

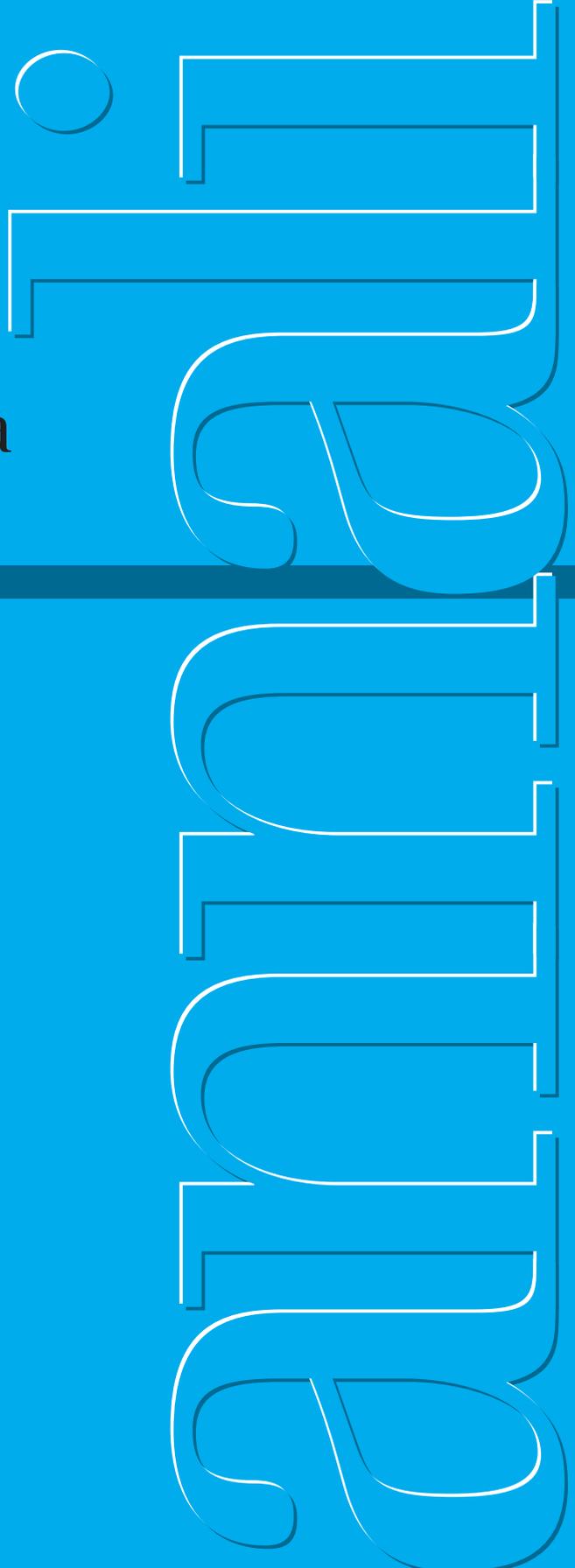


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PALERMO

Annali della Facoltà
di Economia

AREA **GIURIDICA**

2004-06
ANNI LVIII-LX





Università degli Studi di Palermo

Annali della Facoltà di Economia

AREA **GIURIDICA**

2004-06
ANNI LVIII-LX

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Gli articoli riflettono esclusivamente le opinioni dei rispettivi Autori

PRESIDE DELLA FACOLTÀ
Prof. CARLO DOMINICI

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. VINCENZO LO JACONO

DIRETTORE RESPONSABILE
Prof. GIUSEPPE INGRASSIA

COMITATO SCIENTIFICO
Proff. C. BAVETTA - G. CAMARDA
C. CAMMALLERI - S. PIRAINO

ANNALI DELLA FACOLTÀ DI ECONOMIA - UNIVERSITÀ DI PALERMO

RIVISTA SCIENTIFICA

Aderente al Centro Italiano ISSN e all'Agenzia ISBN

ISSN 1827-8388

Iscrizione al Tribunale di Palermo

27 luglio 2005

EDITORE

Facoltà di Economia - Biblioteca Centrale

DIREZIONE E REDAZIONE

Facoltà di Economia
Viale delle Scienze, Ed. 13
90128 Palermo
E-mail: ingra@unipa.it

INDICE

GABRIELLA CANGELOSI - <i>Vicende normative delle immunità parlamentari</i>	»	9
SILVIO FALDETTA - <i>Ancora in tema di sale-and-leaseback</i>	»	37
DIEGO ZIINO - <i>Profili dell'interpretazione giuridica</i> ...	»	107

GABRIELLA CANGELOSI

VICENDE NORMATIVE DELLE IMMUNITÀ PARLAMENTARI

Sommario: 1. Introduzione; 2. La *ratio* dell'immunità e la posizione della dottrina; 3. L'immunità parlamentare nella disciplina costituzionale; 3.1 Dopo l'approvazione della legge 20 giugno 2003, n. 140; 3.2 Il caso dell'incostituzionalità del c.d. lodo; 4. Gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale; 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Le prerogative parlamentari si affermano per la prima volta in Inghilterra; la loro evoluzione coincide con il processo di superamento del regime assolutistico gradualmente soppiantato da quello costituzionale parlamentare (1). Dirette a sottrarre i membri del Parlamento al sindacato sulle opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio della loro funzione (e, al tempo stesso, alla giurisdizione ordinaria), tali prerogative sono dettate dall'esigenza di garantire l'autonomia di certi gruppi politici – portatori di interessi in contrasto con la Corona – dagli attacchi ai quali sono esposti attraverso la giurisdizione amministrata in nome del monarca. La teoria dello Stato inglese perde, in Francia, i suoi caratteri empirici, derivati dalla pratica quotidiana; con la teoria di MONTESQUIEU e di ROUSSEAU (2), infatti, si afferma un certo modo di intendere la divisione dei poteri e le immunità incominciano a seguire un altro indirizzo evolutivo in termini molto vicini agli attuali (3).

In Italia, sin dai tempi dello Statuto Albertino, la questione dell'immunità parlamentare assume una certa importanza. Due illustri co-

(1) ERSKINE M., *Treatise on the Law, Privileges Proceedings and Usage of Parliament*, London, 1950, pp. 40 ss.

(2) “*Occorre, per la disposizione stessa delle cose, che il potere arresti il potere*” (CHARLES DE SÉCONDAT, barone di MONTESQUIEU, in *Lo spirito delle leggi*, 1748). Per maggiori approfondimenti sul tema della separazione dei poteri, cfr. SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, Vol. II, 1984. PIERRE, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Paris, 1893.

(3) Cfr. MICELI, *Immunità parlamentari*, in *Enc. giur. it.*, VIII, pt. I, 1902, p. 109.

stituzionalisti ottocenteschi, LUDOVICO CASANOVA e LUIGI PALMA, definiscono le norme statutarie in materia d'immunità, secondo un'interpretazione restrittiva, invocando il principio statutario dell'*eguaglianza di tutti i regnicoli davanti alla legge* (art. 24) (4) e affermando che *“i privilegi contenuti nell'art. 45 del nostro Statuto, originati dalla necessità di altri tempi di difendersi dagli arbitrii dei Re, ripugnano all'eguaglianza civile e alla distinzione dei poteri dei tempi nostri. Sono armi del passato che non bisogna smettere del tutto, sono in certi limiti giustificabili, perché sono una guarentigia della indipendenza politica dei deputati; ma non bisogna dimenticare che sono sempre privilegi, i quali cioè, oltre al creare e mantenere una spiacevole ineguaglianza dei cittadini davanti alla legge, offendono in sé la libertà e il diritto dei privati e dell'azione pubblica. Non bisogna soprattutto dimenticare il gran principio giuridico che i privilegi debbono intendersi restrittivamente, e perciò nulla potrebbe essere più contrario al diritto quanto una loro arbitraria estensione, non fondata sopra alcuna legge, contraddetta da tutto il diritto pubblico, appoggiata soltanto a ragioni di fantasia, alle passioni politiche e ai pregiudizi corrompitori di corpo”* (5). Tale approccio interpretativo viene criticato e, pertanto, avanzano posizioni differenti, come quella assunta da ORLANDO, il quale sostiene che *le immunità non costituissero uno jus singulare derogatorio del principio statutario dell'eguaglianza davanti alla legge, ma costituissero piuttosto uno jus commune discendente dal principio della sovranità degli organi costituzionali* (6). La posizione di ORLANDO

(4) Cfr. ORLANDO V.E. su *Immunità parlamentari ed organi sovrani*, in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 476 ss. Mentre Ludovico Casanova, nel 1859, esclude l'applicabilità, in ogni tempo, ai senatori del divieto di arresto per debiti (art. 46 St.) previsto esplicitamente per i soli deputati, Luigi Palma, nel 1884, auspica un'interpretazione restrittiva del potere della Camera (art. 45 St.) di consentire l'arresto ai deputati sull'esercizio di una prassi “molto larga”.

(5) PALMA L., *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, Pellas, Firenze, 1884, p. 508, conclude: *“Sarà bene ancora rammentare le savie ed eloquenti parole del Pisanelli, in una delle nostre discussioni parlamentari sui detti privilegi, il 21 dicembre 1872: Riconosco volentieri che nell'art. 45 è sancita un'alta guarentigia per l'indipendenza e la libertà del deputato, ma ciò non scema il concetto che quell'articolo sancisce un privilegio. E noi, o signori, noi che rappresentiamo il popolo, ricaviamo dal diritto comune la nostra forza, il diritto comune deve essere la nostra divisa e la nostra bandiera ... Noi primi dobbiamo sentire il grande beneficio del trionfo del diritto comune, dell'eguaglianza civile; noi primi dobbiamo dare l'esempio di non impedire, di non turbare il libero corso della giustizia, noi primi dobbiamo mostrare confidenza nei magistrati del nostro paese”*.

(6) ORLANDO V.E. affianca alle Camere solo il Re, ma non è detto che egli non pensasse anche al Capo del Governo-Duce del fascismo, come organo supremo; in altro modo sostenuto da MORTATI C. nel saggio *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Cedam, Padova, 1931, nel quale tale tesi è sostenuta.

trova giustificazione nell'assunto secondo il quale è meglio considerare le immunità come prerogative degli organi sovrani. Si ritiene, tra l'altro, che i due costituzionalisti seguano la dottrina tradizionale francese, contrassegnata da un orientamento segnato da una molteplicità di contributi storici e filosofici.

Oggi, nonostante il contesto storico-giuridico si sia evoluto presentando nuove peculiarità e caratteristiche, i termini del dibattito non sembrano essere variati.

Il tema maggiormente adoperato per spiegare l'immunità di determinati organi è rappresentato dall'attribuzione di sovranità (7) e, soprattutto, dalla dipendenza degli organi sovrani verso il popolo (8). Un'autorevole dottrina tedesca afferma come in uno Stato costituzionale non possano esistere sovrani (9). La Costituzione italiana del 1948, infatti, oltre a sancire che la sovranità appartiene al popolo, sottolinea che essa è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, co. 2) (10). Una conseguenza necessaria del principio di sovranità popolare è data dai lineamenti dell'organizzazione costituzionale il cui fulcro è rintracciabile nel Parlamento che non è sovrano di per se stesso, ma è l'organo di più immediata derivazione dal popolo e, come tale, assume in sé la funzione di fare le leggi e di determinare e dirigere la formazione e l'attività del governo (11). La Costituzione, inoltre, riconosce e garantisce, tra i principi supremi dell'ordinamento giuridico italiano, l'eguaglianza tra i cittadini davanti alla legge (art. 3, co. 1) (12). Tali principi sono imm modificabili, poiché la Costituzione è rigida e non ammette che siano oggetto di revisione costituzionale sia i prin-

(7) KLITSCHÉ DE LA GRANGE T., *Immunità e giurisdizione ordinaria*, in Palomar, n.1/2003 (14), p. 76 s. ORLANDO V.E., *Immunità parlamentare ed organi sovrani* (1933), ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 487.

(8) KLITSCHÉ DE LA GRANGE T., *Immunità e giurisdizione ordinaria*, cit., p. 79.

(9) KRIELE M., *Einführung in die Staatslehre*, V aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pp. 121 ss.

(10) Art. 1, Cost. *L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.*

(11) Cfr. *Materiali della Repubblica, Assemblea costituente*, vol. I°, tomo II°, Notor, Reggio Emilia, 1991, pp. 335 ss.

(12) Art. 3, Cost. *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

cipi fondamentali, dalla quale essa stessa promana, sia la forma repubblicana dello Stato italiano (art. 139) (13). Alla luce di tali considerazioni è possibile affermare che il popolo non può, con il suo voto, rendere immuni giudiziariamente i propri eletti e che nessun organo costituzionale, monocratico o collegiale, può dirsi, per definizione, sovrano. Le immunità dalle leggi e dal processo valgono solo nei limiti delle previsioni costituzionali.

Una parte della dottrina giuspubblicistica (14) considera con particolare attenzione la necessità di garantire ai membri del Parlamento – sia come *uti singuli* che come elementi costitutivi di un organo collegiale – un effettivo ed inviolabile spazio di autonomia. Tale impostazione vede l'avanzare di una sorta di *statuto giuridico* particolare dei parlamentari, caratterizzato dall'attribuzione agli stessi di una pluralità di prerogative al fine di proteggere compiutamente il corretto e libero esercizio della funzione legislativa dalle indebite interferenze provenienti dagli altri poteri istituzionali. In tal senso, nell'ordinamento giuridico interno, assumono un ruolo centrale le immunità parlamentari e l'insindacabilità.

“Immunità”, “guarentigie”, “prerogative” e “privilegi” sono tutte espressioni che vengono usate per indicare quel complesso di disposizioni normative con cui si garantisce ai membri del Parlamento uno status giuridico particolare, soprattutto per quanto attiene all'esercizio di certe libertà, che si sostanzia fundamentalmente nella previsione di deroghe al diritto comune. Tali immunità hanno particolari connotazioni secondo le epoche storiche ed i regimi politici di riferimento.

Le critiche sull'intera costruzione delle prerogative parlamentari non mancano, anche per la difficile convivenza tra tali prerogative ed altri principi costituzionali; di recente molti sono i detrattori di questo sistema di garanzie – tuttavia costituzionalmente codificato – in favore dei parlamentari. Alcuni autori si spingono, in molte occasioni, sino a ritenere *che le immunità e le insindacabilità come meri retaggi di un passato ormai lontano, capaci soltanto di rappresentare, nel sistema di oggi, un ostacolo alla piena realizzazione del già ricordato principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e di quello di*

(13) Art. 139, Cost. *La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.*

(14) Cfr. MANZELLA A., *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia al par. 2 del presente articolo.

ragionevolezza. È possibile sostenere ancor oggi, seguendo la tesi del massimo sostenitore del principio costituzionale d'eguaglianza formale, che tale principio implica che la potestà della legge è egualmente identica per tutti, *sicché non vi è più in Italia principe o suddito sciolto dalle leggi, e non vi sono più sottoposti a potestà legislativa diversa da quella degli altri cittadini* (15).

La disciplina generale dei casi d'immunità di diritto interno si rinviene nella Carta Costituzionale e nelle successive leggi costituzionali, laddove quelli di diritto internazionale trovano, invece, riconoscimento negli artt. 10 e 11 Cost. e puntuale descrizione in Trattati, Convenzioni e Protocolli internazionali, spesso resi esecutivi in Italia attraverso leggi ordinarie. Da qui un necessario primo confronto con il dettato costituzionale e le successive modifiche ed integrazioni per comprendere la reale portata del diritto in questione. In materia, infatti, dai recenti confronti tenutesi nell'ambito non solo di programmi d'informazione radiotelevisivi, ma anche sulla stampa, si presenta ancora più pregnante il tema dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 3/1993 e della sua applicazione (16). Con le recenti sentenze della Corte Costituzionale per il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 140/2003 e con le altre pronunce, l'immunità parlamentare assume contorni ben definiti, e nuove prospettive sembrano avanzare sul fronte processuale.

Senza alcun intento di parte, si ritiene necessaria una cognizione di base di tipo tecnico-giuridica fornendo un contributo documentale concreto ed attuale in modo che la conduzione di ogni argomentazione in proposito possa appoggiarsi su informazioni chiare, altresì manifestamente deducibili dagli indirizzi annunciati dall'autorevole dottrina e dichiarati dalla giurisprudenza costituzionale.

2. La ratio dell'immunità e la posizione della dottrina

La ricerca del fondamento giuridico delle immunità parlamentari comprende il novero delle posizioni assunte dalla dottrina e le innu-

(15) ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova, 1954, p. 30.

(16) Legge 20 giugno 2003 n. 140, "Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 142 del 21 giugno 2003.

merevoli critiche che continuano ad alimentare il dibattito socio-istituzionale.

Nella prima metà del XX secolo la dottrina riconduce il fondamento dell'immunità parlamentare al concetto di *indipendenza dell'organo parlamentare* (17) segnalando, inoltre, la necessità della loro esistenza in un certo tipo di organizzazione costituzionale dello Stato (18) al fine di assicurare e garantire il libero esercizio della funzione parlamentare. Alcuni autori (ANCINI e GALEOTTI) osservano preliminarmente come l'indipendenza della funzione legislativa non è l'esclusivo fondamento della prerogativa, come recitano la dottrina e la pratica. Alla tutela dell'*indipendenza delle Camere* vengono annessi altri principi (19); si può intendere come prerogativa parlamentare *il mezzo per tutelare la libertà del potere legislativo, vale a dire l'esercizio del mandato parlamentare* (20) dal momento che l'indipendenza dell'organo può

(17) Cfr. LOJACONO G., *Le prerogative dei membri del Parlamento. Art. 68 della Costituzione*, Giuffrè, 1954, p. 22 ss., secondo cui "il fondamento delle prerogative è indicato nella tutela dell'indipendenza delle Camere non soltanto dal fattore tradizionale e dalle imprescindibili esigenze della struttura demoliberale del nostro Stato ma anche dallo spirito delle norme che lo regolano (*mens legis*) e dall'intenzione manifestata dal legislatore nel disporle (*mens legislatoris*)"; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1969, pp. 355 ss., secondo cui la ragione d'essere delle prerogative è nell'indipendenza di ogni Camera, organo costituzionale dello Stato.

(18) Intendendo che le immunità si giustificano solo in un certo tipo di regime politico (cfr. MARCHAND, *Les immunités parlementaires et la IV République*, Paris, 1950, pp. 21 ss., l'autore rileva un legame razionale tra sovranità nazionale e immunità parlamentare, mentre rintraccia incompatibilità tra sovranità popolare e immunità parlamentare. V. SOULIER, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, Paris, 1966, pp. 19 ss., l'autore esamina in modo approfondito le immunità in regime rappresentativo ed in quello sottoposto al mandato imperativo, nonché in regime semirappresentativo).

(19) Cfr. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1967, p. 399, secondo il quale *l'esercizio di potere sovrano inerente al mandato parlamentare importa che esso sia adempiuto in condizione di assoluta indipendenza di fronte agli altri poteri dello Stato nonché di fronte ai singoli elettori. A questo scopo sono stabilite delle guarentigie o prerogative in virtù delle quali il membro del Parlamento è sottratto al vigore del diritto comune, venendo ad essere coperto da immunità*. BOZZI A., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 101, secondo cui le prerogative consistono in norme dirette a garantire l'indipendenza e la sovranità della Camera sottraendo chi esercita la funzione parlamentare, nei modi stabiliti, dall'ambito del diritto comune.

(20) Cfr. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1967, p. 203, il quale, peraltro, ritiene le prerogative dirette a salvaguardare il regolare svolgimento delle funzioni del Parlamento; DRAGO, *L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire*, in *Rev. dr. publ.*, 1949, pp. 350 ss.: 1950, pp. 403 ss., secondo il quale l'immunità è legata al concetto di rappresentanza nazionale e ha per scopo di assicurare il libero svolgimento dell'attività parlamentare, permettendo ai membri di assolvere alle loro funzioni senza che siano distratti in mancanza di "*raisons sérieuses*"; sostiene che la prerogativa parlamentare di cui all'art. 68 Cost. "protegge la sfera di autonomia delle Camere e garantisce l'esercizio della funzione parlamentare" la C. cost. 28 gennaio 1970, n. 9, in *Giur. cost.* (supplemento), 1970, 41.

concretamente attuarsi solo garantendo l'*indipendenza dei suoi componenti* (21), considerando la prerogativa come diretta a salvaguardare il *plenum* assembleare.

Altri autori sottolineano che l'*indipendenza* dei membri del Parlamento ha rilievo soprattutto nei confronti di eventuali inferenze negative da parte del potere esecutivo (22) e si sostiene altresì che l'*immunità* si converte in una suprema garanzia della funzione parlamentare contro tutti i poteri e anche contro i privati (23).

All'*indipendenza* e alle sue articolazioni sono contrapposti altri fondamenti delle immunità parlamentari. Avanza la necessità di assicurare il *mutuo rispetto costituzionale* degli organi dello Stato determinata dalla speciale autonomia e autoctonia di ciascuno (24); da qui, si afferma il principio logico-giuridico capace di ordinare le diverse prerogative attribuite al Parlamento che si compone nell'*invulnerabilità* (25).

Le prerogative parlamentari esistono nell'*ordinamento giuridico* interno in quanto previste dalla Costituzione e nei limiti del riconoscimento da essa operato. Il richiamo all'art. 68 Cost. rappresenta, in genere, la ricostruzione ottimale delle immunità parlamentari.

In vero la maggior parte dei manuali di diritto pubblico riconduce la *ratio* dell'*immunità* nella tutela e nella garanzia del libero svolgimento ed esercizio delle funzioni del parlamentare (26). *Le immunità*

(21) ALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1963, p. 206, secondo cui l'*immunità* parlamentare è intesa ad assicurare esclusivamente l'*indipendenza* dei singoli parlamentari.

(22) Cfr. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, p. 157; SIOTTO PINTOR, *Nuovi dibattiti in tema di immunità*, in *Ann. Perugia*, 1908, § V e VI, pp. 157 ss., il fondamento delle immunità viene rintracciato *nella tutela dell'indipendenza contro persecuzioni dell'esecutivo dal che deduce anche che nell'ipotesi di deputato, accusato e tradotto in giudizio dalla Camera per la sua qualità di ministro, non dovrebbe richiedersi l'immunità poiché, essendo la Camera che accusa, essa non può sopraffarsi da se stessa.*

(23) VASSALLO P., *Discussioni*, tornata 18 dicembre 1907, in *Atti parl. Cam.*, pp. 18502 ss.

(24) Cfr. ROSSI L., *Le immunità dei deputati*, in *Arch. giur.*, 1897, LVIII, pp. 235 ss.

(25) Il concetto di *invulnerabilità* è inteso nel senso di *indipendenza* da ogni giurisdizione; tecnicamente importa che la persona o il collegio di persone che è coperta dell'*invulnerabilità*, non può essere sottoposta ad alcuna giurisdizione, in quanto questa si attui attraverso una coazione sulla persona.

(26) Cfr. BARBERA A. e FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 237. CARETTI P. e DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 160-164. In quest'ultimo testo gli autori puntualizzano come l'art. 68 Cost. stabilisce, innanzitutto, il principio della *insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse dai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni*. A differenza di qualsiasi altro cittadino, i membri del Parlamento godono di una libertà di manifestazione delle loro opinioni più ampia. Tale ampiezza si traduce nell'*imperseguibilità* del parlamentare rispetto al piano civile, penale e amministrativo. La *ratio* risiede nell'intento di *assicurare ai parlamentari una garanzia rinforzata alla libera espressione delle proprie opinioni, nonché all'esercizio delle funzioni deliberative*. Tale garanzia incon-

sono indisponibili ed irrinunciabili e quei parlamentari che ogni tanto si dimostrano disponibili a farne a meno lo fanno solo a fini propagandistici dato che ciò non è possibile nel nostro ordinamento (27).

Lo studio della natura giuridica delle immunità è seguito da molteplici convincimenti. HATSCHKEK articola le sue riflessioni in considerazione di un diritto speciale obiettivo (*objektives Sonderrecht*), per il quale la natura obiettiva delle immunità ha come presupposto di fondarsi su norme di diritto obiettivo e, altresì, di un diritto subiettivo (*subjektives Recht*) che si manifesta come un diritto di protezione collettiva per la funzionalità della Camera (28). L'immunità così può essere considerata come un privilegio del Parlamento osservando, però, che con ciò resta indecisa la questione se si tratti di un diritto speciale obiettivo ovvero di un diritto subiettivo del Parlamento.

Nel 1954, LOJACONO (29) denuncia la spaccatura che si sta aprendo tra le nuove istituzioni ed i principi costituzionali; egli rileva che si sta formando un movimento quasi consistente che non tollera le prerogative che sono concesse ai membri del Parlamento, parlando di *“uno strano fenomeno di opposizione alle prerogative dei membri del Parlamento. Nei giornali, nelle riviste scientifiche, nei comizi, nelle private riunioni, nelle stesse aule parlamentari, quelle prerogative sono state spesso esaminate e discusse con senso di sospetto, che talvolta ha sconfinato addirittura nella riprovazione”* (30). L'obiezione mossa riguarda l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge che in uno Stato di diritto si traduce anche nella responsabilità dell'autorità (31). Nel dibattito di quegli anni si aggiunge anche che le *“prerogative dei rappresentanti del popolo impediscono o quanto meno ostacolano la conservazione dell'ordine pubblico e di quello giuridico e che le medesime abbandonano gli stessi diritti dell'uomo, compresi quelli fondamentali, alla mercè dei nuovi tiranni”* (32). La tesi provocatoria di LOJACONO

tra solo il limite rappresentato dalle eventuali misure disciplinari disposte dal Presidente dell'assemblea, in caso di manifestazioni particolarmente offensive nei confronti di altri parlamentari o di terzi o comunque lesive della disciplina regolamentare.

(27) MAZZONI HONORATI M.L., *Diritto parlamentare*, Giappichelli, 2001, p. 127.

(28) Cfr. HATSCHKEK, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, I, Berlin, 1930, pp. 528 ss.; BELLONI, *Prerogative parlamentari*, in N.D.I., X, 1939, 194.

(29) LOJACONO G., *Le prerogative dei membri del Parlamento. Art. 68 della Costituzione*, Giuffrè, 1954, pp. 1 e ss.

(30) *Ibidem*.

(31) RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967.

(32) LOJACONO G., *Le prerogative dei membri del Parlamento. Art. 68 della Costituzione*, cit., p. 3.

difende questi istituti e si dimostra retoricamente favorevole alla loro abolizione se gli effetti sopra citati dovessero poi rivelarsi concreti.

Il tema dell'abolizione delle prerogative parlamentari è molto discusso, anche perché le ragioni che muovono i costituenti ad un disegno del genere sembrano oramai venute meno. KELSEN in *“Essenza e valore della democrazia”* richiama proprio quest'eventualità (33). La prima motivazione di tale situazione è rintracciabile nella conflittualità tra potere esecutivo e potere legislativo e nel fatto che la magistratura, legata al Governo, non gode di indipendenza ed autonomia.

In una nota decisione, l'Alta Corte per la Regione Sicilia il 20 marzo 1953 scrive: *“L'istituto stesso dell'immunità parlamentare può dirsi obsoleto: questo fu istituito quando la monarchia assoluta dell'ancien regime poteva con disposizioni autocratiche, fare arrestare qualsiasi cittadino che non fosse garantito dall'Habeas corpus. Ma nello stato di diritto qual'è quello delle moderne democrazie, l'istituto delle immunità non avrebbe ragion d'essere, dovendo la legge essere uguale per tutti. Certi istituti continuano ad esistere per tradizione quando i motivi originali che vi diedero luogo sono venuti meno”* (34).

Fin dal 1948 si presenta l'opportunità di riconsiderare il problema, ma tali premesse non sono seguite da mutamenti concreti, infatti, bisogna aspettare il 1993 per la modifica dell'art. 68 della Costituzione.

Con la legge costituzionale del 1993, in previsione di una nuova disciplina delle immunità parlamentari (*ex* art. 68 della Costituzione), si arriva a definire un dibattito e, quindi, a porre fine ad un periodo tormentato sulle prerogative parlamentari. La questione nasce per assicurare un corretto equilibrio di poteri che non intaccasse i diritti ed il mandato dei parlamentari.

La dottrina evidenzia spesso le contraddizioni interne alla prassi parlamentare, improntata più ad evitare per i membri delle Camere l'esercizio dell'azione giurisdizionale che a garantire il regolare svolgimento della funzione parlamentare (35).

(33) KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia* in *La democrazia*, Il Mulino, 1981, p. 83.

(34) Alta Corte per la Regione Siciliana, decisione del 20 marzo 1951, in GRISOLIA M. C., *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Cedam, Padova, 2000, p. 4.

(35) Cfr. Sul tema consulta: BRUNELLI D., *Immunità* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XV, Milano, 1989; BUCCI G., *L'esercizio della funzione parlamentare tra insindacabilità e privilegio*, in *Politica del diritto*, 1999, 71; CERASE M., *La rilevanza dell'interrogazione nell'insindacabilità*

La giurisprudenza parlamentare elabora alcuni criteri in base ai quali negare l'autorizzazione a procedere: oltre all'esistenza di un *fumus persecutionis* (36) si trova anche la manifesta infondatezza ed il carattere politico dell'accusa, la lieve entità del reato. Alcune volte il lavoro della Giunta per le autorizzazioni si sovrappone a quello dell'autorità giudiziaria: in alcuni casi la Giunta entra nel merito dei provvedimenti motivando il diniego dell'autorizzazione con l'inesistenza del reato o addirittura con l'insufficienza di prove (37).

Dalla XI legislatura si sono utilizzati criteri sensibilmente più oggettivi delle competenze spettanti al giudice. In generale se la guarentigia dell'immunità può essere considerata un giustificato contrappeso all'indipendenza assoluta concessa al potere giudiziario – che operando anche d'ufficio su notizie di reato potrebbe essere usato a fini politici – è anche vero che la maggioranza dell'opinione pubblica considera le immunità come ingiuste a causa senz'altro del cattivo uso che se n'è fatto negli anni. In certi casi si è utilizzata una garanzia come un privilegio per garantire l'impunità ad alcuni personaggi anche di fronte a gravi reati (basta considerare le numerose autorizzazioni negate

parlamentare: nuovi aspetti (Nota a C. Cost., 6 dicembre 2002, n. 521), in *Foro it.*, 2003, I, 1014; CHIEPPA V., *Le prerogative parlamentari in I controlli sul potere*, Vallecchi, 1967, p. 41; CIAURRO G., *Prerogative Costituzionali* in *Enc. giur.*, vol. XXXV, Milano, 1986; CUOCOLO F., *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2002; DI CIOLO V. e CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2003; GRISOLIA M. C., *Immunità parlamentari e Costituzione - La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, cit.; LATINI C., *Il privilegio dell'immunità*, Giuffrè, Milano, 2002; LASORELLA G., *Le "opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni" parlamentari ex art. 68, primo comma, della Costituzione tra Camere, giudici e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 483; MANZELLA A., *Il Parlamento*, cit.; MARTINELLI C., *L'insindacabilità parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2002; MASSAI A., *Dentro il Parlamento: come funzionano le Camere*, Il Sole 24 ore libri, 1996; MELE M. E., *L'art. 68 primo comma della Costituzione: l'insindacabilità dei membri del Parlamento* (Nota a Cass., sez. V pen., 24 settembre 1997), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1044; MICELI V., *Immunità parlamentari* (Voce), in *Enc. giur. it.*, vol. VII, 1902; PERLINGIERI P., *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 2001; RIDOLA P., *L'insindacabilità parlamentare tra "nesso funzionale" e "libertà politica" delle assemblee rappresentative* (Nota a C. Cost., 4 novembre 1999, n. 417), in *Giur. cost.*, 1999, 3663; RIVOSCECCHI G., *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, Giuffrè, Milano, 2002; SEPE F., *Status del Parlamento*, Roma, 1977; TABARRO P., *L'invulnerabilità dei parlamentari: prerogativa o privilegio?*, in *Rass. Parl.*, 1990, pp. 495 e ss.; TRAVERSA S., *Immunità parlamentare* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970; ZAGREBELSKY G., *Le immunità parlamentari*, Einaudi, Torino, 1979.

(36) Si è richiamato spesso il motivo addotto dai parlamentari sull'esistenza del c.d. *fumus persecutionis* quale presupposto necessario per il rifiuto dell'autorizzazione a procedere previsto ex art. 68 Cost., secondo comma.

(37) MAZZONI HONORATI M.L., *Diritto parlamentare*, cit., p. 132.

durante *Tangentopoli* nell'aprile del 1993). La questione appare ulteriormente acuita dalle decisioni del giudice costituzionale.

3. L'immunità parlamentare nella disciplina costituzionale

La disciplina generale dell'immunità parlamentare è rinvenibile nelle disposizioni costituzionali di riferimento. Nel regolare i rapporti tra parlamentari e corpo elettorale l'art. 67 Cost. sancisce un importante principio del "divieto di mandato imperativo" in base al quale *ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le proprie funzioni senza vincolo di mandato* (38). Tale principio comporta per i membri del Parlamento la libertà e l'obbligo di svolgere le proprie funzioni secondo coscienza e non esclusivamente in base alle indicazioni del partito cui appartengono, rappresentando esclusivamente la volontà popolare. Nessun parlamentare può, dunque, essere distolto dal proprio mandato, o subire sanzioni o provvedimenti disciplinari, che incidano sul suo *status* di parlamentare, ma è libero di comportarsi in autonomia ed indipendenza. Lo *status* di parlamentare comporta l'acquisizione di una serie di prerogative volte sostanzialmente a garanzia dell'indipendenza e l'autonomia di questi da qualsiasi ingerenza esterna sanciti soprattutto nell'art. 68 Cost. (39).

Ai sensi dell'art. 68 Cost. i membri del Parlamento godono di una serie di immunità atte a tutelare il libero esercizio delle funzioni e, precisamente, viene sancito che *"I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato"*

(38) Art. 67, Cost. *Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.*

(39) La prassi, fino alla riforma costituzionale del 1993, adotta un'interpretazione estensiva dell'art. 68 Cost. distinguendo tra insindacabilità propria e insindacabilità impropria. Nel primo caso, per il parlamentare neanche si pone il problema della sua perseguibilità; nel caso dell'insindacabilità impropria, relativa all'attività politica dei parlamentari al di fuori della Camere, invece, le Camere negano l'autorizzazione a procedere all'organo giurisdizionale che avanza l'azione penale. Tale situazione ingenera confusione tra un'insindacabilità di tipo *assoluto* e la garanzia dell'improcedibilità di tipo *relativo*. Le critiche sollevate da una prassi parlamentare non sempre rigorosa in sede di concessione delle autorizzazioni a procedere portano alla riforma dell'art. 68 Cost.

o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazione, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza”.

Le immunità parlamentari si distinguono in: insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi nell'esercizio delle proprie funzioni (art. 68, co. 1); immunità processuale (art. 68, co. 1 e 3). In primo luogo, il dettato costituzionale in questione fonda il principio della c.d. *insindacabilità*, che intende proteggere la piena libertà di espressione del membro del Parlamento, *al fine di evitare qualunque tipo di condizionamento che potrebbe derivare dalla consapevolezza di poter essere chiamati, un giorno, sia in sede penale che civile, a rendere conto del proprio operato* (40). Non è un caso che la prerogativa dell'insindacabilità non venga meno con la mancata rielezione del singolo parlamentare, ma si protragga anche oltre la scadenza della sua carica e che si tratti, almeno all'interno del sistema italiano, di un istituto irrinunciabile in quanto posto a difesa di un'istituzione pubblica. L'insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi nell'esercizio del mandato parlamentare comporta, quindi, che i parlamentari non possono essere chiamati a rispondere ed a giustificare, né in sede penale né in sede civile o amministrativa, quanto dicono e come votano nell'esercizio delle loro funzioni. Ai sensi della legge 140/2003, il primo comma dell'art. 68 si deve applicare *per le opinioni espresse in merito alla presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento.*

La giurisprudenza costituzionale precisa che tali attività devono essere strettamente connesse con la funzione parlamentare e si riserva il compito di valutare caso per caso, in sede di conflitto di attribuzioni

(40) Cfr. MANZELLA A., *Il Parlamento*, cit.

fra Parlamento e autorità giudiziaria, la conformità delle decisioni parlamentari al dettato costituzionale.

3.1. *L'approvazione della legge 20 giugno 2003, n. 140*

Nel percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale sull'insindacabilità parlamentare una tappa significativa è rappresentata dalla legge 20 giugno 2003, n. 140. L'approvazione della riforma dell'art. 68 Cost. (l. cost. 3/1993) lascia in sospeso numerosi interrogativi, sia sul piano dottrinale che su quello operativo. Alcune questioni vengono definite attraverso la disciplina legislativa di attuazione (l. 140/2003), altre ancora con l'intervento della Corte Costituzionale con una serie di sentenze (cfr. sent. n. 289 del 1998, nn. 10 e 11 del 2000, n. 509 del 2002, n. 219 del 2003) (41).

La prassi maturata fino al 1993, in particolare, è quella di negare l'autorizzazione a procedere, prescindendo da un analitico riscontro del necessario *fumus persecutionis* ai danni del parlamentare, inerente il singolo procedimento.

Nel 1989 si abbassa il livello di quelle garanzie che a volte vengono percepite dall'opinione pubblica come privilegi ingiustificati; si procede così a dettare nuove disposizioni costituzionali, tra cui il novellato art. 96 Cost. secondo cui "*Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale*" (articolo così sostituito dall'art. 1 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1) (42).

(41) Queste sentenze contengono l'affermazione di alcuni importanti principi: la competenza esclusiva della Camera di appartenenza a deliberare sull'applicazione dell'immunità; la riferibilità dell'immunità solo ad esternazioni collegabili inequivocabilmente all'esercizio delle funzioni proprie del parlamentare; l'obbligo da parte del giudice procedente di interrompere e di archiviare il procedimento, nel caso di decisione favorevole all'interessato da parte della Camera di appartenenza, fatta salva la possibilità di sollevare conflitto d'attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, qualora ritenga che tale decisione sia d'ostacolo illegittimamente il regolare esercizio delle proprie attribuzioni; il potere della Corte costituzionale di sindacare la correttezza della decisione della Camera (cfr. sentt. n. 28, 164, 235/2005).

(42) Legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. *Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione*, pubblicata dalla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 1989.

Il 29 ottobre 1993, con legge costituzionale n. 3, viene abrogata la disposizione che stabilisce la non perseguibilità dei parlamentari senza autorizzazione. Il novellato art. 68, come suddetto, riconosce *ai parlamentari l'insindacabilità dei voti e delle opinioni espressi nell'esercizio delle funzioni, l'immunità contro arresti, perquisizioni e intercettazioni non autorizzate, ma consente libere indagini ai magistrati e la possibilità di rinviare a giudizio parlamentari, ritenuti colpevoli, senza l'obbligo di ottenere l'assenso del Parlamento*. Una prima questione riguarda l'attuale forma di "bilanciamento" dei valori costituzionali (l'autonomia, la separazione e l'indipendenza dei poteri e l'egualianza dei cittadini), alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento in senso bipolare e del "*momento storico*", ovvero se sia ancora funzionale all'equilibrio democratico-istituzionale, oppure se siano necessari aggiustamenti. In tal caso c'è da domandarsi in quale direzione essi debbano essere definiti, se in senso ampliativo o riduttivo rispetto a questo assetto. Una reintroduzione della vecchia autorizzazione a procedere per i parlamentari richiederebbe una legge costituzionale e, sostanzialmente, una doppia lettura con rispettiva votazione e, qualora non si raggiunga il quorum dei due terzi nel secondo passaggio alle Camere, un referendum popolare. Un iter troppo lungo e farraginoso secondo diversi esponenti politici del Governo. La legge 140/2003, in realtà, non riguarda solo l'attuazione dell'art. 68 Cost., ma stabilisce anche la sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato (art. 1).

Il progetto del c.d. "lodo Meccanico" ipotizza la "non procedibilità" nei confronti delle più alte cariche costituzionali (Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio, Presidenti di Camera e Senato, Presidente della Corte Costituzionale). Nel concreto, si dispone al primo comma dell'art. 1 che "*Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'art. 90 della Costituzione, il presidente del Senato, il presidente della Camera, il presidente del Consiglio, salvo quanto previsto dall'art. 96 della Costituzione, il presidente della Corte Costituzionale*". Si prevede anche che "*dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi, nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali in corso in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla*

cessazione delle medesime". Infine, si affronta il tema della sospensione dei termini di prescrizione, richiamando l'applicazione dell'art. 159 del codice penale, quello che prevede la sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione mentre il processo è fermo, e ciò per non permettere quell'impunità da più parti ventilata e che, invece, tale norma non permette a nessuno. Questa è la situazione oggi nel nostro Paese al domani dell'approvazione di una legge che tanto fa discutere dentro e fuori dalle aule parlamentari.

L'art. 3 co. 1 della legge il legislatore prevede che *l'articolo 68, primo comma, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento.*

Premessa l'insindacabilità degli atti tipici del mandato, conforme alla tradizione parlamentare sia anglosassone che francese (e condivisa da tutti), tale disposizione offre a titolo esemplificativo alcune *species* di atti insindacabili e, poi, individua come criterio discretivo di chiusura, tra le dichiarazioni e gli atti coperti dalla prerogativa e quelli non coperti, la connessione con la funzione parlamentare. In tal senso la legge n. 140 del 2003 incide sull'evoluzione del nostro ordinamento, ovvero recepisce ai fini dell'insindacabilità parlamentare il principio del necessario nesso funzionale, contenuto in diverse decine di sentenze della Corte costituzionale e sempre sinora disatteso dalle Camere, tra le affermazioni del parlamentare e la sua attività tipica.

Sotto il profilo procedurale, la novità della l. n. 140 consiste nella reintroduzione del doppio *binario parlamentare*; l'art. 3, comma 4, prevede, infatti: *se non ritiene di accogliere l'eccezione concernente l'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione, proposta da una delle parti, il giudice provvede senza ritardo con ordinanza non impugnabile, trasmettendo direttamente copia degli atti alla Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento del fatto. Se l'eccezione è sollevata in un processo civile dinanzi al giudice istruttore, questi pronuncia detta ordinanza nell'udienza o entro cinque giorni.* Di seguito, al comma 5, dispone che *se il giudice ha disposto la trasmissione di copia degli atti, a norma del*

comma 4, il procedimento è sospeso fino alla deliberazione della Camera e comunque non oltre il termine di novanta giorni dalla ricezione degli atti da parte della Camera predetta. Questo significa che, nel caso in cui il magistrato procedente non ritenga di applicare alla fattispecie al suo esame la causa di giustificazione dell'esercizio della funzione parlamentare, è tenuto con ordinanza non impugnabile a sospendere il procedimento per 90 giorni ed a rimettere gli atti alla Camera competente affinché questa si pronunci. Già in passato i decreti-legge attuativi della riforma del 1993 portano alla prima introduzione di tale istituto, ma la loro successiva decadenza li fa venir meno. Allo scadere dei 90 giorni il procedimento giudiziario può riprendere. Ciò non determina tuttavia la consumazione del potere della Camera di deliberare. Nella logica del doppio binario, si evince sia dai lavori preparatori sia dal contenuto dell'art. 3, co. 7, che viene fatta salva la facoltà per il parlamentare interessato di presentare la questione al Presidente della Camera di appartenenza al di fuori di limiti temporali prefissati e con la possibilità che la Camera stessa chieda la sospensione del procedimento in attesa della decisione.

3.2. *Il caso dell'incostituzionalità del c.d. lodo*

La legge n. 140 del 2003 suscita ulteriori dibattiti, specie con riferimento al suo art. 1. Tale disposizione normativa sancisce, in via generale, il divieto assoluto di sottoporre a processo penale (43) le cinque maggiori cariche dello Stato con sospensione dei procedimenti a loro carico. Viene previsto il divieto di richiedere il rinvio a giudizio per i procedimenti nuovi e la sospensione automatica per quelli in fase processuale in corso. L'affermazione di tale garanzia non trova riscontro nella disciplina in materia di diversi paesi, tra cui: Inghilterra, Francia, Spagna, Germania, Stati Uniti, Canada o Australia (44). Non sembra

(43) Questo divieto vale per tutti i reati, commessi anche prima dell'assunzione della carica.

(44) Le uniche ipotesi di improcedibilità in costanza di mandato sono stabilite a favore del Presidente della Repubblica in Grecia, Portogallo e Israele. In Francia, essa è sostenuta in sede giurisprudenziale, con posizioni differenziate, dal Consiglio costituzionale e dalla Corte di cassazione, sulla base di argomentazioni non accolte unanimemente in dottrina, tanto che il Presidente Chirac ha nominato una commissione di esperti, la quale ha proposto una revisione della costituzione nel senso di prevedere l'improcedibilità nel corso del mandato, ma anche una procedura impostata secondo il modello dell'impeachment per il caso *manca ai suoi doveri manifestamente incompatibile con l'esercizio del suo mandato*.

casuale, inoltre, il riconoscimento contestuale di tale immunità a tali cariche. Alcuni autori riconducono le loro riflessioni, da un lato, al superamento del concetto relativo alla netta separazione tra le posizioni di vertice dei diversi poteri e, dall'altro, all'unione solidale che lega le stesse cariche rispetto all'ingerenza della giurisdizione.

Nel 2004, la Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 24 e 120 del 2004, dichiara l'incostituzionalità del secondo nonché – in via consequenziale ex art. 27 l. 87/1953 – del primo e terzo comma dell'art. 1 della legge 140/2003 per contrasto, rispettivamente, con gli art. 3 e 24 Cost. La Corte accoglie il quesito referendario tendente ad abrogare la norma in questione, per il quale si ritrovano raccolte le firme necessarie e, successivamente, depositate alla Corte di Cassazione. Con la sentenza n. 120 la Corte afferma che *non qualsiasi opinione espressa dai membri delle Camere è sottratta alla responsabilità giuridica, ma soltanto le opinioni espresse 'nell'esercizio delle funzioni'*, quindi, l'insindacabilità parlamentare *non può mai trasformarsi in un privilegio personale, quale sarebbe una immunità dalla giurisdizione conseguente alla mera 'qualità' di parlamentare*. La Corte ribadisce altresì che, seguendo la consolidata posizione della giurisprudenza, *non ha mai limitato la garanzia alla sede parlamentare, giacché il criterio di delimitazione dell'ambito della prerogativa non è quello della 'localizzazione' dell'atto, ma piuttosto, come già detto, quello funzionale, cioè riferibile in astratto ai lavori parlamentari*.

I motivi d'incostituzionalità dell'art. 1 sono diversi. In primo luogo si evince la *violazione del principio di uguaglianza formale* (pari trattamento dei cittadini davanti alla legge, ex art. 3, co. 1, Cost.). La Carta costituzionale del 1948, nell'affermare tale principio, si rifà alla tradizione classico-liberale dell'evoluzione costituzionale inglese e della rivoluzione illuminista francese (*Liberté, égalité, fraternité*) (45) e, inoltre, riprende anche il 14° emendamento della Costituzione americana, che contiene la clausola di eguale protezione della legge e del giusto procedimento (*equal protection and due process of law*). La giurisprudenza costituzionale interpreta l'*uguaglianza formale* come una clausola generale di ragionevolezza, in forza della quale la distinzione del trattamento giuridico tra categorie di persone deve essere giustificato da un compiuto bilanciamento degli interessi coinvolti nella ma-

(45) Cfr. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giuffrè, 1985, p. 69 ss.

teria disciplinata dalla legge in questione (46), anche attraverso la previsione di procedimenti che consentano l'effettiva ponderazione caso per caso della prevalenza di un interesse rispetto all'altro.

In secondo luogo emerge la *violazione del diritto all'azione e alla difesa* (art. 24, commi 1 e 2, Cost.). Tale divieto assoluto nei confronti dei menzionati soggetti non consente alcuna esplicitazione al diritto di azione delle vittime del reato. Nel caso in cui si verificasse ad opera dei soggetti beneficiati dalla norma, ad esempio, una violazione della normativa sul lavoro, la vittima ben potrebbe sporgere una denuncia, ma saprebbe che ciò varrebbe a futura memoria, giacché per tutta la durata del mandato sarebbe impossibile un rinvio a giudizio.

In terzo luogo si verifica anche una *violazione dei principi che regolano la responsabilità delle cariche istituzionali dello Stato* (artt. 90, 68 e 96, Cost.) considerando che i Presidenti delle Camere, in quanto membri rispettivamente della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, sono eletti allo stesso modo degli altri senatori e deputati, per cui per loro vige l'art. 68 Cost. Come precedentemente detto, tale disposizione prevede due ordini di garanzie: l'insindacabilità delle opinioni espresse e voti dati nell'esercizio delle funzioni, sul piano sostanziale; le autorizzazioni *ad acta* sul piano delle garanzie nel processo penale (arresto cautelare – salva la flagranza di reato – altre limitazioni della libertà personale, perquisizioni, intercettazioni, sequestro di corrispondenza). Per alcuni giuristi appare superfluo aggiungere con una legge ordinaria garanzie maggiori di quelle già previste nella Costituzione per i parlamentari. La sospensione del processo penale per i due Presidenti d'assemblea non rientra nelle garanzie riconducibili al *genus* delle immunità parlamentari che, infatti, sono note per essere previste in capo ai singoli parlamentari, ma a tutela dell'indipendenza e autonomia del *plenum*, tant'è che non sono rinunciabili.

A tali motivi di incostituzionalità si aggiungono la *violazione del principio della ragionevole durata del processo* (art. 111, co. 2, Cost.) e la *violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale* (art. 112 Cost.).

(46) Cfr. sentenze n. 28 del 1957, n. 33 del 1960 e n. 25 del 1966. V. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 78 ss. nonché CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, 1984, pp. 372 ss.; CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, 1999, p. 456 e BIN e PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Giappichelli, 2002, p. 379.

4. Gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale

La giustizia costituzionale consente di segnare il percorso evolutivo delle immunità parlamentari in modo tale da poter distinguere le tappe significative in relazione alle diverse fasi temporali.

Durante il primo periodo la giurisprudenza manifesta significative affermazioni di principio (1988-1999). La dottrina maggioritaria attribuisce una certa importanza alla sentenza n. 1150 del 1988, poiché contiene non solo lo storico riconoscimento della sindacabilità delle delibere parlamentari relative alla prerogativa ex art. 68 Cost., co. 1, ma segna la fine del dogma degli *interna corporis* (47). Si afferma il principio secondo cui spetta alla Camera di appartenenza parlamentare *il potere di valutare la condotta addebitata a un proprio membro, con l'effetto, qualora sia qualificata come esercizio delle funzioni parlamentari, di inibire in ordine ad essa una difforme pronuncia giudiziale di responsabilità, sempre che...il potere sia stato correttamente esercitato*. La disposizione secondo cui *“non possono essere perseguiti”*, va intesa *conformemente alla ratio delle immunità parlamentari, riconducibile al principio più generale dell'indipendenza e dell'autonomia delle Camere verso gli altri organi e poteri dello Stato*. Sono le Camere a decidere se le dichiarazioni del parlamentare sono considerabili opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni e, qualora a carico del parlamentare vi sia una valutazione positiva, viene inibita la prosecuzione o l'inizio del giudizio a carico del parlamentare, per cui il giudice viene spogliato della possibilità di giudicare il caso in questione, ma può sempre contestare la delibera parlamentare dinanzi alla Corte costituzionale in sede di conflitto. La parte attiva del conflitto sono i giudici, mentre la parte passiva è rappresentata dalle Camere. Lo schema procedurale che si delinea prevede che il conflitto può essere attivato dall'autorità giudiziaria che, qualora sussistano gli *input* del caso (48), deve invocare l'intervento della Corte Costituzionale. Tale impostazione viene consolidata con la sentenza n. 265 del 1997. Lo schema procedurale del conflitto sull'insindacabilità parlamentare sembra chiaro, ma non mancano le contraddizioni riguardanti l'estensione del controllo costituzionale sulle relative delibere parlamentari. Nel 1993,

(47) Cfr. MANZELLA A., *Il Parlamento*, cit., p. 44.

(48) Nei casi in cui il potere parlamentare e quello giudiziario si trovano ad essere contrapposti in merito alla valutazione dei presupposti di insindacabilità.

con la sentenza n. 443, il controllo costituzionale viene qualificato come mera verifica esterna e nella sentenza n. 265 del 1997 il sindacato costituzionale è definito come un intervento “*a posteriori*” e “*dall'esterno*” sino ad affermare la non rivedibilità delle delibere parlamentari “*adottate in assenza o con erronea o arbitraria valutazione dei relativi presupposti*”.

Nel 2000 per la prima volta muta la giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione dell'art. 68 co. 1 Cost. Si delinea un nuovo indirizzo interpretativo in due contemporanee decisioni, a loro volta redatte da giudici diversi, ma entrambi autorevoli. *Questo quasi a voler ribadire la corralità e l'importanza del mutamento di rotta, pur nella diversità dei redattori e delle argomentazioni, ma nella sostanziale identità delle due decisioni* (49). Si entra così nella seconda fase della giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità parlamentare, in particolare, con le sentenze nn. 10 e 11 del 2000 la Corte Costituzionale cerca di fissare in maniera più puntuale i confini di controllo esercitabile in sede di conflitto nei confronti delle delibere parlamentari, delineando i criteri di giudizio che le permettono di esercitare un controllo effettivo sul potere parlamentare in questione. Nella sentenza n. 10 la Corte afferma che *non può limitarsi a verificare la validità o la congruità delle motivazioni – ove siano espresse – con le quali la Camera di appartenenza del parlamentare abbia dichiarato insindacabile una determinata opinione. Il giudizio in sede di conflitto fra poteri non si atteggia a giudizio sindacatorio ... su di una determinazione discrezionale dell'assemblea politica. In questo senso va precisato e in parte corretto quanto affermato nella pregressa giurisprudenza, circa i caratteri del controllo di questa Corte sulle deliberazioni di insindacabilità adottate dalle Camere (cfr. sentenza n. 265 del 1997)*. Da qui la precisazione e la correzione della sentenza n. 265 del 1997 e, inoltre, la puntualizzazione che *la prerogativa di cui all'art. 68, primo comma, della Costituzione non copre tutte le opinioni espresse dal parlamentare nello svolgimento della sua attività politica, ma solo quelle legate da “nesso funzionale” con le attività svolte “nella qualità” di membro delle Camere (sentenze n. 375 del 1997, n. 289 del 1998, n. 329 e n. 417 del 1999)*. Le opinioni espresse nell'esercizio della funzione

(49) PACE A., nota a: Corte Costituzionale, 17 Gennaio 2000, n. 10, L'art. 68 comma 1 Cost. e la “svolta” interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000 in *Giur. cost.* 2000, 1.

sono quelle manifestate nel corso dei lavori della Camera e dei suoi vari organi, *in occasione dello svolgimento di una qualsiasi fra le funzioni svolte dalla Camera medesima, ovvero manifestate in atti, anche individuali, costituenti estrinsecazione delle facoltà proprie del parlamentare in quanto membro dell'assemblea. Di contro l'attività politica svolta dal parlamentare al di fuori di questo ambito non può dirsi di per sé esplicazione della funzione parlamentare nel senso preciso cui si riferisce l'art. 68, primo comma, della Costituzione.* La Carta costituzionale definisce il confine fra la tutela dell'autonomia e della libertà delle Camere, e, a tal fine, della libertà di espressione dei loro membri, da un lato, e la tutela dei diritti e degli interessi, costituzionalmente protetti, suscettibili di essere lesi dall'espressione di opinioni, dall'altro lato. Tale definizione avviene attraverso la delimitazione funzionale dell'ambito della prerogativa senza la quale l'applicazione della prerogativa la trasformerebbe in un privilegio personale (cfr. sentenza n. 375 del 1997), finendo per conferire ai parlamentari una sorta di *statuto personale di favore quanto all'ambito e ai limiti della loro libertà di manifestazione del pensiero: con possibili distorsioni anche del principio di eguaglianza e di parità di opportunità fra cittadini nella dialettica politica.*

In questa seconda fase della giurisprudenza costituzionale la Corte precisa che non rientra tra le sue attribuzioni, ma rientra in quelle del giudice penale, *la risposta al quesito se le dichiarazioni in questione integrino gli estremi del reato ascritto al deputato, o non concretino piuttosto la manifestazione del diritto di critica politica* (sentenza n. 10, § 3). La stessa precisazione viene effettuata nella sentenza n. 11, nella quale si afferma che: *in questa sede non spetta invero alla Corte di accertare la sussistenza o meno delle responsabilità dedotte in giudizio, ma piuttosto di accertare, trattandosi di un conflitto per menomazione, se vi sia stata una illegittima interferenza ...*(al § 3). La Corte costituzionale sostiene che *il giudizio in sede di conflitto fra poteri non si attegga a giudizio sindacatorio ... su di una determinazione discrezionale dell'assemblea politica* (sentenza n. 10, § 3) ed aggiunge che essa *non può verificare la correttezza, sul piano costituzionale, di una pronuncia di insindacabilità senza verificare se, nella specie, l'insindacabilità sussista* (§ 3). Tale affermazione è ancor più ragionata nella sentenza n. 11 (§ 3), dove la Corte sottolinea di non poter *peraltro limitarsi ad esaminare la valutazione o la congruità delle motivazioni – talora neppure espresse – adottate dalla Camera di appartenenza, ma*

deve necessariamente, dovendo giudicare sul rapporto tra le rispettive sfere di attribuzione dei poteri confliggenti, accertare se, in concreto, l'espressione dell'opinione in questione possa o meno ricondursi a quell'"esercizio delle funzioni" parlamentari, il cui ambito, trattandosi di norma costituzionale, spetta alla Corte definire. Il controllo della Corte quindi investe direttamente il merito della controversia costituzionale sulla portata e l'applicazione dell'art. 68, primo comma.

In entrambe le sentenze viene confermata l'esclusione della mera attività politica dalla garanzia d'insindacabilità. La Corte proclama nella sentenza n. 10, che *nel linguaggio e nel sistema della Costituzione, le "funzioni" riferite agli organi non indicano generiche finalità, ma riguardano ambiti e modi giuridicamente definiti: e questo vale anche per la funzione parlamentare, ancorché essa si connoti per il suo carattere non "specializzato" (§ 4).* Nella sentenza n. 11 è ribadito nuovamente che: *alla luce di tale interpretazione si debbono pertanto ritenere, in linea di principio, sindacabili tutte quelle dichiarazioni, che fuoriescono dal campo applicativo del "diritto parlamentare" e che non siano immediatamente collegabili con specifiche forme d'esercizio di funzioni parlamentari, anche se siano caratterizzate da un asse-rito "contesto politico" (§ 4).*

La semplice comunanza di argomento fra la dichiarazione che si pretende lesiva e le opinioni espresse dal deputato o dal senatore in sede parlamentare non può bastare a fondare l'estensione alla prima della immunità che copre la seconda. Non vi dev'essere semplice collegamento di argomento o di contesto fra attività parlamentare e dichiarazione, ma identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare (sentenza n. 10, § 5; sentenza n. 11, § 4). Le dichiarazioni potrebbero dunque essere coperte dall'immunità solo in quanto risultassero sostanzialmente riprodottrici di un'opinione espressa in sede parlamentare (sentenza n. 10, § 6; sentenza n. 11, § 4).

Bisogna sottolineare l'apporto della sentenza n. 10/2000 che altresì ribadisce come il nesso funzionale costituisca indefettibile presupposto di legittimità (50), ciò in considerazione del fatto che la fattispecie di cui all'art. 68 Cost. *costituisce una garanzia della libertà e non un privilegio.* A tale posizione giurisprudenziale fa riscontro, in-

(50) Cfr. FENUCCI, *Il nesso funzionale quale criterio interpretativo dell'articolo 68 in Giurisprudenza italiana*, n. 4/2000, pp. 669-673.

vece, una proposta modificativa della norma che sottrae *tout court* le delibere parlamentari al suo controllo (51).

In ultima analisi, l'eventuale rivisitazione dell'immunità parlamentare in tema di insindacabilità deve trovare un contemperamento tra esigenze contrapposte sia della giusta tutela della funzione giudiziaria sia della funzione politica nel quadro di un reciproco sistema di rispetto dei valori fondamentali condivisi da un ordinamento democratico (52).

Tale disamina sulla giurisprudenza costituzionale consente di comprendere quale tendenza di fondo connota l'orientamento della Corte costituzionale e, nello specifico, le similitudini tra la fase avviata nel 2000 e quella relativa al periodo dopo l'entrata in vigore della legge 140/2003. Da una prima lettura delle pronunce relative a quest'ultimo periodo emerge, da parte della Corte, lo stesso tentativo di collocarsi in una posizione di equilibrio. Dalla sentenza n. 120 del 2004 traspare un atteggiamento prudente nel sindacare le scelte legislative, rispettando l'autonomia parlamentare e, allo stesso tempo, il rigore nell'utilizzo della prerogativa dell'insindacabilità. Vengono salvate le scelte del legislatore, ma a condizione che non contrastino con l'interpretazione dei principi costituzionali data dalla Corte costituzionale; per cui, da un lato, la Corte vuole assumere un atteggiamento meno invasivo nei confronti del legislatore e, dall'altro, però, cerca di mantenere il ruolo di garante della legittimità costituzionale, che, nel caso specifico delle insindacabilità, si traduce nella necessità di verificare con un controllo effettivo la conformità delle delibere parlamentari ai principi costituzionali.

5. Osservazioni conclusive

In Italia, alla luce di una consolidata giurisprudenza costituzionale (a partire dalla sentenza n. 1150 del 1988), i parlamentari possono far valere le loro prerogative (art. 68 Cost., co. 1) seguendo due percorsi (53), infatti, possono: eccipere innanzi al giudice ordinario (da-

(51) La proposta Bossi sulla *devolution* sulla quale in senso critico v. BARTOLE, PACE, SORRENTINO, *Giù le mani dalla Corte Costituzionale*, La stampa 18 luglio 2001.

(52) Cfr. PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritti di azione e difesa*, in *Foro italiano*, 2000, n. 11, parte 5ª, pp. 302-317.

(53) Cfr. la sentenza n. 265 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2430, con nota di MALFATTI e in *Foro it.*, 1997, I, c. 2361, con nota di ROMBOLI.

vanti al quale siano eventualmente chiamati a rispondere, per una denuncia, per una querela o per un atto di citazione) la guarentigia dell'insindacabilità; chiedere alla camera di appartenenza di valutare la condotta addebitata e di pronunciarsi in ordine all'insindacabilità della condotta stessa. I membri del Parlamento possono, quindi, scegliere la sede in cui far valere l'immunità e, pertanto, l'autorità giudiziaria e la camera d'appartenenza possono pronunciarsi diversamente. Secondo la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, *se la camera delibera nel senso dell'insindacabilità, allora l'autorità giudiziaria – quale che sia il grado in cui pende il processo – è tenuta a conformarsi al giudizio del Parlamento oppure a elevare conflitto d'attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale stessa, ove ritenga di doversi di un cattivo esercizio del potere deliberativo e un'invasione nelle proprie attribuzioni* (54).

In via di principio, un membro del Parlamento entra nelle sue funzioni al momento della proclamazione (art. 1, regolamento della Camera dei deputati e art. 1, regolamento del Senato della Repubblica. Per i senatori a vita si fa riferimento al momento della comunicazione della nomina). Da qui lo svolgimento dell'attività parlamentare deve essere tale da far sì che i parlamentari, che agiscono giustamente senza vincoli di mandato imperativo e nell'interesse di tutto il Paese, siano liberi di formarsi la loro volontà, senza alcun condizionamento, poiché altrimenti a risentirne sarebbe tutto il Parlamento. In dottrina internazionale si parla di *peace of mind*, per indicare quella serenità e indipendenza di giudizio che serve per un espletamento ottimale dei compiti di un rappresentante del popolo. Tale affermazione deve in ogni modo essere supportata da una genuina formazione del pensiero e indipendenza di giudizio nel rispetto dei diritti civili previsti per tutti i cittadini. Oggi, però, il riconoscimento e le garanzie di tali diritti sono spesso frutto di continui contrasti che li rende oggetto di imprevedibili sviluppi. La questione delle immunità parlamentari, pertanto, investe spesso il concetto stesso di eguaglianza in considerazione del fatto che l'esclusività di tali prerogative non riguarda di certo tutti i cittadini.

(54) Dalla XIII legislatura, la prassi parlamentare italiana conosce una costante espansione nell'interpretazione dell'art. 68 co. 1 Cost. secondo tre direzioni: in relazione al momento a decorrere dal quale il parlamento intende dichiarare insindacabili le dichiarazioni del componente che gli sono sottoposte; in riferimento ai capi d'imputazione di cui i membri sono chiamati a rispondere, vale a dire al nomen iuris dato al comportamento contestato al parlamentare; in correlazione al criterio discrezionale tra fatti concernenti e fatti non concernenti opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni.

Questo in parte trova giustificazione nello sviluppo storico delle democrazie moderne.

Sin dalle sue origini, l'insindacabilità parlamentare nasce e si afferma in un contesto di conflitto tra potere esecutivo e potere legislativo. Nel 1397, THOMAS HAXEY, un membro dei Comuni, si distingue per aver contestato la gestione finanziaria del re Riccardo II (55), il quale conseguentemente lo accusa per alto tradimento e istigazione a delinquere, condannandolo a morte. La *House of commons* non manca nel difendere HAXEY cercando di far recedere RICCARDO dal suo proposito e fargli concedere la grazia. Un altro episodio storico vede protagonista, nel 1573, la regina ELISABETTA I, la quale invia un messaggio ai Comuni, ordinando loro di non mettere all'ordine del giorno argomenti attinenti agli affari religiosi senza il suo consenso provocando la ribellione di molti membri (uno di questi, PETER WENTWORTH, viene imprigionato). Ancora, nel 1629, JOHN ELLIOT viene arrestato poiché rientra tra i componenti più animosi nel criticare un messaggio di CARLO I che vuole imporre un certo ordine del giorno ai Comuni (56).

Solo nel 1688 viene sancita per la prima volta nel *Bill of Rights* l'insindacabilità parlamentare nei Comuni inglesi, inserendovi all'art. 9 *that the freedom of speech and debates or proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parlyament*. Con l'affermarsi del regime parlamentare, da un lato, e con il riconoscimento dei diritti individuali, dall'altro, il problema dell'insindacabilità dei parlamentari perde una parte del suo significato storico e rimane una garanzia d'indipendenza, di cui però pochi pensano di abusare.

Nel contesto, prima del potere assoluto della Corona (XIV secolo) e, poi, della monarchia costituzionale (XVII e XVIII secolo), il Parlamento inglese erode il potere della Corona costringendola sempre di più a destituire i ministri sgraditi, fino a raggiungere (con il premierato di WALPOLE a metà del 1700 e l'abolizione dei borghi corrotti nel 1832) il traguardo della monarchia parlamentare.

In Francia, nel 1789, ai rappresentanti del popolo riuniti nell'Assemblea nazionale viene attribuita non solo la prerogativa dell'insin-

(55) Cfr. ZAGREBELSKY G., *L'immunità parlamentare*, cit., p. 3. V. anche ISAR, *Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, p. 681.

(56) L'episodio è narrato (anche) dal giudice DOUGLAS, *An Almanac of Liberty*, Doubleday & Co., Garden City, N.Y. 1954, p. 266.

dacabilità, ma anche quella dell'immunità dal procedimento penale (57), che la tradizione inglese a quei tempi, invece, non contempla, questo anche perché i membri del nuovo parlamento democratico vogliono vedersi riconosciute le stesse prerogative di sacralità e inviolabilità tipiche della persona del re. Le immunità francesi, inoltre, si collocano anche in una dialettica con il potere giudiziario che la borghesia non controlla ancora e dal quale può temere attacchi. Dopo il 1815, le immunità parlamentari di tradizione francese vengono conservate ed emergono nelle costituzioni ottriate del XIX secolo. Tali immunità trovano terreno fertile in Italia, infatti, sotto il governo dell'art. 51 dello Statuto albertino, esse traggono linfa vitale da una casistica dovuta alla peculiarità della nostra storia politico-costituzionale, fino ad essere mandate in letargo nel periodo 1925-1945, nel quale vengono abolite la democrazia parlamentare e le relative immunità (58).

Il ripristino delle immunità parlamentari con l'avvento della Costituzione italiana non è accompagnato da una concreta e profonda riflessione sulle ragioni e sui connotati degli istituti dell'insindacabilità e dell'immunità parlamentari. Nel 1993, in sede di revisione dell'art. 68 Cost. la preoccupazione maggiore è quella di eliminare l'autorizzazione a procedere, ma non di spiegarsi il motivo della conservazione dell'insindacabilità e della necessità delle autorizzazioni *ad actum* di cui ai commi 2 e 3 del medesimo art. 68. Alla luce delle vicende normative che caratterizzano l'istituto delle immunità parlamentari, le sue radici possono essere rintracciate nella separazione dei poteri e in particolare nella diffidenza per il giudiziario (59).

Oggi il riconoscimento delle immunità parlamentari è presente nella Costituzione più per un moto di ripristino, rispetto all'eliminazione avutasi nel ventennio precedente alla sua entrata in vigore, che non per una nuova e consapevole elaborazione parlamentare di ragioni che pur sussistono.

Il novellato art. 68 definisce come risultato finale il travisamento del concetto della separazione dei poteri. Nel corso dei dibattiti viene sfigurata anche la rivendicazione dell'autonomia del Parlamento, che

(57) ISAR, *Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire?*, cit., pp. 675 ss.; e ancora ZAGREBELSKY, *L'immunità parlamentare*, cit., p. 7.

(58) Sul punto v. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in AA.VV., *Il Parlamento*, a cura di VIOLANTE, serie *Annali della Storia d'Italia*, Einaudi, vol. 17°, 2001, pp. 1014 ss.

(59) ZAGREBELSKY G., *L'immunità parlamentare*, cit., pp. 34-38.

dal 1688 garantisce la libertà del volere del popolo attraverso i suoi rappresentanti.

La ricostruzione dei profili di legittimità costituzionale delle vicende normative sottolinea altresì la compiuta stravaganza rispetto al sistema costituzionale. Bisogna rintracciare e tenere presenti le ragioni storiche dimenticate degli istituti dell'immunità parlamentare per comprendere meglio la *ratio* di una disciplina normativa che sembra non arrestare il suo percorso evolutivo secondo schemi e riferimenti nuovi nella forma ma “*tradizionali*” nella sostanza.

SILVIO FALDETTA

ANCORA IN TEMA DI SALE-AND-LEASEBACK (1)

Capitolo I

Sommario: 2. Premessa; 2.1 Profili generali del contratto; 2.2 Spunti per una ricostruzione sistematica; 2.3. Analogie e differenze tra *leasing* e *sale and leaseback*; 2.4. Aspetti positivi, negativi e problematici.

2. Premessa

Superato l'*impasse* interpretativo manifestatosi nella dottrina (2) e nella giurisprudenza (3) del nostro Paese, che accostavano il contrat-

(1) Questo lavoro è la prosecuzione di quello pubblicato in questi stessi annali nel 1999.

(2) Nel senso che l'operazione del *sale and lease back*, è diretta a realizzare un risultato corrispondente a quello che il legislatore ha inteso vietare con l'art. 2744 c.c., con conseguente nullità per frode alla legge cfr., FERRARINI, *La locazione finanziaria*, cit., 1977, 121 ss. ID., «*La locazione finanziaria*», in Trattato di diritto privato, diretto da RESCIGNO P., vol. XI: Obbligazioni e contratti, Torino, 1984, 7. Nello stesso senso v. pure, MONTICELLI, *Il leasing*, in Contratti atipici, Torino, 1991, vol. 1, 139 ss.

(3) In giurisprudenza, si sono espressi per la illiceità del contratto, tra gli altri: Trib. Verona, 15 dicembre e Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, cit. con n. SIMONE. Quest'ultima sentenza è pure pubblicata in Fallimento, 1989, 728; Giur. it., 1989, I, 2, 576, n. VENEGONI; Dir. fallim., 1989, II, 697, n. RAGUSA MAGGIORE; Commiss. trib. I grado Venezia, 15 dicembre 1993. Contratti, 1994, 435, n. MAFFEIS; App. Brescia, 29 giugno 1990, cit.; Trib. Roma, 7 maggio 1990. Temi romana, 1990, 137, n. MELUCCO; Trib. Genova., 30 gennaio 1992. cit.; Trib. Torino, 29 marzo 1988. Giur. piemontese, 1988, 679; Trib. Torino, 29 marzo 1988, Fall. soc. C. c. Soc. S., Riv. it. leasing, 1989, I, 213, con nota di DE ROSA M. L., «Lease back» e patto commissorio.

Riconoscono la liceità: Trib. Roma, 22 marzo 1979, in DE NOVA G., *Il contratto di leasing*, ecc. cit. Milano, 1985, 510 ss.; Trib. Milano, 3 maggio 1983, in Riv. Notar., 1984, 601; Trib. Milano, 13 giugno 1985, cit.; Trib. Bologna, Dir. fallim., 1987, II, 231; Giur. it., 1987, I, 2, 360; Riv. it. leasing, 1987, 210. Successivamente quelli di Pavia, 16 giugno 1988., Riv. it. leasing, 1988, I, 438; Trib. Palermo, 20 gennaio 1990, Temi siciliana, 1990, 54; FIORENTINO S., *Alcuni appunti in tema di (supposta) utilizzazione del lease-back come strumento di elusione fiscale* (Nota a Commiss. trib. I grado Firenze, 25 giugno 1991, Soc. Serial c. Uff. iva Firenze; Commiss. trib. I grado Roma, 3 giugno 1991, Soc. S.; Commiss. trib. I grado Como, 21 settembre 1991; Commiss. trib. II grado Alessandria, 3 luglio 1991, Soc. Z. e G.i.p. T. Napoli, 24 giugno 1991). Riv. dir. trib., 1992, II, 202; Trib. Oristano, 18 agosto 1996. Riv. giur. sarda, 1997, 438, n. CHESSA; TREVISIOL A., *Ancora sulla validità del contratto di sale and lease-back* (Nota a Commiss. trib. I grado Treviso,

to di il *sale and leaseback* a quello delle illecite alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato o ne ravvisavano una forte analogia con un mutuo assistito da garanzia reale atipica sui beni dell'utilizzatore, si può oggi, con convinzione, affermare la piena liceità (4) del contratto sia dal punto civilistico che da quello fiscale (5).

Giustifica quest'ultima dichiarazione non solo l'orientamento interpretativo pressoché concorde di dottrina e giurisprudenza (6), ma, soprat-

26 luglio 1993, Soc. Stefanel c. Uff. iva Treviso). Foro pad., 1994, I, 60; Commiss. trib. I grado Venezia, 19 febbraio 1994. Contratti, 1994, 435, n. MAFFEIS, Rass. trib., 1994, 1648, n. LUPI; Commiss. Trib. II grado Alessandria, 3 luglio 1991. Società, 1991, 1716, n. GAMBONI, Corriere trib., 1991, 3442, Fisco, 1991, 8282; Trib. Milano, 3 marzo 1988. Riv. it. leasing, 1988, 445, n. PELOSI.

