola Chiaramonte, *Il problema della filosofia del diritto in B. Croce*, in «L'Idealismo realistico. Rivista mensile di filosofia mazziniana», 5/7 (1928), pp. 1-9, 5/8-9 (1928), pp. 14-38; Arnaldo Volpicelli, *La teoria del diritto di Benedetto Croce*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1/4-5 (1928), pp. 241-278 [= *La teoria del diritto*, in Ugo Spirito, Arnaldo Volpicelli, Luigi Volpicelli, *Benedetto Croce*, Anonima romana editoriale, Roma 1929, pp. 91-126]; Alfredo Poggi, *Sulla teoria giuridica di B. Croce*, in «Archivio di storia della filosofia», 1/1 (1932), pp. 33-53; Renato Treves, *Benedetto Croce y el problema filosofico del derecho*, in «La Ley. Revista Jurídica Argentina», 24 (1941), pp. 86-90; Giuseppina Nirchio, *L'autonomia del diritto nel sistema crociano*, in «Sophia. Rassegna critica di filosofia e storia della filosofia», 20/1 (1952), pp. 94-104; Guido Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 89 (1953), pp. 1-13 [= in «Revue internationale de Philosophie», 26/4 (1953), pp. 327-341; quindi in *La conclusione della filosofia del conoscere* (1938), nuova ed. accresciuta, Sansoni, Firenze 1960, pp. 76-92]; Flavio Lopez de Oñate, *Compendio di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1955, p. 75 ss.; Lanfranco Mossini, *L'evoluzione del problema del diritto nel pensiero del Croce*, in «Studi parmensi», 6 (1956), pp. 251-285; Niso Ciusa, *Postille critiche al Croce*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 34 (1957), pp. 424-441; Adelchi Attisani, *Filosofia del diritto e filosofia dell'economia. Nel cinquantenario della Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia di B. Croce*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 35 (1958), pp. 16-23 [= in *Etica e storicismo*, Giannini, Napoli 1967, pp. 306-317]; Salvatore Zuccalà, *Croce e il diritto. Considerazioni critiche sulla dottrina giuridica del Croce*, Pajano, Galatina (Lecce) s.d. (ma 1959); Guido

Fassò, s.v. «*Croce Benedetto*», in *NNDI.*, V, Utet, Torino 1960, pp. 16-18; Domenico Maltese, *Il contributo di Benedetto Croce alla filosofia del diritto*, in «Umana. Rivista di politica e di cultura», 15/7-9 (1966), pp. 16-18; Giuseppe Agostino Roggerone, *Il concetto di diritto nell'ultimo Croce*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 44 (1967), pp. 55-64 [= in *Nuove prospettive crociane*, Abelardo, Ardea (Roma) 1994, pp. 41-52]; Id., *La filosofia crociana del diritto*, in *Prospettive crociane*, Milella, Lecce 1968, pp. 5-72; Giorgio Del Vecchio, *Croce e la filosofia del diritto*, in «Anima-pensiero. Rivista bimestrale di critica ed arte», 4/4 (1968), pp. 104-107; Mario A. Cattaneo, *Ma il diritto è un'altra cosa*, in *Benedetto Croce. Una verifica*, L'Opinione, Roma 1978, pp. 125-129; Pasquale Landi, *Diritto ed economia. Saggio sulla "Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia" di Benedetto Croce*, Editoriale Scientifica, Napoli 1996; Valentino Petrucci, *La filosofia giuridica di Benedetto Croce*, in *Croce e il marxismo un secolo dopo*, Atti del convegno di studi (Napoli, 18-19 ottobre 2001), a cura di Maurizio Griffo, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, pp. 155-167; Mauro Barberis, *La filosofia del diritto nel primo Novecento*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto* [*Enciclopedia italiana*, VIII Appendice], a cura di Paolo Cappellini, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Bernardo Sordi, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, pp. 568-574, spec. 572 s.

b. *Tra etica e politica.* – Il problema giuridico assume rilevanza in larga parte della letteratura avente ad oggetto, in termini più in generali, la riflessione etico-politica di Croce. Pertanto è parso utile, in questa sede, proporne una breve rassegna (l'indicazione delle pagine si riferisce alla specifica trattazione di questioni che concernono il diritto).

Aldo Mautino, *La formazione della filosofia politica di Benedetto Croce* (1941), terza ed., con uno studio di Gioele Solari, *Aldo Mautino nella tradizione culturale torinese da Gobetti alla Resistenza*, a cura di Norberto Bobbio, Laterza, Bari 1953, p. 239 ss.; Giovanni Sartori, *Studi crociani* I. *Croce filosofo pratico e la crisi dell'etica* (1955), II. *Croce etico-politico e filosofo della libertà* (1956), il Mulino, Bologna 1997, vol. I, p. 222 ss.; Id., *Stato e politica nel pensiero di Benedetto Croce*, Morano, Napoli 1966, p. 125 ss.; Antonino Bruno, *Economia ed etica nello svolgimento del pensiero crociano*, Ciranna, Siracusa-Palermo-Roma-Milano 1958, p. 80 ss.; Lanfranco Mossini, *La categoria dell'utilità nel pensiero di Benedetto Croce*, Giuffrè, Milano 1959, p. 203 ss., 253 ss.; Adriano Bausola, *Etica e politica nel pensiero di Benedetto Croce*, Vita e Pensiero, Milano 1966 (rist. anastatica 1972), p. 170 ss.; Domenico Corradini, *Croce e la ragion giuridica borghese*, De Donato, Bari 1974, *passim*; Id., *Storicismi e filosofie dello Stato. Hegel, Marx, Croce*, Franco Angeli, Milano 1988, p. 59 ss.; Giuseppe Pezzino, *L'economico e l'etico-utile nella formulazione*

crociana dei distinti (1893-1908), Ets, Pisa 1983, p. 127 ss.; Nicola Matteucci, *La filosofia della pratica in Benedetto Croce*, in *Tradizione e attualità della filosofia pratica*, a cura di Enrico Berti, Marietti, Genova 1988, pp. 95-108; Paolo Bonetti, *L'etica di Croce*, Laterza, Roma-Bari 1991, p. 15 ss.

c. ***Il problema della «definizione» del diritto.*** – Se la specifica determinazione della natura del diritto rappresenta il peculiare ufficio che Croce attribuisce alla filosofia giuridica – ufficio che egli giudica, per altro, largamente disatteso «nella selva delle discussioni estranee» (*Riduzione*, p. 9 s.) –, è possibile rilevare come, pur con le difficoltà che solleva, quella proposta nell'ottavo capitolo dell'*Estetica* sembrerebbe essere la più articolata definizione del diritto rinvenibile nel complesso dell'opera crociana (v., *supra*, nt. 9 e 11).

Può essere interessante osservare come, proprio con riferimento al problema della «definizione» del diritto, quindi alla delucidazione del suo «concetto», da una prospettiva certamente distante da quella di Croce – quella di uno studio di filosofia del diritto, condotto con metodo analitico e con una puntuale attenzione alle questioni linguistiche –, Uberto Scarpelli abbia sentito il bisogno di cercare un confronto con l'idealismo italiano, e in particolare con il pensiero crociano. Laddove, in un suo precedente lavoro (*Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milano 1953), questi aveva già segnalato alcuni «punti di contatto» tra idealismo e filosofia analitica, nelle pagine de *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (Nuvoletti, Milano 1955) il giovane Scarpelli prende più diffusamente in esame la riflessione di Croce sul linguaggio delle scienze della natura e delle discipline normative, sul rapporto tra concetti e pseudoconcetti, quindi sulla funzione pratica dei concetti astratti ed empirici, ponendo espressamente in evidenza quelli che egli valuta come i principali aspetti della «positiva eredità» di questa importante tradizione filosofica (ivi, p. 7). I due scritti di Scarpelli qui citati sono stati di recente ristampati, a cura di Anna Pintore, in un unico volume: *Filosofia analitica del diritto*, Ets, Pisa 2014. Sull'interesse manifestato da Scarpelli, in quegli anni, nei confronti dell'idealismo italiano, si v. Sergio Mazza, *L'interesse del giovane Scarpelli per il neoidealismo, nel carteggio con Norberto Bobbio*, in «Notizie di Politeia», 29/2 (2013), pp. 57-64.

d. ***Sulla «riduzione» della filosofia del diritto.*** – In merito alle reazioni suscitate dalla pubblicazione della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), quindi della *Filosofia della pratica* (1909), un ampio ragguaglio bibliografico è offerto dallo stesso Croce, nei contributi (cit., *supra*, in nt. 4 e 14) *Obiezioni intorno alla mia teoria del diritto* (1908), e *Intorno alla mia teoria del diritto* (1914),

nella nuova edizione della *Riduzione*, da me curata, rispett. p. 68, nt. 3, e p. 77 ss., nt. 2.

Vivace fu la polemica che coinvolse i filosofi del diritto italiani nei riguardi della posizione crociana, in particolar modo della tesi che risultava essere, nei loro confronti, la più aggressiva: la negazione di ogni autonoma consistenza della filosofia del diritto, quindi la sua «riduzione» alla filosofia dell'economia, in conseguenza dell'affermazione del carattere amorale del giuridico e della sua completa dispersione nel dominio, genericamente pratico, dell'economico. Si segnalano, tra i cultori della disciplina, note critiche di Eugenio Di Carlo, *La filosofia del diritto ridotta alla filosofia dell'economia*, in «Rivista filosofica», 10 (1907), pp. 654-671; Giuseppe Rensi, *La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, in *Il genio etico ed altri saggi*, Laterza, Bari 1912, pp. 315-385; Id., *Il fondamento filosofico del diritto*, Pontremolese, Piacenza 1912; Vincenzo Miceli, *Esiste una filosofia del diritto?*, in «Rivista italiana di sociologia», 17/3-4 (1913), pp. 323-340; Giuseppe Natoli, *Esiste una filosofia del diritto?*, Laterza, Bari [e Reber, Palermo] 1913; Adriano Tilgher, *Deduzione della legge e del diritto*, in «La nuova cultura», 1/10 (1913), pp. 721-750, spec. 729 s.; Gioele Solari, *La filosofia del diritto come scienza autonoma*, in «Rivista italiana di sociologia», 18/2 (1914), pp. 216-228, spec. 224 ss.

Articolate ricostruzioni del dibattito che vide esposta – invero su più fronti – la Filosofia del diritto in Italia, nei primi anni del Novecento, sono proposte da Felice Battaglia, *Diritto e filosofia della pratica. Saggio su alcuni problemi dell'idealismo contemporaneo* [estratto da «Studi senesi nel Circolo giuridico della Università», 45/1-5 (1931)], La Nuova Italia, Firenze 1932, p. 5 ss. [= in *Economia, diritto, morale*, Clueb, Bologna 1972, pp. 67-235, p. 67 ss.]; Luigi Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padova 1955, p. 3 ss., spec. 59, nt. 68; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 93 ss., 209 ss.

Più in generale, sui rapporti tra filosofia del diritto e idealismo, si v. Felice Battaglia, *Filosofia del diritto ed economia*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana, 1896-1946. Scritti in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario* II, a cura di Carlo Antoni e Raffaele Mattioli, Esi, Napoli 1950, pp. 247-278 (seconda ed. 1966, pp. 275-312) [= *Filosofia del diritto e filosofia dell'economia*, in *Economia, diritto, morale*, cit., pp. 289-321]; Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto* III. *Ottocento e Novecento* (1970), ed. aggiornata, a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari 2011[6], p. 239 ss., 318 ss.; Vittorio Frosini, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Atti dell'XI Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Napoli, 4-7 ottobre 1976), a cura di Rinaldo Orecchia, I.

Relazioni, Giuffrè, Milano 1976, pp. 9-31 [= in *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 3-32].

e. ***Nella «valanga» delle discussioni.*** – «È nota la risonanza che ebbe in ogni campo del pensiero sociale la memoria del Croce intorno alla *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907). Una valanga di discussioni, di proposte di correzioni, di pretesi corollari o svolgimenti, le si rovesciò addosso da ogni parte».

A scrivere queste parole è Arnaldo Volpicelli, il quale, prendendo le distanze dalla comune opinione, secondo la quale *I fondamenti della filosofia del diritto* di Giovanni Gentile sarebbero nati *ex abrupto*, e quasi per caso, da una particolare circostanza accademica, rappresentata dal corso di lezioni che questi aveva tenuto per incarico, tra il 1915 e il 1916, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, ritiene che la reale origine dell'opera debba essere rinvenuta in uno specifico episodio del più ampio dibattito suscitato dalla pubblicazione della memoria crociana (*La genesi dei Fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero* I, Sansoni, Firenze 1948, pp. 363-379; la citazione è tratta da p. 366). L'episodio in questione sarebbe l'accesa disputa sull'esistenza di una filosofia del diritto, che avrebbe avuto luogo, presso la Società per gli studi filosofici di Palermo, costituitasi in quegli anni attorno a Gentile, tra Vincenzo Miceli e Giuseppe Natoli: ai testi delle rispettive comunicazioni si è fatto già riferimento, con indicazione puntuale degli estremi bibliografici (v., *supra*, lett. d).

Per un primo confronto su alcuni dei problemi emersi nella «voce», si vedano almeno le pagine gentiliane dedicate alla forza quale principio del diritto, quindi alla legge giuridica, nello specifico rapporto con la dialettica del volere, inteso come unità di volere e voluto: *I fondamenti della filosofia del diritto*, Mariotti, Pisa 1916 [estratto da «Annali delle Università Toscane», 35 (1916)] p. 51 ss., 57 ss.; seconda ed. «riveduta», *I fondamenti della filosofia del diritto ed altri scritti*, De Alberti, Roma 1923, p. 69 ss., 77 ss.; i *Fondamenti* sono quindi ripubblicati, come terza ed. «riveduta e accresciuta», quale vol. IX delle Opere complete di Giovanni Gentile, Sansoni, Firenze 1937 (rist. 1955), e infine riproposti come vol. IV delle Opere complete, Sansoni, Firenze 1961 (rist. Le Lettere, 1987, 2003), ove il riferimento è alle p. 80 ss., 87 ss. Di recente, in proposito, Lalatta Costerbosa, *Diritto e filosofia del diritto in Croce e Gentile*, cit.

Per un orientamento essenziale circa la genesi dell'opera, accanto al citato scritto di Volpicelli, si v. anche Giuseppe Maggiore, *Il problema del diritto nel pensiero di*

Giovanni Gentile, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero* I, cit., pp. 229-244; Vittorio Frosini, *Giovanni Gentile, giurista pisano*, in «Prassi e teoria», 2/3 (1975), pp. 333-340 [= in *Il pensiero di Giovanni Gentile* I, a cura di Simonetta Betti e Franca Rovigatti in collaborazione con Gianni Eugenio Viola, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1977, pp. 395-398]; Giuliano Marini, *Aspetti sistematici della «Filosofia del diritto» di Gentile*, in «Giornale critico della filosofia italiana», 73/2-3 (1994), pp. 462-483, spec. 473 ss. Ancora utile, quanto al rapporto tra le distinte edizioni, Antonio Pigliaru, *Esercizio primo sulle varianti de «La filosofia del diritto»*, in *Giovanni Gentile*, a cura di Vittorio Vettori, La Fenice, Firenze 1954, pp. 115-143. Per una rassegna critica dell'influenza gentiliana nella tradizione degli studi di filosofia del diritto in Italia è sufficiente qui rinviare a Antimo Negri, *Giovanni Gentile* II. *Sviluppi e incidenza dell'attualismo*, La Nuova Italia, Firenze 1975, p. 99 ss., quindi all'*Appendice bibliografica* contenuta in Gino Capozzi, *Giovanni Gentile. Il filosofo oltre l'uomo*, Satura, Napoli 2004², p. 145 ss.

f. *Diritto ed economia.* – Tra i principali nodi, intorno ai quali la riflessione crociana ha destato interesse nella cultura giuridica italiana, vi è, com'è noto, quello del rapporto tra diritto ed economia. L'attenzione degli studiosi si è concentrata, in specie a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, sui problemi connessi, da un lato, con la definizione dei concetti fondamentali della scienza giuridica e di quella economica, e, dall'atro, con l'analisi delle forme in cui il diritto e l'economia avrebbero di fatto interagito nel concreto dell'esperienza sociale.

Tra i cultori della filosofia del diritto, speciale risonanza ha avuto il contributo di Giorgio Del Vecchio, *Diritto ed economia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 15/6 (1935), pp. 593-628, in relazione al quale v. la severa recensione di Croce, in «La Critica», 34 (1936), pp. 378-379, quindi la replica di Del Vecchio, *Croce e don Ferrante*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 16/6 (1936), pp. 567-569. Un'articolata rassegna degli scritti sull'argomento è offerta proprio da Del Vecchio, nella nota bibliografica che chiude la *Postilla* alla nuova ed. riveduta di *Diritto ed economia*, Studium, Roma 1954, p. 59 s., nt. 5 [= in *Studi sul diritto* II, Giuffrè, Milano 1958, pp. 113-160, p. 159 s., nt. 66]. Si segnalano, in particolare, i lavori di Alessandro Passerin d'Entrèves, *Morale, diritto ed economia*, in «Studi nelle scienze giuridiche e sociali pubblicati dall'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia», 22 (1937), pp. 195-217; Giuseppe Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* I, CEDAM, Padova 1940, pp. 195-248 [= in *Opere* IV, Giuffrè, Milano 1959, pp. 223-291]; Felice Battaglia, *Diritto ed economia*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*

I, CEDAM, Padova 1950, pp. 193-215 [= in *Economia, diritto, morale*, cit., pp. 245-264]; Vincenzo Palazzolo, *Contributo allo studio dei rapporti fra economia e diritto*, con un saggio introduttivo di Widar Cesarini Sforza, Edizioni dell'Ateneo, Roma 1953 [= *Economia e diritto*, con una prefazione di Eugenio Ripepe, *Molti anni dopo*…, e un saggio di Domenico Corradini, *Paragrafi sull'economia e il diritto*, Giuffrè, Milano 1985].

Nella prospettiva di una storia della filosofia giuridica in Italia, può essere interessante osservare come, discutendo la tesi di Croce circa l'identificazione dell'attività giuridica con l'economica, da angolazioni critiche differenti tra loro, laddove Del Vecchio ravvisava l'«errore fondamentale» di questa posizione, il suo «*πρῶτον ψεῦδος*», «nel considerare il diritto come attività» (*Diritto ed economia*, cit., p. 619; nuova ed. p. 42 [= p. 145]), proprio nell'«aver ridotto il mondo giuridico ad attività» Capograssi riconosceva, invece, il «gran pregio» della tesi crociana (*Pensieri vari su economia e diritto*, cit., p. 199 [= p. 228]; per l'interpretazione di questo nodo della filosofia di Croce da parte di Capograssi, si v. già l'*Analisi dell'esperienza comune*, Athenaeum, Roma 1930, p. 154 [= in *Opere* II, Giuffrè, Milano 1959, pp. 1-207, p. 159 s.]). Giovanni Marino ha scritto, in proposito, pagine molto acute, rintracciando un peculiare *fil rouge* nella tradizione degli studi di filosofia del diritto, a Napoli, nel Novecento: «Il diritto – questa l'idea forte di Croce – è, o appartiene al 'fare'. Ogni futura ricerca di filosofia giuridica, o l'impegno teorico di quanti sarebbero venuti o si sarebbero ritrovati a professare filosofia del diritto a Napoli, avrebbe avuto da ciò il suo avvio, e il suo proprio onore; e ciò come che il 'fare' fosse stato, di volta in volta, inteso, teoricamente costruito, metodicamente indagato: 'esperienza', 'attività', 'praxis', in differenze significative e in ricchezza di filosofia» (*Diritto e 'fare'*, cit., p. 236 [= p. 8; quindi p. 13]).

A seguito della pubblicazione, nel 1954, della nuova edizione del contributo di Del Vecchio, si riaccese il dibattito sul tema: Alessandro Giuliani, *Rec.* di Del Vecchio, op. cit., in «Il Politico. Rivista di scienze politiche», 19/2 (1954), pp. 357-362; Niso Ciusa, *L'economia come forma dello spirito*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 32 (1955), pp. 802-812; Anna Di Stefano, *Quello che Benedetto Croce sconosceva in materia di filosofia del diritto*, in «Sophia. Rassegna critica di filosofia e storia della filosofia», 24/2 (1956), pp. 234-237; Massimo Rocca, *L'economia nel pensiero di Benedetto Croce*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 33 (1956), pp. 363-371. Per iniziativa della Società italiana di Filosofia del diritto, *Diritto ed economia* fu uno dei temi discussi in occasione del V Congresso nazionale di Filosofia del diritto (Roma, 31 maggio - 4 giugno 1961). La relazione generale sul tema, affidata a Giuseppe Ugo Papi, è stata pubblicata nella «Rivista internazionale di

filosofia del diritto», 38 (1961), pp. 55-86; le comunicazioni presentate e discusse al Congresso sono apparse, ivi, 39 (1962), pp. 223-299.

g. ***La 'mafia' e la 'camorra'.*** – Tra le difficoltà, che sarebbero d'ostacolo all'identificazione di diritto ed economia, rileva in primo luogo, nelle pagine della *Riduzione*, la tenace resistenza, largamente diffusa anche nel mondo degli studi, nei confronti di una connotazione essenzialmente «amorale» del diritto. «È stato osservato – nota Croce – che, a questo modo, si verrebbe a riconoscere carattere giuridico perfino agli statuti delle associazioni delittuose. Precisamente: *dal punto di vista scientifico*, bisogna riconoscere, alle associazioni delittuose, questo carattere; [...]. Il diritto di un'associazione a delinquere ha, contro a sé, il diritto di una società più vasta; soggiacerà a questo secondo, come al più forte; soggiacerà meritatamente, come il non morale al morale; ma vive come diritto e soggiace come diritto» (*Riduzione*, p. 40). Un analogo riferimento è riproposto, poche pagine più avanti, a segnalare il concetto «troppo stretto» che abitualmente si avrebbe dei fatti giuridici. Per intendere con rigore filosofico questo concetto, e pensarlo in tutta la sua estensione, occorre secondo Croce liberare il campo da ogni pregiudizio morale, e ammettere il carattere fittizio di certe distinzioni empiriche, arbitrariamente elaborate dal giurista «pei suoi fini particolari». Nell'ambito dell'attività giuridica così intesa, dunque, «rientrano non solo le azioni, che gli uomini compiono in conformità delle leggi dello Stato, ma quelle che compiono in conformità di ogni altra regola ... non solo le organizzazioni della Chiesa e della massoneria, ma anche quelle della mafia e della camorra [...]. È impossibile, infatti, dimostrare che la regola della più meschina e più biasimevole organizzazione differisca, *sostanzialmente*, da quella della più alta e più nobile» (*Riduzione*, p. 46 ss.; cfr. *Filosofia della pratica*, p. 323 ss.).

La questione, com'è noto, ha alle spalle una lunga tradizione di pensiero. Rielaborata in questi termini, in una forma volutamente provocatoria, per la scelta degli esempi «tra i più strani e meglio atti a fare scandalo», la tesi crociana ha avuto una particolare risonanza nella cultura giuridica italiana del secolo scorso. Essa ha esercitato – per limitare il discorso a un solo, assai significativo, esempio – un'influenza diretta e determinante sulla riflessione di Santi Romano in merito al concetto di diritto e alla pluralità degli ordinamenti giuridici. A più riprese, nelle pagine de *L'ordinamento giuridico* (1918), rist. della seconda ed. (1946), Sansoni, Firenze 1962, questi si sofferma sulla intrinseca giuridicità delle associazioni a delinquere, in quanto «organizzazioni sociali», dunque «istituzioni» e «ordinamenti»; una giuridicità non riconosciuta, evidentemente, dallo Stato al quale le stesse si

contrappongono, che considera queste associazioni come «illecite» (ivi, p. 39, 44, 197). La «illiceità», osserva Romano, «non vale e non può valere se non di fronte all'ordinamento statuale», che, sulla base di tale qualificazione, può contrastare simili istituzioni con gli strumenti a sua disposizione, «e quindi determinarne anche la fine»; ma fino al momento in cui esse 'vivono' «ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico» (indipendentemente dal grado di efficacia, maggiore o minore, di questo ordinamento, che sarà debole se lo Stato sarà forte, e viceversa). «Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite. Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria ed assoluta del diritto positivo dalla morale, che, secondo noi, in tale senso, che ci sembra molto ingenuo, è invece inesistente» (ivi, p. 122 ss., con esplicito rinvio, da parte di Romano, a B. Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Filosofia come scienza dello spirito III, seconda ed., Laterza, Bari 1915, p. 331 [= *Filosofia della pratica*, ed. naz., p. 324 s.]).

h. *Sulla legge*. – Tra i temi più discussi in letteratura, in merito alla riflessione di Croce sul diritto, vi è, senz'altro, quello della «legge», della complessa definizione della sua natura e della problematica determinazione della sua funzione. Tema tanto fecondo, se si considerano le molteplici suggestioni che esso ha prodotto nella cultura giuridica italiana del secolo scorso, quanto problematico, a rileggere le pagine migliori della critica filosofica del pensiero crociano. Sono tornato sulla questione, da ultimo, nelle pagine de *Il fantasma della «prima forma». Saggio sulla* Riduzione *crociana*, cit., p. XXXV ss.

Sulla elaborazione del concetto, e sulle trasformazioni che lo hanno interessato, dalle pagine della *Riduzione* a quelle della *Filosofia della pratica*, si v. Attisani, *Introduzione*, cit., p. xxvi ss. [= p. 196 ss.]; Volpicelli, *La teoria del diritto di Benedetto Croce*, cit., p. 256 ss. [= p. 106 ss.]; Poggi, *Sulla teoria giuridica di B. Croce*, cit., p. 37 ss.; Mautino, *La formazione della filosofia politica di Benedetto Croce*, cit., p. 247 ss.; Luigi Bagolini, *Considerazioni intorno al concetto di legge nel pensiero di B. Croce*, in «Studi senesi nel Circolo giuridico della Università», 62 (1950), pp. 242-262; Mossini, *L'evoluzione del problema del diritto nel pensiero del Croce*, cit., p. 272 ss.; Vincenzo Ferola, *La critica del Croce al concetto di coazione. (Significato e limiti)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 37 (1960), pp. 150-154; Gino Capozzi, *La mediazione come divenire e come relazione. Etica e diritto nella problematica dell'immanentismo*, Jovene, Napoli 1961, p.

48 ss. [= in *Saggi di Etica, Giuridica e Politica*, Esi, Napoli 1995, p. 63 ss.]; Corradini, *Croce e la ragion giuridica borghese*, cit., p. 73 ss.; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 118 ss., 189 ss.; Troncarelli, *Diritto e filosofia della pratica*, cit., p. 78 ss., 91 ss.; Giuseppe Giordano, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, in *Croce filosofo* I, cit., pp. 407-426; Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., p. 123 ss.; Silvestri, *Economia, diritto e politica nella filosofia di Croce*, cit., p. 145 ss., Nitsch, *Il giudice e la legge*, cit., p. 13 ss.

La negazione, da parte di Croce, che la «socialità» costituisca un elemento distintivo dell'attività giuridica (*Riduzione*, p. 44 ss.), si traduce, nelle prime pagine della parte terza della *Filosofia della pratica*, nell'esclusione del carattere della «socialità» dal concetto di «legge», così da estenderne la comprensione anche al caso dell'«individuo isolato» (*Filosofia della pratica*, p. 317 ss.). Esplicito, al riguardo, il dissenso manifestato da Romano, *L'ordinamento giuridico*[2], cit., p. 18 s., nt. 14, e p. 25 s., nt. 21, secondo il quale la teoria crociana, «appunto in quanto nega l'autonomia, dal punto di vista esclusivamente filosofico, del concetto del diritto, che elide in una più ampia categoria, non può servire di base per chi deve invece affermare l'esistenza e l'autonomia di quel concetto, sia pure in senso empirico. In altri termini, qualunque sia il valore filosofico di tale dottrina, essa non ne ha e non ne vuole avere alcuno per la scienza giuridica propriamente detta, che non può certo rinunciare a foggiarsi un concetto del diritto, senza rinnegare se medesima» (ivi, p. 19). A muovere da questa polemica, scaturita dalla tesi che Romano avrebbe difeso, con riferimento al concetto di «istituzione», «della necessaria socialità e, da ciò, giuridicità dell'azione», Giovanni Marino ha creduto di poter rintracciare, proprio nel giurista siciliano, l'«*antiCroce*», interpretando il suo pensiero come una sorta di «antidoto», nelle complesse vicende storiche degli studi di filosofia del diritto, a Napoli, nel secolo scorso (G. Marino, *La filosofia del diritto nel Mezzogiorno d'Italia oltre Croce. Santi Romano, l'istituzione e le ragioni del diritto*, in *La filosofia del diritto a Napoli nel Novecento*, cit., pp. 47-66, spec. 60 s. [= *L'istituzione e la effettualità del diritto. Santi Romano e la filosofia del diritto napoletana*, in *Individuo, azione, istituzione*, cit., pp. 75-114, spec. 95 s.]).

La critica relativa alla «irrealtà» della legge, insieme con il riconoscimento dell'imprevedibile singolarità di ciascun caso «reale», ha esercitato una particolare influenza sulla scienza del diritto, a partire dalla metà degli anni Venti, tale da connotare in senso specifico l'esperienza degli studi giuridici in Italia (cfr., in proposito, Pietro Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*,

numero monografico dei «Quaderni fiorentini», 20 [1991], pp. 367-495, spec. 438 ss.; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 86, 584 ss.). «L'idealismo storicistico – ha scritto Norberto Bobbio – fu la via attraverso cui si sviluppò in Italia la crisi del positivismo giuridico, che in altri paesi maturò per altri influssi [...]. Uno dei motivi dominanti nella filosofia giuridica ispirata all'idealismo storicistico fu l'identità, o se si vuole la distinzione dialettica, tra momento della creazione e momento dell'interpretazione del diritto in nome dell'unità del movimento storico in cui l'astrattezza della norma si converte continuamente nella concretezza della sua attuazione» (*L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli* I, Giuffrè, Milano 1969, pp. lxxxix-cxl, p. xcvi [= *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), rist., con *Prefazione* di Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 186-238, p. 193]). Ho proposto una verifica di tale influenza, a partire dalla rilettura di alcuni importanti contributi di Widar Cesarini Sforza, Tullio Ascarelli e Max Ascoli al dibattito sulla completezza dell'ordinamento giuridico, in *Il giudice e la legge*, cit., p. 4 ss.

Si è fatto cenno alla connotazione aporetica di alcuni esiti del discorso crociano sulla legge. Questa, in primo luogo, è detta per un verso essere volizione, e in quanto tale avere un suo proprio contenuto; ma la natura stessa di questo contenuto, qualcosa di già voluto e agito, mette per altro verso in dubbio la consistenza del volere che lo vuole: l'astrattezza della volontà posta e voluta si sarebbe trasferita così alla volontà che pone, quale astratta volizione di un astratto (*Filosofia della pratica*, p. 337). In secondo luogo, che una volizione irreale, com'è detta essere quella della legge, possa svolgere un ufficio ausiliario, in vista della volizione reale, sintetica e perfetta, dell'atto singolo, e che ciò consenta inoltre di riconoscere e confortare il senso proprio dell'analogia tra la costituzione dello spirito pratico e quella dello spirito teoretico, quale carattere essenziale del sistema della Filosofia dello spirito, evidenzierebbe il carattere altamente problematico di tali conclusioni (ivi, p. 342 ss.). Si v., in proposito, Tilgher, *Deduzione della legge e del diritto*, cit., p. 726 ss.; Attisani, *Introduzione*, cit., p. xxviii ss. [= p. 198 ss.]; Crosara, *L'esistenza del diritto e la filosofia del Croce*, cit., p. 490 ss.; Volpicelli, *La teoria del diritto di Benedetto Croce*, cit., p. 269 ss. [= p. 118 ss.]; Bagolini, *Considerazioni intorno al concetto di legge nel pensiero di B. Croce*, cit., p. 246 ss.; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 191 ss.; Giordano, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, cit., p. 421 ss.; Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., p. 139 ss.; Nitsch, *Il giudice e la legge*, cit., p. 17 ss., 299 ss. Davvero illuminanti, quanto alla specifica consistenza filosofica dei

problemi qui rappresentati, le pagine di Sasso, *Benedetto Croce*, cit., p. 59 ss., 83 ss.; *Calogero e Croce*, cit., p. 21 ss. [= p. 307 ss.]; *Pratica*, cit., p. 160 ss. [= p. 85 ss.].

i. *Sul diritto naturale.* – In merito alla critica del «diritto naturale», nella varietà delle prospettive ermeneutiche alla base del discorso di Croce, determinata dalla mutevolezza storica dei significati riferiti a tale sintagma, e dalla pluralità delle istanze, teoriche e politiche, proprie delle argomentazioni giusnaturalistiche, mi limito a fornire alcune essenziali indicazioni bibliografiche: Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, cit., p. 7 ss. [= p. 334 ss.; quindi p. 84 ss.]; Lanfranco Mossini, *Croce e il diritto naturale*, in «Cultura e società», 1/3 (1960), pp. 401-416; Reginaldo M. Pizzorni O.P., *La negazione del diritto naturale nello storicismo di B. Croce*, in «Vita sociale», 23/5-6 (1966), pp. 369-389; Fassò, *Storia della filosofia del diritto* III. *Ottocento e Novecento*, cit., p. 244 s.; Giuliano Marini, *Il giusnaturalismo nella cultura filosofica italiana del Novecento*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, cit., pp. 35-67 [= in *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Morano, Napoli 1987, pp. 281-320]; Corrado Ocone, *Croce interprete del diritto naturale*, in «Criterio», 12/1 (1993), pp. 42-48; Troncarelli, *Diritto e filosofia della pratica*, cit., p. 132 ss.

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Fulvio Gigliotti

Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Sull'ammissibilità della *cessio in securitatem* (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive *de iure condendo*)*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Cessione del credito a scopo di garanzia e figure affini. – 3. C*essio in securitatem* e legislazione speciale (anche di derivazione comunitaria). – 4. Considerazioni sistematiche. – 5. Cessione del credito a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio: la soluzione corrente. – 6. *Segue*: riflessioni critiche. – 7. Impostazione del problema. – 8. Fondamento razionale del divieto del patto commissorio e rilevi desumibili dal tipo di sanzione comminata. – 9. Irrazionalità sistematica delle tradizionali giustificazioni addotte a fondamento del divieto. R*atio* del divieto. – 10. Conseguenze della ricostruzione proposta e sua incidenza sul problema dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia. – 11. Rilievi comparatistici e prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

L'istituto della cessione del credito a scopo di garanzia (o *cessio in securitatem*)[1] è ampiamente connesso alla tematica, di carattere più generale, delle alienazioni in funzione di garanzia[2], a sua volta strettamente collegata all'àmbito di applicazione del divieto del patto commissorio (di cui agli artt. 2744 e 1963 c.c.)[3].

Cessione del credito a scopo di garanzia e trasferimenti commissori costituiscono, nell'impostazione tradizionale del tema, istituti intimamente collegati,

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Sul tema, oltre al lavoro di G. BAVETTA, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; e alla rassegna di N. PARRINO, *Cessione del credito in garanzia*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. XIX. Garanzie*, Torino 2004, 252 ss.,, v. U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova 2007.

[2] Per una trattazione analitica del tema v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996. In estrema sintesi, e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. QUARTICELLI, *Alienazione in garanzia*, in S. PATTI-P. SIRENA (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Milano 2008, 312 ss.

[3] In proposito, ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999. Per una informazione più recente v. F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (dir.), *Diritto civile*. IV. *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano 2009, 203 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

a tal punto che la precisa configurazione dei secondi rivela una significativa capacità di incidenza sulla stessa ammissibilità della *cessio in securitatem*.

In questa logica, la considerazione del divieto di patto commissorio – e, a dir meglio, del modo in cui esso è usualmente inteso nell'elaborazione dottrinale e nell'esperienza giurisprudenziale (l'una e l'altra, come si dirà, da verificare attentamente) – potrà servire ad accertare:

- se (e, eventualmente, in che modo) esso possa ostacolare la pratica della *cessio in securitatem*[4];

- ovvero, e piuttosto, se in esso debbano effettivamente rinvenirsi, come usualmente si ritiene, limiti ad operazioni economiche di alienazione in garanzia diverse da quelle che coinvolgono la circolazione del credito[5];

- oppure, ed infine, se – tutto al contrario – il tema (più generale) del trasferimento di titolarità di situazioni giuridiche in funzione di garanzia possa (se non, addirittura, debba) essere sganciato dal pur usuale collegamento con il divieto codificato dall'art. 2744 c.c., e ne sia invece da considerare (o da ricercare) la compatibilità con il sistema in funzione di altri, e differenti, dati di diritto positivo[6].

Prima di procedere nella direzione indicata, peraltro, appare necessario, intanto, individuare esattamente i contorni della figura da sottoporre ad esame (cioè, della c.d. cessione del credito a scopo di garanzia), anche in ragione dell'opportunità di distinguerla da altre fattispecie che, pur se estremamente vicine, presentano, tuttavia, tratti differenziali sicuramente caratteristici.

---

[4] V., in proposito, M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli 1962, 672; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, 157.

[5] Per l'illustrazione di un siffatto indirizzo v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 189 ss..

[6] Si tratta della soluzione che avevamo a suo tempo percorso, in termini generali, in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., *passim*.

Secondo una comune rappresentazione, quale soprattutto diffusa nell'esperienza giurisprudenziale, la c.d. *cessio in securitatem* (o cessione del credito a scopo di garanzia) ricorre quando il debitore trasferisce un credito (presente o futuro) che egli ha verso terzi al proprio creditore, con la funzione di garantire l'adempimento del debito originario, sì che il cessionario, finché persiste l'obbligazione originaria (cioè, quella garantita), potrà esigere (e potrà esigerlo come proprio, essendoglisi intanto trasferito) il credito cedutogli, e trattenere quanto serve alla soddisfazione delle sue ragioni, restituendo al debitore l'eventuale eccedenza (o, addirittura, in caso di avvenuto adempimento del debito originario, l'intero credito cedutogli)[7].

Peraltro, conformemente alla funzione di garanzia della cessione, la riscossione del credito ceduto (che abbia scadenza posteriore[8] a quella del rapporto principale) non è esattamente libera, ma è subordinata alla infruttuosa scadenza del credito garantito, nel senso che il creditore cessionario (cioè il soggetto garantito)

---

[7] Cfr., tra le più recenti pronunce in tal senso, Cass., 3 luglio 2009, n. 15677, in *Giust. civ.* Mass., 2009: «la cessione del credito, quale negozio a causa variabile, può essere stipulata anche a fine di garanzia e senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia *pro solvendo* e non già *pro soluto*, con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d'insolvenza del debitore ceduto». Sarà, naturalmente, una questione di ricostruzione dell'esatta volontà delle parti accertare se nel singolo caso concreto non siano state perseguite, invece, finalità differenti (cfr. Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Giust. civ.* Mass., 2002, 2109: «la cessione del credito è un negozio a causa variabile, che può essere stipulata anche a fine di garanzia senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia "*pro solvendo*" e non già "*pro soluto*", con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d'insolvenza del debitore ceduto. Diversamente, qualora la cessione abbia ad oggetto crediti futuri, l'effetto traslativo si produce solamente quando il credito viene ad esistenza, mentre tale effetto non si produce affatto nell'ipotesi in cui sia desumibile dal contratto la volontà del cedente di non privarsi della titolarità del credito e di realizzare solamente effetti minori, quali l'attribuzione al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito»; nello stesso senso Cass., 16 aprile 1999, n. 3797, in *Giust. civ.* Mass., 1999, 868: «la cessione del credito a scopo di garanzia comporta il medesimo effetto (tipico della cessione ordinaria) immediatamente traslativo del diritto al cessionario, e ciò tanto nella ipotesi di *cessio pro solvendo* che di *cessio pro soluto*. L'esclusione di tale effetto può legittimamente predicarsi nel solo caso in cui, dalle clausole del negozio di cessione a scopo di garanzia, sia desumibile una inequivoca volontà negoziale delle parti nel senso che il creditore cedente, non volendo privarsi della titolarità del credito, abbia inteso soltanto realizzare degli effetti minori, quale la mera legittimazione del cessionario alla riscossione del credito»; e App. Milano, 29 gennaio 1998, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 51 ss.).

[8] Per l'ipotesi di scadenza anteriore v., ampiamente, U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 143 ss. e 158 ss.

può avvalersi della garanzia (*i.e.*: riscuotere il credito cedutogli) solo a fronte dell'inadempimento del debito garantito[9]; parallelamente, e per contro, se il debito originario è stato adempiuto, la funzione di garanzia viene meno, ed il trasferimento del credito ceduto non ha più ragione di esistere, per cui il credito ceduto ritorna automaticamente al cedente, secondo un meccanismo tipico delle alienazioni condizionali: in questa prospettiva – che è quella costantemente seguita dalla giurisprudenza – la cessione del credito a scopo di garanzia viene configurata come un negozio risolutivamente condizionato al fatto dell'adempimento[10].

Questa essendo la funzione del negozio, s'intende agevolmente che il cedente non è affatto liberato, attraverso la cessione, dal proprio debito, rimanendo, piuttosto, anzitutto *obbligato ad adempiere* in via principale.

Peraltro, se quella appena descritta è la strutturazione tipica della c.d. *cessio in securitatem*, va anche detto che è piuttosto frequente, specialmente nella prassi bancaria, che l'operazione si presenti in modo differente, nel senso che la cessione viene concordemente intesa dalle parti come strumento fisiologico di estinzione dell'obbligazione originaria, combinandosi con l'attribuzione di un incarico di riscossione (alla banca) del credito ceduto: sì che il cessionario non attende neanche la scadenza (infruttuosa) del debito originario, ma, soltanto, la scadenza del credito ceduto, provvedendo ad incassarlo e ad imputare la somma incassata a saldo della esposizione debitoria del cliente, restituendo l'eventuale eccedenza.

---

[9] Per tutti v. T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano 1968, 8 ss.. In proposito v. anche F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, cit., 216.

[10] Cfr. Cass., 9 settembre 2004, n. 18176, in *Giur. it.*, 2005, 1144; App. Milano, 6 luglio 2004, in Dejure.Giuffre.it; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in *Giust. civ.* Mass. 2001, 668; nonchè in *Contratti*, 2002, 348 (con nota di Capilli); e in *Foro it.*, 2002, I, 1758.

In senso critico verso la configurazione della *cessio in securitatem* come trasferimento risolutivamente condizionato v., peraltro, U. STEFINI, La *cessione,* cit., 104 ss.

È ragionevole dubitare, peraltro, che un'operazione così strutturata possa essere appropriatamente ed interamente ricondotta ad una cessione con funzione di garanzia, evidenziando, piuttosto, prevalenti finalità solutorie[11].

Va anche detto, d'altronde, che la precisa qualificazione causale della fattispecie non può prescindere dalla specifica considerazione del contenuto del singolo accordo contrattuale, spesso non univoco nella prassi, e comunque, secondo una opinione unanimemente condivisa, non vincolato dal *nomen iuris* impiegato dalle parti.

2. Cessione del credito a scopo di garanzia e figure affini

Al di là di particolari strutturazioni dell'accordo, dovute alla (possibile) esplicazione dell'autonomia privata, l'analisi dei modelli contrattuali correnti, peraltro, permette di individuare alcune figure di più frequente utilizzo, che è necessario differenziare dalla cessione in garanzia.

Una prima ipotesi rispetto alla quale ormai da tempo la giurisprudenza ha elaborato con fermezza sicuri criteri differenziali è quella nota alla pratica come *mandato irrevocabile all'incasso*.

Ricorre questa fattispecie[12], la quale, riguardata sotto un profilo pratico, potrebbe sembrare anche assai vicina alla *cessio in securitatem*, quando il creditore (di solito: una banca) abbia ricevuto incarico dal proprio debitore (mandante) di riscuoterne i crediti che egli vanta verso terzi, agendo, come si usa dire, *in rem*

---

[11] In proposito v. Cass., 13 aprile 2000, n. 4754, in *Fall.*, 2001, 307, secondo la quale «l'attribuzione di un mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti, nei confronti di un terzo, con il conferimento della facoltà di utilizzare le somme incassate, per l'estinzione totale o parziale di un debito verso il mandatario, benché non ancora sorto, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, producendo effetti sostanzialmente analoghi alla cessione di crediti, ha oltre ad uno scopo di garanzia, *soprattutto funzione solutoria*, risolvendosi nella precostituzione di un sicuro mezzo di pagamento per il mandatario, in ordine ai finanziamenti da effettuare a favore del mandante» (corsivo nostro).

[12] Sulla quale v., ad es., F. GIOVAGNOLI, *Il mandato all'incasso e la cessione del credito: osservazioni a Cassazionec civile, Sez. III, 26 marzo 2003, n. 19054*, in *Magistra - Banca e Finanza*, www.magistra.it, 9 maggio 2005; nonce U. STEFINI, *La cessione*, cit., 210 ss.

propriam, nel senso, cioè, che il creditore-mandatario – il quale ha normalmente presso di sé, gestendolo, il conto del debitore-mandante – utilizzerà le somme incassate per soddisfare le proprie ragioni: la sicura vicinanza del risultato empirico non elimina, peraltro, le differenze tecniche, dal momento che, in tal caso, l'effetto dell'accordo è puramente obbligatorio, e non reale-traslativo.

Il credito utilizzato a fine di "garanzia", in altri termini, rimane in capo al debitore-mandante, il quale può disporne (transigendo, novando, rimettendo e persino cedendo il credito, o, comunque, riscuotendolo), salva, s'intende, la valutazione di eventuali profili di responsabilità verso il mandatario; e salvo che – come opportunamente rilevato in giurisprudenza – il mandatario abbia già riscosso il credito, perché in tal caso quest'ultimo risulterebbe ormai estinto[13].

Perciò, mentre nella cessione in garanzia il creditore cessionario fa valere un diritto *proprio*, nel mandato all'incasso egli agisce per conto (e, se ha procura, nel nome) del mandante, facendo valere un diritto di questi[14].

---

[13] Cass., 12 dicembre 2003, n. 19054, in www.dejure.giuffre.it.

[14] Come rilevato, da ultimo, da TAR Lombardia (Milano), 1 luglio 2010, in www.dejure.giuffre.it, «secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, la cessione di credito ed il mandato irrevocabile all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie o di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato *in rem propriam* conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva, con la conseguenza che il creditore può validamente cedere il proprio credito anche dopo aver conferito ad altro soggetto un mandato irrevocabile all'incasso del suddetto credito, sempre che, prima della cessione, il mandatario *in rem propriam* non abbia già incassato le somme relative, atteso che tale fatto, determinando l'estinzione del credito, ne renderebbe impossibile la cessione». Nella medesima direzione v. anche, di recente, Trib. Novara, 27 maggio 2010, in www.dejure.giuffre.it: «la cessione di credito ed il mandato all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie e di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato "*in rem propriam*" conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva. Pertanto il mandato all'incasso può essere accompagnato da un accordo di compensazione in favore del mandatario, sicché non è in tale profilo (possibilità di far confluire le somme direttamente presso il conto corrente della mandataria) che va ravvisato il tratto distintivo tra le due figure». Nella giurisprudenza di legittimità v., ad es., Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Dir. e giur.*, 1996, 177; e, più di recente, Cass., 12 dicembre 2003, n. 19054, in *Riv. notariato*, 2004, 1232.

Una diversa forma di utilizzo del credito in funzione di garanzia si riscontra nella fattispecie, tipizzata dal legislatore, del c.d. *pegno di crediti*[15]. In tal caso, esattamente come nell'ipotesi di mandato all'incasso, e differentemente dalla fattispecie della cessione in garanzia, al creditore garantito non viene trasferita la titolarità della situazione giuridica, che rimane in capo al debitore-garante; al creditore garantito, tuttavia, a differenza che nell'ipotesi del mandato irrevocabile, non è attribuita una semplice legittimazione a ricevere il pagamento, ma un autonomo diritto (di pegno), che gli assicura il vantaggio della prelazione e lo *ius sequelae*.

A differenza del mandato all'incasso, quindi, ove la garanzia si realizza in forma empirica e di fatto[16], in tal caso la garanzia opera appunto sul piano tecnico-giuridico, con tutte le conseguenze che da ciò derivano.

Infine, una terza figura dalla quale occorre tenere distinta la *cessio in securitatem* è quella – contemplata dal legislatore nell'art. 1198 c.c. – della c.d. cessione solutoria, o cessione del credito in luogo dell'adempimento[17].

In quest'ultimo caso, esattamente come nella cessione in garanzia – ma a differenza delle altre figure sin qui esaminate – si realizza il trasferimento della situazione giuridica creditoria.

---

[15] Su cui v., per tutti, F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli 1984; e U. STEFINI, *La cessione*, cit., 199 ss..

[16] In proposito v., da ultima, Cass., 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Foro pad.*, 2010, 1 ss.: «la funzione di garanzia può caratterizzare sia la cessione di credito - negozio traslativo a causa variabile, nel quale il credito viene ceduto e, quindi, riscosso nel proprio nome e nel proprio interesse dal cessionario, divenutone il titolare in forza dell'effetto traslativo tipico della cessione, dispiegandosi la funzione di garanzia fino al momento in cui il credito del cessionario trovi piena soddisfazione mediante la sua riscossione - sia il mandato irrevocabile all'incasso, ove il pagamento viene ricevuto a nome del mandante, ma nell'interesse del mandatario, ed esplicandosi perciò in tal caso la *funzione di garanzia in via di fatto*, atteso che il mandatario, seppur eserciti al momento della riscossione del credito la legittimazione del mandante, viene a disporre delle somme incassate in vista di una finalità solutoria, nel suo precipuo interesse» (corsivo nostro).

[17] Su cui v. E. FAZZINI, *La cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento*, in *Riv. notariato*, 2006, 2, 526 ss.; U. STEFINI, *La cessione*, cit., 70 ss..

Nonostante la funzione solutoria, peraltro, secondo la previsione normativa il debito originario permane intatto, e non si estingue, ad esso affiancandosi un nuovo credito (quello ceduto); la differenza con la cessione in garanzia dovrà cogliersi, nondimeno, sul piano funzionale: mentre nella *cessio in securitatem* il trasferimento *garantisce* l'adempimento del debito originario, alla cui esecuzione il debitore cedente rimane perciò primariamente tenuto, nella cessione solutoria il trasferimento *sostituisce* l'adempimento, sì che il creditore cessionario non può, intanto, pretendere l'esecuzione del rapporto principale.

Conseguentemente, come precisato dalla Suprema Corte[18], il credito originario entra in una fase di quiescenza, e non è esigibile né prima né dopo che diventa esigibile il credito ceduto: infatti, l'art. 1198 c.c., richiamando il cpv. art. 1267 c.c., lascia intendere, secondo una unanime interpretazione, che il creditore cessionario ha, in tal caso, l'onere della preventiva escussione del debitore ceduto.

3. *Cessio in securitatem* e legislazione speciale (anche di derivazione comunitaria)

Così delineata la fattispecie della cessione (del credito) in garanzia, occorre, a questo punto, interrogarsi in ordine all'effettiva ammissibilità di tale fattispecie.

La questione si pone, a ben considerare, per via del fatto che mentre nelle altre ipotesi considerate (mandato all'incasso; pegno di crediti, cessione solutoria) è lo stesso legislatore a descrivere e disciplinare, in termini generali, le singole fattispecie (le quali sono dunque tipizzate), la cessione *in securitatem* non è espressamente regolata: occorre chiedersi, pertanto, se ed in che limiti la stessa sia da ammettere in una prospettiva sistematica.

Per la verità, che la figura della *cessio in securitatem* sia del tutto priva di una positiva considerazione legislativa potrebbe anche esser messo in discussione:

---

[18] Cass., 15 febbraio 2007, n. 3469, in www.dejure.giuffre.it.

esistono, infatti, alcune previsioni normative di legislazione speciale[19] che espressamente fanno riferimento ad ipotesi di cessione del credito in funzione di garanzia.

Il valore effettivo di tali riferimenti normativi è stato, peraltro, fondatamente discusso, sia perché non sempre realmente rispondente allo schema ipotizzato della *cessio in securitatem*; sia perché, in definitiva, potrebbe comunque dubitarsi della loro idoneità a fondare una figura di portata generale[20].

Ciò è quanto deve dirsi, in particolare, anche avuto riguardo a quella disposizione oggi considerata più significativa, e da taluno persino indicata come senz'altro rivelatrice di una generale ammissibilità della *cessio in securitatem*: il riferimento è, in particolare, all'art. 6 del D. Lgs. n. 170/04, dettato in tema di contratti di garanzia finanziaria[21], il quale espressamente consente e regola, in quell'ambito, fattispecie di "cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia". Si tratta, infatti, come agevolmente si desume dal richiamo all'art. 2744 c.c., espressamente dichiarato inapplicabile ai contratti di garanzia finanziaria, di norma eccezionale – la quale sembrerebbe muovere, peraltro, dal generale presupposto di una tendenziale inammissibilità delle figure regolate – sebbene sia pure da riconoscere che l'ambito di applicazione dei contratti di garanzia finanziaria, quale risultante dalla definizione datane dall'art. 1, lett. d) del citato d. Lgs., sia talmente ampio da poter ricomprendere gran parte delle operazioni di cessione *in securitatem* oggi conosciute dalla prassi bancaria.

---

[19] Per una ricognizione delle quali v., ad es., F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., 193 s..

[20] In proposito v., ancora, F. ANELLI, *op. cit.*, 194 s.

[21] Il D. Lgs. n. 170/04 è stato dettato in attuazione della Dir. 2002/47/CE, in tema di "contratti di garanzia finanziaria", su cui v. A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano 2008; V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino 2009. Il testo dell'art. 6 non è stato modificato dal D. Lgs. 24 marzo 2011, n. 48, che ha recepito le modifiche apportate al testo comunitario dalla Dir. 2009/44/CE, su cui v. V. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria. Commento alle modifiche introdotte dal D. Lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 443 ss.

Qui, tuttavia, interessa riflettere sulla portata generale del fenomeno, per interrogarsi in ordine allo spazio che ad esso può essere assegnato, in termini assoluti, nel sistema, fermo restando che nei limiti (seppur abbastanza ampi) nei quali esso trova esplicito riconoscimento positivo non può più dubitarsi della sua sicura ammissibilità.

Va anche detto, del resto, che la verifica sistematica del tema d'indagine potrebbe anche evidenziare una sua già acquisita ammissibilità, riducendo, per questo verso, il preteso valore sintomatico ricavabile dalla novità normativa: ed è allora il caso di notare, già a questo punto, che – forse non proprio casualmente – il comma 2 dell'art. 6 del cit. D. Lgs. n. 170/04 (il quale contiene la "rivoluzionaria" deroga all'art. 2744 c.c.) fa esclusivo riferimento ai «contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della *proprietà*» (non anche la cessione del credito) «con funzione di garanzia», laddove nella rimanente parte dell'articolo, oltre che dell'intero provvedimento legislativo, il legislatore delegato ha sempre avuto cura di precisare il separato riferimento al trasferimento della proprietà, o alla cessione del credito, con funzione di garanzia.

4. Considerazioni sistematiche

Si rende a questo punto indispensabile procedere ad una verifica di sistema della possibilità di configurare, in termini generali, una cessione del credito a scopo di garanzia, specialmente avuto riguardo al divieto codificato del patto commissorio, che, almeno *prima facie* (vedremo poi quanto ciò sia vero), sembrerebbe rivelare intime connessioni con il tema d'indagine.

In proposito, una prima considerazione sistematica potrebbe essere tratta dalla stessa configurazione strutturale del negozio (cessione di crediti) attraverso il quale si realizza la *cessio in securitatem*.

Invero, muovendo dalla configurazione più generale della cessione del credito, di cui agli artt. 1260 ss. c.c., in termini di negozio astratto, cioè di un

negozio traslativo svincolato dalla giustificazione causale, si potrebbe persino ritenere sempre e senz'altro valida una cessione a scopo di garanzia, poiché nella prospettiva richiamata risulterebbe la stessa cessione del credito, in sé considerata, sempre ammissibile[22].

Peraltro, l'idea della cessione del credito come negozio astratto, in un sistema come il nostro che fa della causa elemento essenziale di qualsiasi negozio giuridico, non sembra meritevole di accoglimento, e non vale, pertanto, a risolvere la questione dell'ammissibilità di una cessione del credito con finalità di garanzia[23].

Abbandonata l'ipotesi del negozio astratto, rimangono percorribili altre soluzioni la cui specifica scelta non appare peraltro decisiva ai fini della questione che qui interessa: infatti, sia che si ritenga che la cessione del credito configuri un *autonomo negozio* dotato di una causa generica costante (l'interesse al trasferimento del credito), ed una causa specifica variabile; sia che si ritenga, invece, di dovere discorrere più che di *una* cessione del credito di *cessioni* del credito[24], o che si intenda la cessione del credito come l'oggetto, e non la causa del negozio traslativo[25], la cui specifica giustificazione causale deve essere dunque ricercata nel titolo del trasferimento[26], rimane aperto il problema di fondo: quello, cioè, di stabilire se una

---

[22] Sulla ricostruzione della cessione del credito in termini di negozio astratto – caratteristica dell'elaborazione dottrinale tedesca – v., per tutti, in termini critici, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano 1990, 587.

[23] La soluzione che ravvisa nella cessione del credito un negozio astratto è solitamente respinta dalla dottrina italiana. Per una soluzione favorevole v., peraltro, S. SOTGIA, *Cessione dei crediti e di altri diritti*, in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938, 71; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7ª, II, 2, Milano 1952, 188 ss..

[24] Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 779.

[25] Per una rassegna delle diverse soluzioni prospettate al riguardo v. F. CAPPUCCIO, *La cessione del credito*, in P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni. II. Cause estintive, modificazioni soggettive, principali tipologie*, Milano, 2008, 1011 ss..

[26] In tal senso una delle più elaborate sentenze rese in materia di *cessio in securitatem*: il riferimento è a Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, in *Riv. notariato*, 2001, 1209, secondo la quale «il trasferimento del credito *ex* art. 1260 c.c. non costituisce la causa, bensì l'oggetto del negozio di cessione, come può argomentarsi dall'art. 1376 c.c.; la causa della cessione - intesa come l'intento pratico che il negozio è diretto a realizzare - è da ravvisarsi invece nel titolo del trasferimento, che può essere costituito dalla vendita, dalla donazione o anche dalla garanzia, la quale rientra tra gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico *ex* art. 1322 c.c.».

finalità di garanzia costituisca, o meno, valido supporto causale al trasferimento del credito.

In proposito, occorre certamente riconoscere che il codice civile vigente ha assegnato alla cessione del credito uno spazio ben più ampio di quello riconosciutogli nel vigore del codice abrogato, il quale – sulla scorta del modello francese – regolava la cessione nella disciplina del contratto di vendita (artt. 1538 ss.).

Giustamente, pertanto (almeno sotto questo profilo), il *Guardasigilli*, nella *Relazione al cod. civ.*, n. 578, poteva osservare: «il codice del 1865 non tenne sufficientemente conto della genericità della causa traslativa, propria della cessione dei crediti, la quale infatti non è riportabile ad alcun tipo concreto di negozio di trasferimento. Il codice civile del 1865 tanto non ebbe esatta idea della cessione, da comprendere in essa la vendita dell'eredità, che è cessione solo se si riferisce a crediti o ad altri diritti singolarmente considerati, e da non distinguerla nettamente dalla vendita, nella cui disciplina la confuse con l'art. 1458. La vendita è in pratica la causa frequente della cessione dei crediti; ma non è la sola, perché la cessione può farsi anche a scopo di donazione […] di pagamento, di accreditamento, ecc.».

Com'è agevole rilevare, peraltro, pur nell'ampiezza dell'impostazione data dal *Guardasigilli*, la funzione di garanzia non è espressamente menzionata; ed è su questo punto, in particolare, che si è posto il problema dell'ammissibilità di una *cessio in securitatem*, specialmente avuto riguardo al limite posto dall'art. 2744 c.c., che, secondo una lettura ormai tradizionale, ancorché testualmente dettato con riferimento a beni vincolati in garanzia, vieterebbe in termini generali alienazioni in funzione di garanzia.

Nondimeno, una soluzione giurisprudenziale ormai consolidata, che muove da più risalenti pronunce, conclude senz'altro nel senso che «la cessione del credito,

avendo causa variabile, può avere anche funzione esclusiva di garanzia», rinvenendo nella finalità indicata un interesse lecito e meritevole di protezione giuridica[27].

5. Cessione del credito a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio: la soluzione corrente

È possibile che all'originaria formazione di tale indirizzo giurisprudenziale (peraltro, ormai del tutto consolidato) abbia anche contribuito l'impostazione inizialmente data dalla giurisprudenza alla stessa questione del divieto del patto commissorio.

Com'è noto, infatti – pur estendendo, da subito[28] la disposizione dell'art. 2744 c.c. ben oltre i suoi limiti formali, facendovi rientrare anche il trasferimento commissorio di cose libere – sino al 1983[29] la giurisprudenza di legittimità aveva sempre considerato validi i trasferimenti commissori (cioè in garanzia) *risolutivamente* condizionati, sancendo la nullità dei soli trasferimenti di proprietà sottoposti alla condizione sospensiva dell'inadempimento: conseguentemente, essendo la *cessio in securitatem* costantemente configurata alla stregua di un negozio traslativo (del credito) risolutivamente condizionato, la sua piena ammissibilità, almeno sino al 1983, doveva apparire fuori discussione.

Il nuovo corso dell'indirizzo giurisprudenziale, inteso a sanzionare anche trasferimenti commissori risolutivamente condizionati, inaugurato nel 1983 e successivamente mantenutosi fermo nel ritenere comunque vietati, oltre i limiti formali segnati dall'art. 2744 c.c. (nonché, è il caso di ricordare, dall'art. 1963 c.c., con riguardo al creditore anticretico), tutti i trasferimenti di proprietà con funzione

---

[27] Cfr., tra le pronunce più recenti, Cass., 3 luglio 2009, in www.dejure.giuffre.it, secondo la quale «la cessione del credito, quale negozio a causa variabile, può essere stipulata anche a fine di garanzia e senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia».

[28] Cfr. Cass., 30 novembre 1950, n. 2665, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 799.

[29] Anno al quale risale una storica sentenza della Suprema Corte sul patto commissorio: Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212 ss..

di garanzia, tanto se risolutivamente che se sospensivamente condizionati alle vicende del rapporto obbligatorio "garantito" – ha posto in termini nuovamente problematici la questione dell'ammissibilità di un *trasferimento del credito* con funzione di garanzia, nonostante la sua struttura risolutivamente condizionata.

Specialmente in dottrina, pertanto, sono state ricercate (rinnovate) giustificazioni idonee a dar conto dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia, la cui validità, peraltro, la giurisprudenza, e la prevalente (seppur non unanime) dottrina hanno comunque continuato a sostenere.

Al di là delle ragioni ricavate da svariate previsioni normative presenti nella legislazione speciale (e tra queste, da ultimo, anche dall'art. 6 D. Lgs. n. 170/04) – che tuttavia, come già precisato, non forniscono un contributo risolutivo alla questione – le ragioni in forza delle quali si è affermata una sicura ammissibilità della cessione di crediti a scopo di garanzia possono essere ricondotte, fondamentalmente, a due ordini di fattori:

a) per un verso, la circostanza che non si propongono, rispetto al credito, i problemi (soprattutto: di tipicità dei diritti reali) tradizionalmente posti da trasferimenti fiduciari della proprietà[30];

b) per altro verso, e soprattutto, la considerazione che un trasferimento del credito a scopo di garanzia non ricade nel divieto del patto commissorio, seppur estensivamente inteso (nella comune interpretazione che lo vuole riferito anche alle cc.dd. pattuizioni autonome).

In ordine a quest'ultimo profilo, sul quale è ora necessario concentrare la riflessione, sono state individuate, in particolare, molteplici e specifiche ragioni le

---

[30] Per tutti v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 195 s. e 208 ss. In questa prospettiva anche U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 57 ss., il quale, peraltro, con riguardo al trasferimento fiduciario della proprietà, ritiene superabile il problema della configurabilità di un vincolo reale atipico ipotizzando la ricorrenza di una situazione analoga alla condizione risolutiva, muovendo dalla considerazione di una generale ammissibilità di proprietà risolubili.

quali, secondo una veduta corrente, giustificherebbero la sottrazione della fattispecie considerata (*cessio in securitatem*) alla disciplina, sia pure estensivamente intesa, dettata per il patto commissorio.

Dovendo – anche per opportune ragioni di tempo – procedere con la necessaria sintesi, tali ragioni possono essere sostanzialmente ridotte a tre ordini di considerazioni:

- in primo luogo, come relativamente di recente ribadito dalla Suprema Corte, sulla scorta di alcune indicazioni dottrinali, e con orientamento ripreso nella giurisprudenza di merito, la ritenuta natura eccezionale dell'art. 2744 c.c., come tale non estensibile in via analogica oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e pegni (anche di crediti)[31];

- secondariamente, l'inesistenza, nel caso considerato, del rischio di un approfittamento in danno del debitore cedente, dato l'obbligo del cessionario di restituire l'eventuale eccedenza, e, conseguentemente, la strutturazione dell'accordo nei termini, sostanzialmente, di un patto c.d. marciano, usualmente reputato valido da dottrina e giurisprudenza dominanti[32];

- in logica sequenza con quanto appena detto, infine, e si tratta dell'argomento tecnico ritenuto di maggior rilievo, il dato ricavabile dall'art. 2803 c.c., dettato in tema di pegno di crediti, il quale – consentendo ciò che l'art. 2744 c.c. vieta (cioè: l'appropriazione del bene) – evidenzia come il creditore garantito (attraverso il vincolo di un credito) possa senz'altro, trattandosi di credito di danaro, e sussistendo l'inadempienza del debito originario, «ritenere del denaro ricevuto

---

[31] In tal senso, proprio con riguardo ad una fattispecie di cessione del credito a scopo di garanzia, espressamente, Cass., 1 aprile 2003, n. 4930, in www.dejure.giuffre.it, secondo la quale «non sembra […] che la sfera di operatività dell'art. 2744 c.c. possa essere estesa oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, in quanto norma di natura eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica».

[32] Cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 230 ss, e 312; U. STEFINI, *La cessione*, cit., 54 ss. Per la legittimità del c.d. patto marciano si esprime anche, ora, il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), IX, 7:105.

quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo», esattamente come avviene nella *cessio in securitatem*, alla quale, pertanto, la predetta disciplina può certamente applicarsi, almeno in via analogica[33].

Dunque, le tre ragioni appena indicate (natura eccezionale dell'art. 2744 c.c.; inesistenza del rischio di abusivi approfittamenti; applicabilità analogica dell'art. 2803 c.c.) dovrebbero senz'altro dar conto della sicura ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia, nonostante l'esistenza di un generale divieto di alienazioni commissorie, quale ricavabile (secondo la *communis opinio*) dall'art. 2744 c.c..

6. *Segue*: riflessioni critiche

Nessuna delle ragioni appena indicate, probabilmente, è davvero sufficiente a dar conto di una sicura ammissibilità della *cessio in securitatem*, specialmente avuto riguardo al rapporto con la disposizione dell'art. 2744 c.c., almeno (è il caso di sottolineare) fintanto che ad essa si continui a dare (come pure, per le ragioni che a breve si diranno, non appare corretto) una portata assai estesa, quale quella risultante dalla *communis opinio*.