(4) In dottrina, tra gli studiosi che riconoscono la liceità del contratto, cfr., per tutti, BUSANI M. e CENDON P., *I contratti nuovi*, Milano, 1989, passim; ROSSI A., *Il sale and lease back originalità e liceità della figura negoziale* (Nota a T. Cosenza, 14 febbraio 1994, Soc. F. leasing c. Fall. soc. B.). Impresa, 1995, 2090; BUONOCORE V., *Il contratto di leasing*, in Contratti di impresa, diretto da BUONOCORE V.-LUMINOSO, ecc, Milano, 1993, vol. II, 1455 ss.; ID., *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in Contratto e impresa, Padova, 1994, 558 ss.; BUSSANI, *Il contratto di lease back*, cit., 1986, 558 ss.; CLARIZIA R., *Lease back e operazioni inesistenti*, in Riv. it. leasing e dell'intermediazione finanziaria, Milano, 1989, num. 2, 521 ss.; DE NOVA, *Appunti sul sale and lease back ed il divieto del patto commissorio*, cit., 1985, 307 ss.; ID., *Nuovi contratti*, cit., 234 ss.; ID. *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, 68 ss.; De NICOLIS R., *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease-back*, Riv. dir. civ., 1991, II, 560 ss.; FALABELLA, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in Giustizia civile, Milano, 1993, parte I, 89 ss.; LUMINOSO, *I contratti*, cit., 422 ss.; MUNARI, *Validità e nullità del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, cit., Milano, 1986, 172 ss.; PURCARO D., *Sulla liceità del sale and lease back*, 1986, 587 ss.; CINQUEMANI S. M., *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., 1996, I, 1, 1381. Cfr. anche FAVA C., *La liceità del lease-back confermata dalla commissione centrale* (Nota a Commiss. trib. centrale, 30 giugno 1995, n. 2602 e Commiss. trib. I grado Belluno, 22 agosto 1994, R. C.). Rass. trib., 1995, 1901. Si sono espressi per la liceità del contratto di *lease back*. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 22 marzo 1979, in DE NOVA G., *Il contratto di leasing*, ecc. cit., Milano, 1985, 510; Trib. Milano, 3 maggio 1983, in Riv. Notar., 1984, 601; Trib. Milano, 13 giugno 1985, cit.; Trib. Bologna, Dir. fallim., 1987, II, 231; Giur. it., 1987, I, 2, 360; Riv. it. leasing, 1987, 210. Successivamente, Trib. Pavia, 16 giugno 1988, Riv. it. leasing, 1988, I, 438; Trib. Palermo, 20 gennaio 1990, Temi siciliana, 1990, 54; G.i.p. Trib. Napoli, 24 giugno 1991. Riv. dir. Trib., 1992, II, 180, n. FIORENTINO.

(5) Cfr. la C.(circolare) M.(ministeriale) del 30 novembre 2000 n. 218, in BANCA DATI ARISTEIA, Istituto di ricerca dei dottori commercialisti, con la quale il Ministero riconosce piena validità all'operazione di *sale and lease back*, accettando l'impostazione giurisprudenziale e di conseguenza, invita gli uffici «a riesaminare il contenzioso pendente», e ad abbandonare, con le modalità di rito, le controversie pendenti in materia.

(6) Cfr. da ultimo, Cass., sez. III, 14 marzo 2006, in www.dirittoegiustizia.it; Cass., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580. Dir. e giustizia, 2004, fasc. 41, 19, n. CASSANO; Cass., sez. trib., 11 giugno 2003, n. 9324. Contratti, 2003, 1145 (m), n. DE FRANCESCO; Cass. 1 agosto 2002, n. 11419 Bollettino trib., 2002, 382, n. PEIROLLO. Dir. e pratica trib., 2002, II, 462; Cass., sez. trib., 15 ottobre 2001, n. 12549. Corriere trib., 2002, 336, n. CASTELLI; Riv. giur. trib., 2002, 109, n. PEIROLLO; Nuovo dir., 2002, I, 25; Bollettino trib., 2002, 76, n. ROSA; Dir. e pratica trib., 2002, II, 755, n. GIULIANI; Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, in Guida al Diritto 18 novembre 1995 n. 44, 42 ss. con nota nel numero 26 della stessa rivista, 108 ss., di ANDRIOLI E., *Nel lease back vince il modello*

tutto, l'introduzione del quarto ed ultimo comma dell'art. 2425-bis. (art. 16 del d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310), con cui il legislatore chiama il *sale and leaseback* "compravendita con locazione finanziaria al venditore".

L'articolo citato recita testualmente che: «le plusvalenze derivanti da operazioni di compravendita con locazione finanziaria al venditore sono ripartite in funzione della durata del contratto di locazione».

La modifica legislativa in parola, oltre che apparire una necessaria integrazione di natura specifica, consente adesso di bypassare la questione della liceità del contratto e serve altresì a mettere fine alle discriminazioni, che si risolvevano poi sostanzialmente in un'inammissibile disparità di trattamento, tra gli operatori economici a seconda che utilizzassero un *leasing* o un *leaseback*.

Invero, le conferme da parte della giurisprudenza sulla liceità anche tributaria del contratto di *lease back* potevano considerarsi sufficienti ed attendibili anche prima dell'emanazione della norma citata; in sintesi si era affermato che:

A) il *sale and leaseback* è contratto lecito che non contrasta e non turba gli interessi generali perseguiti dall'ordinamento e non è di «per sé in contrasto con il (né elusivo del) divieto del patto commissorio», (7) ma è anzi meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. (8). Perciò

anglosassone: definiti i confini tra negozio lecito e illecito e in Corriere giur., 1995, 1360, con nota di CARBONE V., *Lease back e patto commissorio*; in Giust. civ., 1996, I, 1744, con nota di SCHERMI A., *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*; in Foro it., 1996, I, 3492, con nota di MONTI A., *Mezzo pieno, mezzo vuoto: sulla vocazione stravolta del lease back*; in Contratti, 1996, 28, con nota di DE MEO R., *Il contratto di lease-back normale e anomalo*; in Notariato, 1996, 220, con nota di NICOTRA M., *Lease back: tipicità sociale e anomalie illecite*; in Impresa, 1996, 76, con nota di SPAZIANI TESTA, in Riv. giur. sarda, 1996, 346 e in Rass. trib., 1996, 417, con nota di LUMINOSO A., *La Corte di Cassazione si pronuncia per la validità del lease-back*; in Giur. it., 1996, I, 1, 1382, con nota di CINQUEMANI S.M., *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, Giur. it., 1996, I, 1, 1381, con nota di SIMONE R., *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*, Giur. comm., 1997, II, 671 (a commento anche di Cass., sez. II, 4 marzo 1996, n. 1657, Cerenza c. Scuotto.). Cfr. altresì Cass. 19 luglio 1997, 6663, in Foro it., 1997, I, 3586; Cass. 15 aprile 1998, n. 4095, in Foro it., 1998, I, 1820, con nota di SIMONE R.

(7) Così testualmente cfr. CINQUEMANI S.M., *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit. 1996, I, 1, 1382. Per Trib. Genova, 30 gennaio 1992, cit.: «Il contratto di sale and lease back integra negozio in frode alla legge in violazione del divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. in special modo quando il corrispettivo dell'opzione risulta del tutto simbolico rispetto al valore dei beni». Da ultimo, cfr. RIVA I., *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, Contratto e impr., 2001, 300.

(8) Cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit. Secondo Trib. Roma. 22 maggio 1996, con nota di SANTARSIERE V., *Sale and lease back per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela*. Arch. civ., 1997, 47, il contratto « potrebbe realizzare interessi meritevoli di tutela sia per il venditore-utilizzatore del bene aziendale sia per il compratore-concedente ».

la violazione del patto commissorio, dev'essere, in sostanza, invocato solo quando è assolutamente indiscusso che non vi è «adeguata proporzionalità delle prestazioni corrispettive» (9) secondo l'antico adagio *nemo locupletari potest cum aliena iactura*;

B) il *sale and leaseback* la cui funzione prevalente è quella finanziaria tipica del leasing in generale, usufruisce dell'analoga disciplina fiscale e contabile invocabile per il *leasing* finanziario (10).

Le constatazioni che precedono consentono di trarre una prima indicazione: il *sale and leaseback* deve essere valutato un «normotipo» (11) contrattuale lecito, salvo, naturalmente, l'accertamento, nel caso concreto, che le parti, hanno (im)piegato la funzione e la struttura del contratto, per raggiungere risultati confliggenti con i divieti posti da norme imperative o, altrimenti, l'operazione si rivela carente o anomala o addirittura fittizia.

Ma ciò, com'è noto, può accadere con qualsiasi altro contratto.

2.1 *Profili operativi del contratto*

Secondo l'opinione di un autorevole studioso (12), «La formula *lease-back* è riduttiva, più completa appare invece la formula *sale and leaseback*: un *sale*, [*vale a dire una vendita*], dal futuro utilizzatore; alla società di *leasing* un *lease back*, ossia «affittare, locare indietro» (13) dalla società di *leasing* all'utilizzatore già proprietario del bene.

Conformemente al consolidato orientamento giurisprudenziale, il contratto di *sale and lease back* si configura secondo lo schema che se-

(9) Cfr. Cass. 19 luglio 1997, n. 6663, Foro it., 1997, I, 3586.

(10) Cfr. Commiss. trib. I grado Venezia, 31 gennaio 1994. Rass. trib., 1994, 1647, n. LUP; G.i.p. T. Bari, 15 dicembre 1992. Riv. trim. dir. pen. economia, 1993, 1402; Commiss. trib. II grado Roma, 11 marzo 1993. Riv. it. leasing, 1993, 523; G.i.p. T. Napoli, 24 giugno 1991. Riv. dir. trib., 1992, II, 180, n. Fiorentino; Commiss. trib. II grado Alessandria, 3 luglio 1991. Società, 1991, 1716, n. GAMBONI; Corriere trib., 1991, 3442; Fisco, 1991, 8282. Cfr. in dottrina, per tutti, GIULIANI F. M., *Riflessioni intorno al regime tributario del lease-back, sulle orme di una sentenza del supremo collegio* (Nota a Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, Min. fin. c. Soc. Serleasing). Dir. e pratica trib., 1999, II, 146.

(11) Questa espressione è impiegata da Commiss. Trib. prov. Firenze, 6 giugno 1997. Toscana giur., 1998, 364.

(12) Quest'affermazione, pienamente condivisibile, è di G. DE NOVA e si può leggere in Riv. it. leasing, 1987, 381, *Il lease-back*.

(13) Così MUNARI A., *Leasing*, in Encicl. dir., aggiornamento-VI, Giuffrè, Milano, 2002, 693.

gue: un imprenditore (ditta individuale, società di persone, società di capitali, ecc.) – (futuro utilizzatore o *lessee*) – industriale, commerciale (14), di servizi «o lavoratore autonomo», (15) vende (16) ("smobilizza - fluidifica") – uno o più beni (immobili o mobili (17)) originariamente di sua proprietà e di norma funzionali al proprio assetto produttivo – ad una banca (18) o società finanziaria (19) (società di *leasing*, *concedente* o *lessor*), – svolgente l'attività di locazione finanziaria – che ne paga il prezzo.

(14) Cfr. DE ROSA M. L., *Lease back e patto commissorio*, in Riv. it. leasing, 1989, 213. Si riferiscono espressamente all'impresa commerciale o industriale; Commis. Trib. centrale, 19 marzo 1998, n. 1537, Comm. Trib., 1998, I, 403; Cass. sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, cit; Trib. Milano, 13 giugno 1985 cit.

(15) Si riferisce oltre che all'impresa anche al lavoratore autonomo, Cass. n. 10805, cit. Cfr. sul punto anche BUSSANI M. - CENDON P., *I contratti nuovi*, cit., 1989, Il *leasing* immobiliare da pag. 434 e ss., secondo cui i diversi incentivi fiscali hanno reso possibile «lo sviluppo del *sale ad lease back* anche presso certe fasce di professionisti intellettuali, in relazione, particolarmente, ad alcune categorie di beni strumentali alla loro attività - impianti, attrezzature molto sofisticate per gabinetti medici, laboratori biologici e scientifici in genere.

(16) È necessario concordare previamente quali beni sono suscettibili di questo tipologia di finanziamento. Un caso singolare è riportato da BARTALINI G., «Sale and lease back» per gli stessi beni stipulato con due società diverse: un nuovo capitolo di una «neverending story» (Nota a Trib. Pavia, 8 novembre 1988, Soc. Locafit c. Fall. vivai Antonelli), Foro pad., 1989, I, 375.

(17) Cfr. Trib. Pavia, 8 novembre 1988. Foro it., 1989, I, 1268. Giust. civ., 1989, I, 430, n. COSTANZA. In dottrina VASSALLO PALEOLOGO F., *I contratti di locazione finanziaria*, cit., 258.

(18) Cfr. sul punto, il T.U. 1 settembre 1993, n. 385, delle leggi in materia bancaria e creditizia. Vero è che il T.U., citato, si limita al solo richiamo terminologico del *financial leasing*, tuttavia sembra ormai assodato che vi sono altre tipologie note alla pratica. La collocazione, in ogni modo, risulta preziosa ai fini di un inquadramento generale del *financial leasing*, anche perché agevola la comprensione delle altre figure negoziali che, con diversità più o meno pronunciate, si dipartono dal modello di base.

Per un'analisi delle modifiche apportate sull'intero sistema bancario col T.U. citato cfr. MOLLE G. e DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, IV ed., Milano, 1994, 227 ss., nota 46.

(19) Col T.U., n. 385/1993, citato nella nota precedente, l'impresa finanziaria oggi viene considerata a tutti gli effetti come categoria generale e deve essere iscritta all'albo di cui all'art. 107. Ad essa si riconosce piena soggettività giuridica e la si parifica, quasi integralmente, all'impresa bancaria, attribuendole uno specifico campo di azione la cui delimitazione, peraltro, risulta difficile. Essa, inoltre, è sottoposta agli stessi rigorosi controlli un tempo riservati solo alla banca. Vedi il codice di comportamento ASSILEA riportato APICE U., *Il Contratto di leasing nelle procedure concorsuali*, Padova, 1991, 417.

Più difficile è forse stabilire se l'impresa bancaria o finanziaria può caratterizzare la valenza causale dei contratti stipulati. Gli autori, che ravvisavano nella causa l'elemento tipizzante, finiscono per escludere che le alterazioni degli schemi tradizionali dei contratti di credito, dovuti alla qualità imprenditoriale di una delle parti (banca o impresa finanziaria), incidono sulla causa del contratto cfr. In quest'ultimo senso, specificatamente, PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit. 1992, 183, nonchè per un utile esame GALASSO A., *Mutuo e deposito irregolare*, I, Milano, 1968, 78 ss. In senso critico v. però DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 99 ss.

zo (20) di mercato. L'utilizzatore non perde, neppure per un momento, l'uso del bene che continuerà ad impiegare nel processo produttivo.

La società finanziaria o la banca, a sua volta, contestualmente (21) o entro un breve lasso di tempo (22) (purché la *distantia temporis* non faccia perdere la dipendenza logico-giuridica tra i due contratti), concede in *leasing* il medesimo bene alla stessa venditrice. Quest'ultima, si obbliga a versare un corrispettivo periodico il c.d. canone (23) (la cui funzione è da imputarsi tanto alla vicenda locativa che a quella finanziaria) per la durata determinata dal contratto, alla fine della quale ha la facoltà di riacquistare la proprietà (24) dei beni venduti, (la stessa proprietà), mediante l'esercizio del diritto d'opzione finale d'acquisto, (25)

(20) Cfr. BUSANI A., *Discrezionalità del lessor nella determinazione del prezzo di vendita al lessee del bene oggetto di leasing back*, Nuova giur. civ., 2001, II, 35.

(21) Per l'ipotesi della contestualità tra vendita e *leasing*, cfr. Trib. Palermo, 20 gennaio 1990. Temi siciliana, 1990, 54; Trib. Roma, 7 maggio 1990. Temi romana, 1990, 137, n. MELUCCO; Commiss. Trib. prov. Belluno, 30 aprile 1997, Comm. Trib., 1997, I, 706. Parla di «distinto contratto di *leasing*» Commiss. Trib. I grado Sassari, 28 dicembre 1993. Fisco, 1994, 3921. Bollettino Trib., 1994, 1781.

(22) Nel senso che l'arco temporale dei due distinti rapporti non dovrebbe incontrare preclusioni cfr. RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, XI, Napoli, 2000, 653. Si potrebbe forse aggiungere: purché esso si sviluppi entro un termine ragionevole e in modo da mantenere il nesso teleologico fra i due negozi tale da evidenziare la sussistenza di un rapporto unico sebbene vi siano due distinti contratti. Secondo CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano 1996, 115 «i due atti vengono stipulati contemporaneamente sia per ottenere un risultato pratico ed immediato, sia per cautelare il venditore dal rischio che, stipulata la vendita, l'acquirente si rifiuti di concedere il bene in *leasing*».

Per un'applicazione giurisprudenziale nella quale vi è un breve periodo di tempo (circa un mese e mezzo), tra la vendita e la concessione in *leasing* cfr. Trib. Venezia, 12 novembre 1994, (Soc. Hotel Lio Grandò c. Laguna *leasing* GmbH) in Nuova giur. civ. 1995, I, 906, con nota di BONTEMPI P., *Divieto di patto commissorio e lease back*.

(23) Dovrebbe essere del tutto irrilevante con quale modalità è calcolato il canone: a) fisso (il coefficiente è determinato con valore monetario costante); b) variabile (facendo riferimento alle condizioni di mercato nel tempo); c) crescente (in misura differenziata per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto: aumenta a mano a mano che si esegue il contratto); d) decrescente, nel caso contrario (diminuisce).

(24) Cfr. GHINI A., *Lease-back: provvisorio passaggio di proprietà e liquido per le iniziative imprenditoriali*. Riv. dott. commercialisti, 1999, 41.

(25) In questo senso, oltre alla citata Cass. 10805/95, cfr. Trib. Venezia, 12 novembre 1994, con nota di BONTEMPI P., cit.; GHINI A., *È ancora leasing se il riscatto viene esercitato da un terzo in particolare da un privato?* in Fisco 32/95 7935 ss.; BUSSANI M., *Il contratto di lease back*, cit., 1986, 558 ss., il quale afferma che nel *lease back* la vendita non è sottoposta a condizione e il diritto di opzione accede al contratto di *leasing* e non alla vendita. Sull'inopponibilità ai terzi - aventi causa dal concedente - della opzione di acquisto concessa all'utilizzatore, v. per tutti FERRARINI G., *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, 149 ss. Più in generale, sull'inopponibilità del patto d'opzione ai terzi, cfr. GABRIELLI G., *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e di responsabilità civile*, in Riv. dir. civ., 1984, II, 273.

(*rectius*: di riacquisto) (26), che si era riservato sin dal momento della stipula del contratto, versando il prezzo preventivamente pattuito.

Lo scopo economico dell'operazione per entrambe le parti può così riassumersi:

A) per il venditore-utilizzatore:

– ottenere con immediatezza liquidità per i propri fabbisogni. Appare con ciò più marcata la valenza finanziaria propria del *leasing* finanziario (27), anche se è differente il contesto, economico-operativo, di questo contratto rispetto allo stesso *leasing*;

– potenziare la produttività sfruttando meglio il valore economico dei beni posseduti, senza privarsi del loro uso;

– riacquistare la proprietà al termine del rapporto, esercitando il diritto di opzione, una volta adempiute le obbligazioni previste dal contratto, o anche prima qualora così è stato pattuito.

B) per il compratore-concedente:

– acquistare la proprietà del bene, attivando immediatamente il contratto di *leasing* sul medesimo bene all'originario venditore;

– ottenere la remunerazione del capitale impiegato e valersi di tutti i benefici fiscali (28), accordati dalla legge.

Cfr., ancora, TESTINI L., «Lease back» e divieto del patto commissorio (Trib. Alba, 6 marzo 1995), in Notariato, 1995, 581.

In giurisprudenza, nel senso che l'opzione postula che il contenuto del contratto da concludersi sia già determinato in tutti i suoi elementi essenziali, si vedano: Cass. 14 febbraio 1986, n. 873, in Giust. civ., 1986, I, 1672, con nota di LIPARI; Vita not., 1986, 280; Giur. it., 1987, I, 1, 282; Cass. 28 aprile 1983, n. 2908, in Mass., 1983., 1983, Obblig. e contratti, n. 51. Con riferimento all'ammissibilità dell'opzione in ordine ad un contratto preliminare cfr., fra gli altri, SACCO R., *La preparazione del contratto*, nel Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, vol. 10, 373; CESÀRO E., *Opzione nel contratto*, in Enc. dir., Milano, 1980, vol. XXX, 561 ss., spec. 564; contra GENOVESE A., *Il contratto preliminare unilaterale non può essere oggetto del contratto d'opzione*, in Giur. it., 1965, I, 1, c. 757 ss. Cfr. anche Trib. Genova, 30 gennaio 1992, cit. con n. RONCO S.

(26) Così cfr. DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, cit., 1998.

(27) Cfr., fra gli altri, DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie ecc.*, cit., 448; VASSALLO PALEOLOGO F., *Primo intervento della cassazione in tema di «leasing»* (Nota a Cass., 21 gennaio 1982, n.397, Baldoni c. Soc. Ilfe). Foro it., 1983, I, 1723; LA TORRE M. R., *Il «lease-back» e il divieto di patto commissorio* (Nota a Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, Liberatore c. Moretti e Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, Canonico c. Giori), in Riv. it. leasing, 1985, 135; QUARTAPELLE C., *Divieto del patto commissorio, trasferimento della proprietà e del credito in garanzia sale and lease-back*, patto Marciano, cit., 256; SPERA M., *Il difficile inquadramento fiscale, ai fini iva, del lease back*, in Fisco, 1990, 4122; GAMBOGI G., *L'operazione di lease-back: regime fiscale applicabile e configurazione civilistica*, in Società, 1992, 914; MACELLARI I., *Ancora una smentita dei giudici tributari all'orientamento dell'amministrazione in tema di lease-back* (Nota a Commiss. trib. I grado Roma, 25 gennaio 1993, Soc. Jacorossi c. Uff. imp. dir. Roma), in Dir. e pratica trib., 1994, II, 239 ss.

(28) Tra i diversi contributi riguardanti i profili fiscali dell'operazione di sale and lease back cfr., in generale, CLARIZIA R., *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento fiscale del lease back*

Dagli schemi contrattuali predisposti dalle banche o dalle società finanziarie, le uniche che possono stipulare questi contratti, sembra potersi puntualizzare che il contratto necessita, in ogni caso, della forma scritta (29) *ad substantiam*, come previsto dal T.U. n. 385/1993, (leg-

(Nota a Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, Min. fin. c. Soc. *Serleasing*). Corriere giur., 1998, 1039; LI VIGNI G., *Il sale and lease back dopo la sentenza della cassazione n. 10805/95: aspetti civili e fiscali* (Nota a Cass., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, Soc. *Sardaleasing* c. Ammendola), in *Vita not.*, 1997, 145; TENCATI A., *La rilevanza penale del sale and lease-back utilizzato per eludere i tributi*, in *Fisco*, 1992, 8370; GALLO F., *Regime fiscale delle operazioni di sale and lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1990, 33; FALLACARA F., *Il contratto di sale and lease-back alla luce delle recenti pronunzie delle commissioni tributarie - Riflessioni sugli aspetti civilistici e fiscali*, in *Fisco*, 1991, 5575; MANFRIANI G., *Il contratto di sale and lease back (vendita ed assunzione in locazione finanziaria) - Dubbi di legittimità e riflessi tributari*, in *Bollettino Trib.*, 1991, 1159; PACIFICCO L., «Sale and lease back» i canoni sono deducibili?, in *Fisco*, 1989, 2385; GHINI A., *Riflessi fiscali dell'operazione di lease-back*, in *Corriere Trib.*, 1995, 2713; PONTESILLI, *Appunti sulla detraibilità dell'I.V.A. nei contratti di lease-back*, in *Boll. Trib.*, 1995, 1762; FAVA P., *Lease back e logica impositiva: a proposito delle inutili battaglie del fisco*, in *Fisco*, 1995, 4405; VALACCA R., *Detraibilità dell'iva nelle operazioni di lease-back*, in *Corriere trib.*, 1995, 3069; TREVISIOL A., *Ancora sulla validità del contratto di «sale and lease-back»*, in *Foro pad.*, 1994, I, 60; ASTOLFI F., *Brevi note in tema di lease back: legittimità del contratto e trattamento dello stesso ai fini fiscali*, in *Giur. Imposte*, 1994, 292; MACELLARI I., *Ancora una smentita dei giudici tributari all'orientamento dell'amministrazione in tema di «lease-back»*, cit., II, 231; LANDI M., *Il trattamento fiscale delle operazioni di lease-back*, in *Riv. it. leasing.*, 1993, 283; CHIAROLANZA A., *Lease back: liceità della causa. Conseguente deducibilità IRPEG e detraibilità I.V.A.*, in *Vita not.*, 1992, 372; Fiorentino S., *Alcuni appunti in tema di (supposta) utilizzazione del lease-back come strumento di elusione fiscale* (Nota a Commiss. trib. I grado Firenze, 25 giugno 1991, Soc. Serial c. Uff. iva Firenze; Commiss. trib. I grado Roma, 3 giugno 1991, Soc. S.; Commiss. trib. I grado Como, 21 settembre 1991; Commiss. trib. II grado Alessandria, 3 luglio 1991, Soc. Z. e G.i.p. T. Napoli, 24 giugno 1991), in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, 202; DELLA VALLE E., *Sale and lease back: autonomia negoziale e «riqualificazione del contratto»* (Nota a Commiss. trib. I grado Roma, 3 giugno 1991), ivi, 1991, II, 840; ZIZZO G., *Sul lease back e l'elusione tributaria*, ibidem, 1991, I, 225. LUPI R., *Lease back: qualcuno ci spieghi dov'è l'elusione* (Nota a Commiss. trib. I grado Venezia, 31 gennaio 1994 e Commiss. trib. I grado Venezia, 19 febbraio 1994, Soc. Al Duca D'Aosta c. Uff. iva Venezia). *Rass. trib.*, 1994, 1653; NUZZO E., *Sulla liceità «fiscale» del lease-back*, in *Corriere Trib.*, 1991, 2353; ID., *Lease-back, elusione, poteri degli organi ispettivi*, in *Rass. Trib.*, 1990, I, 801; GALLO F., *Regime fiscale delle operazioni di sale and lease-back*, in *Riv. it. leasing*, 1990, 33.

(29) Nel comma I dell'art. 117 del T.U. citato in precedenza, è espressamente indicato che i contratti bancari devono essere redatti per iscritto e un esemplare dev'essere consegnato alla clientela. Parte della dottrina era contraria alla introduzione della forma scritta nei contratti bancari cfr. RESCIGNO P., *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca e borsa*, I, 1990, 305; e, negli stessi termini SCHLESINGER P., *Problemi relativi alla c.d. trasparenza bancaria*, in *Corriere giur.*, 1989 il quale parla addirittura di obbligo anacronistico nell'età dell'informatica. Cfr., anche LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari* (Prime note sul neoformalismo negoziale), in *Banca e borsa*, I, 1990, 780. MAZZAMUTO S., *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare* (nullità - prova), in *Contratto impresa*, 1994, 37; MINNITI G. F., *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie* (forma negozio giuridico - formazione negozio - tipicità procedimenti - forma procedimento - configurazione tipo concreto - forma e titolo dell'acquisto), in *Quadrim.*, 1993, 423; FAUCEGLIA G., *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. comm.* 1994, I, 417.

gi in materia bancaria e creditizia) (30), e successive modificazioni. In difetto di questo requisito, si determina la nullità del contratto.

Va da sé che se si tratta di *lease back* immobiliare l'atto va trascritto secondo le regole ordinarie, e dovrebbero essere redatti i documenti per le opportune variazioni catastali conseguenti al trasferimento. Argomentazione di segno contrario sembra doversi prospettare con riguardo alla trascrivibilità del sottostante contratto di *leasing*, in ragione della sua natura improduttiva d'effetti reali (31). Tuttavia esso è soggetto a registrazione in caso d'uso.

Devono, inoltre, essere attentamente valutati, prima della stipula, tutti gli esborsi dovuti per le diverse imposte sull'immobile concesso in leasing: l'imposta comunale sugli immobili (ICI), imposta regionale sulle attività produttive (IRAP), l'imposta sul valore aggiunto (IVA), e l'imposta di bollo.

2.2 *Spunti per una ricostruzione sistematica*

Prima che fosse introdotto l'ultimo comma dell'art. 2425-bis citato, come si è sopra detto, il *sale and leaseback* (32) non era previsto da alcuna norma, così come del resto mancava, e sembra mancare tuttora, la disciplina del *leasing*, al cui schema formale il *lease back* è senza altro riconducibile. Per quanto il *leasing*, risulti nominato in alcune norme quali ad es., tra le altre, l'art. 1, l. 25 ottobre 1968 n. 1089, o l'art. 17, l. 2 maggio 1976 n. 183, art. 8, l. 12 agosto 1977 n. 675, ed altre ancora.

Per dimostrare la bontà della scelta interpretativa favorevole all'ammissibilità del contratto *de quo*, nel panorama legislativo nazionale, la dottrina trae spunti ricostruttivi del contratto: ora nella propo-

(30) Cfr. in generale LA TORRE M. R., *Il t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Riv. it. leasing, 1994, 91.

(31) In questo stesso senso cfr. M. R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, 486.

(32) Si ricorda che al *sale and leaseback* è stato dedicato un convegno in cui Atti sono pubblicati nella Rivista italiana leasing: «Lease-back e operazioni inesistenti», Roma, 5 ottobre 1989 - PAGGIOLINI F., apertura lavori 1ª parte: Lease back, - relazioni: DE NOVA G., *Identità e validità del lease-back* - PACIFICO L., *Aspetti civilistici del lease-back* - PELOSI A. C., *Lease-back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale* - LIPARI N., *Lease-back e trasferimento fiduciario* - Interventi di: POLI M., LANDI M., PACIFICO L. e PIGA F. 2ª parte: operazioni inesistenti, - relazioni: FILIPPI P., *Operazioni inesistenti e locazione finanziaria: profili fiscali* - HINNA DANESI F., *Operazioni inesistenti e locazione finanziaria: profili penali* - CLARIZIA R., *Lease-back e operazioni inesistenti* - Conclusioni., in Riv. it. leasing, 1989, 469.

sta legislativa (d.l. 8 marzo 1991, n. 72, in tema d'antiriciclaggio) (33), che dava una definizione assai accurata della locazione finanziaria, comprensiva anche del *sale and leaseback* (34); ora, nella normativa nazionale (35) che, ispirandosi all'omologa norma della "Convenzione Unidroit" (36), all'articolo 5, prevedeva che le norme si applicassero anche quando il bene fosse stato "acquistato o fatto costruire dallo stesso utilizzatore" (37).

Altre indicazioni erano desunte, poi, dagli usi raccolti dalla Camera di Commercio di Milano, in tema di *leasing* - e specialmente nel punto ivi previsto nel quale il locatore acquista «il bene oggetto del *leasing* direttamente dal conduttore (38) -, o da una proposta avanzata dall'ex Servizio dei Superispettori tributari (39).

(33) Vedi il paragrafo dedicato al *leasing* finanziario nelle parte pregressa del presente lavoro, dove sono espressamente richiamati i diversi progetti di legge: De Carolis, Schlesinger, Visentini ecc., riguardanti l'impiego del termine *leasing*.

(34) Secondo la citata norma «per locazione finanziaria s'intende l'operazione nella quale il concedente mette a disposizione per un tempo determinato e verso un corrispettivo periodico un bene strumentale all'esercizio dell'attività dell'utilizzatore, che il concedente fa costruire o acquista, anche dallo stesso utilizzatore, che lo sceglie e ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e che può acquistarne la proprietà alla scadenza del contratto con il pagamento di un prezzo prestabilito. Il comma contenente questa definizione è decaduto e non è stato inserito nella legge 5 luglio 1991, n. 197, di conversione. Sul punto cfr. DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali* - ecc., cit., 1998... e CLARIZIA R., *La locazione finanziaria*, cit., 1996, 319 il quale spiega che il relatore non ha inserito la citata definizione nella legge antiriciclaggio perché questa non è «*la sedes materiae adeguata per recare una definizione di portata generale, così ampia e completa della locazione finanziaria*».

(35) Cfr. nello stesso senso SIMONE R., *Sale and lease back: ritorno al futuro?*, cit.

(36) Cfr. così il Disegno di legge 2735 cit. *retro*.

(37) Cfr. il Disegno di legge S/2735, comunicato alla Presidenza il 31 luglio 1997, presentato in Parlamento nel corso della 13 legislatura.

(38) BOLOSSINI C. E. e COLTRO CAMPI C., *Gli usi di banca, di borsa e di «leasing»*, cit., 1980, 145; DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, op. cit., 1998, 440.

(39) Questo organismo, le cui funzioni erano quelle di controllo sugli accertamenti tributari, sebbene prospettasse *a priori* l'illiceità del contratto *de quo*, tuttavia enunciava una distinzione fra operazioni di *leasing* vere e proprie, come tali soggette alla disciplina ordinaria, e operazioni di credito, considerando tali quelle in cui il bene oggetto di trasferimento a favore del concedente fosse un bene appartenente all'utilizzatore.

Cfr. la relazione SECIT (organismo cui è stato cambiato il nome e le funzioni, ora 'Servizio centrale per i controlli tributari e gli studi di politica economica e fiscale), al Ministro delle finanze sull'attività svolta nell'anno 1992, in "il Fisco" n. 36/1993, allegato 9236 e 9237. Delo stesso SECIT v. pure la delibera del 22 novembre 1988 e riconfermata nella Risoluzione 2 dicembre 1991 prot. N° 430480, con cui, «[...] si contesta la natura del contratto che [...] non consiste nel far conseguire la disponibilità di un determinato bene all'impresa richiedente (come un normale contratto di *leasing*) bensì nella concessione di un finanziamento avente garanzia reale (il bene stesso)». Si fa notare però da parte della dottrina (CLARIZIA R., *la locazione finanziaria*, cit., 1996, 318) come «all'Amministrazione finanziaria la legge non attribuisce un potere

Altri indizi, sia pur con tutte le riserve del caso, erano rinvenuti nella C.(circolare) M.(ministeriale) del 30 novembre 2000 n. 218 (40), con cui il Ministero delle finanze (41), riconoscendo legittimità piena all'operazione di *sale and leaseback*, invitava gli uffici a riesaminare e ad estinguere le controversie pendenti sulla illiceità di questi contratti.

Come si è avuto modo di accennare sopra, da adesso in poi, l'esplicita disposizione dell'art. 2425-bis, non consente più di ripetere che il contratto di *sale and leaseback* è sconosciuto nel nostro ordinamento.

Non sembra, tuttavia, che la menzione del contratto superi la barriera della tipicità legale. Deve, infatti, essere precisato che mediante l'introduzione dell'articolo citato il legislatore non si è proposto l'obiettivo di procedere ad una regolamentazione organica e specifica del rapporto di *sale and leaseback*, ma si è limitato ad intervenire su alcuni specifici aspetti della disciplina riguardante le plusvalenze. Al riguardo osserva giustamente la dottrina che l'esatta nozione di contrat-

generale di procedere alla riqualificazione del contratto, potere, invece, di volta in volta attribuito con normativa espressa e specifica che nel caso di specie è del tutto carente». Questa stessa opinione è stata recepita ultimamente da Cass., 28 luglio 2000, n. 9944. Mass., 2000, secondo cui la "qualificazione" giuridica di un contratto «trova il suo ineliminabile presupposto nell'accertamento della "comune intenzione" delle parti, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 1362 e segg. cod.civ. e, se del caso, anche da elementi estrinseci all'atto considerato, ovvero da situazioni complesse, caratterizzate dal collegamento di più fattispecie negoziali. Pertanto deve escludersi che l'amministrazione finanziaria possa (ri)determinare la natura di un contratto, prescindendo dalla volontà concretamente manifestata dalle parti e magari in contrasto con essa». La riqualificazione del contratto in sede civilistica chiaramente proiettava i suoi effetti negativi sul piano fiscale, diventando ai sensi dell'art. 3 del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 un'operazione indetraibile ai sensi dell'art. 1 del citato decreto.

La stessa Cass., sez. trib., 28 luglio 2000, n. 9944, può leggersi, inoltre, in: Corriere trib., 2001, 125, n. CASTELLI; Riv. giur. trib., 2001, 412, n. PEIROLI, Giur. imp., 2000, 1209; Riv. dir. fin., 2001, II, 16, n. PEIROLI.

Da notare che il SECIT, le cui funzioni erano quelle di controllo sugli accertamenti tributari, sebbene prospettasse a priori l'illiceità del contratto de quo, tuttavia enunciava una distinzione fra operazioni di leasing vere e proprie, come tali soggette alla disciplina ordinaria, e operazioni di credito, considerando tali quelle in cui il bene oggetto di trasferimento a favore del cedente fosse un bene appartenente all'utilizzatore.

(40) La circolare del Ministero delle finanze del 30 novembre 2000 n. 218/E è citata *retro*, nella quale, si specifica, fra l'altro, che l'abbandono può avvenire: «in via di autotutela, mediante il ritiro dell'atto impugnato, cui consegue la estinzione del giudizio per cessata materia del contendere ex art. 46 del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 46; ovvero qualora sia già intervenuta sentenza sfavorevole, prestando acquiescenza o, se già proposta l'impugnazione, rinunciando all'appello ex art. 44 del citato decreto, avendo cura di pervenire ad un accordo con la controparte ai fini di compensazione delle spese».

(41) Cfr. DEZZANI F., *Il lease back diventa lecito per il ministero delle finanze*, Fisco, 2001, 4595. Se è vero che la Circolare ministeriale è un atto interno e non esplica efficacia vincolante nei confronti degli interpreti, essa tuttavia, faceva riflettere sull'orientamento in materia d'imposte per il contratto di *sale and leaseback*.

to innominato dipende dal fatto che un “dato contratto non è assoggettato a disciplina propria”. Questo significa, in altre parole, che “è contratto innominato, quello che – pur se menzionato dalla legge – sia, al tempo stesso, sprovvisto di disciplina particolare legale, salvo che la menzione del contratto sia fatta in luogo tale, che se ne possa indurre, per via di rimando, la disciplina giuridica” (42).

Nel dubbio che l’indicato rimando, per il contratto *de quo*, sia possibile, dovrebbe essere corretto affermare che il *sale and leaseback* continua ad essere un “tipo sociale”, idoneo ad assurgere a tipo normativo, ma non è, ancora, consentito considerarlo un “tipo legale” o un vero e proprio contratto nominato (43). Semmai, sul piano dogmatico, sarebbe forse più corretto, farlo rientrare nella categoria dei contratti atipici, benché menzionato (44).

(42) Così testualmente MESSINEO F., *Contratto innominato (atipico)* [X, 1962,] cit.

(43) Alle stesse conclusioni del testo sembra pervenire VASSALLO PALEOLOGO F., *I contratti di locazione finanziaria*, cit., 1994, 13 ss., il quale parla di locazione finanziaria come di un «contratto nominato, seppur atipico, a prestazioni corrispettive, privo di una sua specifica disciplina ...».

Secondo Messineo «Il contratto innominato (detto, altrimenti, contratto *sui generis*, o con un termine, da taluno (BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 1955, 194 ss.) avvertato, atipico), o, secondo la terminologia preferita in Germania, contratto misto (in senso lato) - deve intendersi quello, per il quale l’ordinamento giuridico (codice, o legge complementare) non ha predisposto una particolare disciplina giuridica.

In verità, presa alla lettera, l’espressione “contratto innominato” equivarrebbe a contratto, cui il sistema della legge non dà un nome; ma, in definitiva, il non avere un nome dipende, a sua volta, dal fatto che il dato contratto non è assoggettato a disciplina propria; ed è quest’ultima l’esatta nozione di contratto innominato».

Del resto, come afferma la dottrina, «avere un nome nel sistema della legge non basta - da solo - a fare, del dato contratto, un contratto nominato», infatti, vi sono numerosi contratti, che sono menzionati, ma non anche disciplinati.

«Non toglie al contratto, l’impronta di innominato, il fatto che esso sia disciplinato da usi (che sono, in tal senso, usi *praeter legem*, come è, ad esempio, il caso dello scambio di mano d’opera, cui accenna l’art. 2139 c.c. Invero, stando al testo della legge (art. 1322), il contrassegno del contratto innominato è sempre l’assenza di disciplina (particolare) legislativa.»

Cfr. inoltre, sul punto (per implicito), Cass. 14 ottobre 1959, n. 2838 in *Giust. civ.*, 1959, 2082 ss. con nota di FAVARA E.; MAJELLO U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in Riv. dir. civ., 1987, I, 487, ss.; SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, 785 ss., e con tutte le figure negoziali non inquadrate sistematicamente nell’ordinamento positivo, soluzioni diverse da quelle sino ad ora adottate disciplina negoziale.

Con riguardo al *leasing*, sulla cui atipicità peraltro vi è unanimità, cfr. ancora DE NOVA G., *Nuovi contratti*, cit., 1990, 192; PANZANI L., *Leasing finanziario: la tipizzazione di un contratto atipico*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 885 ss.; COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 160 ss.; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1982, 787.

(44) Sul piano strettamente giuridico, il fatto che il legislatore abbia citato il *leasing* nel corpo del T.U., non pare significare il superamento della sua atipicità. Con riferimento al sistema adottato nel nostro ordinamento si parla, infatti, di atipicità degli atti negoziali quando vi è la concreta

Seguendo i canoni d'interpretazione forniti in proposito recentemente dalla Suprema Corte, (45) si comprende del resto che «Ai contratti non espressamente disciplinati dal codice civile (contratti atipici o innominati) possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme».

Problema diverso ma strettamente legato al precedente, attiene agli schemi legali tipici ai quali solitamente è stato accostato il *sale and leaseback*: vendita con patto di riscatto (46) (art. 1500 e segg. c.c.), col quale sembrano esistere “poche differenze strutturali” (47), o *de retro*-

possibilità di configurare un elenco aperto di figure da aggiungere a quelle previste in forma specifica. L'elenco, del T.U., seguendo recenti indicazioni, pare comprendere il numero e la quantità delle figure che possono far parte dei c.d. contratti non bancari. Si coglie pertanto la correlazione esistente tra contratti bancari e quelli non bancari. Quest'ultimi infatti, sarebbero soltanto quelli i tassativamente indicati nel T.U.. Del resto, si può parlare al contrario di tipicità quando si conoscono solo alcune figure le quali subiscono l'operazione di decantazione del tempo attraverso i precedenti giurisprudenziali, gli studi della dottrina e l'opera di creazione legislativa. Ciò significa che si deve riconoscere protezione giuridica attraverso l'architettura giuridica creata ad hoc dal legislatore soltanto a quei contratti che operano secondo gli schemi fissati dal legislatore.

(45) Cfr. Cass., sez. III, 28 novembre 2003, n. 18229. Mass., 2003; Cass., sez. I, 23 febbraio 2000, n. 2069. Mass., 2000. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 29 settembre 1983, riportato in DE NOVA G., *Il contratto di leasing 170 sentenze ed altri materiali*, cit., 1985, 515.

(46) Sul punto cfr. in dottrina LUMINOSO A., *La vendita con riscatto* (art. 1500-1509), in Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1987, e spec. 221 nota 497; OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di «lease-back»*, in Quadrimestre, 1984, 347 ss.; VETTORI F., *Il leasing immobiliare*, in Riv. dott. commercialisti 1977, 811, ss; LA TORRE M. R., *Il lease-back ed il revirement della cassazione in materia di vendita con patto di riscatto* (Nota a A. Brescia, 29 giugno 1990, Soc. Tamini immob. c. Fall. Ruperiti). Riv. it. leasing, 1991, 209; Id., *Manuale della locazione finanziaria*, Milano 2002, 553. Per Trib. Oristano, 18 agosto 1996. Riv. giur. sarda, 1997, 438, n. CHESSA., «Il lease back, [...] non può essere qualificato come vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia implicante un patto commissorio vietato.»; cfr. altresì Trib. Milano, 3 marzo 1988. Riv. it. leasing, 1988, 445, n. PELOSI., secondo cui «Il «lease back» consiste in un'unione funzionale di più obbligazioni sinallagmatiche tutte imprescindibili per la realizzazione dello scopo giuridico del contratto; queste sono legate fra loro da una causa autonoma e composita che non può coincidere completamente con quella della vendita con patto di riscatto senza operare uno snaturamento dell'essenza socio-giuridica del negozio.» Cfr. altresì Trib. Verona 15 dicembre 1988, Foro it., 1989, I, 1251, n. SIMONE; Trib. Vicenza 12 luglio 1988, Foro it., 1989, I, 1251, n. SIMONE. Fallimento, 1989, 728. Giur. it., 1989, I, 2, 576, n. VENEGONI. Dir. fallim., 1989, II, 697, n. RAGUSA MAGGIORE.

(47) Cfr. così RIVA I., *Sale and lease back anomalo: alla ricerca degli elementi sintomatici della frode al divieto di patto commissorio* (Nota a T. Piacenza, 12 giugno 2002, Soc. Oerlikon macchine c. Banco Napoli). Giur. it., 2002, 1877.

vendendo (48) o *retroemendo* (49), riporto (50), mutuo (art. 1813) o, più spesso, nel *genus* del *leasing* finanziario (51) in quanto causalmente simile e probabilmente nello schema del *leasing* c.d. traslativo, come individuato dalla Suprema Corte di Cassazione (52). Talvolta si è persino esaminata la possibilità di far valere per il *lease back*, le stesse qualificazioni giuridiche impiegate per il *leasing*: vendita a rate con riserva della proprietà (53) (art. 1523, c.c.), locazione (art. 1571, c.c.), contratto atipico, ecc.,

Come si può intuire, queste spiegazioni sono ancora insoddisfacenti dovendosi rilevare come, al di là di taluni elementi comuni, ciascuno dei contratti segnalati presenta caratteristiche specifiche non corrispondenti con il contenuto e la funzione del *sale and leaseback*.

(48) Cfr. PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, 34.

(49) Cfr. PALERMO G., *cit. retro*.

(50) Cfr., in generale, su questo contratto RAGUSA MAGGIORE G., *Riporto (contratto di)*, in Encicl. dir., Milano, 1989, vol. XL, 1024. Per quel che riguarda il rapporto fra riporto e *sale and leaseback* cfr. DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali - ecc.*, cit., 1998, 453; VETTORI F., *Il leasing immobiliare*, op. cit., 1977, 824.

(51) Secondo la giurisprudenza tributaria, il *lease-back* rientra nell'ampia categoria delle «locazioni finanziarie», le quali sono da considerarsi a tutti gli effetti «prestazioni di servizio» ai sensi dell'art. 3 d.p.r. n. 633/1972, e danno quindi diritto alla detrazione dell'imposta assolta sulle stesse ai sensi dell'art. 19 medesimo decreto. Commiss. Trib. I grado Monza, 13 maggio 1995, Soc. C. I. - Uff. iva Monza Rass. Trib., 1996, 435, n. NUZZO.

(52) Cfr. le sei sentenze emanate in pari data nel dicembre 1989, dalla Cassazione, e citate nella prima parte di questo lavoro, che rappresentano in proposito un orientamento giurisprudenziale costante.

(53) Per una analisi delle diverse tesi sulla natura della vendita con riserva di proprietà, cfr. LIPARI M., *Vendita con riserva di proprietà*, in Encicl. dir., Milano, 1993, vol. XLVI; ZECCHINO I., *Vendita condizionata al pagamento del prezzo e vendita con riserva di proprietà* (Nota a Cass., sez. II, 8 aprile 1999, n. 3415, Capalbo c. Ruotolo), Notariato, 2001, 473; CASSANDRO Sulpasso B., *Osservazioni su tema di vendita con riserva di proprietà* (Nota a Cass. Francia, 20 giugno 1989, Banque national de Paris c. Smt). Giur. comm., 1989, II, 855; ICARDI M., *Locazione finanziaria, ecc. cit.*, Nuova giur. civ., 1989, I, 416; STRADELLA U., *La vendita con riserva della proprietà*, Nuova giur. civ., 1987, II, 321; TULUI F., *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, Riv. dir. comm., 1980, I, 355.

La dottrina sembra cogliere una differenza tra la vendita a rate e il *leasing* traslativo, ritenendo che in quest'ultimo contratto «il trasferimento della proprietà del bene in capo all'utilizzatore non consegue automaticamente al pagamento dell'ultimo canone, ma è subordinato all'esercizio di opzione che è frutto di una scelta e non un atto necessitato», cfr. così CASSANO G. - ROMANO M., *Tematiche attuali di diritto civile*, cit., 2001, 202.

V. anche Trib. Milano, 28 aprile 1980, in Banche e banchieri, 1982, con nota di SPANO, secondo cui « Il contratto di *leasing* va qualificato come vendita con riserva di proprietà, perché il corrispettivo periodico corrisposto dall'utilizzatore non è un canone ma una rata. Ne consegue che, risolto il contratto, il concedente ha diritto ad un equo compenso, a termini dell'art. 1526 cod. civ». Secondo Trib. Bologna, 23 giugno 1986, in Dir. fallim., 1987, II, 231, in Giur. it., 1987, I, 2, 360, in Riv. it. leasing, 1987, 210, l'art. 1526 c.c. è inapplicabile al contratto di «*lease back*».

Anche la vendita con patto di riscatto, nonostante la somiglianza di contenuto e la stessa terminologia (vendita, prezzo, ecc.), appare diversa dal *sale and leaseback* (54). Nella vendita con patto di riscatto, infatti, la restituzione del prezzo all'acquirente da parte dell'originario venditore non è mai espressione di un comportamento sin da principio obbligato, ma costituisce, al contrario, la conseguenza dell'esercizio di un diritto che il venditore medesimo è assolutamente libero di porre (o meno): l'effetto risolutivo del passaggio, già avvenuto, della proprietà.

Probabilmente la ricostruzione del contratto non va valutata alla stregua dei singoli negozi giuridici, ma guardando al contratto in modo unitario.

Secondo l'insegnamento della Cassazione (55), che sembra valutare il *sale and leaseback* proprio secondo questa concezione unitaria, il contratto «Come tutti i contratti atipici, [...] presenta punti di contatto con figure negoziali tipiche, sicché, volendolo sezionare, ben si potrebbe ridurlo ad un mero assemblaggio di tipi legali (vendita; mutuo; locazione; opzione). Ma si tratterebbe, appunto, di un'operazione riduttiva, non rispettosa della funzione integratrice dell'ordinamento svolta dall'autonomia contrattuale nel settore dei traffici commerciali».

In questo modo però il problema tende a spostarsi sul terreno della ricostruzione del contratto come un negozio unico, ovvero come una pluralità di negozi: due o più distinti contratti, «collegati».

È noto che la ricostruzione del leasing, nell'interpretazione uniforme e costante di dottrina (56) e giurisprudenza (57), è fatta secondo i principi del collegamento negoziale. E anche il *lease back*, secondo la

(54) Cfr. Trib. Oristano, 18 agosto 1996. Riv. giur. sarda, 1997, 438, n. CHESSA, che aveva escluso che «Il *lease back*, in quanto negozio socialmente tipico, è valido e non può essere qualificato come vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia implicante un patto commissorio vietato».

(55) Cfr. Cass., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.

(56) Cfr., per tutti, LENER G., Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore (Nota a Cass., sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926, Soc. casa albergo villa delle rose c. Soc. Sanicosm; Cass., sez. III, 2 ottobre 1998, n. 9785, Soc. Same c. Di Gennaro e Cass., sez. III, 30 giugno 1998, n. 6412, Merli c. Soc. Sbs leasing). Foro it., 1998, I, 3083; CLARIZIA R., Collegamento negoziale e vicende della proprietà - Due profili della locazione finanziaria, Maggioli, Rimini, 1982.

(57) Cfr., nel Mass., 2004: Cass., sez. III, 29 aprile 2004, n. 8218; Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10032; Cass., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12279; Cass., sez. I, 8 luglio 2004, n. 12567.

prevalente giurisprudenza di merito (58), ed ora anche secondo la Casazione (59) integra gli estremi del contratto collegato.

Posto che residuano dubbi, per la soluzione dell'indicata alternativa, sembra opportuno richiamarsi all'insegnamento della Suprema Corte (60), la quale ha segnalato, costantemente, con chiarezza e precisione che "[...] il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti [...]".

Prescindendo da ogni altra indagine su quest'ultimo aspetto, preme qui rilevare che, le recenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in tema *lease back*, consentono di affermare che si è in presenza di un negozio: complesso (ha una pluralità di prestazioni riconducibili ad un unico rapporto), lecito (61), originale (62), legalmente atipico (63), ma

(58) Cfr. App. Napoli, 15 giugno 2000. Banca, borsa ecc., 2002, II, 298; Trib. Roma, 22 maggio 1996, cit.; Trib. Bari, 19 agosto 1994. Giur. pugliese, 1995, 68, n. DENOVELLIS; Commiss. trib. I grado Treviso, 13 giugno 1992. Fisco, 1992, 11258; Trib. Milano, 19 giugno 1986. Riv. it. leasing, 1986, 786, Foro pad., 1987, I, 408, n. BOSTICCO.

(59) Secondo Cass., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580, cit. "Perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa ai sensi degli artt. 1344 e 1345 c.c., è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico fra i negozi, che il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti, pur se non manifestato in forma espressa, di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra [...]".

(60) Cfr. per tutte Cass., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240, in Mass., 2003; Cass., sez. II, 21 dicembre 1999, n. 14372. Foro pad., 2000, I, 334.

(61) In passato si sono espresse per la liceità del contratto Trib. Venezia, 12 novembre 1994, n. BONTEMPI P., cit.; Commiss. Trib. I grado Treviso, 7 settembre 1993, Soc. S. - Uff. iva Treviso, Fisco, 1993, 1188; Trib. Milano, 13 giugno 1985, cit. Trib. Oristano, 18 agosto 1996. Riv. giur. sarda, 1997, 438, n. CHESSA C.

(62) Cfr. ROSSI A., *Il sale and lease back originalità e liceità della figura negoziale* (nota a Trib. Cosenza, 14 febbraio 1994, Soc. F. l. c. Fall. soc. B.), in Impresa, 1995, 2090. VASSALLO PALEOLOGO F., *I contratti di locazione finanziaria*, cit., 1994, 257.

(63) Sulla atipicità del contratto *de quo*, concorda la prevalente dottrina cfr., fra gli altri: PURCARO D., *La locazione finanziaria* - ecc. cit., 1998, 283; ID., *Sulla liceità del «sale and lease-back»*, cit. 1986, 587 ss.; VASSALLO PALEOLOGO F., *I contratti di locazione finanziaria*, cit., 1994, 260; DE NOVA G., *Identità e validità del lease-back*, cit., 1989, 469 ss.; NUZZO E., *Lease-back, elusione, poteri degli organi ispettivi*, Rass. Trib. 1990, 801 ss.; ID., *Lease-back, elusione, poteri degli organi ispettivi*, Banca, borsa ecc., 1991 453 ss. In giurisprudenza, oltre a Cass., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, cit. per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, 22 maggio 1996 con n. SANTARSIERE, cit.; Commiss. trib. I grado Udine, 16 ottobre 1995. Fisco, 1996, 8983, n. BORRI; Trib. Milano, 3 marzo 1988, Riv. it. leasing, 1988, 445, n. PELOSI, «Sale and lease back» e alienazioni a scopo di garanzia, cit.

menzionato e socialmente tipico (64), di scambio (65), “s’incardina su di un rapporto bilaterale” (66), adottato sia in Italia sia all’estero (67), riconosciuto dagli usi (68), consensuale (69), a titolo oneroso (ciascuna parte riceve vantaggio in corrispondenza della sua prestazione), commutativo (l’entità delle reciproche prestazioni non dipende da fattori ca-

(64) Cfr. in questo senso NICOTRA M., *Lease back: tipicità sociale e anomalie illecite* cit., 1996, 220; BONTEMPI P., *Divieto di patto commissorio e lease back*, cit., 1995, 906; CHESSA C., *Sale and lease back: qualificazione dell’operazione e interferenze con il divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 669 ss. Cfr. la motivazione di App. Milano 5 giugno 1984, in DE NOVA G., *Il contratto di leasing 170 sentenze ed altri materiali*, cit., 1985, 533 ss. In realtà secondo alcuni, la tipicità sociale dovrebbe escludere la «immeritevolezza dello schema il quale presenta un significato economico sociale, idoneo ad assurgere a tipo normativo». CASSANO G. - ROMANO M., *Tematiche attuali di diritto civile*, Torino 2001, 204. In giurisprudenza cfr. Trib. Lecce, 10 ottobre 2000, Guida al dir., 2001, fasc. 14, 60, n. RAGOZZO.

(65) Cfr. Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, Foro it., 1989, I, 1251, n. SIMONE; Fallimento, 1989, 728; *Giur. it.*, 1989, I, 2, 576, n. VENEGONI; *Dir. fallim.*, 1989, II, 697, n. RAGUSA MAGGIORE; secondo cui “Il contratto di «sale and lease back» è nullo perché contrario al divieto del patto commissorio, qualora la funzione di scambio assuma un ruolo succedaneo e strumentale rispetto alla funzione di garanzia, finendo per consolidarsi solo a seguito dell’inadempimento del debitore, senza che sia in alcun modo assicurata la proporzionalità delle prestazioni”.

(66) Cfr., in questo stesso senso: *Commiss. trib. I grado Napoli*, 20 novembre 1992. *Rass. trib.*, 1996, 451, n. NUZZO; *Commiss. trib. II grado Alessandria*, 3 luglio 1991. *Riv. dir. trib.*, 1992, II, 180, n. Fiorentino. Il *leasing* finanziario si caratterizza, invece, per l’intervento di un terzo soggetto: il fornitore del bene.

(67) In questo stesso senso cfr. CASSANO G. - ROMANO M., *Tematiche attuali di diritto civile, cit. retro.*

(68) V. gli usi depositati e pubblicati presso la Camera di commercio di Milano (1975 e ora nella più recente raccolta del 1980) che definiscono il *leasing*, distinguendo quello mobiliare da quello immobiliare. Cfr. APICE U., *Il Contratto di leasing nelle procedure concorsuali*, cit., 1991, 365 ss. Cfr. ancora BOLOSSINI C. E., COLTRO CAMPI C., *Gli usi di banca, di borsa e di leasing*, cit. 1980, 145; DE NOVA G., *Gli usi di leasing e di factoring*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 527.

L’esempio di Milano è stato seguito dalla Camera di Commercio di Mantova.

Secondo la dottrina il *leasing* deve essere considerato materia non regolata, con la conseguente efficacia degli usi. Come rileva correttamente in proposito DENOVA G., *Il Contratto di leasing con 170 sentenze ed altri materiali*, II ed., cit., 1985, 10 «L’importanza degli usi non deve essere sopravvalutata. In primo luogo, gli usi, anche se usi normativi, non sono mai imperativi, e dunque non possono sovrapporsi alle clausole pattizie, ma soltanto integrarle. In secondo luogo, e con specifico riferimento al *leasing*, gli usi raccolti dalla Camera di Commercio di Milano e Mantova sono ispirati alla prassi contrattuale: e dunque ne rappresentano una ripetizione. La funzione degli usi di *leasing* non è dunque quella di integrare una fonte pattizia lacunosa: perché la fonte pattizia del *leasing* non è tale. La funzione è invece quella di convalidare la prassi contrattuale, e così di favorire la tipizzazione del contratto».

(69) Il diritto dei contratti si fonda sul principio cardine causalistico-consensuale affermato dall’art. 1376 c.c. in virtù del quale «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

suali), sinallagmatico (70) o a prestazioni corrispettive (dà rilevanza al nesso di reciprocità delle prestazioni), di durata (71) (fa sorgere obbligazioni a esecuzione continuata o periodica per entrambe le parti e risultano applicabili gli artt. 1458 e 1373, 2° comma, c.c.), d'impresa (72) (non può che svolgersi fra imprenditori) e formale (è soggetto al requisito della forma scritta *ad substantiam*).

2.3 Analogie e differenze tra leasing e sale and leaseback

Secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza il *leasing* finanziario, realizza un rapporto trilaterale in cui l'acquisto per opera del concedente va effettuato per conto dell'utilizzatore. Vi è l'intervento, appunto, di tre distinte figure negoziali: il concedente, che acquista il bene o lo fa costruire dal fornitore su indicazione dell'utilizzatore, il fornitore o produttore del bene e l'utilizzatore stesso.

Lo schema negoziale del *sale and leaseback*, sembra, invece, imperniato su una relazione bilaterale: in questo caso è lo stesso utilizzatore che cumula due distinti, anche se connessi, piani giuridici; come

(70) In questo senso SIMONE R., «Lease back»: *cronaca di una morte annunciata* cit., 1989, I, 1251.

(71) Un rapporto di durata, strettamente inteso, sembra, rinvenibile nella fase del rapporto di *leasing*.

Nei rapporti in parola, com'è noto, una vera e propria risoluzione con effetto retroattivo sarebbe ontologicamente inconcepibile, perché non potrebbero in alcun modo essere posti nel nulla gli effetti dell'avvenuta soddisfazione dell'interesse del creditore.

Sui contratti di durata, in generale, cfr. OPPO G., *I contratti di durata*, in Riv. dir. comm., 1943, I, 143 ss.; 227 ss., nonché 1944, I, 17 ss.

Sembra implicitamente nel senso sopra indicato Cass., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.; Trib. Milano, 13 giugno 1985, cit.; Commiss. trib. centrale, 19 marzo 1998, n. 1537. Per qualche riferimento generale riguardante il *leasing* cfr. LA TORRE M. R., *La locazione finanziaria come contratto innominato di durata socialmente tipico* (Nota a T. Milano, 19 settembre 1985, Guidolin c. Soc. Locafit), Riv. it. leasing, 1986, 198; GHINI A., *Modifica della durata di un contratto di locazione finanziaria - Conseguenze per le imposte dirette*, Fisco, 1992, 655.

(72) Per la classificazione della locazione finanziaria di ritorno nell'ambito dei contratti di impresa: DE NOVA G., *Il contratto di leasing*, cit., 49; ID., *Il lease-back*, in Riv. it. leasing, 1987, 517. La giurisprudenza è costante nell'abbinare il contratto alle imprese, cfr. per tutte Cass. 10805/95, cit. Più in generale cfr. BOCHICCHIO F., *Il controllo sostanziale sulle clausole vessatorie nei contratti d'impresa ed il settore bancario e finanziario: controllo dell'attività d'impresa a tutela dei consumatori o negazione del potere d'impresa?* (Nota a T. Roma, 21 gennaio 2000, Movimento federativo democratico c. Abi), Dir. fallim., 2001, II, 450.

fornitore-venditore e come utilizzatore. Come venditore, riceve il prezzo corrispostogli per la vendita; in qualità d'utilizzatore mantiene l'uso e il godimento del bene, e potrà (ri)acquistare la proprietà esercitando l'opzione nei termini contrattuali.

Ciò, com'è comprensibile, ha fatto dubitare, che il contratto di *leaseback* potesse ricondursi al leasing finanziario ovvero ad altro contratto.

Va chiarito però, a questo proposito, che anche nel leasing (vendita e finanziamento) rimangono figure distinte e, dunque, l'appartenenza del bene esclusivamente a soggetto diverso dall'utilizzatore non dovrebbe essere giudicato come un presupposto essenziale e indefettibile. Anzi, le diverse tipologie di leasing citate, (leasing operativo, full leasing, leasing agevolato, internazionale, convenzionato, diretto, al consumo, ecc.), confermano non solo che vi sono tipologie di *leasing* strutturalmente diverse, ma anche che la trilateralità non è requisito necessario dell'operazione. Tanto è ciò vero che come affermato dalla Suprema Corte, qualora vi sia identità soggettiva tra venditore ed utilizzatore del bene per escludere di qualificare il contratto come *sale and leaseback* deve essere «addotta la simulazione relativa del leasing finanziario per interposizione fittizia di persona» (73).

Se è vero, peraltro, che manca la trilateralità dei soggetti, non manca invece il meccanismo proprio del contratto. Vale a dire che il bene è acquistato dall'impresa di leasing, a bella posta, per essere dato in *leasing*. Sembra perciò chiaro che l'acquisto della proprietà del bene nel *leaseback* ha la stessa funzione di quella del *leasing* e che serve, appunto, come strumento d'attuazione di un'operazione nella quale il trasferimento si configura come una compravendita con fine di leasing; sotto questo profilo, quindi, *leasing* e *sale and lease back* non divergono sostanzialmente.

D'altro canto, com'è stato sostenuto, in proposito da una parte della dottrina l'operazione può, probabilmente considerarsi "bilaterale solo sul piano economico, mentre da un punto di vista strettamente giuridico essa può ritenersi trilaterale. Infatti, si mantiene anche nel *leaseback* la trilateralità propria che caratterizza il tipo leasing finanziario rispetto ad altre figure di *leasing*, anche se due dei tre ruoli in cui s'impenna il funzionamento del leasing finanziario (quello di fornitore e quello di utilizzatore) sono impersonati dal medesimo soggetto.

(73) Cfr. Cass., sez. III, 19 luglio 1997, n. 6663. Foro it., 1997, I, 3586.

Del resto, le finalità dei due ruoli separati e distinti dell'utilizzatore e, precisamente, quello di fornitore del bene e quello, appunto, d'utilizzatore e ciò in due diversi contratti: quello di vendita e quello vero e proprio di leasing, sembrano riguardare una sorta di «[...] sdoppiamento funzionale dell'utilizzatore-fornitore [...]».

La figura tipologica del *leaseback* confluisce, in sostanza, nello stesso schema contrattuale del leasing ordinario. Secondo alcuni anzi, l'«unica differenza rispetto al leasing finanziario tradizionale è che, l'importo del finanziamento è erogato direttamente all'utilizzatore e non ad un terzo fornitore del bene».

La maggioranza degli studiosi e larga parte della giurisprudenza tributaria, più volte chiamata a pronunciarsi sul difetto di trilateralità, come sopra inteso, fa notare come quest'elemento, così come per altro verso il fatto che l'utilizzatore abbia la disponibilità materiale del bene prima della stipula del contratto, o non si avvalga della facoltà di scelta ed indicazione del bene presso un terzo fornitore, non possono far ipotizzare un distacco del contratto di *sale and leaseback* dal *leasing tout court*. La questione è adesso superata dagli ultimi interventi giudiziari e normativi, anche se già in passato, le Commissioni tributarie erano pervenute a tale conclusione e giudicavano, pertanto, corretto applicare anche al *leaseback* la disciplina fiscale e contabile propria della locazione finanziaria ordinaria.

Appare d'altra parte utile ripetere che nel *sale and leaseback*, così come nel *leasing*, il bene è concretamente acquistato in seno alla logica imprenditoriale dell'impresa di leasing o della banca. Logica, che non può mutare a seconda che si tratti di stipulare un semplice *leasing* finanziario oppure un *sale and leaseback*. In entrambi i casi, l'impresa di leasing o la banca, acquistano la proprietà del bene per poi concederlo in leasing, essendo peraltro indifferente, come s'è detto, la provenienza del bene dal terzo nel *leasing* finanziario o dallo stesso futuro utilizzatore nel *sale-and-leaseback*.

Va però chiarito che, sebbene si possa parlare sul piano logico-giuridico del *lease back* come un *leasing* bilaterale, i due contratti sembrano strutturalmente diversi: vi è analogia (74), ma non identità. Da un lato, la struttura del *sale and leaseback*, esclude, in partenza, a tacer d'altro, l'esigenza della scelta e dell'indicazione del bene e, soprattutto,

(74) In questo stesso senso, cfr. Commiss. trib. reg. Veneto, 26 settembre 1997. Riv. dir. trib., 1999, II, 169.

to, l'intervento di un terzo fornitore; non sono necessarie le clausole d'esonero della responsabilità del concedente né la cessione all'utilizzatore delle azioni spettanti alla società di leasing nei confronti del fornitore. Senza considerare che il concedente, in questo caso, non ha bisogno di garantire che il bene sia immune da vizi e presenti le qualità promesse; dall'altro, per l'impresa di leasing è sempre e in ogni caso necessario procedere all'acquisto del bene tramite un terzo, come nel *leasing* finanziario; o con l'intervento dello stesso utilizzatore, come nel *sale and leaseback*.

La constatazione di siffatte differenze non chiarisce ancora, nondimeno, la vera diversità tra il *leasing* e il *lease back*, ossia che il *leasing* tende, di regola, al perseguimento successivo e finale dell'acquisto di beni nuovi, mentre il *sale and leaseback* è correlato alla vendita e al riacquisto di beni già appartenenti all'azienda e di proprietà del venditore-utilizzatore (75).

Sotto altro profilo, è utile osservare che la disponibilità materiale da parte del venditore-utilizzatore dei beni, funzionali all'assetto produttivo, elimina la necessità della consegna della cosa al compratore. Obbligo questo del resto che anche se rappresenta, normalmente, un elemento perfezionatore della fattispecie contrattuale della vendita, può mancare del tutto o essere implicita o fittizia; come nell'antica figura del costituito possessorio (76).

Gli insegnamenti della Cassazione (77) confermano, al riguardo, per un verso che si ha un mutamento del possesso in detenzione in capo al precedente titolare del diritto, non come conseguenza automatica del negozio, ma per effetto di una specifica volontà delle parti, una delle quali, pur conservando il *corpus possessionis*, accetta tuttavia di mutare l'*animus*, da possessore in semplice detentore; per altro verso si conferisce all'alienante un potere di fatto che corrisponde ad una detenzione *nomine alieno*.

Dell'assimilabilità della figura del costituito possessorio alla consegna, intesa quest'ultima come atto di messa a disposizione, non sembra dubitare la dottrina prevalente.

(75) Cfr. Commiss. trib. reg. Veneto, 26 settembre 1997. Riv. dir. trib., 1999, II, 169.

(76) Cfr. Cass., sez. trib., 11 giugno 2003, n. 9324. Contratti, 2003, 1145 (m), n. DE FRANCESCO, che ha ritenuto, tra l'altro, fittizio un contratto di *sale and lease back* poiché "il contratto non era stato eseguito mediante costituito possessorio, bensì con il materiale spostamento dei beni".

(77) Cfr. in senso specifico Cass., sez. II, 24 giugno 1994, n. 6095. Mass., 1994.

Più difficile è forse stabilire se l'esercizio del potere di fatto sulla cosa sia sorretta dall'*animus rem sibi habendi*, ovvero configuri una detenzione *nomine alieno*.

Non è il caso di indugiare su quest'ultimo argomento, poiché gli elementi di valutazione sopra esposti dovrebbero convincere, in ogni caso, che la mancata consegna, non preclude la possibilità di godimento come avverrebbe, invece, in ipotesi di leasing finanziario; nel qual caso s'impedirebbe, addirittura, *ab origine*, perfino, il realizzarsi della funzione specifica del *leasing* che potrebbe considerarsi, per tal ragione, privo di causa.

La giurisprudenza di merito nelle rare occasioni in cui si è occupata di quest'aspetto non marginale del rapporto, ha messo in luce che «Nel caso di contratto di *lease back*, il compratore concedente acquista il possesso solo animo e non anche materiale della cosa; ne consegue che, nell'ipotesi di successive alienazioni a più concedenti, il conflitto tra di loro insorgente non è risolvibile ai sensi dell'art. 1155 c.c., che presuppone un concreto e reale rapporto con la cosa», mentre in un'altra fattispecie ha evidenziato che « Nel conflitto tra più aventi diritto agli stessi beni mobili, [...] ad opera di un unico dante causa mediante *lease back*», prevale quello che abbia acquistato precedentemente a domino, qualora nessuno degli acquirenti abbia conseguito il possesso corpore et animo».

Le regole che precedono consentono anche di ritenere che trasferimento del diritto e mantenimento del godimento non hanno interruzione e non sono distinguibili *ab externo*: manca, invero, alla percezione dei terzi, sia l'inizio del godimento sia il cambiamento del potere di disposizione. Tale potere rimane, infatti, almeno in apparenza, a colui che n'aveva prima la proprietà piena. Ma ciò vale solo per i beni mobili, perché nel caso di beni immobili è possibile conoscere lo stato attuale dei diritti su tali immobili dal riscontro della nota di trascrizione. Strumento unico funzionale, *ex lege*, alla conoscenza, per gli interessati, del contenuto, dell'oggetto e del destinatario dell'atto,

Regime, sostanzialmente, simile specialmente per la pubblicità degli atti giuridici riguarda i beni mobili registrati.

Problemi in parte diversi si pongono in caso *sale and leaseback* riguardanti beni mobili, in dipendenza delle particolari regole che disciplinano la circolazione di tali beni, per i quali l'acquisto del possesso in buona fede in conformità ad un titolo che sarebbe idoneo a tra-

sferire il diritto, produce immediatamente l'effetto traslativo o costitutivo a favore dell'acquirente (art. 1153 c.c.).

La giurisprudenza tributaria, in un'operazione costruita in base ad un rapporto trilatero tra il cedente/utilizzatore e un soggetto intermedio che acquista e rivende il bene e la società di leasing acquirente/locatrice, ha, ritenuto non potersi «configurare come contratto di *leaseback tout court*».

2.4 *Aspetti positivi, negativi e problematici*

Le ipotesi esaminate nel presente paragrafo tendono a segnare i limiti entro i quali il contratto può essere utilmente impiegato.

Anzitutto, il *sale and leaseback* può reputarsi uno strumento innovativo che mette insieme *standard* di contabilità finanziaria e di tassazione societarie (78) e consente all'utilizzatore di: mantenere inalterata la sua capacità creditizia (79); realizzare un'operazione a lungo termine e cancellare quelle a breve; migliorare la sua liquidità corrente; ridurre il rischio di crisi di liquidità derivante da imprevisti commerciali o generati da eventi gestionali.

Il negozio pare impiegabile dalle imprese d'ogni tipo, di tutte le dimensioni e nei settori più disparati; presenta ovvi vantaggi (80) sia sotto il profilo economico, sia fiscale (81).

(78) In questo senso cfr. BENNIE H., NUNNALLY, JR., D. ANTHONY PLATH, HELENE W. JOHNS, *Corporate lease analysis: a guide to concepts and evaluation*, Quorum Books, U. S. A., New York, 1991, 195 ss.

(79) ALBANESE M., ZEROLI A., *I contratti di leasing e di factoring*, Milano 2000, 103.

(80) REGALLI M. e TAGLIAVINI G., *Il lease back è ora possibile e spesso conveniente*, Fisco, 2000, 444.