E ciò anche a prescindere da altre specifiche considerazioni delle quali si può fare solo un rapidissimo cenno.

a) Cominciando dal richiamo operato all'art. 2803 c.c., infatti, occorre senz'altro rilevare, intanto, come gli argomenti da esso ricavabili – a differenza di quanto creduto in dottrina – siano tutt'altro che decisivi.

---

[33] Per il riferimento all'art. 2803 c.c. v., soprattutto, T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., 14 e 384; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968, 154. Per l'illiceità dell'accordo che consente al creditore di appropriarsi dell'esubero v. A.A. DOLMETTA-G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, 277, nt. 79.

Invero, la disciplina del pegno di crediti non consente al creditore garantito la *diretta appropriazione* del bene (il credito) vincolato in garanzia: infatti, l'art. 2804 c.c., senza peraltro distinguere in ragione del contenuto, pecuniario o meno, del credito vincolato in garanzia, prevede che il creditore pignoratizio possa soltanto farselo assegnare in pagamento, fino a concorrenza del suo credito, esattamente come è a dirsi per il pegno in generale.

La circostanza, poi, che l'art. 2803 – il quale impone al creditore garantito di riscuotere (alla scadenza) il credito datogli in garanzia – consenta al creditore che ha riscosso il credito di trattenere, ove si tratti di credito pecuniario, quanto gli spetta non costituisce, a ben vedere, una deroga al divieto del patto commissorio, ma, più semplicemente, l'attuazione della funzione di garanzia, resa direttamente possibile, come è stato esattamente rilevato in dottrina, dalle peculiari qualità del denaro, la cui diretta liquidità rende ultronea ogni attività di liquidazione[34].

D'altra parte, per quanto si evince dal comb. disp. artt. 2794 e 2807, anche nel pegno di crediti il costituente ha un diritto di restituzione, seppur condizionato al fatto dell'adempimento: la possibilità di trattenere le proprie spettanze risponde, allora, ad una logica sostanzialmente compensativa, la quale, tenuto anche conto di quanto desumibile dal cit. art. 2804 c.c. non consente di trarre specifiche illazioni sulla ammissibilità, in termini generali, di una cessione del credito a scopo di garanzia.

b) Non maggiormente decisivo è l'argomento tratto dalla struttura della *cessio in securitatem* in termini di sostanziale assimilazione ad un patto marciano, poiché essa muove da una pregiudiziale individuazione della *ratio* del divieto codificato nell'art. 2744 c.c. nella tutela del debitore contro abusivi approfittamenti del creditore (come

[34] Cfr. B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, 153 ss..

si dirà, tutta da verificare), senza adeguatamente considerare, poi, che la restituzione dell'eccedenza è, ovviamente, connaturale ad una funzione di garanzia.

c) L'argomento dell'asserita natura eccezionale dell'art. 2744 c.c., infine, sembrerebbe difficilmente conciliabile con la straordinaria portata estensiva che alla norma è stata assegnata, in considerazione della sua pretesa natura di norma c.d. "materiale": di norma, cioè, intesa a vietare un certo risultato economico (nella specie: l'abusivo approfittamento, da parte del creditore, in danno del debitore), piuttosto che le specifiche modalità formali attraverso le quali la sua realizzazione è stata prefigurata o immaginata dal legislatore[35].

7. Impostazione del problema

Le considerazioni da ultimo svolte rendono allora imprescindibile, a questo punto, indirizzare la riflessione sulla esatta portata, in ragione del suo fondamento, del divieto del patto commissorio.

S'intende, infatti, che secondo la diversa ricostruzione che di esso si ritenga di dover dare, differenti potrebbero essere le conseguenze sotto il profilo applicativo; e ove, in particolare, dovesse risultare che il divieto sia diretto ad impedire, in termini generali, trasferimenti "commissori", esso potrebbe essere inteso alla stregua di un ostacolo insormontabile all'ammissibilità di una *cessio in securitatem*: a questa conclusione, del resto, era giunta, ormai diversi anni or sono, la più accreditata indagine monografica in tema di patto commissorio[36].

Nel concentrare ora la riflessione sulla *ratio* del divieto di patto commissorio occorre subito avvertire che, a causa della consistente molteplicità delle tesi elaborate in materia non è possibile, in questa sede, procedere ad una analitica

---

[35] Per alcune considerazioni di metodo relative all'ipotizzata natura materiale della disposizione (art. 2744 c.c.; ma v. pure l'art. 1963 c.c.) che vieta il patto commissorio ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 25 s., nt. 25.

[36] Il riferimento è a C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 157.

rassegna delle stesse[37]; d'altra parte, ai fini che qui interessano, ciò non appare neppure indispensabile, ove si consideri che la quasi totalità delle tesi estensive, sia pure nella varietà delle ricostruzioni di dettaglio, ruota, fondamentalmente, intorno ad una – variamente articolata – esigenza di *tutela del debitore* (o dei *creditori non partecipanti al patto*, o dell'uno e degli altri insieme), che permette di svolgere, per quanto qui è utile, un discorso unitario.

Com'è noto, infatti, una opinione estremamente diffusa, soprattutto nell'esperienza giurisprudenziale, ravvisa fondamento al divieto del patto commissorio nella necessità di evitare che attraverso l'accordo commissorio il debitore – avendo necessità di ricorrere al credito, o di ottenere una dilazione di pagamento – risulti assoggettato ad una ingiustificata pressione approfittatrice da parte del creditore.

A questo fondamento, genericamente riassumibile nella formula della tutela del debitore, si accosta poi la considerazione, elaborata in dottrina ma seguita anche da una consistente giurisprudenza, che un trasferimento commissorio finirebbe per pregiudicare anche i creditori non partecipanti al patto, ai quali verrebbe sottratta la possibilità di rivalersi efficacemente sul patrimonio del debitore, con conseguente lesione della *par condicio* e della loro garanzia generica.

Si è così rinvenuto nella (esigenza di) tutela del debitore, o nella (esigenza di) tutela della *par condicio creditorum*, o, forse più frequentemente, in ambedue le esigenze, il fondamento razionale del divieto del patto commissorio; e su queste basi il divieto è costantemente giustificato nell'applicazione giurisprudenziale ed è usualmente spiegato nella manualistica corrente.

---

[37] Riferimenti completi (cui *adde*: A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli 2000; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000) in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 41 ss; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit, 51 ss.

In questa prospettiva, si osserva, il divieto codificato nell'art. 2744 c.c., ancorché formalmente dettato in tema di garanzie reali (ma, occorrerebbe sin d'ora rilevare, singolarmente ripetuto, in questa logica, anche in materia anticretica, dall'art. 1963 c.c.), ha un ambito assai più ampio, perché deve ritenersi operante tutte le volte in cui sussistono le medesime esigenze di tutela; e poiché esse risultano egualmente presenti anche qualora la cosa negoziata non sia stata preventivamente vincolata in garanzia, il divieto, in quanto recato, appunto, da una norma materiale, ha portata generale, applicandosi anche a pattuizioni commissorie cc. dd. autonome, aventi cioè ad oggetto cose libere.

8. Fondamento razionale del divieto del patto commissorio e rilevi desumibili dal tipo di sanzione comminata

Nonostante l'assoluta compattezza di opinioni sul fondamento sistematico del divieto del patto commissorio, alla ricostruzione così proposta, seppur prevalentemente condivisa, possono essere mosse numerose, e non trascurabili, considerazioni critiche[38].

La prima delle quali deve muovere, ragionevolmente, dalla stessa rilevanza sistematica della sanzione con cui il divieto è colpito: sanzione da ravvisare, ovviamente, nella nullità dell'accordo.

Com'è noto, secondo un'impostazione assolutamente tradizionale, e unanimemente condivisa, la scelta legislativa di un rimedio di nullità in luogo di altri (quali, ad es., potrebbero ravvisarsi nell'annullabilità, nell'attribuzione di un diritto di recesso, etc.) denuncia l'esistenza di un interesse generale degno di protezione, il quale giustifica la radicale inidoneità dell'atto di autonomia alla produzione di effetti giuridici.

---

[38] Per un più ampio svolgimento delle quali sia consentito rinviare al nostro *Patto commissorio autonomo*, cit., 49 ss., cui pure facciamo rinvio per il necessario corredo bibliografico e giurisprudenziale delle considerazioni che seguono nel testo.

Sulla base di questo fondamentale rilievo, ci si deve allora interrogare, anzitutto, in ordine alla congruenza tra sanzione comminata e natura degli interessi usualmente individuati a fondamento del divieto del patto commissorio.

Da questo punto di vista, appare immediatamente evidente che l'esigenza di tutela del debitore, o dei creditori non partecipanti, o ambedue le esigenze, individuano interessi affatto particolari, rispetto ai quali non si giustifica, in linea di principio, la sanzione estrema della nullità, poiché quest'ultima – sistematicamente – non ha di mira la tutela di interessi particolari, la tutela di una delle parti del rapporto essendo affidata ad altri rimedî.

È bensì vero che quest'ultima affermazione potrebbe, oggi, essere considerata tutt'altro che vera, conoscendo ormai ampiamente il sistema ipotesi di nullità "speciali", dirette a salvaguardare interessi particolari nel rapporto, per come emerge dalla categoria delle cc.dd. nullità di protezione, di cui dà testimonianza generale la previsione recata dall'art. 36 del c.d. *Codice del consumo*.

Leggere, tuttavia, l'art. 2744 c.c. alla luce della nuova sistematica della categoria delle nullità denuncerebbe palesemente un vizio di metodo, perché finirebbe per trascurare completamente il contesto storico tradizionale nel quale la norma si colloca, facendo della sanzione d'invalidità contenuta nell'art. 2744 c.c. una sorta di nullità di protezione *ante litteram*, totalmente ingiustificata, perché sconosciuta al codice civile.

A diversa conclusione, ovviamente, potrebbe pervenirsi se si potessero rintracciare *già* nel sistema del codice civile ipotesi di nullità di protezione (di nullità, cioè, dirette alla tutela di interessi particolari) analoghe a quella che si vorrebbe rinvenire nell'art. 2744 c.c.

Non è mancato, in dottrina, il tentativo di muoversi nella direzione indicata.

Si tratta, tuttavia, almeno a nostro giudizio, di tentativo non riuscito.

Nella prospettiva appena evocata – messo, per ora, da parte lo stesso art. 2744 c.c., su cui si ritornerà – sono state indicate come particolarmente significative le nullità dettate dagli artt. 1500, cpv., 1815, 2936, 2937 c.c.[39]. Nella stessa logica, per vero, si era anche richiamata la disciplina, ormai fuoriuscita dal codice, degli artt. 1469 *bis* ss., rispetto alla quale, però – anche a prescindere dal fondamentale rilievo che essa (come ora l'art. 36 Cod. consumo) non rifletteva certamente l'impianto sistematico tradizionale del codice – ci si potrebbe anche chiedere se piuttosto che una esigenza di tutela del singolo contraente non venisse (e non viene ora) in rilievo un interesse alla regolamentazione preventiva, e perciò assunta su un piano generale, di determinati settori del mercato (come pure testimonia l'opportuna presenza di un rimedio inbitorio, ora regolato dall'art. 37 Cod. consumo).

Non maggiormente rilevanti, comunque, sono le altre ipotesi richiamate, rispetto a ciascuna delle quali, in verità, sembra assai difficile individuare il fondamento della nullità nella protezione di interessi individuali, laddove assai più lineare è la riconduzione della citata disciplina ad esigenze di protezione di interessi generali.

Così, in particolare, la nullità, *ex* art. 1815 c.c., degli interessi usurari sembra determinata più che dall'esigenza di protezione del *singolo* contraente, dalla preoccupazione (di interesse generale, e che trascende la specificità della singola negoziazione) di calmierare le condizioni del mercato del credito; neppure le ipotesi regolate dagli artt. 2936 e 2937 c.c. – che prevedono la nullità degli accordi derogatori al regime della prescrizione, o la rinuncia preventiva ai suoi effetti – possono riportarsi ad una esigenza di protezione del debitore, del quale sarebbe protetto, in questa logica, l'interesse particolare a liberarsi dal debito: vero è, piuttosto, che una sistematica deroga al regime legale, o la rinuncia preventiva agli

[39] Cfr. soprattutto F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., *passim*.

effetti derivanti dall'istituto della prescrizione finirebbe per rendere inutile la regolamentazione legale, frustrandone completamente finalità ed essenza

Solo apparentemente suggestiva, poi, è la disciplina, pur ritenuta come particolarmente indicativa, del cpv. art. 1500 c.c., la cui asserita riconduzione ad esigenze di protezione individuale non regge ad una valutazione più approfondita.

Secondo una veduta corrente, la norma che (nella vendita con patto di riscatto, peraltro tematicamente assai vicina alle alienazioni in garanzia) vieta, a pena di nullità per l'eccedenza, il patto di restituire un prezzo superiore a quello di vendita, avrebbe l'evidente funzione di tutelare il venditore-debitore, visto nella sua sostanziale qualità di soggetto finanziato, e dunque, avrebbe di mira la tutela di un interesse particolare individuale.

In realtà, questa tradizionale giustificazione confonde quello che è un effetto pratico (cioè una conseguenza) del divieto con il suo fondamento, che trova, invece, altra assai più ragionevole giustificazione nella salvaguardia di interessi generali.

Invero, nella vendita con patto di riscatto, pur realizzandosi uno scambio (tra cosa e prezzo), la funzione dell'accordo non è certamente quella dello scambio in sé (che assume, al contrario, una valenza puramente strumentale), ma, piuttosto, quella di un finanziamento a corrispettivo, in certo senso, aleatorio[40].

In questa prospettiva – che appare l'unica corretta – la vendita con patto di riscatto deve essere funzionalmente collocata non già nell'area dello scambio, bensì del finanziamento; e precisamente, di un *finanziamento verso speculazione sul valore della*

---

[40] Per comprendere a pieno la portata di questa affermazione occorre soprattutto considerare che, in via di prima approssimazione, un contratto di compravendita sottoposto alla possibilità legale del recupero del bene dietro restituzione del corrispettivo potrebbe apparire persino assai singolare, non evidenziando alcuna convenienza pratica per l'acquirente, se non fosse per il fatto che chi vende, poiché aliena il bene con una grave limitazione (il diritto di riscatto) non potrà pretendere, in linea di principio, il giusto prezzo, perché difficilmente troverebbe un acquirente. Chi acquista, d'altro canto, più che essere interessato alla cosa in sé (che, infatti, potrà essere costretto a restituire) è interessato, di solito, alla convenienza economica dell'affare, che si risolve nel minor prezzo d'acquisto.

cosa: chi vende non paga nulla per il finanziamento ricevuto, ma rischia di perdere il maggior valore della cosa se non la riscatta; chi acquista non ottiene un vantaggio immediato (salvo casi marginali caratterizzati dal momentaneo interesse a disporre della cosa, comunque bilanciati dalla privazione del denaro necessario all'acquisto), ma ha un'alea positiva (quella di consolidare definitivamente il vantaggioso acquisto, in caso di mancato riscatto).

Rispetto a questa strutturazione dell'istituto, ben si comprende come consentire la maggiorazione del prezzo di riacquisto avrebbe alterato il senso dell'operazione, perché in tale maniera l'acquirente finirebbe per poter speculare sulla negoziazione in ogni caso (attraverso il maggior valore della cosa in caso di mancato riscatto; e attraverso il maggior prezzo di riacquisto in caso di riscatto), venendosi così a compromettere la causa della vendita con riscatto come appena descritta.

A questa ragione (già sufficiente, per vero, a giustificare una sanzione di nullità) va poi affiancata altra fondamentale considerazione: invero, se fosse valida la clausola di maggiorazione del prezzo, chi ha acquistato la cosa difficilmente la rimetterebbe sul mercato, o, comunque, la farebbe circolare innalzandone il prezzo per ragioni estrinseche al valore reale del bene. Ne risulterebbe compromessa, dunque, la stessa regolarità della circolazione dei beni, la cui portata di interesse generale è fuori discussione.

È indiscutibile, allora, come anche la disciplina della vendita con patto di riscatto non riesca ad evidenziare sanzioni invalidanti poste a protezione di interessi individuali, confermando, all'opposto, la naturale vocazione verso l'interesse generale delle nullità codicistiche.

9. Irrazionalità sistematica delle tradizionali giustificazioni addotte a fondamento del divieto. *Ratio* del divieto

Al di là della pur chiarissima incongruenza sistematica appena evidenziata, la nullità del patto commissorio fondata sulle ragioni della tutela del debitore, o dei creditori esclusi, evidenzia altre gravissime perplessità.

Intanto, quanto alla protezione del debitore occorre considerare che nel sistema egli gode di una protezione assai più limitata; così, ad es., il debitore può senz'altro:

- stipulare novazioni peggiorative;

- assumere obbligazioni alternative di valore non corrispondente, anche con scelta rimessa al creditore;

- contrarre mutui svantaggiosi sino al limite dell'usura;

- assumere obbligazioni a condizioni inique, fintanto che non concorrano gli altri presupposti necessari, unitamente alla iniquità, per la rescissione;

- obbligarsi a penali svantaggiose, sino al limite della eccessività manifesta;

- assumere in stato di bisogno (prescindendo qui dal controverso rapporto tra usura e rescissione) obbligazioni iugulatorie, purché sproporzionate *infra dimidium*.

Sembra allora singolare che risulti colpito con la sanzione estrema della nullità un accordo solo potenzialmente lesivo, quando di fronte ad accordi che concretamente risultano tali non è previsto, almeno fino a certi limiti, alcun rimedio (comunque mai coincidente, quando concesso, con la nullità).

Ancora meno convincente, poi, si presenta l'altra tradizionale ragione posta a fondamento del divieto: cioè la tutela della *par condicio creditorum*.

Intanto perché, com'è ovvio, potrebbe, nel caso singolo, non ricorrere alcuna concreta esigenza di tutela (perché non c'è una pluralità di creditori, o perché la

garanzia generica rimane comunque ampiamente sufficiente); ma soprattutto (il che è riferibile anche ad esigenze di protezione collocate sul piano meramente potenziale) perché, quand'anche la lesione della *par condicio* fosse effettiva, e non solo meramente potenziale, i creditori pregiudicati troverebbero efficace tutela in altri rimedi generali (e, precisamente, nella disciplina dell'azione revocatoria, la quale conferma, tra l'altro, che il rimedio posto a tutela di interessi particolari non è la nullità, ma di tutt'altro tipo, come del resto confermato, in una logica assai simile, dall'art. 1980, cpv., c.c., che in tema di cessione dei beni ai creditori attribuisce ai creditori estranei, in quanto pregiudicati, un rimedio pratico – l'azione esecutiva diretta – diverso dalla nullità).

Interessi particolari, dunque, non sembrano sufficienti a giustificare il divieto del patto commissorio.

D'altra parte, anche a prescindere dalle segnalate difficoltà sistematiche, la tradizionale "lettura" del divieto lascia aperti una serie di ulteriori interrogativi che, per ragioni di brevità, è possibile qui solo accennare; e cioè:

- come si coordina, sistematicamente, il divieto del patto commissorio, quale estensivamente inteso, con una serie di norme ed istituti (dalla rescissione alla vendita con patto di riscatto, alla disciplina della clausola penale) dei quali è necessario proporre, per mantenere ferma la (pretesa) ampiezza del divieto, una innaturale lettura restrittiva?;

- la *ratio* segnalata non avrebbe forse imposto, ai fini di una corretta formulazione della norma, la codificazione del patto marciano, da riferire anche all'ambito delle garanzie reali (mentre, detto per inciso, deve senz'altro ritenersi che un patto marciano relativo a cosa oppegnorata, o ipotecata, sia comunque da escludere) ?;

- quale specifica funzione ha la ripetizione del divieto con riguardo al creditore anticretico, posto che la medesima (se non più forte) esigenza di protezione del debitore e dei creditori potrebbe qui reputarsi presente?

Soprattutto, poi, resterebbe da chiedersi come mai il legislatore, nel dettare il divieto, avrebbe ancorato lo stesso al solo ambito delle garanzie reali, quando la sua pretesa *ratio* ne avrebbe imposto una formulazione più generale.

Quest'ultimo interrogativo, in particolare, schiude il problema di fondo del divieto, imponendo di indagare se non esista, invece, un intimo ed inscindibile legame tra divieto del patto commissorio e tutela di interessi propri esclusivamente della materia delle garanzie tipiche[41].

Molto rapidamente, per avviarmi a conclusione, dirò che questo legame, a mio modo di vedere, esiste indiscutibilmente.

Invero, se si considera la funzione essenziale delle garanzie reali, non si faticherà a scorgerla nella prelazione in sede esecutiva; solo una volta avvenuto l'inadempimento entra in giuoco il ruolo pregnante, il *proprium*, della garanzia reale: assicurare, cioè, al creditore privilegiato una preferenza satisfattiva sul ricavato. S'intende, però, che se la cosa vincolata fosse, in quel momento, già divenuta di proprietà del creditore, questi non avrebbe più interesse sul piano pratico, né modo, sul piano tecnico, di far valere la garanzia.

In questa logica, l'idoneità dell'accordo commissorio a divenire pattuizione di stile avrebbe sostanzialmente posto le basi per una scomparsa, almeno dal punto di vista pratico, delle garanzie reali, così come oggi le conosciamo.

D'altra parte, la funzione – cioè la giustificazione causale – del vincolo di garanzia reale è da cogliere, appunto, nella *preordinazione del bene* vincolato ad una

---

[41] Su tutte le predette questioni rinviamo il paziente lettore a quanto già esposto in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., *passim*.

esecuzione forzata, al fine di assicurare su un bene determinato la soddisfazione coattiva del creditore: ma se, attraverso un accordo commissorio connesso alla garanzia reale, fosse consentito di scavalcare l'attuazione processuale della garanzia, verrebbe meno la stessa giustificazione causale di essa.

Ed infatti, una davvero significativa conferma del profilo appena enunciato si ritrova nel disposto dell'art. 2911 c.c., il quale vieta al creditore assistito da garanzia reale (pegno, ipoteca, privilegio) di sottoporre ad esecuzione altri beni del debitore senza sottoporre ad esecuzione anche quelli vincolati. Nella medesima prospettiva, del resto, appare indirizzato l'art. 558 del codice di rito, il quale prevede che ove il creditore ipotecario abbia esteso il pignoramento a beni non vincolati in garanzia, il giudice dell'esecuzione possa ridurre il pignoramento *ex* art. 496 (dunque, sottraendo alla esecuzione i beni non vincolati), ovvero sospenderne la vendita fino al compimento di quella relativa ai beni ipotecati.

In definitiva, dunque, deve considerarsi che l'ammissibilità di un patto commissorio tipico avrebbe impedito il funzionamento della garanzia reale nel suo nucleo essenziale; ove il patto fosse consentito e divenisse, come certamente sarebbe idoneo ad essere, di stile, pegno e ipoteca non servirebbero più da cause legittime di prelazione, con un totale stravolgimento della fisionomia di tali istituti.

Se così è – come sembra invero indiscutibile – si comprende che l'estensione del divieto del patto commissorio tipico (cioè, su garanzia reale) alle pattuizioni commissorie autonome perde qualsiasi ragione di essere, perché rispetto a queste ultime non assume alcun rilievo l'esigenza di salvaguardia e conservazione delle garanzie tipiche, né si profila alcun contrasto di tipo funzionale.

Questa prospettiva, ovviamente, lascia aperto il problema della giustificazione di un patto commissorio anticretico, rispetto al quale le considerazioni svolte non rappresentano un valido fondamento. Se, tuttavia, si guarda alla funzione dell'istituto anticretico (impiego produttivo della cosa a fine solutorio), si può agevolmente

rilevare che ove il patto fosse valido, il creditore non avrebbe particolare motivazione ad incrementare la produzione, ma sarebbe anzi disincentivato, per assicurarsi il conseguimento della *res*: la nullità del patto, per contro, incentiva il creditore ad ottimizzare l'impiego produttivo della cosa, contribuendo con ciò alla realizzazione di quell'interesse generale alla produzione che contrassegna l'intero impianto del codice vigente.

10. Conseguenze della ricostruzione proposta e sua incidenza sul problema dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia

Per quanto sin qui detto[42], s'intende che patto commissorio tipico e pattuizioni commissorie autonome, benché suggestivamente simili (sul piano strutturale), costituiscono, in realtà, fattispecie completamente diverse; e la liceità, o meno, di queste ultime non può essere argomentata dalla norma che vieta il patto commissorio e, in particolare, dal fatto di rispettarne, o meno, le supposte ragioni giustificative (tutela del debitore, e/o dei creditori esclusi).

La validità dei patti autonomi, piuttosto, deve essere valutata in termini sistematici.

Da questo punto di vista, intanto, si deve considerare che l'espressione unitaria "patto commissorio autonomo" costituisce, in realtà, una sintesi verbale descrittiva di una pluralità di operazioni variamente articolate, e tendenti comunque a collegare il trasferimento della titolarità di un diritto alle sorti di un rapporto obbligatorio, preesistente (patti *ex intervallo*) o contestuale (patti *in continenti*).

Da un punto di vista pratico ciò serve sempre o a procurarsi liquidità, o a conseguire una dilazione di pagamento.

---

[42] Su cui, con più ampio sviluppo, ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 110 ss.; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 132 ss..

Sul piano giuridico questo intento si può realizzare attraverso strumenti tipizzati che non possono essere ritenuti in contrasto col divieto del patto commissorio, avendo questo ragione di essere solo con riguardo all'area delle garanzie reali e anticretica.

Le variabili giustificazioni causali di tali accordi, piuttosto, possono concretizzarsi in finalità (o funzioni) di tipo creditizio (come nel caso della vendita con patto di riscatto); o di tipo solutorio (come nel caso del trasferimento inteso alla immediata estinzione di un rapporto obbligatorio, con la possibilità, per il "debitore" – in effetti non più tale a seguito dell'accordo – di recuperare il bene eseguendo una prestazione *corrispondente* al contenuto originario del debito); ed anche, infine, di tipo sanzionatorio, come nell'ipotesi di trasferimento di un bene determinato quale conseguenza dell'inadempimento; trasferimento che – rettamente inteso – pare doversi ricondurre alla pattuizione di una clausola penale *ex* art. 1382 c.c.[43]

Nessuno di questi accordi urta contro il divieto del patto commissorio, fermo restando che ciascuno di essi, in ragione del suo specifico contenuto, o delle circostanze sotto le quali è stato stipulato, potrà trovare specifici limiti ed adeguati

---

[43] Non sembra invece – diversamente da quanto sostenuto in dottrina (soprattutto da C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 126 ss.; e da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 319 ss., 370 ss. e 429) – che, almeno *de iure condito*, sia possibile perseguire, attraverso il trasferimento di beni determinati, finalità di garanzia, trattandosi di risultato sistematicamente inaccettabile (per la dimostrazione di questo assunto sia consentito rinviare, ancora, a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 200 ss.).

Diversamente, tuttavia, sembrerebbe potersi ragionare proprio con riguardo alla cessione del credito, atteso che la circolazione del diritto relativo diretta a fini solutori risulta normativamente compatibile (cfr. art. 1198 c.c.) con la sopravvivenza del rapporto principale; e che una siffatta sopravvivenza costituisce presupposto essenziale del funzionamento di un meccanismo di "garanzia" in senso tecnico (d'altra parte, lo stesso art. 1198 c.c. parrebbe assegnare, nell'ordinaria ipotesi di cessione solutoria *pro solvendo*, una funzione in senso lato di "garanzia" alla stessa sopravvivenza del rapporto originario, muovendo dal presupposto che l'interesse creditorio è soddisfatto non dalla mera attribuzione del diritto (di credito) ceduto, ma dalla sua concreta realizzazione).

Il che evidenzia, se ben si considera, che mentre l'attribuzione solutoria di cose determinate (*datio in solutum*) estingue senz'altro (salvo quanto previsto in fine del comma 2 dell'art. 1197 c.c.) il rapporto obbligatorio originario, al contrario, l'attribuzione solutoria di un credito (atteso il rischio della sua mancata realizzazione) implica normalmente (e salvo diverso accordo) la contestuale titolarità di pretese diverse (quella originaria, e quella solutoria) in capo al creditore, sia pure non cumulativamente esercitabili.

rimedi in altri istituti, spaziando dalla rescindibilità del patto, alla riducibilità del suo contenuto, *ex* art. 1384 c.c., sino alla possibilità di un annullamento dell'accordo, ai sensi dell'art. 1438 c.c., tutte le volte in cui risulti che il creditore ha coartato il debitore, minacciando di azionare il credito, al fine di procurarsi un ingiustificato vantaggio[44].

Alla stregua di quanto appena detto, allora, si dovrà, infine concludere anche per la cessione del credito con *finalità di garanzia*, in ordine alla cui ammissibilità non è dalla disciplina che vieta il patto commissorio che possono trarsi validi argomenti.

Piuttosto, deve invece rilevarsi che un argomento di particolare rilievo in ordine all'ammissibilità della figura pare doversi trarre dalla disciplina della cessione solutoria di cui all'art. 1198 c.c., nella misura in cui essa evidenzia (come già accennato) una piena compatibilità tra *trasferimento* del credito e *sopravvivenza* del rapporto originario, ed anche la possibilità che il credito ceduto risulti di maggior valore rispetto a quello originario.

Invero, il trasferimento del credito di cui all'art. 1198 c.c. si configura come una cessione solutoria salvo buon fine (e, dunque, con quiescenza del rapporto originario, che sopravvive), la quale ammette varianti convenzionali, essendo fatta salva la «diversa volontà delle parti».

Una di queste varianti è, certamente, la cessione solutoria con effetto estintivo immediato; nulla esclude, peraltro, che in una cessione solutoria venga pattiziamente conservata al debitore la possibilità di recuperare, adempiendo il debito originario (rimasto in vita), il diritto (di credito) provvisoriamente trasferito; e in questa direzione, attesa la sicura compatibilità (quale normativamente espressa dall'art. 1198 c.c.) del *trasferimento attuale* del credito con la sopravvivenza del rapporto originario, la finalità di garanzia si risolverebbe in nient'altro che in una

---

[44] Cfr. ancora F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio*, cit., 231 ss.; e ID., *Il divieto*, cit., 300 ss..

peculiare regolamentazione convenzionale dell'ordine di preventiva escussione dei crediti (tutti) egualmente assegnati in titolarità al creditore (cessionario); regolamentazione convenzionale che non sembra incontrare alcun ostacolo normativo, né funzionale, in ordine alla sua praticabilità dovendo, perciò, reputarsi pienamente ammissibile e lecita, fatti salvi – ovviamente – e per quanto sopra detto, i limiti eventualmente ricavabili da altri luoghi del sistema civilistico[45].

---

[45] Dal momento che la prestazione data *in solutum* può anche essere di valore maggiore di quella originaria (cfr. art. 1197, comma 1, c.c.), non si può escludere che la cessione solutoria del credito abbia ad oggetto una pretesa creditoria economicamente più rilevante di quella principale. In una cessione *pro soluto* una siffatta eventualità è senz'altro da ammettere, esattamente come per l'ipotesi di cui all'art. 1197 c.c., senza che ciò abbia a determinare *tout court* l'invalidità dell'accordo; ed altrettanto deve dirsi ove si tratti di cessione *pro solvendo*.

Se, tuttavia, le parti hanno pattiziamente configurato l'attribuzione del credito ceduto in termini di "garanzia", conformemente alla funzione del rapporto (che è quella di assicurare al creditore il conseguimento della propria pretesa, o, almeno, il suo equivalente economico) deve ammettersi che il creditore "cessionario" che abbia riscosso il credito ceduto al fine di realizzare (il valore del)la pretesa originaria sia tenuto alla restituzione dell'eventuale eccedenza.

Ci si potrebbe interrogare, tuttavia, in ordine alla rilevanza, *in iure*, di eventuali accordi ulteriori che consentano al creditore di trattenere anche tale eccedenza.

Nelle ipotesi di patti commissori autonomi (aventi, cioè, ad oggetto il trasferimento della proprietà di cose determinate) un omologo risultato è certamente da ammettere (nel senso che l'accordo con cui si dispone di beni di maggior valore rispetto al rapporto obbligatorio di riferimento non è, per ciò solo, nullo), ma – come a suo luogo abbiamo avuto occasione di illustrare (F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 231 ss.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 300 ss.) – trova sulla sua strada una serie di limiti e rimedi a vantaggio del debitore che ha subito l'ingiustificato approfittamento dell'altra parte, nonché a vantaggio degli altri (eventuali) creditori non partecipanti al patto.

Non sembra, tuttavia, che la medesima soluzione resti valida anche per la fattispecie appena considerata.

Come già detto (*supra*, nt. 43), invero, un trasferimento fiduciario della *proprietà* di beni determinati, fatto unicamente *cavendi causa* e, perciò, coesistente alla sopravvivenza del rapporto obbligatorio originario (*in thesi*: "garantito"), non sembra sistematicamente ammissibile; piuttosto – come altrove evidenziato (F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 156 ss. e 178 ss.) – il trasferimento "commissorio"può essere sorretto da finalità *creditizie* (come, ad es., nel caso del *lease back*), *solutorie* (come, ad es., in una dazione con patto di riscatto), ovvero (più raramente) *sanzionatorie* (ad es., trasferimento di una cosa determinata per il caso di inadempimento).

Rispetto a ciascuna di tali finalità l'eventualità del trasferimento di una cosa di maggior valore rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio al quale il patto si connette non vale a far sorgere senz'altro un obbligo di restituzione dell'eccedenza, pur potendosi determinare, proprio in funzione del maggior valore della cosa commissoriamente negoziata, l'attivazione di altri rimedi giuridici volta per volta riferibili alle singole pattuizioni richiamate (ad es., un rimedio rescissorio; o una riduzione *ex* art. 1384 c.c., etc.).