(81) Sul regime fiscale applicabile, esiste una copiosa giurisprudenza tributaria che richiederebbe una particolareggiata disamina, specie per individuare la ripartizione, tra entrambe le parti (*lessor e lessee*), degli oneri fiscali e dei relativi adempimenti, tale indagine non può essere compiuta in questa sede, per le diverse problematiche affrontate dalla giurisprudenza tributaria, cfr. in generale Commiss. trib. prov. Firenze, 6 giugno 1997. Toscana giur., 1998, 364; Comm. trib. I grado Como 21 settembre 1991, Corriere trib., 1991, 3439. Fisco, 1991, 8283; Commiss. trib. I grado Napoli, 25 settembre 1992. Rass. trib., 1996, 446, n. NUZZO; Commiss. trib. centrale, 17 novembre 1993, n. 3187, Riv. giur. trib., 1994, 670 Giur. imp., 1994, 288, n. ASTOLFI. Bollettino trib., 1994, 1610, n. PREVERIN; Commiss. trib. II grado Napoli, 15 aprile 1994. Rass. trib., 1996, 450, n. NUZZO; Comm. trib. II grado Napoli 27 febbraio 1995, Rass. trib., 1996, 442, n. NUZZO; Comm. trib. II grado Napoli 13 giugno 1995, Rass. trib., 1996, 455, n. NUZZO.

L'utilizzo sembra maggiormente consigliato e profittevole per, le imprese che hanno elevati utili (82) e buone potenzialità di sviluppo e di crescita sul mercato. La liquidità ottenuta dalla vendita del bene (83), non essendo le somme ricevute vincolate, consente ad esse, infatti, di ribaltare l'ipofunzionalità gestoria e in particolare: di fare investimenti in nuovi progetti capaci di incidere sui livelli di produzione e d'occupazione, di ridurre o estinguere i debiti esistenti, di comprare azioni proprie sul mercato al fine di evitare o scoraggiare il tentativo d'acquisizioni ostili (84). La liquidità può anche servire per nuove acquisizioni aziendali o rami di esse e può fornire anche denaro contante per ri-

Circa i canoni di *leasing* che costituiscono, per l'utilizzatore un costo deducibile dal reddito, cfr., (Comm. trib. I grado Como, 21 settembre 1991, cit.; Comm. trib. II grado Alessandria 3 luglio 1991, Riv. dir. trib., 1992, II, 180, n. Fiorentino; Comm. trib. I grado Macerata 12 dicembre 1991, Fisco, 1992, 6806. Bollettino trib., 1992, 1197, n. MAGLIONE; Comm. trib. I grado Napoli 25 settembre 1992, cit.; Comm. trib. I grado Roma 25 gennaio 1993, Foro it., 1993, III, 427. Fisco, 1993, 2886. Giur. merito, 1993, 803; Comm. trib. I grado Venezia 31 gennaio 1994, Rass. trib., 1994, 1647, n. LUPI).

Con riguardo all'esigenza di applicare alla vendita e alla successiva concessione del bene in *leasing* l'i.v.a. cfr. (Comm. trib. I grado Treviso 13 giugno 1992, Fisco, 1992, 11258; Comm. trib. I grado Roma 25 gennaio 1993, cit.; Comm. trib. I grado Belluno 17 dicembre 1994, Fisco, 1995, 5443).

Da notare che alcune pronunce riconducono sia la vendita che la concessione in *leasing* alle operazioni imponibili di cui all'art. 3, 2° co. n. 1, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (vale a dire alle prestazioni di servizi), traendo la conseguenza che la società di *leasing*, che ha il ruolo di acquirente, può detrarre l'i.v.a. pagata al venditore - futuro utilizzatore sull'acquisto del bene successivamente concesso in *leasing*.

Su questa problematica cfr. Comm. trib. I grado Treviso 13 giugno 1992, cit.; Comm. trib. I grado Roma 25 gennaio 1993, cit.; Comm. trib. I grado Belluno 17 dicembre 1994, cit.; Comm. trib. I grado Como 21 settembre 1991, cit.; Comm. trib. II grado Roma 11 marzo 1993, Riv. it. leasing, 1993, 523; Comm. trib. I grado Torino 11 marzo 1993, Giur. piemontese, 1994, 397; Comm. trib. I grado Pisa 30 giugno 1994, Riv. it. leasing, 1994, 920; Comm. trib. I grado Monza 13 maggio 1995, Rass. trib., 1996, 435, n. NUZZO 5; Comm. trib. I grado Napoli 27 febbraio 1995, n. 11, RT, 1996, 442).

Per i diversi aspetti relativa all'i.v.a., che viene addebitata in fattura all'utilizzatore, cfr. Comm. trib. I grado Roma 3 giugno 1991, Corriere trib., 1991, 2400. Fisco, 1991, 5682. Società, 1991, 1411; Comm. trib. I grado Firenze 25 giugno 1991, Corriere trib., 1991, 2397. Fisco, 1991, 5682. Società, 1991, 1413. Bollettino trib., 1991, 1360; Comm. trib. I grado Como 21 settembre 1991, cit.; Comm. trib. I grado Venezia 19 febbraio 1994, Contratti, 1994, 435, n. MAFFEIS. Rass. trib., 1994, 1648, n. LUPI; Comm. trib. I grado Belluno 17 dicembre 1994, cit.; Comm. trib. I grado Monza 13 maggio 1995, cit.

(82) Cfr. GHIA L. *I contratti di finanziamento dell'impresa, leasing e factoring*, Milano, 1997, 63.

(83) Parla di autofinanziamento il Tribunale di Milano 26 ottobre 1992, in "Contratti", 1993, 46. Cfr., anche GHIA L. *I contratti di finanziamento dell'impresa, leasing e factoring*, cit., 1997, 63.

(84) Cfr., in questo stesso senso, BENNIE H., NUNNALLY, JR., D. ANTHONY PLATH, HELENE W. JOHNS, *Corporate lease analysis: a guide to concepts and evaluation*, cit., 1991, 195 ss.

durre l'entità del debito delle imprese acquisite in operazioni di *leveraged-buyout* (85).

Il contratto, dovrebbe consentire, inoltre, al venditore-utilizzatore di ottenere con la vendita del bene il cento per cento del suo valore di mercato (86); mentre, non è usuale che le banche e le società finanziarie mettano a disposizione o anticipino l'intera somma mutuata (87).

Il rischio principale dell'operazione, com'è noto, è correlato all'evenienza che l'impresa non sia in grado di pagare i futuri canoni di locazione e perda, quindi, definitivamente la disponibilità del bene. Considerato che non è necessario, in questo caso, provvedere alle pratiche espropriative tipiche dei beni vincolati da ipoteca.

La tesi siffatta, sebbene contenga elementi condivisibili di verità, sembra troppo legata ad un postulato di base non convincente, in senso assoluto, considerato così come affermato testualmente dalla Suprema Corte (88) che il più delle volte il bene che si vende "non [è] agevolmente ricollocabile sul mercato".

È il caso di aggiungere che le banche e le società finanziarie fanno, normalmente, precedere la vendita dalla stima di un esperto. A giudizio di un tribunale (89), tuttavia, ciò «non consente di superare la presunzione legale di frode e di sproporzione fra le prestazioni». Tale affermazione, però, non appare né convincente, né esatta per la ragione che anche la presunzione dev'essere basata su elementi probatori certi e non su meri indizi astratti e non controllabili. Difatti, un intervento *ex*

(85) Cfr. in senso ampio: Cass., sez. V, 15 novembre 1999. Foro it., 2000, II, 402, n. FILOGRANA; Dir. pen. e proc., 2000, 753, n. GALLETTO, ROMANELLI; Corriere giur., 2000, 745; Impresa, 2000, 1025; Riv. guardia di finanza, 2000, 1821; Fisco, 2000, 10689; Riv. trim. dir. pen. economia, 2000, 472; Giust. pen., 2000, II, 282, n. DIDI; Società, 2000, 711, n. PICONE; Dir. e giustizia, 2000, fasc. 9, 74, n. IACOVIELLO; Trib. Milano, 13 maggio 1999, Giur. it., 1999, 2105, n. MONTALENTI; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, Giur. it., 1998, 1440; Trib. Milano, 14 maggio 1992. Foro it., 1992, I, 2829; Società, 1992, 982; Corriere giur., 1992, 1133, n. PARDOLESI; Impresa, 1992, 2122.

(86) Non risulta in pratica che le banche o le società finanziarie concedono l'intero valore del bene: vedi in proposito Trib. Venezia, 12 novembre 1994, cit., nei cui motivi si evidenzia che al venditore locatario viene riconosciuto solo il 75% della vendita, in quanto la vendita medesima, viene ulteriormente decurtata del 25%, decurtazione peraltro della quale non sono offerti apprezzabili motivi per cui il tribunale vi intravede un accostamento significativo tra i profili del mutuo e quelli del *lease back*, ritenendo questo negozio come: «strumento contrattuale attraverso cui è estremamente facile aggirare il divieto di patto commissorio».

(87) Cfr., in questo stesso senso, BENNIE H., NUNNALLY, JR., ANTHONY PLATH D., HELENE W. JOHNS, *Corporate lease analysis: a guide to concepts and evaluation*, cit., 1991, 195 ss.

(88) Cfr. così Cass., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580. cit.

(89) Su questo punto cfr. la motivazione di Trib. Pavia 1 aprile 1988, cit.

post costruito sullo schema del «patto marciano» (90) dovrebbe consentire di superare la presunzione legale, dato che in questo modo non solo si da effettività alle poste economiche in gioco, ma si rimuove anche l'alea presente all'atto della stipula, rendendo altresì le prestazioni delle parti quantitativamente e qualitativamente certe. In sostanza, la clausola di salvezza (inserita *ex ante*) dovrebbe consentire di realizzare il riequilibrio del rapporto (91).

Ed è quasi inutile aggiungere che il *sale and leaseback* potrebbe essere un valido strumento per dare continuità all'impresa ed evitare (e non come espediente per ritardare) l'apertura o l'inizio delle procedure concorsuali. Per cui sarebbe consigliabile e opportuno fare, prima della stipula del contratto, un'attenta valutazione della situazione patrimoniale dell'utilizzatore, poiché com'è noto, la conoscenza da parte del concedente (*lessor*) dello stato d'insolvenza del

(90) Si tratta di una convenzione del tardo diritto romano che ha avuto rare applicazioni concrete Cfr. SCHERMI A., *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio* (nota a Cass. sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, Soc. Sarda *Leasing* c. Ammendola), in Giust. civ., 1996, I, 1744, il quale esclude in particolare che il patto marciano «abbia una tipicità sociale e, conseguentemente, una rilevanza giuridica». Sulla liceità del patto marciano, cfr., in giurisprudenza: Cass. 27 novembre 1951, n. 2696, in Foro. it., 1952, I, 11, con nota di ELIA; Cass. 21 settembre 1956, n. 2828, in Mass. Foro. it. 1956, 518; Cass. 5 ottobre 1963, n. 2362, in Giur. it., 1964, I, 318; App. Trento, 18 febbraio 1975, in Giur. merito, 1975, I, 424; Trib. Monza 24 maggio 1988, Foro it., 1989, I, 1271, con nota di CARNEVALI U., *Leasing immobiliare e fallimento dell'utilizzatore*, in Riv. it. leasing, 1986, 215; secondo cui l'impiego di una clausola sul modello del patto marciano esclude una speculazione del creditore e qualifica come lecita l'operazione.

In dottrina cfr. LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 71 ss; VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 80; BUGANI I., *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in Nuova giur. civ., 1986, II, 39; SESTA M., *Le garanzie atipiche - I: Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia - Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988; ROPPO E., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, vol.19 Torino, 1985, 436; BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 202 ss. e 218 ss.; CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in Enciclopedia del diritto, XXXII, Milano 1982, 505. REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie; vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in Foro it., 1989, I, 1440, 1444; RAGAZZINI L., *Vendita in garanzia con patto di riscatto - Patto commissorio - Patto marciano*, in Riv. not., 1991, 133; QUARTEPPELLE C., *Divieto del patto commissorio, trasferimento della proprietà e del credito in garanzia sale and lease-back, patto Marciano*, in Vita not., 1989, 246; MARROCCO E., *Note sul patto Marciano*, in Nuovo dir., 1989, 977; MINNITI G. F., *Patto Marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, Riv. dir. comm., 1997, I, 29; D'AQUINO F., *Alienazioni in garanzia, schiaccianoci e patti commissori* (Nota a Cass., sez. II, 28 settembre 1994, n. 7890, Cantù c. Arnoldi e Cass., sez. II, 27 settembre 1994, n. 7878, Costabile c. Soc. Meridionale edilizia), Foro it., 1995, I, 1229; CLARIZIA R., *la locazione finanziaria*, cit., 1996 321. Da ultimo cfr. CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano - Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000.

(91) Cfr., in questo stesso senso, LA TORRE M. R., *Manuale della locazione finanziaria*, Milano 2002, 564.

lessee, (presunzione relativa) conduce automaticamente alla revoca della vendita dei beni, poi concessi in *leasing*, al venditore *ex art.* 67, comma 2°, l. fall. (92) (nel testo dell'abrogato r.d. 16 marzo 1942, n. 267).

Problemi di una certa complessità possono, ancora, riguardare l'influenza o meno della "locazione finanziaria di ritorno" nei rapporti tra società, e specialmente qualora vi possa essere il controllo esercitato da una società sull'altra in virtù del possesso della quasi totalità delle sue quote (93).

L'operazione sembra, inoltre, offrire buone potenzialità anche al c.d. «terzo settore» (94): Onlus, enti non profit, associazioni, ecc., o anche agli enti pubblici; per quest'ultimi, almeno riguardo a determinati beni (95) e al loro regime circa i vincoli di destinazione.

Com'è facile comprendere, in tali casi le problematiche sono diverse e concernono prevalentemente i c.d. «enti pubblici economici (96), la cui contabilità, pur essendo ispirata ai principi fondamentali della contabilità pubblica, presenta delle differenti sfumature secondo il "tipo" di ente» (97). Non è da trascurare, tuttavia, che i canoni di locazione finanziaria del *sale and leaseback* potrebbero gravare per decenni sui bilanci futuri dell'ente pubblico. Sarebbe perciò opportuno che gli organi competenti prima di procedere alla vendita degli immobili adibiti ad uffici pubblici, verificchino la sussistenza del vantaggio

(92) Cfr. su questo punto Cass., sez. I, 21 dicembre 1998, n. 12736. Fallimento, 1999, 903, n. DI MAJO; Dir. fallim., 1999, II, 700; Nuova giur. ligure, 1999, fasc. 1, 18; App. Milano, 5 giugno 1974, cit. in DENOVA G., *Il Contratto di leasing con 170 sentenze ed altri materiali*, II ed., cit., 1985, 533, ss.

(93) Cfr. Cass., sez. I, 21 dicembre 1998, n. 12736, Fall. soc. Cefi c. Soc. Mod Capital, in Dir. fallim., 1999, II, 700; Nuova giur. ligure, 1999, fasc. 1, 18; in Fallimento, 1999, 903, n. DI MAJO A., *Stato di insolvenza e lease back di Gruppo*.

(94) Cfr. per tutti PONZANELLI G., *Quali regole giuridiche per il terzo settore? (per una disciplina degli enti non profit)*. Riv. dir. civ., 1996, II, 313.

(95) L'utilizzo del *sale and leaseback* potrebbe risultare particolarmente interessante a condizione però che si tratti di beni non ricompresi nell'art. 2 del d.p.r. 283/2000 fra quelli inalienabili da parte della pubblica amministrazione.

(96) Secondo il T.a.r. Lazio, sez. III, 15 novembre 1991, n. 1922. Trib. amm. reg., 1991, I, 4199. Riv. giur. circolaz. e trasp., 1992, 739 «Un ente pubblico si configura come ente pubblico economico quando la sua attività, pur se strumentale rispetto al perseguimento del pubblico interesse, abbia ad oggetto prevalentemente l'esercizio di un'impresa privata, informata come tale a regole di economicità, in quanto diretta a conseguire un profitto o quanto meno a coprire i costi, secondo norme statutarie e di comportamento prefissate dall'ente». Sul punto cfr. pure Cass., 11 novembre 1988, n. 6063. Arch. civ., 1989, 160.

(97) Cfr. CLARIZIA R., *la locazione finanziaria*, cit., 1996, 303.

effettivo, in ragione di una proiezione pluriennale. Tenuto conto sia degli oneri da sostenere per il pagamento del canone di locazione, sia di quelli relativi alle spese di ammortamento e manutenzione straordinaria che giustificano la vendita degli stessi.

Nei limiti sopra segnati, gli enti pubblici, avvalendosi delle facilitazioni permesse dalla locazione finanziaria di ritorno (98), potrebbero trovare un effettivo sollievo alle croniche esigenze di liquidità, che li affliggono.

«In tale veste pubblicistica il *sale and leaseback* ha avuto largo sviluppo negli U.S.A.» (99).

Inutile ricordare che la finalità naturale del contratto è quella di raggiungere il suo scopo tipico (in altre parole, l'adempimento delle prestazioni, che secondo le disposizioni del 2° e del 3° comma dell'art. 1453 c.c. sono simmetriche), ma non dovrebbe essere esclusa la prosecuzione del rapporto (100) al termine della durata, - di regola, suddivisa in più periodi diversi sotto il profilo degli adempimenti contrattuali - stabilita dal contratto. Sempre che ciò sia stato previsto dal contratto, salvo ovviamente una rinegoziazione delle nuove condizioni che non alterino l'originario equilibrio del sinallagma (101).

Profili particolarmente ardui possono, ancora, aversi con riferimento alle ragioni dei creditori e dei soci nei confronti della società coinvolta nell'operazione. In tale direzione sarebbe opportuno esaminare se si realizza un effettivo aumento del livello di debito della società che comprende: a) per i creditori, una diminuzione delle garanzie prima esistenti per la soddisfazione del loro credito; b) mentre per i soci una svalutazione del valore della loro partecipazione. In entrambi i casi, in linea di massima, si dovrebbe riflettere che l'operazione serve a realizzare una trasformazione economica e giuridica del bene: i cre-

(98) In questo senso cfr. BUSSANI M., *Il contratto di lease back*, cit., 1986, 558, nota 206. Più in generale cfr. AA.VV., *Il leasing pubblico*, a cura di Clarizia e Velo, Milano, 1985; CLARIZIA R., *la locazione finanziaria*, cit., 1996 303 ss.

(99) Cfr. in questo senso DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali - ecc.*, cit., 1998 442.

(100) Di contrario avviso, DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali - ecc.*, cit. retro, 1998, 447, che ritiene «elemento strutturale essenziale del *sale-and-leaseback*, la sola opzione finale di acquisto, da considerare quale unico possibile sbocco del contratto; mentre nel *leasing* finanziario, com'è noto, l'utilizzatore ha la scelta tra restituzione del bene, acquisto di esso, rinnovo del contratto».

(101) V. la motivazione di Trib. Monza 24 gennaio 1988, cit. secondo, cui non si tratta di considerazione meramente quantitativa delle rispettive prestazioni.

ditori e soci, dovrebbero, infatti, trovare ugualmente soddisfazione nel corrispettivo incassato per la vendita del bene.

Differenti problemi possono nascere con riguardo alle ipotesi di riscatto anticipato, di rinuncia al riscatto o nel caso di cessione del contratto di leasing.

Altri problemi, ancora, possono riguardare il rapporto tra *lease back* e prelazione (102) e persino i profili penali (103), qualora gli stessi beni siano venduti a società diverse (104).

Problema che allo stato sembra risolto è quello riguardante la deducibilità dei canoni derivanti dai contratti di locazione finanziaria aventi ad oggetto beni immateriali ammortizzabili, come i marchi d'impresa.

A tale riguardo è da notare, tuttavia, che l'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione N. 27/E del 25 febbraio 2005, ha ritenuto non sussistere alcun impedimento a questo tipo di operazione. Infatti, la modifica apportata all'art. 2573 c.c. (introdotta dal d.leg. 4 dicembre 1992 n. 480 (recante «attuazione della direttiva Cee sul ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri in materia di marchi d'impresa»), consente adesso la libera trasferibilità del marchio; vale a dire vi è la possibilità di trasferire solo il segno distintivo senza dover vendere in tutto o in parte l'azienda.

È doveroso aggiungere che una parte della dottrina pare cogliere una differenza tra *lease-back* ordinario e il c.d. *lease-back* «tecnico» riconosciuto valido dalla giurisprudenza di merito (105); secondo

(102) Cfr. sul punto JOMMI A., *Prelazione e lease back del conduttore di locali ad uso farmacia*. Ragiufarm, 1998, fasc. 48, 30.

(103) Cfr. PALOMBI E., *I profili penali del contratto di sale and lease-back* (nota a G.i.p. Trib. Napoli, 17 aprile 1996, Ricci), in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 606; TENCATI A., *La rilevanza penale del sale and lease-back utilizzato per eludere i Tributi*. Fisco, 1992, 8370; CTR - Commiss. Trib. Il grado Napoli, 15 aprile 1994, Soc. B N I., *Rass. Trib.*, 1996, 450, n. NUZZO. Cfr. anche la fattispecie nella quale si è prospettato che «In un'operazione di sale and lease-back commette il reato di truffa, previsto e punito dall'art. 640 c.p., l'utilizzatore-fornitore che con artifici e raggiri si faccia supervalutare il bene oggetto del contratto traendo un ingiusto profitto ai danni della società di *leasing*». *Pret. Verona*, 20 aprile 1989, Longo Turri, *Riv. it. leasing*, 1991, 490, n. CAVAZZANA.

(104) Cfr. BARTALINI G., «Sale and lease back» per gli stessi beni stipulato con due società diverse: un nuovo capitolo di una «neverending story» (Nota a Trib. Pavia, 8 novembre 1988, Soc. Locafit c. Fall. vivai Antonelli), *Foro pad.*, 1989, I, 375.

(105) Cfr. la pronuncia del Trib., Milano, 26 ottobre 1992, Soc. A. - Soc. I., in *Contratti*, 1993, 46; DE NOVA G., *Il lease-back "tecnico" è valido*, in *Contr.*, 1993, 47. Del contratto ne dà notizia anche VASSALLO PALEOLOGO F., *I contratti di locazione finanziaria*, cit., 1994, 273.

altri (106), invece, l'operazione «non è inquadrabile nello schema del *lease back*, ma è da considerarsi vero e proprio contratto di *leasing*».

La dottrina ha, altresì, chiarito che sul *sale-and-leaseback* si possono avere variazioni più macchinose e specialmente quando una “terza parte” provvede al finanziamento per l'acquirente-locatore. In questo caso, l'operazione di *leaseback* sembra assomigliare al contratto di locazione finanziaria chiamata *leverage* (107) o *leverage leasing*.

(106) Cfr., in senso specifico, GARDANI CONTURSI-LISI L., *Contratti atipici* cit., 1997, 94 ss.: («che soltanto nei termini della massima [la sentenza milanese] attiene all'operazione di *lease back* ivi effettivamente descritta; mentre nel corpo motivante si ricostruiscono gli estremi della specie proprio per avvertire che essa «non è inquadrabile nello schema del *lease back*, ma è da considerarsi vero e proprio contratto di *leasing*»).

(107) Cfr. voce *leverage* in *Law distionary* / by STEVEN H. GIFIS., 3 rd ed. p. cm., United States, 1991, 275, «the use of debt to finance capital investment, for the purpose of increasing the investor's rate of return on the investor's equity. Thus, property is purchased or investments are made with small down payments, the balance being supplied by borrowed money. As long as the return (income and appreciation) on the total investment exceeds the interest paid on the debt, the investor benefits»; nello stesso senso cfr. anche BENNIE H., NUNNALLY, JR., D. ANTHONY PLATH, HELENE W. JOHNS, *Corporate lease analysis: a guide to concepts and evaluation*, cit., 1991, 195 ss.

Capitolo II

Sommario: 3.1 Il sale and leaseback come contratto d'impresa. 3.2 Sale and lease back e alienazioni a scopo di garanzia 3.3 Fondamento e operatività attuale del divieto del patto commissorio 3.4 Inconfigurabilità del sale and-leaseback come mutuo.

3.1 *Il sale and leaseback come contratto d'impresa*

La dottrina (108) e, specialmente, la Corte di Cassazione (109) sono costanti nell'affermare che il *sale and leaseback*, «nella sua struttura socialmente tipica», è un contratto d'impresa (110). L'espressione, nel suo significato linguistico, si riferisce allo *status* dei contraenti, cui sembra possibile l'applicazione di regole legislative o giurisprudenziali peculiari.

Ciò vuole dire, in ultima istanza, non solo che il contratto si sviluppa in un contesto imprenditoriale (111), ma anche che alla categoria si applica la normativa specifica dei contratti formulata con rinvio a questa figura.

(108) Cfr. TREVISOL A., *Ancora sulla validità del contratto di sale and lease-back* (nota a Commis. Trib. I grado Treviso, 26 luglio 1993, Soc. S. c. Uff. iva Treviso), in Foro pad., 1994, I, 60; BONTEMPI P., *Divieto di patto commissorio e lease back*, cit., 1995, I, p. 906; GAMBONI G., *L'operazione di lease-back regime fiscale applicabile e configurazione civilistica*, in Le società, 1992, 912 ss.; STELLA RICHTER G., *Problemi attuali del parabancario (con specifico riguardo al leasing e al factoring)*, in Giust. civ., 1988, 425. BUONCORE V., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in Riv. it. leasing, 1993, 569 ss.; SANTINI G., *I servizi*, Bologna, 1987; cfr. anche BUSSANI M., *Il contratto di lease back*, 1986, cit., 1986, il quale cita in proposito l'opinione di GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1985, 246, secondo cui «La definizione si richiama a quella categoria convenzionale di contratti «che presuppongono, di fatto, la qualità di imprenditore di una almeno delle parti o che ricorrono, con frequenza di gran lunga maggiore, nei rapporti d'impresa».

Dal punto di vista tecnico, invece, la distinzione fra contratti aziendali in senso stretto (aventi, cioè, ad oggetto il godimento, da parte dell'imprenditore, di beni aziendali non suoi), e contratti d'impresa (ossia quei contratti, diversi dai primi, necessari al funzionamento dell'impresa), ritiene il *lease back* - e il *leasing* in genere appartenere al primo gruppo di rapporti (cfr. DE NOVA G., *Il contratto di leasing con 170 sentenze ed altri materiali*, II ed., cit., 1985, 49 ss.).

Sulla particolare posizione dell'imprenditore all'interno del codice civile vigente (rispetto a quello del 1865 e al codice di commercio del 1882), GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*², Bologna, 1980, in partic. p. 96 ss.

(109) Cfr. Cass., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580, cit.; Cass. n. 10805/95 e n. 4612 del 7 maggio 1998, cit.

(110) Cfr. LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, *passim*; PENCO I. e TAMOS L., *Il riconoscimento del lease back tra i contratti d'impresa*, Dir. e pratica società, 2001, fasc. 24, 22.

(111) Cfr. ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, cit. 1994, 990, il quale, puntualizza, che «Non si tratta sempre di una disciplina di privilegio della parte imprenditrice, come avveniva per

Circoscrivendo l'esame al solo codice civile, basterà richiamare le norme concernenti la formazione del contratto (art. 1330 c.c.), secondo cui in caso di morte o d'incapacità dell'imprenditore non si produce l'automatica estinzione della proposta o dell'accettazione fatta dall'imprenditore medesimo nell'esercizio della sua impresa.

Sulla stessa scia vedi anche gli artt. 1340, 1341 e 1342 c.c. che riguardano, a loro volta, le clausole d'uso, le condizioni generali di contratto e il contratto concluso mediante moduli o formulari; nonché l'art. 1368 c.c., il cui comma 2, prevede che «Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa; o gli artt. 1370 c.c. (interpretazione contro l'autore della clausola), 1375 c.c. (esecuzione di buona fede), 1400 c.c. (per il quale, «Le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali sono regolate dal libro V»), e che richiama gli artt. 2138, 2150, 2203 c.c. ss.; oltre beninteso quelle norme che riguardano direttamente lo statuto dell'imprenditore commerciale, che comprende anche la disciplina fallimentare, recentemente modificata dal d.lgs. n. 5/2006.

Nella categoria si possono ugualmente includere le norme concernenti la circolazione dell'azienda (artt. 2112, c.c., trasferimento dell'azienda, 2558, c.c., successione nei contratti, 2610, c.c., trasferimento dell'azienda nel contratto di consorzio), ivi comprese le disposizioni relative all'usufrutto, all'affitto (artt. 2561, 2562, c.c.) e alla disciplina del mandato (art. 1722, c.c.) e del conto corrente (art. 1824, c.c.). Risultano inoltre applicabili l'art. 2597, c.c. circa l'obbligo di contrattare degli imprenditori in regime di monopolio; l'art. 2709 (efficacia probatoria contro l'imprenditore), secondo cui «I libri e le altre scritture contabili (2214 ss., 2421, c.c.) delle imprese soggette a registrazione (c. 2195) fanno prova contro l'imprenditore»; o, infine, l'art. 2049

gli atti di commercio nel codice di commercio, ma si tratta nel gran numero di casi di regole che s'adattano alla prassi commerciale, predisposte come sono a principi d'efficienza, rapidità, certezza».

Cfr. anche GALGANO F., *Negozio*, cit. 942. Secondo cui la prevalenza degli interessi economici espressi da un settore del corpo sociale può favorire la creazione di strumenti più idonei al loro perseguimento. Ma in tale processo i principi generali dell'ordinamento svolgono la funzione di tutela dell'interesse collettivo. Ciò, si traduce in un maggior dinamismo di certi settori del diritto rispetto alla staticità di altri, e non determina l'asservimento dell'intero ordinamento ai fini del ceto sociale interessato.

c.c., per il quale “è sufficiente un nesso di occasionalità necessaria tra fatto dannoso e attività lavorativa” (112).

Il riconoscimento della categoria “contratto d’impresa” sembra suffragato, peraltro, dal tenore della *Relazione* del Guardasigilli sul codice civile (testo definitivo), laddove (nel n. 625), illustrando l’art. 1368 c.c., si fa chiaro riferimento «ai contratti dell’imprenditore», per i peculiari effetti che sono consacrati nello stesso art. 1368 c.c.; nonché dall’osservazione che l’imprenditore fruisce già da tempo, «almeno in parte di una specifica disciplina derogatoria dei principi di diritto comune» (113) e che influenzano la formazione, l’esecuzione e la stessa interpretazione del contratto.

Le successive riflessioni della dottrina sull’argomento *de quo* hanno, peraltro, consentito di precisare (114) che la disciplina dei contratti d’impresa, può essere individuata anche nei contratti dell’impresa commerciale indicati nell’art. 2195 c.c. e che sono attinenti alle diverse fasi, così riassumibili: costituzione (organizzazione) (115), esplicazione dell’attività (disciplina della concorrenza) (116), o, infine, crisi dell’impresa (procedure concorsuali) (117).

Più in dettaglio, il *sale and leaseback* dovrebbe essere qualificato come contratto bilateralmente imprenditoriale. La qualcosa sembra indirettamente confermata dai numerosi interventi normativi (118) a

(112) Cfr. così testualmente Pret. Milano, 16 luglio 1998. *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 784.

(113) Così Cfr. ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, cit. 1994, 990 VECCHIO G., *In tema di contratti d’impresa*, *Giur. it.*, 1999, 1562.

(114) Cfr. DALMARTELLO A., op. ult. cit.; Così Cfr. ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, cit. 1994, 990; VECCHIO G., *In tema di contratti d’impresa*, *Giur. it.*, 1999, 1562; Cfr. DALMARTELLO A., op. ult. cit.; Così Cfr. ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, cit. 1994, 990; VECCHIO G., *In tema di contratti d’impresa*, *Giur. it.*, 1999, 1562.

(115) Cfr. GRILLO M. e SILVA F., *Impresa, concorrenza ed organizzazione*, Carocci, Roma, 1998.

(116) Cfr. GRILLO M. e SILVA F., *Impresa, ecc.*, cit., 1998.

(117) Cfr. SALANITRO N., *Procedure concorsuali (profili generali)*, in *Encicl. giur. Trecani*, Roma, 1991, vol. XXIV; TEDESCHI G. U., *Le procedure concorsuali - Il fallimento*, Torino, 1996; *Società commerciali e procedure concorsuali* (atti del convegno Sisco, Milano, 13 novembre 1993), interventi di GALGANO F., RAGUSA MAGGIORE G., JAEGER P. G., NOBILI R., IUDICA G., FALSITTA G., CONTI L. e CASELLA M., Milano, 1995. LANFRANCHI L., *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1988; CUNEO V. L., *Le procedure concorsuali*, II ed., aggiornata a cura di CHIARAVIGLIO L., Milano, 1988.

(118) V. L’art. 25 della l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, ha introdotto nel codice civile, sotto il Titolo II del Libro IV, il Capo XIV-bis sui contratti del consumatore, composto dagli artt. 1469-bis-1469-sexies. L’art. 1469-bis delimita l’ambito soggettivo della disciplina con le definizioni di «professionista» e di «consumatore».

tutela dei consumatori e degli utenti, trasfusi adesso quasi integralmente nel "Codice del consumo", introdotto con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 256.

Secondo tale Codice, che conferma essenzialmente quanto era stato previsto dalla legislazione precedente, «il consumatore [...] è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (119)»; mentre, «professionista è la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale [...]».

Com'è facile intuire la normativa *de qua* sembra avere uno scopo più mirato rispetto agli artt. 1341 e 1342 c.c. Essa dovrebbe risultare pertanto applicabile, solo se si tratta di contratti conclusi tra un professionista (*recitus* operatore economico professionale) e un consumatore e non quando si tratti di contratti conclusi tra professionista e professionista (ovvero tra imprenditori).

All'insegna della tutela del consumatore. L'atto inaugurale è il D.P.R. 24151/1988, n. 224, sulla responsabilità del produttore per il danno da prodotti difettosi. Seguono la l. 10 aprile 1991, n. 126, che detta norme per l'informazione del consumatore; il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (v. a quest'ultimo proposito Attuazione della direttiva n. 85/577/Cee in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, (decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50), commentario a cura di LIPARI N., con la collaborazione di ASTONE F., BRUNI A. M., CANALE G., GELLI P., LIVI M. A., PASQUINO T. e PUTTI P. M., in Nuove leggi civ., 1993, 176); il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 73, sui prodotti pericolosi per la salute o la sicurezza del consumatore, il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, sulla pubblicità ingannevole; gli artt. 18-24 della l. 18 febbraio 1992, n. 142 (oggi riscritti negli artt. 121-126 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), riguardanti la disciplina del credito al consumo. Si tratta di novità importanti, l'ultima delle quali incide ora sul corpo stesso del codice, che testimoniano di una tendenza in pieno svolgimento e che hanno già fatto ipotizzare l'enucleabilità di una vera e propria categoria dei contratti del consumatore, speciale rispetto alla disciplina del contratto in generale. In questo senso, ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in Giur. it., 1993, IV, 57. V., anche, MUSOLINO G., *Tutela del consumatore e appalto immobiliare*, in Contratto impresa, 1994, 660. Cfr., inoltre, BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in Riv. dir. civ., 1995, I, 1 ss. In senso critico, e a favore di una ricostruzione globale del diritto privato alla luce delle nuove esigenze, IRTI N., *Persona e mercato*, in Riv. dir. civ., 1995, 297.

(119) Al riguardo cfr. ZENO ZENCOVICH V., *Consumatore (tutela del) I*, in Enc. giur. Treccani, VIII, Roma, 1988, 1.; ID., *Consumatore (tutela del) (diritto civile)* [postilla di aggiornamento-2000], in Encicl. giur. Treccani, Roma, vol. VIII; GHIDINI G. e CERASANI C., *Consumatore (tutela del) (diritti civili)*, in Encicl. dir., aggiornamento-V, Milano, 2001. Cfr. ALPA G., *Consumatore*, in Contratto impresa, 1987, 313; ID *il nitido saggio, La tutela del contraente debole*, in ALPABESSONE M., *Giurisprudenza sistematica Diritto civile e commerciale*, Torino, 1991, 165, ed a quello di BESSONE M., *Costituzione economica e tutela dei consumatori. Quali "policies" di intervento legislativo?*, in Giust., civ., 1986, II, 357.

Per la tematica relativa alle transazione via Internet, cfr., per tutti, STUMPO G., *La tutela del consumatore nelle transazioni on-line*, Dir. e pratica società, 2001, fasc. 17, 26.

Ciò sembra pertanto confermare una più accentuata differenza tra la disciplina valevole per i contratti del consumatore e i contratti d'impresa. Cosa per la verità assai sintomatica e che dovrebbe portare a concludere che, in linea generale, il contratto di *sale and leaseback* non può essere concluso dal consumatore.

Sebbene la ricostruzione che precede, sembra accentuare, sul piano sistematico, una palese e sostanziale antitesi concettuale tra i principi contenuti in tema di consumatore (persona fisica) (120) e quelli valevoli per l'imprenditore (il professionista) (121), come avverte la dottrina (122) le due nozioni di consumatore e di imprenditore hanno probabilmente tutt'ora dei «confini incerti» (123); anche se il connotato distintivo, secondo la Suprema Corte può cogliersi, in certa misura, proprio dall'art. 1469 *bis*. In sostanza, la nozione di consumatore sembra

(120) La dottrina si è chiesta se riferendosi alle persone, il legislatore ha voluto escludere le soggettività non personificate come le associazioni non riconosciute che esercitano attività d'impresa, fenomeno che pare, peraltro, in progressiva espansione, cfr. sul punto: DI MARZIO F., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in Giust. civ., 1996, 513 ss.; CAMPOBASSO C. F., *Associazioni e attività di impresa*, in Riv. dir. civ., 1994, II, 581.

Per l'individuazione del consumatore occorre servirsi di due norme: l'art. 5 comma 1 della Convenzione di Roma, che qualifica come «contratti conclusi dai consumatori» tutti i «contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi ad una persona, il consumatore, per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, e [...] i contratti destinati al finanziamento di tale fornitura»; l'art. 1469 *bis* comma 2 c.c. (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), per parte sua, definisce invece direttamente il consumatore, identificato nella «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Cfr. Sul punto anche MEMMO D., in Gazz. giur. italiaoggi, n. 41/96, 3 ss., secondo cui, «L'impianto teleologico della nozione di «consumatore» [...] emergeva con chiarezza dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili. Per la valutazione di alcuni aspetti di tale convenzione cfr. LIGUORI F., *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni*, in Foro it., 1996, IV, 145 ss. Si può ritenere che la maggior parte degli scambi commerciali a livello mondiale trovino nella convenzione di Vienna il loro riferimento normativo primario. Nel nostro Paese la convenzione è in vigore dal 1° gennaio 1988; mentre la legge di ratifica è dell'11 dicembre 1985.

(121) Cfr. SESSA A., *Rapporto tra la figura del professionista e la figura dell'imprenditore: analisi della problematica*, Rass. forense, 2000, 543. MANESCHI A., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, Giudice di pace, 1999, 313.

(122) BASTIANON S., *Consumatore ed imprenditore (...futuro) nel diritto comunitario: luci ed ombre di due nozioni dai confini incerti* (Nota a Corte giust. Comunità europee, 3 luglio 1997, n. 269/95, Benincasa c. Soc. Dentalkit). Resp. civ., 1998, 62.

(123) Cfr. così testualmente BASTIANON S., *Consumatore ed imprenditore*, ecc. cit., 1998, 62. Cfr. altresì SANTARSIERE V., *Contratti tra professionista e consumatore - Condizioni onerose predisposte unilateralmente* (Nota a T. Palermo, 11 luglio 2000, Adiconsum c. Soc. Accord viaggi), Arch. civ., 2000, 1378; TORRESI T., *Consumatore, professionista - Fermenti giurisprudenziali* (Nota a P. Foggia-Orta Nova, 17 dicembre 1998, Cannone c. Soc. Combigrafica Sud), Giur. it., 2000, 312.

oggettivarsi al punto da determinarne l'estraneità all'attività professionale del contraente (124). Con ciò eliminandosi tutte «le organizzazioni di fatto, quali associazioni non riconosciute, consorzi, società di persone» (125) o altri enti con fini non lucrativi (126), che non hanno capacità di agire al di fuori dello scopo sociale, e dunque in modo non professionale (127).

Dovrebbe, pure, essere escluso dalla categoria del consumatore il c.d. professionista «debole» (128): artigiani (129), piccoli commer-

(124) Il paragone è con l'art. 2 d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, per il quale il consumatore è colui che agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale. In tal modo, si valorizzano inopportuno i motivi psicologici (e inattuabili) dell'agente, a scapito dell'esigenza di certezza e sicurezza delle negoziazioni (analoghe considerazioni in PATRONI GRIFFI A., *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori* (direttiva 93/13 CE), in *Rass. dir. civ.*, 1995, 363. Ovviamente, la nozione di consumatore che qui rileva non è l'unica ipotizzabile. Infatti, in altre leggi che si occupano del consumatore, in materia di pubblicità ingannevole (d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74), o in materia ambientale (l. 28 dicembre 1993, n. 549), la nozione viene intesa nel senso latissimo di «chiunque» sia esposto, anche occasionalmente, all'agire pregiudizievole altrui (cfr. BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12 ss.).

(125) Cfr. LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., 1966, 56.

(126) BERTINO L., *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis codice civile* (Nota a T. Palermo, 15 settembre 2000, *Acqued. consortile Biviere c. Adiconsum*), *Resp. civ.*, 2001, 1041; ROMAGNOLI G., *La pubblica amministrazione come «professionista»*, *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 669.

(127) Cfr. SCALFI G., *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. Civ.*, 1993, 437. Nondimeno, in altri ordinamenti (Francia, Regno Unito, Spagna) si è giudicato plausibile allargare la difesa anche alle organizzazioni che contrattano per fini estranei all'attività imprenditoriale esercitata. Cfr. GIAMPICIERI A., *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli stati dell'Unione europea*, in *Economia e dir. terziario*, 1996, 855; in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 562.

(128) CASSANO G., *Professionista debole e clausole vessatorie* (a proposito dell'azione di regresso di cui all'art. 1469 quinquies, 4° comma, c.c.), *Danno e resp.*, 2000, 587; RUFFOLO U., *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive - Le nuove regole della l. 18 giugno 1998 n. 192: «correzione» della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, *Resp. comunicazione impresa*, 1998, 403; MINERVINI E., *La tutela del professionista debole* (art. 1469 quinquies, 4° comma c.c.), *Resp. comunicazione impresa*, 1997, 331.

(129) Per uno sguardo sulle recenti modifiche apportate al tema, cfr. GUIDA P., *Anche le srl pluripersonali possono svolgere attività artigiana* (commento alla l. 5 marzo 2001 n. 57), *Nottariato*, 2001, 325; MOGOROVICH S., *L'impresa artigiana - Costituzione - Adempimenti fiscali - Obblighi contabili*, VII ed., Il Sole-24 Ore, Milano, 2001; DE STEFANIS C. e CERRINA S., *L'impresa artigiana - Normativa civilistica e legislazione speciale - Adempimenti amministrativi e fiscali*, Maggioli, Rimini, 2001; DEL VECCHIO G., *Lo statuto dell'impresa artigiana - La disciplina della legge-quadro e il riconoscimento della nuova srl artigiana*, Il Sole-24 Ore, Milano, 2001; ID., *Riconoscimento della qualifica artigiana alle società a responsabilità limitata con pluralità di soci*, *Dir. e pratica società*, 2001, fasc. 6, 17; FIORIO P., *Note in tema di impresa artigiana e della sua qualifica come piccolo imprenditore* (Nota a Cass., sez. I, 22 settembre 2000, n. 12548, Polillo c. Chiappetta), *Giur. it.*, 2001, 965.

cianti (130), imprese familiari (131) che agiscono per fini professionali (e per i quali dovrebbe valere la disciplina generale di cui agli artt. 1341, 1342, 1370 e ss. c.c.), benché possono esistere anche per loro, reali esigenze di tutela per le negoziazioni con produttori e fornitori più forti (132).

È ovvio e forse anche superfluo sottolineare il contributo che concretamente la nuova categoria del consumatore porta al tema qui trattato: affermare che sia l'utilizzatore (il *lessee*) che l'impresa di *leasing* (il *lessor*) devono essere imprenditori (o professionisti), equivale a dire che ad essi non si applica l'impalcatura codicistica dei contratti dei consumatori.

Secondo una certa corrente di dottrina (133), «tale assunto, [...] potrebbe prestare il fianco ad obiezioni fondate sul principio costituzionale di eguaglianza e sull'unificazione, ad opera del c.c. 1942, del diritto civile e commerciale».

Il rilievo non sembra condivisibile, per la ragione che il codice civile attuale sembra contraddetto dalla linea gius-politica affermata dai diversi trattati europei, (Maastricht, Amsterdam, ecc.), che hanno modificato in molti punti il panorama codicistico attuale. Anzi, proprio la nuova peculiare disciplina dettata prima dall'art. 1469 *bis* c.c. e ora dal Codice di consumo, permette di intravedere, tra l'altro, che tra la figu-

(130) Cfr. FERRO M., Il commerciante e l'artigiano nell'area della piccola impresa: dalla sentenza della corte costituzionale del 22 dicembre 1989 n. 570 al carattere «geografico» di una nozione. *Dir. fallim.*, 1994, I, 1136; MACCHIA M., *La convenzione italo-austriaca in materia concorsuale quale spunto per una rimeditazione sul piccolo commerciante*, Fallimento, 1988, 637; BORGIOLO A., *Piccolo commerciante e fallimento* (Nota a T. Firenze, 16 febbraio 1978, Fantappiè c. Fall. Fantappiè), *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 106. Cfr. anche TANGANELLI F., *Piccolo imprenditore ed elementi per il suo accertamento* (Nota a A. Firenze, 14 novembre 2000, Lapi c. Fall. Lapi). *Dir. fallim.*, 2001, II, 980.

(131) Cfr., per tutti, PANUCCIO V., *Impresa familiare*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, Milano, 2000, 665.

(132) V. sul punto ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 282; CATAUDELLA A., *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle «clausole abusive»*, in *Rass. giur. energia elett.*, 1994, 573; SCALFI G., *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ.*, 1993, 438; RIZZO V., *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 589; DAL BO D., *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Dir. comm. int.*, 1993, 567 ss; DANESE E., *Commento alla direttiva 93/13/CEE: sulle condizioni generali di contratto e le clausole abusive. Una prospettiva per l'anenzione nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ.*, 1995, 443; OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., 1995, 637; TULLIO L., *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie nella contramualisaca dei trasporti*, in *Dir. trasp.*, 1995, 736). Cfr. altresì SCIARRONE ALIBRANDI A., *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca, borsa*, 1993, 7165 ss.).

(133) Cfr DE NICTOLIS R., op. ult. cit.

ra del professionista intellettuale e la figura dell'imprenditore, "storicamente sottoposti a statuti legali diversificati" (134), si è realizzato, a livello europeo, un progressivo avvicinamento concettuale.

Per quanto riguarda l'imprenditore, la stessa norma chiarisce che questi può essere un individuo, ovvero un ente. Può comprendere qualsiasi impresa, senza considerare la sua grandezza o l'entità del giro d'affari; senza che assuma rilievo la tipologia d'attività esercitata (135).

Inoltre, nella nozione di professionista si possono far rientrare anche gli enti pubblici, purché esercitino un'attività d'impresa. Non "[...] assume rilievo il tipo di regime applicabile all'impresa pubblica, sia esso privatistico o pubblicistico. È viceversa da escludersi che possa ricadere nell'ambito applicativo della novella l'attività funzionale degli enti pubblici" (136).

Per ciò che concerne la diversa ipotesi nella quale il venditore si è sottoposto alla stipula del contratto di *sale and leaseback* solo per stringenti necessità economiche, si può senz'altro aderire all'orientamento della Suprema Corte, nella motivazione della decisione n. 10805/1995 (137), che suggerisce in tal caso come l'esistenza di tale stato soggettivo faccia perdere la qualifica d'impresa «sana».

(134) Questa espressione è di CHINÈ G., Consumatore (contratti del) in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, Giuffrè, Milano, 2000, 404.

(135) Cfr. in questo stesso senso CHINÈ G., Consumatore (contratti del) in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, cit.

(136) Cfr. testualmente CHINÈ G., Consumatore (contratti del) in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, cit.

(137) Secondo Cass. 16 ottobre 1995 n.10805, cit., occorre tener conto che l'impresa deve «essere inserita in un contesto socio-economico ben definito, e cioè nella realtà dell'economia delle imprese (e vale precisare: delle imprese sane)».

Secondo Trib. Pesaro, 23 novembre 1989, Bollettino Trib., 1990, 633 non è «sana una azienda che si trovava in stato pre-fallimentare». Chiarisce Trib. Napoli, 28 febbraio 1996 (Soc. sportiva calcio Napoli). Dir. fallim., 1996, II, 600, n. DI LAURO M., *Attualità dell'inadempimento ed identificazione dell'insolvenza: un problema sempre attuale*, che «L'esistenza di un sia pur ingente debito liquido e certo, del quale non sia stato richiesto il pagamento da parte del creditore, escludendo l'attualità dell'inadempimento, non costituisce elemento sintomatico dello stato di insolvenza, quando l'imprenditore dimostri la capacità di far luogo con regolarità al pagamento delle proprie obbligazioni».

Cfr. anche a livello istituzionale (AULETTA G. SALANITRO N., *Diritto commerciale*, 8ª ed., Milano 1993, 556) che con riguardo al concetto di stato d'insolvenza ritengono «che esso ricorre anche quando l'attivo è superiore al passivo, ma l'imprenditore commerciale, per mancanza di mezzi liquidi di pagamento (denaro), non è in grado di pagare i debiti che vengono a scadenza. Per contro, non si ha insolvenza quando il passivo è superiore all'attivo, ma il debitore gode della fiducia dei suoi creditori (ad es., ottiene credito dalle banche) e può quindi pagare con mezzi normali i debiti che scadono, senza essere costretto a procurarsi il denaro mediante la liquidazione rovinosa del proprio patrimonio o la svendita sottocosto della merce».

In assenza di precise indicazioni ermeneutiche circa l'espressione precedente impiegata dalla Cassazione, qualche spunto di riflessione può essere ricavato dall'espressione legale relativa alla "sana e prudente gestione" rintracciabile nell'art. 5 d.lgs. n. 385 del 1993, per l'esercizio dell'attività bancaria, e nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per l'attività di intermediazione finanziaria. Probabilmente, tuttavia, il concetto che comunemente si ha di impresa «sana» sembra riguardare elementi concreti e deducibili dalla stessa capacità produttiva della impresa; specialmente, quando essa ha serie prospettive di redditività dal punto di vista commerciale o finanziario.

In questo senso sembra doversi intendere la giurisprudenza (138) che "ha giudicato non coerente l'applicazione dei criteri di redditività, tipici di una impresa sana, ad una azienda che si trovava in stato prefallimentare".

Da quel che precede risulta inconfutabile che se si vuole mettere in moto il contratto di *sale and leaseback* solo per garantire artificialmente il mantenimento dell'impresa in stato di decozione, si perderebbe la riferita qualifica e non si tratterebbe più soltanto di problemi di liquidità, ma di solvibilità. Ed in questo caso il *sale and leaseback* sarebbe da considerare come un modo per aggirare il divieto del patto commissorio con conseguente dichiarazione di nullità sia del contratto di vendita, sia del successivo e collegato contratto di locazione finanziaria.

3.2 Sale and lease back e alienazioni a scopo di garanzia

Le c.d. alienazioni a scopo di garanzia sono secondo la dottrina (139) tutte quelle garanzie innominate, che utilizzano lo schema dell'alienazione di un bene al creditore destinato, in caso d'inadempimento, a soddisfare il credito garantito (140).

Il fenomeno, particolarmente complesso e variegato, sembra costituire un mezzo alternativo o secondario per soddisfare gli interessi del creditore, ponendosi nella tipica posizione d'accessorietà che carat-

(138) Cfr. T. Pesaro, 23 novembre 1989, cit.

(139) D'ERCOLE S., *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contratto e impresa*, 1995, 228, ss.

(140) Cfr. Lessico di diritto civile, a cura di M. BIANCA, S. PATTI, G. PATTI, GIUFFRÈ, Milano, 199, voce alienazione in garanzia.

terizza i diritti di garanzia (141). Si atteggia nella pratica con strutture differenti: attraverso un'alienazione sospensivamente o risolutivamente condizionata all'(in)adempimento del debitore, in altre parole attraverso vendite con connesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita (142).

In casi di questo genere, com'è facile capire, «la funzione di garanzia si attuerebbe non mediante la costituzione di uno *ius praelationis* in capo al creditore tutelato, bensì mediante il trasferimento allo stesso creditore – a titolo, temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà» (143).

È palese che «Le operazioni idonee a realizzare un risultato economico di garanzia sono molteplici, e l'esperienza mostra come meccanismi giuridici già collaudati possano essere adattati al perseguimento di una funzione concreta di finanziamento e al contempo di garanzia» (144).

I pareri che si esprimono a tale riguardo sono molto vari, e può affermarsi che essi riflettono le incertezze esistenti in dottrina sul modo di intendere la problematica *de qua*, per questo può essere utile fornire risposte ai seguenti ulteriori quesiti: a) quando lo scopo di garanzia deve considerarsi come un semplice motivo, non in grado, come tale, di alterare la causa della vendita in base alla quale si giustifica il tra-

(141) Cfr., FRAGALI M., *Garanzia e diritti di garanzia*, voce Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, cit., 465. Secondo RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, nel Trattato dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo, vol. XIX, Milano, 1956, 23. « il nostro ordinamento non conosce un concetto tecnico unitario di accessorietà, e una conseguente disciplina unitaria dei rapporti fra principale ed accessorio ». Secondo PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, Padova, 1992, 40 «l'equazione tra garanzie ed accessorietà, benché radicata nella tradizione, non risponde ad una necessità ontologica».

(142) Cfr. in questo senso FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, Riv. dir. civ., 2000, II, 253.

Com'è noto, il patto di retrovendita produce effetti meramente obbligatori: esso consiste, infatti, nell'assunzione dell'obbligo, da parte dell'acquirente, di rivendere il bene all'alienante qualora ricorrano determinate circostanze. A differenza della vendita con patto di riscatto, che ha efficacia reale, qui la natura del patto preclude l'opponibilità dello stesso ai terzi subacquirenti. Cfr. altresì BUGANI I., *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto* (o con patto di retrovendita), Nuova giur. civ., 1986, II, 31.

(143) Cfr. sul punto FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, cit.

(144) Così testualmente cfr. D'ERCOLE S., *Sull'alienazione in garanzia*, in Contratto e impresa, 1995, 228, ss. Per l'affinità giuridica, e non solo economica, fra l'alienazione in garanzia e il pegno irregolare, NICOLÒ, *Deposito cauzionale di titoli di credito*, in Riv. dir. civ., 1939, 372 ss., il quale ascriveva tale tipo di pegno ai negozi fiduciari a scopo di garanzia. Sul punto v. anche MOLLE G., *I contratti bancari*, Milano, 1981, 359 ss., e (criticamente) BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 1957, 163 ss.

sferimento? (145); quando si realizza una vera e propria, e non apparen- te, funzione del trasferimento? (146); b) se il numero chiuso dei di- ritti reali (147) comporti anche il numero chiuso degli atti traslativi ad essi relativi?, stante la previsione dell'art. 1322 c.c., con cui le parti pos- sono concludere qualunque atto traslativo che non contrasti con l'ordi- namento (148); e, prescindendo da altre analoghe questioni, qual è il significato reale da attribuire alla garanzia?

Non s'intende in questa sede entrare nel merito dei singoli quesiti, ma ci si limita a considerare, sul piano generale, anche in conse- guenza dell'indirizzo mantenuto dalla giurisprudenza, che la funzione di garanzia assegnata alla proprietà del *lessor* (concedente) sul bene concesso in locazione finanziaria (*leasing*) "non è assimilabile a quella di un diritto reale di garanzia su bene del debitore, per l'eterogenea connotazione della garanzia, nel primo caso come diritto in re propria e, nel secondo, in re aliena » (149).

Peraltro, com'è stato affermato in dottrina, appare certo ed inne- gabile, in ogni caso, che trasferimento del diritto a garanzia di un cre- dito significa, prima di tutto, che vi dev'essere un debito «che preesi- ste o è coevo all'alienazione, dal momento che alla nozione giuridica di garanzia è essenziale l'esistenza di un obbligo da garantire» (150).

D'altro canto, il senso «tecnico» del concetto di garanzia sembra mostrare che deve trattarsi non di una funzione generica, che assicuri una tutela soddisfacente indiretta, ma di un meccanismo idoneo ad "ac- crescere o rafforzare per un dato creditore, la probabilità di essere sod- disfatto, quindi il vigore normale di una singola obbligazione o del po- tere di aggressione che questa obbligazione attribuisce" (151).

(145) Cfr. PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Mi- lano, 1975, 354 ss.; Cass. 14 aprile 1981, n. 2254; App. Milano, 16 luglio 1954, FP, 1954, I, 890.

(146) Cfr. per tutti PALERMO G., *Funzione illecita ecc. cit.*, Milano 1970, 40 ss. ed ivi al- tra dottrina citata. Per la giurisprudenza cfr. Cass. Sez. u. 3 aprile 1989, n. 1611, cit.; Trib. Mila- no, 26 settembre 1991, Giur. it., 1993, I, 2, 698, n. CALVO.

(147) Cfr. sul punto FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*. Riv. critica dir. privato, 2000, 439.

(148) Cfr. COSTANZA M., *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissario* (Nota a Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, Castiglione c. Le Pira), Giust. civ., 1989, I, 1824 e spec., 1825; sulla meritevolezza della funzione di garanzia VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit, 1968, 115 ss.

(149) Cfr. testualmente Cass., sez. I, 24 agosto 1993, n. 8919. Giust. civ., 1993, I, 2608.

(150) D'ERCOLE S., *Sull'alienazione in garanzia, così testualmente*, in *Contratto e im- presa*, 1995, 228 ss.

(151) Cfr. FRAGALI M., *Garanzia* (dir. priv.), in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano, 1969, 453. Per l'esposizione delle possibili accezioni del termine "garanzia", ivi, 446 ss.

L'obbligazione di garanzia, si afferma, si riferirebbe, propriamente, all'esistenza di un'obbligazione principale valida, e tale effetto si realizza solo, quando la prima accede alla seconda tanto sotto il profilo funzionale, quanto sotto quello strutturale. Ciò significa, implicitamente, che è necessario che sussista un'altra obbligazione, per il cui adempimento il garante si obblighi, vale a dire che vi sia un *quid pluris* rispetto alla mera volontà di obbligarsi.

La dottrina (152) chiarisce in proposito che il concetto di «accessorietà», non si esaurisce nel rapporto sussistente fra il diritto di garanzia ed il diritto principale, abbracciando la garanzia, più ampiamente, «ogni diritto che in genere assiste, conserva, tutela, realizza, altro diritto principale». E, ancora, che «il nostro ordinamento non conosce un concetto unitario di accessorietà, ed il termine vale a qualificare un diritto che non può esistere indipendentemente da altro diritto» (153).

Tenuto conto di quanto precede, è utile considerare che se si giudica il ruolo svolto dalla proprietà del bene trasferito, nel *sale and leaseback*, solo secondo una finalità di garanzia, resta palesemente al di fuori dei canoni di valutazione l'aspetto centrale dell'intera operazione, ossia il fatto che il trasferimento della proprietà è necessario al complessivo disegno economico e giuridico perseguito da entrambe le parti.

Infatti, l'imprenditore smobilizza i propri investimenti pregressi (154), di beni ancora usabili nel processo produttivo, che mantiene nella sua disponibilità con il successivo contratto di *leasing*, dei quali (beni), al termine del rapporto di *leasing*, con l'esercizio dell'opzione, potrà riacquistarne la proprietà.

La cessione del bene pertanto non sembra realizzare, se non in forma indiretta, una garanzia; ed il vantaggio derivante al creditore potrà ritenersi esorbitante solo qualora non si possa assicurare diversamente l'equilibrio fra le attribuzioni.

(152) Cfr. PITTALIS M., *Credito all'esportazione e forfaiting*, Padova, 1994, 121, seppure con riferimento al *forfaiting*.

(153) Cfr. PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in Encicl. dir., VI, Giuffrè, Milano, 1960, 861.

(154) Secondo taluno: ALBANESE M., ZEROLI A., *I contratti di leasing e di factoring*, Milano 2000, 103, «Il *lease back* offre la possibilità all'imprenditore, che ha proceduto a rilevanti investimenti in beni produttivi, di recuperare i capitali immobilizzati attraverso la vendita alla società di *leasing*. . . » Tale opinione però appare poco convincente dato che non si può escludere in partenza una operazione di *lease-back* su investimenti non rilevanti. A parte che potrebbe risultare obiettivamente difficile appurare la rilevanza o meno dell'investimento.

È vero, può apparire obiettivamente difficile comprendere quando lo scopo di garanzia può considerarsi «un movente squisitamente soggettivo dei contraenti, un puro motivo del negozio» (155). Così come può essere difficile capire, invece, quando esso penetrando nel contenuto negoziale, sia tale da snaturare la causa della vendita palesando l'esistenza di un mutuo assistito da garanzia (156) atipica, con cui si concretizza un contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.), nullo o, secondo taluni, *contra legem*.

Per sciogliere tale dubbio, probabilmente, la giurisprudenza dovrebbe «scandagliare» con maggiore incisività sull'intento delle parti. Operazione, questa, che sembra talvolta riuscita anche alla più recente giurisprudenza di legittimità (157), le cui massime confermano, tra l'altro, chiaramente, che deve trattarsi di un contratto «pulito» e non «anomalo (158)» o fraudolento (159).

Gli elementi di valutazione non mancano. Tra quelli elaborati dalla giurisprudenza si possono ricordare: l'esclusiva funzione di garanzia del bene concesso in leasing (160), la situazione di difficoltà economica e la natura dell'attività (161), la qualità dei contraenti (162), nonché la natura del bene oggetto della vendita, che dev'essere un be-

(155) Su questo punto cfr. per tutti: in dottrina LUMINOSO A., *lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, Giur. comm., 2000, I, 489; ID., *La vendita con riscatto* (artt. 1500-1509) in Commentario diretto da SCHLESINGER, Milano, 1987, 223. In giurisprudenz, nello stesso senso, cfr. Cass. sez. III civile sentenza 16 ottobre 1995 n. 10805, cit.

(156) In questo stesso senso cfr. LUMINOSO A., *lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., *retro*.

(157) Cfr. Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, cit.; Trib. Piacenza, 12 giugno 2002, cit.; Cass. 15 aprile 1998, n. 4095, cit.; Cfr. Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805 e Cass. 19 luglio 1997 n. 6663.

(158) Cfr. RIVA I., *Sale and lease back anomalo: alla ricerca degli elementi sintomatici della frode al divieto di patto commissorio* (Nota a T. Piacenza, 12 giugno 2002, Soc. Oerlikon macchine c. Banco Napoli). Giur. it., 2002, 1877.

(159) Cfr. GITTI G., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1993, 457, secondo cui sembra «preferibile parlare più che di *lease back* anomalo di uso anomalo e più precisamente fraudolento del contratto». In giurisprudenza, prende in esame il *lease back* «anomalo» Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in Riv. it. leasing, 1988, 203, con nota di DE NOVA; Riv. it. leasing, 1988, 203; Giust. civ., 1988, I, 2383, n. PIERALLINI; Nuova giur. civ., 1988, I, 716, n. BARANI.

(160) Cfr. Trib. Venezia, 12 novembre 1994, cit.; Cass., sez. I, 24 agosto 1993, n. 8919, cit.; Cass., 3 novembre 1984, n. 5569.

(161) Cfr. Trib. Piacenza, 12 giugno 2002, cit.

(162) Secondo la Commiss. trib. prov. Belluno, 30 aprile 1997. Comm. trib., 1997, I, 706, qualora il contratto di *lease-back* «risulti concluso tra imprenditori che non hanno alcuna posizione reciproca di debito-credito, non incorre nel divieto di cui all'art. 2744 c.c., essendo fuori dall'ambito del patto commissorio».

ne strumentale (e non un bene-merce) (163). Infine, riguardo alla durata del rapporto di locazione finanziaria, bisogna distinguere in base alla natura e tipologia dei beni.

In sostanza, laddove il contesto fattuale si presenti con un'operazione correttamente pianificata, secondo la Cassazione, «la vendita ha scopo di *leasing* e non di garanzia [...], non è, quindi, di per sé, in frode al divieto di patto commissorio che, [...], deve, invece, ritenersi violato ogni qualvolta lo scopo di garanzia non costituisca solo motivo, ma assurda a causa del contratto [...]» (164).

Ad analoghe conclusioni (su cui aveva trovato fondamento incondizionato, almeno in passato, il *leaseback*), era pervenuta la giurisprudenza, in precedenti pronunce, la quale ricorreva abitualmente all'interpretazione letterale e restrittiva della norma di cui agli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c., e applicava il divieto alle limitate ipotesi di pegno ipoteca (165) ed anticresi (c.d. garanzie palesi).

Addirittura in un'antica sentenza della Cassazione (166) si afferma che “La vendita con patto di riscatto o de retrovendendo, ex art. 1500 c.c., anche se stipulata a scopo di garanzia, sempreché sia vera e reale, non incorre nella sanzione di nullità stabilita per il patto commissorio vietato dagli artt. 1963, 2744 c.c., stante la strutturale non assimilabilità al patto commissorio (che determina l'effetto traslativo in danno del debitore, in dipendenza e in conseguenza, anche cronologica, del suo inadempimento) del patto di riscatto che attribuisce al venditore soltanto il potere di conseguire a pena di decadenza nel termine e con le modalità fissate dalla legge, il riacquisto del bene, ma prescinde da qualsiasi incidenza sull'effetto reale della vendita, che avviene immediatamente e direttamente per effetto del solo consenso dei contraenti ex art. 1376 c.c., indipendentemente dal mancato esercizio del riscatto; né, d'altra parte, lo scopo di garanzia può, di per sé, determinare la nullità della vendita con patto di riscatto sotto il profilo dell'illiceità del motivo ai sensi dell'art. 1345 o del negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c”.

(163) Cfr. Cass., n. 13580, cit.; Cass., n. 14404, cit.; Trib. Roma, 22 maggio 1996. n. SANTARSIERE, cit.; Cass., n. 10805, cit.; Trib. Lecce, 10 ottobre 2000, cit.

(164) Cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.

(165) Cfr. BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impresa*, 1997, 165 ss., il quale parla di «scarsa efficienza del pegno e dell'ipoteca al cospetto delle odierne necessità della pratica» con riferimento «al tema del finanziamento alle imprese».

(166) Cfr. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385. *Foro it.*, 1987, I, 799.

Senonché, col noto *revirement* del 1983 la Suprema Corte (167), che ha influenzato negativamente anche lo sviluppo del contratto in commento, si sono creati, in dottrina e giurisprudenza, fondamentalmente, due diversi orientamenti: il primo che considera, nella normalità dei casi, il contratto di *leaseback* valido ed efficace (168). L'operazione è inclusa fra i contratti di scambio, la volontà delle parti è tesa a perseguire questa finalità, ed esclude qualsiasi funzione creditizia o di garanzia; il secondo, invece, ritiene che il *leaseback* sia, sostanzialmente, un'operazione di mutuo assistito da garanzia reale atipica (169), invalido per contrasto col divieto del patto commissorio.

(167) Cfr. Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in Giust. civ. 1983, I, 2953, secondo cui: «Anche la vendita con condizione risolutiva ovvero patto di riscatto (o *de retrovendendo*) incorre nella sanzione di nullità dell'art. 2744 c.c. senza che possa rilevare l'immediato trasferimento effettivo della proprietà al mutuante ove risulti l'intento primario delle parti di costituire con il bene una garanzia reale in funzione del mutuo ed in relazione alla irrevocabilità del trasferimento solo all'atto dell'inadempimento del (venditore) mutuatario, si da importare un nesso teleologico e strumentale fra i due negozi di mutuo e di compravendita posti in essere». La sentenza è stata pubblicata anche in *La nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97, con nota di ROPPO E., *Patto di riscatto - Patto commissorio*; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1648, con nota di DANUSSO G. M., *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Foro. it.*, 1984, I, 426 e in *Quadrimestre*, 1984, 347 ss., con nota di OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di «lease back»*, cit. *Quadrimestre*, 1984, 347; con nota di MACARIO F.; in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899, con nota di AMATO E., *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*; in *Riv. it. leasing*, 1985, 135, con nota di LA TORRE M. R., *Il «lease-back» e il divieto di patto commissorio*; in *Vita not.*, 1983, 966, con nota di NAPOLEONE G., *Un improvviso «revirement» della suprema corte sulla vendita a scopo di garanzia*; in *Fallimento*, 1985, 157, con nota di PAOLA F., *Riflessioni brevi sul «revirement» della giurisprudenza della cassazione in tema di patto commissorio con particolare riguardo a taluni aspetti fallimentari del problema*; Cass. 3 novembre 1984, n. 5569, in *Riv. it. leasing*, 1985, 469. Nello stesso Cfr. pure Cass. 16 aprile 1987, n. 3874, id., *Rep.* 1987, voce *Patto commissorio*, n. 6; 6 dicembre 1986, n. 7620, *ibid.*, n. 7; *Trib. Milano* 19 giugno 1986, *ibid.*, n. 8, per esteso in *Riv. it. leasing*, 1986, 786; *contra* Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Foro. it.*, 1987, I, 799; *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117 (m), n. BIANCA; *Corriere giur.*, 1987, 287, n. MARICONDA; *Giust. civ.*, 1987, I, 545, n. TRIOLA; *Riv. it. leasing*, 1986, 665; *Foro. pad.*, 1987, I, 194, n. MUNARI; *Riv. not.*, 1987, 375; *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 380, n. CALÒ; *Informazione prev.*, 1987, 1232; *Vita not.*, 1987, 295; *Nuova giur. civ.*, 1987, I, 735, n. BUSSANI, GAUDINO; *Resp. civ.*, 1987, 474, n. CHIANALE; Cass. 14 aprile 1981, n. 2245, in *Mass. Giust. civ.* 1981.

(168) Così LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 236; dello stesso A., più in generale, *La vendita con riscatto*, in il Codice civile. Commentario diretto da Schlesinger P., artt. 1550-1509, Milano, 1987, 221 ss.; PELOSI A.C., *Sale and lease back e alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. it. leasing*, 1988, 445.

(169) Cfr. FERRARINI G., *La locazione finanziaria*, cit., 1977, 22 ss., LA BIANCA C. PARENTE M., *Garanzie e autonomia privata*, Napoli, 1981, 29 ss. Cfr. sul punto però: GITTI G., *Il contratto in frode alla legge: itinerario della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 713, secondo cui «la vendita non è stipulata a scopo di garanzia poiché non preesiste un credito da garantire tra il venditore-utilizzatore e il compratore-concedente, per cui la garanzia di cui tanto parla la giurisprudenza che ha ritenuto illecito il «*sale and lease back*» è da intendersi ancora in senso puramente generico, tale dunque da non condizionare la funzione di finanziamento cui l'intera operazione è improntata, a meno che, ovviamente, la vendita sia simulata».

Si tralasciano altre considerazioni, ma nella successiva evoluzione di interpretazione del contratto, la dottrina ha evidenziato come fosse scorretto dichiarare apoditticamente *contra legem* questo contratto. Non foss'altro per la ragione che «il cattivo uso di uno strumento negoziale non è ragione sufficiente per dettare la sua eliminazione» (170).

Questione distinta e difficile da spiegare era, ed è forse tuttora, quella riguardante il perché fosse vietato il patto commissorio e venissero considerate lecite alcune figure giuridiche tipiche con funzione di garanzia, che legittimano, in vario modo, la possibilità che la somma di denaro o la cosa data al creditore diventasse di sua proprietà in caso di inadempimento del debitore.

L'argomento, per la verità è assai dibattuto, e comprende: la caparra, sia penitenziale che confirmatoria (171) (artt. 1385 e 1386 c.c.); il pegno irregolare (172) costituito a garanzia di un'anticipazione bancaria (art. 1851 c.c.) o a garanzia di un credito (art. 2800 ss. c.c.) (173);

(170) Così testualmente cfr. MISEROCCHI M., *Vendita con patto di riscatto: prospettive nuove per un vecchio problema?*, Riv. not., 1985, 1121.

(171) Cfr., in generale, NATALE A., *Caparra confirmatoria e negozi immediatamente traslativi della proprietà* (Nota a Cass., sez. II, 15 maggio 1998, n. 4902, Pievani c. Marulli), Contratti, 1999, 7; CHELO A., *Brevi considerazioni in tema di caparra confirmatoria e clausole abusive* (Nota a A. Cagliari, 16 gennaio 1998, Speciale c. Tocco), Riv. giur. sarda, 1999, 400; BRAGADIN A., *Dalla distinzione tra caparra confirmatoria e caparra penitenziale* (Nota a A. Venezia, 31 gennaio 1995, Businaro c. Schettino), Foro pad., 1996, I, 319; DE NOVA G., *Caparra*, in Digesto civ., vol. II, Torino, 1988, 240; MARINI A., *Caparra* (diritto civile), in Encicl. giur., Treccani, Roma, 1988, vol. V.

(172) Nel pegno irregolare, le somme di denaro, le merci od i titoli concessi in garanzia alla banca in occasione della stipula di un contratto di anticipazione bancaria passano in proprietà della banca stessa, la quale, in caso di adempimento, dovrà restituire il *tantundem eiusdem generis*, mentre in caso di inadempimento dovrà restituire «solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti».

Cfr. in generale: VITTORIA D., *Il pegno irregolare*, in Encicl. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXII; GENGHINI M., *Anticipazione bancaria sul pegno: lo spossamento come elemento essenziale* (Nota a Cass., sez. I, 25 gennaio 1993, n. 851, Banco Sicilia c. Fall. soc. Di Matteo), Risparmio, 1993, 1535; LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, Commentario codice civile diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 242; LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 56; BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 176; CARNEVALI U., *Patto commissorio*, in Encicl. dir., Milano, 1982, vol. XXXII, 499 ss.; ROPPO E., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, vol. 19 Torino, 1985, 437.

(173) Cfr. RUSSI M., *Pegno di crediti ed efficacia per i terzi*, Dir. fallim., 1994, I, 259; ROMANO S., *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928, 54 ss.; BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 157 ss., il quale considera netta la distinzione fra pegno di crediti e cessioni in garanzia. V., invece, MOLLE G., *I contratti bancari*, in Tratt. dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1981, 261 ss.

la *datio in solutum* (174) o prestazione in luogo dell'adempimento ex art. 1197 e 1998 c.c..

Oltre alle figure citate sopra, considerate in modo non uniforme dagli studiosi, se ne possono aggiungere altre, quali, ad esempio, la vendita con patto di riscatto (175) (art. 1500 c.c.), figura questa ritenuta as-

(174) La relazione al Codice si limita ad enunciare con riferimento all'istituto *de quo* che l'effetto estintivo si produce nel momento in cui viene eseguita la prestazione promessa, lasciando così aperta la questione se al contratto debba attribuirsi natura consensuale o reale.

La dottrina prevalente ritiene che la dazione in pagamento rientri tra i contratti aventi un contenuto solutorio, che si specifica nel soddisfacimento del diritto del creditore mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta. A tale figura pare applicabile la disciplina generale sul pagamento.

In generale, cfr., in dottrina, ALLARA M., *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 1927; ZACCARIA A., *La prestazione in luogo di adempimento tra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987; BARBERO, D., *Sistema del diritto privato italiano*, II Torino, 1962, 33-35; RODOTÀ, S., *Dazione in pagamento*, in *Enc. dir.*, XI Milano, 1962, 734-739; GRASSETTI, C., *Datio in solutum*, in *Novissimo dig. it.*, V, Torino, 1960, 174-175. PERLINGIERI, P., *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 90-96.

Cfr., inoltre, MARCHIO A. M., *Dazione in pagamento*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. X; MARESCA C., *Datio in solutum: la linea «Maginot» del patto commissorio* (Nota a Cass., sez. I, 3 febbraio 1999, n. 893, Orlandini c. Cistaro). *Corriere giur.*, 1999, 1127; VALENTI V., *La datio in solutum come mezzo normale di pagamento*, *Dir. fallim.*, 1997, I, 1177; CANDIAN A. D., *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 260.

Cfr., anche DE NOVA G., *Il lease-back*, *Riv. it. leasing*, 1987, 517.

La giurisprudenza ritiene legittima la *datio in solum*, purché convenuta in data successiva alla scadenza del termine dell'obbligazione: in tal senso Cass. 18 aprile 1984, n. 2544, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, n. 4; Cass. 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, 535, nella quale si precisa che «Il patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c. è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene a tacitazione dell'obbligazione, non anche, pertanto, ove tale trasferimento sia il frutto di una scelta, come nel caso in cui venga liberamente concordato quale *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) oppure esprime esercizio di una facoltà che si sia riservata all'atto della costituzione dell'obbligazione medesima (art. 1286 c.c.)». Nello stesso senso cfr. anche Cass. sez. II, 6 novembre 1996, n. 9675. *Mass.*, 1996; Cass., sez. I, 3 febbraio 1999, n. 893. *Arch. civ.*, 1999, 569; *Notariato*, 1999, 419, n. SARTORE; *Corriere giur.*, 1999, 1127, n. MARESCA; Cass., 17 maggio 1990, n. 4283. *Vita not.*, 1990, 535;

(175) Cfr. tra i più recenti contributi sul tema, PELOSI A. C., *Vendita con patto di riscatto*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1993, vol. XLVI, 517; SASSI A., *Vendita con patto di riscatto, trasferimento fiduciario a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio* (Nota a A. Cagliari, 11 giugno 1995, Moni c. Cuccuru), *Riv. giur. sarda*, 1998, 612; ID., *Condizione potestativa, vendita con patto di riscatto e trasferimento in funzione di garanzia* (Nota a T. Spoleto, 3 giugno 1998, Testa c. Salvatori), *Rass. giur. umbra*, 1998, 495; GIACOBBE E., *Patto commissorio, alienazioni in garanzia, vendita con patto di riscatto e frode alla legge: variazioni sul tema* (Nota a Cass., sez. I, 20 novembre 1996, n. 10175, Ursini c. Soc. Sila), *Giust. civ.*, 1997, I, 2534; STELLA RICHTER E., *Vendita con patto di riscatto e frode alla legge* (Nota a Cass., sez. II, 4 marzo 1996, n. 1657, Cerenza c. Scuotto), *Notariato*, 1996, 409; PERNAZZA F., *Vendita di azioni con patto di riscatto e divieto del patto commissorio* (Nota a A. Milano, 24 dicembre 1993, Ursini c. Soc. Sila), *Giur. it.*, 1995, I, 2, 235; ROGORA M., *Dalla vendita con patto di riscatto al patto commissorio* (Nota a A. Milano, 24 dicembre 1993, Ursini c. Soc. Sila),

sai simile al *sale and leaseback* stante l'apparente affinità che sussiste tra i due contratti (176); la cessione dei beni ai creditori (177) (art. 1977 e ss. c. c.); la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) (178); il riporto a scopo di garanzia (art. 1548 ss. c.c.) (179).

Contratti, 1995, 18. Con riguardo al contratto di *lease back* cfr. LA TORRE M. R., *Il lease-back ed il reversione della cassazione in materia di vendita con patto di riscatto* (Nota a A. Brescia, 29 giugno 1990, Soc. Tamini immob. c. Fall. Ruperti), Riv. it. leasing, 1991, 209; OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di «lease-back»*, cit., Quadrimestre, 1984, 347.

La dottrina intravede con chiarezza che la nullità, che si vorrebbe determinata dalla funzione di garanzia impressa all'operazione negoziale, vendita con patto di riscatto, finirebbe per «sopprimere praticamente l'istituto», attesa la normale preordinazione del modulo negoziale enunciato alla finalità sopraddeata (GRECO P. e COTTINO G., *Della vendita*, in Commentario del codice civile, a cura di SCIALOJA e BRANCA, cit., 1964, 274 ss.). Cfr. però BIANCA C. M., op. cit., 719, che contesta l'equiparazione dell'intento di garanzia con i possibili vari motivi delle parti, la costituzione della garanzia escludendo in radice la verità del prezzo). V. anche sul punto TRIOLA R., *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in Giust. civ., 1988, I, 1770; e per riferimenti di giurisprudenza, PELOSI A. C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, 354 s. Anzi, secondo taluno (BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 242 ss.) la vendita con patto di riscatto avrebbe la funzione – diversa da quella tipica di scambio di cosa contro prezzo – di scambiare danaro presente contro danaro futuro. Mentre quest'ultima tesi appare eccessiva, la compatibilità dello schema della vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita) con lo scopo di garanzia suscita alcune perplessità, già evidenziate da una parte della dottrina (Cfr., per tutti, BIANCA C. M., *La vendita, e la permuta*, nel Trattato di dir. civ. It., Diretto da Vassalli, Torino, 1972, 612 ss.).

Per la considerazione che il *lease back*, essendo simile alla vendita con patto di riscatto, può realizzare una violazione del divieto di patto commissorio, cfr. per la giurisprudenza di merito Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in Riv. it. leasing, 1988, 203 n. DE NOVA; Giust. civ., 1988, I, 2383, n. PIERALLINI; Nuova giur. civ., 1988, I, 716, n. BARANI.

Cfr. anche MISEROCCHI M., *Vendita con patto di riscatto: prospettive nuove per un vecchio problema?*, in Riv. not., I, 1106 ss; LUMINOSO A., *La vendita con riscatto* (art. 1500-1509), in Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 241; ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, 1977, 166; CANESSA N., *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in Giust. civ., 1989, I, 2423, 2426.

(176) Di regola, infatti, si ricorre alla vendita con patto di riscatto quando un soggetto è spinto a vendere per realizzare denari liquidi, ma spera (o si illude) di farsi restituire la cosa venduta esercitando il diritto di riscatto. La vendita è sottoposta a condizione risolutiva potestativa e il venditore si riserva il diritto di riavere la cosa venduta, versando al compratore il prezzo ed i rimborsi stabiliti dalla legge (art. 1500).

(177) Cfr., in generale, DE MEO R., *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1999; FARINA V., *La natura giuridica della cessione dei beni ai creditori nella disciplina del codice civile*, Riv. dir. privato, 1999, 595; DI GRAVIO D., *Il significato di cessione dei beni ai creditori?*, Dir. fallim., 1993, I, 638; IUDICA G., *Cessione dei beni ai creditori*, in Digesto civ., vol. II, Torino, 1988; CASTANA A., *Cessione dei beni ai creditori*, in Encicl. giur., Treccani, Roma, 1988, vol. VI

(178) Cfr. COSTANZA M., *Clausola risolutiva espressa*, in Encicl. giur., Treccani, Roma, 1988, vol. VI.

(179) Cfr. GIORGIANNI L., *Contratto di riporto, trasferimenti e diritti residui del riportato* (Nota a A. Genova, 16 settembre 1997, Tasso c. Legnani), Giur. merito, 1998, 432; RENNA G., *Riporto e patto commissorio* (Nota a Cass., sez. I, 15 novembre 1993, n. 11278, Carboni c. Soc. ed. L'Espresso e A. Cagliari, 4 marzo 1991, Soc. Compendium c. Soc. ed. L'Espresso), Corriere giur., 1994, 607; DALMARTELLO A., *Riporto*, in Encicl. giur. Treccani, Roma, 1991, vol. XXVII.; RAGUSA MAGGIORE G., *Riporto* (contratto di), in Encicl. dir., Milano, 1989, vol. XL, 1024.

A quest'elenco si dovrebbe anche aggiungere il c.d. «patto marciano», della cui validità nessuno dubita, nel quale il trasferimento del diritto, rivolto ad uno scopo di garanzia, è formalmente legittimato dal sistema, con il solo limite rappresentato dal controllo sull'equilibrio tra le attribuzioni. Il patto prevede in pratica che in caso d'inadempimento, la proprietà del bene costituito in garanzia è trasferita al creditore, ma costui ha l'obbligo di versare al debitore la differenza tra l'importo del credito ed il valore del bene effettivo stimato in un momento successivo all'inadempimento (180).

Tutti questi modelli, compreso il patto marciano, che in circostanze diverse sono stati analizzati sia in dottrina, sia in giurisprudenza, evidenziano che il trasferimento della proprietà può assumere valenze diverse, ma non integra, usualmente e per difformità di *ratio*, gli effetti di cui all'art. 2744: il che dovrebbe superare i dubbi e i contrasti, se ve ne fosse bisogno, circa la liceità del contratto atipico in commento.

Il *leaseback*, quindi, non serve per perseguire finalità illecite attraverso operazioni anomale o indirette, ma è strumento pienamente meritevole di tutela giuridica.

Un'ultima notazione!

Ammesso, pure, e non concesso, che la garanzia possa svolgere un qualche effetto tra le parti e precisato, che essa sarebbe, semmai, atipica ma non occulta, è ragionevole chiedersi, seguendo in ciò l'indagine della dottrina: «quale garanzia (in senso stretto) può offrire al creditore-lessor, un bene a) scelto dall'utilizzatore, b) impiegato (e sovente esaurito) in cicli produttivi su cui il concedente può non avere cognizioni tecniche precise, c) spesso insuscettibile di essere apprezzato appieno dalla società di *leasing* quanto a significato economico, d) il cui valore di scambio al termine dell'utilizzo, e al di fuori del contesto aziendale in cui è inserito, può essere addirittura nullo (181)».

(180) Cfr. con particolare riferimento al contratto di *lease back*, Trib. Monza 24 maggio 1988, Foro it., 1989, I, 1271, che sostiene la necessità dell'impiego del patto marciano al fine di escludere una speculazione del creditore e qualificare come lecita l'operazione.

Secondo BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 1957, 202 ss.: «mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto del contratto». Cfr. anche LOIACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 73 ss. CARNEVALI U., *Patto commissorio*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1982, XXXII, 501 ss.; IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio* (voce dell') Enciclopedia Giuridica Treccani, par. 4.2.

(181) Così testualmente CINQUEMANI S. M., *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., 1996, I, 1, 1381.

3.3 *Fondamento e operatività attuale del divieto del patto commissorio*

L'indagine, a questo punto, esige che si accerti, in particolare, se il *sale and leaseback*, come attuato nella prassi, ricade nell'ambito del divieto del patto commissorio (182) testualmente previsto dagli artt. 2744 e 1963 (183) c.c. Anzitutto, occorre precisare che il sistema ha subito l'influsso delle innovazioni introdotte con il d.lgs. n. 170/2004, con il quale il Legislatore ha recepito la Direttiva 2002/47/CE. Il provvedimento citato, la cui portata ed i cui effetti sull'impianto delle garanzie deve essere ancora valutata appieno, oltre a fornire, art. 6, la de-

(182) Con riferimento al divieto del patto commissorio vi sono precedenti giurisprudenziali e dottrinali copiosi, cfr. fra le più recenti: Cass., sez. II, 29 agosto 1998, n. 8624, in Foro it., 1999, I, 175, n. CANDIAN; Giur. it., 1999, 1825, n. IURILLI; Guida al dir., 1998, fasc. 38, 70, n. PAGLIARI; Cass., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13708, Mass., 1999; Cass., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1396, Riv. not., 1998, 745; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, cit.; Cass. 12 novembre 1982, n. 6005, in Rep. Giur. it., 1982, voce «Patto commissorio», n. 2; Cass. 5 1984, n. 2795, ivi, 1984, voce cit., n. 51; Cass. 18 aprile 1984, n. 2544, ibidem, voce «Patto commissorio», n. 4; Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in Foro it., 1984, I, 212, n. MACARIO; Giust. civ., 1984, I, 1899 (m), n. AMATO; Giur. it., 1984, I, 1, 1648, n. DANUSSO; Nuova giur. civ., 1985, I, 97, n. ROCCO; Fallimento, 1985, 157, n. PAOLA, che estende il divieto di patto commissorio anche alla vendita a scopo di garanzia sottoposta alla condizione risolutiva del pagamento integrale del debito da parte del venditore-debitore; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, in Foro. it., 1984, I, 426; Cass. 18 maggio 1988, n. 3462, in Vita not., 1988, I, 743; Cass. 3 aprile 1989, n. 1611, cit., la quale conferma che il divieto del patto commissorio non è subordinato alla proporzione tra l'importo del credito ed il valore del bene dato in garanzia; Cass. sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, cit.; Cass. 27 febbraio 1991, n. 2126, in Giur. it., 1992, I, 1, 136, n. ARIETTI; Giust. civ., 1992, I, 3167, n. AZZARO; Cass. 25 ottobre 1993, n. 10615, *ibidem*; Trib. Milano 26 settembre 1991, in Giur. it., 1993, I, 2, 698 ss.; Trib. Napoli, 23 giugno 1990, in Dir. e giur., 1991, 154. Da segnalare Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787, in Giur. it., 1994, I, 1, 64, che ha escluso che violi il divieto di patto commissorio il negozio con cui sia un terzo a trasferire al creditore la proprietà di un proprio bene a garanzia del puntuale adempimento del debitore. La decisione ha però formato oggetto di critica (v. la nota di MORACE PINELLI A., *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*), considerato che il principio enunciato offre un utile strumento per aggirare l'applicazione dell'art. 2744 cod. civ. In senso contrario si erano già espressi Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, cit. e Cass. 16 agosto 1990, n. 8325, Cfr. PELOSI A.C. *Divieto del patto commissorio, lease-back e frode alla legge*, in Riv. it. leasing, 1989, 7 ss.; DE NICTOLIS R., *Divieto del patto commissorio, alienazione in garanzia e sale and lease-back*, cit., 1991, II, 535. VALCAVI, G., *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in Foro. it., 1990, I, 205.

Cfr., ancora, Trib. Venezia, 12 gennaio 1994 cit.; AMATO E., *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia* (Corte di Cassazione, del 3 giugno del 1983, con la sentenza n. 3800), I, 97, e in Giust. civ., 1984, I, 1899.

(183) Questo schema legale viene in verità raramente applicato, cfr. per tutti: ZUDDAS G., *Anticresi*, in Encicl. giur., Treccani, Roma, 1988, vol. II; TUCCI G., *Anticresi*, in Digesto civ., vol. I, Torino, 1987, 337.

finizione di garanzia finanziaria, riconosce validità ed efficacia a qualsiasi contratto di garanzia finanziaria che preveda il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia. Il secondo comma dell'art. 6 dello stesso Decreto, stabilisce, senza mezzi termini, che ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia non si applica l'art. 2744 c.c.

Non è questa la sede per una disamina dell'argomento, ma la diretta esclusione legislativa induce a rivisitare gli orientamenti fin qui espressi sul fondamento e l'operatività del divieto del patto commissorio e dei trasferimenti in garanzia.

Si tratta, infatti, di vedere se si possono giustificare, come in passato, alcune decisioni che hanno sottoposto al vaglio del patto commissorio i contratti più disparati, con esiti processuali finali, normalmente, scontati e tesi a giustificare la piena applicabilità del patto stesso: contratto di compravendita con o senza patto di riscatto, (184) preliminare di vendita (185), due contratti preliminari collegati (186), procura (187) o un mandato ad alienare (188). L'esclusione è stata giustificata solo raramente come nel caso del mandato irrevocabile a vendere (189), nel contratto costitutivo di società dissimulante un mutuo (190); nel caso in cui il mutuatario concede al mutuante opzione per l'acquisto (191) o nel negozio con il quale un

(184) Cfr. per tutte Cass., sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10648. Mass., 1994; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7281, in Foro it., 1984, I, 426; Cass. 8 maggio 1984, n. 2795, in Mass. Foro. it., 1984; Cass. 3 novembre 1984, n. 5569, *ibidem*; Cass. 15 maggio 1985, n. 3061, *ivi*, 1985; Cass. 6 dicembre 1986, n. 7260, in Riv. it. leasing, 1987, 711; Cass. 9 dicembre 1986, n. 3815, Mass. Giust. civ. 1986, n. 6; Cass. 16 aprile 1987, n. 3784, in Giur. it., 1988, I, 1, 1231; Cass. 1 gennaio 1988, n. 46, in Foro. it., 1988, I, 387, la quale ha esteso la nullità per divieto di patto commissorio anche alle vendite a scopo di garanzia accompagnate da un patto di riscatto o da un patto de retrovendendo (o de retroemendo).

(185) Cfr. Cass. 16 agosto 1990, n. 8325, Giur. it., 1991, I, 1, 1208, n. PELLEGRINI; Cass. 19 settembre 1992, n. 10749, in Giust. civ., 1993, I, 3055, che ravvisa una violazione del divieto di patto commissorio anche nel preliminare di compravendita con patto di riscatto, nel caso in cui la promessa di vendita garantisce la restituzione, entro il termine previsto per l'esercizio del riscatto, di una somma precedentemente o contemporaneamente mutuata dal promittente compratore.

(186) Cass., 30 ottobre 1991, n. 11638. Mass., 1991.

(187) Cfr. Cass. 1 giugno 1993, n. 6112, in Mass. Giust. civ., 1993, che ravvisa la violazione del divieto di patto commissorio nella procura a vendere un immobile rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo.

(188) Cfr. in tal senso Cass., sez. III, 1 giugno 1993, n. 6112. Riv. dir. comm., 1994, II, 135.

(189) Così Cass., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13708. Mass., 1999.

(190) Cass., sez. III, 25 maggio 2000, n. 6864. Foro it., 2000, I, 3156.

(191) Cfr. Cass., sez. III, 10 febbraio 1997, n. 1233. Foro it., 1997, I, 2982; Contratti, 1997, 455, n. CARNEVALI.

terzo trasferisce, o promette di trasferire, al creditore un proprio bene a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione (192).

Si è nientemeno prospettata l'applicabilità della normativa sul patto commissorio alla c.d. clausola *solve et repete* inserita in un contratto di fideiussione; che dovrebbe operare, come giustamente affermato dalla S.C. (193), per le garanzie reali e non per quelle personali.

Questi ed altri elementi, che si possono desumere da un accurato esame della scienza giuridica, fanno seriamente dubitare dell'opportunità del mantenimento di un istituto di cui sicuramente occorre circoscrivere la portata. Sulla *ratio* del divieto del patto commissorio, nei diversi aspetti del problema (194), dottrina e giurisprudenza si sono espressi con soluzioni molteplici (ora alternative, ora concorrenti (195)) e discordanti, a loro volta caratterizzate da un'ampia varietà di sfumature, "tutte oggetto di critica" (196), che possono riassumersi, pressappoco, nel modo seguente.

A) Tutelare il debitore, parte debole del rapporto, contro la possibile coartazione del creditore e contro la coazione morale che su di lui esercita il bisogno di denaro (197).

Va segnalato anzitutto che l'espressione «contraente debole», che appare, tra l'altro, impiegata in contesti negoziali diversi (immobiliari, bancari, creditizi, turistici, ecc.), assume oggi, un significato senza altro differente rispetto all'originario significato enucleabile dal contesto del codice del '42.

Appare, pertanto, poco conducente sintetizzare i conflitti della realtà sociale attuale nella dialettica soggetto debole e soggetto forte.

(192) In questo senso cfr. Cass., sez. II, 29 agosto 1998, n. 8624. Foro it., 1999, I, 175, n. CANDIAN; Giur. it., 1999, 1825, n. IURILLI; Cass. n. 3800 del 1983, cit.

(193) Così Cass., sez. III, 29 marzo 1996, n. 2909. Foro it., 1996, I, 1621.

(194) Cfr. per una prima lettura, la chiara esposizione di: IACUANIELLO BRUGGI M., *Patto commissorio*, in Encicl. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXII.

(195) *Contra*, nel senso che le soluzioni sono "diverse, spesso concorrenti più che alternative", cfr. RIVA I., *Sale and lease back anomalo: alla ricerca degli elementi sintomatici della frode al divieto di patto commissorio* (Nota a T. Piacenza, 12 giugno 2002, Soc. Oerlikon macchine c. Banco Napoli). Giur. it., 2002, 1877.

(196) Così testualmente RIVA I., di cui alla nota precedente.

(197) Secondo LUMINOSO A., *La vendita con patto di riscatto*, in Trattato Schlesinger, Milano, 1987, 242 ss., richiamato da DE NICCOLIS R., 1989, 81 la norma imperativa sarebbe «detata per la tutela del debitore contro le insidie, i ricatti, gli abusi, le speculazioni e le sopraffazioni del creditore».

Non vale, peraltro, giudicare il contratto di *sale and leaseback* sul presupposto di una posizione di pregiudiziale e aprioristica, debolezza sofferta dai *lessee*. Posizione, questa, senz'altro corretta in linea di principio, ma che trascura di considerare, che il venditore-utilizzatore non è uno sprovveduto qualsiasi ma un imprenditore. Qualità, questa, che sottintende la capacità di valutare le scelte più opportune e strategiche di politica aziendale, economica e giuridica: quest'ultima intesa nel senso di libertà di scelta dei modelli negoziali che permetta di raggiungere i risultati programmati, dato che secondo le più diverse situazioni di fondo, molti negozi giuridici possono far conseguire le medesime finalità (mutuo, apertura di credito novazione, *sale and leaseback*, liquidazione, aumenti di capitale, ecc.).

Peraltro, la Cassazione, che si è pronunciata su una questione concernente possibili profili penali dello stato di bisogno, ha evidenziato che quest'ultimo «si identifica in una situazione che elimina o comunque limita la volontà del soggetto passivo il quale si determina a contrattare in condizione di inferiorità psichica che vizia il consenso; pertanto, non è configurabile il reato nel caso di momentanea difficoltà finanziaria che non incida sulla libertà negoziale del soggetto, come quando si preferisca il prestito privato a quello bancario, ovvero si persegua la finalità di proficui investimenti produttivi del tutto svincolati da indifferibili esigenze» (198).

B) Esigenza di assicurare la *par condicio creditorum* (199).

Tesi questa assai seguita (200), ma tutt'altro che pacifica in dottrina e in giurisprudenza e che trae spunto dalla considerazione che attraverso il patto commissorio si realizzerebbe, in pratica, un atipico soddisfacimento, di favore, per uno soltanto dei creditori. Costui sottrarrebbe, sostanzialmente, il bene alla garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.* e al di fuori delle cause legittime di prelazione *ex art. 2741 c.c.*

(198) Cfr. Cass. 18 febbraio 1988, Mascioli, Riv. pen., 1989, 40.

(199) Si ricordi che le affermazioni contenute nelle sentenze che hanno operato il revirement della Cassazione in materia di patto commissorio e che fanno riferimento alla *par condicio creditorum*, in termini generali, sono state redatte con riferimento a rapporti poi sfociati in una procedura concorsuale.

(200) Cfr. in generale ROPPO E., *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, Riv. dir. comm., 1981, I, 305; D'ANGELO G., *Appunti sulla par condicio creditorum*, Dir. fallim., 1991, I, 726; RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, Riv. dir. civ., 1984, I, 359. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. III, 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.

La più moderna dottrina ha obiettato, sul piano sistematico, che: 1) nel nostro ordinamento la sanzione per gli atti in pregiudizio dei creditori è affermata dall'azione revocatoria (201) (art. 2901 ss. c.c.), il cui meccanismo non si realizza attraverso la nullità di cui all'art. 2744 c.c. (202), ma attraverso la sanzione dell'inefficacia relativa dell'alienazione: l'atto è inefficace nei confronti dei creditori e solo nei confronti di essi; 2) la sede nella quale il legislatore tutela la « *par condicio creditorum* » (203) pare essere in prevalenza quella delle procedure concorsuali, le quali formano un *numerus clausus*. Sono in pratica misure legali tipizzate e pubblicistiche, avendo ciascuna il contenuto predeterminato dalla legge, sicché non sono ammissibili altri tipi al di fuori di quelli espressamente previsti da una specifica norma; 3) sembra, inoltre, non corretto collocare sullo stesso piano la procedura esecutiva individuale e quella fallimentare; vi sono differenze significative, dato che l'esecuzione individuale sembra costituire la regola e l'esecuzione concorsuale l'eccezione.

C) Evitare il rischio di sproporzione delle prestazioni tra la garanzia prestata e il debito garantito (204) a svantaggio del debitore sui beni alienati. Il creditore potrebbe conseguire, infatti, in caso d'ineadempimento, un indebito vantaggio appropriandosi «del maggior valore del bene dato in garanzia rispetto all'entità del debito» (205) e facendo propria una cosa che, se messa in vendita, in sede d'espropriazione forzata, all'incanto o in ogni caso all'asta pubblica, procurerebbe probabilmente un ricavo superiore all'ammontare del credito (206).

(201) Cfr. COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, in Digesto civ., Torino, 1998, vol. XVII, 451. Per Trib. Roma 16 ottobre 1981 «Non è revocabile a termini dell'art. 2901 cod.civ. la vendita di un immobile al fine di farselo concedere in leasing (lease back), perché si tratta di operazione sicuramente vantaggiosa, e, comunque, non pregiudizievole per i creditori».

(202) Oltre agli autori che si sono occupati di questo tema e citati in precedenza cfr. specificamente BOTTA C., *Operatività del divieto del patto commissorio e trasferimenti in garanzia* (Nota a Cass., sez. II, 27 settembre 1994, n. 7878, Costabile c. Meridionale edilizia). Notariato, 1995, 255, ss.

(203) RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum*. Riv. dir. civ., 1984, I, 359; JAEGER P. G., *Par condicio creditorum*, Giur. comm., 1984, I, 88; ROPPO E., *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, Riv. dir. comm., 1981, I, 305.

(204) Cfr. REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., 1989, I, 1444. Per il quale la semplice sproporzione fra il credito garantito ed il bene dato in garanzia costituirebbe, la ratio del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

(205) PELOSI A. C., *Lease-back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale*, Riv. it. leasing, 1989, 486, relazione al convegno: «Lease-back e operazioni inesistenti», Roma, 5 ottobre 1989.

(206) Cfr. OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, op. cit., 1984, 347; DANUSSO G.M., *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, cit., 1984, I, 1, c. 1651.

Finanche questa tesi, malgrado essa non faccia riferimento alla «notevole sproporzione» adombrata da qualche tribunale (207) è stata criticata, specialmente da quella dottrina (208) la quale ritiene che, se così fosse, dovrebbe desumersi la validità del patto commissorio, in base all'argomento *a contrario*, ossia quando il bene sia di valore inferiore al credito garantito: il che non è, in quanto l'art. 2744 c.c. sancisce la nullità del patto in ogni caso, indipendentemente dal raffronto tra valore del bene e ammontare del credito garantito.

Per contro, la citata Cassazione n. 10805/95, in un efficace passaggio, per un verso, ritiene nullo quel contratto di *sale and leaseback* che «è stato piegato al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore»; per altro verso, nella motivazione lascia intendere di non potere condannare senza discernimento qualsiasi trasferimento volto ad uno scopo di garanzia, dovendosi invece riscontrare quelle «alterazioni dello schema [...] tali da denunciare che l'operazione non tende al perseguimento dell'assetto d'interessi propri del *sale and leaseback*, ma che scopo effettivo è, piuttosto, quello di dotare il venditore di una provvista finanziaria assistita da garanzia reale».

In sostanza, dalla Cassazione, appena citata, sembra potersi argomentare che le eccedenze possono essere riassorbite con la stima nascente dal patto marciano (richiamato in motivazione). Ciò dovrebbe consentire allo stesso tempo di ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni, eliminando, di conseguenza, ogni sproporzione che possa danneggiare il debitore o gli altri suoi creditori e facendosi salva, a favore del debitore, la corresponsione della differenza tra importo del credito e valore del bene stimato successivamente all'inadempimento.

Va da sé che qualora la sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra dipenda dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, si potrebbe dare ingresso all'azione di rescissione *ex art. 1448 c.c.*

(207) Trib. Roma, 22 maggio 1996. n. SANTARSIERE, cit.; Trib. Monza, 24 maggio 1988. Foro it., 1989, I, 1271; Informazione prev., 1989, 1267.

(208) Cfr. MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit.

D) Evitare il pericolo d'autotutela privata (209), «quale che sia la forma in cui il privato intende realizzarla» (210), ripristinando la regola che riserva allo Stato il monopolio della giurisdizione statale, come dire: «lo Stato concede i diritti ed è pertanto solo lo Stato che deve provvedere alla loro tutela» (211).

Anche tale tesi è stata criticata in dottrina, la quale ha eccepito che la generale inderogabilità della procedura giudiziale esecutiva e l'inammissibilità dell'assoggettamento anche volontario del debitore ad un autosoddisfacimento del creditore (212), è priva di riscontro: sembra pienamente lecito per il debitore cedere al creditore i suoi beni a fini liquidativi. Dovrebbe essere sufficiente considerare a tale riguardo che esistono, nel nostro ordinamento, strumenti d'autotutela «esecutoria» (213) del creditore, come la vendita del pegno (214) o quella prevista dall'art. 1977 e ss. c.c. (cessione dei beni ai creditori) (215).

Senza considerare, infine, che la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale vanno valutate, oggi, anche alla luce della vastissima e penetrante normativa comunitaria.

Altre tesi, non secondarie, controverse e connesse alle precedenti, riguardano: 1) la necessità, di carattere generale, di «impedire in via preliminare e in radice il pregiudizio sociale conseguente al diffonder-

(209) Le forme di autotutela - in quanto costituiscono deroghe al principio per cui non è consentito farsi giustizia da sé - sono istituti di carattere eccezionale e limitati ai soli casi previsti dalla legge, in tal senso cfr. PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, 31.

(210) Cfr. così BIANCA C. M., *Autotutela*, in Encicl. dir., aggiornamento-IV, Milano, 2000, 131 ss.

(211) Cfr. così BIANCA C. M., *Autotutela*, cit., Milano 2000, 130 ss.

(212) Per un inquadramento del patto commissorio nell'ambito della c.d. autotutela esecutiva v. BONGIORNO, G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 98 ss., 128 ss., 148 ss.

(213) Questa espressione è usata da BIANCA C. M., *Autotutela*, cit., Milano, 2000, 136, il quale classifica i rimedi in: "inibitori, punitivi, esecutori, risarcitori, cautelativi e risolutivi".

(214) Cfr. in proposito, citato da BIANCA C.M., RAPPAZZO A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, 294.

(215) Com'è noto in dottrina, la cessione dei beni ai creditori si fa rientrare nello schema del mandato. Essa è diretta, in breve, ad estinguere satisfattivamente i crediti del cedente. Il debitore non è liberato per effetto immediato del contratto ma a seguito della ripartizione del ricavo della liquidazione dei beni e nella misura in cui i creditori sono soddisfatti (art. 1984 c.c.) v. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1991, Voce «cessione dei beni ai creditori», 114.

si del patto» (216), atteso che esso finirebbe col divenire una clausola di stile e quindi uno strumento generalizzato d'abuso ai danni dei debitori (217). Questa spiegazione, per quanto ragionevole, non convince; poiché sembra sanzionare alla cieca qualsiasi trasferimento tendente ad uno scopo di garanzia, senza tener conto che lo scopo di garanzia, di per sé, non determina la nullità della vendita, e che, probabilmente, la funzione di deterrente si ottiene più efficacemente, quando vi è un'elencazione tassativa delle fattispecie sanzionate, con esplicite indicazioni circa i comportamenti che possono mostrare una tendenza elusiva nei confronti dell'ordito normativo; 2) l'indesiderabilità sociale determinata dalla ragione di vietare il diffondersi dell'usura (218). Questa tesi è da ritenersi superata per la ragione che, com'è noto, il fenomeno dell'usura è adesso regolato da una serie di leggi tra cui principalmente la, l. 7 marzo 1996 n. 108 (219) e successive modificazioni (220), e che prima di questa una disposizione del codice vi faceva espresso riferimento. Si tratta dell'art. 1815, 2° co., c.c., ora riformulato dalla legge sopra citata, che all'art. 4 dispone che: «se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». In passato, invece, lo stesso art. 1815, sanciva la nullità parziale della clausola contrattuale con l'automatica riduzione di tali interessi al tasso legale (221).

(216) Cfr. Testualmente così BUSSANI M., *Il contratto di «lease back»*, in *Contratto e impr.*, 1986, 558 ss.

(217) Cfr. BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 218.

(218) Con riguardo a questo fenomeno, in generale, cfr. per tutti CARUSO M. C., *Usura: nuovi strumenti per fronteggiare l'espansione del fenomeno*. *Ammin. civ.*, 2000, fasc. 1, 63. Nel senso del testo cfr. LOJACONO V., op. cit.

(219) Cfr. per tutti sul punto PICA G., *I nuovi illeciti in materia di attività finanziarie introdotti dalla legge sull'usura*, *Riv. pen. economia*, 1996, 33, 16; BONILINI G., *La sanzione civile dell'usura*, *Contratti*, 1996, 223; ALPA G., *Usura: problema millenario, questioni attuali*, *Nuova giur. civ.*, 1996, II, 181; SILVA P., *Osservazioni sulla nuova disciplina penale del reato di usura*, *Riv. pen.*, 1996, 131; QUADRI E., *La nuova legge sull'usura ed i suoi diversi volti*, *Corriere giur.*, 1996, 363. Cfr., altresì, Corte costituzionale, sentenza 25 febbraio 2002, n. 29 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 (Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura), convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2001, n. 24.

(220) Cfr. per tutti SACCHETTINI E. e FORLENZA O., *Commento al d.l. 29 dicembre 2000 n. 394 convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2001 n. 24, interpretazione autentica della l. 7 marzo 1996 n. 108, concernente disposizioni in materia di usura*, *Guida al dir.*, 2001, fasc. 9, 16.

(221) In materia di usura ex lege n. 108/1996, cfr. tra le prime sentenze civili: Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, *Malmesi c. Banca Ucb*, *Foro it.*, 2001, I, 919, con nota di SCODITI E., *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*; TUCCI G., *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della corte di cassazione*, *Giur. it.*, 2001, 678 e in *Giust. pen.*, 2001, II, 279; PALMIERI A., *Tassi usurari e introduzione della soglia variabile*:

Dovrebbe intendersi a questo punto che il problema del fondamento teleologico del divieto è ancora aperto. Ciò nonostante, sarebbe arbitraria una lettura dell'art. 2744 a tal punto estesa da non tenere conto delle mutate condizioni storiche ed economico-sociali di riferimento. L'interpretazione sistematica dovrebbe deporre, adesso, per una diversa e più restrittiva lettura del divieto citato.

3.5 *Inconfigurabilità del sale and leaseback come mutuo assistito da garanzia reale*

Occorre ricordare in via preliminare – questo spunto è stato già sopra accennato e merita di essere ripreso – che le imprese che esercitano l'attività di *leasing* sono banche ai sensi dell'art. 10, comma 3, del t.u. 1 settembre 1993 n. 385 o intermediari finanziari ai sensi degli artt. 106 o 107 del medesimo t.u.

Invero, il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (t.u.b.) e successive modificazioni, tra cui principalmente i d.lgs. 4 agosto 1999, n. 432, nn. 333, 342 del 1999 (222) e 63/2000 (223), hanno arricchito il panorama della realtà giuridica codificata nel 1942, potenziando, in certa misura, la distinzione «tra attività propriamente bancaria ed attività finanziaria» (224).

ancora una risposta interlocutoria, Foro it., 2001, I, 81; SPANGARÒ A., *Tassi di interesse divenuti usurari alla luce della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?* Nuova giur. civ., 2001, I, 135; GIOIA G., *Usura: il punto della situazione*, Corriere giur., 2001, 43; PUTTI P. M., *I mutui usurari e la rilevabilità d'ufficio della nullità*, Vita not., 2001, 103; PETRAGLIA A., *Anatocismo ed usura nei contratti a medio e lungo termine*, Fallimento, 2001, 1315; MANIACI A., *Contratti in corso ed usurarietà c.d. sopravvenuta*, Contratti, 2001, 151; FAROLFIA A., *Tassi usurari e mutui bancari: è ancora possibile un'«armonia degli opposti»?* (Nota a Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, Malmesi c. Banca Ucb), Resp. comunicazione impresa, 2000, 605; CAPPIELLO S., SANINO P. e MONTONESE A., *Tre commenti in tema di «usura sopravvenuta»*, Impresa, 2000, 1942; BORRELLO I., *Mutui bancari e usura*, Giornale dir. amm., 2001, 355; DOLMETTA A. A., *Le prime sentenze della cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, Banca, borsa ecc., 2000, II, 627; DI MARZIO F., *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi* (Nota a Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, Malmesi c. Banca Ucb), Giust. civ., 2000, I, 3103.

(222) Cfr. TIDU A., *La riforma del t.u. bancario nei d.leg. n. 333 e 342 del 4 agosto 1999*.

(223) Cfr. ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, II ed. aggiornata ai d.leg. 333 e 342/1999 e 63/2000, Milano, 2000.

(224) Così PORZIO M., *Banca e attività bancaria*, in Encicl. dir., aggiornamento-IV, Milano, 2000, 158.

La disciplina è stata coordinata e meglio precisata col d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (225) ("Testo unico delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52"), che ha abrogato espressamente molte disposizioni della precedente normativa.

In conformità ai principi discendenti dalla riferita normativa, l'attività bancaria è riservata *ex art.* 10 d. lgs. n. 385 alle banche (oggi «privatizzate e trasformate in società per azioni»). Ai soggetti operanti nel settore finanziario (226), è riservata, invece, l'attività finanziaria di cui all'art. 106 t.u.b. n. 385/1993 come modificato dall'art. 20 d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

L'attività finanziaria, è svolta, generalmente, da soggetti «non bancari» (227), altrimenti detti intermediari finanziari (228) o enti finan-

(225) Cfr. PORZIO M., *Banca e attività bancaria*, in Encicl. dir., aggiornamento-IV, Milano, 2000, 157; BUONOCORE V., COSTI R. e PESCATORE S., *Appendice alla prima edizione del manuale di diritto commerciale a commento del d.leg. 24 febbraio 1998 n. 58*, a cura di BUONOCORE V., Torino, 1998; BALZARINI P., *Il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*. Resp. civ., 1998, 1567.

(226) TIDU A., *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari* [postilla di aggiornamento-1999], in Encicl. giur. Treccani, Roma, vol. XXXI; CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, Banca, borsa ecc., 1999, I, 562; RISPOLI FARINA M., *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori di servizi bancari e finanziari*, Riv. dir. impresa, 1998, 329; ROMAGNOLI G., *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*. Giur. comm., 1998, I, 396.

(227) V. Studi sugli intermediari finanziari non bancari, a cura di RISPOLI FARINA M., contributi di ANSELMI L., ANTONUCCI A., BELLI F., BOCCHINI E., CARRIERO A. M., CORVESE C. G., DESIDERIO L., FALCONE G., MAZZINI F., MOTTI C., PRINCIPE A., RISPOLI FARINA M., ROTONDO G., SALERNO M. E. e SERRAO D'AQUINO P., Napoli, 1998; MEZZACAPO S., *Intermediari finanziari non bancari e obblighi di trasparenza contrattuale* (Nota a T. Roma, 14 settembre 1999, Soc. Bariosarda c. Comp. it. Cauzioni), Banca, borsa ecc., 2001, II, 510; BOSI G., *Estensione soggettiva degli usi di anatocismo e loro applicabilità agli intermediari finanziari non bancari* (Nota a P. Bologna, 26 ottobre 1998, Santinami c. Soc. Finemiro). Banca, borsa ecc., 1999, II, 507; CARRETTA A. e MONFERRÀ S., *Regolamentazione e intermediari finanziari non bancari: alcune evidenze sui differenti comportamenti aziendali*. Riv. it. leasing, 1994, 749; COSTI R., *Sulla disciplina degli intermediari finanziari non bancari*. Dir. economia, 1988, 85.

(228) Cfr. PELLARINI A., *L'impatto delle direttive comunitarie sulle clausole abusive dei contratti delle banche e degli altri intermediari finanziari*. Risparmio, 1996, 641; DE VECCHIS P., *Autorità di controllo sugli intermediari bancari e finanziari - La banca d'Italia*. Mondo bancario, 1995, fasc. 4, 3; BUFFA F., *La vigilanza sugli intermediari bancari, finanziari e mobiliari dopo l'entrata in vigore del testo unico in materia creditizia*, in Nuovo dir., 1994, I e 130.

ziari (229) e talvolta chiamati, con significato più specifico, imprese di investimento (230), la cui attività consiste nell'intermediazione, mobiliare, nel comparto noto con l'espressione parabancario e nella gestione di fondi comuni d'investimento, ecc.

Queste premesse si rivelano essenziali non solo perché, com'è stato sostenuto, il [... « profilo soggettivo vale a delimitare la stessa categoria dei contratti bancari e finanziari in cui la qualità del soggetto può incidere sulla causa del contratto... »], ma anche perché ciò consente di verificare se è vero, com'è stato spesso affermato, che la struttura del *sale and leaseback* integra gli estremi di un contratto di mutuo assistito da garanzia reale.

Quest'ultimo problema, in verità, sembra, più apparente, che reale, dato che le due fattispecie hanno profili, requisiti, caratteri, obiettivi e regole di funzionamento tra loro differenti. Per cui sarebbe consigliabile esaminare separatamente il *sale and leaseback* (231) rispetto al mutuo assistito da garanzia reale. Per tale ragione si tenterà, anzitutto, di individuare gli elementi che rientrano perfettamente nello schema causale del mutuo (232) (prestito di consumo), non tanto per valutare le somiglianze, quanto, piuttosto, le differenze.

Il contratto di mutuo, com'è noto, è previsto in via generale dall'art. 1813 c.c., secondo cui una parte consegna all'altra una somma determinata di danaro, generalmente a libera destinazione, che questa si obbliga a restituire, rilasciando a copertura del pagamento qualunque tipo di garanzia reale: pegno, ipoteca, (rispettivamente per bene mobile o immobile) o personale (fideiussione, avallo, etc.), o qualunque altra garanzia ammissibile.

(229) Cfr. PRINCIPE A., *L'ente finanziario nelle direttive comunitarie*. Dir. banc., 1995, I, 553.

(230) Cfr. COLTRO CAMPI C., *Sim (società di intermediazione mobiliare e imprese di investimento nella prospettiva Cee)*, in *Digesto comm.*, Torino, 1996, vol. XIII, 493; GAGGERO P., *Esclusività ed estensione dell'oggetto sociale delle imprese di investimento*. Contratto e impr. - Europa, 1997, 579; *Recepimento della direttiva 92/22/Cee relativa ai servizi d'investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/Cee relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese d'investimento e quello dei creditizi (d.leg. 23 luglio 1996 n. 415)*, commento di CERASE M. Legislazione pen., 1997, 27.

(231) Cfr., in generale, FUMAGALLI T., *Il regime tributario del lease back tra il modello della locazione finanziaria e quello del mutuo con alienazione a scopo di garanzia*. Fisco, 2000, 6597; ZIZZO G., *Il regime tributario del lease back tra il modello della locazione finanziaria e quello del mutuo con alienazione di garanzia* (Nota a Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, Min. fin. c. Soc. Serleasing). Riv. dir. trib., 1998, II, 671.

(232) Il mutuo, come è noto, e i negozi che da esso discendono, quali, in particolare, il mutuo di scopo e il contratto c.d. di finanziamento, viene solitamente giudicato «il "prototipo" della categoria dei contratti di credito», per un'analisi relativa alla funzione creditizia cfr., per tutti, LEO E.M., *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978, 82, ss.

Il *sale and leaseback*, invece, è contratto che serve ad una parte (impresa commerciale, industriale o lavoratore autonomo), per fluidificare il proprio capitale mobiliare o immobiliare. L'impresa utilizzatrice destinerà la nuova disponibilità finanziaria per investimenti nella stessa o in altre imprese e senza perdere la materiale disponibilità (233) dei beni che potrà riacquistare una volta completata l'operazione con l'esercizio dell'opzione.

È palese che ritenere la riconducibilità di quest'ultimo contratto al finanziamento o al mutuo, o affermarne la sua autonomia, ha influenze diverse sulla comprensione degli elementi essenziali di struttura e di funzionalità del contratto, oltre che sulle modalità e le conseguenze delle vicende negoziali volute dalle parti e che dovrebbero comprendere anche le ipotesi di inadempimento o gli effetti discendenti dalla dichiarazione di fallimento.

Che si tratti di cose diverse, del resto, basterebbe a dimostrarlo, già in prima battuta, un superficiale raffronto tra alcuni degli elementi più comuni che configurano il contratto di *sale and leaseback*, e quelli presenti nel mutuo, da cui si deduce che: a) sul piano soggettivo, il mutuo può essere compiuto solo da operatori bancari e non da operatori finanziari, mentre il *sale and leaseback* può essere concluso sia da società finanziarie, che da quelle bancarie, le quali, come detto, sono le uniche ad essere autorizzate a questo tipo d'operazioni, ai sensi degli artt. 106 e 10, comma 3, del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, e successive modificazioni ed integrazioni; b) il mutuo può essere chiesto da chiunque e quindi anche dal consumatore ed in questo caso rientra nel regime di protezione delle norme ad esso riguardanti, il *sale and leaseback* è, viceversa, contratto bilateralmente d'impresa e può, di conseguenza, svolgersi solo fra imprenditori; c) il mutuo è tipico, il *sale and leaseback* è contratto legalmente atipico, sebbene socialmente tipico; d) il mutuo ha, di regola, natura reale (234) (si perfeziona con la *traditio rei* (235), non con il semplice consenso, no-

(233) Cfr. CASSANO G., ROMANO M., *Tematiche attuali di diritto civile*, Torino, 2002, 204, collana diretta da CENDON P.

(234) Cfr. DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1990; ID., DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989; VISALLI N., *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, Riv. dir. civ., 2000, I, 63.

(235) Da notare che secondo Cass., sez. III, 5 luglio 2001, n. 9074. «La natura reale del contratto di mutuo non richiede in via tassativa che la cosa mutuata sia materialmente consegnata dal mutuante al mutuatario, l'esigenza del requisito della *traditio* potendo ritenersi soddisfatta in determinati casi, allorchando il risultato pratico completamente raggiunto si identifichi con quello che si sarebbe realizzato con la consegna materiale del bene mutuato.»

nostante sia possibile una configurazione consensualistica, per via della promessa di mutuo prevista dall'art. 1822 c.c.), il *sale and leaseback* è, invece, un contratto consensuale; e) il mutuo può essere sia a titolo oneroso, che gratuito, a seconda che sia stato pattuito o meno il pagamento d'interessi (il mutuo è contratto «naturalmente e non essenzialmente oneroso» (236), il *sale and leaseback* è contratto soltanto a titolo oneroso.

Altri tratti caratteristici fanno emergere che la consegna, nel mutuo, oltre a potere avvenire nelle forme della *traditio brevi manu* o in quella simbolica, può essere adempiuta tramite terzi, a differenza del *sale and leaseback* nel quale, per le concrete modalità di svolgimento del contratto, solo le parti possono assumere tale specifica obbligazione, implicitamente concordando di realizzare un *constituto possessorio*.

Ancora, il mutuo è, normalmente, considerato un contratto unilaterale (obbligazione di una sola parte), perché l'obbligazione di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* ed, eventualmente, quella di corrispondere gli interessi è solo a carico del mutuatario; mentre, sotto il profilo meramente economico, il mutuo ad interessi può considerarsi a prestazioni corrispettive. Il *sale and leaseback*, invece, sotto il profilo delle prestazioni è, sinallagmatico e può considerarsi "bilaterale solo sul piano economico, mentre da un punto di vista strettamente giuridico può, come detto, ritenersi trilaterale.

Alcuni elementi tra quelli sopra indicati, come messo in luce da attenta dottrina (237), peraltro, agiscono in maniera significativamente diversa nel *sale and leaseback* rispetto al mutuo. Infatti, in quest'ultimo contratto, ad esempio, le cose devono essere fungibili, ossia sostituibili con altri beni appartenenti allo stesso genere ed aventi le medesime qualità. Questa caratteristica è alquanto difficile da riscontrare nel *sale and leaseback*. Infatti, nelle ipotesi di vendita di uno stabilimento o di un capannone industriale, ad esempio, ipotesi che peraltro si sono già presentate nella pratica (238), è difficilissimo che si possa intravedere un bene fungibile.

(236) Così ZATTI P., COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1999, 544.

(237) Per uno sguardo generale di quest'ultimo Istituto cfr. GIAMPICCOLO, G., *Mutuo* (dir. priv.), in Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, 444 ss.

(238) Con riguardo al capannone industriale cfr. ad es. App. Cagliari, 3 marzo 1993, cit., con nota di CHESSA, in Riv. giur. sarda, 1994, 301, e in Giur. comm., 1994, II, 662.

Tenuto conto del rilievo che la distinzione fra beni fungibili e infungibili, nell'ottica legislativa, è intesa a risolvere profili giuridici vari, come ad es. quelli in tema di compensazione *ex art. 1243 c.c.* La regola or ora ricordata non appare applicabile al *sale and leaseback*, atteso che i beni sono, di regola, infungibili e materialmente distinti e individuati; quindi non sostituibili; per cui una restituzione nel senso indicato dall'art. 1813 c.c. è da considerarsi estranea all'ipotesi di *sale and leaseback*.

L'analisi che precede dimostra, con ogni probabilità, che i due contratti (*sale and leaseback* e mutuo) sono tra loro alternativi, rappresentando rapporti contrattuali diversi, per cui è da respingere l'idea che essi siano negozi accostabili in considerazione della presunta analogia esistente sul piano effettuale. Non è pertanto possibile riconoscere nel pagamento del corrispettivo periodico (canone) e del prezzo di opzione la restituzione di un mutuo concesso all'utilizzatore.

Del resto, assegnare al *sale and leaseback* il connotato di espediente per mascherare un mutuo assistito da garanzia reale, anziché farlo rientrare più propriamente nella logica della locazione finanziaria, non solo è inutile, ma ha anche l'effetto di creare una singolare dissonanza tra la funzione economico-sociale del *sale and leaseback* (che soddisfa una pluralità d'interessi realizzati attraverso una pluralità coordinata di schemi contrattuali che vanno dallo scambio cosa-prezzo, alla locazione finanziaria, al riacquisto) e lo schema causale del contratto di mutuo realizzato, normalmente, per mezzo di un unico contratto dal quale sorge, essenzialmente, l'obbligo del mutuatario di restituire, nei termini convenuti, quanto ricevuto.

Diversamente opinando, si snaturerebbe, in pratica, il contratto di *sale and leaseback*. Perciò volendo, ipoteticamente, scomporre in parti la complessa struttura contrattuale si deduce che:

A) Il primo segmento contrattuale è destinato a produrre effetti istantaneamente con il trasferimento, da una parte, e con il contestuale pagamento del controvalore del bene, dall'altra, senza che possa configurarsi, in tal caso, un rapporto di durata o ad esecuzione protratta nel tempo, come necessariamente richiederebbe il meccanismo del prestito. Non appare, di conseguenza, giustificabile la generica affermazione che il venditore-utilizzatore percepisca tale somma di denaro a titolo di mutuo, dal momento che il prezzo pagato dal compratore al venditore è, semmai, un effetto ordinario, causato dal corretto funzionamento del sinallagma del contratto di compravendita.

Utile alla tesi qui sostenuta, può essere il richiamo all'implicito principio contenuto, in tema di vendita con patto di riscatto (239), in un giudicato della Corte d'Appello di Milano 24 dicembre 1993, (240) secondo cui «*Quel che essenzialmente distingue la vendita con patto di riscatto dal mutuo con garanzia commissoria è che, in quest'ultima ipotesi, l'erogazione di denaro ha funzione creditizia (non già di prezzo) e postula dunque un vero e proprio obbligo di restituzione da parte dell'accipiens; viceversa, nella semplice vendita con patto di riscatto, la restituzione del prezzo all'acquirente da parte dell'originario venditore non è mai espressione di un comportamento sin da principio obbligato, ma costituisce, al contrario, la conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo (di riscatto) attribuito al venditore medesimo, il quale perciò è assolutamente libero di porre o meno le premesse da cui quel comportamento deve poi conseguire*».

Valutando, poi, l'effetto «naturale» prodotto dal trasferimento del diritto di proprietà del bene, come desunto dalla comune volontà delle parti, avvalendosi dei criteri ermeneutici di cui agli art. 1362 ss. c.c. in tema di contratti, non sembra potersi ipotizzare una definitività d'effetti. A parte la presenza nel contratto dell'opzione finale, in verità, da un lato, sembra «...fuori dalla logica imprenditoriale [...] supporre che l'imprenditore che ricorre al *lease back* intenda alienare definitivamente un bene che è parte integrante della sua azienda» (241); dall'altro, il concedente non sembra avere un interesse diverso all'acquisto del bene se non perché solo in questo modo si concretizza, come avviene di norma nel *leasing* finanziario, l'esercizio della sua attività d'impresa. Ciò conduce ad escludere, almeno a livello teorico, che il concedente possa avere alcuna utilità a trasferire il proprio diritto a terzi o a restare definitivamente proprietario del bene vendutogli dall'utilizzatore, avendo, semmai, l'interesse contrario a soddisfare tutte le condizioni e, specialmente, il termine di durata del contratto, in modo da ottenere

(239) Cfr. Oltre agli autori citati nelle note precedenti, con riguardo al patto di riscatto cfr. anche NIVARRA L., RICCIUTO V. e SCOGNAMIGLIO C., *Istituzioni di diritto privato*, cit. Torino, 2001, 171.

(240) Cfr. App. Milano, 24 dicembre 1993, U. - Soc. S., C., 1995, 181, n. ROGORA, Giur. it., 1995, I, 2, 236, n. PERNAZZA.

(241) Cfr. PURCARO D., *La locazione finanziaria - ecc. cit.*, 1998, 285-286, il quale prosegue: «perché se questo fosse il suo scopo, potrebbe rivolgersi al libero mercato senza assumere l'obbligo di pagare il finanziamento ricevuto maggiorato di onerosi interessi e spese, rischiando, oltre a dover rimborsare il finanziamento, anche perdere il bene».

la restituzione del capitale anticipato quale prezzo, per l'acquisto del bene, maggiorato di tutti i costi dell'operazione: interessi, spese, ecc., nonché la realizzazione dell'utile netto d'impresa.

È opportuno, aggiuntivamente, considerare che nel caso d'ina-dempimento dell'utilizzatore, che è poi l'ipotesi più frequente, il finanziatore non dovrebbe ugualmente poter avere il bene con i poteri tipici del proprietario (si pensi al patto marciano), ma dovrebbe essere tenuto a imputare al proprio credito residuo il valore del bene al momento della risoluzione o dello scioglimento, restituendo l'eventuale eccedenza (242). Come avverte la medesima dottrina (243), «Questa limitazione non sarebbe concepibile se l'acquirente avesse conseguito definitivamente la proprietà del bene per effetto del mancato esercizio dell'opzione».

Le ragioni indicate consentono di affermare, pertanto, che «la vendita non si può considerare come un contratto a sé» (244), ma dev'essere coordinata con gli altri elementi strutturali che compongono il contratto atipico di *lease back*.

B) Si capisce, inoltre, che vendita e *leasing*, anche se hanno una natura giuridica differente, s'integrano tra loro e possono essere uniti in unico documento o formalmente separati, purché assunti quali elementi tali da rendere sostanzialmente unico il rapporto; al tempo stesso la vendita costituisce solo il presupposto necessario per realizzare il successivo *leasing*. Quest'ultimo segmento contrattuale anzi, per la ragioni già sopra indicate, caratterizza fortemente tutto il contratto.

Oltre a ciò, il *leasing* segue la vendita ed è inserito nella più ampia e complessa struttura del *sale and leaseback*: non vi è trasferimento di denaro, ma la messa a disposizione di un bene, per il cui utilizzo si accorda il pagamento di una somma periodica; l'utilizzatore non è debitore nei confronti del concedente a titolo di mutuo, ma a titolo di *leasing*. Verosimilmente, si può parlare in questo caso di esecuzione continuata e periodica, ove si qualifichi l'operazione come *leasing* c.d. di godimento ed applicandosi in tal caso l'art. 1458, 1° comma, c.c., secondo cui nei contratti ad esecuzione continuata o periodica la risoluzione «non si estende alle prestazioni già eseguite».

(242) In senso analogo, cfr. PURCARO D., *La locazione finanziaria - ecc. cit.*, 1998, 287.

(243) Così, testulmete, PURCARO D., *La locazione finanziaria - ecc. cit.*, loc. cit.

(244) Così testulmete PURCARO D., *La locazione finanziaria - ecc. cit.*, loc. cit.

Occorre infine ricordare che sia il *leasing*, che il *factoring*, che la dottrina inquadra nell'ambito del finanziamento dell'impresa (245), sono stati espressamente ricompresi nel T.U. 1° settembre 1993, n. 385, tra le "attività ammesse al mutuo riconoscimento". Più precisamente, il *leasing* finanziario, è inserito in esclusiva al numero 3 del comma 2; forse per la sua maggiore rilevanza, diffusione e ampiezza sul mercato.

C) La disciplina consueta del *sale and leaseback* include il patto di riscatto o di opzione (246). Si tratta della clausola contrattuale che sembra seguire e accedere al contratto di *leasing* e non alla vendita. Con quest'ultimo segmento, previsto in via generale dall'art. 1331 c.c., l'acquirente diventa il promittente e l'alienante l'opzionario. In sostanza, l'utilizzatore ha la possibilità, alla scadenza del rapporto e dopo l'avvenuto pagamento dei canoni di *leasing*, di riacquistare la proprietà del bene in precedenza venduto, per un prezzo predeterminato e con un esborso diluito negli anni.

Il patto d'opzione è stipulato contestualmente alla vendita ed il legame con questa appare necessario per la corretta identificazione del contratto di *sale and leaseback*.

Più in generale, il patto d'opzione sembra avere, secondo la dottrina dominante, natura di negozio bilaterale e, invece, secondo la giurisprudenza (247) «[...] s'inserisce nell'ambito di una più complessa fattispecie a formazione progressiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta del promittente, e, successivamente, dalla (eventuale) accettazione del promissario che, saldandosi con la precedente proposta, perfeziona il nuovo negozio giuridico [...]».

Alcune delle regole generali, condivise generalmente sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza prevalenti, sembrano confermare che il funzionamento dell'opzione è riassumibile come segue:

A) Sul piano degli effetti la dichiarazione rimane ferma non per un particolare impegno del concedente, ma per il generale principio di vincolatività del contratto» (248);

(245) Cfr. GHIA L., *I contratti di finanziamento dell'impresa - Leasing e factoring*, Milano, 1997.

(246) Secondo DE NOVA G., *Nuovi contratti*, 1990, 235 ss., il diritto di opzione accede al contratto di *leasing* e non alla vendita.

(247) Cfr. Cass., sez. II, 25 febbraio 1998, n. 2017. Mass., 1998.

(248) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *Lessico di diritto civile*, cit., Voce «opzione», 553.

B) Si attribuisce all'opzionario «il potere di perfezionare il contratto finale e tale potere viene comunemente qualificato come diritto potestativo» (249).

C) «La parte vincolata non è tenuta ad emettere altre dichiarazioni di consenso. Si tratta piuttosto di una posizione di soggezione rispetto al potere dell'opzionario» (250).

D) «Al diritto di opzione non fa riscontro una posizione di obbligo» (251).

Ancora, «l'atto dell'opzionario è sufficiente a costituire il rapporto contrattuale finale senza che occorra un ulteriore accordo delle parti (252).

E) Il diritto d'opzione è cedibile, quando vi sia il consenso del concedente e, in generale, quando sia cedibile il contratto finale (253).

Da notare che secondo App. Milano 5 febbraio 1997 (254) «È nulla per mancanza di causa l'attribuzione del diritto di opzione per l'acquisto di un bene a prezzo prefissato senza la previsione di un apposito corrispettivo».

Si discute in dottrina (255) se questa fase contrattuale produce o meno una tipica funzione di compravendita. La questione non è di facile soluzione, ma è ovvio che se la risposta dovesse essere affermativa, in pratica si ricondurrebbe l'opzione alla funzione traslativa «tipica» del venditore nel patto di riscatto.

Problemi sembra sollevare la questione sull'inopponibilità dell'opzione ai terzi acquirenti, dato che in questo caso il *lessee* sembra esporsi al rischio di non riacquistare la proprietà dei beni venduti, qualora il concedente *medio tempore* li alienasse.

Residuano questioni diverse:

A) se il diritto d'opzione nel *lease back*, dà luogo ad un effetto retroattivo. La dottrina che ha analizzato la questione sembra privilegiare una «efficacia *ex nunc*» (256);

(249) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *op. cit.*, loc. cit.

(250) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *op. cit.*, loc. cit.

(251) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *op. cit.*, loc. cit.

(252) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *op. cit.*, loc. cit.

(253) Cfr. BIANCA C. M., PATTI G. e S., *op. cit.*, loc. cit.

(254) La sentenza della Corte d'App. Milano 5 febbraio 1997, può leggersi in Giur. it., 1998, 488, n. PERNAZZA F., *Il corrispettivo nel patto di opzione tra causa e consideration*.

(255) Cfr. per tutti BUSSANI M., *Il contratto di «lease back»*, Contratto e impr., 1986, 558.

(256) Così CIAN G. e TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1981, 544.

B) Se il patto d'opzione può essere trascritto. La soluzione sembra tuttavia impedita dal principio di tassatività della trascrizione.

La conclusione cui si perviene a questo punto è che il *sale and leaseback* non può considerarsi come mutuo assistito da garanzia reale, tenuto conto, fra l'altro, che l'assimilazione tra mutuo e *sale and leaseback* non appare convincente anche per la ragione, già peraltro sopra evidenziata, che nel *sale and leaseback* non sussiste un preesistente rapporto di debito-credito tra alienante e acquirente.

Omettendo altre considerazioni, è noto, del resto, che la posizione del titolare del diritto di credito è identificata, dall'ormai pacifica dottrina e giurisprudenza, con il termine «pretesa» (257), cioè a dire «una delle forme del possibile comportamento che costituisce il contenuto del diritto soggettivo»; caratterizzata dal fatto, che si dirige «verso un altro soggetto ben determinato e titolare di una situazione passiva complementare» (258).

Ora, se il mutuo non è preesistente, è ovvio come siano falsati i rapporti tra chi deve pretendere e chi compare invece come titolare di una situazione passiva complementare. Senza considerare, come avverte attenta dottrina che «fuori dalla ipotesi di debito preesistente, non può parlarsi di pagamento, perché un unico contratto non può rappresentare fonte dell'obbligazione e, al tempo stesso, modo di estinzione della medesima» (259).

Inoltre, per aversi contratto di credito o più specificamente di mutuo è necessario che ricorra, da un lato, l'attribuzione di una determinata quantità di denaro a favore del sovvenuto, e, dall'altro, l'obbligo di quest'ultimo di restituire dopo un certo tempo il *tantundem* (260).

È vero che nel *leasing* la restituzione del *tantundem* potrebbe essere individuata nel pagamento dei c.d. canoni da parte dell'utilizzato-

(257) In questo senso cfr. ANASTASI A., in Enc. dir., XVI, voce *Facoltà e diritti facoltativi*, Milano 1967, 215.

(258) Cfr. per tutti NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, 84 ss.; ivi, anche riferimenti bibliografici. Si veda però GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere*, in Jus, 1941, 564.

(259) Così, testualmente, PITTALIS M., *Credito all'esportazione e forfaiting*, cit., 1994, 38; Trib. Roma, 16 luglio 1955, in Dir. fall., 1955, II, 513; si richiamano altresì PANZARINI G., *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1985, 140 ss., per il quale la figura della dazione in pagamento è sempre correlata ad un preesistente rapporto obbligatorio, in funzione estintiva dello stesso. Nello stesso senso, GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II: *Le obbligazioni e i contratti* - tomo I: *Obbligazioni in generale - Contratti in generale*, Padova, 1990, II, 2, 140.

(260) Così, in generale, cfr. LEO E.M., *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in Riv. soc., 1978, 72 ss.; FERRARINI, *La locazione finanziaria*, cit., 1977, 219 ss.

re, ma, a dire il vero, non s'intenderebbe come inquadrare la dazione della somma di denaro, poiché la sua attribuzione causale risulterebbe ingiustificata (261).

Né si può superare l'ostacolo affermando che il concedente, acquistando il bene e dandolo in *leasing*, «è come se prestasse il denaro al conduttore» sicché il bene «sostituisce (...) la somma di denaro» (262), oppure che si è di fronte ad un negozio di finanziamento nel quale l'utilizzatore riceve non denaro ma la disponibilità di un bene (263).

Come avverte avveduta dottrina, «è chiaro che si tratta di parlare figurato» (264), non potendo dubitarsi dell'illegittimità o per lo meno dell'inutilità di una simile affermazione dato che la concessione del credito, se c'è, non può essere attribuita al fornitore (265).

Senza considerare, infine, che se il finanziamento rappresenta sicuramente lo scopo economico del contratto, esso da solo, non è certo sufficiente a qualificare l'intera operazione negoziale, perché, come si è più volte ribadito, vi è anche l'esigenza del *lessee* (concessionario-conduttore) di utilizzare il bene sottoposto alla vendita iniziale: l'utilizzo del bene è, infatti, al pari del finanziamento coelemento essenziale.

(261) Cfr. In questo senso FERRARINI, *La locazione finanziaria*, cit., 1977, 219 ss.

(262) Cfr. CLARIZLA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, Banca, borsa, ecc., 1976, II, 471.

(263) Cfr. CHIOMENTI F., Il «leasing», *il tribunale di Milano e Donna Prassede* (Nota a T. Milano, 29 maggio 1978, Pozzi c. Soc. Italease), Riv. dir. comm., 1980, II, 271, il quale si esprime in questi termini con riguardo al *leasing* finanziario.

(264) Cfr. STELLA RICHTER G., *Problemi attuali del parabancario (con specifico riguardo al «leasing» e al «factoring»)*, Giust. civ., 1988, II, 425 not. 32, che richiama l'opinione di DE NOVA.

(265) Cfr. CALANDRA BONAURA V., *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria* cit., 1978, 196 ss.

DIEGO ZIINO

PROFILI DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA (*)

Sommario: CAPITOLO I: L'età della codificazione e la funzione dell'interpretazione. 1. Ermeneutica ed interpretazione giuridica. Considerazioni preliminari; 2. Brevi cenni storici in ordine alla normativa introdotta dai codici sulle regole di interpretazione della legge e del contratto; 3. I diritti codificati e la situazione di conflittualità intorno al concetto di interpretazione; 4. Le problematiche legislative, la norma generale e la fattispecie concreta; 5. L'interpretazione e i riferimenti al principio di equità; 6. L'equità ed il risarcimento del danno non patrimoniale; 7. Il problema legislativo ed i caratteri della interpretazione; 8. L'ipotesi di conflitto tra le disposizioni di legge da un lato ed i principi della scienza giuridica dall'altro. La funzione della interpretazione; 9. Alcuni profili di tecnica interpretativa; 10. La funzione della costruzione logico-giuridica in rapporto al fenomeno della interpretazione; 11. L'orientamento politico legislativo come criterio di interpretazione e la revisione degli schemi concettuali tradizionali; 12. Evoluzione e crisi del *Diritto del privato*. La Costituzione e la tutela dei diritti fondamentali. Diritto pubblico e diritto privato. Diritto naturale e diritto positivo. Lo *Status* e gli *Status*; 13. Dal diritto del singolo agli interessi collettivi. Le limitazioni all'autonomia dei privati. i c.d. gruppi intermedi e la nuova categoria di autonomia: quella collettiva; 14. Interpretazione della legge ed accertamento del diritto. Il linguaggio giuridico. *Interpretatio* e *voluntas legis*; 15. Prime considerazioni. Il rilievo del metodo interpretativo. La postdecodificazione; 16. Validità e attualità del profilo storico-metodologico. CAPITOLO II: *Gli istituti giuridici e la funzione economica nella tecnica dell'interpretazione*. 1. Profili della funzione economica dell'istituto nel fenomeno sociale; 2. Il conflitto tra la struttura e la funzione dell'istituto; 3. Tecnica giuridica e tecnica dell'interpretazione; 4. La obbligatorietà della dogmatica giuridica; 5. La tecnica e la soluzione equitativa; 6. I limiti della scienza giuridica e il contrasto tra il sistema normativo e la realtà sociale; 7. La tecnica dell'interpretazione e la soluzione del contrasto; 8. L'attività contrattuale; 9. Considerazioni conclusive.

(*) Il presente scritto è stato realizzato nell'ambito di una più ampia ricerca in corso, effettuata con fondi erogati dall'Università degli Studi di Palermo, Facoltà di Economia, Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, sul tema: "I nuovi danni e le funzioni della responsabilità civile. I nuovi profili della interpretazione giuridica".

Capitolo I
L'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE
E LA FUNZIONE DELL'INTERPRETAZIONE

1. Ermeneutica ed interpretazione giuridica. Considerazioni preliminari

L'arte, la tecnica e l'attività di interpretare in senso lato si suole definire ermeneutica (1). Si può parlare di scienza delle regole e delle norme che permettono di interpretare il senso autentico di un testo.

Tali regole riguardano i libri e i documenti antichi, i monumenti, la ricostruzione critica di un testo, la conoscenza del genere letterario, dell'ambiente storico culturale in cui si è formato, le eventuali interferenze – in senso lato – con altre opere.

L'ermeneutica è anche un indirizzo della filosofia contemporanea che va oltre la interpretazione dei testi, che non limita la stessa, ma la generalizza come dimensione costitutiva dell'uomo e che si rapporta al mondo attraverso la misura, il valore dei segni linguistici in cui si riflette la storicità dell'esperienza comunicativa.

Il termine è stato assunto per indicare il metodo del comprendere proprio della filosofia ed in particolare nello storicismo e, poi, nella fenomenologia. Nella critica letteraria l'ermeneutica è stata intesa come l'opera interpretativa che permette allo studioso di raggiungere un contatto intersoggettivo con l'autore studiato e ciò attraverso un processo di interiorizzazione (2).

Heidegger offre una interpretazione della modernità e conseguentemente della proprietà specifica della tecnica moderna al di fuori degli abituali schemi di "*filosofia della cultura*", e intende così il valore positivo e propositivo della interpretazione della scienza e della tecnica moderna come realizzazione della storia della conoscenza e quindi della metafisica intesa come indagine di ciò che è al di là della

(1) Il termine ermeneutica ha radici classiche perché deriva dalla parola greca ἑρμηνεύω, che significa interpreto, spiego e che trova la sua origine in Ἑρμῆς, Hermes, il padre della parola, il dio della eloquenza, messaggero di Zeus, è la parola personificata, il λόγος.

(2) HEIDDEGER, *Die Zeit des Weltbildes* (1938), in *Holzwege*, Frankfurt a.M., 1950 (trad. It. *Sentieri interrotti*, a cura di P. CHIOLDI, Firenze, 1968).

esperienza per pervenire alla spiegazione dei principi essenziali della realtà (3).

Una applicazione pratica della ermeneutica e quindi “arte” è l’esegesi intesa come studio ed interpretazione critica di un testo. Nell’esperienza giuridica l’attività interpretativa assume un ruolo centrale e fondamentale.

La ragione e la portata delle problematiche ermeneutiche, dalla comprensione del contesto significativo della norma all’inquadramento della fattispecie concreta, dalla lettura del dato normativo alla sua applicazione al caso singolo, costituiscono uno dei punti di partenza della teoria del diritto.

La ermeneutica giuridica ha sì raccolto ed elaborato gli insegnamenti della filosofia ermeneutica, tuttavia la locuzione indica una teoria della interpretazione giuridica che gode di autonomia scientifica ed ontologica, perché mentre la seconda (la filosofia ermeneutica) va intesa come scienza pura, la prima (la ermeneutica giuridica) trova il suo oggetto di studio nel testo della legge, che offre anche gli strumenti obbligatori per l’interpretazione e l’applicazione.

I criteri interpretativi sono predisposti dall’autore della norma, dal legislatore, il quale crea il dato normativo e crea anche gli strumenti per rivelare la volontà dell’autore, ossia il legislatore stesso (4).

Nell’attività giuridica quella interpretativa svolge un ruolo di evidente centralità. L’esperienza giuridica che va dalla comprensione della norma all’inquadramento della fattispecie concreta, ed ancora dalla lettura del dato normativo alla sua applicazione, delinea la ragione e

(3) VERRA, voce *Ermeneutica*, in *Enc. Ital.*, Appendice, 2000, Roma, MM, 599. Le problematiche legate alla ermeneutica nel pensiero contemporaneo sono state oggetto di approfonditi studi di VATTINO, *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Milano, 1985; ID., *Oltre l’interpretazione*, Roma-Bari, 1994, secondo cui la questione dell’ermeneutica, e più in particolare della filosofia ermeneutica, non può essere assolta mediante un discorso meramente descrittivo del carattere ermeneutico di qualsiasi forma di coscienza e di esperienza, atteso che tale discorso corre il rischio di rimanere ancora una volta impigliato in una concezione metafisica della filosofia e della storia. “Tale rischio può essere evitato soltanto cercando una sorta di legittimazione epocale della filosofia ermeneutica proprio agli esiti della modernità, come conclusione della storia della metafisica” (VERRA, *op. e loc. ult. cit.*).

(4) Questo tema sarà oggetto di successive riflessioni. Per il momento si rinvia ad un recente contributo: IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 467. L’A. osserva che lo studioso del diritto positivo si trova in una posizione di maggior vantaggio e, ad un tempo, di maggior svantaggio rispetto allo studioso di filosofia del diritto: di svantaggio perché al secondo è concessa una sconfinata libertà per la scelta dei criteri per raggiungere l’obiettivo di individuare il significato normativo del fatto o dell’atto giuridico da interpretare, di vantaggio perché il legislatore gli ha fornito il criterio e la guida per la interpretazione (*op. cit.*, 468).

l'entità delle problematiche ermeneutiche nel campo della teoria generale del diritto.

Indubbiamente la locuzione *ermeneutica giuridica* non è di semplice definizione anche perché mutevole nel tempo e nello spazio. Il significato ricorrente più frequente è quello di una teoria della interpretazione giuridica che *risurge per li rami* nella filosofia ermeneutica dalla quale trae ed elabora gli insegnamenti e la metodologia.