Quando, tuttavia (come è a dirsi per l'ipotesi della *cessio in securitatem*) la finalità perseguita dalle parti è (dovendosi in quel caso ritenere, come detto, ammissibile) di *mera garanzia*, mentre, per un verso, la funzione dell'accordo (appunto, di garanzia) *imporrà* la restituzione dell'eccedenza (essendosi pienamente esplicato il fine convenzionalmente programmato), per altro verso, eventuali pattuizioni intese ad assegnare al creditore soddisfatto (attraverso la realizzazione della garanzia) anche il maggior valore del diritto (di credito) ceduto in garanzia risulteranno, in realtà, *prive* di una *giustificazione sostanziale* sistematicamente accettabile: infatti, l'attribuzione dell'eccedenza (certamente non giustificata dal fine di garanzia, né da finalità di finanziamento,

11. Rilievi comparatistici e prospettive de iure condendo

La ricostruzione sin qui prospettata – che tiene conto del dato positivo oggi *vigente* – potrebbe richiedere ulteriori articolazioni, in vista dell'eventualità di una diversa (e, questa volta, espressa) regolamentazione normativa della fattispecie (*cessio in securitatem*) considerata.

Infatti, sulla scorta di modelli normativi proposti dall'esperienza straniera[46], è stato presentato (ad iniziativa governativa: Min. Giustizia) il ddl *Delega al Governo per apportare modifiche al codice civile in materia* – tra l'altro – *di disciplina della fiducia* (AS/2284, comunicato alla Presidenza il 15 luglio 2010, successivamente ripreso, sostanzialmente, da altre iniziative legislative[47]), il cui art. 1, dopo aver descritto il

---

estranee alla fattispecie) non potrebbe trovare fondamento né nella *solutio*, né in una finalità latamente sanzionatoria (*ex* art. 1382 c.c.), dal momento che la cessione solutoria posta in essere e l'avvenuta riscossione del diritto ceduto a tacitazione della pretesa originaria escluderebbero in radice la configurabilità di un inadempimento sanzionabile.

Nè sembra che residui uno spazio sistematicamente accettabile per accordi di tale portata, in quanto diretti a soddisfare interessi (di mero approfittamento di una parte) sostanzialmente non meritevoli di tutela, con la conseguenza che, a nostro giudizio, il soggetto garantito dalla *cessio in securitatem* non potrà trattenere ciò che eccede quanto necessario alla soddisfazione della pretesa garantita.

[46] Il riferimento è, soprattutto, alla disciplina francese della *fiducie* (in proposito v. A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *Trusts*, 2007, 569 ss.; e *ivi*, 469 ss., il testo della legge francese con traduzione italiana), introdotta nel *Code civil* (artt. 2011-2030) dalla Loi n. 2007-211 *du* 19 *février* 2007 (poi modificata dalla Loi n. 2008-776 *du* 4 *août* 2008 e dalla *Ordonnance* n. 2009-112 *du* 30 *janvier* 2009); e alla disciplina che nello stesso *Code* è stata dettata negli artt. 2372-1 sino a 2372-5 in tema di trasferimento fiduciario a scopo di garanzia, per effetto della Loi n. 2009-526 *du* 12 *mai* 2009 e della cit. *Ordonnance* n. 2009-112. Nel testo del ddl AS/2284 (e anche in successivi ddl), peraltro, si fa anche riferimento esplicito alle soluzioni dettate in tema di titolarità fiduciaria di beni nel *Draft Common Frame of Reference* del diritto privato europeo (per il quale v. C. V. BAR – E. CLIVE – H. SCHULTE-NÖELKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich 2009. Per una traduzione italiana (a cura di C. Galligani) del Libro X del DCFR, in tema di *trust*, si può utilmente visitare l'ndirizzo *Internet*
http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=202#_ftn2.

Sulle iniziative legislative intese alla regolamentazione del contratto di fiducia, nonché sulle corrispondenti esperienze normative straniere, v. A. BARBA-D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino 2012, *passim*.

Per la considerazione, *de iure condito*, del c.d. "contratto di affidamento fiduciario", inteso come fattispecie diversa da quella del c.d. contratto di fiducia, e descritto come «il contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l'individuazione di taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario» v., ampiamente, M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. notariato*, 2012, 513 ss.

[47] Il riferimento è, soprattutto, alla proposta di legge AC n. 4554 (presentata, nel corso della XVI Legislatura, il 27 luglio 2011), d'iniziativa dell'on. Cambursano, che – riprendendo il progetto di legge Leddi, AS n. 854/2008 – prospetta l'introduzione, nel codice civile, degli artt. 1741 *bis* a 1741 *duodecies*, regolanti il contratto di fiducia, e degli artt. 2645 *ter* (che dovrebbe essere dettato in sotituzione del corrispondente

contratto di fiducia come quello «*con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo un scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*», fissa(va) tra i principi e criteri direttivi ai quali il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercizio della delega legislativa anche quello di dettare una disciplina specifica per il *trasferimento fiduciario a scopo di garanzia*[48], quale contratto

---

articolo codicistico oggi vigente) e 2684 *bis*, in tema di trascrizione del contratto di fiducia. In questo contesto è dettato un art. 1741 *quinquies*, in tema di "contratto di fiducia costituito a scopo di garanzia e di liberalità", del seguente tenore: «il contratto di fiducia può essere concluso da chi agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale con un operatore professionale per garantire crediti anche futuri, determinati o determinabili. Qualunque patto, che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante o a un terzo il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia all'epoca della sua realizzazione e il debito garantito, è nullo. Si applicano, in quanto compatibili, le norme sulla cessione dei beni ai creditori. La liberalità realizzata attraverso il contratto di fiducia destinata al mantenimento, cura o sostegno di una persona disabile non è soggetta a collazione».

Come si evince dal confronto con la corrispondente previsione contenuta nel ddl AS 2284 (riportato nella nota che segue), la disciplina prevista per la fiducia a scopo di garanzia è, pur nella diversità di formulazione e di contesto, *sostanzialmente* assimilabile. Non diversamente deve dirsi della proposta formulata nel corso del 47° *Congresso nazionale del notariato* (di cui v., in particolare, l'art. 1730 *septies*, commi 4, 5 e 6, c.c., come recato dalla proposta, che si legge, *on line*, all'indirizzo: http://www.abbruscatonotaio.com/component/content/article/50-nuovo-archivio/801-consiglio-nazionalele-cinque-proposte-del-notariato)

[48] Riportiamo, per comodità del lettore, il testo del ddl nella parte di interesse (art. 1 ddl n. 2284):

«1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della fiducia.

2. La disciplina di cui al comma 1, tenuti in considerazione i principali modelli normativi dei Paesi dell'Unione europea, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e con le convenzioni internazionali, e in conformità ai principi e ai criteri direttivi previsti dalla presente legge, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie.

[…]

6. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere, nell'ambito del titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili;

b) prevedere che il contratto di fiducia venga stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità;

c) prevedere, quali effetti del contratto, di fiducia la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti ed i beni che costituiscono oggetto della fiducia. In particolare:

1) escludere che, qualora il fiduciario sia una persona fisica, i diritti e i beni oggetto del rapporto siano parte della comunione legale tra coniugi, o cadano in successione;

2) prevedere che il denaro facente parte del patrimonio fiduciario sia versato in un deposito nella disponibilità del fiduciario e che in tale ipotesi il contratto di fiducia, fermo restando il vincolo di forma di cui alla lettera *b)*, si perfezioni con il versamento dell'intero importo;

d) dettare una disciplina specifica per:

diretto a garantire crediti determinati o determinabili, con previsione (in quest'ultimo caso) dell'importo massimo garantito.

---

1) la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare prevedere:

1.1) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia;

1.2) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale;

1.3) che la fiducia possa essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati;

1.4) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia;

1.5) la disciplina per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario;

2) il contratto di fiducia a scopo assistenziale, prevedendo che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario e facendo salve le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari. Tali disposizioni non si applicano qualora il beneficiario sia una persona disabile;

e) disciplinare i diritti, gli obblighi e i poteri del fiduciario e del fiduciante, o del terzo che sia nominato per far valere gli obblighi del fiduciario;

f) disciplinare l'opponibilità ai terzi aventi causa delle eventuali limitazioni apposte ai poteri del fiduciario e l'obbligo di rendiconto;

g) disciplinare la cessazione del fiduciario dall'incarico, prevedendo la possibilità di sua sostituzione anche da parte del giudice e l'ingresso del nuovo fiduciario nella titolarità dei beni oggetto del rapporto;

h) disciplinare la durata del contratto, la revoca e la rinuncia del fiduciario, nonché la possibilità di nominare da parte del giudice, in caso di urgenza, un fiduciario provvisorio;

i) disciplinare le cause di scioglimento del contratto di fiducia, prevedendo tra di esse l'unanime deliberazione di tutti i beneficiari, purché pienamente capaci di agire;

l) determinare i casi in cui gli effetti del contratto di fiducia possono derivare dalla sentenza del giudice;

m) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti di questa derivino da testamento, salva la disciplina contenuta nell'articolo 627 del codice civile;

n) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche nell'ipotesi in cui il titolare di beni se ne dichiari fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari;

o) dettare norme di coordinamento e, ove necessario, per la realizzazione dei principi e criteri direttivi di cui alle lettere da a) a n), di deroga alla disciplina di tutela dei creditori, alla disciplina sul contratto a favore di terzo, alla disciplina sulla cessione dei crediti futuri ed alla disciplina degli strumenti finanziari;

p) dettare norme di coordinamento e, ove necessario, per la realizzazione dei principi criteri direttivi di cui alle lettere da a) a o), di deroga alla disciplina fallimentare, regolando in particolare la possibilità per il curatore fallimentare di concludere il contratto di fiducia al fine di agevolare il riparto dell'attivo tra i creditori;

q) assicurare, in ogni caso, il coordinamento con le norme vigenti in materia di antiriciclaggio, antimafia, conflitto di interessi ed a tutela dell'ordine pubblico;

r) dettare, ove necessario, norme di coordinamento con la disciplina fiscale vigente in materia di *trust*» (il testo che precede è poi confluito, pressoché inalterato, all'interno del ddl comunitaria 2010 (AS/2322), al quale, peraltro, sono stati presentati, *in parte qua*, numerosi emendamenti intesi alla soppressione della predetta disciplina).

Nel contesto della predetta (ipotesi di) disciplina – indubbiamente ispirata alla normativa francese in tema di *fiducie*, ma da questa grossolanamente mutuata – manca, in realtà, un espresso riferimento alla cessione *del credito* a scopo di garanzia[49], ove si ponga attenzione al fatto che mentre nella descrizione del contratto di fiducia in termini generali si fa espressa menzione del trasferimento di *diritti* (oltre che di beni o somme di denaro specificamente individuati), al contrario, nella disciplina specifica della "fiducia a scopo di garanzia" si fa sempre esclusivo riferimento al trasferimento (in garanzia) di "beni" (cfr. il cit. art. 1[50], lett. d, nn. 1.1, 1.4, 1.5, il quale, tuttavia, fa anche riferimento, per il caso che siano trasferiti beni aziendali, ad "altri *elementi*" aziendali), onde non sembra espressamente regolato (almeno a prima impressione) il trasferimento di diritti (e, tra questi, di crediti) con funzione di garanzia[51].

Non è possibile, ovviamente, scendere in questa sede ad un esame particolareggiato dei possibili propositi legislativi.

Ciò che, tuttavia, sembra opportuno evidenziare è che l'eventuale (ed ormai altamente prevedibile) introduzione di una disciplina positiva del trasferimento fiduciario a scopo di garanzia, se realizzata nei termini che risultano dalle iniziative legislative richiamate, non appare realmente idonea ad incidere radicalmente sul tema delle alienazioni commissorie di cose libere (cioè autonome), nonostante una stereotipa assimilazione del tema appena evocato con quello dei trasferimenti a scopo di garanzia; e nonostante la proclamata ispirazione della disciplina del

---

[49] Riferimento invece presente nella disciplina francese (cfr. art. 2372-1, 2372-2 e 2372-3 *Code civil*).

[50] Ovvero l'art. 1741 *quinquies*, comma 2, c.c. (come recato dal progetto di legge Cambursano)

[51] Il che, ove ciò non fosse (più realisticamente) imputabile ad una "svista" del legislatore (considerando che nel modello normativo di ispirazione – *i. e.*: la disciplina francese della *fiducie* – la fattispecie del trasferimento fiduciario in garanzia di *diritti* è espressamente considerata), potrebbe anche apparire alla stregua di un indice rivelatore della già acquisita ammissibilità sistematica della cessione del credito a scopo di garanzia; e comunque, una volta ammessa espressamente la possibilità di un trasferimento fiduciario di beni e *diritti* in genere, e la possibilità di un trasferimento fiduciario in garanzia della proprietà, concludere – sulla base dell'equivoco tenore letterale della disposizione richiamata – per l'inammissibilità di un trasferimento fiduciario in garanzia del credito risulterebbe decisamente discutibile, perché si tratterebbe di conclusione sistematicamente irrazionale.

trasferimento fiduciario a scopo di garanzia a pretesi principi informatori della disciplina del patto commissorio[52].

Ed invero, anche a prescindere dalla circoscritta rilevanza soggettiva del contratto di fiducia a scopo di garanzia[53], occorre considerare che il tema dei patti commissori autonomi non può farsi coincidere *tout court* con quello dei trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia (tale finalità essendo, anzi, attualmente estranea al sistema positivo vigente; e, comunque, quando pure normativamente ammessa, solo parzialmente sovrapponibile alla pluralità dei trasferimenti commissori possibili, in quanto potenzialmente destinati a perseguire – come sopra accennato – finalità (creditizie, solutorie e penali) diverse da quella di mera garanzia).

Né, va pure precisato, uno specifico rilievo sembra infine destinato ad assumere l'obbligo di *restituzione dell'eccedenza* di valore del bene trasferito in garanzia, in quanto la predetta soluzione (che ben si coordina, come sopra accennato (*infra*, nt. 45), con la finalità di garanzia del trasferimento fiduciario[54]). non è detto possa essere senz'altro trasportata, di peso, dall'area dei trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia a quella coperta da tutti gli altri possibili trasferimenti commissori, rispetto

[52] Infatti, nel Dossier a cura del Servizio Studi del Senato, n. 243 del settembre 2010, pag. 91 (consultabile on line all'indirizzo www.senato.it), riferito alla disciplina della fiducia recata dal ddl comunitaria 2010 (che conteneva analoga previsione, poi stralciata dal testo e non approvata), si osserva(va) che la prevista «nullità dei patti finalizzati a liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o al fiduciante il saldo netto derivante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito» costituisce «specifica applicazione alla disciplina del contratto in esame del principio generale che ispira le disposizioni codicistiche in tema di divieto del patto commissorio (si vedano in particolare gli articoli 1963 e 2744 del codice civile)», da ravvisare verosimilmente, secondo quanto è dato intuire dal passo appena riportato, in un generale divieto di abusivi approfittamenti.

[53] Cfr. il comma 6, lett. d), punto 1.2 del testo normativo sopra citato, alla nota 47, nonché il comma 1 del progettato art. 1741 *quinquies* c.c., citato nella nota 46.

[54] Le considerazioni esposte nel testo possono egualmente riferisri a quanto ora disposto, assia di recente, dall'art. 2 del D. L. 3 maggio 2016, n. 59 (conv., con modif. nella L. 30 giugno 2016, n. 119) in materia di "patto marciano bancario", Anche in tal caso (espresaamente limitato, quanto al suo campo di applicazione, ai soli "finanziamenti alle *imprese* garantiti da trasferimenti immobiliari sospensivamente condizionati), infatti, il trasferimento (immobiliare) a scopo di garanzia (pur con tutte le problematicità che la disposizione solleva, e che non è possibile considerare in questa sede), implica la necessità, legislativamente disposta, della restituzione dell'eccedenza (commi 2 e 7); e tuttavia, la funzione di *garanzia* dell'attribuzione in questione vale senz'altro a giustificare la previsione considerata, in ragione della giustificazione funzionale del trasferimento, in quanto diretto, soltanto, ad assicurare la restiuzione del finanziamento erogato.

ai quali l'attribuzione di un bene di valore superiore all'importo del credito *procurato* (contratti con funzione creditizia), *estinto* (contratti solutori) o *regolato* (quanto alle conseguenze dell'inadempimento: contratti con funzione penale o sanzionatoria) appare, per quanto più sopra detto, diversamente giustificabile.

Key words: *Cessio in securitatem* – Patto commissorio *ban* – guarantees – credit circulation – financial security – law applications

Abstract: The institute of *cessio in securitatem* is widely connected to the general issue of alienations by way of security, which in turn are closely linked to the *Patto commissorio* ban (artt. 2744 and 1963 c.c.). Credit assignment by way of security and forfeiture agreements are, in a traditional perspective, intimately connected, to the point that the precise configuration of the latter reveals a significant impact on the same eligibility of the *cessio in securitatem*. In this paper, the analysis of the *Patto commissorio* ban - and, to put it better, the way it is usually understood by doctrine and jurisprudence - will be aimed to establish:
- If (and possibly how) it could interfere with the practice of *cessio in securitatem*;
- Or, rather, and, if it is a limit to economic operations (such as those aimed to guarantee) different than those involving credit circulation;- Or, and finally, if - just the opposite – the (more general) theme of rights circulation by way of security may (or should) be considered beyond the usual connection to the ban of art. 2744 c.c. and if it is necessary to considered its compatibility with the legal system through different law data.

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Antonio Ingoglia

Professore associato di diritto canonico, Università degli Studi di Palermo

Marco Dell'Oglio

Docente di diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Palermo

Il nuovo regime probatorio nei giudizi canonici di nullità del vincolo: riflessioni a prima lettura (*) **

SOMMARIO: 1. Una riforma dai risvolti problematici. - 2. Variazioni concernenti la norma sul valore probatorio delle confessioni e delle dichiarazioni delle parti - 3. Le ricadute sulla questione delle cosiddette "*nullità di coscienza*". - 4. L'apprezzamento delle dichiarazioni confessorie e il supporto dei testi *de credibilitate*. - 5. Conclusioni di sintesi.

1. Una riforma dai risvolti problematici.

La riforma del processo canonico introdotta contestualmente dai *motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et Misericors Iesus* del Dicembre 2015[1], salutata a caldo con positiva enfasi da ampi settori dell'opinione pubblica e dei media, non ha

(*) Il Contributo è stato sottoposto a valutazione.

** Il contributo riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione svolta in occasione dell'Incontro sul tema "*La famiglia tra misericordia e diritto. Snodi e implicazioni della riforma del processo matrimoniale canonico*" (Palermo, 13 Maggio 2016) da Antonio Ingoglia (§§ 1-3) e Marco Dell'Oglio (§§ 4-5).

[1] Le due lettere apostoliche *motu proprio*, rese pubbliche l'8 Settembre 2015 ed entrate in vigore l'8 Dicembre dello stesso anno, riformano rispettivamente i canoni del *Codex juris canonici (Cjc)* e del *Codex canonum ecclesiarum orientalium (Cceo)* che si riferiscono ai "*Processi matrimoniali*" ed introducono alcune *Regole procedurali* per la trattazione delle cause sotto la veste formale di articoli, il cui valore normativo è da ritenersi pari a quello dei canoni modificati. Cfr. **J. LLOBELL**, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal M.P. "Mitis Iudex"*, contributo on-line in *www.consociatio.org/repository/Llobell_Lumsa.pdf*, p. 19, ora anche in *Ius Ecclesiae*, 2016, I, p.14.

mancato tuttavia di suscitare giudizi critici, talora anche vistosamente polemici, fra i canonisti per alcune incoerenze disciplinari in una materia tanto delicata e così strettamente legata alla *salus animarum*[2]. I rilievi più ricorrenti hanno riguardato in particolare le modalità del *processus brevior*, che sembra godere di un vero e proprio *favor* da parte del Legislatore della riforma, atteso che ad esso dedica una parte considerevole dei nuovi canoni, i quali nondimeno appaiono talora asimmetrici rispetto ad un impianto codicistico marcato dalla centralità del processo contenzioso ordinario: processo, quest'ultimo, inteso come modello generale, da cui derivano per successiva specificazione, secondo un rapporto da *genus* a *species*, anche i procedimenti speciali sulla nullità del vincolo[3].

Tra tali asserite aporie si segnala l'assenza nel nuovo processo più breve *coram Episcopo* d'un contraddittorio anche solo formale che, rappresentando l'anima di

---

[2] Per una disamina critica della normativa e delle ambiguità che hanno accompagnato la fase attuativa della riforma cfr., in particolare, **G. BONI**, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima, seconda, terza),* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 7-13-21-marzo 2016; nonché **R. GOMEZ BETANCUR**, *Los pro y los contra de una Reforma: Mitis Judex Dominus Jesus,* contributo on-line in */works.bepress.com/ derecho_canonico/23*, 13 Novembre 2015. Sul nuovo processo la letteratura di riferimento non risulta ancora molto ampia, per lo più prodotta in connessione con la entrata in vigore della riforma: fra altri, cfr. **C. M. MORÁN BUSTOS**, *Retos de la reforma procesal de la nulidad del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 2016, 56, p. 9 ss.; **BERNARD DU PUY MONTBRUN**, *Analyse canonique du Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Liberté politique*, hiver 2015-2016, 68, p. 1 ss.; **C. DOUNOT**, *La réforme de la procédure des nullités de mariage au regard des principes juridiques*, in *Catholica* 1/2016, p. 56 ss. ; **J. LLOBEL**, *Alcune questioni comuni*, cit.; **P. MONETA**, *La dinamica processuale nel M.P. "Mitis Iudex"*, in *Ius Ecclesiae*, 2016, I, p. 39 ss.; **AA. VV**., *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Milano, 2016; **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Roma, 2016.

[3] Nella visione del Legislatore il fulcro della normativa processuale è costituito dal giudizio contenzioso ordinario da cui i processi speciali si differenziano per qualche aspetto formale. Essi pur discostandosene rimangono dunque collocati nell'ambito del processo comune, di cui continuano ad essere largamente tributari. Sul punto, in particolare, **Z. GROCHOLEWSKI**, *Principi ispiratori del libro VII del CJC,* in **AA. VV**., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano, 1988, p.22, il quale rileva che "Il processo contenzioso ordinario non soltanto appare il più elaborato, ma anche centrale nella sistematica impostazione del libro settimo, in quanto le norme che lo riguardano vengono applicate ampiamente anche in diversi processi speciali". Anche **P. MONETA**, (*La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 2002, p. 70) nota che nel disciplinare le procedure speciali il codice "non detta una regolamentazione completa, ma si limita a mettere in rilievo le particolarità che essi presentano, rimandando per il resto, alla regolamentazione generale prevista per il giudizio contenzioso ordinario".

ogni giudizio, sembra determinare una palingenesi del processo matrimoniale, il quale si discosterebbe dal modello generale del processo contenzioso e sarebbe incline invece all'idea di una giurisdizione volontaria, molto simile a quella seguita in alcuni ordinamenti secolari, la cui logica non è però consentanea alla diversa e specifica fisionomia delle azioni dichiarative di nullità, quali si reggono secondo l'ordinamento canonico[4]. E sempre a proposito della suddetta palingenesi, viene poi evidenziata l'ampia discrezionalità lasciata alle parti nella scelta del *processus brevior* che sembra revocare in dubbio la tradizionale indisponibilità del matrimonio inteso quale *bonum publicum*, come pure un'eccessiva indulgenza nel rendere meno lunga la durata dei processi di nullità, attraverso l'elaborazione di una procedura che non appare proporzionata alla particolare complessità ed alla delicatezza del suo oggetto[5].

Il favore della riforma verso la maggiore speditezza del giudizio e la semplificazione delle formalità procedurali porta con sé certamente problemi ricostruttivi che spetterà alla dottrina canonistica affrontare, non sulla base di opinioni marcatamente polemiche, ma partendo dal riferimento alla dinamicità tipica della disciplina canonica sul processo[6], la quale appare segnata, nelle diverse

---

[4] Sul punto, in particolare, **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, cit., p.105, per il quale la totale *indisponibilità dello stato coniugale canonico* rende improponibile lo schema contrattualistico tipico della volontaria giurisdizione, in quanto "non si tratta di trovare un'intesa o di soddisfare le esigenze dei coniugi ma di accertare la verità del loro stato matrimoniale, dato che non rientra evidentemente nel potere degli sposi né di alcuna altra autorità". Tale indisponibilità fa sì che anche le sentenze in materia di separazione abbiano un contenuto veritativo e non possano derivare dalla mera volontà delle parti private, implicando sempre un riscontro positivo da parte del Vescovo "della effettiva sussistenza dei motivi addotti per la separazione che devono essere in ogni caso rapportabili ad una delle ipotesi previste dal diritto" (**A. INGOGLIA**, *La separazione coniugale in diritto canonico, Profili processuali*, Milano, 2004, p. 53).

[5] Già il papa Giovanni Paolo II aveva richiamato l'attenzione sui rischi di una eccessiva speditezza nel dirimere le cause di nullità, soggiungendo che "cui mos geratur, divortio alio nomine tecto in Ecclesia tolerando via sternitur" (Alloc. alla Rota Romana, 4 febbraio 1980, in *A.A.S.*, 1980, LXXII, p.176. Per un approfondimento sul tema si rimanda a **Z. GROCHOLEWSKI**, *Processi di nullità del matrimonio nella realtà odierna*, in **AA. VV**. , *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1988, p.11 ss.; nonché **F. D'OSTILIO**, *I processi canonici. Loro giusta durata*, Roma, 1989, p. 47 ss.; **M. CALVO TOJO**, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, p. 65 ss.

[6] Tale dinamicità si attua nella continuità e discontinuità diacronica delle forme processuali adottate dalla Chiesa lungo i secoli per meglio adeguarle, oltre che alle cangianti esigenze dei tempi, anche alla sua

versioni succedutesi nel suo plurisecolare sviluppo storico, da una continua tensione dialettica tra l'esigenza di maggiore celerità ed il rigoroso rispetto delle solennità rituali dettate dalla consapevolezza di trattare una materia così delicata, qual è quella sacramentale.

Tale tensione si ritrova, ad esempio, nel passaggio dal *Codex* pio-benedettino a quello novellato che ha dimezzato i tempi di trattazione introducendo un processo più snello e celere rispetto a quello solenne o ordinario[7]; ed ancor prima, all'interno del *Corpus Iuris Canonici*, mediante l'estensione della procedura sommaria, implicante la facoltà di procedere «*simpliciter et de plano*», nonchè «*sine strepitu iudicii seu figura*», anche a taluni giudizi matrimoniali[8].

Più che l'analisi di tale evoluzione diacronica, che non potrà che confermare l'evidenza della singolare dinamicità che connota il diritto processuale, sarà dunque utile soffermarsi su quest'ultimo (e più remoto) precedente, realizzato per dare una soluzione positiva agli inconvenienti che l'applicazione rigorosa delle formalità dell'*ordo iudiciarius solemnis*, già previste dal diritto romano e applicate al processo canonico, implicava[9]. Ci limitiamo a richiamare l'attenzione su alcuni connotati del

---

specifica finalità ultramondana (sul punto, in particolare, Cfr. **P. A. BONNET**, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo, Studi sul processo canonico*, Torino, 1998, p. 3 ss., per il quale la normativa processuale "è sempre essenzialmente duttile e mutabile" in ragione del fine trascendente che con essa si intende perseguire onde "ogniqualvolta non realizzi un tale fine può e deve mutarsi, poiché la legalità positiva non è per se stessa, nel diritto ecclesiale, dal momento e nei limiti in cui non incarna il diritto divino, e dunque la certezza, un bene da salvaguardare".

[7] Nel Codice latino in vigore (can. 1453) così si legge: "giudici e tribunali provvedano, salva la giustizia, affinchè tutte le cause si concludano al più presto, di modo che non si protraggano più di un anno nel tribunale di prima istanza, e non più di sei mesi nel tribunale di seconda istanza". Il can. 1620 del precedente testo codiciale stabiliva, invece, che "*Iudices et tribunalia curent ut quamprimum, salva iustitia, causae omnes terminentur, utque in tribunali primae instantiae ultra biennium non protrahantur, in tribunali vero secundae instantiae ultra annum*".

[8]In base alle costituzioni "*Saepe*" e "*Dispendiosam*", confluite nelle Decretali di Clemente V, anche nelle cause matrimoniali era possibile procedere secondo il rito sommario da svolgersi "de plano, ac sine strepitu iudicii seu figura" (in proposito, cfr., **D. BOUIX**, *Tractatus de iudiciis ecclesiasticis*, t. II, Parisiis, 1866, p. 445).

[9] In senso analogo cfr. **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve davanti al vescovo*, cit., p. 52, secondo cui "La costituzione *Saepe* costituisce perciò una sorta di antesignano del *processus brevior* e dimostra come sin *ab antiquo* fosse sentito il bisogno di compendiare nella giurisdizione attenzione e rapidità". Per un

rito sommario che possono valere ad evidenziare l'entità dei mutamenti che per tale via furono introdotti nei processi canonici matrimoniali, e nei quali è pure possibile scorgere taluni prodromi dell'attuale processo più breve: a differenza del comune processo, ad es., il contraddittorio veniva contenuto sotto il *moderamen* del giudice; la *petitio* poteva farsi sia in forma scritta che orale ("*sive scripte sive verbis*"); la procedura aveva inizio con la semplice citazione; la *litis contestatio* veniva semplificata mediante l'abolizione dei termini; e potevano essere respinte *in limine* sia le eccezioni sia gli appelli manifestamente dilatori[10].

E' noto comunque come questa procedura andò lentamente declinando verso un certo lassismo che provocherà l'intervento di Benedetto XIV, il quale intese restituire alla disciplina processuale l'antico rigore, senza che ciò tuttavia comportasse una definitiva estinzione del rito sommario che continuò a convivere e ad essere applicato congiuntamente a quello ordinario o solenne: tanto che il *modus procedendi* restò ancora a lungo caratterizzato, in taluni casi, dalla omissione delle solennità tipiche del processo contenzioso comune[11].

2. Variazioni concernenti la norma sul valore probatorio delle confessioni e delle dichiarazioni delle parti.

---

utile inquadramento storico della suddetta decretale, cfr. **C. LEFEBVRE**, *Evoluzione del processo matrimoniale canonico*, in **AA. VV**., *Il processo matrimoniale*, cit., p.29 ss. ; **F. SALERNO**, *Precedenti medievali del processo matrimoniale canonico, in* **AA.VV**., *Processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1994, p. 94 ss.

[10] "Iudex (…) necessarium libellum non exigat; litis contestationem non postulet;in tempum etiam feriarum (ob necessitates homnum indultarum a iure)procedere valeat; amputet dilationum materiam; litem, quanto poterit, faciat breviorem; exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo; partium, advocatorum et procuratorem contentiones et iurgia, testiumque superfluam multitudinem refrenando » (In Clem. V,11,2).

[11] Con specifico riferimento alla prassi in esame v. **F. X. WERNZ** (*Ius Decretalium*, II, Romae, 1899, p.1091) il quale osserva "Celeberrima vero post Concil.Trident. facta est reformatio processus matrimonialis per Benedicti XIV Const. 'Dei miseratione'. At quamvis concedendum sit post. Bened. XIV in causis vinculi matrimonialis accuratae servandas esse novas solemnitates in cit. Const. praescriptas, tamen exinde non sequitur in omnibus processum solemnem in causis nullitatis matrimonii esse servandum, ut sustinet *Bouix*, nec alienus esse videtur *Santi*".

Se dunque il quadro generale degli interventi introdotti dal nuovo processo, pur nella sua discontinuità rispetto alle regole ed ai principi dell'attuale assetto codicistico, non risulta del tutto estraneo alla tradizione canonica del *ius vetus*, è invece sul versante probatorio ed in virtù d'un singolare mutamento che esso sembra registrare un sicuro progresso. Il riferimento è ovviamente alla norma contenuta nel nuovo can. 1678, § 1, volta a valorizzare molto più che in passato la confessione e le dichiarazioni delle parti corroborate da testi *de credibilitate*, prevedendo che esse possano «avere valore di prova piena»[12] («da valutarsi dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli»), sempre che «non vi siano altri elementi che le confutino»[13].

La diffidenza con la quale sin da epoca medievale s'è guardato alla confessione e alla dichiarazione delle parti come mezzi di prova nei processi matrimoniali era stata solo in parte superata dal *Codex j.c.* del 1983: l'avere

[12] Sul concetto di "prova piena" con riferimento alle dichiarazioni delle parti cfr., in particolare, **M. J. ARROBA CONDE** (*Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale, in* **AA.VV.,** *Matrimonium et ius, Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante*, Città del Vaticano, 2006, p.233), secondo cui tale espressione non coincide con la nozione di "prova legale" ma indica un valore comunque "rimesso alla discrezionalità del giudice"; nonché, **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve*, cit., p. 182, ad avviso del quale "Prova piena o completa è quella che da sola è in grado di produrre la certezza morale nell'animo del giudice". Così anche **J. LLOBEL**, *Questioni comuni ai tre processi*, cit., p.14, dove si precisa che "nell'ordinamento canonico vige il principio della libera valutazione delle prove (cfr. can. 1608 § 3; DC art. 247 § 4) per cui "prova piena" è quella che produce la certezza morale nell'animo del giudice, il quale «deve valutare le prove secondo la sua coscienza» (cfr. can. 1608 § 3; DC artt. 180, 202). Normalmente la prova piena non sarà una sola (cfr. il nuovo can. 1678), ecc., ma l'insieme di «una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. (...) La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente».