Un acuto e profondo giurista: Emilio Betti, ha dedicato al problema numerosi contributi di rilevante valore scientifico (5). Egli avvertì l'esigenza, partendo dalla ermeneutica tradizionale e poi dalla teoria generale della interpretazione, di far discendere da questa la scienza della interpretazione giuridica.

Fondamento della teoria del Betti sono i quattro criteri normativi ermeneutici che occorre osservare e che garantiscono la riuscita nell'ambito della teoria della conoscenza: la epistemologia della interpretazione.

I quattro criteri riguardano due l'oggetto, vale a dire l'autonomia e l'immanenza del criterio ermeneutico, nonché la totalità e la stretta convenzione logica dell'apprezzamento ermeneutico; e due il soggetto, cioè la attualità dell'intendere e l'adeguazione dell'intendere il criterio di verità in base al quale una conoscenza risulta vera se corrisponde all'oggetto dell'intendere.

Detti criteri tracciano la retta via interpretativa che è orientata verso una concezione oggettivistica della interpretazione atteso che il significato deve essere tirato fuori dal dato da interpretare: *sensus non est inferendus sed efferendus* (6).

Conseguentemente l'interprete è subordinato alla norma, anche se deve svolgere un'attività di interpretazione giuridica. Betti parla di "circolo di reciproca e continua rispondenza fra il vigore della legge (o fon-

(5) BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2 voll., Milano, 1955; e già prima Id., *Teoria generale della interpretazione*, Torino, 1948. BETTI affermò l'esistenza di una scala gerarchica fra le diverse storiografie: quella in generale che fa appello alle comuni categorie economico-etiche, e di esse si ritiene pago per chiarire la logica delle azioni, ma ci sarebbe, una "*storiografia di grado superiore*", la storiografia giuridica, che utilizzerebbe gli strumenti concettuali della dogmatica che, come è indispensabile all'interpretazione direttiva della condotta, è altresì rispondente a una esigenza tecnica della storiografia giuridica, il che ne fa una storiografia superiore così come quella dell'arte, della lingua, della scienza, della letteratura. La superiorità della storia giuridica è il risultato della identificazione che il BETTI fa della storia del diritto con il diritto come astrazione.

(6) RICCOBONO, voce *Ermeneutica giuridica*, in *Enc. giur.*, Appendice 2000, Roma, 2000, 600; IUDICA, *Interpretazione giuridica*, cit., 472.

te di diritto) onde si desumono le massime della decisione ed il processo interpretativo che se ne fa nella giurisprudenza e nella scienza giuridica” (7). Per Betti deve parlarsi di una disciplina ermeneutica autonoma che assume differenti connotazioni nei vari campi delle scienze: diritto, morale, teologia, arte, letteratura, etc. Il problema della interpretazione coinvolge l'intero campo della conoscenza e, quindi, anche quello giuridico (8).

L'ermeneutica giuridica si è rapidamente costituita come un nuovo e generalissimo indirizzo della teoria della conoscenza esplicitamente orientata a superare l'incapacità della giurisprudenza di considerarsi e funzionare come teoria della prassi giuridica (9).

2. **Brevi cenni storici in ordine alla normativa introdotta dai codici sulle regole di interpretazione della legge e del contratto**

Dalla interpretazione che i Glossatori e i giuristi italiani ad essi posteriori (i Commentatori) eseguirono della compilazione giustiniana, e quindi su base prettamente romana, sorge il diritto comune, che si estende grado a grado per tutta l'Europa sino a che nel secolo XVI, è accolto come legge vigente in Germania (10). Il diritto privato romano, restaurato dalla scuola bolognese e adattato dai giuristi, si impose per la sua perfezione, sovrastando le naturali diversità tra i vari popoli. Si trat-

(7) BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, ristampa 1971, 35, con scritti inediti a cura di Crifò.

(8) Betti dedicò la propria ricerca scientifica alla ermeneutica con alcuni fondamentali contributi che coprono parecchi decenni: *Le categorie civilistiche della interpretazione*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1948, 34-92; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit.; ID., *Interpretazione della legge e sua efficacia evolutiva*, in *Jus*, 1959, 197-215; ID., *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. di Bari*, 1961, 1-28.

In ordine, poi, agli studi dei singoli autori su BETTI, per tutti da ultimo: GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. BETTI e il suo contesto*, Torino, 1988; A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. E. BETTI a confronto con N. HARTMANN e H.G. GADAMER*, Torino, 1994; *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti* a cura di V. FROSINI, F. RICCOBONO, Milano, 1994.

(9) ZACCARIA, *L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporaneo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 323. Per l'A. “l'ermeneutica, con la sua rivendicazione del linguaggio comune, come terreno necessariamente trascendente il contesto strettamente metodologico e specialistico, offre un contributo indispensabile di comunicatività delle opzioni valutative che hanno orientato l'interprete nel prescegliere le premesse della sua decisione” (pag. 356).

(10) CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Palermo, 1961, 37 ed aa. cit. alla nt. 9.

tava di un *corpus juris* di valore generale che si presentava indipendente dalla autorità statale ed anzi, per certi versi, a questa superiore.

Dovevano trascorrere alcuni secoli e si doveva giungere al 1804, allorquando ben 37 leggi venivano riunite e promulgate come unico codice che prese il nome di *Code Civil des Français* (11). E per voler ufficializzare e segnare il passaggio da un'epoca all'altra della storia giuridica, cioè il passaggio dal diritto comune alla nuova età, quella della codificazione, l'art. 7 così testualmente recitava: «*compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les règlements, cessent d'avoir force de loi général ou particulière, dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code*» (12). Lo stesso Napoleone approvava la versione italiana del codice con decreto del 16 gennaio 1806, e dal 1° aprile successivo entrava in vigore in tutti i dipartimenti della monarchia italiana la traduzione del *code Napoleon*, che veniva ufficialmente denominato “Codice Napoleone il Grande per Regno d'Italia”.

Per confermare e rimarcare che, sotto il profilo giuridico, realmente *incipit vita nova*, l'art. 3 abrogava espressamente tutte le fonti normative anteriori (13).

Il 3 settembre del 1807 il codice civile francese prese il nome di *code Napoleon*, con il quale è conosciuto dalla storiografia giuridica e dalla dottrina, e con tale nuova dizione venne pubblicato con decreto imperiale (14).

Indubbiamente il codice Napoleone è un'opera che segna una svolta epocale (15) paragonabile per importanza alla codificazione giustiziana.

(11) Sulla *promulgation* del *Code Civil des Français*: DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile, Il Code Civil* (1804) e l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGD, 1812), Torino, 1998, 43.

(12) Art. 7: “A partire dal giorno in cui queste leggi entrano in vigore, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie che sono oggetto delle dette leggi che formano il presente codice”.

(13) L'art. 3 ripropone, in buona sostanza, il testo dell'art. 7 (sopra riportato alla nota 3): “a datare dal giorno in cui il Codice Napoleone sarà posto in attività, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti o regolamenti cesseranno di aver forza di legge generale o particolare nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice Napoleone”.

(14) DEZZA, *Lezioni*, cit., 43.

(15) «*Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil*», come dichiarò l'Imperatore.

Il patrimonio ideale della società borghese, le idee fondamentali che ne costituivano l'ispirazione ed il fondamento, vennero recepite ed interpretate nello strumento legislativo.

Queste idee, sorte dalla rivoluzione, segnavano il nuovo volto del secolo che iniziava ed il nuovo volto del diritto privato.

Basti porre attenzione ai principi quali: la laicità dello Stato, la libertà del soggetto di fronte allo Stato, la eguaglianza degli individui davanti alla legge, il diritto di proprietà inteso come diritto assoluto della personalità umana, l'autonomia individuale e la libertà del lavoro (16).

L'opera può essere definita rivoluzionaria sotto vari profili sia perché comprendeva, portava a compimento e riconosceva legislativamente le conquiste della rivoluzione sia perché cambiava radicalmente il sistema previgente (17).

Il codice è caratterizzato dalla pretesa di costituire un ordinamento giuridico *nuovo, completo, e definitivo*, che racchiude nelle sue formulazioni le soluzioni di tutti i possibili casi e questa è la caratteristica che lo distingue dalle consolidazioni legislative anteriori dirette soltanto a riordinare il diritto vigente. Può dirsi, in maniera incisiva, che la consolidazione guarda al passato e la codificazione al futuro.

L'idea del codice nel diritto privato può essere così posta in relazione da un lato con la formazione degli Stati, con il concetto della statalità del diritto, con l'ideale di nazione, e dell'altro con il movimento giusnaturalista e con la concezione logico-formale del diritto.

Questo concetto trova la sua giustificazione nella necessità della certezza sostanziale e processuale del diritto, fondamento di ogni Sta-

(16) NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. del dir.*, vol VII, Milano, 1960, 240 e ss. ed in part. 248; DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino, 1999, 113 e ss. ed in part. 128.

In ordine agli effetti di Napoleone sull'Italia e all'eredità napoleonica sul sistema giudiziario italiano: PILLEPICH, *Napoleone e gli italiani*, Bologna, 2005.

(17) Il *Code Napoléon* deve essere valutato nella sua ispirazione: "come l'espressione della scelta moderata e per qualche aspetto conservatrice a favore del ceto borghese che vedeva codificati gli obiettivi raggiunti sul piano civile e sociale con la Rivoluzione, ma doveva soprattutto apparire come la realizzazione di una sorta di amalgama tra le istituzioni storiche di Francia ed il *droit intermédiaire*. La sapiente equilibrata fusione tra questi elementi realizzata dal *Code Napoléon* era testimoniata dai contenuti essenziali delle sue norme che disciplinavano e caratterizzavano ad un tempo la vita di una intera società civile", così testualmente GHISALBERTI, *Unità Nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1979, 125.

Sui rapporti tra il codice civile del 1865 ed il codice Napoleone: NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., 242.

to. La semplificazione del “sistema” rende prevedibile la soluzione che deve essere data dalla sentenza.

Il concetto della statalità del diritto porta ad identificarlo con la manifestazione normativa e, quindi, alla pretesa di potere determinare con ragionamenti “a priori”, un regolamento completo e definitivo di tutto il diritto privato.

Altro rilevante profilo del *code Napoléon* è costituito dal fatto che gli Istituti più importanti da esso disciplinati ebbero i caratteri della generalità ed astrattezza. Le situazioni normative assunsero carattere generale, non necessariamente legate al soggetto od alla sua attività, ma tuttavia capaci di subire alterazioni, modificazioni e di essere utilizzate anche al di là dell’ambito dei rapporti privati: si pensi ad istituti quali la proprietà, il contratto, l’obbligazione, l’atto illecito (18).

I tre libri sono preceduti da un titolo preliminare, *De la publication des effets et de l’application des lois en général*.

Il codice Napoleone nel titolo preliminare sanziona i principi della irretroattività e della inderogabilità della legge, salvo i limiti posti dall’ordine pubblico e dal buon costume.

Più in particolare al giudice era vietata ogni interpretazione della norma, gli era imposto di decidere tutte le controversie, non potendo assumere come pretesto, il silenzio, l’oscurità o il difetto della legge, pena l’accusa di denegata giustizia (19).

In tal modo il codice configurava un sistema completo e privo di carenze con la conseguenza che il giudice doveva applicare le disposizioni normative. Tuttavia l’obbligo di giudicare non riassegnava al giudice quel ruolo normativo che egli aveva esercitato durante l’*Ancien Régime*; egli ormai è divenuto un funzionario pubblico dovendosi li-

(18) NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 245, dove così testualmente si legge: “I limiti territoriali del diritto civile potevano non essere determinati dalla natura dei soggetti ai quali le norme contenute nei codici erano presumibilmente destinate ma dalla oggettiva configurazione di quegli istituti, sottoposti alla medesima disciplina qualunque ne fosse il riferimento soggettivo”.

(19) Art. 4: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être pour suivi comme compable de déni justice*” (Se un giudice ricuserà di giudicare sotto il pretesto del silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia).

Secondo MONTESQUIEU: “il giudice è la bocca che pronunzia le parole della legge, un essere inanimato che non può moderarne né la forza né il rigore”, *Lo spirito delle leggi*, Milano, IV, 1999, 818, e così definisce la legge: “i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose”. Definizione questa sottoposta a critica sia per la sua oscurità, sia perché non chiarisce di quali rapporti intende parlare; ed ancora le leggi non sono rapporti, ma a questi subordinati.

mitare ad applicare le disposizioni del codice (20). Il seguente art. 5 vieta ai giudici di porre in essere pronunce che hanno carattere di “disposizione generale” (21).

Essi hanno il dovere di risolvere sempre e comunque ogni controversia operando all'interno del sistema normativo e con gli strumenti predisposti dallo stesso.

Le disposizioni che precedono dettano una disciplina rigorosa che riduce notevolmente l'autonomia dei magistrati, limitandola alla applicazione delle disposizioni.

È iniziata l'età della codificazione (22). Con una frase molto incisiva uno studioso francese diceva di non insegnare il diritto civile, ma il codice di Napoleone, portando così alle estreme conseguenze il programma della scuola delle esegesi.

Napoleone si mostrò avverso alla interpretazione delle leggi. Egli affermava che gli interpreti sconoscono la legge, la rendono oscura con il miscuglio di strane idee ed hanno la pericolosa arte di rendere problematico il testo più chiaro, proponendo dubbi e generando questioni: *Ils tuent la loix, ils l'obscuricissent par le mélange d'idées étrangères et que rien ne garantit; ils ont l'art dangereux de rendre problématique le texte le plus clair, et d'en tirer des deutes et des questions* (23).

In tal modo l'imperatore fece proprio il principio di Giustiniano (che seguiva le idee di Cesare), secondo cui l'interpretazione della legge compete soltanto a chi aveva il diritto di crearla: “*soli auctoritati Augusti concessum est leges et condere et interpretari*”.

(20) DEZZA, *Lezioni*, cit., 48; Di Simone, *Istituzioni*, cit., 128.

(21) “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. È proibito ai giudici di pronunciare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza.

(22) Un giurista francese del XIX secolo così si esprimeva: «*Je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le code*»; ed in Germania si affermava: «*quod non est in paragraphis non est in mundo*», che ricorda quanto già affermavano i glossatori: “*quod non agnoscit glossa, ne agnoscit curia*”.

(23) Pare che Napoleone avrebbe detto: “*Mon code est perdu*”, quando venne pubblicato il primo commentario al suo codice.

Giova riportare alcune frasi relative al sistema giuridico attribuite a Napoleone: Balzac, *Masime e pensieri di Napoleone*, Sellerio, Palermo, 2006: *l'eguaglianza esiste solo in teoria* (n. 176); *il nome e la forma di governo non significano niente, purchè i diritti dei cittadini siano uguali e la giustizia sia ben amministrata* (n. 177); *la legge dettata dalla circostanza è un atto di accusa contro il potere* (n. 218); *È più facile fare le leggi che applicarle* (n. 290); *interpretare la legge è romperla; gli avvocati uccidono le leggi* (n. 296); *la Cassazione non è niente di più che un processo tra la sentenza e la legge* (n. 330); *le leggi teoricamente chiare sono spesso caotiche quando si applicano* (n. 368); *ogni buona legge deve essere breve, altrimenti diventa un regolamento*” (n. 371).

Già, in precedenza, Giustiniano, nelle costituzioni *De veteri jure enucleando* e *De Legibus*, riservava al solo imperatore il diritto di risolvere i dubbi di interpretazione della legge (24).

Peraltro antichi legislatori furono contrari alla interpretazione della legge a causa dell'abuso che i sofisti facevano della giurisprudenza.

Nulla dice il codice Napoleone sulle regole della interpretazione normativa.

Il Codice Civile del regno di Sardegna, che prende il nome di codice albertino (dal re Carlo Alberto), venne promulgato nel 1837 dopo aver superato numerose difficoltà, e rappresenta il *trait d'union* tra la codificazione Napoleonica (del 1804) e quella postunitaria (del 1865), ed inserisce alcune innovazioni di rilevante interesse atteso che è il primo codice che riporta "i principi generali del diritto" intesi come fonte per il giudice in caso di lacuna, espressione poi riportata nelle successive legislazioni e riprodotta (nella sostanza) dall'art. 12 delle vigenti disposizioni sulla legge in generale (25).

Il passaggio per arrivare all'art. 12 delle vigenti disposizioni sulla legge in generale è l'art. 3 del codice civile del 1865 (26).

(24) Non fu diverso l'orientamento di Giuseppe II d'Austria nel 1786, di Federico II quando entrò in vigore il codice prussiano, dell'Assemblea Costituente francese, col decreto del 27 novembre - 1° dicembre 1790; così come il Papa Pio IV, dopo il concilio di Trento con la bolla *Benedictus Deus*. Il principio romano *quod principi placuit legis habet vigorem*, inizialmente attribuito al solo imperatore, divenne principio applicato ai re, ciascuno dei quali era investito della suprema autorità di comando precorrendo l'asserzione, che poi trovò diffusione, del monopolio giuridico statale.

(25) PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile*, in *Il codice civile, Atti del convegno del cinquantenario dedicato a Francesco SANTORO-PASSARELLI (Roma 15-16 dicembre 1992)*, Roma, 1994 (atti del convegno Lincei, 106), 50 e ss.; DEZZA, *Lezioni*, cit., 80 e s.

Il codice Albertino affermava un principio in coerenza alle idee dominanti in materia di interpretazione delle norme perché all'art. 17 così statuiva: "*le sentenze dei magistrati non avranno mai forza di legge*". Precisazione questa diretta a fugare in maniera definitiva ogni possibile dubbio sul ripristino di qualsiasi forma di diritto giurisprudenziale ed a non consentire l'introduzione nel sistema giuridico di una sua possibile integrazione mediante le sentenze dei giudici, i quali dovranno interpretare le leggi applicandole al caso concreto senza travalicarne i dettami ed estenderne l'efficacia, come era stato affermato in maniera inequivocabile dai principi rivoluzionari. GHISALBERTI, *Unità Nazionale*, cit., 276.

(26) Il quale così recitava: "*Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*".

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto.

Il *significato proprio delle parole*, di cui all'art. 12, 1° comma disp. prel., ricorda quanto diceva LINNEO: *Nomina si nescis, perit et cognitio rerum*, se non hai un nome non percepisci nemmeno la cosa.

Il successivo art. 4 prevedeva che le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti e formano eccezioni alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi (27). Si volle evitare di dare ai giudici il potere di interpretare non subordinato alla legge che vieta di estendere i precetti penali, perché sarebbe stato concedere loro un illimitato arbitrio. Applicando, in tal modo, un principio formulato dai giuristi romani: “*odia sunt restringenda, favores ampliandi*”.

Diversa e più semplice è la genesi delle disposizioni sulla interpretazione del contratto dato che nel codice Napoleone la Sez. V del libro III, titolo III, agli artt. 1154-1160 regola “*L’interpretation des conventions*”.

Il codice civile del 1865 tratta della interpretazione dei contratti agli artt. 1131-1139, ed il vigente codice agli artt. 1362-1371, al capo IV del libro quarto.

L’art. 1156 del codice di Napoleone parla de *la commune intention des parties contractantes, plutôt que s’arreter au sens littéral des termes*, così come l’art. 1362 cod. civ., a proposito della intenzione dei contraenti, parla della “comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”.

Il principio della conservazione del contratto è regolato dall’art. 1157 cod. Nap. (art. 1367 cod. civ.); le pratiche generali interpretative sono previste dagli artt. 1558-1559 cod. Nap. (art. 1368 cod. civ.); il principio dell’interpretazione complessiva delle clausole è tutelato dall’art. 1161 cod. Nap. (art. 1362 cod. civ.); l’interpretazione contro l’autore della clausola è regolato dall’art. 1162 cod. Nap. (art. 1370 cod. civ.); la normativa relativa alle espressioni generali è prevista dall’art. 1163 cod. Nap. (art. 1364 cod. civ.); ed infine la regola delle indicazioni semplificative trova tutela nell’art. 1164 del cod. Nap. (art. 1365 cod. civ.).

Per VIOLA, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l’ermeneutica*, in *Ars interpretandi*, 1998, 66 ss., l’intenzione è uno stato mentale e non può essere oggetto di interpretazione.

(27) Art. 4: *le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi*”; cfr. art. 14 del codice vigente sulla applicazione delle leggi penali ed eccezionali, norma questa che completa l’art. 12 e la disciplina della interpretazione.

3. I diritti codificati e la situazione di conflittualità intorno al concetto di interpretazione

L'interpretazione aveva natura dichiarativa, perché il potere legislativo si riservava la prerogativa di ogni funzione dello sviluppo del diritto. L'unica fonte del diritto è la legge.

In precedenza anche l'interpretazione di un diritto tradizionale o naturale veniva considerata come dichiarativa: la *communis opinio doctorum* ed i precedenti giurisprudenziali acquisivano, di fatto, valore di diritto.

Il sistema del codice è considerato idoneo per offrire la soluzione di qualunque fattispecie.

La tecnica logica è quella del metodo deduttivo, che si contrappone al metodo induttivo che attiene alla realtà dei fenomeni dell'esperienza.

Di contro il metodo deduttivo deve essere considerato come ipotetico, perché le sue premesse possono essere soltanto leggi, provate a seguito di procedimento logico che consiste nel ricavare da osservazioni ed esperienze particolari i principi generali in essa impliciti e che, partendo dall'esperienza, perviene alla determinazione dei concetti, e le sue conseguenze debbono essere verificate da esperienze specifiche.

Trattandosi di metodo deduttivo il processo logico deve partire da una premessa maggiore che è posta dal legislatore: la norma nella sua generalità ed astrattezza, e da essa discende il particolare.

L'ordinamento giuridico è una emanazione dello Stato è costituisce un organismo completo, integro, senza lacune che il giudice è chiamato ad applicare.

Si tratta di una concezione di unità del diritto che proviene dallo Stato ed è fondato sul vincolo della norma giuridica.

La scienza del diritto attinge unicamente alle leggi positive. Il metodo giuridico va distinto da quello sociologico. Le norme derivate col metodo sociologico, coll'*essere*, non con la constatazione del *dovere*, non sono norme giuridiche (28).

(28) È la concezione statale del diritto dalla quale KELSEN ha tratto la dottrina pura del diritto: *Grenzen zwischen iuristischer und soziologischer methode*, Vortrang, Tübingen, 1911; per gli studi sulla interpretazione: ID., *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue Internationale de la theorie du droit*, 1934; ed anche *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1966.

È per questo che i codici si moltiplicarono, perché prevalse la tendenza a codificare anche materie particolari che si andavano aggiungendo a quelle regolate dai codici tradizionali.

L'idea del codice continuò a basarsi sulla necessità fondamentale della certezza del diritto e sull'eguaglianza giuridica, intendendo per codificazione la consacrazione definitiva di nuovi principi giuridici.

Di contrario indirizzo fu Savigny e, poi, la sua scuola (29). L'idea di un codice civile, analogo a quello che Napoleone aveva dato alla Francia e che altri Stati avevano rapidamente imitato e promulgato, era respinta sia per ragioni politiche – non si poteva pensare ad un legislazione germanica finché i tedeschi non fossero riuniti in un solo Stato – ma anche e soprattutto per ragioni più profonde, attinenti ai modi di formazione e alla evoluzione del diritto positivo. Il diritto non può essere frutto di arbitrio legislativo, ma è fondato sulla moralità, la fede, il sentimento, le tendenze intellettuali di ciascun popolo, allo stesso modo come la lingua e l'organizzazione politica; perciò esso si sviluppa organicamente insieme col popolo a cui appartiene, progredendo col suo progredire e decadendo col suo decadere. Per Savigny la parte essenziale dell'ordinamento giuridico è, quindi, essenzialmente consuetudinaria e la legge non può che essere fonte complementare, in quanto serve soltanto a risolvere dubbi, a colmare lacune. La scienza del diritto ha il solo fine di risalire alle sorgenti, alle prime manifestazioni del sistema in vigore, in modo da intenderlo nella sua vera essenza (30).

Tuttavia il concetto e il contenuto della definitività che aveva caratterizzato il codice, si andava perdendo di fronte al sempre maggiore numero di leggi, più o meno speciali, che lo andava completando e modificando.

La esigenza di una maggiore giustizia sociale rese necessario una legislazione più complessa, contrastando, in tal modo, al carattere formalista del diritto vigente.

(29) SAVIGNY, *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica, Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtsuissenschaft*, Heidelberg, 1814, 3^a ed.

(30) L'occasione di elaborare la teoria sopra riportata fu data al Savigny da uno studio di A. THIBAUT (*Sulla necessità di un codice civile generale per la Germania, Über die Nothwendigkeit eines all gem bürgul. Rechts, für Deutschland*, Heidelberg, 1844), al quale il Savigny contrappose, nello stesso anno, lo scritto citato alla nota due.

Al codice si collegò una trasformazione del concetto di interpretazione e dei suoi metodi tecnici. All'interprete non si riconobbe più il solo compito di chiarire il pensiero del legislatore (31).

Dalla interpretazione della volontà del legislatore si passò alla interpretazione della volontà della legge, e quindi, al metodo storico-evoluzionistico o alla contrapposizione di scienza e tecnica con una simultanea e naturale rinascita degli studi filosofico-giuridici e, in taluni casi, anche una accentuazione dell'importanza della giurisprudenza.

Si verificò, quindi, un contrasto tra i concetti giuridici tradizionali ed i concetti giuridici nuovi, sicché si giunse ad una contrapposizione tra i vari orientamenti metodologici: alcuni propensi alla conservazione dei principi giuridici tradizionali, mentre altri, di contro, miravano ad una maggiore libertà dell'interprete, acuendo, così il contrasto fra la tendenza esegetica che possiamo definire logico-dogmatica, e quella di natura sociologica.

Si riflette, così, nella teoria dell'interpretazione il contrasto tra i due orientamenti del pensiero giuridico: quello dogmatico rivolto alla certezza del diritto, alla difesa della discrezionalità individuale e preoccupato dell'armonia logica del sistema; e quello sociologico rivolto all'equità della soluzione, agli interessi della collettività e preoccupato delle peculiarità economiche relative alle varie fattispecie.

Il problema del sistema codificato non nasce soltanto dalla impossibilità per il legislatore di disciplinare l'intera materia e che si presenta sin dal momento in cui la legge è pubblicata; ma soprattutto dal contrasto, per altro inevitabile, tra l'evoluzione, il divenire della vita ed il sistema codificato: il *corpus juris*, dal contrasto cioè tra il fenomeno e le categorie e gli schemi precostituiti.

La problematica assume valore assoluto atteso che riguarda qualunque diritto positivo e, conseguentemente, tutte le codificazioni.

(31) Come pensavano la scuola dell'esegesi e, in buona sostanza, anche SAVIGNY (*Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*, a cura di G. WESEMBERG, Stuttgart, 1951). Su questo lavoro: MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, con profonde osservazioni ed acute riflessioni: oggetto della interpretazione è il pensiero della legge, il suo fondamento (*Grund*) che, tuttavia, ha una sua limitata sfera di azione.

Per una analisi del pensiero di Savigny: PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, 190 ss., che riporta un "passo particolarmente significativo, in quanto riassume icasticamente non solo il pensiero del giovane Savigny, ma a distanza di due secoli il pensiero malamente espresso, ma operante, della maggior parte degli interpreti dei nostri tempi, e circola nelle varie formulazioni che hanno accompagnato la travagliata vita del diritto".

Fonte di evidente equivoco è ritenere la esaustività del sistema positivo: il problema è quello delle lacune dell'ordinamento giuridico; l'esistenza di tale problema rileva la differenza fra il nuovo orientamento e quello anteriormente prevalente, sia dei sistemi tradizionali che di quelli codificati.

Sotto il profilo giuridico, di regola, non è ipotizzabile l'esistenza di lacune atteso che la funzione dell'interprete è sempre necessariamente dichiarativa.

Tale natura trova il suo fondamento nel principio della certezza del diritto atteso che la soluzione di ogni singolo caso deve coordinarsi con la normativa generale che regola una categoria di fattispecie con caratteristiche determinate.

Non applicando tale regola verrebbe meno qualsiasi punto di riferimento. Al principio della certezza del diritto si sostituirebbe l'arbitrio.

La soluzione di ogni singolo caso deve armonizzarsi con una norma generale preordinata, anche quando legalmente il giudice decide secondo equità (artt. 1226, 1384, 1450, 1568, 2056, 2° comma, cod. civ. e artt. 113, 2° comma, e 432 cod. proc. civ.).

Deve dirsi, però, che in realtà l'interprete non esercita una funzione meramente dichiarativa, bensì di natura creativa, dato che qualunque interpretazione posa stabilmente su una ricostruzione della norma interpretata e ne costituisce uno sviluppo o un adattamento.

Applicare un principio giuridico ad una fattispecie tende a trasformarsi in precedente perché ogni caso concreto di cui si tratta in giudizio può essere giuridicamente considerato solo come fattispecie tipica astrattamente e schematicamente.

Questa funzione creativa della interpretazione è insita nella sua stessa natura e trova la sua consacrazione nell'art. 12 disp. di att. del cod. civ. e nelle normative delle precedenti codificazioni. L'art. 12 usa i termini legge (1° c.) e disposizione (2° c.), che devono essere riferiti alla legge in senso generale e quindi a tutte le fonti del diritto (32).

Giova rilevare, per completezza, che la funzione creativa della interpretazione ha un suo fondamento storico e si è realizzata anche indipendentemente dalla disposizione di legge che la autorizzava espressamente. Basta porre attenzione all'opera della giurisprudenza france-

(32) GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato CICU-MESSNEO-MENGONI*, continuato da Schlesinger, Milano, 2004, p. 87 ss., Id. *Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti giuridici*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, I.

se sul codice napoleonico che, come già sopra esposto, non prevede il ricorso né alla interpretazione né alla analogia (33).

Di contro per Savigny la giurisprudenza non ha soltanto il compito di cogliere storicamente le leggi di un determinato tempo e per un determinato popolo, ma l'interpretazione deve essere coordinata in una visione sistematica (34).

4. Le problematiche legislative, la norma generale e la fattispecie concreta

Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerunque accidunt contineri (35). Già i giuristi romani (36) avevano avvertito e messo in luce il problema della non completezza di qualunque sistema giuridico a causa del continuo divenire delle esigenze della vita e dei rapporti economici e sociali, di contro la necessaria staticità di qualsiasi *corpus juris*.

Non si tratta soltanto di impossibilità pratica, atteso che la funzione del diritto richiede un sistema che non ammette variazioni, mutamenti o innovazioni fuori dal quale non potrebbe essere assolta.

La indeterminatezza è caratteristica del diritto. I comportamenti e le azioni non si possono confrontare né valutare giuridicamente se non raffrontandoli a proposizioni astratte, tenendo conto delle caratteristiche delle singole fattispecie concrete, intese, cioè, come fatti concreti, senza tenere conto di altre circostanze anche se possono avere rilevanza sotto il profilo morale od economico.

La funzione della interpretazione ha il proprio fondamento nell'adattamento e nel continuo rinnovamento dello schema, dato che deve tenere presente le fattispecie concrete tipicamente ed astrattamente.

(33) *Les cinq codes, annotés de toutes les décisions et dispositions, interprétatives, modificatives et applicatives*, par J. B. SIREY, Paris, MDCCCXXXIV.

(34) Esegesi e sistema, dunque, esaminati alla luce dei reciproci nessi: verrà in tal modo realizzata quella correlazione ed il relativo influsso della teoria sulla pratica e viceversa, che il Savigny aveva studiato ed ammirato nel diritto romano e che voleva estesi al diritto attuale: MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1967; Paresce, *Savigny*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1969, XVI, 663 ss.

(35) D 1, 3, 10.

(36) IULIANUS, *libro LVIII digestorum*.

Non è ipotizzabile lo sviluppo del diritto senza fare ricorso alla interpretazione, diversamente si provocherebbe una eccessiva rigidità e conseguentemente un'inflazione legislativa legata ad un pericoloso aumento delle attività legislative del potere esecutivo e si verificherebbe l'effetto preoccupante dell'alterazione del carattere stesso della norma che da generale ed astratta si trasforma in occasionale.

L'effetto è costituito da una continua produzione di leggi che finisce con compromettere ed insidiare la certezza giuridica e lo stesso senso della legalità (37) intesa quale conformità alle leggi positive ed osservanza di esse nella loro determinatezza e con l'invadere il campo del potere giudiziario con l'(ab)uso di continue norme interpretative.

Allo stesso modo sostituendo ad un sistema di soluzioni coordinate le decisioni adottate caso per caso, si perverrebbe ad un risultato analogo, perché verrebbe meno il principio di legalità e quello della certezza giuridica che costituiscono la garanzia della libertà individuale.

Verrebbe ad affermarsi il principio del decisionismo che sostituisce alla certezza della legge le scelte soggettive dell'interprete.

La soluzione è quella di dare all'interprete (inteso come *genus*) ed al giudice (*species*) gli strumenti per potere realizzare una corretta opera di interpretazione che avrà sempre per risultato lo sviluppo del diritto, ed un suo adattamento ai problemi che il divenire della vita propone nel suo svolgimento quotidiano.

Può verificarsi un vuoto di regolamentazione: le c.d. lacune che costituiscono i modelli più macroscopici della funzione dell'interprete nello svolgimento del diritto. Si suole dire che ogni ordinamento è lacunoso per definizione attesa la generalità della norma, da un lato, e la molteplicità delle fattispecie concrete, dall'altro. L'*horror vacui* del si-

(37) Legalità non è lo stesso che moralità: se la determinazione della volontà avviene conformemente alla legge morale, ma non per la legge, bensì per un sentimento sufficiente a determinare la volontà, l'azione avrà sì legalità ma non moralità.

In generale sulla legalità FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659, ss. Secondo l'A. il problema della legalità, ed i profili nei quali si rivela la crisi del corrispondente principio, pongono di fronte all'alternativa, allo stato degli atti insolubile, di constatare da un lato l'impossibilità di rinunciare a pensare in termini di "legalità" (e quindi anche alla impossibilità di rinunciare ad individuare ed applicare tale principio nel nostro ordinamento positivo), e dall'altro lato di constatare la radicale inconsistenza (teorica e pratica) che il principio stesso rivela di fronte all'applicazione di quel criterio di "effettività" che sembra ormai caratterizzare profondamente e diffusamente la scienza giuridica (così testualmente *op. cit.*, 703). L'A. conclude affermando che ci troviamo di fronte ad esigenze irrimediabilmente contraddittorie dalle quali non può derivare altro che una conclusiva dichiarazione di impotenza.

stema giuridico porta a colmare le lacune. La mancata eliminazione delle lacune sarebbe il fallimento dell'ordinamento giuridico (38).

Il sistema della codificazione non ammette le lacune atteso che, con il rimedio della interpretazione estensiva e della analogia ed il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12, 2° c. disp. prel. al cod. civ.), il giudice deve sempre trovare la regola giuridica per decidere la fattispecie concreta sottoposta al suo esame in applicazione dell'affermato principio della completezza dell'ordinamento giuridico.

Differente è il sistema dei paesi di *common law* in quanto ad essi non è esteso il sistema della codificazione e muovono dal principio della incompletezza dell'ordinamento giuridico, che porta ad assegnare al giudice un ruolo che, in buona sostanza, lo avvicina a quello del legislatore. Giova dire per chiarezza, anche se sul punto si tornerà in maniera specifica più avanti, che il giudice inglese non crea la norma, limitandosi ad esprimere e quindi esternare una regola che nasce dal diritto ed appartiene allo stesso.

La funzione dell'interprete nello svolgimento del diritto è propria di ogni interpretazione perché strettamente inerente alla necessità di fare continua applicazione del sistema normativo ad una vita sociale ed economica in continuo ed ininterrotto sviluppo (39). Ed ancora questa funzione peculiare e distintiva della interpretazione, anche nei riguardi di un risultato già in precedenza raggiunto in via di interpretazione, a sua volta costituisce un nuovo punto di partenza per successivi sviluppi.

E può affermarsi che anche quando il giudice fa ricorso alla soluzione secondo equità, intesa quale principio di integrazione ed interpretazione del contratto, quando cioè il contratto stipulato a condizioni inique o divenuto eccessivamente oneroso è ricondotto ad equità

(38) LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma s.d., ma 1942, 94. L'A coglie la crisi del diritto come crisi di certezza che è la garanzia certa ed inequivocabile dell'azione, la garanzia di quella che sarà la futura qualifica dei comportamenti possibili, in modo che gli uomini possano contare su quello che verrà. La certezza nasce dalla legge intesa come volontà costante e coerente, che in quanto tale trascende la società (p. 129), la legge è una manifestazione di volontà costante e coerente, ragione senza passione (p. 160). L'epigrafe del libro è una frase di SAVIGNY: *La certezza del diritto per la quale le leggi sono così benefiche...*, per la fonte cfr. pag. 179.

Sul dogma della completezza: CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino 1962. Sulle tecniche dell'interpretazione per colmare le lacune: SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 1947, p. 18 e ss.

(39) VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Torino, 1990, teorizza il diritto come pratica sociale, continuamente riprodotta per mezzo dell'avvicinarsi della interpretazione.

(art. 1450, 1460, 1467 cod. civ.), il risultato raggiunto tende a trasformarsi in una regola, perché ogni fattispecie concreta deve essere considerata come un caso tipico.

Con ciò non si vuole affermare che l'equità rientra tra le fonti del diritto come la legge o gli usi (art. 1 disp. prel. del cod. civ.) (40), ma come processo di interpretazione concorre allo sviluppo del diritto attesa la funzione svolta in tal senso dal processo ermeneutico (come si vedrà in maniera più completa nel paragrafo successivo).

5. L'interpretazione e i riferimenti al principio di equità

Questo argomento merita un necessario approfondimento perché può essere fonte di equivoci.

Già la nozione o, per essere più esatti, il concetto di equità è stato oggetto, storicamente, di differenti determinazioni e definizioni. Il legislatore lascia all'interprete caso per caso di determinarne il contenuto. Si è cercato di ricondurre e di risalire attraverso le dizioni del legislatore ad un concetto unitario, senza, però, risultati apprezzabili.

È opportuno un breve *excursus* storico.

Nel diritto romano classico, e più ancora nel diritto giustiniano, la equità ha grande rilievo, sia se concepita astratta e generale cioè come idea di giustizia, sia se intesa in senso particolare cioè riferita al singolo caso concreto.

Basti porre attenzione alla famosa definizione di Celso che così ne delimita il contenuto: *jus est ars boni et aequi* (41).

Tutte le norme dello *jus honorarium* e dello *jus gentium* si ispiravano alla equità in contrapposto allo *jus civile* che si connotava per la

(40) Peraltro il sistema dell'art. 1 disp. prelim. del cod. civ. va integrato con i regolamenti comunitari e, entro certi limiti, con le direttive comunitarie che sono dotate di una valenza normativa che supera quella della legislazione nazionale, ed ancora con le norme di diritto internazionale consuetudinario, con le leggi regionali e con le normative create entro la competenza riconosciuta dagli organi in materia di lavoro con efficacia generale.

(41) RICCOBONO, *Jus est ars boni et aequi*, in Ann. Catania, 1947, 38 ss.; Id., *Aequitas*, in *N.D.I.*, I, 1, 210 e ss., dopo avere svolto una opera di rigorosa ricostruzione storica attribuisce al brocardo non un valore puramente ideale, ma un significato completo che riflette e vuole comporre il contrasto dei giuristi romani tra *jus Quiritium* e *jus honorarium*, cioè tra il formalismo persistente del diritto arcaico e la pressante richiesta "di un più largo e libero respiro della vita giuridica"; FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 73 ed ivi ampia letteratura filosofica e giuridica; GIANNINI, voce *Equità*, in *Enc. filosofica*, II, Firenze, 1967, 902.

sua rigidità, la sua severità, il suo formalismo. Le soluzioni adottate per risolvere le singole controversie si riportano alla equità che assume la connotazione di fonte autonoma del diritto perché serve *ad adiuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia* (42).

I romani adoperavano il termine *aequitas* nel senso di giustizia: *foedes aequam* è il patto con il quale due popoli negoziano in regime di eguaglianza, di giustizia.

Di contro *iustitia* era la conformità allo *jus*, alle leggi: *iustae* sono le *nuptiae* celebrate secondo il diritto.

Successivamente, sotto l'influenza delle nuove idee, con il modificarsi dei rapporti sociali dentro e fuori la *civitas*, con il mutare delle esigenze e con le aspirazioni della coscienza comune, si parla di *benigna aequitas*, in quanto, nella applicazione del giusto, si fanno valere principi di umanità, benignità, misericordia.

Assai differente nozione è quella della *επιείκεια* greca, alla quale faceva riferimento il concetto di *aequitas* nella cultura latina medievale.

Per Aristotele l'equità è il riequilibrio del giusto legale reso necessario dalla universalità della legge (43), e chiarisce il rapporto tra la giustizia e l'equità che non sono né la stessa cosa, né cose diverse per genere, atteso che "l'equo è pur giusto ma non secondo la legge, bensì è correzione e supplemento del giusto legale", giacché "questa è appunto la natura dell'equo, di integrare la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in termini generali".

La determinazione del concetto di equità ha affaticato giuristi e filosofi che hanno sviluppato la teoria aristotelica verso quella che fu definita "giustizia del caso singolo", che sta a significare, detto in termini diversi, giustizia correttamente applicata.

Quindi, sotto il profilo speculativo, l'equità è il sentimento sincero e spontaneo del giusto e dell'ingiusto, soprattutto nella misura in cui si

(42) GUARINO, voce *Equità (diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1960, 619 e ss. Nel dualismo del *jus civile* e dello *jus honorarium* non venne mai intaccata la persuasione che solo il *jus civile* era diritto. All'*aequitas* si ricorre frequentemente come il principio mediatore di questa evoluzione: un *unicum* nella storia, tanto e profondamente inserita nelle più intime strutture politiche e sociali della Roma repubblicana, così CALASSO, voce *Equità (storia)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 68.

(43) ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di PLEBE, Bari, 1957, 155 ss.; S. ROMANO, voce *Principio di equità (dir priv.)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 83; Aristotele ha trattato dell'equità anche nella *Retorica*, a cura di PLEBE, Bari, 1961, 67 e s. dove osserva che "l'equo sembra essere giusto, ma esso è il giusto che va oltre la legge scritta"; FROSINI, voce *Equità (nozione)*, cit., 70.

manifesta nell'apprezzamento di un caso concreto e particolare. Nel diritto l'equità si oppone alla lettera della legge o alla giurisprudenza (44).

Nel codice civile manca un rinvio generale all'equità e una definizione di essa, vi è un rinvio soltanto in alcuni articoli (733 capv., 1226, 1349, 1374, 1384, 1450, 1467, 1468, 1526, 1651, 1660, 1664, 1733, 1736, 1749, 1751, 1755, 2045, 2047, 2056, 2109-2111, 2118, 2120 cod. civ.).

Il codice civile fa dell'equità un trattamento di fonte distinta del diritto.

Attribuendo all'equità una funzione correttrice del diritto, come giustizia in un dato caso, non può il giudice richiamarsi ad essa se non nei casi tassativamente stabiliti dal legislatore (45).

L'equità tende ad attenuare le rigorose conseguenze delle norme o ad integrarle.

Ne consegue che l'equità è sì la giustizia del caso concreto, ma anche l'affermazione, in relazione alla fattispecie in esame, di qualcosa di nuovo: un principio che può trovare applicazione generale (46).

Il rapporto tra *diritto* e *equità* non può essere compreso se non considerando l'evoluzione storica di un diritto, sicché la soluzione equitativa adottata si può affermare come un principio generale da applicare in futuro.

Occorre non dimenticare che l'equità ha valore di fonte del diritto soltanto quando è richiamata espressamente dalla legge, atteso che il nostro sistema giuridico è fondato sull'applicazione del principio di legalità. Tuttavia l'equità, nell'ambito della applicazione della norma, esercita una funzione di equilibrio nella valutazione, ad una applicazione della legge temperata da considerazioni di giustizia dei casi particolari (47).

Il contrasto tra diritto ed equità non è altro che quello tra diritto tradizionale e nuovi principi giuridici, che si affermano inizialmente in rela-

(44) Così: LALANDE, *Dizionario critico di filosofia*, Milano, 1971, 258.

(45) In generale sull'equità, RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002; LA TORRE, *Norme, istruzione, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari, 1999.

(46) Di "via insidiosa dell'equità" parla BONUCCI, *Diritto soggettivo e libertà*, in *Archivio giuridico*, IV serie vol. VII, Modena 1924, 21.

(47) Incisivo ed efficace è il concetto di equità riportato da GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, estratto dal *Fragmentus Pregelense*: "Nihil autem est aequitas quam Deus. Sitalis aequitas in voluntate hominis est, iusticia dicitur. Quae talis voluntas redacta in praeceptionum, sive scripta, sive consuetudinaria, ius dicitur".

zione a quelle fattispecie le cui peculiarità pongono più in evidenza l'esigenza di riconoscere e rispettare i diritti altrui attribuendo a ciascuno ciò che gli è dovuto secondo la ragione e la legge. Ma poi, sempre con maggiore frequenza, in un ambito generale per la necessaria continuità e certezza che, anche nei sistemi giuridici codificati, sussiste e deve sussistere tra le varie soluzioni delle singole fattispecie. Il valore del precedente che, anche in un sistema codificato finisce o può finire per avere la soluzione di una singola fattispecie, pur sempre considerata e risolta dall'operatore del diritto come una fattispecie singolare, la cui soluzione tende perciò necessariamente ad ottenere valore più generale (48).

6. L'equità ed il risarcimento del danno non patrimoniale

Una applicazione del principio esposto al capitolo precedente è stata realizzata in questi ultimi anni: si tratta dell'estensione dell'ambito di applicazione del c.d. danno morale. Questa apertura è stata costruita mattoncino su mattone dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Giova, però, precisare che si è verificata una Babele di termini e di concetti nei quali non è facile orientarsi. Così come i costruttori della torre di Babele, arrivati ad un certo punto, non si capirono più tra loro (Gn, 11, 1-9), allo stesso modo sta accadendo per il concetto, il contenuto ed i limiti del danno morale, che sembra si sia disintegrato come l'atomo generando una reazione a catena, non più, se non difficilmente, controllabile (49).

Il legislatore non offre i criteri per la valutazione dei danni extracontrattuali, dato che l'art. 2056 codice civile rinvia *per relationem* agli artt. 1223, 1226 e 1227 cod. civ. e quindi al danno patrimoniale contrattuale; tuttavia il secondo comma dell'art. 2056 cod. civ. pone una limitazione ad una delle componenti che determinano l'ammontare del-

(48) LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma s.d., ma 1942, 117, rileva che nel *Mercante di Venezia*, di SHAKESPEARE, i limiti del principio di equità non vengono sorpassati da Porzia. Sul *Mercante di Venezia* si rinvia alle acute osservazioni ed alle incisive argomentazioni di CAVALLONE, *Il processo che non c'è (una inconsueta esperienza didattica)*, in *Riv. dir. proc.* 1998, I, 849 ss., in particolare l'A. mette in luce come nel processo *Shylock vs Antonio* i giuristi hanno studiato il "fatto", cioè il patto della libra di carne, alla sua qualificazione giuridica ed ai suoi effetti, e non il processo che si svolge davanti al Doge che è stracolmo di "implicazioni e di suggerimenti, per quanto attiene sia alla contrapposizione, nella storia del diritto inglese, fra giurisdizione di *common law* a giurisdizione di *equity* (pag. 853).

(49) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, 110, a proposito del "danno biologico" senza limiti, parla di "confusione di lingue".

la liquidazione cioè il lucro cessante, che è valutato con equo apprezzamento secondo le circostanze del caso.

Rientra nel *genus* danno morale il c.d. danno biologico che è una figura creata dalla giurisprudenza ed è intesa come il pregiudizio alla salute che si somma al danno patrimoniale se dovuto.

Sul punto è intervenuto il giudice delle leggi che ha identificato il contenuto del danno alla salute con quello alla lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto (50).

Il principio di equità è stato posto a fondamento dalla Corte di Cassazione nelle sentenze "gemelle" (51), che hanno escluso il risarcimento

(50) C. Cost. sent. 14 luglio 1986 n. 184, ha statuito che il diritto vigente individua nell'art. 2043 cod. civ., in relazione all'art. 32 cost., la disposizione che permette, in ogni caso, la risarcibilità del pregiudizio subito ed ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di un reato e ciò con riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 32 Cost., in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, 1986, I, 2976, e con nota di MONATERI, *La costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 cost. e del danno biologico* ("Staatrecht vergeht, privatrecht besteht"); GIUSTI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute di fronte alla corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ.*, 1986, 611; ALPA, *Danno biologico - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, I, 534; SCALFI, *Reminescenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute, un ripensamento della corte costituzionale*, in *Resp. civ.*, 1986, 520.

Per una completa analisi del danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, per una esegesi dell'art. 2059 cod. civ. e per il riconoscimento in via di interpretazione del danno morale negli artt. 1382 e 1383 (*Des délits et des quasi-délits*) del *code Napoléon*, CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 865; ID., AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 103 ss.

(51) Cass. 31 maggio 2003 n. 8827 e 31 maggio 2003 n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con completa nota redazionale di LA BATTAGLIA e con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, 2277; BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate, la Corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp. civ.*, 2003, 816; PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, *Ibidem*, 829; PROCIDA, MIRABELLI, DI LAURO, *L'art. 2059 cod. civ. va in paradiso*, *Ibidem*, 831; CENDON, *Anche gli amanti non si perdono l'amore non si perderà, - impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Resp. civ.*, 2003, 675; BARGELLI, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionale orientata dall'art. 2059 cod. civ.*, *Ibidem*, 691; ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, *Ibidem*, 703; VIOLA, *Il danno esistenziale nella responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1993; PISELLI, *Necessaria la ricerca di un giusto equilibrio per evitare duplicazioni nel danno alla persona*, in *Guida al diritto*, 2003, fasc. 25, 54, che rileva come le due sentenze della Cassazione (8827 e 8828 del 2003) rappresentano un mutamento di indirizzo diretto a colmare una lacuna legislativa ed a incanalare il risarcimento verso la più semplice ripartizione tra danno patrimoniale e non patrimoniale, dato che nel caso di uccisione di un congiunto la lesione che si vuole risarcire è qualcosa di diverso dal danno biologico e da quello morale soggettivo trattandosi di indennizzo legato alla intangibilità della sfera degli affetti. Infine FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corriere giur.*, 2003, 1031.

del danno non patrimoniale dai limiti di cui agli artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen. quando vengono lesi valori della persona costituzionalmente garantiti, in tal caso trova applicazione il principio della liquidazione equitativa del danno non patrimoniale (52).

In particolare, in una fattispecie di danno conseguente l'uccisione di un congiunto della persona che agiva per il risarcimento, la S.C. ha riconosciuto la lesione di un interesse costituzionalmente protetto ed ha liquidato l'intero danno non patrimoniale anche con riferimento al pregiudizio ulteriore consistente nella permanente privazione della reciprocità affettiva propria del più stretto dei rapporti parentali.

In tale fattispecie al c.d. "danno morale soggettivo", il cui ambito resta quello proprio della mera sofferenza psichica e deve essere a questa esclusivamente ricondotto (art. 2059 cod. civ.), deve aggiungersi l'ulteriore pregiudizio strettamente connesso al peggioramento della qualità della vita del superstite, privato, per l'appunto, della relazione personale ed affettiva con la persona defunta (53).

Più specificatamente la interpretazione che le due sentenze danno dell'art. 2059 cod. civ. tende a ricomprendere nella norma, intesa quale contenitore, ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori relativi alla persona, e più analiticamente: il *danno morale soggettivo*, inteso come transitorio turbamento dello stato d'animo della vittima, nonché il *danno biologico in senso stretto*, inteso come lesione dell'interesse, tutelato dalla costituzione, all'integrità psico-fisica della persona, ed ancora il *danno esistenziale*, conseguenza della lesione di ulteriori interessi di livello costituzionale che appartengono alla essenza stessa della persona (54).

(52) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 93, ritiene che si è verificata una fuga dall'art. 2059 cod. civ., fuga che è stata sancita dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 14 luglio 1986 n. 184, che appartiene alle sentenze c.d. interpretative, anche se si caratterizza ulteriormente entro tale ambito.

CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti*, cit.: secondo l'A., fin quando la norma di cui all'art. 2059 cc. "continuerà a far parte del nostro sistema di diritto, essa sarà sempre fonte di ambiguità" (pag. 907), ed ancora: "il danno biologico appare così formalmente autonomo rispetto al danno morale soggettivo e il suo risarcimento libero da qualunque vincolo legislativo" (pag. 909).

(53) Cass. 31 maggio 2003 n. 8827.

(54) In attesa di una disciplina organica sul danno biologico, il risarcimento dei danni alla persona di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli, è tutelato dal d.l. n. 857 del 1976, convertito con modificazioni dalla legge n. 37 del 1977 e modificato dalla legge 5 marzo 2001 n. 57 (art. 5 comma 2°), ed è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a) a titolo di danno biologico permanente è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al

Il danno biologico o danno alla salute è, quindi, inteso come lesione alla integrità psico-fisica della persona. Tale categoria di danno si distingue in maniera chiara e netta dalla lesione alla vita di relazione, dal danno morale, la cui liquidazione è affidata all'apprezzamento discrezionale ed equitativo del giudice, e da qualsiasi altro danno di natura patrimoniale tale da influire sulla capacità di guadagno e di lavoro. Per danno alla vita di relazione si intende quello che il soggetto subisce in conseguenza di una lesione della sua integrità psicofisica o della salute e che si concretizza nella diminuzione delle possibilità del soggetto di esplicare in maniera normale e naturale la propria personalità nel contesto sociale. Si tratta di un profilo peculiare del danno alla salute. Tale danno all'integrità psicofisica e alla salute deve essere risarcito e ciò a prescindere dai suoi eventuali esiti negativi di natura patrimoniale. Conseguentemente viene meno l'esigenza di ipotizzare il danno alla vita di relazione quale autonoma voce di danno.

Per completare l'*excursus*, la Corte Costituzionale con la sentenza 11 luglio 2003 n. 233 (55), e quindi appena successiva alle sentenze "gemelle", e che si ricollega ontologicamente alle stesse, offre una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., nel senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito all'astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui in sede civile la colpa dell'autore del fatto risulta da una presunzione di legge.

9% sulla base di ogni punto percentuale di invalidità; b) a titolo di danno biologico temporaneo è liquidato un importo di £. 70.000 per ogni giorno di inabilità assoluto.

È pacifica, in giurisprudenza, l'applicazione di detta normativa a situazioni in tutto e per tutto analoghe per un trattamento in modo uniforme e per esigenze di equità, e quindi l'applicazione dei parametri introdotti dalla legge n. 57 del 2001, per esigenze di parità di trattamento, anche a casi non strettamente rientranti nell'ambito di applicazione della legge, nonché alla liquidazione del danno alla persona di entità maggiore, e ciò conformemente al disposto della normativa citata.

(55) In *Cons. Stato*, 2003, II, 1993 con nota di VIOLA, *Il danno esistenziale nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo gli interventi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale*; NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona in fieri*; CENDON e ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2003, 1777; BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 cod. civ.)*, in *Danno e resp.*, 2003, 941; CRISCENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 cod. civ.*, *Ibidem*, 957; TROIANO, *Irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, *Ibidem*, 970; PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea alla Corte di Cassazione*, *Ibidem*, 962; PROCIDA, MIRABELLI, DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale*, *Ibidem*, 964; ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 cod. civ.*, *Ibidem* 1041; VENTURINI, *Brevi considerazioni sulla sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale*, in *Nuovo dir.*, 2003, I, 917.

Il rinvio all'equità non è soltanto previsto dal codice civile, ma è un rinvio che è operato dal legislatore anche per regolare, ad esempio, i giudizi avanti il giudice di pace, che decide secondo equità le cause il cui valore non eccede i due milioni, di (*ex*) lire, ora € 1.100,00 (art. 113, 2° comma, c.p.c.). Le controversie sono decise applicando la legge, la quale, tuttavia, ammette che il giudice possa giudicare "secondo equità" nelle cause di valore modesto e in quelle riguardanti diritti disponibili, quando le parti ne facciano concorde richieste (artt. 113, 114, 822 cod. proc. civ.).

Con la sentenza di accoglimento n. 206 del 14 luglio 2004 (in G.U. n. 27 del 2004), che rientra in quella categoria di decisioni definite additive integrative di carattere autoapplicative, la Corte Costituzionale ha dichiarato "la illegittimità costituzionale dell'art. 113, 2° comma, cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informatori della materia", per violazione degli artt. 24 e 101, 2° comma, Cost.

Nella parte dispositiva la Corte riscrive testualmente quanto viene aggiunto al testo di legge, ritenuto non conforme alla costituzione, per renderlo conforme ad essa.

Orbene l'equità interessa e coinvolge anche il momento della qualificazione del rapporto nonché quello della valutazione delle conseguenze giuridiche (56), sorge, quindi, il problema di dare contenuto alla espressione "principi informatori della materia".

I principi devono intendersi quelli giuridici vale a dire quelle norme esplicite o implicite dell'ordinamento giuridico che ne esprimono i valori fondamentali e che formano o indirizzano la disciplina.

(56) Principio affermato da Cass. Sezioni Unite, 15 ottobre 1999 n. 716, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3243, con nota di MARTINO, *Il giudizio di equità necessario secondo le Sezioni unite: profili di illegittimità costituzionali*, ad avviso dell'A. non può essere condiviso l'assunto della S.C., secondo cui la sindacabilità del giudizio equitativo, per violazione delle norme costituzionali e del diritto comunitario di rango sovraordinato, consentirebbe di superare ogni dubbio di incostituzionalità, escludendo che il giudizio equitativo venga rimesso all'arbitrio del giudice, e possa, così, contrastare con il diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost. Ed ancora l'A. auspica un eventuale ripensamento della Corte di Cassazione che verrebbe salutato con favore (3258 s.); ed in *Guida al diritto*, 1999, fasc. 42, p. 54 con nota di SACCHETTINI, *Il potere del giudice di "creare" una sua legge può minare i principi fondamentali dello Stato*, il quale ritiene che consentire al giudice di disattendere il diritto vigente e di "creare" una sua legge personale, sia pure entro i limiti indicati dalle Sezioni unite, può costituire un attentato ai principi fondamentali dello Stato di diritto, e quindi non appare ultroneo il dubbio di legittimità costituzionale di un sistema così congegnato, che finora ha retto da un lato, per i correttivi adesso soppressi, dall'altro in considerazione dell'infimo valore delle cause sottoposte a questo regime, e si potrebbe giungere anche all'incertezza nei più elementari rapporti giuridico-economici.

Ne consegue che i principi regolatori sono quelli che si desumono dal complesso delle norme che, in concreto, disciplinano una determinata materia, che sono ricavabili, in via di astrazione, dalle specifiche norme dettate che regolano la materia e non devono contrastare con i principi ai quali si è ispirato il legislatore quando ha regolato una determinata disciplina.

Sul punto il Giudice delle leggi, nella citata sentenza ha affermato che la funzione che può riconoscersi alla giurisdizione di equità: “è quella di individuare l’eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consente una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua, tuttavia, dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva; principi che non potrebbero essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell’arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza”, atteso che il sistema è caratterizzato dal principio di legalità che discende ed è strettamente collegato a quello di costituzionalità.

Ne consegue che nell’attuare il principio di equità il criterio di valutazione da applicare alla fattispecie deve fare riferimento ai medesimi principi ai quali si ispira la disciplina positiva, e quindi a quelli fatti propri dal legislatore nel dettare le regole di quella determinata materia (57).

Tornando al concetto di danno biologico il suo contenuto è stato definito dall’art. 5 secondo comma legge 5 marzo 2000, sia pure con riferimento alla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, come “la lesione dell’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale e le prestazioni per il ristoro di tale danno sono determinate in misura indipendente dalla capacità di

(57) Con la sentenza 11 gennaio 2005 n. 382, in *Guida al Diritto*, 2005, fasc. 11, p. 55, in applicazione del principio affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 206 del 2004), la S.C. ha statuito che la regola equitativa non deve essere tratta dalla disciplina in concreto dettata dal legislatore, ma nella individuazione di detta regola, anche al di fuori della stretta legalità e dovrà avere cura che essa non contrasti con i principi ai quali si è ispirato il legislatore nel dettare una determinata disciplina. In buona sostanza alla luce del dettato dagli artt. 24 e 101 Cost. e 113, 2° comma, cod. proc. civ. il giudice di pace che decide secondo equità può creare la regola più consona alla fattispecie in esame, con nota di G. FINOCCHIARO, *Il riconoscimento di un potere speciale è in contrasto con il principio di legalità*, 63, secondo cui le motivazioni del S.C. non sarebbero sufficienti ad impedire che in futuro la Cassazione pervenga a decisioni difformi e che alcuni passaggi della motivazione non sono convincenti e fra loro non pienamente conciliabili. Si legge ancora testualmente che “l’equità si presenta come un ossimoro da un lato è – per definizione – se non opposta, quanto meno distinta e diversa dal diritto; ma, dall’altro lato, nel contempo, è a propria volta regolata e prevista da norme di stretta legalità” (p. 65).

produzione del reddito del danneggiato”. Stessa definizione è adottata dall’art. 13 d.lgs. 38 del 2000, modificato dal d.lgs. 202 del 2001, in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali (58).

Si è detto che il contenuto del danno morale ha assunto differenti connotazioni e molteplici significati. Si parla di danno biologico, con espressione ignota al codice civile, inteso quale lesione dell’integrità psico-fisica della persona e che sia suscettibile di accertamento medico-legale; di danno morale soggettivo che si identifica con le sofferenze ed i patemi di animo subiti dalla persona e che sono l’effetto dell’illecito; di danno esistenziale quale ripercussione negativa, che attiene ai modi di essere di un individuo, causata dalla lesione di una posizione giuridica soggettiva che trova tutela nell’ordinamento giuridico e che produce una menomazione della personalità del soggetto (59).

Alle volte il danno biologico viene denominato anche danno alla salute (60).

Orbene le espressioni sono molteplici ed *in divenire*; si parla anche di “danno morale affettivo” come categoria autonoma.

Tuttavia né la dottrina, né la giurisprudenza danno unità di contenuto alle definizioni, generando problemi di uniformità (61).

(58) BUSNELLI, *Il danno biologico dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Torino, 2001.

(59) Per una critica al concetto di danno esistenziale: PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003.

(60) Una dottrina: CASTRONOVO, *Danno biologico*, Milano, 1998, *passim*, e prima in *La nuova responsabilità*, cit., 93 ss. e BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 184, ritiene che unico parametro per la liquidazione del danno alla salute è quello equitativo, atteso che unica l’obbligazione risarcitoria e l’entità del danno alla salute dovrebbe intendersi inversamente proporzionale alla entità delle altre voci di danno liquidate: il danno patrimoniale e quello morale.

Per BIANCA (*op. cit.*, 184) non avendo il bene – persona un valore economico, non è possibile una determinazione certa del danno e si impone, pertanto, una valutazione equitativa che è diretta a determinare la compensazione economica socialmente adeguata che richiede un giudizio di prudente e ragionevole apprezzamento della rilevanza economica del danno alla stregua della coscienza sociale, tenendo conto dei vari fattori incidenti sulla gravità della lesione: età, possibilità di recupero etc.

(61) Non è possibile citare la dottrina, atteso che, sul punto, oltre ad essere copiosissima è in continua affannosa ricerca di “paletti”. Tuttavia si segnala per *l’esprit de finesse*, DI MARZIO, *Il danno esistenziale e le sentenze gemelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 629. L’A. prende in esame anche le sentenze n. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003, definite le “Copie carbone” (il Presidente della Corte decidente era in tutte e due il dott. Carbone). L’A., dopo una serie di brillanti ed acute osservazioni, rileva che le citate sentenze non hanno realizzato l’intento di fare chiarezza dato che le riviste giuridiche che le hanno pubblicato sono state oggetto di differenti letture (a volte anche notevoli). Certo è che l’art. 2059 “è morto: la sentenza n. 8828 dice chiaramente che la norma di gestione dell’illecito aquiliano, anche in caso di danno non patrimoniale, è l’art. 2043” (*cit.*, 641).

Per una teoria sulla “decostruzione” del danno esistenziale: CRISCENTI, *Persona e risarcimento*, Padova, 2005.

Certo è che la contemporanea liquidazione delle varie tipologie di danno genera difficoltà interpretative anche perché esiste il pericolo dell'artificiosa duplicazione degli importi per i quali il responsabile è tenuto al risarcimento (62).

7. Il problema legislativo ed i caratteri della interpretazione

È infondato negare la funzione creativa della interpretazione, così come è vano negare quei limiti che si vogliono indicare quando si parla di "dichiaratività", che è il criterio previsto dal 1° co. dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e che consiste nella determinazione, sia sotto il profilo grammaticale che sotto quello lessicale, del significato del testo legislativo in base al suo valore semantico secondo l'uso linguistico generale (63).

Questo carattere dell'interpretazione è evidente quando si fa ricorso alla analogia, in particolare a quei concetti che fondano la loro ragione sulla base dei principi che possono farsi risalire alla coscienza sociale: buona fede, diligenza del buon padre di famiglia, equità, buon costume, ordine pubblico, correttezza, uso normale. Si tratta di quei concetti che Roscoe Pound definì i *legal standards of conduct* e che possono intendersi quali aperture, finestre, del sistema giuridico (64).

(62) NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona* "in fieri", cit., osserva come la modalità della liquidazione del danno biologico è stata risolta con il ricorso alla determinazione tabellare del loro valore, dato che l'unità di misura per la stima del danno biologico è la percentuale di invalidità, non altrettanto "si può dire per gli altri pregiudizi non patrimoniali, per i quali è necessario approfondire una tecnica di orientamento della liquidazione giudiziale, diversa rispetto a quella elaborata per il danno biologico, ove si disponeva di una unità di misura di riferimento" (la percentuale di invalidità), *op. cit.*, 2205.

Peraltro, con la sentenza n. 10725 dell'11 agosto 2000, la Corte di Cassazione ha statuito che il giudice, nell'adozione del criterio tabellare, non è vincolato alle tabelle dei punti in uso presso la propria sede giudiziaria, godendo del potere equitativo di adottare quello in uso presso altri uffici, con l'obbligo, in tal caso, di motivare la scelta avuto riguardo al fatto che la finalità della tabella è quella di uniformare il più possibile i criteri per la liquidazione del danno con riferimento alla media dei precedenti in ciascun ambito giudiziario.

(63) Tale è il consolidato indirizzo giurisprudenziale, che considera quello letterale il criterio ermeneutico di carattere prioritario e ciò ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, *ex pluribus*: Cass. 11393 del 1993 e 7279 del 1991.

(64) ROSCOE POUND, *Introduction to the philosophy of law*, in *Yale University Press*, 1948, p. 36 ss.; ID., *The Development of American Law*, in *Law Quarterly Review*, 1951, 49, che enuclea le categorie di: *standard of reasonableness*, *standard of fair conduct*, *standard of unfair*, *standard of truthfulness*, *standard of due care*, *standard of due process of law*. Per una letteratura su Roscoe Pound: FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I,

La conoscenza e l'apertura nella cultura giuridica Italiana verso Roscoe Pound e altri studiosi della sociologia giuridica di lingua inglese: Talcott Parsons, Lawrence Friedman, Julius Stone, risale agli anni sessanta (65).

Storicamente il fondamento di una sociologia giuridica di marca Italiana si deve a Renato Treves (66).

Sotto il profilo del contenuto e della metodologia la disciplina della sociologia giuridica è differente dal diritto privato inteso quale il complesso di norme che regola i rapporti con i consociati, nonchè "il diritto comune" delle persone e della economia (67).

Nell'ambito della sociologia giuridica rientrano differenti complessi di norme che corrispondono a diversi fondamentali aspetti di disciplina. Contenuto dell'indagine della sociologia giuridica è la società e la sua organizzazione giuridica, la distribuzione del potere e dei ruoli, la cultura dei movimenti sociali, e, più in generale, una critica del diritto sotto il profilo sociale.

1; PARESCHE, *Presentazione a Pound, Lo spirito della Common Law*, Milano, 1970, 5-24; ID., *Interpretazione (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 221; COTTA, *Le basi storiche della concezione del diritto di Roscoe Pound*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1952, 51 ss.; FROSINI, *Pragmatismo e naturalismo nel pensiero di R. Pound*, ivi, 1953, 525 ss.; BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano nel XX secolo. I fondatori Holmes, Pound, Cardozo*, Milano, 1958. Sul punto con riferimento ai diritti della persona: ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Giust. civ.*, 2004, 1, 372 e nt. 51.

Singolare è la lettura congiunta di ROSCOE POUND (*Lo spirito della "Common Law"*, Milano, 1970) e PUGLIATTI (voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 508) consigliata a MARINI, da RODOTÀ, *La giuridificazione della persona, ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 359 e ss. con interessanti considerazioni ad acute osservazioni.

(65) Storicamente è merito di alcuni studiosi: oltre ROSCOE POUND, LEVY-ULMANN, LAMBERT, PRINGSHEIM, BUCKLAND, MC NAIR, per citarne solo alcuni, avere dato inizio, con serietà di propositi e ampiezza di ricerca allo studio del diritto anglo-nordamericano comparato con quello dell'Europa continentale e dell'America Latina, in particolare LEVY-ULMANN facilitò ai giuristi dell'Europa continentale la comprensione delle peculiarità fondamentali del diritto inglese.

(66) *Introduzione alla sociologia del diritto*, Bologna, 1972. Sul pensiero di TREVES: DI MARZIO, *Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 417 e nt. 76, problema dell'epoca è quello di far convivere, di conciliare le istanze coinvolte nella dialettica etica, religiosa, politica e, quindi giuridica, "con tutti i problemi che su quest'ultimo campo seguono circa la formazione, l'interpretazione e l'applicazione della legge (delle leggi) e di quant'altro costituisce l'organizzazione del diritto (orientamenti della giurisprudenza, elaborazione della dottrina, prassi dei soggetti di diritto".

(67) ULPIANO parlava di *utilitas singulorum*. Per PUGLIATTI *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 738, la struttura del diritto privato è costituita da un complesso di istituti distinti tra loro, che hanno relazioni varie e presentano tessuti connettivi. Ed ancora si legge così testualmente: "si deve, dunque, andare alla ricerca di quel minimo comune denominatore, che consenta di individuare la natura dei singoli istituti e di collocarli nel campo del diritto privato".

La disciplina tende ad individuare e a focalizzare il complesso dei rapporti tra il diritto nelle sue varie accezioni e le altre componenti che operano in ogni complesso di persone (68).

I problemi giuridici oggi sono diversi e più complessi di quelli del passato, attesa la nuova dimensione del diritto ormai priva di tempo e di spazio (69). Le coordinate dell'*hic et nunc* da applicare alla fattispecie non sono più idonee e sufficienti.

Il diritto comunitario non è idoneo a risolvere le problematiche aperte dai nuovi aspetti della globalizzazione, che, come l'araba fenicia, risorge dalle sue ceneri. Basti porre l'attenzione alla globalizzazione dell'impero romano e quindi del diritto romano e successivamente del diritto comune nell'età di mezzo (70), ed alla *lex mercatoria* (71).

L'interpretazione deve essere conforme a giustizia, ed in armonia con il diritto naturale e l'equità, ed ancora deve contemperare contrapposti interessi rilevanti secondo la coscienza sociale anche se non lo sono per la norma giuridica e, come detto, deve essere conforme ad equità. Concetto questo di carattere generale al quale occorre ispirarsi e che è richiamato specificatamente dal legislatore: il contratto stipulato a condizioni inique o divenuto eccessivamente oneroso è ricondotto ad equità (artt. 1450, 1467, 1468 cod. civ.), l'equa indennità (art. 2047, 2° co., cod. civ.). Ed ancora l'equità è prevista quale fonte di integrazione del contratto (art. 1374 cod. civ.), intesa quale criterio

A proposito della differenza tra diritto privato e diritto civile giova riportare quanto si legge in NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 906: "Quel che si chiama diritto privato costituisce una rappresentazione di una parte della realtà sociale *sub specie iuris*, che si pone su un piano diverso da quella prospettiva che deve essere propria del diritto civile, nella quale non tanto la natura degli interessi, quanto la struttura degli istituti e la validità dei principi che li animano sono i momenti che la caratterizzano, e conseguentemente che non può tra le due espressioni, che vogliono indicare diversi criteri di valutazione della realtà configurarsi un rapporto di continenza".

(68) FERRARI, *Privato e pubblico (sociologia del diritto)* in *Enc. del dir.* vol. XXXV, Milano 1986, 689, da ultimo ID., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari 2004. L'A. prende in esame la società delle norme ed il cambiamento delle leggi in rapporto al potere politico ed alla globalizzazione economica.

(69) Sono gli argomenti del "geo diritto" presi in esame da IRTI, *Norma e fatto*, Milano, 1984; ID., *Polemica dei concetti giuridici*, Milano, 2004.

(70) CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*", cit., 37.

(71) ARENA, "Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito", Milano 1956, 8 ss.; G. FERRI, *Diritto commerciale*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 922, che esamina il diritto commerciale nel periodo mercantilista; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962; ID., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato della unificazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955; ASQUINI, *Codice di commercio*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 250 ss.

generale di determinazione di quei contenuti che non vengono previsti dalle parti, svolgendo una funzione meramente suppletiva, nel senso che colma le lacune non coperte dagli usi o da altre legittime fonti, ma non è un canone interpretativo del contratto già completo in tutti i suoi elementi.

L'equità opera quale criterio per il contemperamento dei diversi interessi delle parti (art. 1371 cod. civ.) ma, si badi, l'equità non rientra tra le fonti del diritto atteso che non è essa stessa una norma, ma offre solo un criterio di soluzione nel contrasto tra le parti (72).

L'interpretazione è in divenire ed in continua evoluzione dovendosi adattare all'evolversi dei valori sociali nel tempo. L'interprete deve accertare se la norma non abbia maturato un altro e nuovo significato diverso dal contesto sociale nel quale venne promulgata.

È rimesso alla sensibilità dell'interprete individuare quali nuove esigenze la legge può soddisfare nelle mutate condizioni temporali, sociali, di vita, sempre col rispetto del senso proprio delle sue parole.

Ciò, ovviamente, può avvenire allorquando la norma rispetti i criteri della genericità ed astrattezza e con maggiore difficoltà nella c.d. legislazione di emergenza alla quale troppo spesso ha fatto e fa ricorso il legislatore (73).

Tuttavia l'interpretazione deve armonizzarsi alle soluzioni anteriori, deve costituire un ulteriore progresso tecnico evolutivo, atteso che il diritto deve adattarsi continuamente pur rimanendo certo.

Da questo elemento di certezza e di eguaglianza giuridica discende la perenne necessità di "astrazione" del diritto, ossia della necessità di tenere conto dell'elemento tipico di ciascuna fattispecie, che non può essere presa in esame, se non modellandosi entro schemi tipici.

(72) Nel diritto romano il pretore è la viva *vox iuris civilis*, la cui attività è dominata dall'aspirazione di rendere il diritto sempre più adatto alla comune coscienza giuridica: questa rispondenza i romani designano con il termine *aequitas*, inteso come lo spirito che pervade tutto l'ordinamento pretorio, alla cui creazione ha partecipato non soltanto la lunga serie di magistrati succedutisi, ma anche, e forse principalmente, la giurisprudenza, col suo suggerimento e con la elaborazione dei mezzi tecnici di cui i magistrati si avvalevano nella loro opera innovativa (CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 138 e s.).

(73) Già LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 96, a proposito del convulso e caotico proliferare delle leggi, così scrive: "L'agitazione continua dà i suoi tristi risultati anche sul campo del diritto: basti ricordare ad esempio, prima del 1926, lo sfrenato succedersi, nel nostro paese, di decreti-legge, e pur dopo la legge del 1926 il nuovo abuso della decretazione d'urgenza che dovette essere represso con la notissima legge del 1939", sulla L. 19 genn. 1939, cfr. pag. 100. Considerazioni ancora oggi attualissime.

Interpretazione che deve essere “giusta”, quindi nella “misura” della legge che trova un suo completamento con i dati del diritto naturale e dell’equità, mantenendo un carattere dichiarativo anche nel suo aspetto *creatore* di fronte al diritto positivo.

La interpretazione deve anche realizzare l’esigenza di certezza e di sicurezza giuridica vale a dire di uniformità nell’applicazione delle norme, che deve essere univoca, senza variazioni in tutte le fattispecie aventi la stessa tipologia.

Principio, questo, fondamentale di qualsiasi sistema giuridico inteso come l’insieme di norme reciprocamente interconnesse che hanno relazioni di significato di tipo deduttivo e che reagiscono ed evolvono con proprie leggi generali per la realizzazione del principio di conformità al dettato normativo, base di qualunque sistema e sostegno della legalità intesa quale conformità alle leggi positive ed osservanza di esse nella loro determinatezza (74).

L’interprete deve applicare la legge anche se la ritiene ingiusta o per altra ragione. Fra le possibili interpretazioni di una legge ingiusta l’interprete deve scegliere quella meno ingiusta.

Da qui la massima risalente ad Ulpiano *dura lex sed lex*: la legge deve essere rispettata ed osservata, anche quando sembra (o è) troppo dura.

Giova, tuttavia, ricordare altra massima secondo cui il diritto (*ius*), portato alle estreme conseguenze, si trasforma nel suo contrario: l’ingiustizia (*iniuria*): *summum ius, summa iniuria* (75).

Benvero l’applicazione della legge in modo eccessivamente rigoroso può portare alla ingiustizia in quanto non tiene conto delle differenze oggettive che esistono tra le fattispecie. Occorre quindi contemperare l’esigenza del principio di giustizia con il criterio di equità.

La forza espansiva di dare tutela alle fattispecie che crea il dividere ed il continuo mutamento delle situazioni, economiche e sociali (c.d. diritto vivente), ha portato ad una funzione evolutiva interpretativa della giurisprudenza.

(74) FASSÒ, *Legalità*, in *Enc. fil.*, III, Firenze, 1967, 1432; LALANDE, *Dizionario critico di filisofia*, Milano, 1971, 461; FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659, secondo l’A. il principio dell’art. 101 cost. rappresenta il fondamento di costituzionalità del principio di legalità (*op. cit.*, 685 ss.).

(75) La massima è attribuita a vari giuristi romani: anche a Papiniano ed è rivolta contro il rigoroso formalismo del diritto quiritario e quindi il suo significato più profondo è di rivolta contro l’antico formalismo. Contrasta con la rigidità di detto metodo, quello *ex voluntate*, più recente, in tutto conforme all’*aequitas* (CHIAZZESE, *Introduzione*, cit., 165 s.).

A quanto già sopra esposto, a proposito del danno morale, va aggiunto quanto avvenuto in tema di associazioni non riconosciute ed al loro riconoscimento come persone giuridiche e quindi della soggettività a seguito della sentenza del S.C. 16 novembre 1976 n. 4252 (76) che ha “inaugurato la pista che conduce al diritto delle formazioni sociali, i cui connotati normativi attengono al diritto costituzionale prima che al diritto civile” (77).

Sembra che il concetto di equità possa farsi ricomprendere in quello di giustizia in senso giuridico che ha altro contenuto ontologico rispetto, ad esempio, alla giustizia sociale; ne consegue che l'equità realizza il fine di temperare la rigidità della norma.

Come già detto l'equità non è fonte di diritto ma è un criterio di applicazione, ne consegue che la violazione della stessa non costituisce motivo di ricorso per cassazione (art. 829 2° comma cod. proc. civ.), e quando gli arbitri non sono autorizzati a pronunciare secondo equità, resta preclusa, ai sensi della norma citata, l'impugnazione per nullità del lodo sotto il profilo della violazione delle norme sostanziali o, in generale, per *errores in iudicando*.

L'equità opera nella creazione del dato normativo ed in ciò esaurisce la sua funzione.

Il principio di equità trova applicazione quando la flessibilità ovvero la elasticità della norma lo consentono: per esempio art. 844, 1° comma, 1817, 2030, 2° comma, cod. civ., che attribuiscono al giudice veri e propri poteri discrezionali.

Se la norma non lo prevede il giudice non può fare ricorso al principio di equità, diversamente commetterebbe violazione dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. sotto il profilo della violazione e falsa applicazione delle norme di diritto.

(76) In *Foro it.*, 1977, I, 1482, che ha affermato, senza possibilità di equivoci, che l'associazione “anche se non dotata di personalità giuridica, costituisce un soggetto, in quanto è considerato dall'ordinamento come centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive del tutto distinto dai soggetti che la compongono”.

(77) Così testualmente BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 567, il quale così continua: “Il legislatore si è tenuto fuori da questo imponente movimento del “diritto vivente” che ha consentito alla Suprema Corte di concludere che se “ogni persona è soggetto, non ogni soggetto è persona”, e non ha mancato, peraltro, di prenderne atto traendone le conseguenze”.

Sul punto tornano attualissime le considerazioni di ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 e ss., in particolare 190 ss.; nonché quelle di PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, il quale parla di ciclo per cui si realizza la trasmutazione del valore economico in valore giuridico, si tratta “della trasmutazione di ogni altro valore in valore giuridico (ammesso, sulla base di una visione larga dell'esperienza giuridica, che questa non è costituita soltanto in base a valori economici)” (pag. 66).

Nei paesi di *common law* l'equità, come principio giuridico, assume una valenza particolare perché permette al giudice di applicare per taluni istituti principi giuridici diversi da quelli risultanti dal diritto comune, ne consegue, ancora, che l'equità crea un ordinamento giuridico separato e parallelo a quello che è il *common law*.

L'equo contenimento di cui all'art. 1371 cod. civ., riferito al negozio *oscuro*, sancisce il principio di equità in materia di interpretazione contrattuale e va inteso come l'equilibrio degli interessi e l'egualianza di trattamento da conseguirsi nei rapporti tra le parti.

Se il danno accertato non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione fondata su indizi o apparenze probabili, in via equitativa, ovvero *ex bono et aequo* (art. 1226 cod. civ.). In tal caso il ricorso al criterio dell'equità sopperisce alla impossibilità o alla parziale impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno (per es. art. 2736 n. 2 cod. civ.).

Per il principio di conservazione del contratto, l'azione di rescissione, anche dopo la sua proposizione, può essere neutralizzata mediante l'offerta di modificazione del contratto che sia sufficiente per ricondurlo ad equità (art. 1450 cod. civ.), con una dichiarazione di natura negoziale che costituisce l'esercizio di un diritto potestativo (78).

Nei contratti con prestazioni corrispettive, sia ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, quando, a causa di un radicale mutamento della situazione, una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa rispetto a quanto fosse prevedibile al momento della conclusione del contratto, a causa di eventi esterni alla volontà del debitore che devono essere altresì straordinari ed imprevedibili e che alterano l'equilibrio contrattuale determinando, appunto, uno squilibrio nel rapporto tra le prestazioni, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467 cod. civ.) (79).

(78) CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1974, 787; F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, in *Digesto civ.*, IV edizione, XVII, Torino, 1998, 603 e ss.; GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1998, 71 ss. e *passim*.

(79) L'offerta di riduzione ad equità rientra nella categoria dei negozi unilaterali recettizi ed ha elementi in comune con l'offerta di modificazione del contratto prevista dall'art. 1450 cod. civ. (cfr. nt. 15). Non è necessario, per il perfezionamento della rettifica, l'accettazione della parte alla quale è diretta l'offerta: F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, cit., 607; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 399; TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 167.

Per avvenimenti straordinari ed imprevedibili devono intendersi quelli che alterano l'equilibrio determinando una sproporzione nel rapporto che intercorre come l'insieme degli obblighi e di diritti tra le parti, producendo l'effetto, accertato il nesso di causalità, di rendere eccessivamente onerosa una delle prestazioni.

Si tratta di ipotesi di integrazione equitativa della fattispecie nelle quali possono farsi rientrare anche: la determinazione dell'oggetto del contratto da parte di un terzo (1349 cod. civ.), l'integrazione del contratto (art. 1374 cod. civ.), l'annullamento del contratto per violenza diretta contro terzi (art. 1436, 2° co., cod. civ.), il rifiuto in buona fede di esecuzione del contratto (art. 1460, 2° co., cod. civ.), la durata del periodo di ferie retribuite (art. 2109, 2° co., cod. civ.), le modalità del recesso dal rapporto di lavoro (art. 2118, 1° co., cod. civ.).

Come sopra esposto la norma sulla valutazione del danno da atto illecito (art. 2056, 1° co., cod. civ.) rinvia *per relationem* agli artt. 1223, 1226 e 1227 cod. civ., ne consegue che il criterio per misurare l'illecito extra contrattuale è quello applicabile al comportamento del buon padre di famiglia, cioè della persona di normale diligenza. Trattasi di una diligenza improntata al canone della normalità.

È opportuno tenere presente che il mancato guadagno, c.d. lucro cessante, quale elemento del *quantum debeatur*, deve essere valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso, vale a dire che i criteri non devono essere improntati alla rigidità, bensì alla equità per una liquidazione *ex bono et aequo*.

Giova rilevare che, a differenza di quanto dispone l'art. 1226 cod. civ. in ordine al criterio di valutazione equitativa del risarcimento del danno contrattuale, in tema di risarcimento del danno aquiliano, la norma rinvia all'equità del giudice soltanto per la quantificazione del lucro cessante, mentre per l'entità del danno emergente esige una rigorosa valutazione, salvo che manchi la possibilità di farla nel preciso ammontare e sulla base degli elementi e degli accertamenti richiesti dalla parte.

8. **L'ipotesi di conflitto tra le disposizioni di legge da un lato ed i principi della scienza giuridica dall'altro. La funzione della interpretazione**

La tecnica dell'ermeneutica costituisce il complesso di regole che ha un ruolo preminente nello svolgimento della evoluzione giuridica per via interpretativa.

La tecnica è rivolta alla creazione di norme e principi di carattere generale destinati a risolvere il caso preso in esame per inquadrarlo e farlo rientrare nel sistema costituito, da qui l'esigenza di assicurare l'armonia logica di ogni soluzione nel sistema vigente.

Il sillogismo è costituito da tre proposizioni: la norma che costituisce la premessa maggiore, la fattispecie in esame, che costituisce la premessa minore e la conclusione dell'interprete che discende dalla premessa secondo i criteri della logica.

Il processo logico deduttivo dell'interprete si basa sulla necessità di fare discendere la soluzione della fattispecie da una norma di carattere generale, atteso che la stessa va considerata in modo schematico ed astratto e nella sua tipicità (80).

L'interpretazione giuridica usa i metodi della logica formale e scientifica, che studia i vari modi, i vari tipi, le forme specifiche del pensato in quanto tale, o, come viene anche intesa, "lo studio dei concetti e ragionamenti considerati nelle forme in cui sono enunciati allo scopo di determinare *in abstracto* la loro proprietà, la loro validità, le loro relazioni, e le condizioni sotto le quali si implicano o si escludono tra loro" (81).

Si tratta di costruire concetti giuridici validi per la scienza giuridica cioè per un dato sistema scientifico unitario ed omogeneo, e in armonia coi principi della tecnica di tale sistema, sulla base del dato dell'esperienza comune e generale; "non già di travasare nel sistema della scienza giuridica, dei concetti tolti di peso da altri sistemi, ugualmente unitari ed omogenei, che rispetto a quello della scienza giuridica sono del tutto autonomi" (82).

La necessità di assicurare l'armonia logica delle soluzioni nel sistema giuridico preconstituito impone all'azione dell'interprete un limite nei confronti del legislatore e tale necessità segna i limiti dell'interpretazione.

L'interprete è sottoposto alla legalità, ne consegue che l'interpretazione e l'applicazione delle norme del sistema giuridico devono ri-

(80) La legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere: proprio in questo si realizza il beneficio che è reso possibile dalla sua certezza. La prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di cose *particolari e presenti* ma di *cose future e generali*, secondo la geniale intuizione di Aristotele. In questo la legge rende possibile la continuità che lega l'azione presente all'azione futura che lega gli uomini gli uni agli altri, LOPES DE OÑATE, *La certezza*, cit., 77, 78.

(81) LALANDE, voce *Logica*, in *Diz. crit. di fil.*, Milano, 1971, 480.

(82) Così testualmente PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., 53.

manere distinte dall'attività politica che crea e riforma il diritto vigente, anche se la politica, cioè l'arte di creare gli stati e gli ordinamenti giuridici che ne sono gli strumenti operativi, è presente sempre in qualsiasi forma di interpretazione, quali che siano i metodi per essa impegnati (83).

La interpretazione è finalizzata all'applicazione uniforme della norma in tutte le fattispecie e a chiunque sia il soggetto che vuole vedere attuato il proprio interesse per la realizzazione della giustizia e contribuisce all'adattamento della norma e al suo sviluppo, sempre nell'ambito della continuità, armonizzando le nuove soluzioni entro e nei limiti del sistema vigente (84).

Se, invece, gli interpreti non si scostano dalla interpretazione letterale, viene meno lo sviluppo del diritto e la possibilità di risolvere i problemi sociali.

La certezza giuridica e la garanzia della libertà individuale sono anche il risultato della tecnica della interpretazione che è diretta a realizzare la continuità e la armonizzazione. Il diritto non è la norma, cioè il diritto formalizzato, che ne è soltanto una parte, né il sistema (costruzione, fittizia e strumentale), "bensì l'esperienza giuridica, il diritto nel suo processo di attuazione, di cui norma e sistema rappresentano momenti isolati per ragioni, più che scientifiche, di comodità, di studio, di ricordo" (85).

(83) PARESCÉ, *Interpretazione (filosofia)*, cit., 223, il quale così continua: la politica "inerisce alle strutture stesse del sistema giuridico il quale, nelle sue singole norme, deve essere interpretato, nello spirito di quella costituzione materiale, che ne costituisce la norma fondamentale nei limiti in cui la legislazione successiva, che viene a far parte del sistema e che, pertanto, la corregge od arricchisce, e non vi abbia introdotto *nuances* diverse, che, nel loro insieme, costituiscono una nuova *Weltanschauung*, cioè una manifestazione media dell'orientamento politico di una consociazione".

(84) La libera interpretazione è creazione del diritto, tipica dei regimi totalitari (sovietico e nazionalsocialista) conduce alla negazione del diritto nella sua specificità concreta, perché si tratta di ordinamenti fondati su una fede, ed il compito del giudice è un compito politico, LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 113 e 114.

Il compito della scienza è la ricostruzione sistematica per l'interpretazione: solo quando la scienza dimentica del suo fine preciso, ha tentato di trasformare l'interpretazione in creazione (magari come interpretazione largamente evolutiva ed estensiva) solo allora il sistema giuridico positivo ha con risoluto atteggiamento condannato la scienza, condannando l'interpretazione, *op. cit.*, 148. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino 1988, 278 ss., CORSALE, *Certezza del diritto*, I, *Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, 3 ss.

(85) PARESCÉ, *Interpretazione (filosofia)*, cit. 179; GIACOMAZZI, *Aspetti e caratteri dell'attuazione spontanea del diritto*, in *Problemi fondamentali del diritto*, Palermo, 1935, 321 ss.

Il giurista deve interpretare ed applicare in maniera uniforme la norma in tutti i casi. L'antinomia tra la certezza giuridica e la garanzia della libertà individuale può essere risolta dalla stessa teoria dell'interpretazione che è diretta a conciliare la funzione creativa con quella della manifestazione (86).

Conseguentemente occorre determinare i limiti e i criteri per lo sviluppo ed il completamento del diritto per mezzo della interpretazione, ed ancora occorre conciliare il continuo adattamento di un preesistente sistema normativo con la continuità e l'armonia del divenire, e quindi con la continuità nel tempo e nello spazio. La interpretazione e l'applicazione della legge sono sottoposte, vincolate alla necessità storica (87).

Il sistema giuridico esige capacità di adeguamento ai tempi, alle circostanze, di adattabilità ai mutamenti, ed un certo grado di rigidità. La rispondenza ai propri fini dipende anche da un equilibrio derivante dal contemperamento delle due opposte esigenze che mutano nel tempo e che dipendono dai differenti contesti storici, politici, economici e sociali, tuttavia la elasticità e la rigidità devono essere sempre presenti ed in equilibrio.

L'insieme delle norme relative all'istituto della interpretazione costituisce, sotto i due profili della creatività e della rappresentazione, il punto di equilibrio di queste due esigenze.

Sotto il profilo giuridico l'interpretazione precede l'applicazione pratica alla fattispecie in esame e "l'indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo" (88).

(86) Per LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 187, la crisi del diritto è il punto di forse più doloroso della crisi contemporanea che si risolve nella (in)certezza del diritto che ha colpito il diritto, la vita del mondo sociale e la vita dell'individuo.

Scrivono CAPOGRASSI (nella prefazione alla *Certezza del diritto* p. 13): la certezza della quale parla LOPES DE OÑATE, è la certezza intrinseca "con cui l'azione si costituisce come se stessa, in se stessa e nel mondo sociale, vale a dire è la certezza che sta alla radice di tutto il mondo del diritto, a cui è affidato il nascere e il mantenersi stesso del diritto come mondo pratico come specifica esperienza.

E proprio perché questo mondo risolve il problema dell'ordinamento dell'esperienza come mondo del diritto, proprio per questo nasce il singolo problema della ingiustizia e della incertezza nella pratica dei casi singoli".

(87) Per SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, ad evolversi non è l'interpretazione, ma l'ordinamento nel quale si inserisce la legge.

(88) PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 141.

La indeterminatezza è un carattere ineliminabile, prevista e voluta dal legislatore, il quale, in tal modo, lascia spazio al giurista perché possa specificare o determinare il contenuto della norma e, conseguentemente, al giudice che diviene il punto di incontro apparentemente rigido ed immobile di concetti elaborati dalla scienza ed il perenne flusso mobile della storia. Nel lavoro intellettuale del giudice si è vista un'attività sottilmente creativa, una continua, immediata invenzione (89).

Il giudice dovrà decidere impegnando la sua personalità e la sua sensibilità: equità, potere discrezionale, libertà di apprezzamento, libero convincimento (90).

Si realizza così un sistema elastico che, appunto perciò, può avere applicazione nel tempo (91).

9. Alcuni profili di tecnica interpretativa

Dal punto di vista del diritto la tecnica giuridica può definirsi come l'insieme delle norme e dei principi che dirigono la pratica della attività interpretativa. Si tratta di un complesso di procedimenti ben definiti e destinati a produrre determinati risultati utili. La tecnica, così intesa, costituisce un mezzo per il progresso e lo sviluppo del sistema giuridico.

Più in particolare la tecnica interpretativa assume differenti significati: da un lato, ed in senso ampio, va intesa come il sistema dei mezzi di interpretazione ed applicazione del diritto, e come tale è un elemento costitutivo dell'elaborazione scientifica; in senso più specifico va intesa come il processo di interpretazione e di applicazione della costruzione giuridica alla fattispecie.

(89) PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., 124.

(90) BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1ª ed., Milano, 1949, 2ª ed. a cura di CRIFÒ, Milano, 1971, oltre all'autointegrazione, individua una esigenza di etero-integrazione che si verificherebbe nell'apprezzamento secondo equità (pag. 51 e ss.), nella discrezionalità amministrativa (57); sul punto formula qualche dubbio PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 54 ss.; Id., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., 124, nt. 51.

(91) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 141, il quale così testualmente continua: "occorre, inoltre, tener presente che il ciclo che va dalla scienza all'attività del legislatore, e viceversa, e si ferma alle formulazioni astratte, alle quali si rifà il giudice per le applicazioni concrete, segue anche un cammino diverso. L'applicazione, infatti, rivela spesso carattere di tipicità e si fissa in formulazioni astratte: dalla decisione del caso singolo nasce la formulazione giurisprudenziale che entra a far parte di un determinato ambiente culturale. Anch'essa riveste la natura dell'attività del legislatore e del giurista" (*op. cit.*, 142).

La tecnica è il mezzo per raggiungere il risultato della interpretazione: l'applicazione della regola astratta al caso concreto.

Come sopra esposto, nella ricerca della soluzione del caso concreto, l'interprete non può considerarlo come un caso singolo, di contro deve essere esaminato come una fattispecie tipica da prendere in esame nelle sue caratteristiche peculiari. Ne consegue che la soluzione deve coordinarsi e rientrare in un principio di carattere generale della costruzione giuridica, identica per tutte le fattispecie e aventi medesimo contenuto.

Il momento finale del processo di individualizzazione della norma è la sentenza perché è allora che l'astratto dato normativo si concreta in un comando, ma nello stesso tempo la sentenza costituisce un momento iniziale dato che il caso concreto deve essere preso in esame come un caso tipico e, conseguentemente, risolto come tale.

Qualità peculiari, proprietà del diritto, intese sia come norma giuridica o consuetudinaria che come principio dottrinale, sono quelle di costituire una norma identica per tutti i casi della stessa specie, ne consegue che una delle caratteristiche è quella di coordinare ogni singolo caso ad una regola generale.

Questo perché il diritto si fonda sul principio di eguaglianza che ne costituisce la base immutabile nel tempo e nello spazio e che, in tal modo, viene legato all'idea stessa di giustizia.

La soluzione dell'interprete deve coordinarsi ad una norma generale fissata in precedenza, il suo compito è quello di conciliare questo requisito a quello della necessità di un continuo adattamento del diritto alle problematiche dovute al divenire, ai mutamenti imposti dalla vita, alle esigenze economiche e sociali.

Le leggi, come scrive IRTI: "dettate da occasioni effimere o da circostanze eccezionali si reiterano e rinvigoriscono, fino a organizzarsi nei testi unici o nei codici; al pari degli atti giuridici, che, mossi da interessi e bisogni dei singoli, si espandono e diffondono, fissandosi poi nella tipicità di schemi e modelli; così l'esprimersi degli individui, nella varietà degli scambi e dei commerci sociali, s'innalza all'oggettività della lingua" (92).

(92) IRTI, *Testo e contesto, una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 162. L'A. cita (nt. 79) ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, rist. a cura di F. RICCOBONO, Milano, 1991, pag. 58; proprio ASCOLI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 102, afferma che la funzione dell'interpretazione è di "creare una norma che si ponga come identica alla legge positiva".

Il senso della norma si stacca dall'Autore del testo e vive di vita propria, come nel fenomeno naturale della nascita (93).

Il costante adattamento di un *corpus juris* preconstituito a un continuo divenire di situazioni aventi giuridica rilevanza, impone che la interpretazione assuma varie prospettazioni: quella tradizionale, quella progressista o evolutiva ed impone, altresì, l'uso di differenti strumenti ermeneutici: la interpretazione letterale della norma, la ricerca del suo fine, ed ancora a considerazioni di armonia logico-sistematiche, ovvero sociologiche che esercitano la loro influenza nel determinare l'una o l'altra soluzione della fattispecie.

La consapevole e meditata preoccupazione di tenere presente il fine della norma può portare, talvolta, ad un ingiustificato arbitrio dell'interprete, ovvero ad un eccessivo rispetto delle intenzioni del legislatore, e ciò in contrasto con il significato obiettivo della norma.

L'ermeneutica interpreta astrattamente, l'operatore interpreta il diritto per applicarlo al caso concreto (94).

Il diritto rappresenta quasi un punto di congiunzione tra la staticità dell'ordinamento ed una vita in perenne movimento: il punto di incontro tra il passato ed il presente che si proietta nel futuro.

A volere approfondire il profilo può dirsi che la molteplicità delle richieste di giustizia, nella varietà del divenire e del mutare della società, contribuisce a far sì che si possa valutare l'applicazione del principio normativo al caso concreto che va, tuttavia, coordinato con il sistema prestabilito, in tal modo si potrà operare un consolidamento, che procede per gradi, dei risultati raggiunti dall'interpretazione

(93) IRTI, *Testo e contesto*, cit., 13 e s. L'A. riporta il quadro degli studi linguistici di P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, 103 e s.

Peraltro già PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 49 ss., a proposito dell'opera di P. PIOVANI, afferma che la stessa enuncia una fondamentale "visione dinamica della lingua e del diritto, la quale non deve perdere mai di vista la mobilità invincibile dell'una (e dell'altra)", e così, testualmente, continua PUGLIATTI "espreso in altri termini codesto carattere dei due fenomeni, ha un carattere eracleo e bergsoniano, che contraddice alla stabilità, la quale dà forma all'informe e impedisce che tutto anneghi nel flusso perenne" (pag. 49).

(94) Kantorowicz ricordava che Bartolo in presenza di una fattispecie ricercava prima la soluzione giusta e poi indagava quali norme di legge potessero suffragarla, e come esse dovessero venire interpretate per conseguire la convalidazione dell'interpretazione: LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 108.

L'interpretazione è il risultato di scelte metagiuridiche dell'interprete. VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di un teoria ermeneutica del diritto*. Roma - Bari, 1999, 214 ss.

e, conseguentemente, si può affermare che l'ordine giuridico non presenta lacune.

È con la interpretazione che l'ordinamento giuridico, al fine della sua applicazione, si presenta completo, né può adempiere alla sua funzione pratica se non per mezzo del suo continuo completamento ed adattamento (95).

In linea teorica ogni sistema giuridico deve (o, *rectius*, dovrebbe) essere unitario ed esente da contraddizioni, tuttavia nella realtà ogni sistema è frutto di spinte diverse, di tendenze anche contraddittorie, di compromessi politici.

La corretta interpretazione genera l'unità del sistema giuridico, la quale assolve anche al compito di fare rientrare in un sistema coerente, libero da contraddizioni, l'insieme dei dati normativi anche se gli stessi, per ragioni storiche o politiche, possano essere o sembrare differenti e contraddittori (96).

L'unità del sistema ha nella Costituzione la sua norma primaria che la regola e limita.

Atteso che la completezza dell'ordinamento giuridico costituisce il fine e non la premessa dell'interpretazione, ne consegue che la stessa assolve al compito di continuo completamento ed adattamento, e rappresenta un momento immanente e necessario della norma, dato che la stessa non può trovare applicazione senza, al tempo stesso, essere interpretata. Benvero non esiste disposizione, per quanto precisa e di sicura interpretazione letterale, che non lasci aperti i problemi nei cui riguardi la giurisprudenza esercita la sua funzione creatrice (97).

È quindi necessario il ricorso alla tecnica giurisdizionale dell'interpretazione, prima, e della applicazione alla fattispecie, poi, nell'ambito dell'ordinamento giuridico inteso quale il complesso delle norme

(95) FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazione metodologiche)*, in *Giustizia e legislatori*, a cura di GROSSI, Milano, 1997, 511 e ss.

(96) BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 131 e ss. che elenca, tra le varie componenti della certezza del diritto: la stabilità delle leggi, la loro conoscibilità ed osservanza da parte dei cittadini, la univocità delle qualificazioni giuridiche.

(97) SANTI ROMANO, *Frammenti per un dizionario giuridico*, Milano 1947, 124 rileva che l'interpretazione è sempre interpretazione "non di una legge o norma singola, ma di una legge o norma che si prende in esame con riguardo alla posizione che essa ha nell'intero ordinamento giuridico il che vuol dire che ciò che effettivamente si interpreta è tale ordinamento e, per conseguenza la norma giuridica".

che organizzano una determinata società riunita in un sistema unitario, stabile ed efficace.

L'interprete è vincolato all'apparato formale dei fatti normativi, che pongono un limite al processo interpretativo; tuttavia questo rigore è una faccia della medaglia, l'altra faccia è la realtà sociale (98).

Occorre abbandonare la mera esegesi per attingere ai vertici della dogmatica, atteso che l'evoluzione della scienza giuridica va intesa come un momento della storia dell'umanità, uno dei momenti della storia del pensiero umano (99).

Alla interpretazione filologica e dottrinale del testo normativo (mera esegesi) deve far seguito lo studio del metodo scientifico in modo coerente e rigoroso, fondato sul complesso dei fondamenti teorici.

Per comprendere l'intento del legislatore, scolpito nel testo normativo, è necessario penetrare e comprendere il significato dei segni scritti, il loro contenuto tecnico nel contesto della espressione legislativa (100). I segni scritti necessitano di una interpretazione organica con riferimento anche all'unità ed alla fedeltà ai principi dettati dal legislatore per l'interpretazione dei suoi testi, ma è necessario anche una interpretazione sistematica per evitare contraddizioni (101).

(98) ZIINO, *In memoria di Salvatore Pugliatti, nel decennale della morte*, in *Dir. fam.*, 1987, 18.

(99) Leggiamo in PUGLIATTI: "ma ormai da anni la considerazione puramente formalistica cede il terreno di fronte ad una considerazione più ricca e più piena, quella dell'esperienza giuridica, nelle sue molteplici articolazioni e sfaccettature. E non è consentito al giurista che sia – come deve essere – sensibile alla funzione del diritto, oltre che al fascino degli schemi concettuali, chiudere gli occhi di fronte a quelle correnti che tentano di valorizzare il *diritto vivente* e l'*attuazione spontanea*. Il pre ed il meta giuridico, il sociologico non si possono facilmente accantonare. Il diritto è espressione della concreta realtà della società umana e non si lascia privare di quella dimensione, che è costituita dal dato sociale. Insomma, la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed esso non può fingersi sordo, o tentare ad abituarsi al rumore per non subirne la molestia", *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89; cfr. pure *Logica e diritto positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Archivio giuridico*, 1935, 158 ss., ripubblicato in *Diritto civile, metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 654; ed anche in *Grammatica e diritto*, cit., 179, dove si legge che "se un concetto giuridico è conforme al dato, non può essere negata da elementi razionali ricavati dal dato stesso: fino a quando è possibile perplessità o contrasto tra elementi forniti dal dato, il concetto non può essere accolto, e l'elaborazione deve ritenersi incompiuta o imperfetta" (pag. 191).

(100) Per i problemi della significazione: FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, 4^a ed., Milano, 1992, 466 ss.

(101) PUGLIATTI, *Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari*, in *Grammatica e diritto*, cit., 211. In tale contesto va inquadrata la controversia tra gli esegeti del diritto che, obbedendo ad una esigenza economica, si limitano al puntuale lavoro di interpretazione delle singole disposizioni ed i costruttori del sistema, che adempiono ad una più importante funzione pratica atteso che "preparano il cammino alla legislazione, segnano le vie maestre, che la

10. La funzione della costruzione logico-giuridica in rapporto al fenomeno della interpretazione

Sotto il profilo scientifico la logica, intesa in senso tecnico, è uno strumento che studia i principi generali del pensiero valido e può definirsi come la scienza che ha la funzione di regolare e quindi è strumento di collocazione e disposizione ordinaria dei concetti.

Opera della logica è la sistematica intesa come il complesso dei fondamenti teorici e dei principi metodologici della scienza, dai quali deriva la teoria della classificazione.

Il criterio logico considera l'elemento normativo come un dato da sistemare e non come elemento di indagine. Il criterio logico attua la sistemazione scientifica, può servire alla valutazione degli schemi concettuali, ma non è un criterio di valutazione del dato positivo (102).

Essendo la sistematica opera della logica, occorre valutare il criterio dei concetti tecnici, considerati nel loro significato e nelle reciproche interferenze e connessioni, così la logica spiega e chiarisce la coerenza dei principi relativi ai fenomeni giuridici che sono coordinati in sistema, sia se gli stessi sono normali ovvero irregolari.

Criterio logico primario è quello della coerenza e del rigore di corrispondenza tra la premessa, intesa quale principio di ragionamento, e la proposizione finale del sillogismo consecutiva alle due premesse.

Le costruzioni logico-giuridiche assolvono ad una duplice funzione, essendo al contempo necessarie e strumentali. Esse assolvono alla finalità di comprendere ed ordinare le norme sistematicamente, in relazione al diversificato comportamento umano, in modo da risolvere i molteplici fatti secondo un sistema logicamente coordinato.

In questa architettura gioca la sua funzione necessaria ed essenziale la ricerca dei principi teorici degli istituti giuridici – la dogmatica – e la loro elaborazione per giungere ai principi generali che regolano l'ordinamento giuridico. Le norme costituiscono il punto di partenza della elaborazione dei concetti del diritto positivo, in quanto ve-

legislazione deve seguire, se vuol soddisfare tale esigenze e raggiungere determinati fini: PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile*, cit., 697 s., che così conclude: "il giurista può far sentire la sua voce, da ogni punto di vista disinteressata tranne uno, rispetto al quale egli dev'essere intransigente: la difesa della verità che la scienza si sforza quotidianamente di conquistare (pag. 699).

(102) PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, cit., 655.

ri e propri dogmi. Funzione della dogmatica, che affonda le sue radici nella tradizione romanistica, è quella della creazione di un linguaggio giuridico (103).

La costruzione dogmatica ha un valore che si rivolge alla pratica e che è fondato sulla pratica, al contempo svolge la funzione di scoprire nuovi fatti ed elaborare teorie, per chiarire il significato della norma, funzione questa di indagine scientifica, per conoscerne il contenuto, intenderla ed applicarla (104).

Le costruzioni logico-giuridiche rendono certa la continuità del diritto nelle sue molteplici e mutevoli applicazioni, svolgendo, in tal modo, una funzione preziosa ed essenziale nel tentativo di approssimarsi il più possibile alla certezza del diritto e per realizzarne l'uniformità dell'applicazione, attività questa necessaria ed indispensabile. Il giurista deve mantenersi lontano ed equidistante dai due poli estremi: da un lato l'eccessivo rigore formalistico della lettera della legge e, dall'altro, l'equità che può degenerare in arbitrio.

Basti porre attenzione all'atto illecito che va considerato sia sotto l'aspetto oggettivo: la lesione di un diritto soggettivo assoluto o, comunque, di una situazione giuridica soggettiva tutelata, che sotto quello soggettivo: dolo, colpa, distinguendo la colpa specifica, vale a dire la violazione di una regola espressa, dalla colpa generica, che si realizza quando non vi è l'espressa previsione di una regola della quale si assume la violazione, *la diligentia in abstracto* e *in concreto*, la diligenza del buon padre di famiglia.

(103) Ma un sistema giuridico si può tentare di conoscere anche sotto un altro aspetto: scegliendo, cioè, una fase del suo sviluppo e rappresentandone istituti e principi in un tutto unitario (sistema), senza aver riguardo né ai precedenti né agli ulteriori destini degli stessi principi e degli stessi istituti. Tale è lo studio dogmatico del diritto: CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 41, e ciò al fine di sgombrare il campo tra la costruzione dogmatica volta alla soluzione di nuovi casi, "in ogni conoscenza propriamente scientifica del diritto, storia e dogmatica restano sempre vicendevolmente connesse e compenstrate, e l'una serve all'altra ne può, quindi, esistere una profonda scissione fra i due campi" (*op. cit.*, 42).

(104) Il sistema è frutto di lentissima collaborazione, ed è l'aspirazione finale della scienza la quale dall'esame dei singoli istituti assurge ad una valutazione di insieme in cui non si perda la precisazione dei dettagli, ma che anzi sia stimolo alla loro rielaborazione, affinché tutti ne risultino coordinati e fusi, così, RAVÀ, *L'interpretazione comparativa*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, vol. II, Padova, 1970, 524, che così prosegue: "il sistema non nasce perfetto come Minerva dal cervello di Giove. Per di più, oggi, non v'è neppure chi adesso lavori di proposito perché non v'è un ramo della nostra scienza che faccia della dogmatica il suo particolare oggetto. Il sistema si va formando casualmente per necessità di cose"; cfr. pure ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 73 ss. e 218 ss.

Quando il diritto si avvale di concetti mutuati da altre discipline, come per esempio l'economia, la sociologia, li trasforma nella struttura e nella funzione in concetti giuridici attribuendo un contenuto che non è più quello peculiare della disciplina di provenienza (l'economia, la sociologia).

Questa autonomia è alla base dei principi specifici della logica giuridica formale.

Lo studioso del diritto per raggiungere i suoi fini di maggiore giustizia e certezza deve elaborare criteri sempre più tecnici e precisi e deve costantemente aggiornarsi alle nuove esigenze ed alle nuove problematiche.

Le costruzioni dogmatiche costituiscono uno degli strumenti necessari per giudicare l'eguaglianza e la diseguaglianza di specifiche situazioni, per stabilire ciò che va considerato come tipico nella fattispecie concreta, e quindi svolgono un ruolo determinante per realizzare il fine della uniformità e della giustizia nella applicazione della legge.

La coscienza umana non ha mai smarrito il suo originario orientamento pratico, indirizzato alla soluzione dei problemi della vita (105).

La soluzione di ogni problema sociale ha sempre un profilo, un aspetto giuridico perché si risolve per mezzo di leggi, sentenze, contratti, quindi utilizzando la tecnica giuridica e attraverso schemi giuridici.

Tra scienza e tecnica, tra sapere metodologico e sapere applicato, esiste un rapporto di necessaria correlazione in virtù del quale la prima offre alla seconda mezzi superiori di progresso e non infrequentemente riceve da essa il conforto della verifica empirica e suggestioni anticipatrici (106).

Il progresso scientifico, il perfezionamento della tecnica giuridica per raggiungere il fine della spiegazione del significato del testo normativo che può essere oscuro e fonte di dubbi, è collegato allo svolgimento storico. Il tecnicismo giuridico costituisce un progresso ed i con-

(105) FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento alla scuola dell'insegnamento*, in *Scritti in onore dell'istituto tecnico commerciale "Antonio Maria Jaci" di Messina nel CXX anniversario della fondazione*, Messina, vol. I, 1982, 188.

(106) FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento*, cit., 189, che così continua: "l'equilibrato rapporto tra le due forme del sapere, che eviti l'originario ed oggi riaffiorante predominio della astrazione scientifica, è una delle grandi conquiste della civiltà rinascimentale, che ha aperto la strada alla fondazione delle scienze applicate, anche se la non ancora declinante potenza del credo metafisico nella interpretazione della realtà ha reso allora ambiguo il percorso del nascente empirismo".

cetti di tecnica giuridica, proprio perché strumenti relativi alle applicazioni e realizzazioni pratiche della disciplina giuridica, hanno una valenza autonoma.

La stessa metodologia ed il medesimo ragionamento sono applicabili al progresso della giurisprudenza, che è indipendente da quello, ben più rilevante, del diritto.

Ogni istituto giuridico è diretto ad un fine, a soddisfare una esigenza che assume rilevanza legislativa, la tecnica giuridica è il mezzo per realizzare il fine.

Responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale, pubblicità, prescrizione e decadenza, nullità, nullità relativa, annullabilità, rescissione, risoluzione del contratto, danno nelle obbligazioni pecuniarie e oscillazione del potere di acquisto della moneta sono strumenti giuridici diretti alla tutela delle parti: creditore e debitore, alla tutela di terzi, alla certezza dei rapporti giuridici, alla diminuzione dei rischi nelle obbligazioni pecuniarie.

Sono strumenti giuridici strettamente collegati al problema della circolazione, che contemperano le posizioni delle parti nel sinallagma contrattuale, incrementano gli scambi, le iniziative private, misurano, valutano e regolano i valori equilibrando i sacrifici conseguenti all'adozione della misura del temperamento delle opposte esigenze.

Gli istituti giuridici devono essere tecnicamente coordinati per realizzare il loro fine. Facile a dirsi, ma per realizzare la interpretazione occorre muoversi tra due scogli: Scilla, vale a dire ritenere che la norma possa risolvere qualunque problema sociale per il fatto stesso che è stata emanata, dimenticando che la norma detta regole di comportamento, impone doveri, la sua osservanza non è automatica e la sua attuazione impone una struttura ed ha dei costi, e Cariddi, ritenere cioè che si può trascurare il tecnicismo giuridico e confidare nei fattori extragiuridici, dimenticando la rilevanza del diritto nella regolamentazione della condotta umana, e aprendo, così, la strada all'arbitrio che si sostituisce al diritto.

11. L'orientamento politico legislativo come criterio di interpretazione e la revisione degli schemi concettuali tradizionali

Le costruzioni giuridiche sono strumenti di soluzione delle fattispecie che si presentano all'esame del giurista (studioso, giudice, sto-

rico) e non rimangono del tutto indipendenti dall'orientamento generale dell'interprete. Qualunque operazione di sistematica giuridica è realizzabile solo quando le molteplici disposizioni sono ordinate secondo la loro maggiore o minore generalità e la loro gerarchia.

La scienza giuridica, quale è da noi tradizionalmente intesa, opera attraverso schemi formali e categorie astratte, ricavando schemi e categorie dal complesso del vigente ordinamento.

L'introduzione nel nostro ordinamento positivo di una nuova norma e, più ancora, di un nuovo complesso di norme, pone all'interprete il problema di inquadrare la nuova norma o il nuovo complesso di norme negli schemi e nelle categorie preformati sul precedente sistema normativo; o di modificare quegli schemi e quelle categorie; o addirittura di creare nuovi schemi e nuove categorie. La scelta sarà nell'un senso o nell'altro a secondo che l'inquadramento della nuova normativa nei preesistenti schemi e nelle preesistenti categorie riesca oppure no ad esprimere tutto il contenuto delle nuove norme (107).

Naturalmente la modifica di categorie e schemi tradizionali va fatta con estrema cautela per le inevitabili ripercussioni sulla elaborazione tradizionale dell'intero sistema, ed è necessario che i concetti economici dai quali ha preso le mosse il legislatore non debbano costituire preconcetti giuridici per l'interprete.

Ma vi è ancora un'altra osservazione da fare in tema di interpretazione delle norme del codice e delle varie leggi in generale. Le norme di ermeneutica legale consentono, entro certi limiti, pur restandone ferma la lettera, il progressivo adattamento delle norme di diritto scritto ai nuo-

(107) Il compito dell'interprete è anche la "ricerca del maggior significato utile della norma, che permette di individuare la *vis* espansiva di questa e la sua capacità di adeguamento alla realtà in evoluzione" tale compito deve essere sentito dall'interprete anche di fronte al comando normativo di data recente, principio questo riaffermato e sottolineato da NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 182 e ss. il quale, sin da allora, lamentava la "eccessiva timidezza" della dottrina e della giurisprudenza di fronte alla lettera della legge e rilevava che l'ansia di rinnovamento dei vecchi dogmi della civilistica ha trovato concreta realizzazione soltanto ad opera di pochi valenti giuristi: sul tema della proprietà PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, e su quello dell'impresa SANTORO PASSARELLI (sin dal suo primo lavoro: *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 1, 377 e ss.; Id., *Dottrine generali del diritto civile*, VI edizione, Napoli, 1959, pag. 88: "l'unità dell'azienda, e soprattutto dell'impresa, corrispondentemente alla qualità che le viene riconosciuta di organismo vivente, si rileva nella sua continuità grazie alla quale essa è insensibile sotto molteplici aspetti alle vicende giuridiche riguardanti la persona del titolare (artt. 2112, 2557 ss., 1330, 1722, 4° comma del codice civile) e della individualità che è tutelata come entità distinta all'individualità del titolare (artt. 2563 ss., 2598 cod. civ.)".

vi indirizzi sociali e giuridici. La «intenzione del legislatore», che l'art. 12 delle preleggi impone all'interprete di ricercare, non è la volontà di chi formulò la legge, ma è la volontà statale quale si è obbiettivata nella legge e quale risulta nel momento in cui la legge deve essere interpretata ed attuata. È – sempre entro i limiti consentiti dalle espressioni adoperate – la volontà statale attuale. Non quella che ha determinato la nascita della norma, ma quella che ne consente la conservazione (108).

Ciò importa che le norme del codice vanno interpretate tenendo presenti sia le norme delle leggi speciali, che, vigenti al momento della emanazione del codice, hanno potuto influenzare i redattori del codice stesso, sia le norme della legislazione successiva al codice, in quanto non contrastanti con le espressioni usate dal codice.

Si aggiunga che i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, che l'art. 12, 2° comma, delle preleggi pone a base della *analogia juris*, vanno desunti dal complesso della legislazione e sono, quindi, mutevoli col variare di tale legislazione.

Quei principi vanno desunti, altresì, secondo le migliori dottrine, dall'orientamento politico-legislativo statale (109), anche se ancora non completamente precisato e definito in norme di diritto positivo (110). Il rilievo tocca, in particolare, la influenza, nella interpretazione

(108) Primo fra tutti GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, pp. 33, 34; ID., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 184, secondo l'A. l'art. 1363 cod. civ. detta il canone dell'interpretazione complessiva o meglio dell'unità dell'atto, e così pone per l'interpretazione del contratto (e, più in generale, del negozio giuridico) quello stesso elemento sistematico che l'art. 12 disp. prelim. del cod. civ. pone per l'interpretazione della legge, con riferimento alla «connessione delle parole».

(109) Nella *Relazione al re per l'approvazione del testo del codice civile*, Roma, 1943, n. 22 così si legge: «in luogo della formula del progetto definitivo: *principi generali del diritto vigente*, che avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete, si è ritenuta preferibile l'altra: *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*, nella quale il termine *ordinamento* risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, etc.) con esso concordante».

(110) Sul concetto e sul contenuto di ordinamento giuridico: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, 2ª ed., rist., Firenze, 1951; ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist., Milano, 1953, per l'A. il punto di partenza non è costituito dalle norme, ma dalla società, più precisamente da ogni singola società nel suo stesso porsi, come organizzazione e come struttura: tali concetti sono definiti con il termine di «istituzione», ed ancora il concetto di diritto deve contenere l'idea dell'ordine sociale, che ricomprende in se le norme, ma nel contempo le avanza e le supera, *L'ordinamento giuridico*, cit., 18 ss., 25 s.

PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 33, nt. 56: la teoria istituzionalistica tendeva al mito della norma che ha generato un altro mito: quello dell'ordinamento; CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966, 197. Per ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.,

della legge, delle norme della Costituzione, che, sotto il cennato profilo della ricerca dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, presentano tutte eguale rilevanza, senza che possa distinguersi tra norme programmatiche e norme precettive, o tra norme precettive di immediata attuazione, e norme precettive di attuazione differita. Peraltro la Corte Costituzionale, sin dalla sua prima sentenza, ha negato ogni distinzione tra le norme costituzionali ritenendole tutte precettive.

La formulazione del codice vigente è tale, da consentire una notevole immediata ricettività ai principi della legislazione successiva ed a quelli desunti dalla Carta Costituzionale.

Quando si dice che il diritto massimo, cioè quello del proprietario, deve esercitarsi non solo entro i limiti, ma altresì con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico (art. 832), ovvero quando si dice che l'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento statale e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi in conformità della legge (artt. 2088, 2596 cod. civ.), si pongono norme di contenuto elastico, variabile in funzione del variare delle norme, che vanno imponendo obblighi al proprietario o che vanno imponendo all'imprenditore determinati indirizzi produttivi o determinati indirizzi degli scambi.

Quelle che precedono sono due esemplificazioni che riguardano istituti rilevanti come la proprietà e l'impresa, ma le fattispecie sono molteplici.

La valutazione delle norme dipende dall'orientamento dell'interprete, ed è per questo che nella ermeneutica si riflettono gli orienta-

82 s. "ogni istituzione è un ordinamento giuridico, e ogni ordinamento giuridico è una istituzione", che definisce come "un'organizzazione che fissa i vari elementi di un ente, la posizione e la funzione di essi, nonché della unità che ne risulta, subordinandoli all'ente del quale vengono a far parte", ne consegue che "la funzione" del diritto è quella del corpo organizzato, non già quella delle norme che ne sono "un prodotto o una deviazione", PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 35, nt. 59.

Nella cultura giuridica italiana la nozione di ordinamento giuridico tende a coincidere con quella più generale di diritto: FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 639 e ss.; MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, *Ibidem*, 678; IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della codificazione*, Milano, 1979. Sul punto, per concludere, giova riportare quanto scrive ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, nuova sr., 1962, 35 ss., specialmente 38: "il concetto di ordinamento è pur sempre una astrazione, cioè un atto intellettuale, il risultato di una operazione del nostro pensiero, mediante la quale selezioniamo, da un complesso di situazioni, certi dati assunti come rappresentativi, ordinandoli tra loro secondo uno schema di costanza, e facendone delle coordinate di riferimento per la nostra esperienza: in ciò in nulla diverso, come struttura e funzione, da qualsiasi altro concetto elaborato dalla scienza del diritto per le sue prese di possesso delle realtà e per le sue costruzioni intorno ad esse".

menti generali di una determinata epoca, di un determinato ambiente, di una scuola anziché di un'altra.

Ne consegue che concorreranno alla interpretazione considerazioni estranee alla pura argomentazione logico-formale e la soluzione interpretativa subirà gli effetti delle considerazioni che precedono.

Occorre acquisire la coscienza esatta di dette influenze, sì da poterle controllare e criticare per valutare meglio i problemi, le norme e le conseguenti soluzioni.

Gli esempi sono molteplici: basti porre attenzione alle soluzioni giurisprudenziali e alla evoluzione della dottrina in materia di responsabilità civile (artt. 2043, 2059, 2087 cod. civ.) con un ampliamento della responsabilità e con la sostituzione, talvolta, del concetto di rischio a quello di colpa (111).

Tale evoluzione sviluppa un orientamento che differisce da quello anteriormente adottato nel valutare la posizione del soggetto in relazione alle nuove esigenze sociali, ed è tale diverso orientamento della ricerca che porta ad una nuova interpretazione ed a nuove applicazioni di articoli di legge, non di meno rimasti immutati.

12. **Evoluzione e crisi del *Diritto del privato*. La Costituzione e la tutela dei diritti fondamentali. Diritto pubblico e diritto privato. Diritto naturale e diritto positivo. Lo *Status* e gli *Status***

Le regole di ermeneutica rimangono ferme ed immutabili nel tempo e nello spazio, di fronte un divenire ed un mutamento della società, spesso non programmato, non programmabile e con previsioni che poi non si realizzano ovvero si realizzano in maniera parziale o difforme.

L'evoluzione economica e sociale non è prevedibile neppure a breve o medio termine. Il fenomeno assume proporzioni ancora più rilevanti a seguito di eventi straordinari come quelli bellici o di spinte sociali per la tutela delle nuove forme di estrinsecazione dei diritti della persona come singolo o nelle varie collettività (le nuove figure di *status*).

(111) Giova richiamare un recente lavoro che fonda la responsabilità civile sul principio della giustizia correttiva: COLEMAN, *La pratica dei principi (in difesa di un approccio pragmatico alla teoria del diritto)*, Bologna, 2006. Per il positivismo inclusivo di Coleman il diritto poggia sempre in ultima analisi su norme sociali e non morali e l'A. critica l'analisi economica del diritto perché non renderebbe conto della nozione di responsabilità civile.

Non è compito dello studioso del diritto occuparsi di quello che potrà avvenire, fare ipotesi, formulare soluzioni, tuttavia può guardare indietro e cercare di interpretare gli avvenimenti decorsi per provare a darne unità, di cogliere i legami tra gli stessi, di riportare i dati normativi negli schemi formali, già precostituiti, ovvero di crearne nuovi in armonia con il sistema vigente.

È opportuno operare un breve, brevissimo *excursus* per cogliere e focalizzare alcuni fenomeni della realtà che hanno modificato ed innovato profondamente, e dalle basi, il sistema economico e sociale dell'età della codificazione.

La disamina è meramente indicativa e, ovviamente, minimalista, ed ha lo scopo di mettere in luce che di fronte alla immutabilità delle regole interpretative la società muta e si evolve in maniera talora esponenziale oltre che, e questo è un fenomeno recente, per usare un termine attuale ed abusato, in maniera globale.

Nel XIX secolo il diritto privato trovava solenne consacrazione nella codificazione napoleonica e nelle successive codificazioni degli altri paesi dell'Europa continentale, largamente influenzate dal codice napoleonico.

Nel codice napoleonico, che seguiva nel campo legislativo l'opera della rivoluzione francese e delle correnti illuministiche e giusnaturalistiche del XVIII secolo, il diritto privato venne concepito come *diritto del privato*, come tutela dei diritti fondamentali, che al singolo individuo l'ordinamento giuridico riconosce come a lui già spettanti per diritto di natura. Era l'impostazione che aveva già ispirato in alcuni Stati, nel 1700, le riforme del c.d. assolutismo illuminato e che appariva chiara nell'art. 1 del progetto preliminare per il codice civile francese: «esiste un diritto universale e immutabile, fonte di tutte le leggi positive: non è altro che la ragione naturale in quanto essa governa tutti gli uomini».

Il soggetto stava al centro della considerazione legislativa (soggetto inteso essenzialmente come singolo individuo, come persona fisica).

Il diritto fondamentale del privato, che si voleva tutelare, era il *diritto di libertà* e quella tutela si perseguiva fundamentalmente con due istituti, che costituirono i due fulcri delle codificazioni dell'Europa continentale, e cioè con l'istituto della proprietà e col contratto. Il soggetto nella proprietà esplica la sua personalità, col contratto esercita la sua libertà.

La proprietà era configurata come «il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta» (art. 544 cod. Nap.) (112). Il contratto era legge per i contraenti (art. 1101 cod. Nap.) (113). Le tre parti, in cui si articolava il Codice francese (e, sulla sua scorta, anche altri codici, fra cui quello italiano del 1865) si intitolavano «*Delle persone*», «*Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà*» e «*Dei differenti modi, coi quali si acquista la proprietà*» (114) (il contratto era considerato come un modo di acquisto della proprietà).

In base alle concezioni del liberalismo economico allora dominante, lo Stato si limitava ad affermare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, tutelandoli dall'esterno, con norme di polizia, che di regola prescindevano dal contenuto effettivo dei diritti garantiti, rimanendo spettatore e giudice di campo nelle competizioni e nei contrasti di interessi delle parti, affidando fiducioso il benessere sociale al naturale ed automatico gioco delle leggi economiche ed alla libera attività dei soggetti.

Il soggetto è preso in considerazione non già come un *subiectum* come sottoposto al potere dello Stato, ma come il naturale titolare di un potere, che lo Stato doveva garantire.

E soggetto era essenzialmente l'individuo, la persona fisica. Le aggregazioni sociali – ad eccezione della famiglia – erano considerate con sfiducia dallo Stato, erano sottoposte a particolari forme autorizzative, diffidandosi di ogni riconoscimento di potere che non avesse come titolare la persona fisica, l'individuo (115).

Naturalmente la libertà veniva garantita al singolo con le limitazioni strettamente necessarie a render possibile la convivenza sociale.

E così si affermava genericamente che il diritto di proprietà poteva trovare un limite nelle leggi e nei regolamenti (art. 544 cod. Nap. e

(112) «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

(113) «*Le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à pas faire quelque chose*», ed i successivi articoli definivano nell'ordine: il *contrat synallagmatique ou bilatérale* (art. 1102), *unilatéral* (art. 1103), *commutatif* (art. 1104), *de bienfaisance* (art. 1105), *à titre onéreux* (art. 1106).

(114) *Des personnes, des bien, et de différentes modifications de la propriété, des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

(115) Di contro nel '900 si sono affermate varie figure di vita associativa organizzata, con una tendenza contraria all'indirizzo del codice Napoleone. È il fenomeno dei c.d. gruppi intermedi tra i soggetti e lo Stato, fenomeno questo tipico del diritto moderno e di indubbia rilevanza sociale. Si tratta di nuovi soggetti titolari di posizioni giuridiche autonome tali da escludere che il gruppo sia semplicemente una somma di soggetti (cfr. capitolo successivo).

art. 436 cod. civ. it. 1865) e che il contratto (l'altro fulcro del sistema) non poteva giammai avere effetto quando fosse contrario all'ordine pubblico o al buon costume (vedi la formula dell'art. 31 delle preleggi al vigente codice civile italiano (116), tramandata dal cod. Nap.).

L'ordine pubblico e il buon costume costituivano il limite generale alla libertà dei privati.

Non sussistevano di regola altri limiti per la tutela di interessi sopraindicati a quelli del singolo individuo o che non fossero interessi della generalità, cioè interessi dello Stato.

Un'eccezione era data dal diritto di famiglia, atteso che l'interesse della collettività familiare limitava il diritto ed il potere dei singoli.

Ma, di regola, l'ordinamento giuridico non prendeva in considerazione interessi collettivi, ma soltanto o interessi dell'individuo o interessi della comunità statale.

Nel sistema sopra delineato si inserì l'elaborazione dommatica tedesca del *diritto soggettivo* (configurato dal Savigny come un potere della volontà) e del *negozio giuridico* (manifestazione di volontà, non necessariamente contrattuale, con la quale il singolo persegue scopi tutelati dall'ordinamento giuridico) (117).

La codificazione, nel codice civile tedesco, di quella categoria astratta del negozio giuridico concludeva, con la fine del XIX secolo, quel processo legislativo che incentrava le norme di diritto privato nella tutela del soggetto singolo.

La contrapposizione tra il singolo e lo Stato, tra gli interessi dell'individuo e quelli della intera collettività statale poneva la delimitazione tra il diritto privato e il diritto pubblico in termini abbastanza semplici: era diritto privato quello che si riferiva ai singoli soggetti per riconoscerne il naturale diritto di libertà e per garantire tale diritto con gli strumenti del diritto soggettivo (primo tra tutti il diritto di proprietà) e del negozio giuridico (tipico: il contratto), articolandosi in norme di regola derogabili; era diritto pubblico quello che si riferiva allo Stato, cioè alla generalità dei consociati, per garantire l'organizzazione ed il funzionamento con strumenti tipicamente pubblicistici, nei quali si espli-

(116) Gli articoli dal 17 al 31 delle disp. sulla legge in generale, sono stati espressamente abrogati dall'art. 73 L. 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*; l'art. 31 riproduceva, in buona sostanza, il testo dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice del 1865.

(117) SAVIGNY riteneva che il legislatore deve favorire lo svolgimento del diritto consuetudinario, non solo fornendo le norme di sanzione, ma eliminando i rami morti del diritto.

cava la potestà di imperio (legge, provvedimento amministrativo, sentenza), con norme cogenti, non derogabili dalla volontà dei privati.

Quella distinzione fondata sulla natura dei soggetti e degli interessi protetti, nonché sugli strumenti di protezione di tali interessi, appariva abbastanza soddisfacente.

La delimitazione tra il diritto privato ed il diritto pubblico appariva netta, sia dal punto di vista funzionale (tutela degli interessi dei privati da una parte e tutela degli interessi dello Stato dall'altra parte), che da quello strutturale (diritti soggettivi e negozio giuridico da una parte; atti di imperio dall'altra).

La distinzione tra le norme di diritto privato e quelle di diritto pubblico va fatta sotto il profilo strumentale e non sotto il profilo funzionale.

Sono norme di diritto privato quelle che tutelano interessi umani o regolano un'attività umana (del singolo o di collettività di singoli) con i tradizionali strumenti privatistici dell'autonomia privata (diritto soggettivo e negozio giuridico), prescindendo dalla rilevanza pubblica o privata dell'attività e degli interessi tutelati, nonché dalla natura, pubblica o privata, del soggetto agente, purché tali strumenti, nonostante i particolari atteggiamenti assunti in funzione della natura e della collettività degli interessi tutelati, mantengano ancora la loro essenziale configurazione.

Sono, per converso, norme di diritto pubblico quelle che tutelano interessi umani con strumenti autoritativi, anche se il diretto beneficiario della norma è un privato, anche se l'interesse tutelato è anzitutto e in primo luogo un interesse privato. Sono così norme di diritto pubblico quelle che tutelano il privato imprenditore con strumenti pubblicistici, quali, ad es., le norme sull'espropriazione previste nelle leggi sull'industrializzazione dopo l'ultima guerra mondiale che, innegabilmente, tutelano in primo luogo un interesse di un privato imprenditore. Le leggi sulle terre incolte, quelle di riforma agraria, ed ancora di recente il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (*codice dei beni culturali e del paesaggio*), che impone al proprietario, al quale sia stato notificato dal Ministero per i beni e le attività culturali la c.d. "dichiarazione dell'interesse culturale" (artt. 13 ss.), una serie di limiti; le disposizioni sui tassi usurari (art. 2 L. 7 marzo 1996 n. 108, ed ancora l'art. 1 del d.lgs. 29 dicembre 2000 n. 394, convertito con L. 28 febbraio 2001 n. 24).

Senonché, dall'inizio del XIX secolo ad oggi il sistema economico-sociale ha subito un'evoluzione non sempre conforme, anzi note-

volmente difforme, dalle previsioni sulle quali era originariamente fondato il sistema giuridico delle codificazioni.

I conseguenti interventi legislativi (particolarmente notevoli dopo le due grandi guerre della prima metà del secolo scorso) hanno portato anche nel sistema giuridico profonde innovazioni, che pur essendo eversive, come da qualcuno si è creduto, hanno dato al diritto privato – come è stato rilevato dal Giorgianni (118) – sin dall'inizio del 1960, un «nuovo volto», che qui si vuole appena tratteggiare.

Sul piano giuridico-filosofico il diritto naturale appare sempre più chiaramente come termine contrapposto al diritto positivo nella dialettica evolutiva del diritto e come una meta che il diritto positivo persegue, senza poter mai raggiungere appieno.

I singoli diritti naturali dell'uomo, i c.d. diritti innati, esistono positivamente nel riconoscimento che le leggi ne fanno ed entro i limiti segnati dalla tutela ad essi accordata.

La stessa codificazione napoleonica, se era ispirata nei suoi progetti a principi giusnaturalistici (119), rappresentò – nel testo definitivo – un superamento di quei principi e un'affermazione del c.d. positivismo giuridico e dell'autorità dello Stato, alla quale le correnti giuridico-filosofiche del XIX secolo dovevano dare più saldo fondamento (120).

La tutela dei diritti fondamentali degli uomini, però, che nel XIX secolo costituiva la ragion d'essere delle codificazioni del diritto privato, è divenuta oggi compito del diritto pubblico in generale e, in particolare, del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. Il rico-

(118) *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, 400. ID., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381 ss.

(119) Per la difesa del giusnaturalismo cfr. le bellissime pagine di BARBERO, *Sistema del diritto privato Italiano*, vol. I, VI edizione, Torino, 1962, pag. 6 ss. della introduzione; in generale COTTA, *Diritto naturale*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, pag. 647 ss.; DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998; DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Milano, 2002.

(120) Da recente nel suo ultimo libro: *Rights from wrongs: una teoria laica dell'origine dei diritti*, codice edizioni, Torino, 2005, DERSHOWITZ si orienta contro le teorie di origine divina dei diritti o del diritto naturale, criticando in maniera vivace il naturalismo e la fondazione religiosa, entrambe troppo esterne al diritto per essere convincenti. Tuttavia neppure le teorie interne al diritto, di cui la più importante è quella del positivismo giuridico, appaiono per l'A. convincenti, atteso che le stesse non riescono a tenere conto delle ingiustizie proceduralmente rispettabili. A titolo di esempio, leggi formalmente perfette hanno discriminato e discriminano intere categorie di individui (si pensi alle leggi di condanna agli ebrei). Proprio da casi come questi ultimi prende spunto la tesi di DERSHOWITZ: i diritti traggono origine dalla esperienza delle ingiustizie subite.

noscimento dei diritti cc. dd. naturali dell'uomo è contenuto nel preambolo della nostra Costituzione tra i principi fondamentali e alla loro tutela è dedicata tutta la parte prima della Costituzione stessa (artt. 13-54), nonché le norme sulla giurisdizione e, in particolare, l'art. 113, che prevede una strutturazione efficiente della tutela del privato cittadino contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione (121).

Il diritto privato non può oggi essere considerato come il diritto che al privato riconosce e tutela le sue fondamentali qualità umane, ma come il diritto che regola quei rapporti privati e quell'attività privata dei consociati, che trovano i loro presupposti ed il loro riconoscimento nelle norme della Costituzione, cioè nel diritto pubblico: il diritto costituzionale scrive il primo capitolo di ogni istituto di diritto privato, e non si contrappone al diritto pubblico, ma vive nel diritto pubblico, cioè entro i limiti da questo segnati (122).

Diritti soggettivi e negozi giuridici sono espressione della c.d. autonomia privata, cioè della libertà dei singoli entro i limiti segnati dal-

(121) La persona come punto centrale di riferimento dell'intero ordinamento giuridico che ruota intorno al soggetto. Per LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 136, il problema della certezza del diritto, se impostato nei suoi veri termini, non può che apparire in riflesso o un particolare modo di presentarsi, del problema della individualità come fondamento del diritto, come punto di arrivo dell'esperienza giuridica in tutto il suo lungo e faticoso itinerario.

Il diritto mantiene e ferma la individualità di ciascuno con una continua serie di atti identificazione e quasi di circoscrizione, sempre più minuziosamente specificatori, rispetto ad ogni singolo individuo che è soggetto dell'esperienza giuridica (*op. cit.* 137).

Se il diritto è un processo di salvezza anche del singolo, anzi proprio del singolo, nel suo sostanziale valore etico iniziale di persona che esso porta sempre con sé, e poi in tutti gli altri valori che esso realizza nel mondo sociale, ciò chiarisce perché sua esigenza eterna sia la lotta contro l'arbitrio (*op. cit.*, 145).

Sull'arbitrio del legislatore: SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 230, ristampato in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. PALAZZO, città di Pieve (Perugia) 2002, vol. II, 691 e ss.).

(122) FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001. PUGLIATTI, sensibile ai segni dei tempi, scriveva nel 1935: "prevalendo gli interessi pubblici, debbono anche prevalere le norme di diritto pubblico, le quali poco a poco andranno permeando di sé tutto l'ordinamento giuridico, infiltrandosi ed espandendosi anche e largamente agli istituti di diritto privato, che ne vengono così profondamente trasformati (*Istituzioni di diritto civile*, I, Milano, 1935, 33 e ss.). L'esigenza della distinzione tra diritto pubblico e privato, viene enunciata, con riferimento al diritto come ordinamento, e più precisamente come sintesi dinamica necessaria, o come dialettica di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono una unità vivente e vitale, un organismo (PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 697, ed ivi letteratura ed è lecito parlare di invasione del campo del diritto privato ad opera del diritto pubblico o di una crisi del diritto privato ad opera del diritto pubblico (*op. cit.*, 745; ID., *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, 688 e s.); GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., 1961, I, 400).

l'ordinamento giuridico. Entro quei limiti si esplica l'attività privata, oggetto del diritto privato.

In questo ambito nasce e si sviluppa la figura dello *status*, atteso che la persona fisica vive in un contesto familiare, prima, e sociale, dopo. La posizione della persona fisica rispetto all'appartenenza a determinati gruppi sociali prende il nome di *status*.

La posizione giuridica di un soggetto non è la somma dei suoi poteri e doveri, o, più in generale, dei rapporti che allo stesso fanno capo, è, invece, il presupposto di una sfera di capacità e quindi di una serie aperta di poteri e doveri o di rapporti, che possono mutare, senza che perciò muti lo stato, allora i diritti e doveri si ricollegano alla qualità del soggetto (123). Lo *status* è una qualità giuridica che si collega alla posizione della persona fisica in una collettività ed è fonte di diritti, di doveri e anche di poteri. Si tratta di una situazione giuridica che manca del tutto di riferimento oggettivo (124).

In relazione alla appartenenza della persona fisica ad un determinato gruppo politico o familiare, sono stati distinti due *status*: quello *civitatis* e quello *familiae*.

Si è detto che lo *status* è fonte di diritti che per la loro natura sono validi *erga omnes*, sono inalienabili ed imprescrittibili, non possono formare oggetto di compromesso o transazione.

La figura dello *status* ha formato oggetto di studi da parte della dottrina che non è possibile neppure richiamare nelle linee essenziali (125).

Tradizionalmente si configurano due modi prevalenti di atteggiarsi dello *status*, il primo è quello che lo considera come una posizione stabile o anche permanente della persona fisica rispetto ad una collettività.

Il secondo è quello che considera lo *status* come una qualità intrinseca ed essenziale che identifica il soggetto. Si tratta di una entità identica a sé stessa, al di là delle vicende che in relazione alla detta qua-

(123) SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 23 s.; ID., *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, I vol., Napoli, 1961; ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, in particolare 56 ss.; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 213.

(124) NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, 65, lo *status* non esprime una certa posizione del soggetto di fronte ad un bene, ma una posizione del soggetto di fronte ad altri soggetti, non però considerati come individui singoli, ma come una collettività più o meno organizzata (*loc. cit.*).

(125) ZIINO, *Diritti della persona*, cit., 374 ss., n. 57-60.

lità possano ad esse riferirsi e delle conseguenze che ad essa possano imputarsi sul piano giuridico (126).

La figura dello *status* è oggetto di ricorrenti interessi che pervengono a soluzioni diametralmente opposte. Ad esempio un Autore ritiene inutile il ricorso alla nozione di *status* (127), mentre altri ne amplia i contenuti (128).

(126) CORASANITI, voce *Stato della persona*, in *Enc. del dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 948.

Sui rapporti tra *status* e contratto: RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. SCADUTO*, II, Padova, 1970, 529 ss., l'A. rileva che dalla mobilità del contratto, così come è stato voluto dalla codificazione liberale, si ritorna alla rigidità degli *status*, "non già che la condizione sociale della persona ne domini tutta la vita ed il destino, ma il ritorno allo *status* viene inteso nel senso che per ogni settore di attività i contratti siano destinati a modellarsi secondo tipi e discipline che rispecchiano la posizione sociale delle parti (fino al punto di vedere nel contratto un mezzo tra i tanti in cui si esprime la politica economia dello stato)" (p. 546).

In particolare RESCIGNO si è occupato del significato che la parola *status* riveste nella storia del pensiero giuridico (*Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1973, 126; ID., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 221), soffermandosi in particolare sulla formula del MAINE, *Movimento dallo status al contratto* (MAINE, *Ancient law* (1861), introd. by M. MORGAN, London-New York, 1965, p. 99 s.), mettendo in luce come alla formula del MAINE è toccato il destino di essere ripresa e studiata soprattutto per mettere in evidenza una inversione di tendenza. Gli *status*, nel sistema di *common law*, vennero costituiti con riguardo a quelle situazioni di privazione o di limitazione della capacità di agire. Il movimento dallo *status* al contratto rimuove le negazioni o le limitazioni della capacità. I sistemi totalitari del nostro secolo hanno provocato un ritorno agli *status*. Giova a questo punto rilevare che lo *status* viene definito dal LALANDE (*Dizionario*, cit., 833), e solo in *contrapposizione a contratto*, come l'insieme dei rapporti legali che si stabiliscono tra uomini in assenza di ogni atto di volontà da parte loro, e di conseguenza della situazione singola che essi si trovano ad occupare nella organizzazione familiare, politica ed economica (uomo o donna, padre o figlio, padrone o schiavo, capitalista o salariato ecc.).

(127) PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810 ss., il quale così conclude: "è innegabile che una società complessa e frammentaria come quella attuale si determini una continua espansione degli ambiti di applicazione di un "diritto singolare", il quale, benché finalizzato ad assicurare il rispetto dell'imperativo costituzionale che impone di rimuovere gli ostacoli che di fatto si frappongono all'eguaglianza dei cittadini, pone delicati problemi nell'individuazione del confine entro cui l'intervento autoritativo deve arrestarsi per non travolgere le istanze di libertà individuale, che implicano anche il diritto a veder riconosciuta la propria differenza, e altrettanto vero che non v'è alcuna necessità di ricorrere a vecchie o nuove formulazioni del concetto di *status* al fine di spiegare ragioni ed operatività nel sistema delle deroghe sempre più frequentemente poste all'operatività di eguaglianza formale, essendo una ovvia conseguenza del rilievo sostanziale che assume la persona umana nell'ordinamento di un moderno Stato sociale" (pag. 857).

(128) La tendenza a riconoscere agli *status* il ruolo di tutela di situazioni giuridiche di vita e di differenziazione delle posizioni soggettive è stata messa in luce da: LA ROSA, in *Minore età e soggettività*, in *soggetti e ordinamento giuridico*, a cura di TOMMASINI, Torino, 2000, 13, che rileva come "la figura dello *status* viene utilizzata per le posizioni soggettive che esigono rafforzata protezione nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale sulla tensione verso la libertà è [...] oltre agli *status* ufficiali vanno, altresì, assumendo rilievo una molteplicità di *status* occulti, i "diversi", i sieropositivi, i conviveni *more uxorio*, che rappresentano ancora oggi una forma di ghetizzazione di gruppi di concetti della società civile".

13. Dal diritto del singolo agli interessi collettivi. Le limitazioni all'autonomia dei privati. I c.d. gruppi intermedi e la nuova categoria di autonomia: quella collettiva

Tale attività privata era – per le codificazioni del XIX secolo – essenzialmente la attività del singolo, costituendo l'individualismo economico la base del sistema e delle teorie del liberalismo economico allora dominanti.

Ora, se il sistema codificato nel secolo scorso tutelava formalmente il singolo individuo, lo lasciava, però nella sua sconsolata solitudine.

L'astratta libertà individuale, positivamente definita in termini di diritto soggettivo privato, ha un significato concreto solo per quelli che effettivamente dispongono in partenza di un certo numero di opportunità, mentre diventa non libertà per coloro, e sono i più, che partono con poche o punto possibilità di successo. Data la disuguaglianza delle posizioni individuali di partenza, il principio di libertà diventa uno strumento di formazione di centri di potere economico.

La codificazione del XIX secolo, dando riconoscimento alla autonomia dei privati, rimuove gli ostacoli che si frapponevano al sorgere e all'espandersi della industria moderna. Ma la realtà, attraverso la rapida formazione dei gruppi di potere, assume presto un aspetto ben diverso da quello previsto dai teorici dell'economia liberale di vecchio stampo e dai compilatori dei codici.

E mentre da una parte assistiamo alla formazione di gruppi di potere economico in società di capitali, in cartelli, consorzi, *trusts* (129), di proporzioni sempre maggiori, nelle quali il singolo socio quasi scompare ed i suoi interessi rimangono sommersi e spesso sacrificati ad altri interessi della collettività sociale (130), dall'altra parte assistiamo al

Sulle controversie collettive che, con riferimento alla tipologia degli interessi coinvolti, si possono chiamare "di classe": CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1, 385 ss.