[13] Pur riferendosi anche alle dichiarazioni delle parti non sembra dubbio che la nuova norma, come già la pregressa, si incentri sul valore della "confessione" resa dalle parti avanti al giudice, la quale discende non tanto dalla affermazione o negazione di quanto oggettivamente risulti a sé sfavorevole, ma dal fatto che ciò che viene affermato o negato risulti contrario alla validità del matrimonio (cfr. **J. LLOBEL**, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Navarra, 2014, p. 232). Sulla efficacia probatoria della confessione giudiziale e delle *declarationes partium* cfr. **R. BURKE**, *La confessio iudicialis e le dichiarazioni giudiziali delle parti*, in **AA. VV.**, *I mezzi di prova nella giurisprudenza rotale*, Roma, 1995, p.15 ss.; **P. A. BONNET**, *Giudizio ecclesiale e pluralismo*, cit., p.260 ss.; ID, *La valutazione giudiziaria delle dichiarazioni di parte*, in **AA.VV.**,*Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, I, Torino, 2014, p. 150 ss; **M. A. ORTIZ**, La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro crediblità, in *Ius Ecclesiae*, 19,2007, 157 ss.; **ID.**, *La forza probatoria delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio*, contributo on-line in *didattica.pusc.it/file.php/102/14.pdf*, ora anche in **AA. VV.**, *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto canonico matrimoniale e processuale*, Roma, 2009, p. 387 ss.

condizionato infatti il ricorso alle stesse solo quando non si avesse «da altra fonte pienezza di prova», aveva finito per sminuire la potenzialità innovativa della formula contenuta nella precedente versione del nuovo can. 1678 circa il loro intrinseco valore probativo, tanto da avere alimentato non poche resistenze sia in ambito dottrinale sia in quello giurisprudenziale[14].

Il tema dell'eventuale forza probatoria da attribuire alle dichiarazioni e confessioni delle parti sembra registrare ora invece un ulteriore e certo sviluppo, in quanto affrontato non più in termini condizionati e negativi[15]. Rispetto al precedente intervento di riforma che assegnava al giudicante la facoltà di attribuire

---

[14] In base al can. 1679 del Codice latino del 1983, "Nisi probationes aliunde plenae habeantur, iudex, ad partium depositiones ad normam can. 1536 aestimandas, testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat, praeter alia indicia et adminicula". Secondo un orientamento comune a dottrina e giurisprudenza, la citata norma consentiva di apprezzare la confessione elevandola al rango di prova completa "solamente quando gli elementi probatori diversi non ci [fossero] o non [fossero] tali da costituire piena prova", onde "il giudice, il cui libero apprezzamento rimane pure in questo àmbito essenziale ed insostituibile", avrebbe dovuto "fondare la propria certezza morale ... sulle dichiarazioni delle parti, confortate da testi "de credibilitate" ed anche eventualmente – ma non si tratta in alcun modo di fattori necessari – da altri elementi di conferma e di riscontro" (**P. A. BONNET**, *Giudizio ecclesiale e pluralismo*, cit., p.265). In senso analogo **M. A. ORTIZ** (*La forza probatoria delle dichiarazioni delle parti*, cit., p. 415), per il quale "Non avendo la prova piena altrimenti ("*nisi probationes aliunde plenae habeantur*"), il giudice concentrerà l'attenzione sulle dichiarazioni delle parti avvalorate (*si fieri potest*) dall'insieme di elementi probatori presenti nella causa, senza escludere che il giudice possa cercare altre prove *ex officio*"; **J. LLOBEL**, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia,* cit., p. 230, secondo cui la certezza morale "puede radicarse (cuando no es posible contar con otras pruebas) en la sola declaración de una de las partes".

[15] Sul punto **J. E. VILLA**,*¿En qué consisten los cambios al proceso de nulidad del matrimonio católico?*, contributo on-line in *www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia*, per il quale la riforma accentua più che in passato "su fuerza probatoria, afirmando explícitamente que, en los procesos de declaración de nulidad del matrimonio, la declaración de las partes que sea sostenida por eventuales testigos de credibilidad puede tener valor de plena prueba, y será valorada por el juez, tomando en consideración todos los indicios y adminículos, si no hay otros elementos que la confuten. Entonces, de una formulación negativa y por exclusión, se pasa a una formulación positiva y de inclusión. El juez no tendrá necesidad de excluir otras fuentes de plena prueba para poder dar peso probatorio a la declaración de las partes, sino que esas declaraciones están ya positivamente consagradas como eventual e inmediata fuente de plena prueba". Più propensi a contenere la portata innovativa del nuovo can.1678 § 1 in rapporto al precedente can.1679, sembrano **J. LLOBEL**, (op ult cit., p.14), secondo cui "tale diversità è meno radicale di quanto potrebbe sembrare poiché entrambi gli impianti normativi, nella pur loro evidente dissomiglianza testuale, richiedono condizioni applicative analoghe. Vale a dire, affinché il giudice possa, nelle cause pubbliche, attribuire forza di prova piena alla confessione giudiziale e alle dichiarazioni delle parti, esse devono essere «sostenute da eventuali testi sulla credibilità delle stesse» e valutate «dal giudice considerati tutti gli indizi e gli amminicoli, se non vi siano altri elementi che le confutino» (MI can. 1678 § 1)"; nonché **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve*, cit., p. 182, il quale scrive che "In realtà più che di una modifica sostanziale si tratta del chiarimento e dell'esplicitazione in positivo dell'originario disposto".

loro forza di prova piena nella impossibilità di reperimento di prove superiori a quella derivante dall'apporto privato delle parti, il *motu pr. M.I.* indica invece positivamente che «possono avere valore di prova piena» (can. 1678 § 1), ossia anche in assenza di altre prove ordinarie e purchè siano corroborate oltre che dalle attestazioni di credibilità, anche dal concorso di indizi ed ammenicoli di particolare evidenza.

Anche tale previsione, com'era immaginabile, è stata oggetto di varie obiezioni, che sembrano però restare ancorate al pregiudizio di diffidenza sull'apporto delle parti proprio della legislazione pregressa e che il *Codex* novellato, come s'è detto, aveva cercato senza però sempre riuscirvi di sradicare[16]. Tale pregiudizio, peraltro, aveva ingenerato talora la prassi, indotta dalla giurisprudenza più restrittiva, tendente a configurare una vera e propria proibizione di decidere la causa valendosi unicamente della confessione giudiziale anche se suffragata da elementi indiretti di riscontro[17].

A ben osservare la ragione della modifica sembra stare propriamente negli inconvenienti cui dava luogo la prassi invalsa di dover in ogni caso affiancare con

---

[16] Come riporta **G. BONI**, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale*, cit., 21 marzo 2016, p. 29) "alcuni hanno denunciato che, in definitiva, appare verosimile come, tramite la predisposizione di un'apposita strategia difensiva (in passato si metteva in guardia senza ipocrisia - e senza menomare la dignità delle persone - allertando la *collusionis suspicio*), possa essere prontamente conseguito l'accoglimento del libello qualora le parti, accordandosi, rendano dichiarazioni fra loro non contraddittorie, suffragate eventualmente da testimonianze sulla loro credibilità, anche se quanto dichiarato non corrisponde alla verità oggettiva". Sul rischio di un certo lassismo nell'apprezzare le dichiarazioni e la confessione delle parti, con riferimento al precedente diritto, si vedano altresì le osservazioni di **M. A. ORTIZ**, *La forza probatoria delle dichiarazioni delle parti*, cit., p.6, per il quale sono da escludere sia un atteggiamento rigoristico "che sospetta ostinatamente della sincerità delle parti, sia quello (che potremmo denominare *ingenuo*), secondo il quale si dovrebbe attribuire quasi automaticamente valore di prova piena alle dichiarazioni delle parti fatte «*pro nullitate vinculi*» rinunciando a vagliarle seriamente con altre prove –anche cercate d'ufficio dal giudice (cfr. can. 1452)– perché, secondo questa visione *ingenua*, chi si rivolge al tribunale ecclesiastico, avendo a disposizione il divorzio civile per "risolvere" la propria situazione, lo farebbe sempre con retta coscienza e secondo verità".

[17] A questa prassi restrittiva sembrava alludere già il card. Ratzinger, nella *Introduzione* al numero XVII della Collana "Documenti e Studi", diretta dalla Congregazione per la Dottrina della Fede, *Sulla pastorale dei divorziati risposati*, LEV, Città del Vaticano 1998, p. 19, lì dove rileva, a proposito del richiamo ai cann. 1536 e 1679 contenuto nella Lettera ai Vescovi della C.D.F. del 1994, come «questo nuovo regolamento canonico, ...purtroppo nella prassi dei tribunali ecclesiastici di molti paesi [sia] considerato e applicato ancora troppo poco".

altri mezzi ordinari e diretti la confessione o le dichiarazioni delle parti, ancorchè fossero state per sé concludenti e confermative rispetto al *thema probandum*. Sul piano pratico sembra restare ora eliminata anche quest'ultima limitazione e paiono superate le questioni che sorgevano in relazione alle dichiarazioni e confessioni prive di altri riscontri diretti di prova, le quali potranno avere, sebbene non *ex lege* ma secondo il prudente apprezzamento del giudice, efficacia pressocchè pari a quelle rese nell'ambito delle cause private, sempre che non ricorrano elementi contrari che portino a dubitare seriamente di quanto è stato giudizialmente riferito o ammesso[18].

Pur senza sminuire i rischi per il *favor veritatis* che involge la soluzione che si è scelta, non si può pertanto a nostro giudizio che guardare con interesse alla novità introdotta dal *motu pr.* che peraltro era stata già auspicata dai settori più illuminati della dottrina e dei c.d. operatori pratici del diritto. Il che ovviamente non dissipa il dubbio legato in particolare alla piena compatibilità di tale innovazione con la previsione generale di cui al secondo paragrafo del can. 1536, che com'è noto esclude che nelle cause che riguardano il bene pubblico le confessioni giudiziali e le dichiarazioni delle parti che non siano confessioni possano avere valore di prova piena senza che concorrano «*alia elementa*» a corroborarle «in modo definitivo»[19].

Volendo considerare le implicazioni sulla predetta norma generale derivanti dall'introduzione del nuovo can. 1678, § 1, occorre intanto rifuggire dall'equivoco di ritenere che gli "*alia elementa*" di cui si fa menzione nel predetto can. 1536, § 2

---

[18] Osserva in proposito **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve,* cit., p.183 che l'attribuzione del valore di prova completa richiede "un possibile *riscontro positivo* (la concordanza con gli altri indizi e appigli logici), un necessario *riscontro negativo* (l'assenza di prove direttamente contrarie) e un'*eventuale integrazione* (la deposizione di testi sull'affidabilità della parte)".

[19] La questione, come ricorda **M. A. ORTIZ** (*La forza probatoria delle dichiarazioni delle parti*, cit., pp.15-16), riguarda la natura degli *elementa* che, secondo la previsione del can.1536 §2, possono attribuire forza di prova piena alle confessioni delle parti nelle cause pubbliche, come lo sono quelle matrimoniali; al qual riguardo, l'A. sottolinea che "gran parte dei commentatori al Codice aveva interpretato pacificamente il tenore del can.1536 come riferito agli elementi *di prova*", onde gli elementi "grazie ai quali le affermazioni delle parti possono costituire "*plena probatio*", sono componenti dei mezzi di prova, e non di elementi di altra natura" (Ivi).

necessariamente coincidano con altre prove tipiche, ossia con documenti e testimonianze in senso proprio[20]. A ciò si era tratti a pensare, in verità, anche sulla base della disposizione esplicativa contenuta nell'art. 180 della *Instructio Dignitas Connubii*, in quanto condizionava la efficacia probante delle affermazioni dei dichiaranti alla sussistenza di «elementi di prova» assunti *stricto sensu*[21], finendo per offrire un'interpretazione alquanto riduttiva della norma generale, in contrasto peraltro col principio della libertà dei mezzi di ricerca istruttoria comune ad ogni processo contenzioso[22].

Sennonchè, sulla scia della giurisprudenza che aveva già sollevato le criticità di tale modo di intendere la norma del processo ordinario[23], e come ora il § 1 del nuovo can. 1678 conferma, tali elementi ben possono invece essere costituiti, oltre che dalle attestazioni *de credibilitate*, anche da *adminicula et inditia* di intrinseca chiarezza[24], attraverso i quali comunque il giudice potrà dare spessore alla propria

---

[20] Come afferma **M. J. ARROBA CONDE**, (*Diritto processuale canonico*, Roma, p. 442), tale modo di intendere rappresenta talora motivo di fraintendimenti, atteso che si può essere indotti "a confondere gli elementi con le "prove", cioè con ratifiche dirette, anziché intenderli (come l'evoluzione normativa impone) come indizi, ammenicoli o circostanze di fatti e di persone, desunti certamente dalle prove, ma con un rapporto solo indiretto con il fatto dichiarato dalla parte".

[21] Secondo **A. STANKIEWICZ**, (*Valutazione delle prove secondo l'Istruzione*, in **AA.VV**., *L'Istruzione Dignitas Connubii nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia, 2006, p. 80), sulla base dell'art. 180 della *DC* alle dichiarazioni delle parti "non può essere attribuita forza di prova piena, se ad esse non si aggiungono(..) altri elementi probatori convergenti"; cfr. **J.LLOBEL** (*Los procesos matrimoniales en la Iglesia,* cit., p.233), lì dove annota come "La *Dignitas Connubii* afirma que esa confesión judicial casi nunca podrà por si sola dar la "prueba plena", salvo que sea realmente imposible recoger otras pruebas".

[22] Come annota **M. J. ARROBA CONDE**, *Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in AA.VV., *Matrimonium et ius, Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante,* cit., p. 233, l'apprezzamento delle dichiarazioni delle parti va coniugato in ogni caso con il principio "della libera valutazione delle prove", e ciò in quanto "Il processo canonico è ispirato alla libera valutazione delle prove, con appena qualche retaggio delle prove legali. E non poteva essere diversamente, atteso il primato del *favor veritatis* ed il richiamo finale alla coscienza del giudice, anziché alla prevalenza delle prove".

[23] Tra altre pronunce cfr., in particolare, coram Caberletti, Reg. Insubis seu Mediolanen, 22 giugno 2006, in *Ius Ecclesiae*, 2007,19, con nota di **M. A. ORTIZ**, p. 137 ss., dove si sottolinea che "Sia i testi di credibilità che gli *indicia et adminicula* sono elementi probatori: sono, nei processi matrimoniali, gli *alia elementa* che il can. 1536 § 2 segnala come sufficienti ad avvalorare la prova se non è stata raggiunta la certezza morale "altrimenti".

[24] Circa gli ammenicoli, intesi quali elementi indiziari o presuntivi, si v. quanto scrive **P. BIANCHI** (*E' più facile, col nuovo Codice di diritto canonico, dimostrare la nullità di un matrimonio? I canoni 1536 § 2 e 1679*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1990, 3, p.402, secondo cui è necessario che "essi siano tratti solo da fatti certi e

certezza acquisita in coscienza. Con ciò ovviamente non si dice che egli risulti dispensato dal ricercare se necessario altre prove, sia perché l'apporto di ulteriori elementi comunque è un limite alla discrezionalità giudiziale, sia perché è dall'acquisizione delle stesse che potrà in molti casi ricavare l'insussistenza degli elementi che - secondo la nuova norma - risultino "confutare" le dichiarazioni delle parti.

Ben diversa sarebbe la valutazione nel caso che si continuasse a far ritenere che gli «*alia elementa*» di cui alla norma generale coincidano unicamente con le prove rituali o tipiche, giacchè se così fosse parrebbe rendersi necessario, oltre che auspicabile, un intervento più organico del Legislatore volto ad assicurare un maggior raccordo sistematico tra i due distinti disposti codicistici in discussione.

3. Le ricadute sulla questione delle cosiddette "*nullità di coscienza*".

Per il canonista abituato a misurare le categorie processuali alla luce delle esigenze pastorali connesse alla *salus animarum*, il quadro offerto dalla nuova norma circa l'efficacia probatoria delle dichiarazioni delle parti e delle confessioni sembra destinato a fornire una soluzione anche al problema rappresentato dalle c.d "*nullità di coscienza*", in cui cioè risultasse impossibile, per l'assenza di prove riproducibili in

determinati e aventi diretta connessione col merito della causa"; nonché **R. A. BETANCOURT**, *Los pro y los contra de una Reforma,* cit., p.12, per il quale "El vocablo: "adminiculo" es muy empleado en el campo del derecho probatorio con el sentido de: "apoyo, sostén, rodrigón, estaca", siendo su función principal la servir o ayudar a los otros medios de prueba, ora se trate de las llamadas pruebas representativas o históricas, o de las críticas, pero, bajo ningún punto de vista se puede catalogar como medio de prueba. Sencillamente, el adminículo es el valor que se da o se atribuye a una prueba que por si sola carece de eficacia probatoria, pero que si se une a otras sirve de apoyo o de adminículo, y de allí el principio de la Jurisprudencia Rotal: "Quae singula non probant, unita iuvant" (Lo que singularmente no prueba, unido ayuda) (Cfr. Coram, Felici, sent. del 17 de julio de 1952,vol,.44,dec 67.n.2, p. 448." Veritas aliquando resultat ex multis indiciis et probationibus, quae sumpta seorsim certitudinem vix ingerunt, at unita maxime iuvant" (Alguna vez la certeza resulta de muchos indicios y pruebas que tomados separadamente difícilmente engendran certeza, pero unidos ayudan muchisimo)."Plura quae disiunctim nihil conficiunt, juncta probant"".

sede giudiziaria, una conformità sostanziale tra la verità soggettiva conosciuta nel foro interno e quella ricavabile attraverso il processo giudiziale[25].

In tal senso il nuovo regime probatorio diventa il banco di prova per verificare la volontà dell'ordinamento di assicurare una più agevole convergenza tra foro esterno ed interno, in relazione alla speciale materia dedotta in giudizio. La generale figurazione dei due fori come aree tutt'altro che "mutuamente separate e senza alcun rapporto tra loro"[26], appare, infatti, in questi casi messa in discussione, a motivo del conflitto di coscienza tra la fondata convinzione della nullità e la possibilità della sua dimostrazione giudiziaria[27], che poteva essere indotta proprio dalla carenza nei singoli casi di prove rituali o tipiche a sostegno della dichiarazione o della confessione delle parti, così come richiesto dalla precedente versione dell'attuale can. 1678.

Com'è noto, tale questione aveva sospinto già in precedenza taluni teologi ad ipotizzare una gradazione della responsabilità di quei fedeli che, certi

---

[25] Sviluppa, in modo particolare, questa problematica **P. BIANCHI**, *Nullità di matrimoni non dimostrabili. Equivoco o problema pastorale,* in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1993, 3, p. 282, per il quale l'ipotesi ricorre allorché "vi sia un matrimonio obiettivamente nullo, di modo tale che la persona per sé, avrebbe titolo a poterne contrarre uno valido" e tuttavia "l'accertamento della nullità sia impossibile, nel senso che non vi sia la possiblità di portare di fronte all'organo competente, cioè il Tribunale, le prove necessarie per una sentenza giudiziaria dichiarativa della nullità del precedente vincolo". Tra quanti hanno affrontato questa problematica cfr., altresì, **M. POMPEDDA**, *La questione dell'ammissione ai sacramenti dei divorziati civilmente risposati*, in *Notitiae*, 1992, 7, p. 472 ss.; **U. NAVARRETE**, *Conflictus inter forum internum et externum in matrimonio*, in **AA.VV.**, *Investigationes theologico-canonicae,* Roma, 1978, p. 333 ss.; **H. FRANCESCHI**, *Divorziati risposati e nullità matrimoniali*, in *Ius Ecclesiae*, 2013, 25, p. 617 ss.

[26] **F. J. URRUTIA**, *Foro giuridico(Forum iuridicum)*, in *Nuovo dizionario di Diritto canonico*, a cura di **C. CORRAL SALVADOR, V. DE PAOLIS, G. GHIRLANDA**, Cinisello Balsamo, 1993, p. 537. Cfr., esemplificativamente, da ultimo, **G. GHIRLANDA**, G., *Foro interno, foro esterno, ambito della coscienza, intimità della persona*, in *Vita consacrata,* n. 48, 2012, II, p. 156 ss.

[27] Sul punto si annota che "la coscienza ha indubbiamente una dignità unica ed un ruolo indispensabile nel formulare l'esigenza pratica, ora e qui della legge (….). Nel caso delle situazioni irregolari vi è però da tenere presente che la norma dell'indissolubilità è di "diritto divino" e che questi casi hanno un carattere pubblico-ecclesiale. Ciò significa che la coscienza è vincolata alla legge divina senza eccezioni e qualora vi fosse la convinzione soggettiva che il precedente matrimonio era nullo, l'unica via per dimostrarlo deve essere quella del foro esterno, ossia del tribunale ecclesiastico": così, **K. NYKIEL**, *Unioni irregolari e ricezione dei sacramenti alla luce del Magistero della Chiesa*, in **AA.VV**., *Divorzi, Nuove nozze, Convivenze. Quale accompagnamento ministeriale e pastorale?,* Roma, 2014, pp. 28-29.

soggettivamente nella loro intima coscienza della invalidità del proprio matrimonio ma costretti dalla oggettiva impossibilità di fornirne la prova nei termini indicati dalla legge processuale, si trovassero in situazioni matrimoniali irregolari. E sulla base di ciò, la stessa canonistica si era proiettata ad ipotizzare financo l'eventualità che pur continuando ad essere valido tale matrimonio in foro esterno, le parti potessero accedere sia pure illecitamente ad una seconda unione matrimoniale, senza incorrere nell'impedimento dirimente determinato dal *vinculus prioris matrimonii*[28].

E' altresì noto però come tale indirizzo sia stato poi oggetto di particolare riprovazione da parte della Congregazione per la Dottrina della Fede che, pur senza sminuire l'autorità della coscienza individuale nelle questioni riguardanti i fedeli in situazioni irregolari, nondimeno sottolineava che «il giudizio della coscienza sulla propria situazione matrimoniale non riguarda solo un rapporto immediato tra l'uomo e Dio, come se si potesse fare a meno di quella mediazione ecclesiale, che include anche le leggi canoniche obbliganti in coscienza» e auspicava una più adeguata valorizzazione delle possibilità offerte dalla normativa processuale circa la forza probante delle dichiarazioni delle parti nei giudizi ecclesiastici di invalidità del loro matrimonio[29].

A fronte di queste sollecitazioni, pur fra le resistenze di quanti in dottrina ne sostenevano la totale inopportunità, il nuovo can. 1678 cui ci siamo più volte richiamati, sembra rifuggire da formalismi ed interpretazioni restrittive, come quelle

---

[28] Così **U. NAVARRETE** (*Conflictus inter forum internum et externum in matrimonio*, cit.,p. 485), per il quale se la certezza della nullità del proprio matrimonio "è davvero obiettiva, quel matrimonio in quanto nullo, non costituisce impedimento di legame (..).Ciò posto, se gli pseudoconiugi hanno celebrato un altro matrimonio, osservati tutti gli altri requisiti giuridici per la sua validità, questo secondo matrimonio sarà valido" anche se la sua celebrazione risulterà "sempre illecita, stante la legge ecclesiastica che la vieta".

[29] Cfr. **G. L. MÜLLER**, *Indissolubilità del matrimonio e dibattito sui divorziati risposati e i sacramenti*, in *L'Osservatore Romano*, 23 ottobre 2013, p. 4, dove rileva come "Se i divorziati risposati sono soggettivamente nella convinzione di coscienza che il precedente matrimonio non era valido, ciò deve essere oggettivamente dimostrato dalla competente autorità giudiziaria in materia matrimoniale. Il matrimonio non riguarda solo il rapporto tra due persone e Dio, ma è anche una realtà della Chiesa, un sacramento, sulla cui validità non solamente il singolo per se stesso, ma la Chiesa, in cui egli mediante la fede e il Battesimo è incorporato, è tenuta a decidere".

di cui divenne foriera la norma esplicativa di cui all'art. 180 della *Dignitas Connubii*, che finivano per implementare gli ipotetici conflitti tra la convinzione soggettiva della nullità del matrimonio da parte del fedele e la pronuncia ottenibile in foro esterno. Riesce ora difficile supporre infatti altre situazioni che per le specifiche ed eccezionali circostanze di fatti e di persone, possano non rientrare nell'applicazione della nuova norma sul valore probatorio delle dichiarazioni che siano sostenute da testi di credibilità sui dichiaranti e da presunzioni di fatto.

4. L'apprezzamento delle dichiarazioni confessorie e il supporto dei testi *de credibilitate*.

Non si può non chiedersi, a questo punto del nostro discorso, senza spostare i termini del problema, ma volendo approfondirlo, quale sia la portata ed il significato secondo il *motu pr*. della previsione concernente i testi *de credibilitate*, il cui contributo risulta, come s'è avuto modo di sottolineare, di capitale importanza ai fini della qualificazione della confessione e delle dichiarazioni. Non appare chiaro, infatti, se ad essi sia necessario ricorrere ogniqualvolta l'accertamento di determinanti elementi *de facto* non sia altrimenti supportato da prove tipiche, ovvero se, prescindendo da ciò, si tratti d'un vero e proprio onere da mettere in relazione alla attività che il giudice e le parti devono comunque porre in essere per poter ritenere le dichiarazioni o le confessioni come sufficienti a supportare la certezza morale desumibile dal positivo convergere di altri elementi, quali indizi chiari ed ammenicoli.

Su quest'ultimo aspetto, infatti, la situazione normativa circa le attestazioni di credibilità sui dichiaranti appare solo relativamente focalizzata, in quanto il nuovo canone 1678 non qualifica più il ricorso a tale mezzo di prova con la clausola «*si fieri potest*» come appariva invece nella versione ora abrogata: lasciando così supporre che il legislatore abbia inteso renderlo necessario, ovvero perlomeno incentivarne un più

frequente ed ampio utilizzo (non solo, dunque, in presenza d'un contesto fattuale incerto e non ben definito[30]).

L'esito che appare in ogni caso da scongiurare è il ritorno alla vetusta norma che onerava le parti di addurre i *testes septimae manus*[31], secondo una logica a suo tempo definita della «aritmetica della credibilità» che finirebbe per concentrarsi «soltanto sul numero dei testi a favore di ogni posizione processuale, indipendentemente dalla qualità dei contributi resi»[32]. Ed, ancora, sembra da evitare una interpretazione rigorista che imponga al giudice un tale compito, rendendolo tassativo in tutti i casi, ed a prescindere dall'apporto ricavabile da altri mezzi istruttori, anche maggiormente probanti perché riguardanti il merito della fattispecie dedotta.

Un'avvertenza simile peraltro può valere, a nostro giudizio, anche con riguardo all'ulteriore norma (il nuovo § 2 del can. 1678) che, apportando un rilevante mutamento alla formula del precedente can. 1573, assegna ora una particolare efficacia probante all'apporto del teste qualificato. Pure in tal caso la norma riformata toglie ogni indugio rispetto al passato, facendo cadere il divieto di

---

[30] Per un commento alla precedente norma si rimanda a **P. A. BONNET**, *Giudizio ecclesiale e pluralismo*, cit., p. 252, il quale sottolinea come "Quella dei testi "*de credibilitate*" costituisce una condizione corroborativa non assoluta per le dichiarazioni delle parti, non essendo sempre o necessaria o utilmente percorribile. Ed infatti, la norma contenuta nel can.1679 cic saggiamente si limita a dire: "Si fieri potest". I testi "de credibilitate" sono "persone che, per la loro figura morale o anche per la funzione che esercitano soprattutto nella comunità dei fedeli risultano in se stessi attendibili e in grado di garantire sull'attendibilità della parte in causa di loro conoscenza"; così anche **P. BIANCHI** (*E' più facile, col nuovo Codice di diritto canonico, dimostrare la nullità di un matrimonio? I canoni 1536 § 2 e 1679*, cit., p. 394 ss.).

[31] Su tale mezzo di prova previsto ancora dal Codice latino del 1917 nei casi di impotenza e di inconsumazione, cfr., tra gli altri, **F. FINOCCHIARO**, *Saggi (1973-1978)*, a cura di A. Albisetti, Milano, 1979, p. 49 ss.

[32] **M. A. ORTIZ**, *La forza probatoria delle dichiarazioni delle parti*, cit., p.17. Come avverte, **P. BIANCHI** (*E' più facile, col nuovo Codice di diritto canonico, dimostrare la nullità di un matrimonio?*, cit., p. 401), "è appena il caso di sottolineare che l'efficacia della testimonianza sulla credibilità dipenderà dal grado di effettiva conoscenza che il testimone ha della parte: a poco serve indurre come teste un sacerdote anche assai noto e apprezzato o addirittura un vescovo, se poi questi ha della persona una conoscenza assai superficiale ovvero derivante da incontri occasionali o di rappresentanza, in modo tale da doversi limitare in deposizione a impressioni del tutto soggettive".

considerare la testimonianza resa da un unico teste idonea a fornire la pienezza di prova, ed invece prevedendo che una deposizione siffatta possa "fare pienamente fede" nel caso in cui si tratti di un teste qualificato che riferisca circa "cose fatte d'ufficio", o se «circostanze di fatti o persone lo suggeriscano». Di fronte ad un dato normativo di tale tenore, l'interprete non può tuttavia ritenere, come pure da taluno s'è fatto, che la presenza di un unico teste purchè qualificato renda superfluo il ricorso ad altre fonti di prova, quasi che si venga sollevati per ciò stesso dal condurre una più completa ed adeguata indagine[33]. Ciò restituirebbe un'idea del nuovo regime che non collima con il principio del libero apprezzamento delle prove che fa da guida al giudice canonico, il quale è chiamato a valutare criticamente gli apporti testimoniali, e quindi a ponderarli nel contesto degli altri risultati probatori raggiunti durante l'attività istruttoria.

5. Conclusioni di sintesi.

Ciò che traspare in modo evidente, ad una sua prima sommaria lettura, è l'insofferenza della normativa sin qui sinteticamente esposta rispetto a prassi interpretative ingenerate da una sfiducia aprioristica nei confronti dei soggetti coinvolti nel giudizio canonico, come pure rispetto a qualificazioni rigide o formalistiche non allineate alla particolare natura anche pastorale delle cause matrimoniali.

---

[33] Esemplificativamente, cfr. i non convincenti rilievi di **EBED-MELEK**, *Breves remarques sur le m.pr. « Mitis Iudex » du Pape Francois*, contributo on-line in *www.verites-catholiques.fr/mitis-judex-commentaire-ebed-melek*, p. 8), per il quale "Selon les termes mêmes du canon réformé, le juge est maintenant obligé de reconnaître valeur probante, qui il le veuille ou non et sans même avoir à examiner si cela est corroboré par d'autres éléments, à la déposition d'un témoin qui dépose sur des choses effectuées d'office". In senso contrario si v. le osservazioni di **M. DEL POZZO**, *Il processo matrimoniale più breve*, cit., p.187 secondo cui "Anche in questo caso più che di un cambiamento radicale si tratta dell'esplicitazione in positivo della regola comune (…). La prescrizione (conforme ai principi processualistici generali) evita l'inutile duplicazione e moltiplicazione delle testimonianze sugli stessi fatti. La struttura aperta non deve condurre però a eccessivi rilassamenti o leggerezze dimostrative".

Invero, l'attribuzione del valore di prova piena anche alle confessioni ed alle affermazioni delle parti rese *pro se* e non suffragate da elementi diretti di prova conferma questa netta impressione, anche alla luce delle dichiarazioni di intenti rese in occasione della promulgazione del *motu pr.* e puntualmente riprese dal *Sussidio applicativo* che ad essa ha fatto seguito[34]. Come si è detto, la direttiva implicita è stata volta, tra l'altro, a favorire una maggiore corrispondenza tra foro interno ed esterno: anche per dare una soluzione secondo giustizia alla questione dell'accesso ai sacramenti dei fedeli nei quali vi fosse la convinzione soggettiva della nullità del precedente vincolo matrimoniale.

Non appaiono confermate dunque né l'idea riduzionistica di chi osserva che in fondo la riforma in materia non assume portata innovativa (sulla base dell'assunto fallace che essa si limiti a disvelare quanto era già implicito nella precedente versione del nuovo can. 1678); né l'opinione di chi intende che tale innovazione implicherebbe una deviazione dall'assetto preesistente, foriero peraltro di inconvenienti pratici dettati dal *periculum collusionis*.

Nella nuova normativa si riflette insomma qualcosa in più d'una semplice modifica formale e si infrange altresì un tradizionale modo di concepire in termini negativi e pregiudiziali l'apporto probatorio delle parti al giudizio del quale esse sono principali protagoniste[35]. E non si può non notare, conclusivamente, che il passo

---

[34] Stando al *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis Iudex Dominus Iesus* (a cura del Tribunale Apostolico della Rota Romana, Città del Vaticano, 2016, p. 27), la nuova legge di papa Francesco "rafforza il principio del Codice del 1983 riguardo al valore delle *dichiarazioni delle parti*, che, se godono di eventuali testi di credibilità, considerati tutti gli indizi e gli ammenicoli, nell'assenza di altri elementi che le confutino, possono assumere valore di *prova piena*".

[35] Una concezione non riduttiva della ricerca della verità porta a superare le incongruenze del principio "*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*", e ciò in quanto nelle cause matrimoniali "la verità oggettiva sarebbe irraggiungibile senza prendere in considerazione quella parte di verità che fa capo ai singoli partecipanti al processo" (**M. J. ARROBA**, *Le dichiarazioni delle parti*, cit., p.229)" . In tale prospettiva, pertanto, "anche il legislatore canonico è venuto assumendo un atteggiamento più rispettoso verso le parti medesime, avendo rimosso l'antico pregiudizio sulla presunta falsità delle parti, considerate aprioristicamente sempre inaffidabili, in quanto interessate nelle loro dichiarazioni e quindi inclini a deformare la verità

compiuto ora dal Legislatore della riforma, segna in modo chiaro l'affermazione delle ragioni della ricerca della verità oggettiva circa la validità dell'unione matrimoniale: quelle che mirano, in altri termini, e in ultima istanza, a far sì che il cuore dei fedeli in attesa d'un chiarimento sul loro proprio stato non abbia ad essere «lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio»[36].