(129) Da ultimo: MARICONDA, *Il trust interno*, ESI, Napoli, 2006, l'A. mette a confronto alcuni istituti civilistici, *mortis causa* ed *inter vivos*, più simili alla struttura ed alla funzione della fattispecie del *trust* interno, procede alla verifica di compatibilità dell'istituto con la disciplina della responsabilità patrimoniale e della pubblicità, e rileva che il testo di ratifica della Convenzione dell'Aja, breve e conciso, non ha determinato un automatico recepimento dell'articolato convenzionale nell'ordinamento italiano.

(130) Con il D.L. 30 gennaio 1979 n. 26 (convertito nella L. 3 aprile 1979 n. 95) è stata introdotta una ulteriore procedura concorsuale: *l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, istituto ora disciplinato dal d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270 (ROSSI, *Insolvenza*,

sorgere (o al risorgere) di associazioni o di raggruppamenti vari, che sotto diversa denominazione (associazioni, si pensi a quelle dei consumatori, federazioni, sindacati ecc.) tendono a difendere interessi che non appartengono soltanto al singolo, ma che non sono neppure della generalità di tutti i cittadini, ma di una data collettività (131).

Questi gruppi, chiamati *gruppi intermedi* in quanto si pongono tra il singolo e lo Stato, sono espressione del c.d. pluralismo economico, nel quale si è gradualmente, ma necessariamente, trasformato l'individualismo economico del secolo scorso. Sorti in origine come mezzo di difesa contro la formazione dei gruppi di potere economico, sono divenuti mezzo normale di difesa di interessi collettivi.

Dall'originaria posizione di diffidenza, gli ordinamenti giuridici dei paesi continentali europei sono passati al più ampio riconoscimento ed alla tutela di quelle associazioni: «La Repubblica – si legge all'art. 2 della nostra Costituzione – riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale» (art. 18 Cost.) (132). «L'organizzazione sindacale è libera» (art. 39 Cost.).

Ma gli interessi difesi da quelle collettività organizzate non cessano di essere interessi privati e non divengono interessi pubblici. La

crisi di impresa e risanamento, Milano, 2003; BONFATTI e FALCONE, *Le procedure concorsuali tra "nuove frontiere" e prospettive di riforma*, Milano, 2002) che persegue l'obiettivo del risanamento dell'impresa di grandi dimensioni atteso che sono coinvolti diritti primari come quelli dei lavoratori dipendenti, e patrimoniali: dei finanziatori, dei fornitori e dei risparmiatori che spesso hanno investito tutte le loro risorse (ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000; MAZZOCCA, *L'amministrazione straordinaria della grandi imprese insolventi*, Napoli, 2001).

(131) Esempio recente è il D.L. 23 dicembre 2003 n. 347, convertito con modifiche con L. 18 febbraio 2004 n. 39, il c.d. "decreto parmalat" che detta "misure integrative e correlative della normativa vigente in materia di amministrazione straordinaria", e che ha un ambito di applicazione più ristretto di quello del d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270, ed il programma di ristrutturazione prevede che il soddisfacimento dei criteri può avvenire attraverso un concordato la cui proposta deve essere autorizzata dal Ministro delle attività produttive (art. 4 *bis*, c. 1° e 2°) (FABIANI e FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004, 132 ss.; BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, *Ibidem*, 362 ss.).

(132) Si rinvia agli studi di RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Bologna, 1966; ID., *Capacità giuridica*, in *Nss. D.I.*, II, Torino, 1958 ss.; ID., *Situazione e status nell'esperienza del diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 226 ss.; ed anche BESSONE, FER-RANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 193 ss., in particolare 205 ss.

loro tutela forma oggetto del diritto privato così come forma oggetto di diritto privato la tutela degli interessi delle collettività familiari.

Il rilevato progressivo svilimento dell'individuo non ha portato ad una contrazione dei limiti del diritto privato, ma, semmai, ad una dilatazione dei suoi confini.

A quei gruppi intermedi il diritto privato, per la tutela di quegli interessi collettivi, dà protezione riconoscendone la autonomia (anche indipendentemente dalla soggettività giuridica) e fornendo loro i suoi tradizionali strumenti, adattati agli interessi collettivi da tutelare.

Si parla così di una *autonomia collettiva*; sorge così il *contratto collettivo* – l'una e l'altro a difesa di *interessi collettivi privati*.

Il diritto privato continua ad avere come suo oggetto specifico l'*autonomia privata*, intesa, però, come comprensiva dell'autonomia del privato e dell'autonomia collettiva.

L'autonomia collettiva è – per parafrasare l'art. 2 della Costituzione – il mezzo con cui si svolge e si potenzia l'autonomia del privato. Naturalmente l'autonomia collettiva limita l'autonomia del privato (art. 2077 cod. civ.). Ma quella limitazione non avviene per perseguire un interesse pubblico (statale), ma un interesse della collettività, alla quale il singolo ha liberamente partecipato.

Il naturale gioco delle forze economiche, anche col correttivo della c.d. autonomia collettiva sopra illustrata, si manifestava spesso inefficiente alla tutela degli interessi della generalità, che potevano essere insidiati dalla libertà riconosciuta al singolo e – in misura proporzionalmente maggiore – dalla libertà di azione riconosciuta ai gruppi dei singoli.

Da qui la necessità di porre all'autonomia privata (individuale e collettiva) limiti maggiori di quelli originariamente posti dalle codificazioni del XIX secolo.

Una tale esigenza – come si è accennato – si è manifestata più precisamente in momenti di emergenza e, in particolare, in occasione delle due guerre della prima metà del secolo scorso (durante e dopo tali guerre), che hanno accelerato i processi evolutivi in campo economico, sociale e, quindi, giuridico.

Spesso disposizioni legislative, emanate in situazioni di emergenza, destinate a scomparire al cessare della guerra o delle eccezionali contingenze da questa create, si consolidavano e divenivano espressioni anticipate di una stabile riforma: si pensi a quanto è accaduto nel campo dei contratti agrari, in cui le disposizioni belliche e postbelliche

di proroga e di blocco dei canoni sono divenute anticipazione della riforma dei patti agrari e dei principi della giusta causa e dell'equo canone, che di quella riforma dovranno costituire i cardini fondamentali, lo stesso vale per le locazioni degli immobili urbani, L. 27 luglio 1978 n. 392.

Il moltiplicarsi dei limiti all'attività privata è stato causato in parte dalla necessità di dettare regole più appropriate per evitare la sopraffazione di un contraente sull'altro nel naturale e libero svolgimento delle attività private, ma nella maggior parte è stato causato dai compiti che lo Stato moderno ha ritenuto di porsi.

Sotto il primo profilo, la più accentuata tutela della buona fede e dell'affidamento, la maggior protezione del contraente più debole, ad esempio art. 1339 cod. civ., L. 6 febbraio 1996 n. 52, inserendo nel IV libro del cod. civ. il capo XIV *bis*, rubricato "dei contratti del consumatore" e costituito da cinque articoli dal 1469-*bis* al 1469-*sexies* (133), e la L. 18 giugno 1984 n. 182 "disciplina della subfornitura nelle attività produttive" (134), la condanna dell'abuso del diritto (135) (artt. 833, 844, 1124 cod. civ.), l'imposizione di un generale obbligo di correttezza nell'agire umano (136) (artt. 1175, 1176, 1375 cod. civ.), costituiscono mezzi più affinati, con i quali lo Stato sovraincidente ai contrasti tra i privati e rientrano negli strumenti tradizionali, che sono stati soltanto potenziati e adeguati alla nuova realtà dei rapporti umani.

(133) GABRIELLI-ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; PODOGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000; *Codice del consumatore e dell'utente*, a cura di DE MARZIO, Milano, 2000; CACCIATORE, *Concorrenza sleale e tutela del consumatore*, in *Riv. di dir. dell'impresa*, 2005, 283 ss.

Di contro la C. Giust. C.E., con sentenza 9 settembre 2004 in causa c. 70/03 (*Giust. civ.*, 2005, I, 867) ha dichiarato la inapplicabilità della regola di interpretazione favorevole al consumatore nelle c.d. "inibitorie".

(134) *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di ALPA e CLARIZIA, Milano, 1999; NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999; *Subfornitura*, a cura di V. FRANCESCHELLI, Milano, 1999.

(135) S. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. del dir.*, vol. I, Milano, 1958, pag. 166; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205; ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; SACCO, *L'abuso del diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2001; CASERTA, *Gli atti emulativi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 225 ss.

(136) S. ROMANO, *Buona fede (Dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, vol. V, Milano, 1959, 677 ss.; CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. del dir.*, vol. X, Milano, 1962, 729 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1970; BIANCA, *La nozione di buona fede come regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

Quelle norme, come è ovvio, non apportano alcuna innovazione alla delimitazione tra diritto privato e diritto pubblico.

Il diritto privato rimane il diritto che tutela gli interessi privati (dei singoli e della collettività), garantendo la loro autonomia, entro limiti predeterminati dallo Stato, con gli strumenti tradizionali del diritto soggettivo (tipico: la proprietà) e del negozio giuridico (tipico: il contratto).

In particolare, la proprietà privata ed il contratto, con i loro fondamentali caratteri, che garantiscono al singolo una sfera più o meno ampia di autonomia, sono stati riconosciuti dalla Costituzione agli artt. 41 e 42 in quanto si è ritenuto che essi rispondono ancora, *come istituti privati*, ad una funzione sociale, con la loro struttura tradizionale, basata su quella autonomia privata, su quella tutela di interessi privati.

La proprietà rimane istituto di diritto privato, anche quando i beni, ai quali essa si riferisce, interessano la produzione nazionale (137) (art. 838 cod. civ.), ovvero i beni di interesse storico ed artistico (138) (art. 839 cod. civ.), così anche gli artt. 846 (139), 857 (140) ss., 866 (141) ss., 1033 (142), 1049, 1051 (143), 1056 (144), 1057 (145) cod.

(137) La espropriazione dei beni che interessano la produzione nazionale o di prevalente interesse pubblico viene considerata dalla dottrina una sottospecie della più ampia categoria della espropriazione per pubblica utilità: DE MARTINO, *Della proprietà*, IV ed., in *Commentario del codice civile* SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 174.

(138) D.lgs. 29 ott. 1994 n. 490 T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali a norma dell'art. 1 L. 8 ott. 1997 n. 352. Il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio" art. 2, comma 2°), impone una serie di limiti al proprietario al quale il Ministero per i beni e le attività culturali ha notificato la c.d. "dichiarazione di interesse culturale (artt. 10 e 11). AA. Vv., *Testo unico sui beni culturali*, Milano, 2000.

(139) DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., 214, l'A. ritiene che la norma sulla minima unità culturale ha carattere inderogabile.

(140) MOSCHELLA, voce *Bonifica*, in *Enc. del dir.*, vol. V, Milano, 1959, 531.

(141) DE MARTINO, *op. cit.*, 252.

(142) GROSSO, voce *Acquedotto*, in *Enc. del dir.*, vol. I, Milano, 1959, 531 ss.

(143) GIANNELLA, VITUCCI, voce *Passaggio coattivo* in *Enc. del dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 152 ss.; BURDESE, *Servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, vol. III, Milano, 1960, 123 e ss., che ritiene di notevole difficoltà interpretativa la dizione dell'art. 1051 cod. civ. (pag. 152).

(144) BRANCA, *Servitù prediali*, VI ed., in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA-BRANCA, libro III, *Della proprietà (art. 1027-1099)*, Bologna-Roma, 1987; PALAZZOLO, *Servitù coattive*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 e ss.; COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, *Proprietà*, VIII, t. 2, Torino, 1982; ID., voce *Servitù (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 274 e in spec. 296 ss.; BURDESE, *Servitù*, cit., 163.

(145) GROSSO e DEIANA, *Le servitù prediali*, III ed., in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, V, t. 1, Torino, 1963, 1835 ss.; BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 260; BURDESE, *op. cit.*, 147.

civ. Si tratta di previsioni dirette a conciliare l'interesse del proprietario con quello di altri proprietari o con quello della collettività.

Privata rimane l'attività dei singoli e degli enti, anche quando è soggetta a particolari forme autorizzative e a controlli da parte della pubblica amministrazione per l'interesse pubblico a quella attività connessa.

14. Interpretazione della legge ed accertamento del diritto. Il linguaggio giuridico. *Intepretatio e voluntas legis*

La funzione dichiarativa della interpretazione non soddisfa appieno ed in maniera completa alla sua natura effettiva ed al valore storico. Tuttavia detta funzione dichiarativa svolge un ruolo fondamentale e, non tenerne conto, potrebbe portare a risultati errati (146).

La natura dichiarativa della interpretazione assolve alla necessaria esigenza di continuità dello sviluppo giuridico. Detto requisito è strettamente connesso a quello della certezza del diritto, della uniformità della sua applicazione e della necessità che la soluzione di ogni caso proceda da una regola di carattere generale.

Ne consegue che la natura dichiarativa dell'interpretazione costituisce una garanzia della libertà ed eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Se poi si vuole allargare il discorso si può trovare un collegamento tra la natura dichiarativa della interpretazione ed il principio della divisione dei poteri che costituisce il cardine e la garanzia fondamentale contro l'abuso del potere.

Il principio ispiratore è quello della prevalenza dell'effettiva volontà della legge, vale a dire della sua identificazione (147).

(146) La legge non può abbandonare la *lettera*, perché la *lettera* è per essa lo *spirito*. L'opposizione tra spirito e lettera dilegua nella concretezza dell'esperienza giuridica la quale rileva anzi la sua fisionomia è proprio quella di rilevare – *lo spirito della lettera*, così LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 175.

(147) Di contro, in ordine alla portata della dichiarazione di volontà del singolo, vale un diverso principio: quello dell'affidamento per la protezione della buona fede del terzo che è stato diligente nell'informarsi. La volontà espressa prevale sulla volontà effettiva quando con la dichiarazione è stata suscitata nel destinatario una aspettativa legittima, tenendo conto delle circostanze oggettive. Il destinatario della dichiarazione ha fatto assegnamento sulla stessa comportandosi in conseguenza (artt. 1338, 1394, 1398, 1415, 1431 cod. civ.). Il principio trova applicazione nei rapporti fra partecipanti al negozio in via di costituzione, ed, in particolare, fra contraenti, atteso che l'esigenza di tutela del terzo prevale su quella del dichiarante, operando diversamente verrebbe pregiudicata la certezza del commercio giuridico (*bona fides trantundem*

I criteri interpretativi differenti nel diritto privato e nel diritto penale, dimostrano la diversa estensione della interpretazione dichiarativa, diversità dettata dall'esigenza di tutelare la libertà individuale.

Sussiste l'esigenza che la soluzione giuridica del caso concreto si accordi ad una norma corrispondente, nei differenti sistemi i mezzi adottati per soddisfare queste esigenze sono diversi. Si pensi al sistema inglese ed a quello nord-americano che, riconoscendo valore normativo al precedente giurisprudenziale, si differenziano dai sistemi codificati.

La interpretazione della norma ha una valenza tecnica ed evidenza e riassume i limiti posti alla influenza che il principio giuridico adottato in una sentenza può esercitare sui casi in cui non si estende l'efficacia del giudicato.

Tuttavia nei sistemi codificati la interpretazione risente ed è influenzata dalla organizzazione sociale, dal metodo di scelta dei giudici e dell'organizzazione del sistema giudiziario e del processo – da un lato – e dal meccanismo legislativo – dall'altro – nonché dalla storia e dalla cultura dei vari paesi.

In detti sistemi la certezza del diritto ed il principio della legalità sono collegati al principio tradizionale secondo il quale al sistema compete la codificazione e la creazione delle norme, di contro al giudice compete la sola applicazione della legge (148).

Tuttavia le spinte sociali ed economiche, le nuove frontiere di tutela di diritti della persona, hanno contribuito alla costruzione ed alla entificazione di nuove categorie di diritti con profonde modifiche, anche dei principi, provocando resistenza e contrasti tra i differenti gradi di giurisdizione o all'interno di uno di essi e con interventi, alle volte anche ricostruttivi, del giudice delle leggi (149).

praestat quantum veritas), MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. del dir.*, vol. I, Milano, 1958, pag. 661; PALAZZO, *Promessa gratuita e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 18.

(148) Nei periodi di creatività del diritto, come ad esempio il pretorio romano e l'attività dei giureconsulti medievali, l'interpretazione e il c.d. diritto giudiziario ebbero il massimo sviluppo, di contro, "nelle epoche di stasi, cioè quando un determinato sistema giuridico si impone (l'epoca giustiniana o la napoleonica), l'interpretazione viene contenuta entro limiti letterali e meramente esegetici, PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, cit., 224.

(149) Basti porre attenzione ai danni in materia civile e al problema della entificazione del danno biologico e delle sue varie connotazioni. Dopo un *iter* di corsa in avanti e di pause, di contrastati orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità, dopo molteplici interventi della Consulta e della dottrina, la Cassazione ha sganciato dal paradigma dell'art. 2043 cod. civ. la tutela della integrità psicofisica della persona ritenendola fondata sul combinato disposto degli artt. 2059 c.c e 32 cost., ed ha ritenuto, di conseguenza, non necessaria la costruzione della ipotesi di

Il “significato proprio delle parole” non è quello che esse hanno nel linguaggio comune. Occorre ipotizzare un linguaggio nel quale la scelta del contenuto delle parole ed il loro valore semantico sono diretti alla ricerca di significati sistematici e coerenti. Linguaggio inteso come un sistema di parole e di regole e, quindi, come il complesso di tecniche dirette a rimuovere oscurità ed ambiguità, ed a promuovere una intrinseca chiarificazione del linguaggio stesso e delle sue strutture. Occorre eliminare tutte le interferenze soggettive o emotive che sono presenti nel linguaggio ordinario. È quindi necessario elaborare una grammatica logica che determini più esattamente le regole di relazione e d’uso delle parole e sotto questa ottica va interpretato il contenuto dell’art. 12 disp. prelim. cod. civ. e degli artt. 1362 e ss. cod. civ. (150).

La semantica giuridica rientra nella più ampia categoria dell’analisi del linguaggio e studia la relazione dei segni con ciò che essi designano (151).

Il linguaggio che si suole chiamare scientifico è un linguaggio più rigoroso del linguaggio comune (152).

La interpretazione dichiarativa realizza una funzione storica nello sviluppo del diritto e i limiti dell’esercizio di detta funzione sono co-

danno evento o di un *tertium genus* di danno rispetto al danno patrimoniale o al danno morale soggettivo (Cass. 20 febbraio 2004 n. 3399, in *Foro it.*, 2004, I, 1059).

(150) RUSSEL è stato uno degli Autori che ha esercitato una grande influenza sull’analisi del linguaggio, anche se l’esigenza puramente analitico-metodologica, come tecnica di consapevolezza linguistica, è strettamente fusa per non dire subordinata a preoccupazioni propriamente filosofiche (*The philosophy of logical atomism*, in *Monist*, 1919, pag. 364; cit. da BLACK, *Linguaggio e filosofia*, tr. it., Milano, 1943, pag. 141; FILIASI CARCANO, voce *Linguaggio*, in *Enc. fil.*, vol. III, Firenze, 1968, 1584 ss.

Secondo alcuni giuristi il linguaggio è molteplice, ambiguo, vago ed incerto HART, *Il concetto di diritto*, Torino 1965, 148; GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO-MENCONI e continuato da SCHELESINGER, Milano, 2004, 148.

L’orientamento logico-matematico dell’analisi si trasmette, attraverso RUSSEL, ma soprattutto attraverso l’influsso esercitato dal *Tractatus logico-philosophicus*, di WITTGENSTEIN, al neopositivismo (trad. it., con testo e note di COLOMBO, Milano, 1954).

(151) Il termine semantica è stato coniato da BREAL, (*Essai de la sémantique*, Parigi, 1897): Σημαντική τέχνη (LALANDE, voce *Semantica*, in *Diz. crit. di fil.*, cit., 788).

(152) PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 32, n. 52, che cita il *Tractatus* di WITTGENSTEIN.

Sui rapporti tra linguaggio comune e quello scientifico: PRETI, *Linguaggio comune e linguaggi scientifici*, Roma-Milano, 1953; PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, cit., 224, n. 233; MARCONI, *Il mito del linguaggio scientifico*, Milano, 1971. In generale: PAGLIARO, *La parola e l’immagine*, Napoli, 1957; ID., *Il linguaggio come conoscenza*, Roma, 1953; ID., *Nuovi saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, 1958.

stituiti dalla necessità fondamentale di coordinare ogni soluzione interpretativa col diritto precostituito ma anche con i mezzi idonei alla soddisfazione di questa esigenza.

Se si volge lo sguardo al passato si può rilevare che nel diritto classico romano la *interpretatio* secondo la *voluntas legis* era la base ed il metodo dell'interpretazione secondo l'*aequum et bonum* in contrapposto allo *ius strictum* (153).

Detta *voluntas* si ricava dall'esame di tutta la legge (154), superare il valore lessicale dei *verba* e intendere la *voluntas*, vuol dire rivelare la *vis e la potestas legis* (155).

Negli scritti di Cicerone si avverte che c'è un fermento di nuova vita che è il preludio di una più profonda osservazione del fenomeno giuridico e di una più intensa elaborazione scientifica. Come tale il momento si manifesta nella scuola, nella pratica, nelle controversie dei giuristi, e perciò nei primi tentativi di sistemazione del *ius civile*; Cicerone c'informa della frequenza e dell'importanza delle controversie sulla volontà in confronto ai *verba* (156).

15. Prime considerazioni. Il rilievo del metodo interpretativo. La postdecodificazione

Come sopra esposto la interpretazione giuridica rientra nel più ampio campo di indagine che è quello della ermeneutica, il cui contenuto è complesso ed articolato.

Storicamente occorre prendere le mosse da Aristotele che, con il secondo trattato dell'*organon* ΠΕΡΙ ΕΡΜΗΝΕΙΑΣ (Dell'interpreta-

(153) SERRAO, *Interpretazione della legge (diritto romano)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 249.

(154) *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* (D. 1, 3, 24).

(155) *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1, 3, 17).

(156) S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924)*, "Diritto romano e diritto moderno", Torino, s.d. ma 2004, il quale così prosegue: "non si dica che questa sia una disquisizione retorica. Cicerone attesta controversie pratiche nell'interpretazione di leggi, testamenti e di stipulazioni. Delle leggi non ci occupiamo, perché il rilievo che la giurisprudenza romana diede alla volontà del legislatore di fronte ai *verba* è posto in massime incisive note a tutti..."; CICERO, *Part.or.* 136: "*non inverbis ac litteris vim legis positam esse*"; *de inv.* I, 70; QUINTILIANO, *Decl.* 331: "*sed ipsa vi ac potestate*"; CELSO, fr. 17 D. 1.3.: "*scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*".

zione) (157) prende in esame la proposizione (πρότασις) e, quindi, il giudizio dell'intelligenza mediante il quale due termini vengono legati da una affermazione ovvero da una negazione. Con il giudizio noi diciamo la nostra "interpretazione" della realtà. Lo Stagirita espone le varie parti della proposizione, le diverse forme di proposizioni, in tal modo esse sono tra loro opposte, contrarie e contraddittorie ed indica quali regole devono essere seguite perché si abbia una retta opposizione.

Non si tratta della interpretazione nel suo significato comune, bensì di ciò che indicano il nome, il verbo, la negazione, l'affermazione, l'enunciazione e il discorso, nella loro collocazione strutturale.

Quella di Aristotele è la più antica trattazione sistematica e speculativa, a noi pervenuta della ερμηνεία nella quale è già avvertito il legame tra la interpretazione, il linguaggio e la sua struttura. Ogni discorso enunciativo deriva da un verbo o da una sua flessione, "ed infatti la definizione di *uomo*, se non sia stato aggiunto è o *sarà* o *era* o qualcosa del genere, non sarà ancora discorso enunciativo" (158). Nei processi ermeneutici trattati da Aristotele le cose erano interpretate dalle parole, l'ermeneutica riguardava l'attribuzione di nomi a cose (159).

Come è stato messo in luce "nella antica romanità i vocaboli della famiglia "*interpretati*", "*interpretatio*", "*interpres*", avevano un uso giuridico e forse può dirsi che l'uso giuridico sia stato il più antico uso (potrebbe dirsi, se per quelle e poche e quelle culture non fosse inopportuno distinguere gli usi "giuridici" da altri usi settoriali)" (160).

L'applicazione della legge coinvolge l'accertamento del dato normativo e la sua interpretazione. In ordine all'accertamento esso è retto

(157) Si rinvia ad ARISTOTELE, *Della interpretazione*, V ediz., BUR, Milano, 2001 a cura di MARCELLO ZANATTA.

(158) *Dell'interpretazione*, cit., 5, 10-15, pag. 84 s. il cui testo così recita: ἀνάγκη δὲ πάντα λόγον ἀποφαντικὸν ἐκ ρήματος εἶναι ἢ πτώσεως καὶ γὰρ οὐκ ἄσθρόπων λόγος, ἔξ ἂν μὴ τὸ ἐστίν ἢ ἐσται ἢ ἦν ἢ τι τοιοῦτο προστεθῆ οὐκ ἄλογος ἀποφαντικός.

L'analisi semantica di Aristotele si indirizza "verso il valore logico della frase e, quale che sia questa logica, essa sarà sempre un tipo di indagine, che cerca il rigore e la coerenza e nega la possibilità di significati molteplici e contrastanti": PARESCE, voce *Interpretazione*, cit., 156.

PAGLIARO, voce *Linguaggio*, in *Enc. filosofica*, vol. III, Firenze, 1967, 1605, ritiene che: "quella della arbitrarietà del segno è un assioma della moderna linguistica (necessario è il segno nel sistema), ma il riconoscimento della sua verità risale ad Aristotele, il quale affermò che il nome è significante *ad placitum* (κατὰ ξυνθήκην: *De int.*, 16 a)", ed anche pag. 1599.

(159) TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU, MESSINEO, continuato da MENGONI, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 4.

(160) TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 3.

dal noto brocardo *iura novit curia*: la legge non deve essere provata al giudice, perché gli è nota a prescindere ed al di fuori di ogni attività delle parti (161).

L'accertamento della legge non riguarda soltanto l'esistenza di essa, ma anche la sua costituzionalità.

L'interpretazione consiste in un processo logico diretto a determinare a quali soggetti la volontà legislativa è diretta, quali fattispecie essa comprenda, e cosa disponga per tali soggetti.

La volontà è quella della legge, cioè una volontà obiettivata, che fa parte dell'ordinamento giuridico. Ne consegue che deve escludersi che nella interpretazione della legge si debba rilevare l'intenzione, ossia la volontà subiettiva del legislatore.

Uno dei problemi dell'ermeneutica giuridica è quello di definire e regolare il rapporto intercorrente tra i concetti giuridici attuali e quelli del passato.

Detto rapporto è stato considerato, in via esclusiva, come analisi del contenuto logico-giuridico delle costruzioni dogmatiche del passato, intese come entità autonome, sia che si pervenga alla loro interpretazione e definizione attraverso la comparazione esplicita o tacita con quella del presente, sia che quelle del presente vengano assunte come strumento ermeneutico per comprendere il significato delle strutture logiche anteriori. Betti (162) ha teorizzato l'impostazione speculativa secondo la quale la analisi ermeneutica prescinde da qualsiasi indagine sulle ragioni storiche che hanno direttamente o indirettamente promosso quelle costruzioni nel passato, così come la scienza dogmatica fa per il presente, è costituisce una volta di più una chiusura del diritto come tecnica, dotato di una sua cognizione autonoma, di fronte alla cognizione nella sua totalità. Betti affermò l'esistenza di una gerarchia tra le differenti storiografie.

Di fronte alla storiografia in generale, che si rivolge alle ordinarie categorie economiche-etiche e di esse ed in esse si soddisfa, esiste

(161) PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965; in ordine alla mancata conoscenza della legge straniera l'A. rileva che, tralasciando la distinzione tra fonte e norma, e non avvertendo che la dimostrazione dell'esistenza della singola fonte normativa non esaurisce la funzione del giudice, ci si è sempre domandato quale sia la conseguenza della mancata conoscenza della fonte straniera, mentre il problema per il giudice è piuttosto di rilevare e determinare la norma (pag. 159), e sussiste la "possibilità di operare la rilevazione della norma attraverso l'esame penetrante e a un tempo complessivo dell'ordinamento le cui disposizioni sono state richiamate" (pag. 160).

(162) BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, ed. corretta ed ampliata a cura di CRIFÒ, Milano, 1960.

una cognizione di grado superiore che è quella giuridica, che utilizza gli strumenti concettuali della dogmatica che, come è indispensabile alla interpretazione direttiva della condotta, è, parimenti, rispondente ad una esigenza tecnica della ricerca giuridica, il che contribuisce a farne una cognizione superiore così come quella dell'arte, della letteratura, delle scienze, della lingua, degli ordinamenti sociali ed economici.

La ragione per la quale la storia del diritto, intesa come conoscenza dei diversi stati realizzati successivamente nel passato, ossia come l'esposizione ordinata con unità di sviluppo, è equiparata alle differenti cognizioni superiori e va ricercata nel fatto che "in tutte codeste oggettivazioni della spiritualità sul piano della comunione umana il fatto storico non si limita ad essere semplicemente un fatto individuale di date personalità, fatto che accade in certe condizioni di tempo e di luogo, ma è tale da avere in sé un valore spirituale, la cui coerenza intrinseca e continuità con altri valori affini è da intendere anzitutto in sé stessa, nel suo aspetto oggettivo, nel suo stile e "logos", indipendentemente dalle contingenti circostanze storiche del suo realizzarsi come anche dalla pura relazione cronologica del prima e del poi" (163).

Questa teoria del Betti, e l'affermazione di una superiorità della storia e quindi della cognizione giuridica, trova il suo limite nell'equivoco generato dall'identificazione che l'A. fa della storia del diritto con il diritto come astrazione, e quindi prende in considerazione un elemento: qualità o relazione del diritto fissando in modo particolare l'attenzione su di esso e trascurando gli altri. La cognizione, se è veramente tale, ha il suo carattere etico nella ricostruzione ed interpretazione del passato e non tollera la superiorità di uno degli aspetti sotto i quali può essere pensato.

La esigenza che ogni tecnica ha sempre cercato di soddisfare è stata ed è quella di definire i termini ed i concetti, esigenza sentita anche dagli studiosi del diritto i quali si sono trovati di fronte a due ordini di difficoltà: il fatto che i termini giuridici sono spesso presi a prestito da linguaggi diversi: quello corrente, quello scientifico e quello tecnico (164); ed il fatto che nell'evolversi del tempo i termini ed i concetti hanno spesso perduto il loro valore originario, stemperandolo, ed assumendo diversi significati a seconda anche del periodo storico e socia-

(163) *Op. cit.*, 127; cfr. *supra* nt. 5, 7 e 8 del Cap. I.

(164) KALINOWSKI, *Introduzione alla logica*, a cura M. Corsale, Milano, 1971, 79.

le nel quale sono stati rielaborati, pur rimanendo il termine ed il concetto uguale nella sua espressione semantica.

Parlare di esperienza giuridica significa porre al nostro esame dei termini naturali, significa definire la ricerca in riferimento ad una certa cultura, a un certo stile, a un certo atteggiarsi delle forze economiche e sociali che circolano entro quei termini e tipizzano la vita del diritto e le cristallizzazioni che da e in quella vita si formano e che siamo soliti chiamare *istituti* (165).

A ciò è da aggiungersi che il linguaggio giuridico contiene tanto espressioni definite che non definite e che il legislatore nazionale è alieno dal precisare le espressioni (soprattutto se si tratta di quelle atinenti alla teoria generale, come ad esempio negozio giuridico, atto giuridico, fatto giuridico, capacità giuridica etc.), anzi spesso lascia loro il senso che avevano nel linguaggio da cui le ha tratte (166).

La definizione è una breve ed univoca caratterizzazione di qualche cosa (167) e cerca di soddisfare l'esigenza di porre rimedio alla confusione sia dei concetti che delle parole (168).

(165) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, 3 s. L'A. riporta una puntualizzante espressione del BLOCH (*Apologie pour l'histoire ou metier d'historien*, Paris, 3^a ed., 1959: «*Au grand désespoir des historiens, les hommes n'ont pas coutume, chaque fois qu'ils changent de moeurs, de changer de vocabulaire*») e la continuità dell'istituto, prosegue il GROSSI, rischia di divenire la mera continuità di un nome (GROSSI, *Le situaz.*, cit., 3, 4; ID., *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1963, 31). Si pensi, in proposito, alla tendenza della *locatio ad longum tempus* a trasformarsi da rapporto obbligatorio in rapporto reale (nel diritto intermedio), ed alla peculiarità che essa veniva considerata come rapporto reale se stipulata *ad longum tempus*, come rapporto obbligatorio se invece stipulata *ad modicum tempus* (GROSSI, *Locatio*, cit., 29 ss.). La dottrina giuridica ha sottoposto a critica la c.d. entificazione dei concetti giuridici: ORESTANO, voce *Azione*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 811 ss.; ID., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 190 e ss.

(166) Cfr. KALINOWSKI, *Introduzione*, cit., 79.

(167) Cfr. KALINOWSKI, *Introduzione*, cit., 72.

(168) La definizione è da intendere come ricerca del senso del termine e del concetto per la eliminazione di confusioni e di incertezze, come mezzo quindi per la ricerca della verità. Sovvengono le parole di PASCAL: «*desideriamo la verità e non troviamo in noi che incertezza*» (pensiero n. 387, secondo il criterio logico di raggruppamento del BRUNSCHVICG).

Sotto il profilo della logica generale, la definizione, considerata come operazione dello spirito, consiste nel determinare la *comprensione caratterizzante un concetto* (LALANDE: *Dizionario critico di filosofia*, Milano, 1971, 188). Per il KALINOWSKI, *Introduzione*, cit., 72, vi sono definizioni tanto nei campi del sapere reale (per es. Diritto), che in quelli del sapere formale (per es. Matematica). In entrambi i casi le definizioni si collocano a quel livello dell'attività intellettuale in cui il pensiero è indissolubilmente unito alla parola. Lo stesso termine «definizione» in senso proprio designa la caratterizzazione di una espressione: per esempio concetti giuridici che costituiscono il significato di espressioni definite, ovvero di definizioni di cose (*loc. ult. cit.*).

La parola, il termine, la espressione possono essere intesi in vari modi: la parola può designare qualche variante imprevista di ciò che è familiare, come un fatto complesso, mentre se ne aspettava uno semplice ed unitario, un fatto futuro mentre se ne aspettava uno presente, un fatto psicologico mentre se ne aspettava uno materiale. La parola può anche designare ciò che in un certo senso è una definizione; infine la parola designa qualcosa di diverso dalle altre cose, in quanto non possiamo toccarla, sentirla o vederla (169).

La tricotomia teorica sopra riportata ha costituito fonte di incertezze per i giuristi, quando hanno dovuto affrontare il problema della definizione dei termini e dei concetti giuridici (170).

Il diritto è il necessario strumento di aggregazione, che non può venir meno, di ogni organizzazione sociale e si fonda su regole, sanzioni, procedure ed istituzioni (171).

In quanto sistema ha proprie regole di ermeneutica, è dotato di autonomi mezzi e strumenti utilizzati dai giuristi, ed ha proprie pratiche giuridiche interpretative.

La staticità del quadro politico, economico e sociale comporta la cristallizzazione del sistema legislativo e di quello evolutivo della giurisprudenza. Quando il primo subisce mutamenti, viene sconvolto, distrutto e ricostruito, l'onda si ripercuote sul secondo con pari *magnitudo*.

È quanto avvenuto nel nostro Paese tra il 16 marzo 1942 ed il 27 dicembre 1947, cioè tra la approvazione e pubblicazione del vigente codice civile e la promulgazione della Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Breve periodo, poco più di cinque anni, ma basta focalizzare storicamente i due momenti per vedere come i quadri politi-

Sul brocardo *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit* (D. 50, 17, 202 JAVOLENUS, 11 *epist.*), cfr., ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, 368 e in part. nt. 39.

(169) Cfr. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Milano, 1964, 43, n. 1.

(170) Cfr. HART, *Contributi*, cit., 45.

(171) Il diritto viene rappresentato non come il terreno della conflittualità, ma come l'area della cooperazione sociale con l'appello alla ragione perché i conflitti interpretativi tra *lex* e *jus*, tra due interpretazioni dello stesso valore fondamentale, tra le fonti del diritto e la pluralità degli ordinamenti, tra il diritto vivente e la creatività della giurisprudenza, tra il diritto comunitario e il pluralismo giuridico, possono essere composti "con il ricorso alla ragionevolezza, ai fini e ai principi che guidano la giuridicità", così testualmente: VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003; ID., *Diritto e interpretazione*, Bari, 1999; ID. *L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporaneo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 323.

co-istituzionali e sociali sono non solo differenti ma antitetici. Due mondi, quasi due epoche opposte.

Uno degli effetti di quanto sopra esposto è stata la perdita di centralità del sistema codicistico a favore della Costituzione. Ed ancora la centralità della persona e dei diritti connessi alla stessa (riservatezza, salute, lavoro, ambiente, confessione religiosa), le spinte sociali e gli “obblighi” del legislatore costituzionalmente previsti hanno acuito la crisi del sistema codicistico e lo hanno minato alle basi.

Ecco sorgere tutta una legislazione che si affianca al codice. Norme speciali, eccezionali, che regolano e tutelano interi istituti ovvero che li correggono, modificano, per adeguarli ai nuovi principi. A quanto precede va aggiunto il contributo delle pronunce della Corte Costituzionale, variamente definite dagli studiosi della materia. Basti porre attenzione al regolamento della famiglia ed a quello collegato del sistema successorio. Quando è entrata in vigore la riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975 n. 151) del vecchio sistema rimanevano alcuni ruderi, poche vestigia e l'operatore del diritto non consultava il codice civile, ma si aggiornava con le pronunce della Corte Costituzionale.

Il legislatore è intervenuto quando quei sistemi non avevano più vita nel mondo del diritto, anche se alcuni retaggi sono rimasti come i fossili guida o gli animali preistorici, si pensi all'art. 274 codice civile sulla ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziaria della paternità e maternità naturale (172). Certo è che vigente il retaggio sull'ammissibilità dell'azione la stessa non poteva essere validamente instaurata prima della pronuncia definitiva del decreto di ammissibilità, onerando, quindi, la parte attrice di sei fasi di giudizio.

(172) Oggetto di interventi del legislatore: art. 117 L. 19 maggio 1955 n. 151; art. 2 L. 23 novembre 1971 n. 1047 e di varie pronunce della Corte Costituzionale: sent. 30 dicembre 1987 n. 621, 30 giugno 1988 n. 748, 3 luglio 1997 n. 216, 19 giugno 1998 n. 228; AMBROSINI, *Dichiarazione di paternità ed interesse del minore*, nota a C. Cost., 20 luglio 1990 n. 341, in *Riv. dir. fam.*, 1990, 1084. Solo con la sentenza 10 febbraio 2006 n. 50 (in *Foro it.*, 2006, I, 966, con nota di CASABURI e in *Guida al diritto*, 2006, n. 9, 58 con nota di M. FINOCCHIARO, *Un'inutile duplicazione dei giudizi non più al passo coi tempi*, la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 274 c.c. nella parte in cui prevede una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale; THOMAS, *L'accertamento della filiazione naturale*, Milano, 2001; FINOCCHIARO, *L'azione per dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale*, in *Vita not.*, 1999, 1139, l'A. è l'estensore della sentenza n. 50.

Certo è che dopo i numerosi interventi, si dovevano attendere oltre trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia per la eliminazione di un retaggio introdotto con il codice del 1942 e diretto ad assicurare la tutela del convenuto contro azioni vessatorie temerarie.

Il proliferare delle leggi e la volontà, quasi maniacale del legislatore, di risolvere sempre e tutti i problemi a livello legislativo, il duplicarsi e il sovrapporsi delle normative, hanno ridotto l'ambito del codice a favore di una stratificazione legislativa alle volte di modesta se non scadente tecnica legislativa (173). Gli istituti privatistici vengono rivisitati alla luce delle nuove ideologie e del differente quadro politico.

Il fenomeno della decodificazione non ha riguardato soltanto il codice civile ma tutto il sistema codicistico. Si pensi al codice di procedura civile, nel quale il fenomeno ha assunto un profilo forse più incisivo. Sin dal 1969 con l'introduzione dell'istituto della adozione speciale (legge 5 giugno 1967 n. 431) il legislatore ha previsto riti differenti e specifici. Successivamente intere materie sono state sottratte al rito ordinario, a titolo meramente esemplificativo abbiamo: il rito del lavoro, quello delle locazioni, quello agrario, quello della separazione e del divorzio, quello delle espropriazioni, sino ad arrivare al rito societario (d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5) applicabile anche ai procedimenti in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale (d.lgs. n. 30/2005).

Il legislatore ha avvertito la crisi del sistema giudiziario, il dilatarsi dei tempi ed ha fatto ricorso ai "riti speciali", esautorando quasi del tutto il sistema codicistico.

Altro *leit motiv* introdotto negli anni settanta è il ricorso del legislatore al giudice monocratico (conciliatore o pretore), ciò per esigenza di snellezza, contemporaneamente ha cercato di proporre e varare riforme strutturali che si sono accavallate con pochi se non scarsi successi che sono sotto gli occhi di tutti. La prima difficoltà è quella di capire quale giudice adire e il rito da applicare, problema spesso di non facile soluzione e foriero di eccezioni, di regolamenti e quant'altro.

Sistema caotico ed insicuro e, come tale, contrario ai principi della civiltà giuridica.

(173) Fenomeno questo messo in luce, come noto, da IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, Id., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; Id., *Società civile. Elementi per una analisi del diritto privato*, Milano, 1992; Id., *Codice civile e società politica*, Roma, 1995, l'A. ritiene che il codice civile trae nuova linfa dal legame con la libera Europa della concorrenza e degli scambi, e guadagna un plusvalore politico cioè si configura, o torna a configurarsi, come statuto della particolarità e degli interessi economici affidati all'autonomia dei singoli; Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998. Cfr. anche RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma, 1991. Il sistema codicistico forte dell'ideologia e del liberalismo, è affrancato dall'ombra di valori diversi, mostra e conferma la capacità di durare, di attraversare regimi e periodi politici di differenti indirizzi. Il codice civile si raccorda ai principi dei trattati europei.

Dopo l'età della codificazione e il conseguente superamento dei codici, IRTI ci introduce alla solitudine del legislatore (174), e rileva che la tradizione del diritto romano e la tutela del diritto comune sono state interrotte dall'età delle codificazioni, frutto anche del disegno illuministico di governare la convivenza degli uomini, la tutela dei diritti, il regolamento degli interessi, mediante la razionalità della legge.

Solo con la codificazione potevano avere tutela i principi illuministici e il nuovo sistema frutto della rivoluzione.

Il sistema codicistico si contrappose e pose fine al diritto romano e finì per identificarsi con il diritto: legge (*lex*) e diritto (*jus*) divennero tutt'uno. L'A. svela il carattere autentico del diritto, una volta che diventa patrimonio degli uomini esso ne condivide l'arbitrarietà, la strumentalità, la storicità in relazione al gioco degli interessi che si intrecciano e sono il contenuto della società. Il diritto non è solo *positivo*, ma *im-positivo*.

Il diritto ha una sua natura tecnica affatto peculiare e, come ogni espressione di volontà, quella della norma giuridica ha una tecnica, fra le tante altre, specifica di una sfera di attività umana, orientata secondo scopi particolari.

Per IRTI, non esiste una tecnica assoluta ed onnivora e non riconduce le varie tecniche ad una sola tecnica, essendo la sua una prospettiva relativistica. Per l'A. l'arbitrarietà, intesa come ciò che, sciolto dalla tradizione e non obbedendo ad alcuna autorità ereditaria, è affidata a sé stesso ed ancora si genera e svolge esclusivamente in sé stesso, rivela la solitudine del diritto moderno, che ha fatto il vuoto intorno a sé perché ha rifiutato l'antico patrimonio del diritto romano.

La sindrome delle riforme del legislatore è determinato dalla convinzione che il diritto appare privo di durata ed ancora variabile e plasmabile dalla volontà umana. La situazione morbosa del riformismo è strettamente collegata dall'idea di produzione e dalla convinzione che le leggi vengono dal nulla al quale tornano. Si tratta di una critica pessimistica dell'organizzazione giuridica, una dottrina in cui non esiste nulla (di assoluto), una posizione diretta alla negazione del sistema di

(174) IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. DI MARZIO, *Intepetrazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 395 ss. ed in part. p. 411 nt. 63, p. 417 nt. 76, p. 425, nt. 106.

valori esistenti. L'atteggiamento dell'A. è quello per cui non ci sarebbe alcuna realtà sostanziale sottesa al fenomeno giuridico (175).

16. Validità bed attualità del profilo storico-metodologico

IRTI prende in esame la proliferazione delle leggi speciali e la crisi del codice civile (176) che, più che rappresentare un diritto esclusi-

(175) Quanto precede trova conferma già nel titolo dell'opera: *Nichilismo giuridico*, dove, a proposito della formazione del giurista nell'Università del "saper fare" si legge: "il diritto ha perduto ogni garanzia di unità. Non soltanto le antiche garanzie teologiche e metafisiche, ma anche le garanzie terrene e storiche. Il diritto, distaccandosi dalla sovranità territoriale degli Stati, non ha più un centro: si affollano e sovrappongono norme nazionali, leggi regionali, direttive europee, dichiarazioni universali. La perdita di centro è perdita di un senso complessivo. Tirato *in alto* verso la latitudine globale; tirato *in basso* verso la particolarità dei luoghi; conteso fra sconfinatezza e confini, tra uniformità e differenze; il diritto ci appare tutto casuale, contingente, consegnato per intero alle forze della volontà. L'acutezza precorritrice di Federico Nietzsche aveva già affermato, nell'aforisma 459 di *Umano, troppo umano*, questo pensiero: «... noi tutti non abbiamo più un senso tradizionale del diritto, perciò dobbiamo accontentarci di diritti *arbitrari*, che sono espressioni della necessità che *esista* un diritto» (pag. 71 s.). E ancora: "la scienza non può recare ordine e unità dove domina l'arbitraria casualità.... il sapere giuridico si frange così nella *molteplice specialità dei saperi*" (pag. 72): quasi uno scetticismo che esclude la verità quale valore oggettivo. Non condivide del tutto l'analisi che precede: DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 109 secondo l'A., invece, il diritto europeo dovrà convivere con "i diritti *locali* (o nazionali che dir si voglia, per ciò che varranno queste espressioni in futuro), ma che potrà affermarsi solo se di essa si riaffermeranno con la necessaria determinazione e con altrettanta capacità scientifica, appunto i comuni fondamenti: non già, dunque, un *nuovo codice civile europeo*, di cui ... appaiono velleitari, ancorché generosi i primi tentativi sin qui varati, ma, appunto, una serie di principi, regole e categorie generali" (pag. 115).

VATTIMO, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, 2003 (cfr. nota 3 cap. 1).

(176) Fenomeno messo in luce dall'Autore "giurista colto ed arioso", così definito da FALZEA nell'*Atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 3. IRTI affronta la problematica in particolare nel saggio: *L'età della decodificazione*, Milano, s.d. ma 1979 (già prima in *Diritto e società*, 1978, 613 ss.); ampiamente recensito da MODUGNO, *Decodificazione, pluralità di micro-sistemi, uguaglianza (a proposito di un libro di Natalino Irti)*, in *Giust. Civ.*, 1980, II, 289: il processo di decodificazione iniziato dopo la prima guerra mondiale acquista "una giustificazione ed una significazione: non è più segno di disfacimento e di crisi, ma di ricostruzione e di programma". NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., a proposito della decodificazione parla del "malinconico tramonto di un'epoca" (p. 909).

Ma riportare il "diritto" alla realtà *naturale*, ripudiando il "positivismo", che lo richiude nel codice, reso a un tempo culla e tomba di questa gran legge che ci sovrasta, senza un anelito agli spazi dorati dal sole, non vuol dire, d'altro canto, imparentarsi col "giusnaturalismo"; come ripudiare il "positivismo" non vuol dire negare il "diritto positivo". Tanto poco c'è corrispondenza fra "diritto naturale" e "giusnaturalismo", quanto poca ce n'è fra "diritto positivo" e "positivismo giuridico", così testualmente BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., 23.

Per i profili storici: PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; l'A. prende in esame il problema: dalle codificazioni ai codici e dai codici ai concetti di codice.

vo ed unitario dei rapporti privati, si presenta come diritto comune, luogo di quei principi generali che le altre leggi sviluppano e modificano (177).

Si è assistito ad una radicale modifica della tecnica legislativa e, continua l'A., la stessa interpretazione della legge non può più essere ragionata nei termini della scienza giuridica classica. Il “significato proprio delle parole” e la “intenzione del legislatore” – i due elementi, che dovrebbero rendere palese all'interprete il senso della legge (art. 12, comma 1, disp. prelim. cod. civ.) – acquistano un nuovo valore (178).

Ogni discorso sui criteri ermeneutici e sui relativi temi e problemi può essere condotto o sul piano della teoria generale, o, invece, in funzione di un singolo diritto positivo. Vengono presentate non infrequentemente teorie sulla interpretazione che valgono specificatamente ed esclusivamente per un determinato ordinamento giuridico e non hanno la pretesa né la capacità di valere per ordinamenti giuridici diversi. Siffatte teorie non hanno nulla a che fare con la scienza ermeneutica del diritto e rientrano interamente nella metodologia ermeneutica. Debbono perciò essere tenute distinte, in materia di interpre-

(177) “I codici civili assumono una diversa funzione. Essi rappresentano non più il diritto esclusivo ed unitario dei rapporti privati, ma il *diritto comune*, cioè la disciplina di fattispecie più ampie e generali”, come scrive sul punto testualmente NICOLÒ; *Esperienza scientifica*, cit., 11: “Non sembra siano emerse nuove problematiche generali se non quella della decodificazione, che però è un falso problema, se è vero che tale fenomeno l'aveva già registrato Locré e, se mai, che esso si risolve nell'assegnare al giurista il compito di ricondurre ad unità il sistema, che non è certo una novità” (pag. 5).

(178) *L'età della decodificazione*, cit., 17; per SCADUTO *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 239 (ristampato in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. PALAZZO, Città della Pieve (Perugia), 2002, vol. II., 691 e ss.): “non è possibile fare a meno della tecnica giuridica, giacché essa costituisce la stessa scienza del diritto”... “e che rientra nella tecnica legislativa la formulazione della norma nei termini che le sono propri” (*op. cit.*, 241, nt. 3) “... le finzioni interpretative invece mancano di giustificazione, quando siano basate su motivi di opportunità perché l'interprete non può compiere quelle valutazioni di opportunità che rientrano nei poteri del legislatore” (*op. loc. ult. cit.*).

Sul punto della tecnica legislativa alle volte andata a ramengo: PUGLIATTI, *Aspetti nuovissimi di tecnica legislativa*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, vol. III, 862 ss. Secondo l'A. la L. 5 giugno 1967, n. 431 (che introduceva con novella la adozione speciale) costituisce un ricco campionario dello spregio per la terminologia tecnica. In particolare la legge parla di uno “*stato di adottabilità*”, con un espressione barocca, nella quale è inserita la parola “*stato*”, che costituisce uno dei termini più compromessi e discussi del diritto delle persone e del diritto di famiglia, con riflessi anche nel campo del diritto internazionale privato e del diritto penale”. L'A. prende in esame anche altre leggi: la L. 31 dicembre 1962 n. 1860, sull'impiego pacifico della energia nucleare, ed il D.P.R. 13 febbraio 1964 n. 165, sulla sicurezza degli impianti e la protezione sanitaria dei lavoratori e delle popolazioni contro i pericoli delle radiazioni ionizzanti derivanti dall'impiego pacifico dell'energia nucleare (cfr. più avanti nt. 41).

tazione del diritto, teorie generali e teorie positive: le une riguardano ogni configurabile attività interpretativa per ogni configurabile ordinamento giuridico; le altre, invece, studiano gli speciali mezzi interpretativi che meglio si adattano alla conoscenza di un ordinamento giuridico determinato, o che – come avviene nell’art. 12 delle preleggi al nostro codice civile anche con riferimento all’interpretazione sistematica – sono espressamente predisposti, anche se spesso pleonasticamente, dallo stesso diritto positivo come vincolo alla interpretazione delle proprie disposizioni. Va da sé che soltanto le prime e non anche le seconde appartengono alla scienza teorica del diritto e alla sua teoria generale (179).

I principi generali, che guidano l’interpretazione e colmano le lacune della legge, sono attinti sempre meno dal codice civile e sempre più dalle c.d. leggi speciali, che “sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro – sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche” (180).

I giuristi per raggiungere i fini che sono propri della loro scienza, per interpretare cioè il diritto vigente, per svilupparlo secondo le esigenze mutevoli ed i bisogni sempre nuovi della vita sociale e per comporne le norme in armonico sistema, seguono regole determinate, applicano procedimenti logici particolari e speciali sistemi di ragionamento che non coincidono sempre con la logica empirica (181).

Il complesso di questo regolamento normativo forma la tecnica giuridica.

Tuttavia, giova ricordare che il tecnico deve cercare in tutti i modi di far sì che la costruzione giuridica imposta dalle disposizioni di legge risponda alla realtà sociale; ma, se i mezzi tecnici di cui egli di-

(179) FALZEA, *Dalla scuola dell’apprendimento alla scuola dell’insegnamento*, in *Scritti in onore dell’Istituto tecnico commerciale “Antonio M. Jaci” di Messina nel CXX anniversario della fondazione (1862 – 1982)*, Tomo I, Messina, 1982, 193.

(180) IRTI, *L’età della codificazione*, cit., 25.

(181) “Dovunque è un metodo, un procedimento, ivi è una tecnica” ed ancora la tecnica giuridica può distinguersi anzitutto in tecnica legislativa e tecnica interpretativa: la prima è relativa ai regolamenti dei bisogni della vita sociale, la seconda abbraccia tutti i mezzi di interpretazione ed applicazione del diritto”: SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Diritto Civile*, a cura di A. PALAZZO, t. 2, Perugia, 2002, p. 691 e già in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225; BIONDI, *Scienza giuridica e linguaggio romano*, in *Jus*, 1953, 13 ss. Per FALZEA: il criterio fondamentale sta nell’attenzione che l’interprete deve porre alla duplice componente di ogni fatto normativo: la componente formale, costituita dall’aspetto esteriore con il quale si presenta all’osservazione dell’interprete il fatto normativo; e la componente sostanziale “costituita dalla situazione di fatto che rappresenta il referente necessario di ogni regola giuridica, *Dalla scuola dell’apprendimento*, cit., 194.

spone per l'interpretazione della legge non consentono di conseguire tale risultato, non può tradire la propria missione, che è quella di indicare il diritto quale è, non quale dovrebbe essere. È quella la sua realtà, non questa. Diversamente operando, distinguendo con criteri arbitrari elaborazione scientifica ed elaborazione tecnica si verrebbe ad una confusione tra la attività dell'interprete giurista e quella del legislatore (182).

L'interprete non è, né potrebbe essere, un puro applicatore di formule, un automa; egli ha pure dei limiti, dei vincoli nell'esplicazione della sua attività ermeneutica. Operando diversamente la certezza del diritto - araba fenice, vale a dire simbolo quasi irrealizzabile ed introvabile - diventerebbe mera utopia, illusione fantastica ed irrealizzabile. Senza precisi punti tecnici di riferimento avremmo il caos del linguaggio, dei concetti e degli istituti; tanto più che il profondo mutamento dei contenuti testuali esige una nuova metodologia.

Si è assistito negli scorsi anni a profondi mutamenti testuali. Questa distorsione metodologica è stata messa in luce da alcuni giuristi, ed in particolare da Nicolò, il quale, scrivendo dell'opera di Salvatore Pugliatti, afferma che questi "non nascose mai la sua insofferenza verso certi atteggiamenti di alcuni studiosi, e assistiamo ad una proliferazione di questo tipo di studi pronti a confondere, in una variopinta commistione, il piano sociologico e quello giuridico, o a strumentalizzare i valori giuridici per l'esaltazione di ideologie politiche. Oggi questo fenomeno è sempre più ricorrente e non può non riconoscersi che tanta parte di quella che appare essere la crisi del diritto, dipende da questa confusione e dallo scarso rigore, che induce a superficialità, ad approssimazioni e che spesso non permette di distinguere tra un contributo che pretenda di essere scientifico e qualsiasi articolo di un giornale più o meno impegnato. Molte persone che oggi scrivono e parlano di diritto, spesso con una presunzione non inferiore alla superficialità, farebbero bene a leggere e a meditare l'opera scientifica di Pugliatti

(182) PUGLIATTI ritiene che è vano polemizzare sulle formule "interpretazione storico-evolutiva", "interpretazione teleologica", "uso alternativo" perché il diritto e la considerazione dei suoi valori vanno apprezzati nel complesso del loro ciclo vitale e con i requisiti che deve presentare l'attività di tutti gli operatori. L'A. così continua: "piuttosto è da tenere presente che le dette formule si prestano tutte, senza eccezione, ad essere polarizzate in opposte direzioni, secondo il modo con cui vengono adoperate e quindi sono strumenti ambigui e pericolosi se asseriti a questa o a quella tendenza particolare o addirittura personale", *Il diritto ieri, oggi, domani, in quaderni per la didattica e la ricerca*, n. 9, Milano, 1993, 19.

per apprendere con umiltà come e con quali intenti si possa e si debba fare opera di scienza” (183).

Gli interventi legislativi, particolarmente incisivi e notevoli dopo le due grandi guerre della prima metà del secolo scorso, hanno apportato anche nel sistema giuridico le profonde innovazioni sopra ricordate, che hanno dato al diritto privato una differente connotazione, più sensibile ai segni dei tempi ed alle istanze talora pressanti dirette ad una maggiore, nuova e differente tutela di situazioni giuridiche soggettive, soprattutto non patrimoniali e che attengono alla sfera della persona (184).

(183) *Presentazione*, in *Scritti in onore (rectius in memoria) di Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Milano, 1978, VIII; “il giurista non può perciò dimenticare, se vuole fare veramente opera di scienza e non vuole fare il giornalista o il politologo, che egli ha dati limitati e che la sua attività è condizionata al rispetto della volontà che si esprime attraverso la norma”: così testualmente NICOLÒ, citato da FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento*, cit., 196. A proposito della proprietà: il diritto dei diritti, e delle spinte sociali ed economiche dirette ad alterarne ed a modificarne la natura giuridica, SANTORO PASSARELLI scrive che non si potrà arrivare alla trasformazione della proprietà da diritto soggettivo a funzione sociale – i due termini sono incompatibili come aveva avvertito Pugliatti – senza un mutamento dell'attuale assetto costituzionale, *L'opera di Salvatore Pugliatti, La proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 575. “Chi non ricorda, ad es., la qualità attribuita al diritto di proprietà di essere elastico? La proprietà appare come un *corpo* che nel suo stato naturale esplica tutte le sue facoltà. I singoli diritti reali, invece, comprimono questo corpo senza alterarlo”: SCADUTO, *Sulla tecnica legislativa*, cit., 243.

(184) PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Università degli Studi di Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile, JOVENE, s.d., 257 e ss.; in particolare sull'*intuitus personae* e la rilevanza della persona: GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974.

Capitolo II

GLI ISTITUTI GIURIDICI E LA FUNZIONE ECONOMICA
NELLA TECNICA DELL'INTERPETRAZIONE1. **Profili della funzione economica dell'istituto nel fenomeno sociale**

L'istituto giuridico può definirsi come un complesso di norme che disciplina un gruppo di materie e di fattispecie riunite per affinità e conformità di contenuto (185).

Più specificatamente le norme giuridiche non si presentano isolate ma raggruppabili (186) per il contenuto ovvero per le fattispecie che disciplinano: l'istituto è il complesso dei principi e delle norme che regolano un determinato fenomeno sociale e, allo stesso modo, il fenomeno stesso regolato da tali norme: l'istituto della famiglia, quello della proprietà (187).

I raggruppamenti di materie e di fattispecie hanno la caratteristica di procedere per gradi successivi e di tendere alla unione dei diversi concetti. Sono istituti giuridici ontologicamente autonomi: la filiazione, il matrimonio, che rientrano nel più ampio istituto giuridico della famiglia; così come lo sono: le cose, i beni, i diritti reali, la pro-

(185) FIOROT, voce *Istituto giuridico*, in *Enc. Filos.* III, Firenze, 1967, 1120.

(186) L'Istituto giuridico è la *risposta unitaria* che l'ordinamento dà a un problema di organizzazione della vita sociale: JUDICA, ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, IV ediz., Padova, 2003, 28;

(187) Nel sistema normativo i precetti sono raggruppati in complessi di disposizioni che hanno per oggetto la disciplina di uno stesso rapporto, ed i vari istituti giuridici "che hanno affinità di materia o di struttura vengono insieme a costituire le diverse parti del diritto (diritto di famiglia, diritto di garanzia ecc.) Tutte parti di un unico ordinamento giuridico che deve essere unitariamente e armonicamente concepito, in modo che anche il significato della norma particolare di un istituto può essere chiarito con il richiamo di norme stabilite per istituti diversi" TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLI ediz., Padova, 2004, 10. L'istituto giuridico è il complesso di norme coordinate per la disciplina dei singoli rapporti tipicamente previsti dall'ordinamento giuridico.

Per RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 575: "Soprattutto nella teoria della norma giuridica si riflette quella straordinaria tendenza della cultura ottocentesca.... verso la generalizzazione e la *reductio ad aequitatem* dei fenomeni studiati. Secondo questa tendenza eliminate (o meglio "ridotte") le differenze, si poteva raggiungere un sistema concettuale generale ed unitario, il quale in quanto tale e di per sé veniva apoditticamente ritenuto come strumento essenziale (e sufficiente) a padroneggiare la realtà analizzata".

prietà, il possesso, i diritti sui beni immateriali che rientrano e si coordinano sotto il più ampio istituto giuridico che è costituito dai beni e diritti reali.

Elementi essenziali dell'istituto giuridico sono: quello teleologico (o funzionale) relativo al rapporto di finalità, e quello strutturale (o morfologico), che designa, in contrapposizione a una semplice combinazione di parti più semplici, un tutto formato di fenomeni solidali, ognuno dei quali dipende dagli altri e non può essere quello che è che in e per la sua relazione tra loro (188).

L'elemento teleologico rende chiaro e intellegibile la *ratio* dell'istituto giuridico ed il fine che il legislatore intende realizzare mediante lo stesso.

L'art. 12 disp. prel. c.c. parla di intenzione del legislatore per significare che non è sufficiente attenersi alla sola interpretazione letterale e che occorre andare oltre l'elemento lessicale.

Per intenzione (del legislatore) si intende la *ratio*, lo spirito della legge ed è l'effetto non soltanto di un motivo contingente (causa, *occasio legis*) che può avere dato luogo alla norma, ma soprattutto del fine da cui discende la previsione normativa che eleva il bisogno sociale a dignità di una legge che è indirizzata a soddisfarlo (elemento funzionale o teleologico).

Le ragioni politiche e il rilievo del bisogno sociale costituiscono un *prius* necessario dell'elemento logico che servono a rendere chiara ed intellegibile la norma.

L'elemento soggettivo: "la intenzione del legislatore", e l'elemento oggettivo: il dato normativo nella sua formalizzazione costituiscono le due facce della medesima medaglia (189).

L'elemento teleologico è immanente, insito in ogni istituto giuridico ed è di tutta evidenza che detto elemento è il risultato, il prodotto della politica legislativa che l'ordinamento giuridico converte in comportamenti positivi (precetti attributivi di un potere) o negativi (divieti).

(188) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ediz., vol. I, Milano, 1957, 53; FIOROT, voce *Istituto giuridico*, cit., 1120.

(189) BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 106 e *passim*, ed anche un lavoro datato ma di notevole attuale rilevanza: SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, s.d., ma 1947, 94 e ss.; ROMANO (Santi), *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 26 ss; SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225 e ss. ed ora in GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto Civile*, a cura di ANTONIO PALAZZO, vol. II, Città di Pieve, 2002, 697 e 701.

Ogni istituto giuridico adempie ad una funzione pratica atteso che permette al soggetto che di esso si avvale di conseguire un determinato risultato, vale a dire lo scopo che si prefigge.

L'altro elemento essenziale: quello strutturale (o morfologico) è diretto alla realizzazione ed applicazione pratica ed ha natura formale cioè va considerato nella sua specifica essenza.

L'elemento strutturale è costituito dal sistema normativo che determina il contenuto ed il coordinamento delle singole norme tra di loro e l'interpretazione è compiuta in funzione dell'applicazione: art 12 prel. "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso..." (190).

Si perviene, così, al risultato dell'interpretazione che è la comprensione e la applicazione della legge intesa come entità oggettiva da considerarsi del tutto autonoma dall'autore materiale della norma (il c.d. legislatore), atteso che la norma vive di vita propria ed è idonea ad adattarsi anche alle fattispecie che il legislatore non ha previste.

A questo punto si pone il problema di considerare la funzione che l'istituto giuridico assolve nel tempo e nello spazio.

Benvero, compito dell'operatore del diritto è quello di applicare il sistema normativo a una realtà in continuo divenire; è perciò necessaria non solo la conoscenza ed il meccanismo della realtà stessa, ma anche la conoscenza del modo come in essa agiscano, dal punto di vista pratico, le varie forme della funzione effettivamente assolta dai vari istituti (191). Questi ultimi, invero, spesso realizzano una funzione diversa da quella tipica. Tuttavia, è la funzione effettivamente assolta e non quella tipica l'elemento fondamentale nella realtà storica ed il punto di partenza del giudizio critico (192).

(190) Ogni regola deve essere letta e interpretata "sia dal punto di vista del linguaggio, sia da quello della *ratio*, alla luce dei caratteri e delle finalità proprie dell'intero istituto. In questo senso, l'istituto è in sé un piccolo "sistema" di norme, ed è il primo gradino per costruire in modo organico l'unità dell'ordinamento" IUDICA, ZATTI, *Linguaggio*, cit., 28.

(191) LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 96, osserva che le leggi devono poter essere mutate ed anzi che sono di loro natura mutevoli, poiché il diritto è profondamente legato alla storia ed al suo incessante processo. Ed ancora "lo Stato come *machine à faire lois* non si contenta di mutare le leggi, di sostituire cioè le leggi vecchie con leggi nuove; aggiunge, invece di continuo leggi nuove a leggi vecchie (*op. cit.*, p. 97).

PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 79.

(192) Rileva PUGLIATTI, che i Romani, pur legati strettamente alla parola e alla interpretazione verbale delle formule giuridiche, seguivano la tendenza di adeguare l'interpretazione agli interessi pratici, sicché persino la logica si adattava al fine pratico (*La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 113).

Ogni sistema giuridico è composto da elementi differenti e contrastanti ed è compito dell'interprete ordinarli in un sistema coerente.

Il primo problema è la contrapposizione del sistema ad una realtà perennemente mutevole.

I contrasti che l'interprete deve regolare non riguardano soltanto l'attrito tra un dato sistema giuridico e la realtà sociale, e quindi tra il sistema normativo e la sua effettiva applicazione, ma anche la tensione tra la struttura e la funzione tipica di un istituto, da un lato, e la sua funzione reale ed effettiva dall'altra.

La norma giuridica si fonda sul suo generale riconoscimento e, quindi, sulla sua spontanea osservanza ed alla sua violazione consegue la sanzione.

Tuttavia non è sufficiente formulare norme di comportamento rimettendo l'osservanza alla volontà del destinatario. Ciò, storicamente, non è mai stato sufficiente tanto che le leggi sono state rafforzate da apposite sanzioni e gli ordinamenti giuridici hanno acquistato il carattere della coercibilità: gli ordinamenti prevedono la esecuzione coattiva in caso di mancata osservanza dagli ordini emessi da organi predisposti a tal fine: organismi giudiziari e pubblica amministrazione (193).

I tempi segnalano che capitoli essenziali e di grandissima rilevanza nel diritto privato europeo (194) sono frutto dei trattati, delle Convenzioni, delle carte, dei protocolli, e delle direttive, delle raccomanda-

Il problema dell'interpretazione non può essere posto in modo uniforme per tutti gli ordinamenti giuridici, atteso che lo stesso è strettamente condizionato dalla natura del sistema giuridico a cui l'interpretazione si rivolge nei diversi momenti del processo storico generale. Quanto precede trova conferma nello studio storico dell'ordinamento giuridico romano che si è svolto per oltre mille anni: "Il significato, il carattere e la funzione dell'*interpretatio iuris et legis* sono andati infatti cambiando nelle diverse epoche storiche attraversate dal diritto romano", SERRAO, voce *Interpretazione della legge (dir. rom.)* in *Enc. del. dir.*, XXII, Milano, 1972, 273; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1961, *passim*.

(193) PUGLIATTI, *Il diritto ieri, oggi, domani*, Milano, 1973, 14 che così continua: "Sotto questo profilo, o piuttosto con riferimento al particolare momento e alla peculiare contingenza, la teoria secondo la quale la norma giuridica non esprime un comando, non ha carattere imperativo, ma si concreta in un semplice giudizio, forse meriterebbe di essere riveduta".

Sulla distinzione e la sovrapposizione tra linguaggio giuridico e qualificazione della norma: RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 573; ID. *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 21 e in part. 24.

(194) GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2003, 7 ss., POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VI, Padova, 2001; DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Milano, 2002; TESAURO, *Diritto comunitario*, 2ª ed., Padova, 2001; LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003.

zioni, delle risoluzioni, delle conclusioni (195), della creazione giurisprudenziale e il contenuto degli istituti (il contratto, la concorrenza, la tutela del contraente più debole) è direttamente collegato alle normative comunitarie ed alla creazione giurisprudenziale. Gli istituti devono reggere non solo al mutamento della realtà sociale ma anche a questa nuova *vis* normativa ed al carattere creativo della giurisprudenza comunitaria, i cui orientamenti finiscono per avere un valore decisivo.

Il diritto privato europeo, si sovrappone e si innesta sui diritti nazionali di differente tradizione, cultura e realtà sociale.

2. Il conflitto tra la struttura e la funzione dell'istituto

Ogni sistema giuridico è il risultato di una opera frutto dell'unione delle spinte sociali, degli orientamenti politici talvolta in armonia, altre volte frutto di compromessi.

Certo è che la Società e la convivenza hanno necessità di regole (196).

Nella creazione della norma e nella costruzione dell'istituto concorrono differenti orientamenti e teleologismi; occorre tenere presenti le necessità economiche, le pressioni dei gruppi di potere, gli orientamenti di politica economica.

Tuttavia il perseguimento di un fine al di là di quello direttamente voluto può concorrere nella trasformazione di un dato sistema giuridico, e norme o istituti diretti a perseguire un fine determinato potranno produrre effetti in una diversa direzione e realizzare altri scopi.

Può avvenire che la formulazione legislativa sia il prodotto di un equilibrato ed armonico sviluppo politico, economico e sociale, così come, di contro i cambiamenti possono essere rivoluzionari e rapidi nella storia giuridica, in tal caso l'iniziativa legislativa corre parallela ed è proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi che occorre

(195) SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002; NASCIBENE, *Comunità e Unione europea*, 5^a ed., Torino 2002.

(196) MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. del dir.*, XXXIV, Milano, 1985, I ss. IUDICA, ZATTI, *Linguaggio e regola del diritto privato*, cit., 8; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 2; FRANCESCHELLI, *Introduzione al diritto privato*, cit., 137; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 17^a edizione, cit., 3; CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, 1998; CASTIGLIONE, GUASTINI, TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, 4^a ed., Genova, 1984.

fare riferimento alla tecnica dell'evoluzione, entro i limiti in cui i detti fenomeni storici possono essere ricondotti nelle categorie empiriche che tendono a raggruppare fenomeni tra loro diversi e, alle volte, eterogenei.

Giova soffermarsi sul contrasto tra la struttura di un istituto e la sua reale funzione, quando la trasformazione sociale è il risultato di un processo lento e graduale, per indagare come un istituto giuridico può assolvere a nuove funzioni, e ciò indipendentemente da una modificazione nella sua struttura e nella sua disciplina giuridica.

A questo punto il discorso si fa più ampio e si rivolge ad altre discipline. Benvero il contrasto tra la struttura e la funzione di un istituto richiede, per una corretta indagine metodologica, di fornire la scoperta di nuovi risultati (197), ed è compito dello storico scoprire la funzione originaria dell'istituto nei confronti della sua nuova funzione.

La esigenza che ogni tecnica ha sempre cercato di soddisfare è stata ed è quella di definire i termini ed i concetti, esigenza sentita anche dagli studiosi del diritto i quali si sono trovati di fronte a due ordini di difficoltà: quella che i termini giuridici sono spesso presi a prestito da linguaggi diversi: quello corrente, quello scientifico e quello tecnico, e quella che, nell'evolversi del tempo, i termini ed i concetti hanno spesso perduto il loro valore originario, si sono stemperati, se non, addirittura, modificati, ed hanno assunto diversi significati a seconda anche del periodo storico e sociale nel quale sono stati rielaborati; pur rimanendo il termine ed il concetto uguale nella sua espressione semantica. Si pensi, a titolo di esempio, alle vicende che hanno interessato, nel tempo, un istituto come la enfiteusi e come il contenuto è stato riempito o svuotato a seconda delle spinte della politica legislativa.

Parlare di esperienza giuridica significa porre al nostro esame termini naturali, definire la ricerca in riferimento ad una certa cultura, ad un certo *modus vivendi*, ad un determinato atteggiarsi delle forze politiche, economiche e sociali che agiscono e circolano entro quei termini e tipizzano la vita del diritto e le cristallizzazioni che da e in quella vita si formano e che siamo soliti chiamare *istituti* (198).

(197) Quella che BACONE chiama *ars inveniendi* rivolta a "*ignota detergere, non ante cognite recipere aut revocare*" (*De dignitate et augmentis, scientiarum*, con note di L. ROSSI, Napoli, 1927, V, 3).

(198) KALINOWSKI, *Introduzione allo logica*, a cura di M. CORSALE, Milano, 1971, 79.

A quanto precede è da aggiungere che il linguaggio giuridico contiene sia espressioni definite che espressioni non definite ed il legislatore è alieno dallo specificare il contenuto di tutte le espressioni, soprattutto se attinenti alla teoria generale, come, ad esempio: negozio giuridico, atto giuridico, fatto giuridico, capacità giuridica, anzi, spesso, lascia loro il senso che avevano nel linguaggio da cui le ha tratte (199).

La definizione è una breve ed univoca caratterizzazione di qualche cosa (200) e cerca di soddisfare l'esigenza di porre rimedio alla confusione sia dei concetti che delle parole (201).

La definizione è da intendere come ricerca del senso del termine e del concetto per la eliminazione di confusioni e di incertezze, come mezzo quindi per la ricerca della verità (202).

(199) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, 3 s. L' A. riporta una puntualizzante espressione del BLOCH (*Apologie pour l'histoire ou metier d'historien*, Paris 3, 1959: "Au grand désespoir des historiens, les hommes n'ont pas coutume, chaque fois qu'ils chagent de moeurs, de changer de vocabulaire") e la continuità dell'istituto, prosegue GROSSI, rischia di divenire la mera continuità di un nome (GROSSI, *Le situazioni*, cit., 3, 4; ID., *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1963, 31).