Keywords: matrimonial canonical process; rules of evidence; judicial confession; declarations of the parties; witnesses to the credibility of the parties.

Abstract: The study examines the new rules of evidence arising from the reform of the matrimonial canonical process, intended primarily to enhance the judicial confession and the declarations of the parties, to which can be attribute the force of full proof as long as they are supported by witnesses to the credibility of the parties and unless other elements are present which weaken them. The opinion underlying the essay is that this is a very interesting development, on the basis of which - by the way - the so-called "nullities of conscience" (i.e. the cases in which the invalidity is not demonstrable as such «*in foro externo*» because it is supported only by the declaration of the interested party) seem pratically destined to be kept to a minimum. Subsequently, the study focuses on the explication of the most plausible reason behind the new regime in question, namely the intention to avoid the inconveniences stemming from the obligation to combine the judicial confession or the declarations of the parties (albeit conclusive and confirmatory in order to the *thema probandum*) with other evidence.

oggettiva" (**B. BOCCARDELLI**, *La prova della simulazione del consenso matrimoniale*, in **AA.VV**., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico,* Città del Vaticano, 1990, p. 225.

[36] Motu pr. M.I., *Proemium*.

JusOnline n. 2/2016
ISSN 1827-7942

Lara Ferla

Assegnista di ricerca in diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Casi difficili e accertamenti peritali in tema di vizio di mente*

Sommario: 1. Premessa. – 2. *Raptus* e stati emotivi o passionali tra comune esperienza e spiegazioni scientifiche. – 3. Condizioni ambientali sfavorevoli, differenze culturali e infermità mentale. – 4. Accertamenti scientifici ed argomentazioni giuridiche in tema di non imputabilità per vizio totale di mente. – 5. Accertamenti scientifici e meritevolezza di pena in un caso di infermità mentale temporanea. – 6. Nuove forme di accertamento peritale e di collaborazione interdisciplinare.

1. Premessa

La valutazione dello stato di infermità mentale rilevante ai fini della responsabilità penale[1] solleva questioni problematiche di costante attualità. Forme più o meno invasive di disturbi psichici sono spesso additate come il fondamento di condotte criminali, in particolare di quelle commesse con violenza[2]. Di fronte ai confini non sempre netti tra condizioni psichiche di vera e propria malattia e altre situazioni ad essa non equiparabili sul piano clinico ma nondimeno idonee ad influire in concreto sull'autodeterminazione e sulle scelte di comportamento, è

---

* Contributo sottoposto a valutazione.

[1] Sul tema dell'infermità mentale e della sua rilevanza ai fini del giudizio sull'imputabilità cfr., in particolare, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990. V. anche EAD., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 190 ss.; EAD., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 397 ss.; EAD., *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, p. 325 ss.

[2] Per un'approfondita indagine criminologica, che evidenzia la complessità dell'agire violento e delle sue ragioni, cfr. A. CERETTI - L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vita criminale*, Milano, 2009.

necessario un contributo di conoscenza, competente ed affidabile, volto ad approfondire e a chiarire il retroterra medico-scientifico coinvolto.

Lo scenario empirico nel quale questo indispensabile apporto conoscitivo è chiamato ad intervenire, peraltro, è eterogeneo e in continua evoluzione, anche per il possibile ricorso alle tecniche neuroscientifiche, che di recente tendono ad affiancare gli strumenti tradizionali di accertamento nell'ambito del processo penale. Accanto ai casi di infermità mentale "difficili" per le questioni scientifiche oggetto di indagine, si presentano dunque altri casi, nei quali è la valutazione giuridica del fenomeno ad introdurre questioni complesse, in particolare nel momento in cui occorre decidere se accogliere gli esiti delle suddette indagini ed applicare la disciplina giuridica corrispondente. Sempre attuale rimane l'esigenza di distinguere le condotte effettivamente meritevoli di esenzione da pena per assenza di colpevolezza da quelle rispetto alle quali l'argomento del vizio di mente è stato utilizzato impropriamente oppure in via strumentale, come strategica via di fuga dalla sanzione penale.

Un confronto con l'attuale panorama giurisprudenziale offre importanti informazioni sulle tipologie di reati per i quali le condizioni psichiche dell'agente sono venute in considerazione come oggetto di accertamento, ai fini dell'eventuale riconoscimento di cause di esclusione dell'imputabilità. Indagini sulla capacità di intendere e di volere dell'autore sono spesso sollecitate rispetto a crimini violenti contro la persona: aggressioni alla vita[3], all'integrità fisica[4] e alla libertà di

[3] Si vedano, tra le altre, Cass., sez. I, 8 marzo 2016, n. 17606, in *DeJure*; Cass., sez. I, 1° marzo 2016, n. 24737, in *DeJure*; Cass., sez. I, 9 dicembre 2014, n. 7644, in *DeJure*; Cass., sez. I, 17 gennaio 2014, n. 32373, in *DeJure*; Cass., sez. I, 17 dicembre 2013, n. 12928, in *DeJure*; Cass., sez. V, 3 dicembre 2013, n. 686, rv. 257965; Cass., sez. I, 8 ottobre 2013, n. 45228, rv. 257300; Cass., sez. I, 11 luglio 2013, n. 33389, in *DeJure*; Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 33268, rv. 256993; Cass., sez. I, 21 maggio 2013, n. 25608, in *DeJure*; Cass., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 7907, in *DeJure*; Cass., sez. I, 2 ottobre 2012, n. 43021, in *DeJure*; Cass., sez. I, 15 maggio 2012, n. 31460, in *DeJure*; Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n. 20995, rv. 252844; Cass., sez. I, 14 aprile 2012, n. 14808, rv. 252289; Cass., sez. I, 17 novembre 2010, n. 43953, rv. 249051; Cass., sez. I, 21 ottobre 2008, n. 42996, rv. 241828; Cass., sez. I, 26 settembre 2007, n. 37353, rv. 237497; Cass., sez. I, 9 gennaio 2007, n. 15878, rv. 236427.

autodeterminazione nella sfera sessuale[5]. Molti di questi reati, consumati nell'ambito di relazioni di conoscenza, familiari o affettive[6], richiedono accertamenti volti a districare le problematiche psichiche dotate di un nucleo patologico clinicamente riconoscibile, collegate in un rapporto di causa-effetto con il reato commesso, da altre situazioni di sofferenza psicologica prive di un valore di malattia, che abbiano trovato nel comportamento violento un'occasionale forma di espressione. La casistica emersa in tema di imputabilità riflette, in questo senso, anche la complessità delle condizioni dell'attuale convivenza sociale, caratterizzata dalla diffusione di fenomeni come l'uso di sostanze alcoliche e stupefacenti[7], in grado di alterare in

---

[4] Per accertamenti sulla capacità di intendere e di volere relativi ad autori di condotte offensive dell'integrità fisica v., in particolare, Cass., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 53600, in *DeJure*; Cass., sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15571, in *DeJure*; Cass., sez. V, 8 aprile 2011, n. 19639, in *DeJure*; Cass., sez. VI, 8 marzo 2011, n. 12414, in *DeJure*; Cass., sez. VI, 25 marzo 2010, n. 12621, rv. 246741; Cass., sez. I, 26 ottobre 2006, n. 37020, rv. 235250.

[5] Vedi, tra le altre, Cass., sez. II, 19 maggio 2015, n. 37850, in *DeJure*; Cass., sez. III, 30 aprile 2015, n. 23272, rv. 263994; Cass., sez. III, 9 gennaio 2013, n. 17608, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 15 marzo 2011, n. 14691, rv. 250128; Cass., sez. IV, 13 luglio 2007, n. 36190, rv. 237777. Nell'ambito di processi penali per reati di natura sessuale nei confronti di minori è stata sollecitata ripetutamente una valutazione psichiatrica della pedofilia. Rispetto a tale fenomeno la Corte di cassazione ha affermato, con orientamento finora costante, che la stessa, in quanto «semplice devianza sessuale», non assume alcuna rilevanza ai fini del giudizio sull'imputabilità; cfr., tra le altre, Cass., sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818, in *DeJure*; Cass., sez. III, 23 aprile 2013, n. 38896, rv. 256691.

[6] Che la famiglia e le relazioni affettive costituiscano spesso lo scenario di atti di violenza dagli epiloghi anche tragici è un dato che emerge con evidenza anche dal panorama giurisprudenziale. Non è possibile, in questa sede, affrontare la questione, di estrema complessità, della violenza e delle sue varie manifestazioni in contesti famigliari o para-famigliari. Per recenti approfondimenti del tema si vedano, in particolare, M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, p. 1710 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, *Uomini violenti. I partner abusanti e il loro trattamento*, Milano, 2009; G. FORTI, *La tutela della donna dalla c.d. violenza di genere. L'intervento sulla relazione affettiva in una prospettiva criminologica "integrata"*, in questa *Rivista*, 2015, 1, p. 1 ss. Nella giurisprudenza più recente, accertamenti sull'esistenza di cause di esclusione dell'imputabilità rispetto a condotte criminose compiute nell'ambito di relazioni famigliari sono stati affrontati da Cass., sez. I, 13 gennaio 2016, n. 18955, in *DeJure*; Cass., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 30517, in *DeJure*; Cass., sez. VI, 16 aprile 2014, n. 17687, in *DeJure*; Cass., sez. I, 17 dicembre 2013, n. 12928, cit.; Cass., sez. V, 3 dicembre 2013, n. 686, cit.; Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44337, in *DeJure*; Cass., sez. I, 11 luglio 2013, n. 33389, cit.; Cass., sez. III, 9 gennaio 2013, n. 17608, cit.; Cass., sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15571, cit.; Cass., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 7907, cit.; Cass., sez. I, 2 ottobre 2012, n. 43021, cit.; Cass., sez. VI, 25 marzo 2010, n. 12621, rv. 246741; Cass., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 45324, rv. 245467.

[7] L'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti emerge con sempre maggiore evidenza rispetto a condotte offensive della vita e dell'integrità fisica. Si vedano, in particolare, Cass., sez. II, 19 maggio 2015, n. 37850, cit.; Cass., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 53600, cit.; Cass., sez. VI, 11 aprile 2014, n. 19514, in *DeJure*; Cass., sez. II, 15 ottobre 2013, n. 44337, cit.; Cass., sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15571, cit.; Cass., sez. VI, 24

misura notevole i processi cognitivi e volitivi dell'individuo e le sue modalità relazionali nell'ambiente di riferimento. Anche la diffusione di altre dipendenze, come quella dal gioco d'azzardo[8], ha progressivamente acquistato visibilità rispetto ad alcuni reati, in particolare contro la persona e contro il patrimonio[9], mentre emergono altresì le ricadute psicologiche negative dell'inserimento in contesti relazionali di particolare stress[10] e in ambienti lavorativi opprimenti[11], che possono costituire lo sfondo di atti penalmente rilevanti. Le criticità che ciascuna di tali specifiche problematiche è in grado di provocare tendono inoltre ad amplificarsi quando i fattori che le hanno determinate concorrono, moltiplicandone e sovrapponendone gli effetti[12], e rendendo conseguentemente più complessi i relativi accertamenti peritali.

2. *Raptus* e stati emotivi o passionali tra comune esperienza e spiegazioni scientifiche

---

ottobre 2013, n. 47078, in *DeJure*; Cass., sez. V, 8 aprile 2011, n. 19639, cit.; Cass., sez. I, 21 ottobre 2010, n. 39266, rv. 248833; Cass., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2774, rv. 242710.

[8] Per un'indagine criminologica sul fenomeno della dipendenza dal gioco d'azzardo, anche alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali, v. R. BIANCHETTI, *Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 1, p. 383 ss. Del medesimo A. cfr. anche *La compromissione della capacità di volere, la "Sindrome da disregolazione dopaminergica" e il "Disturbo da gioco d'azzardo"*, in *Giur. it.*, 2016, 2, p. 447 ss.

[9] Ai fini della rilevanza in ambito penale di tale dipendenza, tuttavia, l'accertamento processuale deve condurre a verificare la sussistenza di un preciso nesso eziologico tra l'«incontenibile impulso al gioco d'azzardo», come spinta motivazionale cogente, ed il reato commesso; irrilevante, invece, dovrà essere considerato il caso in cui l'impulso al gioco costituisca soltanto «l'antefatto del crimine, commesso non in vista di un'immediata occasione di gioco rispetto alla quale fosse urgente, alla stregua di una spinta psicologica "compulsiva", il necessario approvvigionamento finanziario, ma per rimediare agli effetti economici devastanti già prodotti dal vizio». In questa seconda ipotesi, infatti, il nesso eziologico tra il disturbo psichico ed il reato posto in atto è da considerarsi assente: cfr. Cass., sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, rv. 253079. Vedi anche Cass., sez. I, 25 giugno 2014, n. 52951, in *DeJure*.

[10] Cfr. Trib. Milano, 20 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, p. 2297 ss. Nel caso in questione all'agente, condannato per il delitto di maltrattamenti in famiglia, è stata riconosciuta un'attenuazione del trattamento sanzionatorio ai sensi dell'art. 89 c.p. Il vizio parziale di mente è stato ritenuto riconducibile, tra l'altro, alla «situazione di severo stress psicosociale» vissuta dall'autore all'epoca dei fatti, per la separazione dalla propria moglie e per i profondi sentimenti di angoscia derivanti dall'interruzione di ogni rapporto con il figlio minore.

[11] Per un caso di disturbo di adattamento reattivo a stress occupazionale, riconosciuto in relazione a reati commessi da appartenenti alle forze dell'ordine, v. Cass., sez. I, 31 gennaio 2013, n. 48841, rv. 258444.

[12] Si vedano, da ultimo, le indagini di P. RIGLIANO, *Doppia diagnosi. Tra tossicodipendenza e psicopatologia*, Milano, 2015; A. BONETTI - R. BORTINO, *Follia, tossicodipendenza e bisogni della persona. La doppia diagnosi tra psichiatria e dipendenze*, Milano, 2015.

Rivolgendo l'attenzione in particolare ai casi in cui è stata posta in discussione la piena capacità di intendere e di volere dell'autore al momento del fatto a causa di un vizio di mente, si può osservare che il ricorso a tale argomento difensivo avviene soprattutto quando l'evento lesivo rappresenta l'esito di un comportamento improvviso, sproporzionato e, almeno all'apparenza, del tutto irrazionale, così da indurre a ritenere che lo stesso non possa che costituire il risultato di un condizionamento di qualche forma di patologia psichica. Se è innegabile che le modalità della condotta e le circostanze di fatto nell'ambito delle quali la stessa si è realizzata assumono notevole importanza ai fini dell'accertamento di un eventuale stato di infermità mentale, occorre tuttavia evitare l'errore metodologico insito nel desumere da anomalie comportamentali o da disarmonie caratteriali – quali impulsività o aggressività[13] – elementi dimostrativi dell'esistenza di un vero e proprio disturbo psichico[14].

Simili insidie deduttive[15] si ritrovano in particolare nei casi di comportamenti abnormi o sproporzionati, nelle reazioni estreme, che appaiono deviare dai canoni della "normalità" o che si inseriscono in modo del tutto inedito in esperienze di vita scandite da "regolarità" di comportamento. Compare in questi casi il riferimento al *raptus*, etichetta dal forte impatto suggestivo ma dalla scarsa valenza esplicativa[16], che

---

[13] Cfr., in particolare, C. PAPAGNO, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, 5, p. 1960 ss., che evidenzia la natura ambivalente di una caratteristica quale l'aggressività, considerato che la stessa si rivela funzionale, in vari ambiti della vita sociale, al raggiungimento di obiettivi positivi e di auto-realizzazione individuale. Sul tema v. anche P. FONAGY, *Towards a developmental understanding of violence*, in *British Journal of Psychiatry*, 2003, 183, p. 190 ss.

[14] Sulla questione v., in particolare, M. BERTOLINO, *"Normalità" del male e patologia mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 3, p. 285 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, *Opache follie, impulsi resistibili, furori non sempre morbosi e il ritorno della perizia criminologica*, in *Rass. it. crim.*, 2007, 1, p. 217 ss.

[15] Per un'indagine sui principali errori cognitivi nei quali può incorrere il ragionamento giuridico tanto dei magistrati quanto di altri soggetti impegnati nell'elaborazione di strategie investigative, accusatorie o difensive, v. P. CHERUBINI, *Trappole cognitive nel ragionamento giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, p. 1354 ss. Sul tema v. anche M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 111 ss.

[16] Cfr. U. FORNARI, *Follia transitoria. Il problema dell'irresistibile impulso e del raptus omicida*, Milano, 2014, p. 4 ss.

si ripropone nell'ambito di svariate strategie difensive nei confronti di reati commessi con violenza[17]. Se il ricorso al *raptus* si presta a fornire una spiegazione apparentemente esaustiva dell'atto commesso, con effetti stigmatizzanti in qualche misura circoscritti per il soggetto interessato, dall'altro lato lo stesso sembra offrire anche una soluzione *rassicurante* sul piano della percezione sociale del crimine violento, come fenomeno che non può essere considerato espressione di "normalità".

La categoria del *raptus*, tuttavia, è oggetto di critiche da parte della psichiatria forense, che ne addita la scarsa valenza scientifico-epistemologica[18]. Si tratta, infatti, di una definizione priva di univocità e che è necessario comunque oltrepassare, esaminando la specifica condizione clinica del soggetto coinvolto, al fine di comprendere se la stessa possa essere ricondotta ad una determinata classificazione nosografica[19]. La definizione in questione, in altre parole, è fuorviante e non risolutiva, poiché non equivale ad individuare un fondamento scientifico riconoscibile per il fenomeno che ha trovato nel comportamento criminale il proprio esito.

La stessa giurisprudenza dimostra di condividere questa tendenza critica, quando riconosce che anche atti espressivi di crudeltà e di «mancanza di *pietas*»[20], così come «azioni estreme e particolarmente riprovevoli», possono essere commessi

---

[17] Si veda, tra le altre, Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 33268, cit.

[18] Per una panoramica dei problemi v. ancora U. FORNARI, *Follia transitoria*, cit., p. 5 ss.

[19] Per un caso di «raptus subitaneo» che, secondo gli accertamenti peritali espletati nel corso del processo, era riconducibile piuttosto agli effetti di un «grave disturbo della personalità» dal quale l'imputata era affetta, v. Cass., sez. I, 9 gennaio 2007, n. 15878, cit.

[20] Cfr. Corte di appello di Milano, 9 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2010, 6, p. 1624 ss., relativa ad un sequestro di persona sfociato nell'omicidio della vittima, con successiva distruzione del cadavere. Dopo aver osservato che la pratica del depezzamento di un cadavere può costituire «motivo di sospetto di patologia di mente nell'autore», la Corte ha successivamente escluso che tale ipotesi ricorresse nel caso di specie, considerata l'assenza di ulteriori indici ritenuti significativi dal sapere extragiuridico di riferimento, quali «disorganizzazione ed evidenti incongruenze comportamentali concomitanti o immediatamente successive» alla condotta delittuosa, *ivi*, p. 1629.

da «autori di integra imputabilità»[21]. Simili dichiarazioni, attente nel recepire in ambito giuridico acquisizioni provenienti dal sapere scientifico di riferimento, contrastano nel contempo la diffusione di inaccettabili argomentazioni difensive, che pretenderebbero di rintracciare anche in «regole di comune esperienza»[22] il fondamento probatorio di un determinato stato patologico.

È sempre la giurisprudenza ad osservare che comportamenti abnormi e violenti potrebbero essere espressione, tra l'altro, di un momentaneo discontrollo degli impulsi, da ricondurre alla sfera degli stati emotivi o passionali, condizioni psichiche in grado di interferire con i normali processi cognitivi e volitivi dell'individuo. Vengono in considerazione stati d'animo quali la rabbia, l'odio, l'ansia, l'angoscia, la gelosia, che ben possono costituire il substrato psichico di azioni criminose senza per questo integrare vere e proprie cause di esclusione o di attenuazione della capacità di intendere e di volere[23].

Vincolante, in questo senso, è il dettato normativo dell'art. 90 c.p., che sancisce l'irrilevanza giuridica degli stati emotivi o passionali. In applicazione di questa disciplina sono state risolte negativamente questioni di imputabilità sollevate in difesa di autori di crimini efferati motivati da rabbia, da odio o da gelosia. Con

---

[21] In questi termini, Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 40286, in *DeJure*.

[22] In un caso di omicidio, attuato dall'agente con modalità particolarmente brutali nei confronti della ex-fidanzata, la Cassazione ha criticato la ricostruzione difensiva, che pretendeva di dimostrare l'instabilità delle condizioni psichiche dell'imputato sulla base di «regole di comune esperienza», al di là delle differenti conclusioni alle quali era pervenuto il perito d'ufficio, v. Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 40286, cit. Sottolinea l'erroneità dello scrutinio sulla base di regole di comune esperienza delle questioni inerenti all'infermità mentale, tema che «si nutre giustamente di dati e valutazioni di scienza», Cass., sez. I, 9 gennaio 2007, n. 15878, cit. Osserva che le massime di esperienza possono essere introdotte nel processo penale, «ma – lungi dal costituire un criterio razionale di valutazione – debbono esse stesse essere sottoposte al vaglio del sapere scientifico e della regola di giudizio dell'oltre il ragionevole dubbio», F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003, p. 49.

[23] Sul tema v. F. FERRACUTI - C. GIARRIZZO, *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990 p. 661 ss. In giurisprudenza si è ricondotto alla categoria degli stati emotivi e passionali, con conseguente irrilevanza giuridica ai fini dell'imputabilità, anche lo «stato di agitazione» dipendente da crisi da astinenza, v. Cass., sez. VI, 12 aprile 2007, n. 21867, rv. 236697; Cass., sez. V, 20 aprile 2011, n. 17305, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, p. 1243 ss., con nota di A. VISCONTI.

specifico riferimento a quest'ultima condizione si è così affermato, tra l'altro, che alla gelosia come tratto caratteriale oppure come «modo di concepire le relazioni personali»[24] non può essere riconosciuta valenza escludente la capacità di intendere e di volere per il fatto commesso, da riservare alle sole ipotesi nelle quali sia rintracciabile un vero e proprio «squilibrio psichico», identificabile con un substrato di carattere patologico che, «nell'incidere sul processo di determinazione o di inibizione, travolge l'agente in una condotta abnorme e automatica»[25].

La rigidità della previsione normativa è peraltro divenuta oggetto di critiche in ambito psichiatrico-forense, dove sono stati evidenziati gli effetti di condizionamento che stati emotivi o passionali di particolare intensità possono esercitare, in concreto, sulla psiche[26]. Anche la dottrina penalistica, d'altra parte, ha rilevato che la disciplina codicistica nei termini indicati si dimostra non idonea a fronteggiare la molteplicità e la diversificazione dei casi sottoposti alla valutazione giudiziaria[27]. Alla luce di tali riflessioni critiche si discute circa la possibilità di una futura riforma dell'art. 90 c.p., nel senso dell'attribuzione di una «potenziale rilevanza anche a situazioni di profondo perturbamento della coscienza», siano esse

---

[24] In questi termini, Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 40286, cit., che, con riferimento alla «gelosia esasperata e sospettosa», ha altresì osservato che la stessa si esaurisce in un «mero stato emozionale» quando l'indebolimento dei freni inibitori «non dipenda da un effettivo stato morboso psichiatrico, da un vero e proprio squilibrio mentale, caratterizzato da un'ideazione patologica, da forme maniacali, deliranti, incidenti sui processi di determinazione e di inibizione».

[25] In questi termini, Cass., sez. I, 26 ottobre 2006, n. 37020, cit. Vedi anche Cass., sez. VI, 25 marzo 2010, n. 12621, in *Foro it.*, 2010, II, p. 303, che ha affermato che «la gelosia, quale stato passionale, in soggetti normali […] si manifesta come idea generica portatrice di inquietudine che non è usualmente in grado né di diminuire, né tanto meno di escludere la capacità di intendere e di volere del soggetto, salvo che […] essa nasca e si sviluppi da un vero e proprio squilibrio psichico, il quale deve presupporre uno stato maniacale, delirante, o comunque provenga da un'alterazione psico-fisica consistente e tale da incidere sui processi di determinazione e di autoinibizione».

[26] Per riflessioni sull'effettiva incidenza degli stati emotivi e passionali sulla capacità di intendere e di volere in ambito psichiatrico, v. U. FORNARI, *Follia transitoria*, cit., p. 105 ss.

[27] Per un quadro dei problemi cfr., per tutti, M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 4ª ed., Milano, 2012, p. 46 ss. Vedi anche A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle «finzioni giuridiche» alla «terapia sociale»*, Torino, 1997, p. 15 ss.

determinate da processi patologici o meno, comprendendo anche gli effetti sulla «sfera emozionale-affettiva dell'agente»[28].

L'apertura verso il riconoscimento di una rilevanza giuridica anche agli stati emotivi o passionali ai fini dell'esclusione dell'imputabilità comporterebbe certamente dei rischi, poiché consentirebbe di riconoscere valore potenzialmente scusante a dinamiche psicologiche di matrice non patologica, così come è avvenuto a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2005, che ha riconosciuto rilevanza ai fini della valutazione del vizio di mente anche ai disturbi della personalità, purché di consistenza, gravità e intensità tale da influire sulla capacità di intendere e di volere, in presenza di uno specifico nesso eziologico con il reato commesso[29]. Se applicata anche agli stati emotivi o passionali, tale disciplina potrebbe determinare pericolosi cedimenti a favore di situazioni non meritevoli di un trattamento differenziato, come quello disciplinato agli articoli 88 e 89 c.p. che – com'è noto – prevedono rispettivamente il proscioglimento e un'attenuazione della pena per gli imputati affetti da vizio totale o parziale di mente. Se dunque appare opportuno, per un verso, riconoscere più ampi spazi di personalizzazione del giudizio penale coerenti con la condizione psichica in cui l'agente si trovava effettivamente al momento del fatto, per altro verso da tale adeguamento deriverebbe come plausibile conseguenza una maggiore responsabilizzazione dei soggetti incaricati dell'accertamento processuale, in prima battuta dell'esperto, ai quali sarà affidato il compito di distinguere, per queste ulteriori ipotesi sprovviste di un sicuro ancoraggio scientifico, rivendicazioni di infermità mentale del tutto pretestuose.

---

[28] Cfr. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 50.

[29] Cass., Sezioni Unite, 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 7, p. 837 ss. con nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 853 ss. Sulla decisione v. anche i commenti di I. MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 403 ss.; M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 420 ss.; G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1873 ss.; F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, p. 247 ss.

3. Condizioni ambientali sfavorevoli, differenze culturali e infermità mentale

Che la valutazione dello stato psicologico dell'imputato, rilevante ai fini del giudizio sull'infermità mentale, possa implicare profili di spiccata difficoltà, anche per l'intervento di fattori di natura non strettamente psicopatologica, è la stessa prassi a dimostrarlo.

Questo emerge in particolare da una recente vicenda, nella quale l'agente, uno straniero di nazionalità ghanese, ha aggredito brutalmente a colpi di piccone alcuni passanti, incontrati casualmente mentre lo stesso si aggirava indisturbato per le vie del centro di una grande città[30]. Di fronte a manifestazioni di tale efferata ed immotivata violenza, si è immediatamente delineata l'ipotesi che la causa del comportamento criminale fosse da ricondurre ad un'infermità di mente e che fossero necessari sul punto specifici accertamenti. La correttezza di tale ipotesi è stata avvalorata dall'andamento dei primi contatti con l'autorità giudiziaria, in occasione dei quali l'agente ha indicato le ragioni del proprio comportamento nel contenuto di dispercezioni uditive – le c.d. "voci" – pregresse e contestuali alla condotta delittuosa, che ne avrebbero guidato l'esecuzione[31].

A partire da tali elementi le indagini peritali hanno verificato la presenza nel soggetto di una grave patologia psichiatrica, la schizofrenia paranoide, malattia nosograficamente classificata ma dai caratteri tuttora alquanto misteriosi per le stesse scienze del comportamento[32]. Tale patologia ha consentito di spiegare i sintomi

---

[30] Il caso, divenuto di grande notorietà, è stato deciso da Corte di assise di appello di Milano, 20 gennaio 2015, inedita e, in precedenza, da Trib. Milano, ufficio G.i.p., 15 aprile 2014, n. 1243, inedita.

[31] Cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, p. 14 ss. Sull'importanza della narrazione offerta dallo stesso soggetto agente ai fini della valutazione dello stato di infermità di mente, v. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, 4ª ed., Torino, 2013, p. 123 ss.

[32] Rilevano che, in relazione alla patologia definita "schizofrenia", «la denominazione diagnostica coincide addirittura con il segno o con la costellazione di segni clinici», R. CATANESI - V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in S. CIPOLLA - A. BANA (a cura di), *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Bruxelles, 2007, p. 176. Sulle caratteristiche e sulle forme di

riferiti dall'agente e in parte già deducibili dalle modalità dell'azione: allucinazioni uditive, delirio paranoide, grave e protratto distacco dalla realtà, comportamento improntato ad aggressività e violenza, anche attraverso l'uso di armi.

Non tutte le modalità della condotta, tuttavia, sono risultate spiegabili con il riferimento alla malattia mentale. È emersa così la particolare complessità del caso, legata al concorso di elementi ulteriori, che hanno sollevato interrogativi tanto sul piano della diagnosi peritale quanto su quello della valutazione giuridica rispetto alla loro possibile influenza sulle facoltà cognitive e volitive dell'agente. Sono venute in evidenza, in particolare, le condizioni di grave emarginazione sociale e culturale nelle quali il soggetto viveva nel nostro Paese. Molte settimane trascorse in solitudine e in una situazione di privazione rispetto alle necessità psico-fisiche primarie per una persona (mancanza di una casa, di cibo, di protezione, di punti di riferimento personali), hanno progressivamente alimentato in quel soggetto sentimenti di frustrazione e di rancore nei confronti della società nella quale era arrivato come immigrato e dalla quale si sentiva rifiutato[33], conflittualità che hanno trovato sfogo in quelle condotte di violenza estrema. Accanto e indipendentemente da un accertato nucleo patologico, dunque, altri fattori hanno interferito sul piano psichico, contribuendo a creare i presupposti per il comportamento realizzato.

Ma a quale titolo condizioni ambientali sfavorevoli o di soggettiva sofferenza psico-fisica dovrebbero influire sulla salute mentale al punto da poter assumere rilevanza giuridica come causa di esclusione dell'imputabilità?

L'interrogativo appare importante per la tenuta di una categoria giuridica che, diversamente, rischia di assumere una connotazione eccessivamente indefinita, di impronta sociologica; nel contempo tale quesito appare di grande urgenza,

---

manifestazione della schizofrenia paranoide, cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5° ed., Arlington, 2013, p. 87 ss. Sul tema v. B.J. SADOK - V.A. SADOK - P. RUIZ (Eds.), *Kaplan and Sadok's Comprehensive Textbook of Psychiatry*, 9° ed., vol. I, Philadelphia, 2009.

[33] Cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, cit., p. 32.

considerato anche il costante aumento nel nostro Paese del numero di stranieri, in condizioni gravemente disagiate, rispetto ai quali non è infrequente la presenza di disturbi psichici. Studi psichiatrici e criminologici sull'argomento evidenziano, infatti, che gli immigrati sono esposti a svariate forme di problematiche mentali, alcune delle quali sviluppate in seguito al distacco dal Paese d'origine e connesse alle gravi difficoltà materiali e adattative riscontrate nell'ambiente ospitante[34]. Come la stessa prassi ha avuto modo di evidenziare, anche un profondo «straniamento» psicologico legato alla necessità di coniugare il rispetto della propria tradizione culturale con un modello comportamentale molto differente radicato nel Paese di insediamento può contribuire ad implementare un preesistente disturbo psichico, favorendo le condizioni per un deficit nel controllo degli impulsi in risposta ad una specifica provocazione ricevuta[35]. Non deve essere trascurata, inoltre, la peculiare reticenza che alcune comunità di immigrati manifestano rispetto al riconoscimento di problemi di natura psichica, per il significato infamante che le rispettive tradizioni culturali vi attribuiscono, contribuendo così indirettamente al loro aggravamento.

Nel caso di specie, l'accertamento peritale svolto nel corso del processo ha illustrato le modalità con le quali le condizioni di precarietà e di isolamento sociale ed affettivo in cui versava l'imputato hanno operato, accentuando la gravità del disturbo psichico preesistente. L'evoluzione negativa di tali condizioni ha potuto dispiegare i propri effetti anche a causa delle ridotte risorse socio-relazionali del

---

[34] Cfr., in particolare, A. COLUCCIA - F. FERRETTI - A. FAGIOLINI - A. POZZA, *Incidenza e fattori di rischio per disturbi psicotici nelle popolazioni migranti in Europa: una meta-analisi di studi trasversali*, in *Rass. it. crim.*, 2015, 1, p. 29 ss.; P. CILIBERTI - P. F. PELOSO - F. SCAPATI - L. FERRANNINI, *Esperienza migratoria, salute mentale e comportamento criminale nella prospettiva della psichiatria di comunità*, in *Rass. it. crim.*, 2014, 2, p. 90 ss.; S. ELISEI - N. VERDOLINI - S. ANASTASI - R. QUARTESAN, *Migranti e urgenze psichiatriche: l'esperienza di un SPDC*, *ivi*, p. 99 ss.

[35] Questo è il contesto fattuale nel quale si è sviluppata l'aggressione omicidiaria decisa dalla nota sentenza Corte di assise di appello di Trieste, 1° ottobre 2009, n. 5, in *Riv. pen.*, 2010, 1, p. 72, con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, *ivi*, p. 74 ss. Per recenti indagini sui condizionamenti che l'appartenenza culturale può esercitare sulla dimensione cognitiva del soggetto, v. N. PORNPATTANANANGKUL et al., *Cultural influences on neural basis of inhibitory control*, in *NeuroImage*, 2016, vol. 139, p. 114 ss.; N. AMBADY - J. BHARUCHA, *Culture and the Brain*, in *Current directions in psychological science*, 2009, vol. 18, 6, p. 342 ss.

soggetto – che non conosceva la lingua italiana e non era in grado di rapportarsi adeguatamente all'ambiente circostante – e del mancato accesso a strutture sanitarie e assistenziali, con la conseguente mancata predisposizione di terapie psichiatriche, che avrebbero potuto quantomeno contrastare i sintomi della malattia. Nella valutazione della stessa, pertanto, sono confluiti come indici significativi anche fattori ambientali avversi, sulla base del rilievo per cui le medesime problematiche, se riscontrate in un altro soggetto, con possibilità di accesso a presidi sanitari e inserito in una rete sociale sufficientemente protettiva, avrebbero sprigionato i propri effetti con modalità meno invasive, indisturbate e deleterie[36]. L'accertamento peritale non si è limitato, dunque, ad esplorare il nucleo clinico-nosografico della malattia mentale ma si è esteso a comprendere elementi di valutazione di carattere più strettamente psicologico e criminologico, evidenziando un ampliamento della prospettiva rispetto agli scopi e ai limiti propri di tale contributo di conoscenza.

La decisione in questione assume rilevanza, pertanto, anche come esempio di una collaborazione interdisciplinare efficace e attenta al rispetto della individualità dell'imputato. L'indagine peritale sulle condizioni psichiche dell'agente è stata condotta con un approccio metodologicamente aperto a diversi contributi di conoscenza: psichiatrici, neuropsicologici e criminologici[37]. Pur muovendo da un approccio di tipo medico-psichiatrico, la complessità di quel comportamento criminale è stata affrontata attraverso il coinvolgimento di differenti professionalità, in grado di cogliere e di identificare indici di altre criticità, quali le difficoltà sul piano

---

[36] Cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, cit., p. 32, nella quale i periti incaricati hanno osservato che quadri psicopatologici simili a quello presentato dall'imputato «sono di raro riscontro nella psichiatria occidentale urbana, in quanto tali problematiche comportamentali generalmente attivano, all'esordio del quadro, i membri del gruppo di riferimento che provvedono a far sì che vengano erogate le necessarie cure e quindi il quadro psicopatologico non si può esprimere nella sua pienezza».

[37] Sulla necessità di integrazione dei saperi e dell'«umiltà epistemologica del riconoscere che la perizia è sempre un lavoro di squadra (ove il compito principale del perito è quello di facilitare la collaborazione/cooperazione delle varie figure e di produrre un elaborato che ne sia la sintesi comprensibile e riproducibile)», v. A. PENNATI - I. MERZAGORA, *Evoluzione in psicopatologia forense: una questione di integrazione dei saperi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 2, p. 408.

comunicativo manifestate dall'imputato, privo di adeguate competenze linguistiche ed esposto, sotto questo profilo, al rischio di non poter esprimere informazioni utili alla propria difesa. A quest'ultima esigenza si è provveduto attraverso l'intervento di una mediatrice culturale, il cui apporto è risultato risolutivo rispetto a concreti ostacoli relazionali che, diversamente, avrebbero pregiudicato qualsiasi accertamento di tipo clinico-forense implicante la partecipazione del soggetto.

La vicenda si rivela di particolare interesse anche con riferimento al secondo piano del giudizio di imputabilità, quello volto a verificare se la malattia mentale diagnosticata abbia effettivamente interferito con la capacità di intendere e di volere del soggetto, escludendola o scemandola grandemente.

Accantonata l'ideologia, a lungo acriticamente accolta dalla stessa psichiatria e tuttora in agguato negli «stereotipi ed automatismi culturali e valutativi»[38], per cui la malattia mentale – soprattutto quando si presenta in forme particolarmente gravi, come nel caso di specie – implichi necessariamente la non imputabilità dell'agente, è stata indagata a fondo la condotta criminosa, alla ricerca di dati dai quali desumere informazioni circa le condizioni psichiche del soggetto. Allo scopo di definire, con la certezza necessaria alla decisione giudiziaria, l'effettiva rimproverabilità dell'autore, sono venuti in considerazione alcuni elementi di fatto che hanno indicato la sussistenza di residue capacità di autodeterminazione nell'agente. Sebbene limitate, sussistevano al momento della condotta capacità cognitive e volitive sufficienti a consentire al soggetto di organizzare e di adeguare il proprio comportamento in vista di determinati propositi, variando nel contempo le modalità dei propri atti in risposta a stimoli esterni e al mutare delle circostanze di fatto. Una reattività

[38] Cfr. G. L. PONTI - P. GALLINA FIORENTINI, *Compatibilità tra psicosi e piena imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 1, p. 97, che illustrano la progressiva caduta di schematismi nell'indagine peritale sull'imputabilità del malato di mente e l'abbandono di orientamenti corrispondenti ad una «ideologia psichiatrica prettamente organicistica e deterministica» a favore di impostazioni di maggiore ampiezza, volte a cogliere la dimensione esistenziale della persona. Sul punto v. anche I. MERZAGORA, *Il folle, il mostro, l'esperto*, in *Rass. it. crim.*, 1995, 2, p. 279 ss.

espressiva di consapevolezza delle condizioni esterne e del significato del proprio agire è stata ravvisata, tra l'altro, nel deliberato cambiamento dell'arma inizialmente utilizzata, che all'agente era apparsa di efficacia offensiva insufficiente[39]; nella desistenza rispetto a specifici obiettivi per l'intervento di difficoltà esecutive[40]; nel tentativo di fuga e nell'abbandono dell'arma all'arrivo delle forze dell'ordine[41], manifestazione inequivocabile, quest'ultima, della comprensione da parte del soggetto del disvalore etico-sociale degli atti compiuti e della previsione di imminenti conseguenze negative.

Dalle modalità della condotta criminosa sono stati tratti, dunque, indici significativi della conservazione, seppure parziale, da parte dell'agente della consapevolezza dei fatti e dell'autodeterminazione rispetto ad essi, rilevante ai sensi dell'art. 89 c.p. come vizio parziale di mente. L'indagine peritale ha evidenziato, a tale proposito, ulteriori elementi meritevoli di attenzione ed interpretabili, in un quadro logico-argomentativo d'insieme, ai fini della valutazione giuridica dell'effettiva incidenza della malattia mentale sulla condotta attuata. Si è individuato in particolare un «comportamento predatorio»[42], consistente nell'apprensione di beni materiali contestualmente sottratti alle vittime, espressivo di motivazioni strettamente economiche – di ricerca di mezzi di sopravvivenza – ulteriori e differenti rispetto a quelle omicidiarie. Le azioni aggressive hanno dunque assunto il

---

[39] Secondo gli elementi probatori acquisiti nel processo penale, nelle fasi iniziali delle aggressioni l'imputato si era impossessato di una sbarra di ferro che, rivelatasi non idonea ad ottenere il completo sopravvento sulle vittime, è stata successivamente abbandonata a favore di un piccone edile.

[40] Nel corso dei colloqui peritali, e grazie alle testimonianze esperite durante il giudizio, si è accertato che alcuni soggetti erano sfuggiti all'aggressione omicida dell'imputato. Quest'ultimo, infatti, aveva desistito dai propri propositi offensivi nei confronti di tre potenziali vittime per circostanze del tutto casuali: il sopraggiungere di persone, la fuga tempestiva di uno dei soggetti avvicinati, la reazione difensiva del cane di uno di essi, cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, p. 18 s.

[41] Sul tentativo di fuga e sull'abbandono dell'arma come elementi significativi di una capacità di intendere e di volere dell'imputato conservata, benché limitata, cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, p. 33 s.

[42] La perizia ha rilevato che l'imputato ha messo in atto «un comportamento predatorio» finalizzato all'acquisizione di risorse necessarie a soddisfare bisogni primari, «senza operare una valutazione razionale – e comprensibile in senso fenomenologico – del rapporto costi-benefici di tale condotta», *ivi*, p. 32.

senso di "soluzioni" – senza dubbio inadeguate, sproporzionate e moralmente inaccettabili – rispetto ad esigenze impellenti, che il soggetto non era in grado di fronteggiare con le proprie limitate risorse[43], fondando un giudizio di responsabilità penale nei confronti dell'agente, con trattamento sanzionatorio attenuato in considerazione di un vizio parziale di mente[44].

4. Accertamenti scientifici ed argomentazioni giuridiche in tema di non imputabilità per vizio totale di mente

Questioni e criticità per certi versi analoghe a quelle descritte sono emerse in vicende ulteriori, nelle quali anche i rispettivi autori si sono resi responsabili di omicidi efferati nei confronti di estranei.

Nel primo caso, un giovane italiano, dalla condotta di vita apparentemente regolare e socialmente ben integrato, in un tragico e confuso itinerario ha accoltellato e ucciso diverse persone, sconosciuti casualmente incontrati lungo il suo percorso[45]. Nel secondo caso, un giovane di nazionalità ucraina, da tempo dedito all'attività pugilistica, ha aggredito brutalmente, con numerosi colpi al volto, una donna incontrata casualmente per strada, all'uscita dalla propria abitazione[46].

Di fronte all'esteriorizzazione di atti connotati da tale efferata ed immotivata violenza, è stato necessario svolgere accertamenti scientifici, di natura psichiatrica, sulle condizioni mentali dei rispettivi autori, al fine di verificare la presenza di eventuali patologie in grado di spiegarne le cause. Le indagini peritali espletate nei due processi hanno effettivamente ravvisato in entrambi gli imputati sintomi di schizofrenia paranoide.

---

[43] Si veda, sul punto, la dettagliata ricostruzione delle condizioni di vita dell'imputato contenuta nell'elaborato peritale, spec. p. 18 s.

[44] La Corte di appello di Milano ha condannato l'imputato alla pena di anni 20 di reclusione ed al ricovero in una struttura custodiale, in considerazione dell'accertata pericolosità sociale.

[45] Il caso è stato deciso da Corte di assise di Monza, 13 aprile 2015, n. 1, inedita.

[46] Il caso è stato deciso da Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 6 febbraio 2012, n. 309, inedita.

Molte analogie con il caso giudiziario in precedenza esaminato, dunque, a partire dalla medesima patologia diagnosticata nei rispettivi agenti.

Ma il riscontro sul piano psichiatrico-forense del medesimo quadro patologico, nella specie di tipo schizofrenico, non implica – com'è noto – una soluzione necessariamente omogenea sull'ulteriore piano del giudizio di imputabilità, quello propriamente normativo. A tal fine assume valore dirimente, infatti, la questione di quale grado di invasività la malattia mentale abbia concretamente manifestato nella sfera psichica del singolo agente, limitandone o escludendone l'autodeterminazione al momento della condotta. Sotto tale profilo le vicende in esame si segnalano – tra i non frequenti casi, nell'attuale panorama penalistico, di vizio *totale* di mente effettivamente riconosciuto all'esito del processo[47] – per la gravità con la quale le normali facoltà cognitive e volitive della persona sono state compromesse, al punto da indurre a commettere, in un ristretto arco temporale, aggressioni mortali nei confronti di perfetti estranei.

Nel primo caso la patologia schizofrenica si è manifestata con un episodio di esordio[48], inaspettatamente e in forma grave, in una persona che non aveva manifestato in precedenza segnali di squilibrio psichico[49]. Le modalità della condotta sono risultate interamente coerenti con i caratteri tipici della patologia dalla quale l'agente è risultato affetto: l'azione omicidiaria si è sviluppata, infatti, nell'ambito di un itinerario disorganizzato e concitato, percorso dal soggetto in condizioni di

---

[47] Nel panorama giurisprudenziale più recente, condizioni di infermità di mente totale sono state riconosciute, all'esito di specifici accertamenti peritali, da Cass., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 30517, cit.; Cass., sez. I, 8 ottobre 2013, n. 45228, cit.; Cass., sez. I, 21 ottobre 2008, n. 42996, cit.

[48] Vedi, in proposito, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5° ed., cit., p. 99 ss.; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 602 ss.

[49] Come è stato accertato attraverso le indagini peritali, soltanto nelle ore immediatamente precedenti gli omicidi l'agente aveva tenuto comportamenti inconsueti, confidando a più persone di attraversare un momento di profondo cambiamento interiore e di "rinascita spirituale" e nel contempo esprimendo ragionamenti iper-interpretativi e sentimenti di angoscia dettati dalla percezione di essere esposto ad un imminente pericolo di morte, cfr. la perizia psichiatrica del 26 agosto 2014, p. 3 ss.

agitazione psico-motoria[50], di accentuata aggressività, di distacco dalla realtà[51] e di delirio paranoide[52]. La gravità delle condizioni dell'agente è apparsa evidente, successivamente, anche nel comportamento posto in atto da quest'ultimo dopo l'arresto da parte delle forze dell'ordine, quando neppure il trattamento farmacologico tempestivamente attuato ha potuto contrastare i sintomi della malattia. L'imputato, pur ammettendo i fatti, ha manifestato una sostanziale inconsapevolezza del disvalore etico-sociale delle proprie azioni, ritenendole giustificate, anzi, dalla necessità di fronteggiare un imminente, imprecisato pericolo di morte, convinzione evidentemente infondata e riconducibile piuttosto ai tratti paranoici della malattia mentale.

Ai fini della valutazione della condizione psichica dell'imputato si è rivelata significativa, per il giudice, la sequenza afinalistica e disorganizzata degli atti posti in essere, così come hanno sollecitato attenzione alcuni brevi e concitati contatti intercorsi tra l'agente ed i propri famigliari in quei tragici momenti, in occasione dei quali lo stesso ha rivelato modalità relazionali del tutto inconsuete, incongrue, indicative di una de-strutturazione in atto della sua personalità e di un inequivocabile

---

[50] La ricostruzione dei fatti oggetto di giudizio ha consentito di appurare che l'imputato, dopo aver giustificato la propria assenza al datore di lavoro con un infortunio, aveva intrapreso un costoso viaggio in taxi verso una città situata a più di 50 km dal luogo di residenza al solo scopo di farsi tagliare i capelli. Successivamente, aveva costretto con la minaccia di un coltello un automobilista a riaccompagnarlo presso la città di provenienza. In seguito l'agente si era impossessato dell'auto del padre, per abbandonarla poco dopo proseguendo a piedi il proprio percorso.

[51] L'imputato dichiarò in una delle prime visite psichiatriche, svoltasi a distanza di alcuni giorni dall'arresto in quasi flagranza di reato, di essere «nel regno dei Cieli travestito da carcere». Nella persistenza dello stato di distacco dalla realtà si è ravvisata una conferma della diagnosi di schizofrenia, cfr. la perizia psichiatrica del 26 agosto 2014, p. 5.

[52] Nel corso dei colloqui clinico-forensi l'imputato manifestava una ricorrente ideazione persecutoria, anche nei confronti dei propri famigliari. L'esistenza di un delirio mistico-religioso è stata dedotta da elementi di fatto emergenti anche nelle fasi immediatamente antecedenti l'arresto, allorché l'imputato, completamente denudatosi, si era collocato in una fontana e con le braccia aperte esclamava "Alleluja!" e "Vai via Satana!". Durante i colloqui peritali, inoltre, il soggetto, già da tempo sottoposto a terapia farmacologica mirata a contrastare i sintomi della malattia, continuava ad offrire spiegazioni della propria condotta riferendo di essere stato "l'Arcangelo Gabriele".

delirio paranoide[53]. L'atteggiamento complessivo dell'agente è risultato avulso dalla sua precedente realtà personologica, espressivo di capacità cognitive, organizzative e decisionali compromesse, dominate dal condizionamento della patologia mentale. Il comportamento dell'imputato, ricostruito anche attraverso la narrazione, confusa e frammentaria, che lo stesso è stato in grado di offrire in occasione dei colloqui clinici[54], è stato posto dal giudice in relazione con la ricostruzione dei fatti offerta da alcuni testimoni, con la documentazione medica e con le risultanze della costante osservazione psichiatrica alla quale il soggetto è stato sottoposto sin dal momento del suo arresto[55]. Tale indagine integrata ha offerto risultanze univoche e convergenti nel senso della completa compromissione delle funzioni cognitive e volitive dell'imputato al momento della condotta, valutazione a tal punto persuasiva da rimanere sostanzialmente incontrastata nel contraddittorio processuale, fondando una pronuncia di proscioglimento ai sensi dell'art. 88 c.p. per vizio totale di mente, con applicazione di una misura di sicurezza custodiale in considerazione della riscontrata pericolosità sociale[56].

Anche in relazione al secondo caso, relativo al giovane di nazionalità ucraina, è stata accertata sul piano clinico la medesima, gravissima patologia psichiatrica, che nei giorni precedenti il reato aveva manifestato progressivi segnali di riacutizzazione

---

[53] Nel corso delle indagini si è appurato che, dopo le prime aggressioni, l'agente aveva fatto rientro a casa con i vestiti strappati e sporchi di sangue. A fronte della richiesta di spiegazioni da parte del padre, egli aveva risposto soltanto: «Non ti preoccupare! O io o loro!» e, impadronitosi di un coltello da cucina, si era immediatamente allontanato, inducendo il genitore a richiedere prontamente l'intervento delle forze dell'ordine, cfr. Corte di assise di Monza, 13 aprile 2015, n. 1, cit., p. 6.

[54] Evidenzia la necessità di un'attenta valutazione della descrizione delle fasi della condotta criminosa, proposta dall'imputato o da altre persone, per il rischio che tali narrazioni possano essere contaminate dall'interesse a conferire al fatto "significato di infermità", U. FORNARI, *Follia transitoria*, cit., p. 20.

[55] Cfr. la perizia psichiatrica del 26 agosto 2014, p. 3 ss.

[56] Con la sentenza di condanna la Corte di assise di Monza ha anche applicato una misura di sicurezza costudiale. In considerazione della soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari, avvenuta con l. 30 maggio 2014, n. 81 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), la Corte di assise di Monza ha disposto l'affidamento dell'imputato ad una REMS (residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza).

nel soggetto[57]. Quest'ultimo, uscito dalla propria abitazione in uno stato di agitazione psico-motoria, durante una forte crisi paranoide con dispercezioni visive ed uditive, si era imbattuto casualmente in una donna e, identificandola irrazionalmente come la fonte di una gravissima minaccia[58], l'aveva affrontata con un numero imprecisabile di pugni al volto, provocandone la morte. La valutazione giudiziale ha in questo caso potuto beneficiare dell'apporto di un'indagine peritale d'ufficio particolarmente accurata, rigorosa ed approfondita circa le condizioni psichiche del soggetto, oltre che di consulenze tecniche di parte.

Nondimeno, prima ancora di prendere in considerazione le valutazioni peritali, il giudice ha opportunamente evidenziato i dati strettamente fattuali a sua disposizione, alla ricerca di indici di una (eventualmente conservata) capacità di intendere e di volere dell'imputato. L'indagine sulla dinamica del fatto, tuttavia, ha offerto indicazioni di tutt'altro segno: la violenza incontrollata ed inusitata[59] espressa dall'agente si è sprigionata improvvisamente, in assenza di qualsivoglia provocazione, nei confronti di un'estranea, e non si è interrotta neppure con l'intervento di alcuni passanti, giunti in soccorso della persona offesa; l'azione

---

[57] Le indagini peritali hanno appurato che già quattro anni prima del reato l'imputato aveva manifestato segnali di un disagio psichico, all'epoca peraltro classificato, probabilmente in modo impreciso, come «psicosi reattiva breve», cfr. consulenza tecnica d'ufficio di natura psicopatologico-forense del 21 aprile 2011, p. 52. Le deposizioni testimoniali, inoltre, hanno consentito di ricostruire lo stato mentale fortemente alterato nel quale il soggetto versava nei giorni precedenti l'omicidio, con progressivo ritiro sociale, ideazione delirante a contenuto mistico, manifestazioni di profonda angoscia quali pianti incontrollati ed immotivati ed episodi di bizzarria comportamentale.

[58] Nel corso dei vari colloqui clinici l'imputato, rivelando tracce di una confusione mentale persistente, ha offerto varie ricostruzioni e spiegazioni della propria condotta, tutte comunque convergenti nell'identificare nella donna sconosciuta aggredita – e in particolare nel suo volto – non una persona ma un'entità demoniaca, dalla quale l'agente si sentiva perseguitato, cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 56.

[59] La violenza inusitata dell'aggressione, evidenziata dalle gravissime ferite riportate dalla vittima, è stata anche drammaticamente ricostruita dai testimoni accorsi sul posto, secondo i quali, mentre la persona offesa «si accasciava a terra come svenuta» in seguito al primo colpo ricevuto, l'imputato ricominciava a colpirla «con estrema violenza, utilizzando entrambe le braccia», con colpi diretti unicamente al volto, «con una successione rapidissima e senza mai fermarsi», cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 10. In tale «reazione distruttiva feroce» la valutazione peritale ha ravvisato, più che una finalità omicidiaria in sé, «lo sfogo di una aggressività incontenibile con la devastazione fisica dell'antagonista», *ivi*, p. 32.

aggressiva del soggetto, divenuto insensibile persino al dolore fisico derivante dalle plurime fratture contestualmente riportate ai propri arti superiori a causa dei colpi inferti[60], è stata interrotta soltanto dall'arrivo di agenti di pubblica sicurezza, costretti a strapparlo a viva forza dalla vittima. Lo svolgimento dell'azione, di violenza estrema e sintomatica di un completo distacco dalla realtà, è stato successivamente posto in relazione con le dichiarazioni dei famigliari e delle persone legate da rapporti di conoscenza con l'imputato, che hanno confermato la manifestazione progressiva di segnali di squilibrio psichico nei giorni antecedenti la condotta, e con la documentazione medica disponibile, che attestava un episodio pregresso di crisi psicotica. Il riscontro clinico dello stato di delirio paranoide anche a distanza di tempo dall'arresto, contenuto soltanto dopo una prolungata terapia farmacologica, ha offerto indicazioni ulteriori, univocamente interpretabili nel senso del completo assoggettamento della persona alla malattia mentale al momento della condotta.

In questo quadro fattuale già intriso di dati di particolare valenza esplicativa si è inserita la valutazione peritale d'ufficio, di natura psicopatologico-forense, sviluppata sulla base della documentazione medica, di dichiarazioni testimoniali, dell'osservazione condotta sull'imputato e, soprattutto, di colloqui clinici. Nella ricostruzione, gradualmente più completa e coerente, che l'agente è stato in grado di offrire al perito rispetto ai fatti in occasione delle numerose visite psichiatriche[61], sono stati rintracciati indici significativi di una completa compromissione della coscienza e della capacità di autodeterminazione al momento della condotta. L'indagine peritale, che ha potuto avvalersi anche di materiale di pertinenza

---

[60] Le fratture alle mani riportate dall'agente a seguito della violenta aggressione posta in atto, che hanno richiesto un intervento chirurgico nelle fasi successive all'arresto, non hanno ostacolato nell'immediatezza il compimento dell'azione omicida. Il dato della mancata percezione sensoriale del dolore fisico è stato giudicato rilevante sul piano della valutazione psichiatrica dell'imputato come «scollamento totale tra la componente motoria […] e quella rappresentazionale […], attività che integra i dati della senso-percezione interna ed esterna […] con quelli della valutazione delle conseguenze delle proprie azioni». Tali elementi sono risultati indicativi di uno «stato dissociativo» contestuale alla condotta, cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 32.

[61] Cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 55 ss.

dell'imputato ritenuto significativo ai fini della diagnosi psichiatrica – in particolare, un diario personale e una serie di disegni[62] – ha offerto indicazioni univoche nel senso della sussistenza di un vizio totale di mente. A questa conclusione anche il giudice è pervenuto – respingendo nel merito ipotesi alternative prospettate da altre parti processuali[63] – all'esito di un'attenta valutazione della perizia, che è stata giudicata «analitica, nell'esame delle fonti cognitive, completa quanto alla diversità qualitativa degli elementi esaminati, articolata in funzione dei diversi approcci di analisi, infine esaustiva quanto alle conclusioni in merito alla correlazione tra le condotte consumate e la imputazione delle stesse ad un fare consapevole»[64]. Sul piano dell'affidabilità scientifica, poi, il giudice ha evidenziato la chiarezza espositiva dell'elaborato peritale, che ai fini della valutazione si è rapportato con atteggiamento critico alle fonti scientifiche di riferimento[65]. Ad un contributo utile e chiarificatore sul piano tecnico-scientifico si è affiancata, dunque, un'indagine giudiziale autonoma, attenta e rigorosa.

Le vicende descritte risultano emblematiche della necessità di un approccio tecnico-scientifico alle questioni problematiche sollevate dal fatto, anche nei casi in cui le stesse possano apparire di gravità tanto accentuata da risultare apparentemente persuasive nella direzione della non imputabilità. A partire da condizioni mentali sostanzialmente equiparabili sul piano medico-psichiatrico sono sempre possibili esiti processuali differenti, utili a richiamare ancora una volta l'attenzione sulla

---

[62] Gli accertamenti peritali, volti alla ricerca di informazioni utili sul piano psichiatrico, hanno preso in considerazione varie forme comunicative abitualmente utilizzate dal soggetto agente, quali il profilo *Facebook*, un'agenda personale e la produzione grafica dallo stesso realizzata sia anteriormente al reato sia successivamente ad esso, nel periodo trascorso in carcere in regime di custodia cautelare, cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 28.

[63] Il giudice ha respinto le obiezioni avanzate dalla parte civile circa la gravità della patologia psichiatrica dell'imputato, fondate su una presunta abilità "dissimulatoria" dello stesso. Il rischio di simulazione dello stato di infermità mentale è stato escluso dal Tribunale in quanto indimostrato, tanto sulla base degli elementi di fatto emersi quanto alla luce delle risultanze della perizia psichiatrica d'ufficio, cfr. Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 6 febbraio 2012, n. 309, cit., p. 15.

[64] Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 6 febbraio 2012, n. 309, cit., p. 13.

[65] Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 6 febbraio 2012, n. 309, cit., p. 13.

valutazione dell'imputabilità come «giudizio il più possibile aderente alla realtà dell'uomo»[66]. Se l'accertamento circa una condizione di infermità mentale non può fondarsi che su un dato empirico-naturalistico, non deve tuttavia esaurirsi in esso, ma porsi in relazione con le circostanze di fatto nelle quali l'agire criminale si è realizzato e con le sue modalità, oltre che con lo specifico evento provocato. A questo fine, se è imprescindibile il contributo di conoscenza offerto dal perito, l'unico soggetto in grado di illuminare il retroterra medico-biologico nel quale l'azione criminale ha affondato le proprie radici, è rimessa comunque al giudice la responsabilità di una valutazione complessiva circa la possibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza al rispettivo autore.

Quella che attesta la presenza di un vizio di mente *totale*, infatti, è una conclusione di significato perentorio, traducendosi, sul piano degli effetti giuridici, nel proscioglimento dell'imputato da ogni accusa, anche a fronte di delitti efferati come quelli descritti. Occorre raggiungere, dunque, una verifica in termini di certezza circa la sussistenza di una condizione di non agevole riscontro nella prassi, vale a dire che il soggetto agente non abbia preso coscienza, neppure in minima parte, del contesto fattuale nel quale i propri atti sono stati posti in essere e del profondo disvalore etico-sociale ad essi riconducibile. Sul punto, particolare rilevanza hanno assunto nei casi illustrati sia il dato per cui le persone aggredite erano estranei incontrati casualmente – rispetto ai quali non avrebbero potuto ragionevolmente essere maturati moventi omicidiari – sia, soprattutto, le modalità con le quali i soggetti sono entrati in relazione con l'ambiente circostante nelle fasi contestuali alla condotta criminale. A questo proposito, a differenza da quanto si è accertato rispetto alle aggressioni perpetrate dallo straniero di nazionalità ghanese di cui si è detto[67], nei casi da ultimo presi in considerazione in nessun momento sono emersi elementi di fatto tali da dimostrare che i rispettivi agenti fossero in grado di

---

[66] M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p. 73.
[67] Vedi *supra*, § 3.

percepire il significato del proprio comportamento e, conseguentemente, di agire diversamente rispetto a quanto imposto dal condizionamento della malattia.

Gli atti penalmente rilevanti commessi da soggetti con problematiche psichiche rappresentano, in questo senso, anche un decisivo banco di prova circa il grado di responsabilizzazione reciprocamente assunto da ciascuno dei soggetti coinvolti nell'accertamento processuale. Al perito è richiesto di offrire un contributo di conoscenza scientifica informato, obiettivo, rigoroso e metodologicamente corretto circa il substrato empirico-naturalistico sul quale si è innestato il comportamento criminale, che nessun altro soggetto processuale sarebbe in grado di avvicinare con pari competenza; al giudice è richiesto di controllare l'approfondimento e l'attendibilità di tale accertamento, conservando una sufficiente autonomia di giudizio rispetto ai profili normativi della valutazione, inerenti l'effettiva capacità di colpevolezza e la meritevolezza di pena del soggetto agente, adempiendo in tal modo ai propri compiti di decisore ultimo circa l'esito della vicenda. Diversamente, soprattutto nei casi come quelli descritti, caratterizzati da manifestazioni di violenza efferata e immotivata, una decisione di proscioglimento per vizio totale di mente o di attenuazione della pena per vizio parziale potrebbe non essere percepita come il provvedimento più corretto da adottare nei riguardi di soggetti che, per quanto effettivamente responsabili di azioni criminali, risultano bisognosi di un trattamento terapeutico piuttosto che di una severa condanna penale.

5. Accertamenti scientifici e meritevolezza di pena in un caso di infermità mentale temporanea

La valutazione psichiatrico-forense circa lo stato mentale dell'agente si scontra dunque con difficoltà obiettive, inerenti anche al fatto che la condizione rilevante ai fini del giudizio sull'imputabilità – quella presente al momento della condotta – dovrà essere inevitabilmente valutata *a posteriori*, sul duplice piano empirico e normativo, con tutte le difficoltà insite nel ricostruire un determinato

stato psichico in un contesto spazio-temporale ormai mutato. L'infermità mentale, inoltre, può essere espressione tanto di una condizione patologica conclamata e persistente, verificabile anche a distanza di tempo dal compimento dell'azione, quanto di uno stato mentale alterato in modo soltanto temporaneo, rispetto al quale anche le ragioni del punire sollecitano questioni problematiche.

Emblematico di queste difficoltà inerenti ad una condizione di infermità mentale transitoria è un recente caso giudiziario, nel quale l'imputato, padre di un bambino di due anni, si è reso responsabile della morte di quest'ultimo, "dimenticato" per svariate ore a bordo della propria automobile[68]. La vicenda non è affatto isolata: numerosi, infatti, sono i casi di minori deceduti dopo essere stati abbandonati a bordo di un'autovettura da persone che, fino a quel momento, erano state genitori premurosi e amorevoli. Il fenomeno è anche oggetto di specifici studi in ambito medico, benché l'attenzione degli studiosi si sia finora concentrata, in verità, prevalentemente sulle vittime e sulle cause del loro decesso, evidenziando le condizioni di particolare vulnerabilità psico-fisica che un bambino in tenera età presenta rispetto a tali fattori ambientali, che lo espongono a rischi elevatissimi, spesso ignorati o colpevolmente sottovalutati dai genitori[69].

La vicenda in considerazione si segnala, dunque, come prima occasione nella quale l'attenzione delle diverse figure coinvolte nell'accertamento processuale si è concentrata sull'approfondimento delle condizioni psichiche del soggetto agente al

---

[68] Il caso è stato deciso da Trib. Piacenza, 26 settembre 2014, n. 280, inedita.

[69] Da studi empirici condotti negli Stati Uniti è emerso che i bambini, per le ridotte dimensioni del corpo e per il livello di liquidi organici inferiore rispetto ad un individuo adulto, sono esposti al rischio di ipertermia in percentuali particolarmente elevate. Lo stadio critico da esposizione al calore inizia dopo i primi quindici minuti e, in mancanza di soccorso, l'evento mortale può sopraggiungere entro le due ore successive. Sull'argomento v. in particolare J. N. BOOTH III - G. G. DAVIS - J. WATERBOR - G. MCGWIN JR., *Hyperthermia deaths among children in parked vehicles: an analysis of 231 fatalities in the United States, 1999-2007*, in *Forensic Sci Med Pathol* (2010) 6:99-105; C. MCLAREN - J. NULL - J. QUINN, *Heat Stress From Enclosed Vehicles: Moderate Ambient Temperatures Cause Significant Temperature Rise in Enclosed Vehicles*, in *Pediatrics*, vol. 116, n. 1, July 2005, p. e109 ss.; P. AGRAN - D. WINN - D. CASTILLO, *Unsupervised Children in Vehicles: A Risk for Pediatric Trauma*, in *Pediatrics*, vol. 87, n. 1, January 1991, p. 70 ss.

momento della condotta. Quanto al nostro Paese, gli altri casi giudiziari per fatti simili di cui si ha contezza si sono conclusi, infatti, con provvedimenti di applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi degli articoli 444 e ss. c.p.p.[70]. I rispettivi imputati, genitori di bambini in tenera età, hanno acconsentito al riconoscimento della propria responsabilità penale per l'evento mortale e alla qualificazione giuridica della stessa in termini di colpa, riconducendo la propria condotta all'alveo delle violazioni di quelle regole cautelari che attengono al ruolo genitoriale e ai doveri di sorveglianza e di custodia nei confronti della prole. Tale conclusione è perfettamente comprensibile e può trovare giustificazione in un procedimento logico-argomentativo orientato ad evidenziare nella condotta degli agenti deficit di attenzione e di cura, agevolati dal concorso di fattori critici quali l'impegno e i ritmi frenetici imposti dalla vita quotidiana, che possono interferire con le normali competenze intellettive della persona. Nella colpa potrebbe ravvisarsi, inoltre, la forma giuridica più coerente rispetto ad atti del tutto privi di volontarietà, individuando una veste giuridica in qualche misura accettabile per lo stesso autore ed idonea nel contempo a censurare, anche sul piano collettivo, una responsabilità di natura morale prima ancora che giuridica.

Ma non è possibile trascurare, sotto altro profilo, che il criterio interpretativo della violazione di una regola cautelare generica, per quanto apparentemente risolutivo, potrebbe costituire una risposta non del tutto adeguata a spiegare la

---

[70] Sono numerosi i casi di minori tragicamente deceduti perché inconsapevolmente abbandonati a bordo di un'automobile dai propri genitori. In Italia, oltre al caso riportato, avvenuto a Piacenza nel giugno 2013, tra i più noti: una bambina di diciassette mesi deceduta a Vicenza, il 1° giugno 2015; un bambino di undici mesi a Passignano sul Trasimeno (PG), nel maggio 2011; una bambina di ventidue mesi a Teramo, nel maggio 2011; una bambina di due anni a Merate (LC), nel maggio 2008, e un bambino di due anni a Catania, nel luglio 1998. In tutti i casi la condotta di abbandono è stata del tutto inconsapevole, attuata dal genitore nella convinzione di aver già provveduto ad affidare il minore alle cure della *baby sitter* oppure dell'asilo nido, convinzione in alcuni casi agevolata dalla presenza silenziosa del minore, addormentato sul sedile posteriore dell'auto. In altri casi l'esito mortale è stato scongiurato dall'intervento fortuito di passanti o delle forze dell'ordine; in questo senso, tra le altre, la vicenda di un bambino di tre anni, che il padre aveva lasciato a bordo di un'automobile posteggiata sotto il sole a Roma nel luglio 2015, soccorso dalle forze dell'ordine, cfr. *www.ilmessaggero.it*.

gravità dell'omissione compiuta a fronte della macroscopica rilevanza degli interessi offesi, rivestiti oltretutto di una eccezionale valenza affettiva, come la vita del proprio figlio per un genitore. Potrebbe non trattarsi, dunque, soltanto di trovare ragioni plausibili in grado di giustificare l'inadempimento di generici doveri di condotta, quanto piuttosto di indagare la presenza di una ragione alternativa per il mancato assolvimento di tali impegni di accudimento e di cura, che entrano a comporre e a strutturare una relazione umana di particolare significato e profondità.

La natura non commensurabile degli interessi offesi rispetto all'incongruenza della condotta materialmente realizzata è stata dunque alla base della scelta di questo specifico genitore-imputato di non accettare tale ricostruzione e la conseguente qualificazione giuridica, insistendo, al contrario, per un'indagine scientifica volta a far luce sulle proprie condizioni psichiche, al fine di verificare la presenza di eventuali infermità di mente.

È stato svolto, dunque, un accertamento peritale di tipo psichiatrico, affiancato da una consulenza di parte, all'esito dei quali si è concordemente riconosciuta la sussistenza in capo all'agente, al momento della condotta, di una malattia nosograficamente definita: l'amnesia dissociativa[71]. Tale patologia, innestata su una preesistente, per quanto latente, condizione di malattia dotata di un accertato

---

[71] Sui caratteri dell'amnesia dissociativa v., in particolare, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5° ed., cit., p. 291 ss. L'amnesia dissociativa è descritta come l'incapacità del soggetto di richiamare alla memoria informazioni autobiografiche, generali o specifiche, incapacità patologica e non equiparabile ai normali processi mentali che presiedono la selettività dei ricordi. Per la maggior parte degli individui affetti da tale patologia, la consapevolezza dell'amnesia non giunge spontaneamente ma può essere soltanto sollecitata dall'esterno, da persone o da tracce ambientali di eventi accaduti ma rispetto ai quali nella mente dell'agente non è conservato alcun ricordo. Sul tema v. anche M. STEINBERG - M. SCHNALL, *La dissociazione. I cinque sintomi fondamentali*, trad. it., Milano, 2006; D. SPIEGEL, *Recognizing Traumatic Dissociation*, in *The American Journal of Psychiatry*, 2006, 163, 4, p. 566 ss.; S. PORTER et al., *Memory for murder. A psychological perspective on dissociative amnesia in legal context*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2001, 24, p. 24 ss.; G. H. GUDJONSSON et al., *The relationship between amnesia and crime: the role of personality*, in *Personality and Individual Differences*, 1999, 26, p. 505 ss.; B. MCSHERRY, *Getting Away with Murder? Dissociative States and Criminal Responsibility*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 1998, 21, 2, p. 163 ss.

substrato neurologico[72], si è manifestata improvvisamente nella forma di una «interruzione del collegamento tra l'attivazione dell'ippocampo […] e la rappresentazione prefrontale», responsabile del c.d. "stato di richiamo", con l'effetto di una prolungata assenza dal pensiero cosciente di una circostanza di fatto di assoluta rilevanza: la presenza del minore incustodito ancora a bordo del veicolo[73]. A tale conclusione l'accertamento peritale è giunto non soltanto grazie alla documentazione medica relativa alla condizione clinica del soggetto agente al momento del ricovero ospedaliero[74] ma anche e soprattutto grazie a specifici esami neurologici, a test diagnostici mirati e a colloqui clinici.

Ma prima ancora, si è proceduto ad un'attenta disamina delle circostanze del fatto e delle modalità della condotta. Si è osservato, in particolare, che l'azione dalla quale è scaturito l'evento mortale – l'accompagnare il bambino all'asilo con l'automobile – era quotidiana e ripetitiva, eseguita dall'agente spontaneamente, nella naturale accettazione del proprio ruolo genitoriale; in quello specifico frangente, tuttavia, un fattore eccezionale e perturbante si è inserito nella sequenza degli atti normalmente compiuti dal soggetto[75], inducendolo a deviare improvvisamente dal proprio abituale percorso e a collocare il veicolo nel punto esatto nel quale lo stesso era solitamente parcheggiato dopo l'azione dell'affidamento del piccolo alla struttura che lo accoglieva. Nell'anomalia di questa sequenza di atti la perizia ha riconosciuto

---

[72] L'accertamento peritale ha consentito di evidenziare nel soggetto agente la presenza di una pregressa condizione di epilessia (c.d. piccolo male), manifestatasi in età infantile con occasionali stati di assenza, regredita a seguito di un trattamento farmacologico e successivamente rimasta a lungo allo stato latente, cfr. perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, cit., p. 17. La patologia dissociativa si è altresì riproposta in un momento differente della vita dell'imputato, come reazione psicologica difensiva rispetto al dolore per la scomparsa prematura e traumatica del padre.

[73] Cfr. perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, cit., p. 17.

[74] Il ricovero ospedaliero è avvenuto nell'immediatezza del fatto, in considerazione delle condizioni di estrema sofferenza psichica manifestata dall'agente, con distacco dalla realtà e dichiarati intenti anticonservativi.

[75] Nel corso dei colloqui clinici si è accertato che l'agente, giunto in prossimità del luogo di destinazione, si era imbattuto in un collega di lavoro con il quale aveva avuto in passato disaccordi e, volendo evitare tale sgradito incontro, aveva deviato improvvisamente dall'abituale percorso, cfr. perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, cit., p. 8.

un "fattore scatenante" in grado di alterare le normali funzioni della memoria procedurale della persona coinvolta, determinando una condizione di amnesia giudicata "grave", sia per la sua durata (tutta la giornata), sia per la consistenza del contenuto (la vita dell'unico figlio), sia per l'intensità (resistente a richiami esterni)[76].

Gli accertamenti espletati nel corso del processo hanno evidenziato che l'assenza di consapevolezza nel soggetto agente al momento della condotta del grave pericolo per la vita del minore deve essere ricondotto agli effetti di una patologia psichiatrica, che ha compromesso totalmente, sebbene in via temporanea, la capacità di intendere e di volere della persona. Il giudice, incaricato di valutare la fondatezza dell'azione penale esercitata, ha evidenziato l'accuratezza dell'indagine peritale svolta in relazione ai dati clinici disponibili e, ritenendo «non ragionevolmente pronosticabile un mutamento del quadro probatorio già acquisito» in una eventuale, successiva fase dibattimentale[77], ha emesso una sentenza di non luogo a procedere per vizio totale di mente, ai sensi dell'art. 88 c.p., ritenendo altresì esclusa la pericolosità sociale dell'imputato, proprio in considerazione del carattere del tutto transitorio del disturbo psichico e della natura non ripetibile della condotta.

6. Nuove forme di accertamento peritale e di collaborazione interdisciplinare

I casi finora esaminati hanno in comune criticità che meritano di essere considerate anche in una visione d'insieme. Queste criticità sono infatti dimostrative, nella loro eterogeneità, degli svariati e compositi profili di difficoltà che la realtà complessa e multiforme dei disturbi psichici sottopone continuamente alla valutazione giudiziale. Per questa realtà occorre approntare delle risposte sul piano giudiziario rispetto ad interessi di primaria importanza offesi da condotte

[76] Cfr. perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, cit., p. 17.
[77] Trib. Piacenza, 26 settembre 2014, n. 280, cit., p. 7.

apparentemente immotivate ed inspiegabili, riaffermando nel contempo la validità del precetto penale violato. A tal fine, tuttavia, occorre disporre di un contributo di conoscenze scientifiche e di esperienza, che possa consentire ai soggetti incaricati di applicare gli strumenti della giustizia punitiva di colmare lacune – altrimenti insuperabili – sul piano di una possibile ricostruzione dei processi psichici che hanno condizionato la singola condotta criminale, nel tentativo di avvicinare la dimensione mentale di ciascun agente nella sua concretezza e specificità.

Come si è visto, l'accertamento peritale sulle capacità cognitive e volitive dell'imputato al momento della condotta rappresenta uno degli snodi fondamentali nei quali si articola una pronuncia sulla responsabilità penale. Emblematico della necessaria cooperazione tra soggetti, competenze e strumenti conoscitivi differenti[78], coinvolti nelle fasi dell'accertamento processuale, tale momento è inevitabilmente condizionato dalle specifiche metodologie e dalle nuove acquisizioni progressivamente accolte in ambito scientifico, che rendono sempre più accentuata la specializzazione delle competenze e sempre più marcata la distanza tra i vari protagonisti dell'accertamento processuale. Come è emerso anche dalle vicende esaminate, in questo scenario è cruciale il ruolo del perito, al quale sono rivolte richieste di introdurre nel patrimonio conoscitivo dei soggetti processuali "certezze" rispetto al comportamento umano ed ai limiti entro i quali lo stesso, in particolari condizioni di criticità, possa essere oggetto di controllo razionale.

Ma sono gli stessi portatori di questo "sapere esperto" ad evidenziare le difficoltà insite in tale percorso di conoscenza, che attengono innanzitutto, sul piano sostanziale, alle incertezze che caratterizzano le scienze del comportamento e la stessa psicopatologia[79]. A questi rilievi si affiancano altri profili critici che

---

[78] Cfr. D. PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, 1, p. 248 ss.; ID., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., p. 851 ss. Vedi anche F. BACCO, *Diritto penale e neuroetica, tra linguaggio e metodo*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 307 ss.

[79] M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto*, cit., p. 397 ss.

caratterizzano il momento dell'accertamento e gli strumenti di valutazione attualmente utilizzati, in particolare i test[80] e i manuali diagnostici come il DSM: rispetto a questi ultimi sono state avanzate riserve sulle relative classificazioni che, per specificità ed estensione, risulterebbero risorse di difficile utilizzo[81]. Ulteriori critiche sono state rivolte alle tecniche tradizionali con le quali l'accertamento peritale si svolge, *in primis* il colloquio clinico[82], nei confronti del quale sono stati evidenziati i rischi di ampia discrezionalità dei metodi utilizzati dal singolo esperto incaricato e di carenza di obiettività dei risultati ottenuti[83]. Tali criticità attengono a caratteristiche quali l'esperienza e la professionalità di ciascun perito[84], fattori contingenti che potrebbero condizionare grandemente le modalità e l'esito

---

[80] «I test psicodiagnostici hanno, nell'immaginario collettivo dei protagonisti del processo […] un ruolo del tutto particolare, certamente importante, altamente suggestivo». Ed è proprio «il 'credere' ai test ritenendoli fondati su un costrutto scientifico 'forte' […] che induce a sottostimare i rischi di non indagare a fondo sui principi scientifici alla base degli assunti sostenuti in perizia», in questi termini R. CATANESI - V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, cit., p. 158, p. 160.

[81] Si vedano, a tale proposito, le osservazioni di U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 356, che a proposito del DSM-IV rileva che il suddetto Manuale «fin dal suo esordio, tutto cataloga, riducendo ogni manifestazione della libertà umana a codici e numeri, anche ciò che non si può altrimenti classificare e specificare». Con speciale riferimento, poi, ai disturbi della personalità, l'A. evidenzia che «il sistema di valutazione multiassiale proposto […] è *troppo ampio, confusivo e contraddittorio*», *ivi*, p. 362.

[82] Per un'indagine sulle caratteristiche e sulle potenzialità del colloquio clinico v., in particolare, I. MERZAGORA, *Il colloquio criminologico. Il momento diagnostico e valutativo in criminologia clinica*, Milano, 1987. L'A. evidenzia l'importanza del colloquio per individuare ed interpretare forme comunicative anche non verbali – come il silenzio o la gestualità – e per riconoscere atteggiamenti difensivi strumentali, quali la menzogna e la simulazione di disturbi psichici, *ivi*, p. 69 ss.

[83] Si è osservato, a questo proposito, che l'approccio tradizionale, fondato sul colloquio e sull'esame delle informazioni anamnestiche, pur essendo «efficace e indispensabile nel contesto terapeutico, origina conflitti interpretativi nella valutazione psichiatrico-forense, a causa della bassa oggettività del colloquio clinico e alla conseguente ridotta concordanza diagnostica. Vi è quindi la necessità di accertamenti più obiettivi e di misure standardizzate della patologia, al fine di facilitare la formulazione di un giudizio più imparziale e oggettivo», in questi termini, G. SARTORI - F. GNOATO, *Come quantificare il libero arbitrio*, in M. DE CARO - A. LAVAZZA - G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, p. 182. Osservano che lo studio dei rapporti tra geni e ambiente, potrà «contribuire a ridurre il grado di soggettività che spesso caratterizza le perizie in ambito psichiatrico, fornendo al giudice strumenti più oggettivi su cui poter basare una sentenza», S. PELLEGRINI - P. PIETRINI, *Siamo davvero liberi? Il comportamento tra geni e cervello*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 2, p. 289.

[84] Evidenziano tale aspetto R. CATANESI - V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, cit., p. 155 s.

dell'accertamento, ma coinvolgono anche la scelta degli strumenti diagnostici adottati.

Di fronte ad un panorama di tale problematicità, un contributo di obiettività e di affidabilità sembra di recente offerto dalle nuove tecniche scientifiche utilizzate per la conoscenza dei processi biologici, genetici e neurologici a fondamento dell'elaborazione delle decisioni e delle scelte di comportamento. Dati scientifici obiettivi e verificabili sembrano infatti provenire in particolare da accertamenti di *brain imaging*[85], come la risonanza magnetica funzionale (fRMN), dalle acquisizioni in ambito genetico circa l'attitudine dei portatori di un determinato patrimonio genetico a sviluppare comportamenti aggressivi, e dalle tecniche di misurazione dei tempi di risposta cosciente a stimoli esterni, momento di avvio di moderni studi interdisciplinari orientati ad approfondire il procedimento decisionale e le modalità della sua formazione[86].

---

[85] A partire dallo sviluppo dell'encefalografia da parte di Berger, nel 1929, sono state elaborate metodologie sempre più sofisticate per misurare l'attività elettrica legata alla comunicazione tra neuroni. Tali metodologie di esplorazione funzionale *in vivo* del cervello, come la tomografia ad emissione di positroni (PET), la risonanza magnetica (MRI) e la risonanza magnetica funzionale (fMRI), studiano «in maniera non invasiva i correlati neuro-funzionali che sottendono le attività cerebrali dell'uomo, compresi la vita emotiva e il comportamento» oltre alle «alterazioni che accompagnano la comparsa di disturbi mentali», v. P. PIETRINI, *Dalle emozioni ai sentimenti: come il cervello anima la nostra vita*, in U. COLOMBO - G. LANZAVECCHIA (a cura di), *La società infobiologica*, Milano, 2003, p. 324. Il primo studio volto ad indagare mediante la tomografia ad emissione di positroni le basi cerebrali del comportamento aggressivo ed impulsivo è stato condotto da P. PIETRINI - M. GUAZZELLI - G. BASSO - K. JAFFE - J. GRAFMAN, *Neural Correlates of Imaginal Aggressive Bahavior Assessed by Positron Emission Tomography in Healthy Subjects*, in *Am J Psychiatry* 2000; 157:1772-1781.

[86] Per una panoramica sull'interazione tra riflessione filosofica e ricerca scientifica rispetto alle questioni sollevate dalle neuroscienze v. M. DE CARO - M. MARAFFA, *Mente e morale. Una piccola introduzione*, Roma, 2016; V. GALLESE, *Neuroscience and Phenomenology*, in *Phenomenology & Mind*, 2011, 1, p. 33 ss. V. anche O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *Enc. dir. Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 711 ss.; L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. PALAZZANI - R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, p. 121 ss.; A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 497 ss.; A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, p. 499 ss.; F. PAGLIERI, *La struttura temporale dell'azione intenzionale: illusione della volontà o illusione delle neuroscienze?*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 2, p. 347 ss.

Ma tra gli studiosi di questi nuovi percorsi di ricerca scientifica è emerso altresì un atteggiamento critico rispetto all'effettivo potenziale esplicativo di simili tecniche e, in particolare, all'apporto conoscitivo che le stesse sono in grado di introdurre nel processo penale. Quanto alle tecniche di *brain imaging*, le stesse non si presentano come mere evidenze ma racchiudono una complessità di contenuti che soltanto uno sguardo competente è in grado di decifrare[87]. Le immagini prodotte dalle tecniche neuroscientifiche, poi, sembrerebbero caratterizzate da una peculiare attitudine suggestiva e persuasiva, inducendo affidamento circa la natura obiettiva del loro contenuto.

In ambito giudiziario, dopo le note applicazioni di tecniche neuroscientifiche in alcuni processi penali[88], la giurisprudenza ha avuto occasione di esprimere sulla questione un atteggiamento improntato a cautela, evidenziando, da un lato, che le tecniche neuroscientifiche non possono sostituire ma soltanto affiancare i tradizionali strumenti di valutazione peritale e, dall'altro lato, che le stesse non godono tuttora nei rispettivi ambiti scientifici di un grado sufficiente di affidabilità[89], dovendo essere sottoposte in futuro a più approfondite indagini.

---

[87] Si veda, sul tema, L. MAFFEI, *La libertà di essere diversi*, Bologna, 2011. L'A., dopo aver rimarcato che le immagini rappresentano un mezzo di comunicazione «molto potente anche per la loro intrinseca struttura fisica rispetto ai messaggi fatti di parole», ha osservato che l'immagine «porta tutta o molta dell'informazione di un dato messaggio nello stesso momento e può essere di per sé tutto il messaggio completo, un concetto a sé stante», *ivi*, p. 126.

[88] Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze: Corte di assise di appello di Trieste, 1° ottobre 2009, n. 5, cit.; Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1, p. 246 ss. con nota di G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, *ivi*, p. 251 ss.; Trib. Cremona, 19 luglio 2011, n. 109, inedita, sulla quale cfr. L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 3, p. 903 ss. Con specifico riferimento alle metodologie di accertamento scientifico impiegate nel processo svoltosi avanti il Tribunale di Cremona, dove ha trovato applicazione il test a-IAT (*Autobiographical Implicit Association Test*), cfr. anche I. MERZAGORA - A. VERDE - C. BARBIERI - A. BOIARDI, *Come mente la mente. Un nuovo strumento per valutare la memoria*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1896 ss.

[89] In una recente vicenda giudiziaria la Corte di cassazione, respingendo per condivisibili ragioni processuali un elaborato peritale rinnovato ed integrato da dati neuroscientifici che la difesa dell'imputato aveva tentato di introdurre tardivamente nel processo, ha colto l'occasione per affermare che «le c.d. neuroscienze» possono vantare «isolate applicazioni nel campo giudiziario (si contano pochissimi precedenti),

In questo contesto in significativa evoluzione, problematico sul piano tanto scientifico quanto della condivisione delle relative acquisizioni nella dialettica processuale, nuovi spunti di riflessione sono offerti proprio dalle vicende esaminate, in primo luogo dalla sentenza con la quale il Tribunale di Milano si è pronunciato – come si è detto[90] – sulla responsabilità dello straniero di nazionalità ghanese affetto da schizofrenia paranoide, riconoscendo all'imputato un trattamento sanzionatorio attenuato ai sensi dell'art. 89 c.p. per i delitti commessi. Nell'ambito di questa recente vicenda giudiziaria si è fatto ricorso alle tecniche neuroscientifiche – in particolare alla risonanza magnetica funzionale[91] – come strumento di indagine circa le condizioni psichiche dell'imputato, non in via esclusiva e prioritaria ma integrativa degli strumenti già esperiti e, soprattutto, in una prospettiva di confronto critico rispetto all'intero compendio probatorio disponibile. Le indagini sulle condizioni psichiche del soggetto, infatti, sono state avviate mediante accertamenti tradizionali come il colloquio clinico, secondo l'impostazione teorico-metodologica per cui deve ritenersi inappropriato il procedimento che ricorra ad «esami strumentali, di qualsiasi tipo, prima di aver formulato una diagnosi clinica di indirizzo»[92]. L'esame neurologico, infatti, ha avuto lo scopo principale di sottoporre a verifica la diagnosi di schizofrenia paranoide già formulata in esito all'analisi della documentazione medica ed ai colloqui effettuati con l'imputato, e di superare le incertezze residue dovute alle difficoltà di comunicazione sul piano linguistico[93].

---

sintomo questo di una inadeguata verifica da parte della comunità scientifica», cfr. Cass., sez. I, 2 ottobre 2012, n. 43021, cit.

[90] Vedi *supra*, § 3.

[91] Vedi la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, cit., p. 18 s.

[92] U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, p. 2733. Osservano che «alla diagnosi di tutti i disturbi psichiatrici si giunge con l'esclusivo ricorso a strumenti clinici provenienti dal colloquio e dalla osservazione» R. CATANESI - V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, cit., p. 178.

[93] Cfr. la perizia psicopatologico forense del 7 ottobre 2013, p. 22, dove i periti hanno chiarito che si è «optato per una valutazione neuropsicologica in quanto meno influenzata dalle prestazioni verbali. Stante la natura dei reati, si è inoltre ritenuto corretto procedere ad un assessment neuromorfologico mediante

Indagini di tipo neurologico sono state espletate anche nel processo svoltosi avanti il Tribunale di Piacenza, che ha visto come protagonista – come si è detto[94] – un genitore resosi responsabile della morte del figlio minore, "dimenticato" per ore a bordo della propria autovettura. In quel caso le indagini sono state indirizzate alla verifica della diagnosi di amnesia dissociativa già formulata dal perito all'esito di un percorso clinico-diagnostico condotto con l'imputato, durante il quale tale sintomatologia era emersa. L'accertamento in questione, che ha indicato aspetti meritevoli di approfondimento anche sul piano strettamente terapeutico, si è rivelato prezioso ai fini della valutazione psichiatrico-forense nel confortare, con dati empirici verificabili[95], la presenza nel soggetto di anomalie nel funzionamento di processi psichici e, in particolare, nelle prestazioni della memoria. In tal modo, da un lato si è offerta al giudice una piattaforma di informazioni sufficientemente ampia ed affidabile per pronunciarsi in un caso estremamente difficile, nel quale alle ragioni della scienza sull'anomalo funzionamento di processi psichici si affiancano ulteriori ragioni, etico-giuridiche, che impongono di non addebitare le conseguenze di un evento lesivo, anche se di spiccata gravità, in assenza di un rimprovero di colpevolezza individualizzato; dall'altro lato, si sono offerti all'autore materiale di un comportamento tragicamente abnorme, giudicato «traumatizzante ai limiti estremi della tolleranza psichica»[96], strumenti forse utili ad affrontarne le conseguenze sul piano esistenziale.

Esigenze di approfondimento e di conferma, che non costituiscono espressione di un fideistico affidamento alle tecniche neuroscientifiche né di un acritico ripiegamento sui loro esiti, hanno improntato, dunque, l'indagine

---

Risonanza Magnetica Nucleare, anche per doverosamente escludere la presenza di grossolane patologie cerebrali quali neoplasie, infiammazioni, infezioni».

[94] Vedi *supra*, § 5.

[95] L'accertamento peritale è stato espletato attraverso colloqui clinici, test psicodiagnostici ed esami di tipo neurologico (EEG e *Multi Sleep Latency Test*), finalizzati a verificare la presenza di patologie di natura epilettica. All'esito di tali indagini sono state effettivamente evidenziate «anomalie di tipo parossistico», meritevoli di approfondimento anche a fini terapeutici, cfr. perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, cit., p. 10.

[96] In questi termini la perizia psichiatrica del 12 aprile 2014, p. 19.

sull'infermità mentale nei casi descritti, realizzando una positiva dimostrazione delle potenzialità che un approccio integrato ed interdisciplinare può offrire in questo campo all'accertamento penale[97]. Nel contempo, i casi descritti hanno evidenziato che, anche rispetto ad ambiti in significativa evoluzione come le neuroscienze, rimane imprescindibile il contributo del perito, figura dotata di competenze insostituibili sul piano esperienziale, nel valutare rispetto a quali specifici problemi l'approfondimento scientifico possa essere utile e a quali lacune conoscitive le nuove tecniche neuroscientifiche possano sopperire.

Senza dimenticare, tuttavia, che una delle potenzialità più preziose che l'esperto psichiatra forense è in grado di esprimere è l'attitudine a rapportarsi con profondità e in modo dialettico alla persona. E se da un lato l'ampliamento dello spettro di indagine all'esperienza dell'imputato può essere valutato con sfavore, come indebita intrusione in una dimensione esistenziale che fuoriesce da un giudizio di responsabilità penale "per il fatto"[98], dall'altro lato proprio uno sguardo

---

[97] Approccio peraltro già presente, in particolare, nella nota sentenza del Tribunale di Como già richiamata, v. nota 88. Rileva che gli studi neuroscientifici sono in grado di offrire un ampliamento della piattaforma conoscitiva su questioni centrali per il diritto penale, dovendo tuttavia essere considerati «un percorso metodologico e non la risposta, frutto invece di una procedura integrata», G. ZARA, *La validità incrementale della psico-criminologia e delle neuroscienze in ambito giuridico*, in *Sistemi intelligenti*, 2013, 2, p. 328.

[98] Vengono in considerazione, a questo proposito, le problematiche inerenti le caratteristiche ed i limiti della perizia psichiatrica nell'ambito del processo penale. Il divieto di perizia psicologica e criminologica, sancito dall'art. 220 c.p.p., continua ad essere affermato con convinzione da una parte della dottrina processualistica, come fondamentale garanzia dell'imputato rispetto ad una dimensione esistenziale da ritenere estranea all'accertamento processuale sul "fatto". Altri orientamenti dottrinali evidenziano, al contrario, la progressiva, sostanziale contaminazione dello strumento peritale, che accoglie oltre agli approfondimenti più strettamente medico-psichiatrici anche contenuti di tipo psicologico e criminologico; per questi rilievi cfr., in particolare, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le prove*, Torino, 2009, p. 225 ss.; P. MOSCARINI, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 929 ss. Vedi anche P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, p. 360 ss. Sottolinea che dalla disciplina processuale sui limiti di ammissibilità della perizia di cui all'art. 220 e ss. c.p.p. risulta «definito il grado di accettazione nel processo penale del contributo di un "tecnico" […] munito di uno scibile non giuridico», grado di accettazione «a sua volta estremamente rappresentativo, nel suo assetto vigente e ancor più nei mutamenti subiti in periodi diversi, della più generale apertura interdisciplinare delle scienze penalistiche […] nei confronti di quelle che tradizionalmente vengono chiamate le "scienze ausiliarie" del diritto penale, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 175.

retrospettivo sulla persona coinvolta può fornire al giudice chiavi di lettura decisive per ricostruire la condizione effettiva dell'agente al momento della condotta.

Emblematica, in questo senso, è stata l'indagine psichiatrico-forense espletata nel caso dell'aggressione mortale posta in atto dal giovane di nazionalità ucraina affetto da schizofrenia paranoide[99]. Accanto alle tradizionali indagini cliniche e testistiche, necessarie a verificare sul piano strettamente medico-organicistico i sintomi della malattia, sono stati i colloqui con l'imputato a delineare con maggiore precisione una condizione patologica rivelatasi complessa e multifattoriale[100], le cui radici affondano anche in relazioni sociali e famigliari problematiche[101]. Un'impostazione clinica orientata al dialogo e connotata da una profonda, spiccata attenzione alla persona, ha indotto l'esperto a prendere in considerazione anche scritti personali dell'imputato – tra i quali numerosi disegni ed un diario autografo – che hanno dato conto, nella drammaticità dei loro contenuti[102], della progressione, incontrastata, dei sintomi della grave patologia schizofrenica dalla quale l'individuo era affetto[103]. Un approccio dialogico[104] ricercato su plurimi livelli comunicativi e

---

[99] Vedi *supra*, § 4.

[100] L'accertamento peritale espletato ha evidenziato nel soggetto pregresse problematiche psicologiche di vittimizzazione in età infantile da atti di bullismo e, successivamente, abuso di sostanze stupefacenti ed uso di anabolizzanti. L'attenta ricostruzione del periodo immediatamente precedente la condotta delittuosa, e le analisi medico-tossicologiche eseguite successivamente all'arresto, tuttavia, hanno consentito di escludere con certezza che l'azione omicidiaria sia stata condizionata dall'effetto di tali sostanze, cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 55 ss.

[101] Cfr. consulenza tecnica d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., p. 55 ss.

[102] Esplicita, a questo proposito, anche la relazione peritale d'ufficio del 21 aprile 2011, cit., specialm. p. 28 ss. Nel contesto di una narrazione «frammentata, povera, ricorsiva, tendenzialmente iperconcreta, nella quale c'è pochissimo spazio per sentimenti, programmi di cooperazione con altri» e nel contempo caratterizzata da una «elevatissima aggressività verbale e grafica», il perito psichiatra forense ha riscontrato nell'imputato una «implosione delle funzioni dell'Io, che mostra di avere perso i confini spazio-temporali». La produzione narrativa e quella grafica oggetto di valutazione sono state ritenute intrinsecamente coerenti, compatibili «con un funzionamento di tipo psicotico […] che informa di sé, pressoché totalmente, il modo di essere-nel-mondo del periziando, connotato da sentimenti misti di attesa costante di danni ingiustamente a lui inflitti da forze esterne a volte reali a volte immaginarie», *ivi*, p. 30.

[103] Si vedano, sul punto, le osservazioni di U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 602 ss. L'A. osserva che «se la diagnosi di schizofrenia non pare difficile nei casi avanzati e ben differenziati, essa lo è invece nei casi più lievi e marginali in cui l'affezione inizia subdolamente […] o con disturbi polimorfi […] o presenta un decorso oligosintomatico», *ivi*, p. 603. Cfr. anche, tra gli altri, T. D. CANNON, *How Schizophrenia*

aperto a strumenti interpretativi non usuali ha dunque offerto alla valutazione giudiziaria non soltanto il responsabile di un delitto odioso ed efferato, fonte di indignazione collettiva e di richieste generalizzate di punizione e di censura, ma anche una persona la cui esperienza esistenziale, il cui "essere-nel-mondo", sono profondamente segnati dalla sofferenza psichica.

Key Words: criminal responsibility, mental illness, scientific evidence, neurosciences, expert witness

Abstract: Compared to the large number of cases in which the insanity defence is raised, criminal Courts find the defendant insane only in a very small part. Mental illness is often marked as the main cause of violent crimes, but psychologists, criminologists and the case law show that also strong emotions like rage, hate and jealousy could lead a person to act violently. Recent neuroscience studies have highlighted that behaviour has a biological basis, although this does not mean that behaviour is "biologically determined". Many neuroscience researchers have cautioned about a wide array of methodological difficulties and interpretative challenges in researching cognitive and brain mechanisms as well as mental disease. Explanations offered by psychological and psychiatric expert witnesses during the criminal proceeding are essential in order to help resolve a range of issues, namely the one of whether the defendant appreciated the wrongfulness of his or her conduct. As the case law discussed in this essay emphasizes, even serious mental illnesses like schizophrenia are not the determining factor of a defendant's inability to control himself. Neuroscience evidence – particularly neuroimage-based evidence – should always be supported by an expert explanation and followed by an independent judicial assessment on the criminal conduct. Finding a defendant not guilty by reason of insanity is a legal conclusion, not a scientific result.

Develops: Cognitive and Brain Mechanisms Underlying Onset of Psychosis, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2015, Vol. 19, No. 12, 744 ss.; V. GALLESE - F. FERRI, *Psychopathology of the Bodily Self and the Brain: The Case of Schizophrenia*, in *Psychopathology*, 2014, 47, 357 ss.; T. WHITE - A. ANJUM - S. C. SCHULZ, *The Schizophrenia Prodrome*, in *The American Journal of Psychiatry*, 2006, 163, 3, p. 376 ss.

[104] Sottolineano l'importanza di un approccio dialogico nella valutazione e nel trattamento dei soggetti affetti da patologie di tipo schizofrenico, in particolare, C. BOLLAS, *Se il sole esplode. L'enigma della schizofrenia*, trad. it., Milano, 2016; E. BORGNA, *Come se finisse il mondo. Il senso dell'esperienza schizofrenica*, 4° ed., Milano, 2015.