Si pensi in proposito alla tendenza della *locatio ad longum tempus* a trasformarsi da rapporto obbligatorio in rapporto reale (nel diritto intermedio), ed alla peculiarità che essa veniva considerata come rapporto reale se stipulata *ad longum tempus*, come rapporto obbligatorio se, invece, stipulato *ad modicum tempus* (GROSSI, *locatio cit.*, 29 ss.) Per un approfondimento della problematica della locazione e dei rapporti reali di godimento nel diritto comune: ID., *Problematica strutturale dei contratti agrari nella esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 277 ss.; ID., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale corso di storia del diritto*, Padova, 1968, 215 e s.; in generale MASI, voce *Locazione (storia)* in *Enc. del diritto XXIV*, Milano, 1974, 907 e ss. ed in part. 915.

La dottrina giuridica ha sottoposto ad attenta analisi e ad acuta critica la c.d. entificazione dei concetti giuridici: ORESTANO, voce *Azione*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 811 ss.; ID., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 190 ss.

(200) KALINOWSKI, *Introduzione*, cit., 72; RUSSO, *Cinquanta "tesi" sulla interpretazione delle leggi civili, formulate da un giurista "positivo"*, *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 409: occorre considerare distintamente *pragmatica, semantica e sintattica* del discorso legislativo. Rileva KALINOWSKI che "tali studi non sono stati ancora intrapresi"; ma lo studio dei procedimenti spirituali di interpretazione dei giuristi presuppone una semiotica giuridica generale del discorso legislativo, distinta nelle sue tre parti sopra citate, e secondo la specificità di tutti i linguaggi giuridici" (*op. loc. cit.*).

(201) Secondo ARISTOTELE, il linguaggio ha una funzione significativa concettuale: si riferisce a concetti e attraverso i concetti alle cose (RUSSO, *Cinquanta "tesi" sulla interpretazione delle leggi civili, formulate da un giurista "positivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 403, 410, 422). ARISTOTELE chiama generalmente definizione (ὅρος ὀρισμὸς), la enunciazione di quell'insieme di caratteristiche, le quali possono attribuirsi, prese tutte insieme, unicamente alla cosa definita, manifestandone l'essenza (J. DOPP, voce *Definizione*, in *Enc. fil.*, vol. 2, Firenze, 1967, 279 ss.) Dopo ARISTOTELE, tutti i trattati di logica contengono una sezione che tratta della definizione.

(202) Sovvengono le parole di PASCAL: "Desideriamo la verità e non troviamo in noi che incertezza", (pensiero numero 387, secondo il criterio logico di raggruppamento del BRUNSCHVICG).

Definizione, nel linguaggio non tecnico, è la espressione verbale stringata, ma completa, sia dell'essenza di un cosa sia del senso di una parola.

La parola, il termine, la espressione possono essere intesi in vari modi: la parola può designare qualche variante impreveduta di ciò che è familiare, come un fatto complesso mentre se ne aspettava uno semplice ed unitario, un fatto futuro mentre se ne aspettava uno presente, un fatto psicologico mentre se ne aspettava uno materiale. La parola può anche designare ciò che in un certo senso è una definizione; infine la parola designa qualcosa di diverso dalle altre cose, in quanto non possiamo toccarla, sentirla o vederla (203).

La tricotomia teorica sopra riportata ha costituito fonte di incertezze per i giuristi, quando hanno dovuto affrontare il problema della definizione dei termini e dei concetti giuridici (204).

Il contrasto tra la struttura di un istituto e la sua funzione reale è un fattore fisiologico, atteso che è impossibile l'aggiornamento di uno schema alla varietà dei casi concreti.

Ma tale conflitto assume un significativo rilievo allorché la funzione è differente da quella tipica della sua struttura. Si verifica allora un contrasto assiologico, fondato, cioè, su un giudizio di valore tra il modello giuridico (la fattispecie), e la realtà sociale (giuridica).

Esiste sempre una differenza di valori tra la realtà sociale e la effettiva funzione degli istituti che sono sorti proprio per regolare i detti fenomeni sociali, e la diversità della realtà sociale comporta una diversità nella funzione degli istituti e delle norme.

3. **Tecnica giuridica e tecnica dell'interpretazione**

Nella sua accezione più ampia l'insieme delle norme e dei principi che regolano la pratica di una attività prende il nome di tecnica. In

Sotto il profilo della logica generale, la definizione, considerata come operazione dello spirito consiste nel determinare la *comprensione caratterizzante un concetto* (LALANDE, *Dizionario critico di filosofia*, cit., 188). Per il KALINWOSKI, *Introduzione*, cit. 72, vi sono definizioni tanto nei campi del sapere reale (per es. diritto), che in quelli del sapere formale (per es. matematica). In entrambi i casi le definizioni si collocano a quel livello dell'attività intellettuale in cui il pensiero è indissolubilmente unito alla parola. Lo stesso termine "definizione" in senso proprio designa la caratterizzazione di una espressione: per esempio, concetti giuridici, che costituiscono il significato di espressioni definite, ovvero di definizioni di cose (*loc. ult. cit.*).

(203) HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Milano, 1964, 43, n. 1.

(204) HART, *Contributi*, cit. 45.

modo particolare è anche detta tecnica l'impiego di strumenti e di procedimenti specifici per la migliore esecuzione di un'opera.

Tuttavia l'insieme dei procedimenti ben definiti è destinato a produrre determinati risultati ritenuti utili. Per tecnica si intende, ancora, l'insieme dei metodi organizzati che si basano su una conoscenza scientifica. Ancora, per "tecnico" si vuole intendere, in contrapposizione a "profano", chi conosce il complesso dei mezzi e raggiunge risultati che non consegue chi non è in possesso di essi.

La contrapposizione che precede è relativa a tutte le attività dell'uomo: sia quelle intellettuali che quelle materiali: la tecnica musicale, la tecnica dell'affresco, la tecnica di un artista, di uno scrittore.

Ne consegue che la scienza giuridica ha una propria tecnica riservata agli iniziati.

Non è realizzabile ed è utopistico pensare che il diritto possa essere accessibile anche non tecnici, trattandosi di una scienza positiva.

Basti porre l'attenzione all'art. 132, 2° c. n. 4 del c.p.c., il quale prescrive che la sentenza deve contenere..." la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione" e nella motivazione devono essere esposte "le questioni discusse e decise dal collegio e indicate le norme di legge e i principi di diritto applicabili" (art. 118, 1° c. disp. att. c.p.c.). I richiami normativi sono molteplici ed assoluti (a titolo di esempio art. 12 disp. sulla legge in generale, artt. 1362-1371, 1418 e 1426 cod. civ., artt. 163, 3° c. n. 4, 414, n. 4 e 416, 3° c.p.c.).

Il diritto è un prodotto non, naturale è il frutto di scelte volute dalla società intesa in senso lato e nelle sue varie componenti. Alcune esigenze vengono positivamente regolate e codificate ed assumono il carattere della obbligatorietà.

I concetti giuridici sono razionali, e per il principio dell'araba fenice della certezza del diritto, devono essere chiari, intellegibili.

L'efficacia della tecnica giuridica svolge la sua funzione primaria allorché si tratti di applicare la norma astratta alle fattispecie, vale a dire ai casi particolari che interessano, atteso che la corrispondenza di questi con l'ipotesi astratta prevista dall'ordinamento è necessaria per la produzione degli effetti previsti dal dato normativo.

Maggiore è il rigore della tecnica minore è la tendenza a valutazioni soggettive e quindi ad una più facile ed inarrestabile corsa verso l'arbitrio e l'uso distorto del diritto anche se mascherato da tendenze sociali o da spinte moderniste.

I concetti giuridici sono caratterizzati dalla loro relatività e storicità e, di conseguenza, dalla loro mobilità.

La tecnica interpretativa consente la oggettiva applicazione di un sistema giuridico, di un *corpus juris* esistente, ai fatti che il divenire presenta ed occorre osservare ed applicare criteri di coerenza logica, e di continuità storica (205).

I concetti elaborati dalla dogmatica giuridica consentono l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico alle nuove fattispecie per assicurare la loro soluzione secondo criteri di oggettiva coerenza e di logica interpretativa.

Siamo nel campo della dogmatica giuridica intesa come il complesso di concetti e di principi che gli studiosi utilizzano per lo studio del diritto (206).

Per comprendere ed interpretare un istituto giuridico occorre ricercare la funzione che è destinata a compiere ed ogni valutazione critica dovrà tenere conto della sua reale funzione.

Ogni istituto giuridico è dotato di una propria struttura: i vari elementi sono considerati in un rapporto di interdipendenza e di correlazione e formano un tutto per realizzarne la funzione.

Gli elementi contribuiscono a creare un equilibrio per la realizzazione del fine, alcuni sono rivolti alla attuazione della funzione altri fanno in modo che non si verifichino abusi o usi "alternativi". Basti por-

(205) Il nostro ordinamento giuridico si differenzia da quello romano in ordine, ad esempio, alla formazione delle fonti del diritto. Basti porre l'attenzione dell'attività del Pretore. Tuttavia i giuristi romani furono impareggiabili nella scienza (che divenne arte) di derivare le soluzioni da principi generali osservati con rigore. I romani si mossero nell'ambito della pratica, e sempre la tennero in evidenza traendo dall'esperienza della vita quotidiana le situazioni per i casi concreti, le correzioni delle norme vigenti, la ricerca di rimedi nuovi. Certo è che il sistema giuridico romano raggiunse, sotto ogni aspetto, "una perfezione rimasta insuperata nella storia di tutti i tempi", CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano* cit., 31.

(206) Per le problematiche relative al valore della dogmatica giuridica cfr. il lavoro datato, ma di grande attualità di ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, 2°, Torino, 1961, Id. le opere *supra* citate alla nt. 4, 199. ASCARELLI, *interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 157, BETTI, *Teoria dell'interpretazione* cit., 71; ID. *Diritto Romano e dogmatica odierna* in *arch. giur.*, voll. 99-108;

In generale sulla scienza giuridica: PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica* in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, 692, dove così testualmente si legge: "La scienza giuridica nasce e si forma intorno alla metà del sec. XIX in Germania. L'incontestabile merito della formazione della scienza giuridica spetta alla pandettistica tedesca e ai giuristi che preparano la codificazione. Mezzo secolo di intenso lavoro, il cui risultato più apprezzabile è proprio la formazione della scienza giuridica, assai più che il B.G.B. del 1900"; GIULIANI, voce *Giuridica scienza*, in *Enc. Fil.*, 3, Firenze, 1967, 234.

re l'attenzione alla dottrina generale della annullabilità del contratto, in particolare all'annullabilità per errore (art. 1427 e ss. cod. civ.); ai principi della correttezza e buona fede (art. 1175, 1137, 1358, 1366, 1375 cod. civ.); al risarcimento per fatto illecito (art. 2043 c.c.), ovviamente gli esempi sono molteplici.

Gli effetti giuridici ed i risultati di un istituto giuridico dipendono dalla sua perfezione tecnica.

Le difficoltà crescono in misura esponenziale allorché al *corpus juris* si affianca un vorticoso proliferazione legislativa, talora anche confusa, contraddittoria e poco tecnica (207), o la pericolosa legislazione c.d. urgente di emergenza.

La legge non costituisce una collezione di enunciati indipendenti, risulta dalle "aperture" della legge poste nello stesso art. 12 disp. prel., verso elementi extratestuali: l'intenzione del legislatore, l' analogia, i principi generali. Questi elementi impongono all'interprete la considerazione della legge come sistema (208).

A questo punto per la dogmatica giuridica è necessario un rigore di metodo che non tollera crepe o cedimenti (209).

4. La obbligatorietà della dogmatica giuridica

L'interprete è vincolato (d)al dato formale che pone un limite al processo interpretativo, questo è un lato della medaglia, il rovescio è la realtà della vita sociale. Bisogna valorizzare il diritto vivente e l'attua-

(207) Scriveva DESCARTES sul *Discours de la méthode* (traduzione di M. Garin, Bari, s.d. ma 2001, pag. 24, s.): *Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées*” ecco l'attualità del pensiero: “e come la molteplicità delle leggi offre spesso una scusa ai vizi, dimodochè uno Stato risulta molto meglio organizzato quando, avendone pochissime le vede osservate col massimo scrupolo”.

Il caos legislativo (destinato a crescere), la molteplicità delle fonti, e delle competenze, ad ogni livello, sono un modello opposto a quello auspicato dal pensatore di Turenna a La Haye (oggi La Haye Descartes o semplicemente Descartes).

LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 97.

(208) RUSSO, *Cinquanta "tesi" sulla interpretazione delle leggi civili, formulate da un giurista "positivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 407. Già in precedenza: ID., *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000.

(209) L'unico limite alla incontrollata libertà (*rectius all'arbitrio*) dell'interprete sta nel *self-restraint*: ALPA, *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in *Diritto giustizia interpretazione*, a cura di J. DERRIDA - G. VATTIMO, Roma-Bari, 1998, 207 ss.

zione spontanea. Prendiamo ad esempio la “madre” di tutti gli istituti: la proprietà.

Non si vuole neppure marginalmente accennare al *terribile diritto*, si vuole solo mettere in luce come la carenza di rigore interpretativa appare in maniera più evidente allorquando si tratta di istituti di grande rilevanza sociale ed economica (210).

La struttura giuridica tradizionale della proprietà si fonda ontologicamente sulla relazione diretta tra il soggetto (proprietario) e il bene oggetto della proprietà.

Dietro la struttura tradizionale del diritto di proprietà emerge una società di proprietari agricoli sia nel diritto romano che nella *common law* (211).

La proprietà industriale (art. 2555 cod. civ.) è ben differente dalla struttura giuridica tradizionale della proprietà perché prima che una proprietà è un potere imprenditoriale di direzione (art. 2082 cod. civ.).

Occorre prendere le mosse dagli studi di Pugliatti, (212) per via del metodo applicato e dei risultati raggiunti, atteso che in questa ricerca il metodo dell’A. trova conferma nell’applicazione che ne verifica la validità (213).

(210) Come la definisce RODOTÀ, *Il terribile diritto*, 2^a ed. BO, 1990, da ultimo, MATTEI, *I diritti reali*, I, *La proprietà*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino 2001; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato CICU*, MESSINEO, VIII, 2, Milano 1995, per una teoria unitaria della proprietà anche relativamente ai beni di interesse pubblico; IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 435.

(211) Il rapporto tra il soggetto e il bene è esclusivo e non tollera limitazioni: *my house is my castle: the king can not enter in*, principio che ha indubbiamente diversi significati nei riguardi della tradizionale proprietà agraria e nei confronti della moderna proprietà industriale.

(212) “*La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954 e in precedenza: *Istituti di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938. *Della proprietà: disposizioni generali. Della proprietà fondiaria*, in *Commentario Barbera – Libro della proprietà*, Firenze, 1942, 121, e poi *Lineamenti della proprietà agricola*, *Riv. dir. agr.*, 1953; *La proprietà e la proprietà, con riguardo alla proprietà terriera*, in *Atti del III Congr. Naz. Di dir. agr.*, Milano 1954; *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954; *Proprietà e lavoro nell’impresa*, *Riv. giur. del lav.*, 1954, fasc. 3; *Terra, azienda agricola e impresa agricola*, *Riv. di dir. agrario*, 1957; *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

(213) La ricerca di PUGLIATTI, ha profondamente influito nella letteratura relativa allo studio del diritto in generale e di quello della proprietà in particolare. Si segnalano senza alcuna pretesa di completezza: NATOLI, *La proprietà*, vol. I, Milano, 1965; RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1952; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; IRTI, *Proprietà ed impresa agricola*, Napoli, 1965; RODOTÀ, voce *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967, 125; COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965; RESCIGNO, *Proprietà e famiglia*, Bologna, 1970; ID., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 1; PERLINGERI, *Introduzione alla problematica della*

Giova qui di seguito brevemente sintetizzare il pensiero dell'A. per rivivere la (r)icostruzione metodologica dello istituto, che è nuova perché adotta criteri oltre che tecnicamente giuridici, anche storici, sociologici ed economici.

L'A. premette che i giuristi hanno la tendenza a concentrare l'interesse del loro studio sugli schemi astratti, a volte addirittura sulle formule verbali. E proprio sul tema si può ricordare lo strano e bizzarro fenomeno dal secolare affacciarsi dei giuristi medievali (quantomeno i post-glossatori) attorno alla definizione della proprietà, con assoluto distacco dalla realtà e dalla storia che frattanto aveva portato l'umanità dalla servitù della gleba e dal feudalismo alla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Chi voglia intendere quali siano i termini di quella che può dirsi "la questione della proprietà", deve riportarla e ricollegarla alla situazione generale della realtà contemporanea; e se ha bisogno della prospettiva storica, deve adattarsi a rifare la storia della proprietà nella storia generale della società.

Dopo essersi intrattenuto sull'unità del concetto di proprietà collettiva, riconosciuta dal nostro diritto positivo, Pugliatti pone l'accento sulla funzione sociale della proprietà, della quale si può parlare sia in relazione alle norme speciali che la realizzano sotto aspetti particolari, che vanno coordinati in un quadro generale; sia in relazione alla tendenza del nostro ordinamento giuridico a polarizzare la proprietà verso la funzione sociale. Sotto il primo profilo, si può dire che la proprietà ha non soltanto specifiche e particolari funzioni sociali, bensì, in complesso, capace di accogliere quegli altri che in concreto verranno realizzati. Sotto il secondo, si può affermare che la proprietà si avvia ad essere strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica funzione sociale, e che l'impulso a tale radicale trasformazione della sua struttura e della sua natura si realizza già nell'ordinamento giuridico. Tale trasformazione verrà

proprietà, Camerino-Napoli, 1971; NATOLI, *La proprietà*, Milano 1976; SACCO, *La proprietà*. Sommario delle lezioni di diritto civile tenute nell'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968, Torino, 1968; BARCELLONA, *Istanze individualistiche ed esigenze sociali nella configurazione del diritto di proprietà*, in *Gli istituti fondamentali del diritto civile*, Napoli, 1970; LUCARELLI, *La proprietà "pianificata"*, Napoli, 1974; GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975; e con riferimento alla proprietà nella Costituzione: A. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 443 e ss.; SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1972, 465 e ss.; LUCARELLI, *Ideologie della proprietà. Profili costituzionali e legislazione speciale*, Napoli, s.d.; GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici*, tomo II, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982.

realizzata dalle leggi, ma la crisi è in pieno svolgimento. E in relazione ad essa acquistano importanza e significato le trasformazioni particolari, così che il primo profilo si abbina e si confonde con il secondo.

Il punto di partenza è che entro la cornice di quello istituto (o complesso di istituti) che si indica col termine proprietà, si raccolgono situazioni assai differenti, sotto diversi punti di vista. Dal profilo soggettivo, la proprietà solitaria di tipo romanistico, alla quale si accompagna il condominio del medesimo tipo germanico, ma addirittura alla proprietà collettiva (214).

Dal profilo oggettivo, la proprietà dei beni di maggiore importanza sociale, immobili e mobili registrati, suolo, terra coltivabile, ha registrato la progressiva e crescente invasione della sfera privatistica da parte di quella pubblicistica. L'esame di codesti profili consente di censire particolari situazioni per le quali si adattano formule particolari: proprietà funzionale, proprietà funzione, proprietà risolubile, proprietà formale, proprietà condizionata, fiduciaria, e così via.

Tutte queste situazioni sono caratteristiche di per sè, ma ancora più per la fisionomia che la loro presenza imprime al panorama della proprietà. Non si tratta soltanto di una questione terminologica, e neppure di una questione di pura sistematica concettuale.

Si tratta della questione fondamentale di sistematica sostanziale che il giurista oggi deve affrontare, occupandosi della proprietà *tout court*, e dei suoi rapporti con l'impresa e con il lavoro.

La proprietà privata non solo, per "i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dell'ordinamento giuridico" (art. 832 c.c.) (215)

(214) Come scrive testualmente GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 600: "Nessuna pagina pugliattiana è più eloquente di quella che si legge nel volume del '54 che raccoglie i suoi scritti in tema di proprietà, dominata com'è dalla consapevolezza del rapidissimo mutamento in atto che involge e coinvolge tutto il tema dei diritti reali nonchè della ineludibile storicità dell'interprete immerso fino al collo in questo divenire".

Sulla relazione di Pugliatti tenuta al congresso di diritto agrario a Palermo dal 19 al 23 ottobre 1952: "La proprietà e la proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145; COSTATO, *Dal codice del 1942 al terzo congresso nazionale di diritto agrario (10 anni di dottrina agraria)*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, 2005 e ss.; ID, *L'imprenditore agricolo: novità codicistiche e polemiche retrò*, *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 89 ss. e in part. 92.

(215) Per lo statuto albertino (art. 29) "tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili", ed il 2° c. prevedeva "una giusta indennità" quando si è tenuti a cederla in tutto o in parte perché lo esiga un interesse pubblico legalmente accertato. Il limite alla assolutezza del diritto di proprietà: l'art. 436 del codice civile del 1865 "purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti", era la traduzione di quanto statuito all'art. 544 del codice Napoleone: "*pourvu qu'on n'én fosse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemen*".

adempie una “funzione sociale”, tuttavia se assume essa stessa la natura di funzione sociale non può farsi rientrare nella categoria dei diritti soggettivi, nè rientra nello schema costituzionale che la riconosce e garantisce (216).

E per Pugliatti, non si potrà arrivare alla trasformazione della proprietà da diritto soggettivo a funzione sociale, anche perché i due termini non solo contrastano, ma sono incompatibili, senza una modifica della carta costituzionale (217).

In estrema sintesi può ribadirsi che il diritto soggettivo attiene alla natura giuridica dell'istituto, la funzione attiene ad una delle attività svolta in vista di un certo fine, che si realizza nel complesso di un sistema sociale (218).

Diritto soggettivo e funzione (sociale) sono ontologicamente incompatibili.

L'interprete deve risalire dal testo normativo o negoziale alla volontà espressa. Ne consegue che la interpretazione intesa come ricerca del contenuto della legge o del negozio è sempre necessaria.

Ora l'interprete si trova di fronte ad obiettive difficoltà: da un lato la mera esegesi del testo normativo e dall'altra quella di intermediario tra questo e l'incessante divenire e mutare della realtà sociale.

Compito del giurista è quello di interpretare, tuttavia questa fa conoscere un contenuto al passo coi tempo, atteso che i giuristi: “debbono considerarsi ristretti ad una funzione d'interpretazione, all'interpretazione della coscienza sociale, espressione della natura umana dei

(216) GROSSI “*Scienza giuridica italiana*, cit., 306: “nel caso della proprietà si è parlato da tempo di una dimensione funzionale, tanto che lo stesso costituente ha ritenuto di inserirla nel testo costituzionale (art. 42) pur con una affermazione così vaga da risultare ambigua”. SANTOTO PASSARELLI, *La proprietà*, in *Riv dir. civ.* 1978, 1, 570, è una delle relazioni tenute all'Università di Messina, del 23 maggio 1978 in occasione della presentazione e della consegna alla famiglia di una miscellanea di scritti in onore di PUGLIATTI.

(217) SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 575 il quale così conclude: “oggi sotto i limiti, gli obblighi, i vincoli sussiste ancora, per quanto in una sfera sempre più ristretta, il nucleo essenziale della proprietà privata, il potere del soggetto di realizzare il suo interesse anche rispetto ai beni d'importanza sociale, e la funzione è assoluta, da tutti quei limiti, obblighi e vincoli. Malgrado tutti questi oneri con la proprietà privata rimangono ancora l'impresa privata, l'autonomia dei privati, una economia privata. Domani, se la trasformazione sarà avvenuta, della proprietà privata rimarrà soltanto il nome, se rimarrà, giacché il proprietario sarà diventato un funzionario”.

(218) Sui rapporti tra proprietà terriera, impresa e funzione, nel pensiero di PUGLIATTI, che preferisci parlare di situazione giuridica soggettiva, anziché di diritto soggettivo, facendovi rientrare anche la figura dell'interesse legittimo, cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 307 s.

consociati, di quella coscienza sociale da cui deriva la stessa obbligatorietà della legge” (219).

L’esegesi della norma è il primo stadio dell’interpettazione quello successivo è la sistematica concettuale che, trova il suo fondamento nel dato normativo.

E non si può affermare che compito del giurista è la sola esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate, ne si può rinunciare “nell’opera legislativa e in quella interpretativa agli strumenti che la tecnica delle varie generazioni di giuristi ha, nel corso dei secoli, foggiate” (220).

E lo studioso del diritto civile, in particolare, sente l’esigenza di conservare la organicità e razionalità del sistema e dei suoi valori fondamentali soprattutto di fronte al continuo modificarsi delle norme che tutelano le nuove esigenze di una società in continuo mutamento.

5. La tecnica e la soluzione equitativa

La utilizzazione dei concetti giuridici come guida nella ricerca dei fatti (quella che nella espressione inglese si chiama *working hypothesis*, ipotesi di lavoro) per l’applicazione del diritto non sarà possibile se non si comprende appieno il contenuto e la funzione dei corrispondenti istituti, in altri termini il contenuto di quei concetti, ed ancora non sarà possibile il loro giudizio critico senza tenere conto della loro natura e funzione.

Il giudizio critico è rilevante per il legislatore e per l’interprete, che proprio per realizzare la ermeneutica deve tener conto della funzione specifica assolta dall’istituto giuridico, atteso che l’attività interpretativa sia nella ricostruzione della norma che in quella della fattispecie implica una certa seppur modesta discrezionalità e creatività nella quale l’interprete si muove quasi come un legislatore (221), diven-

(219) SANTORO PASSARELLI, *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951, 223 e s.

(220) PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano 1951, 677.

(221) Per un riferimento alle fonti nel senso che nel suo originario significato il termine *lex* avrebbe perfino il significato di imposizione unilaterale di una limitazione o onere che un privato faccia ad un altro: GEORGESCO, *Essai d’une théorie générale des “leges privatae”*, Paris, 1932, 46 ss., 69 ss., 188 ss. Per una puntuale approfondita sintesi della problematica: ORESTANO, *I fatti normativi nell’esperienza romana arcaica*, Torino s.d. ma 1967, 181 ss.

do, però, tenere presente l'effettivo contenuto della norma e la reale funzione dell'istituto nella realtà sociale, anche perché le condizioni sociali finiscono per assumere valore normativo.

La funzione ermeneutica è protagonista dello sviluppo del diritto temperando la fondamentale necessità di tutelare la sicurezza giuridica e la libertà individuale è, quindi, prioritario fissare i limiti di questa funzione (222).

È necessario, da un lato, conciliare lo sviluppo del diritto e della sua concreta applicazione a fattispecie sempre differenti e, dall'altro, la sicurezza giuridica dello adattamento e dell'applicazione secondo regole stabili e ben identificate.

La tecnica dell'interpretazione è lo strumento per raggiungere questa sintesi creativa tra le due esigenze e la scienza del diritto permette, tramite la tecnica che un sistema normativo trovi applicazione alle fattispecie sempre nuove e, diverse, ed i concetti giuridici costituiscono gli strumenti metodologici che permettono siffatte applicazioni il tutto nell'ambito del rispetto delle leggi nonché della continuità e coerenza logica tra le varie soluzioni ipotizzabili.

L'interprete svolge una funzione creativa legata al criterio della continuità: è interprete del dato normativo precostituito, ma è altresì interprete di nuove valutazioni.

Ora questa opera "creativa" compiuta dall'interprete (nelle varie suddivisioni scolastiche) deve tenere conto dei vari istituti e delle loro funzioni.

Nella ermeneutica si deve procedere alla ricostruzione della norma che è legata alla sensibilità dell'interprete, al suo orientamento generale, alle sue valutazioni in ordine alla funzione tipica, in primo luogo, dell'istituto ed a quella effettiva, reale dello stesso, in un secondo tempo.

Il risultato interpretativo di rado è costituito da una univoca applicazione tecnica dei principi del sistema giuridico, che offre, nei confronti delle nuove fattispecie da regolare, differenti soluzioni non contraddittorie e logicamente valide. La scelta della soluzione è legata alla volontà dell'interprete nell'applicazione di uno od altro criterio interpretativo legato al suo orientamento (223).

(222) I criteri interpretativi delle leggi civili non sono applicabili alle leggi penali proprio perché entra in gioco il bene primario della libertà individuale.

(223) MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, X, 1993, 45, parla di controllo della comunità degli interpreti giuridici.

La soluzione deve essere in armonia con il sistema precostituito, attesa la funzione conservatrice e dichiarativa della interpretazione che realizza continui completamenti e rinnovamenti del sistema.

L'operatore del diritto sarà, allo stesso tempo, *viva vox legis* e interprete delle fattispecie e quindi *viva vox jus*, e al di fuori di questo continuo contrasto, non vi sarebbero diverse soluzioni, differenti orientamenti giurisprudenziali, prospettazioni contrastanti nell'applicazione del *corpus juris*, che si realizza attraverso una continua rivisitazione, una revisione metodologica senza la quale nessun sistema giuridico potrebbe realizzare la propria funzione.

Ma come si coniuga quanto precede con la soluzione "equitativa" del caso singolo (224)?

Occorre risalire alle fonti. Nel diritto romano il termine *aequitas* veniva adoperato nel senso di giustizia: *foedus aequum* è il patto con il quale due popoli negoziano in regime di uguaglianza, di giustizia; di contro il termine *iustitia* era la conformità allo *ius*, alla legge: *iustae* sono le *nuptiae* compiute secondo il diritto.

Si parla anche di *benigna aequitas*, in quanto nell'applicazione del giusto, si fanno valere principi di solidarietà umana, di indulgenza, di misericordia.

Ed ancora nel diritto romano classico e più in particolare nel diritto giustiniano l'*aequitas* è intesa come idea di giustizia sia astratta vale a dire generale, sia particolare cioè riferita al singolo caso preso in esame (Celso la definisce *ius est ars boni et aequi*). All'equità si ispirano le norme dello *ius honorarium* e dello *ius gentium*, in opposizio-

(224) La ricerca e la identificazione della equità ha interessato ed affaticato sia filosofi che giuristi.

Per ARISTOTELE L'equità è un raddrizzamento del giusto legale reso necessario dall'universalità della legge: *ἐπιείκεια* intesa non tanto nel senso di clemenza, mitezza di animo, bensì in quello di "correzione della legge nei punti le manca qualcosa per l'essere essa universale" (*Etica nicomachea*, V, 14 1137 a-b), che antepone alla giustizia legale (*τὸ δίκαιον*), perché più precisa e comprensiva giustizia tralasciata dalla legge scritta, (cfr. pure PLATONE, *Definizione*, 4 12, B; PROTAGORA, 346 E). Per un quadro dei motivi salienti del pensiero e della speculazione naturalistico-razionalistico di Aristotele: PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, pagg. 261-266.

L'equità si oppone alla lettera della legge, o alla giurisprudenza e viene intesa come il sentimento del giusto che si manifesta nello apprezzamento del caso concreto.

I Padri della chiesa: AGOSTINO, CIPRIANO, CRISOTOMO si riportano alla concezione romana dell'*aequitas* come uguaglianza, giustizia, che è temperata dalla misericordia atteso che senza questa è crudeltà. CALASSO, voce *Equità (premessa storica)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 65 ss. Ed anche: FROSINI, voce *Nozione di equità*, *IBIDEM*, 69 ss.

ne allo *ius civile*, che si differenziava per la sua connotazione di rigidità, severità e formalismo, ed alla stessa fanno riferimento le decisioni delle controversie.

Ecco che l'equità diventa fonte autonoma di diritto ad *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (225).

Il dualismo tra *ius aequum* e *ius strictum* si riscontra nel diritto inglese con la contrapposizione tra *l'equity* e la *common law* (226).

Il codice civile del 1865 operava un rinvio all'equità soltanto agli articoli 463 (diritto di accessione alle cose mobili), 578 (contestazione tra proprietari in tema di acque); 1124 (esecuzione del contratto), 1652 (scioglimento della masseria), 1718 (quando i soci hanno rimesso il giudizio rimesso per la determinazione delle posizioni ad uno dei soci).

Il codice vigente rinvia all'equità agli articoli 1226, 1374, 1448, 1450, 1468, 1474, 2109, 2° c., 2110, 1° c. e 2° c., 2118, 1° c., 2263, 2° c. Il giudice non può richiamarsi all'equità se non nei casi tassativamente stabiliti dal legislatore (227).

(225) La interpretazione è la sede naturale per la considerazione di istanze di natura etica come l'*aequitas* che sta a fondamento di ogni interpretazione, "basti pensare che la lotta della *voluntas* contro di verba è concepita come la lotta dell'*aequitas* contro lo *ius strictum*". Voci, V. *Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)*, vol. XXII, Milano, 1972, 252 ss e in part. 270 e s.

(226) MAITLAND, *L'equità*, a cura di A.R. BORZELLI, Milano, 1979. L'A. ritiene che occorre pensare all'equità come ad un diritto supplementare, una specie di appendice del nostro codice, una sorta di glossa scritta al codice, un'appendice, una glossa che veniva amministrata da Tribunali espressamente designati allo scopo, e che viene oggi amministrata dall'Alta Corte di Giustizia come parte del codice (pag. 25), ed ivi riflessioni su *law* ed equità.

(227) L'equità è stata variamente intesa: è stata identificata col diritto naturale, ovvero assimilato all'etica o allo spirito della legge o intesa come l'adattamento della norma alla particolarità del caso concreto.

La letteratura giuridica è molto ampia: ROMANO (Salvatore) voce *Equità (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, Milano 1966, 83 ss., ed ivi disamina delle principali teorie a quella data;

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; LA TORRE, *Nome, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari, 1999; RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano 2002; BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica, i soggetti*, 2ª ed. Milano 2002, 84 ss.; PALAZZO, *Interessi per momenti nel diritto privato ed etica antica e moderna* in PALAZZO, FERRANTE, *Etica del diritto privato*, I, Padova 2002, § 1 ss.; I. FERRANTE, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione tra diritto ed equità operato dalla Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2922 e ss. Per una indagine sull'*aequitas* nel diritto medioevale: GALASSO, *Medio evo del diritto, I, Le fonti*, Milano 1954, 476 ss.; ID, *Equità (storia)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 65 ss. ALPA, *Trattato di diritto civile, I, Storia, fonti interpretazioni*, Milano 2000, 961; ID *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 231 ss. GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contratti e impresa*, 1996, 401; (FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano 1966, 69 ss.; PERRIS, *Equità*, in N. D.I., V, Torino 1938, 446 ss.; PIOLA, *Equità*, in D.I., vol. X, Torino 1895-1898, 498 s.

Ora nella soluzione equitativa della singola fattispecie si prendono in esame nuove valutazioni di principi generali e l'equità, piuttosto che come giustizia nel caso singolo si propone come l'affermazione, in un caso concreto di un nuovo principio, che tende a trasformarsi in generale e quindi comune e non più particolare (228).

L'opera interpretativa risente delle esigenze di elasticità o rigidità, di rinnovamento o di conservazione, e dette esigenze concorrono sia che si tratti della interpretazione di un sistema di norme codificato che di singole norme.

Da un lato abbiamo la imprevedibile molteplicità della realtà, e dall'altro il principio della completezza dell'ordinamento giuridico e la prima è l'effetto della interpretazione piuttosto che la sua causa. L'interpretazione procede nel suo divenire e rimuove e integra i suoi processi, i suoi schemi che devono rimanere essenziali ed astratti.

Ne consegue che l'interpretazione non si realizza in una mera attività di conoscenza di elementi costituiti in precedenza, bensì in una più qualificata attività di conoscenza che ha lo scopo di ordinare e ricostruire un sistema normativo già esistente per la sua applicazione a fattispecie nuove e differenti.

Si realizza, in tal modo, il rinnovamento del *corpus juris* preconstituito ed il sistema giuridico dipende ed è strettamente collegato alla sua continua interpretazione ed applicazione.

L'adattamento continuo è il compito dell'attività giuridica che è svolta sia dallo stesso legislatore con le nuove leggi che si collegano a quelle precedenti e si inseriscono nel *corpus juris*, sia dall'interprete con i limiti propri.

Sotto il profilo dogmatico la attività legislativa e quella interpretativa sono in contrapposizione e devono rimanere separate e distinte. L'interpretazione mostra i propri limiti nell'interesse della certezza giuridica e della libertà del soggetto (229).

L'art. 12 disp. prel. al cod. civ. disciplina le norme dell'interpretazione di un ordinamento legislativo completo e indica al giudice gli strumenti per risolvere le fattispecie quando una precisa disposizione

(228) MARCADE, *Spiegazione del Codice Napoleone* vol. I, Napoli-Parigi, 1871 pag. 23: "Adunque, mentre il potere legislativo non regola che l'avvenire, il potere giudiziario non regola che il passato; e mentre il carattere del primo è la generalità, quello del secondo è la specialità".

(229) Nella terminologia filosofica l'interpretazione indica il metodo del comprendere proprio delle scienze dello spirito: BARONE, VATTIMO, voce *Interpretazione* in *Enc. fil.*, vol. III, Firenze, 1967, 1008.

di legge non disponga, e quanto precede trova conferma nell'art. 1 delle disp. prel. al cod. civ., che esclude ogni altra fonte di diritto che non sia direttamente o indirettamente la legge, per il principio che l'ordinamento legislativo ha *horror vacui*.

La interpretazione è attività meramente dichiarativa ed è opera idonea a dare la soluzione a qualunque caso giuridico.

Diverso è il punto di vista storico atteso che non può disconoscersi il valore creativo dell'interpretazione. Basti porre attenzione all'opera dei commentatori del diritto comune che affonda le sue radici nella interpretazione sostanzialmente creativa del diritto giustiniano.

Quanto precede differenzia la scienza giuridica dalla filosofia atteso che per la seconda la interpretazione ha innegabile carattere creativo perché trasforma la norma giuridica astratta in una norma da applicare al caso concreto, ed ancora perché si tratta di atto spirituale. Dal punto di vista filosofico una volta riconosciuto il carattere creativo della interpretazione è evidente la identità della sua natura con la legge.

Sotto il profilo giuridico, nei confronti della fattispecie, la interpretazione si pone come meramente dichiarativa della astratta volontà legislativa, e adegua senza interruzioni questa alla concretezza della fattispecie.

Tornando all'art. 12 disp. prel., occorre dire che la norma giuridica statuisce non solo sui casi che rientrano nella sua espressione formale (previsione), ma anche su quelli che rientrano nell'ambito dei principi generali, che nella sua espressione formale la norma presuppone: "casi simili e materie analoghe".

La tecnica giuridica riporta in precetti pratici gli enunciati della scienza giuridica che è orientata verso la mera conoscenza.

La norma per la sua utilizzazione a fini pratici necessita di una attività: quella tecnica.

Altra distinzione è relativa, da un lato alla conoscenza (attività astratta che riguarda il sapere) e dall'altro all'agire (attività pratica). Si tratta di processi distinti ma non separati che, seppur separati, vanno unificati.

La scienza è orientata verso la conoscenza, la tecnica agisce sulla conoscenza e tra le due attività esiste un cordone ombelicale che le unisce coordinandone la struttura e la funzione (230).

(230) PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 107, 109.

6. I limiti della scienza giuridica e il contrasto tra il sistema normativo e la realtà sociale

Il diritto non è il solo sistema, né costituisce l'unica tecnica che disciplina le relazioni tra gli uomini: è un sistema di norme, una delle tecniche che disciplina i rapporti tra i soggetti. Le sue attuazioni sono differenti nel tempo e nello spazio.

Se si vuole operare un paragone tra i paesi di *common law* e quelli di *civil law* si può rilevare nei primi la esistenza di regole sociali, di contro nei secondi un maggiore contenuto delle norme di diritto positivo; una più spontanea organizzazione sociale nei primi, alle volte più rigorosa che nei secondi, quasi un bilanciamento di una minore e meno rigida struttura giuridica (231).

Nei paesi anglosassoni si riscontra una più generale e spontanea osservanza delle leggi (232): basti porre attenzione alla c.d. frode fiscale che viene condannata dall'opinione pubblica inglese di contro nei paesi latini si è più indulgenti ravvisandosi una difesa del soggetto nei confronti del sistema fiscale con una contrapposizione tra il cittadino e lo Stato, concepiti come parti in conflittualità, mentre nei paesi anglosassoni è prevalente la coscienza che i cittadini costituiscono lo stato e la norma è ritenuta giusta e legittima e quindi, necessaria.

Ne consegue che il cittadino ritiene la norma come propria e non come imposta dal sistema delle autorità.

Applicando il principio del discepolo di Ulpiano, Erennio Modestino: secondo cui le norme sono dirette a: *imperare, vetere, permitte-*

(231) CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1981, 10: "Dal punto di vista storico, per l'Inghilterra, l'epoca moderna non è separata dal Medio Evo, come nel continente, da una profonda frattura, protraendosi l'intero passato nel presente senza soluzioni di continuità. L'Inghilterra non conosce rivoluzioni, dichiarazioni d'indipendenza o, sul piano strettamente giuridico, codificazioni generali: eventi questi che, per un verso o per l'altro, separano i tempi segnando diverse ere".

Il diritto inglese ha *predominantly judicial character*: ossia è essenzialmente giurisprudenziale. Sui diversi significati della dizione strettamente connessi, ma distinguibili nella loro individualità: CRISCUOLI, *op. cit.*, 18 ss.

(232) Scrive GROSSO, nella IV prefazione su "il valore del diritto inglese come dato di comparazione", in CRISCUOLI, *Introduzione allo studio cit.*: "Al disprezzo verso il passato, che è l'illuministico dato caratteriale circolante sul continente dalla fine del secolo XVIII in poi, fa riscontro nel giurista inglese pratico e teorico il convinto rispetto per le generazioni precedenti, di cui egli si sente l'erede e di cui non vuole smentire ma anzi tiene a confessare la successione; rispetto per il lavoro da quello svolto, che è divenuto parte integrante del patrimonio morale e civile della nazione" pag. XLIV.

re, punire, il diritto dovrebbe coprire tutti i comportamenti sociali, tuttavia esistono aree che non possono essere soggette alla disciplina del diritto positivo, ove avvenga una “giuridicizzazione” dei rapporti sociali può accadere che la realtà sociale si oppone all’applicazione di una disciplina giuridica, che praticamente rimarrebbe disapplicata.

Tradizionalmente il sistema giuridico non varca alcuni limiti anche perché una eccessiva “giuridicizzazione”, è di difficile se non impossibile attuazione. Si pensi che il B.G.B. prevedeva un periodo minimo di allattamento per il neonato da parte della madre.

L’art. 2035 cod. civ. sulla prestazione contraria alla legge tutela una particolare ipotesi di irripetibilità del pagamento (così come l’art. 1185, 2° c.; 2034, 2036, 2940), disponendo che il *solvens*, che ha eseguito una prestazione per una causa comune ad entrambe le parti (*solvens* ed *accipiens*), cioè che, anche da parte sua costituisce offesa al buon costume: illiceità per immoralità *ob turpem causam* o *contra bona mores*, non può ripetere quanto ha pagato, e, conseguentemente, l’*accipiens* ha il diritto di ritenere la prestazione, come se questa fosse lecita (233).

Il principio del *in pari causa turpidunis melior est condicio possidentis* predilige il possessore nell’ipotesi di negozio illecito e il beneficio dell’*accipiens* corrisponde ad una auto limitazione del sistema giuridico che non regola i rapporti interni tra i soggetti che hanno partecipato ad un atto illecito e utilizza, proprio per combattere l’illecito il pericolo che ogni soggetto che partecipa all’atto illecito corre di essere vittima dell’altro senza possibilità di tutela giuridica.

Benvero l’art. 2035 c.c. è una vera e propria sanzione a carico dell’autore della prestazione contraria il buon costume (234).

7. La tecnica dell’interpretazione e la soluzione del contrasto

Le fonti di contrasto tra l’ordinamento giuridico preconstituito è la realtà sociale sono il tempo e lo spazio.

(233) CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli 1995; MAFFEIS, *Contratto illecito o immorale e restituzione*, Milano 1999, 121 s. secondo cui il *solvens* potrebbe esperire l’azione di rivendica, atteso che l’art. 2035 c.c. andrebbe interpretato come diretto a negare la pretesa personale alla restituzione fondata sul pagamento e non pure il diritto di esperire l’azione reale; nello stesso senso già prima: SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano 1961, 26 s.

(234) MOSCATI, *Il pagamento dell’indebito*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOIA e BRANCA, Libro IV, delle obbligazioni art. 2028-2042, Bologna-Roma 1981, 311, s.

Il primo perché la trasformazione delle condizioni sociali ed economiche, il divenire dei nuovi ordinamenti generali svuotano di efficacia norme che hanno una loro originaria giustificazione e danno a norme che rimangono identiche una efficacia ed una applicazione diversa dall'originaria (p. es. artt. 1224, 2043, 2059 cod. civ.).

In ordine allo spazio occorre rilevare come la cooptazione di istituti giuridici stranieri si verifica generalmente nelle relazioni commerciali. Di solito "l'esportazione giuridica" avviene nel senso che un paese importa gli istituti da un paese economicamente e commercialmente più progredito e moderno o che cerchi di adottare i propri istituti (trasformandone profondamente la propria funzione: ad esempio si pensi allo schema contrattuale del *leasing* che non è stato oggetto di una apposita disciplina (235).

È noto che il *leasing* è un contratto che rientra per alcuni profili allo schema della locazione, e per altri quello della vendita con riservato dominio (236).

Sotto il primo profilo nel *leasing* di godimento trova applicazione, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, in via analogica l'art. 1458, 1° c. seconda parte cod. civ. con l'effetto che questi non ha diritto alla restituzione dei canoni pagati durante la pendenza del contratto (237).

Se, invece, si rientra nello schema della vendita con riserva della proprietà e quindi del *leasing* traslativo il bene mantiene una sua utilità residua anche dopo la cessazione del rapporto, ne consegue che, l'utilizzatore ha interesse ad esercitare l'opzione ed acquistare il bene.

In detta fattispecie trova applicazione l'art. 1526, 3° c. cod. civ., prevalendo la causa della vendita su quella della locazione, ne consegue che il concedente deve restituire i canoni percepiti, ma ha diritto ad un "equo compenso" per l'uso del bene da parte dell'utilizzatore, oltre

(235) Con la L. 14 luglio 1993 n. 259 l'Italia ha ratificato la Convenzione Unidroit di Ottawa e del 28 maggio 1998 che regola il *leasing finanziario internazionale*.

SCHERNI, *Il leasing finanziario e la convenzione internazionale di Ottawa 28 maggio 1988, resa esecutiva con legge 14 luglio 1993, n. 259*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 725 ss.; FRIGNANI, voce *Leasing finanziario internazionale (analisi comparata)*, in *Dig. disc. priv. Sez. Comm.*, Appendice, Torino 2000, 499 ss.

(236) VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova 1994; PURCARO, *La locazione finanziaria*, Padova 1998; CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, Torino, 1996.

(237) Cass. 12 luglio 2001, n. 9417; 4 agosto 2000 n. 10265, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, 650, con nota di CARDUCCI ARTENSIO, *Leasing: fallimento dell'utilizzatore e problematiche connesse*, pag. 654.

al risarcimento del danno (238). Altri esempi: il *merchandising*, il *know how*, il *franchising*, il *factoring* etc.

Compito del legislatore e dell'interprete è quello di superare e conciliare questo contrasto nell'ambito di un sistema in continuo rinnovamento e con l'esigenza della coerenza al sistema.

Si possono prendere in esame alcuni dei mezzi usati all'uopo nell'interpretazione.

Il primo, e che non ha bisogno di dimostrazione, è quello offerto in tutti i sistemi, dal ripetuto riferimento ai c.d. concetti elastici, alle "finestre dell'ordinamento giuridico": la buona fede (in particolare nell'interpretazione del contratto art. 1366 c.c.) (239); l'equità (nell'interpretazione del contratto art. 1374 c.c.) (240); la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, 1° c., 1710, 1° c. cod. civ.) (241). Se si vuole andare più nello specifico si può fare riferimento "ai principi della correttezza professionale" dell'art. 2598, 2° c. n. 3 del cod. civ. (242).

(238) Cass. Sez. Un. 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, 177, con nota di VACCHIANO, *Leasing finanziario, risoluzione del contratto e fallimento dell'utilizzatore: la sorte dei canoni percepiti dal concedente*.

(239) COSTANZA, *Profili dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, Milano 1989; FERRERO, *La regola di buona fede nell'interpretazione dei contratti*, Torino, 1985.

(240) CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, 208, secondo cui nel ricorso al criterio dell'equità troverebbe espressione il meccanismo della c.d. interpretazione integrativa; BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in Commentario SCHLESINGER, Milano, 1991.

(241) DE LORENZI, *Buon Padre di famiglia*, *Digesto civile*, IV ed., Torino, 1988, 127 ss.; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, VIII, t. I, Torino 1952, 158 ss., secondo l'A. la prima parte del primo comma dell'art. 1710 riafferma il principio generale statuito dal 1° c. dell'art. 1176; BAVETTA, voce *Mandato*, in *Enc. del dir.*, vol. XXV, Milano 1975, 356; RODOTÀ, voce *Diligenza (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano 1964, 539 ss.

RUSSO, ritiene che il generalissimo campo di applicazione dell'art. 1176 c.c. si riflette anche sul rapporto obbligatorio vero e proprio: *Adempimento del dovere e adempimento della obbligazione (art. 1176 e 1218 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.* 2000, I, 737.

(242) GLUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, Torino, 1970, 147 ss.; RAVÀ, *Diritto industriale*, I, Torino, 1973, 339, secondo l'A. "l'art. 2598, dà l'impressione che il legislatore abbia inteso statuire, una seconda regola, a sè stante, con proprio fondamento nel costume; tanto che la dottrina è incerta sul punto se tale regola si applichi anche ai primi due numeri della stessa disposizione, integrandola"; VANZETTI DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 3ª ed., Milano, 2000, 89, secondo gli AA. il n. 3 dell'art. 2598 costituisce una *clausola generale*; ASCARELLI *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano 1960, 186, nel riferirsi ai principi di correttezza professionale il codice si è riferito al "buon costume commerciale", 209; AULETTA *Delle invenzioni industriali dei modelli di utilità e dei segni ornamentali della concorrenza*, art. 2584, 2601, 2ª ed. a cura di MANGINI, in *commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1973, 174 ss.

Nell'ordinamento nord americano si è fatto ricorso agli *standard* della condotta giuridica.

Il giurista si sforza di tradurre l'orientamento sopra rappresentato in precisi concetti, per far ciò deve essere sensibile nel valutare le istanze sociali e così trasformare il diritto in relazione a quelle istanze ed a tutti i fattori che influiscono su questa trasformazione.

Il pensiero corre a quelle forme di tutela della persona che hanno scardinato i vetusti criteri di valutazione della colpa e, di conseguenza, del risarcimento del danno, sostituendo al concetto di colpa quello di rischio. Sul punto si rinvia, alle nuove figure risarcitorie dell'art. 2043 c.c. (243), ed all'art. 2087 c.c. (244).

L'allargamento e l'evolversi della responsabilità datoriale è l'effetto della diversa valutazione sociale di una società industriale che ha nel tempo preso il posto di una società agricola con una conseguente e coerente evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità per danni da *culpa in eligendo* e in *vigilando*, fino alla responsabilità del produttore per i danni subiti dal consumatore per vizi dei prodotti che trovano la loro causa nel ciclo economico produttivo. Si tratta (D.p.r. 24 maggio 1988 n. 224, di attuazione della direttiva comunitaria 85/374) di una disciplina che si aggiunge a quella generale in tema di responsabilità atteso che, la responsabilità extracontrattuale del pro-

(243) È stato riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni ai pregiudizi derivanti da lesione di posizioni giuridiche di interessi legittimi: Cass. S.U., 22 luglio 1999 n. 500. Basti porre attenzione alla bibliografia relativa alle note a detta sentenza per avere contezza della svolta epocale generata dalla citata pronuncia della S.C. Solo a titolo esemplificativo: CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201; FRACCHIA, *Dalla negoziazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *IBIDEM*, I, 3212; ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?* *IBIDEM*, I, 3222; SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo, conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; *IBIDEM*, I, 3226 - PALMERI, PARDOLESI, nota redazionale, *IBIDEM*, I, 2487; MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2274.

BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.* 2000, I, 335; GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello stato*, *IBIDEM*, 355; OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, *IBIDEM*, 391; FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, *IBIDEM*, 679; BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento del danno da lesione di interessi*, *IBIDEM*, 689; per i profili processuali: PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, *IBIDEM*, 775; CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1262 ss.

(244) Con il riconoscimento delle figure del danno morale, del danno biologico del danno esistenziale (cfr. *supra* capitolo primo, paragrafo 6).

duttore si aggiunge a quella contrattuale del venditore del prodotto difettoso (245).

Altro criterio è costituito dall'artificio al quale fa ricorso l'interprete nella qualifica alle volte dello istituto giuridico ed altre volte della fattispecie.

Il problema della qualificazione di un istituto giuridico in un sistema costituisce la premessa per l'applicabilità della norma e dei criteri interpretativi relativi a tutti gli istituti assoggettabili ad una certa qualificazione.

Allo stesso modo la ricostruzione della fattispecie comporta l'inquadramento in uno schema giuridico e quindi una sua qualificazione.

L'operatore del diritto realizza il processo e la qualificazione sia dell'istituto che della fattispecie, darà il risultato dei suoi orientamenti e delle sue valutazioni.

L'interprete farà ricorso al mutamento della qualificazione per adottare il sistema preconstituito alle nuove esigenze e ciò per renderlo conforme alle nuove valutazioni e, quindi, consono ai segni dei tempi.

Può, anche, avvenire che il mutamento della soluzione giuridica è l'effetto di una differente e nuova ricostruzione della fattispecie, che è rimasta identica. La nuova ricostruzione è l'effetto di nuove esigenze e di nuove valutazioni delle quali l'operatore del diritto si fa interprete.

Un esempio può essere quello relativo alla polemica giuridica monetaria ed alla diversa interpretazione di clausole contrattuali pur rimaste identiche.

La giurisprudenza è intervenuta più volte in ordine alla liquidazione dell'obbligazione di valore ed ha regolato la materia statuendo alcuni criteri quali: la necessità di quantificare preliminarmente in termini monetari la prestazione con riferimento al momento in cui è sorta l'obbligazione, la rivalutazione dell'importo secondo gli indici ISTAT ed infine il conteggio degli interessi compensativi (246).

(245) Il danno alla integrità fisica ed alla salute del consumatore è risarcito per intero mentre il danno alle cose solo per la parte che eccede l'importo di € 387,34. PONZANELLI, *Responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 913; ALPA, BIN, CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato* diretto da GALGANO, Padova 1989; ALPA e BESSONE, *La responsabilità del produttore*, 3^a ed., 1987; PATTI, *Il danno da prodotto*, Padova, 1990; BASTIANO, *Responsabilità del produttore per prodotti difettosi: quale tutela per il consumatore?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, I, 997 ss.

(246) Le pronunce del S.C. sono molteplici, ne segnaliamo due significative, a titolo di esempio: è stato riconosciuto il debito di valore agli acconti versati dal debitore e, conseguentemente il suo diritto ad ottenere la detrazione raggugliata al potere di acquisto della moneta (Cass. 60/3265, ed ancora è stata riconosciuta la rivalutazione del debito per le spese sostenute

Esiste quasi una contrapposizione tra un corpo di norme diretto a tutelare nuove esigenze e valutazioni (p. es. la c.d. legislazione di emergenza sempre più ... normale) e il sistema codicistico, la prima prende il nome di legislazione speciale. È la specialità che contribuisce a dare forza espansiva alla interpretazione.

Si tratta di una distinzione che trova il suo fondamento in una differenza di orientamenti dentro il sistema, per il naturale contrasto per le valutazioni che emergono in relazione a problematiche e specifiche materie.

Il sistema è dotato di una sua unitaria coerenza ed il risultato di una successiva razionalizzazione, di contro il procedimento storico ha natura sperimentale e le nuove valutazioni si realizzano, inizialmente, in un determinato contesto o in relazione a specifici problemi.

Queste valutazioni nascono limitate nella loro applicazione, però possono assumere valore generale, con la conseguenza che il diritto speciale si trasforma e si fonda nel diritto generale e diviene, sotto il profilo storico, diritto generale.

Se si pone attenzione a due sistemi giuridici quali lo *jus honorarium* e lo *jus civile* nel diritto romano e l'*equity* e la *common law* nel diritto inglese (247) si può riscontrare che entrambi sono fondati sulla contrapposizione e sull'equilibrio di un sistema equitativo più sensibile ai segni dei tempi, alle esigenze sociali ed alle verifiche più recenti che cerca di adottare il sistema tradizionale (248) La modernità del sistema romano è costituita dall'equità perché soddisfa esigenze storicamente posteriori a quelle sulle quali risponde lo *jus civile*, che è quello

per eliminare gli effetti del danno subito dal fatto illecito altrui (Cass. S.U. 9 gen. 1978 n. 57). BIANCA-NUZZO (a cura di) *Euro*, Padova 2001; QUADRI E., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato* diretto da RESCIGNO, 2^a ed. Torino, 1999; MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1988; DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996.

(247) "L'*equity* inglese è quel complesso "corpo di regole" – secolare ma non perciò esente da censure in sede pratica e teorica – che, al pari dello *jus honorarium* romano, col quale viene frequentemente posto a raffronto, e dell'equità continentale, s'inquadra, pur con tutte le sue peculiarità, nella generale istanza già espressa dalla *epieikeia* aristotelica". GERACI, *Presentazione* a MAITLAND, *L'equità*, Milano 1979, XII; ID., *Aspetti storici e comparativistici (dell'equità)*, in AA.VV., *L'equità*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1975, 33; RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di BARATTA, Milano, 1962, 32; D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973.

(248) "L'*equity*, infatti, altro non è che il diritto introdotto, fin dalla fine del XIII secolo, dal Cancelliere e dalla sua corte, con lo scopo specifico, rispondente ad una necessità pubblica, di correggere, integrare e migliorare il *common law*", CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto del diritto inglese*, Milano, 1981, 34.

tradizionale e non equitativo. L'*equity*, non può essere definita come un diritto supplementare, una specie di appendice del codice, una annotazione dei testi (una glossa) che veniva amministrata da tribunali espressamente designati allo scopo (249).

Può affermarsi che, in realtà, l'equità non è soltanto la giustizia applicata al caso concreto, come è canonicamente definita, ma è, prima di tutto, il segnale, ben preciso, di una nuova valutazione sociale che si afferma nel caso singolo, questo è un lato della medaglia, l'altro è costituito dal fatto che la nuova valutazione sociale si propone come tipica, e costituisce, nella realtà giuridica un diritto nuovo che si contrappone a quello costituito.

8. L'attività contrattuale

Gli artt. 1101-1007 del codice Napoleone dettavano disposizioni preliminari sui contratti, ripresi dagli artt. 1098-1103 del codice unitario, con le medesime distinzioni: bilaterali, unilaterali, a titolo oneroso, a titolo gratuito, di sorte o aleatori, per arrivare ad una diversa classificazione e ad una differente regolamentazione con il vigente codice civile, pur nel solco della tradizione napoleonica.

Il contratto regola situazioni giuridiche patrimoniali e costituisce una applicazione della libertà della iniziativa economica privata prevista e tutelata dall'art. 41 cost., e la prestazione deve rivestire carattere patrimoniale, cioè, essere sempre "suscettibile di valutazione economica" (art. 1174 c.c.). Ogni prestazione deve essere valutabile economicamente (250).

Si è parlato, in questi ultimi tempi, di crisi del contratto, di fuga dal contratto, di limitazioni alla autonomia contrattuale non più come regno della volontà del singolo, bensì come un campo sempre più ri-

(249) Così MAITLAND, *L'equità*, Milano, 1979, 25, il quale così prosegue "Non dobbiamo pensare alla *common law* e all'equità come a due sistemi rivali. L'equità non era un sistema autosufficiente, presupponeva in ogni momento l'esistenza della *common law* che, invece, era un sistema autosufficiente".

DAVIES, voce *Equity*, in Nss. D.I. vol. VI, Torino, 1960, 638; SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, vol. I, Milano, 1956, 70 ss.; CRISCUOLI, *Introduzione allo studio*, cit. 33 s, 202, 205.

(250) CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 251, ss. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990; ANGELONI, *La patrimonialità della prestazione*, Padova, 2001.

stretto sia dalla eteronomia intesa come sottomissione alla legge che limita fortemente l'autonomia e quindi il totale autoregolamento degli interessi, che dal nuovo ordine comunitario (251).

L'attività, la pratica contrattuale, proprio perché sono dirette a definire e risolvere le esigenze di natura patrimoniale dei soggetti, modificano e trasformano in modo continuo il sistema, creano nuovi istituti, modificano ed adattano quelli già esistenti.

Questo processo non è solo il frutto occasionale dell'adattamento dell'istituto al caso concreto, ma avviene in maniera costante anche perché lo stesso assume valore di precedente, tra il diritto di un *corpus juris* precostituito, di un sistema codificato e la attività contrattuale esiste sempre un divario e tanto è più grande tanto maggiore è il valore sociologico del suo accertamento.

Avviene che la pratica contrattuale può creare direttamente nuovi istituti, anche se è più frequente quando cerca di adottare quelli esistenti utilizzandoli per nuove fattispecie alle quali non erano tipicamente destinati (252). Viene adottata la funzione dell'istituto con differenti e distinti contratti.

È il caso del negozio indiretto che realizza il conseguimento di un risultato diverso che non è quello tipico dello stesso negozio (253).

In effetti più che di negozio indiretto dovrebbe, più propriamente, parlarsi di procedimento indiretto perché l'effetto giuridico voluto non si realizza direttamente, ma con un procedimento, atteso che vengono stipulati negozi che realizzano differenti effetti, tuttavia la loro combinazione realizza il fine patrimoniale voluto dalle parti (254).

Il procedimento indiretto è caratterizzato dalla divergenza tra il fine economico perseguito dalle parti e la funzione tipica del contratto vo-

(251) MONTICELLI, *Divieti valutari e autonomia privata*, Padova, 1987.

(252) Lo storico fa "la storia" degli "istituti" giuridici e "l'istituto giuridico è un concetto, cioè un'astrazione. In questo senso è un'entità perfettamente individuata, e la descrizione dia-cronica, che si dice storia, si risolve in una serie di descrizioni scaglionate nel tempo. Serie continua, dunque". Il dogmatico del diritto invece "descrive anche egli istituti giuridici, isolati e staccati dal fluire del tempo. Anch'egli ha da fare con astrazioni, con entità discontinue tra loro contigue, nella prospettiva spaziale statica, che costituisce la premessa della descrizione sincronica": PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 85.

(253) Il negozio indiretto ha in comune col negozio fiduciario l'insistenza di un motivo che va oltre la causa del negozio, ma ne differisce nel mezzo tecnico, attraverso il quale le parti perseguono un loro scopo ulteriore, al di là dello scopo tipico del negozio, e cioè della causa del medesimo, così: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 179.

(254) SCALFI, *Negozio giuridico, (negozio indiretto)* in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1990: DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Digesto civ.*, Torino, 1995.

luto dalle stesse. Esempio canonico è il conferimento di un mandato irrevocabile a vendere per potere attribuire il bene al mandatario: il fine sarà raggiungibile se non illecito (599, 2° c. 779, 2° c., e art. 1471 c.c.).

Caratteristica del *negozio a scopo indiretto* è quella di utilizzare un determinato negozio per conseguire, tramite lo stesso, non lo scopo tipico che vi è riconnesso dall'ordinamento giuridico, ma scopi ulteriori indiretti che rientrano nella categoria dei motivi e non della causa del negozio utilizzato il quale conserva la sua causa tipica (255).

Non tutti i fini economici possono essere realizzati in maniera diretta, nell'attività economica ve ne sono che non possono essere realizzati se non indirettamente e le parti hanno un'alternativa o adottare per scopi indiretti uno schema negoziale del quale è conosciuta la regolamentazione giuridica e questa soluzione soddisfa il principio della certezza giuridica e l'esigenza di sicurezza; l'altra alternativa è la creazione di un nuovo schema negoziale, se è legalmente possibile.

Con la prima alternativa il negozio nel divenire, si trasforma: le clausole diventano tipiche, ed anche la sua struttura si modifica nel tempo per realizzare il fine voluto dalle parti che viene realizzato in un primo momento indirettamente con l'adattamento di uno schema negoziale destinato a produrre uno scopo diverso, per poi essere realizzato direttamente con un nuovo negozio.

Il negozio in frode alle legge assume rilevanza sociale ed è un marcatore del divario tra il sistema legale e le valutazioni sociali emergenti, fra i divieti legali la cui osservanza a volte contrasta con le esigenze dei soggetti che non vogliono rinunciarvi, e la necessità che si vuole soddisfare.

(255) RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937; MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, 69 ss., che afferma il principio "dell'irrelevanza dell'intento giuridico, valido sempre all'infuori dei casi in cui la legge non stabilisca espressamente il contrario", (pag. 77); ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale* in onore di C. VIVANTE, II, Roma, 1931, 23 e ss.; ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 149 ss. nel negozio indiretto le parti "ricorrono ad un determinato negozio giuridico, ma lo scopo pratico ultimo che esse si propongono, non è affatto quello normalmente attuato attraverso il negozio da esse adottato da uno scopo diverso, spesso analogo a quello di un altro negozio, più spesso mancante in una propria forma tipica in un determinato sistema giuridico" (pag. 152); PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. it. Scienze giur.*, 1948, e ora in *Diritto civile, Metodo teoria e pratica*, cit., 201 e ss., che, sotto il profilo metodologico afferma: "la scienza giuridica deve costruire ed elaborare concetti (definizioni, distinzioni etc.) che, rispetto all'ordinamento giuridico a cui appartengono, mantengono quel valore teorico e pratico insieme, che caratterizza la funzione della detta scienza" (pag. 222); TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. del dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 32 ss., in part. 51.

Il *trust*, di diritto inglese, è l'esempio più incisivo della forza creativa della giurisprudenza anglosassone: è un istituto, sorto nel XVII secolo (256), di derivazione dagli *uses*, dei quali ricalca la struttura, e trova la sua *ratio* nel tentativo di violare, con un negozio di origine fraudolenta, lo *statute ob use*, dell'Inghilterra del secolo XVI (257).

Sotto il profilo ontologico le difficoltà non sono relative al fine giudicato utile o opportuno, quanto allo strumento giuridico adatto allo scopo, atteso il naturale peso che esercita un sistema culturale nella impostazione e nella soluzione di ogni problema. La tecnica giuridica si arricchisce nel divenire di nuovi strumenti.

Uno dei compiti dell'operatore del diritto è quello della utilizzazione degli strumenti di lavoro del diritto come quello esegetico, di calibrarli nel giusto equilibrio del compimento della loro funzione per evitare gli abusi ed i pericoli e di semplificarli per rendere intellegibile il risultato.

La scienza del diritto è soggetta ad un continuo, reale progresso che ha per oggetto gli strumenti tecnici che possono essere applicati a differenti situazioni o per fini diversi ovvero valutando giuridicamente in modo diverso le medesime situazioni.

La differenza tra i sistemi giuridici non è relativa tanto alla soluzione del problema ed ai conflitti, alla valutazione del dare e dell'avere, quanto, piuttosto, al tecuicismo giuridico, che presenta diversità molto marcate e forse maggiori delle stesse valutazioni giuridiche, perché legate alla storia ed alla cultura nelle quali affondano la loro tradizione.

9. Considerazioni conclusive

L'interpettazione svolge il compito di applicare un sistema pre-costituito, tuttavia lo modifica e lo dirige per stabilire un suo adattamento alle esigenze sociali. È un continuo contrasto ed una continua conciliazione.

(256) MASI, *Il riconoscimento del trust*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999, 751 ss. Il Trust ha formato oggetto di una convenzione internazionale firmata a L'Aja il 1° luglio 1985, resa esecutiva con la L. 16 ott. 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992, che ha riconosciuto e regolato i trusts; LUPOI, *Trust*, 2ª ediz., Milano, 2001; BARTOLI, *Il trust*, Milano 2001.

(257) Promulgato da Enrico VIII, nel 1535: CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., 216 ss.; sulla creazione del *trust*: MAITLAND, *L'equità*, cit., 75 ss.

La interpretazione assolve alla sua funzione nel sistema positivista e nella sempre crescente produzione di norme giuridiche (258) Come è stato detto: “ogni norma è allo stesso tempo, un *imperativo* per chi deve osservarla, ed un criterio per chi deve giudicare secondo la stessa” (259).

Questa funzione, come detto, è quella di un continuo adeguamento del sistema precostituito, del *corpus juris*, alle esigenze e valutazioni dell’ambiente e perciò, da un lato, contribuisce al suo rinnovamento, e dall’altro, ad una continua ricostituzione tra l’unità del sistema e le valutazioni sociali ed ambientali, perciò l’interpretazione contribuisce al rinnovamento del sistema ed alla ricostituzione dell’unità tra il *corpus juris* e le esigenze delle spinte dei soggetti (260).

Questa funzione avviene sia nei sistemi di *common law* che in quello di *civil law*, e, quindi, indipendentemente dalla posizione che i singoli sistemi riconoscono all’interpretazione, sia se viene riconosciuto valore generale al precedente giurisprudenziale, sia che non lo sia.

La diversità dovrà essere osservata dall’interprete e sarà relativa alla diversa struttura dei vari sistemi e con una diversa tecnica della loro interpretazione, che troveranno le loro ragioni nella diversità dello sviluppo storico e della realtà sociale dei vari paesi.

Sussiste il fenomeno del divario tra il diritto vigente e un diritto che viene osservato socialmente e sul punto è costante la funzione della interpretazione.

E lo studioso tende a creare un sistema compiuto che rappresenta ed è lo sviluppo necessario del sistema esegetico. Sulla base della teoria normativistica e con riferimento all’effetto giuridico, Falzea mette in evidenza il fatto che l’effetto giuridico “si determina compiutamen-

(258) Il dissidio tra la visione teorica e la realtà pratica costituisce uno dei “paradossi” della scienza giuridica: PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit. 85.

(259) GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Trad. T. RAVÀ, Padova, 1950, 17, citato da PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 115 e l’A. così prosegue: “L’imperativo tende ad un risultato, che si può conseguire per la spontanea adeguazione della condotta del soggetto alla norma ... ma se il risultato non si consegue, e sorge la concreta necessità di intervento del giudice, la norma deve fornire il criterio del giudizio”.

(260) L’ordinamento giuridico costituisce una realtà assai complessa, e concreta, quindi originaria: quella realtà oggettiva nella quale si danno iniscindibilmente *fatto e valore*. Solo per via di analisi e di astrazione, il criterio di valore si può scindere dalla sintesi in cui è dato, in modo da estrarne il formale criterio di giuridicità, che si cristallizza in *norme e gruppi di norme*, e infine si compone nel *sistema normativo*”, PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit. 87.

te non in funzione della singola norma (qualunque essa sia) ma in funzione dell'intero sistema" (261).

La legge si inserisce in un *continuum*, si innesta su leggi precedenti, presuppone l'emanazione di altre leggi. "La legge non è mai un discorso isolato o episodico, ma è un segmento di un discorso continuo, svolto nel passato e che sarà svolto nel futuro (262).

Occorre tenere presenti e collegare i rapporti tra le norme dell'ordinamento, attraverso le trame ed i legami si delineano e prendono forme i vari istituti, "non vi può essere incertezza: *il primo serio tentativo esegetico è già il primo passo verso il sistema*" (263).

La certezza della norma realizza la certezza dell'individuo che è il destinatario della norma, e la cui individualità deve essere salvata, sia quando agisce individualmente che quando esercita i diritti previsti e tutelati dall'art. 2 della cost (264).

Il diritto mira a tutelare il soggetto dall'arbitrio: questo è il suo fine istituzionale. Le forme di arbitrio che il diritto contrasta sono quelle di chi crea il diritto: l'arbitrio del legislatore e quello di chi applica il diritto: l'arbitrio del giudice (265).

L'attività interpretativa, che assume valore vincolante, è solo quella dei giudici nell'esercizio della loro attività giurisdizionale perché produce i suoi effetti nei confronti delle parti del processo ai quali è destinato il provvedimento giudiziario.

È una interpretazione *processuale*, che viene filtrata in quel mistero che è il processo, per mutuare una terminologia cara a Satta: "ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Ve-

(261) Voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. del dir.* vol. XIV, Milano 1965, pag. 432, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1976, 249.

(262) RUSSO, *Cinquanta "tesi"*, cit. 408, il quale così continua: "la legge si pone in un rapporto di fraternità (parità) con le altre leggi, senza che sia possibile rilevare, in relazione ad un contesto, la diversa importanza del segmento del discorso legislativo. Ciò deriva dal carattere impersonale del discorso legislativo, che non è ascrivibile a un "parlante". Il tentativo di attenuare l'impersonalità del discorso legislativo viene attuato mediante la costruzione della figura del "legislatore", con la quale il discorso legislativo viene antropomorfizzato".

(263) Così testualmente PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. del dir. comm.*, (XXXXIX), 1941, I, pp. 197 e ss., ed ora in *Diritto civile. Metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, 670.

(264) Tale altissimo compito è affidato al diritto, che con tutti i suoi comandi, anche quelli che sembrano al singolo più duri e più contrari, mira a mantenere il singolo, così LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 136.

(265) LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 157.

ramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo” (266).

La volontà dello Stato si esprime ed acquista forma esterna nella attività giurisdizionale perché la legge trova applicazione attraverso il processo che deve essere giusto e quindi necessariamente anche rapido, atteso che la più sottile forma di ingiustizia è la tardiva giustizia (267).

La lunga durata dei processi porta alla ignoranza di quella che è “la *concreta volontà di legge*... La più profonda sfiducia nello Stato, e non soltanto nella legge e nel processo... Possono essere il frutto della estrema lunghezza dei giudizi” (268).

(266) SATTÀ, *Il mistero del processo*, Adelphi Edizioni, Milano, 1994, 95: “Al di là del bene e del male, il giurista traduce in termini giuridici l’aspirazione, e trova che essa si risolve nel prevalere dell’azione sul giudizio, nella negazione del giudizio, nel rifiuto di quella che, per un mondo che lentamente declina, è ancora giustizia (pag. 37).

(267) L’eccessivo formalismo, la durata biblica dei processi generano sfiducia ed incertezza nel cittadino e quindi nel potenziale utente della giustizia, pericolo avvertito e stigmatizzato già da MONTESQUIEU che così scrive: “Le formalità della giustizia sono necessarie alla libertà. Il numero di esse, tuttavia, potrebbe essere tanto grande da offendere perfino lo scopo delle leggi che le avessero stabilite: le cause non avrebbero così mai fine; la proprietà dei beni resterebbe incerta; si darebbero a una delle parti gli averi dell’altra senza esame, o le si rovinerebbero entrambe a forza di esaminare.

I cittadini perderebbero la loro libertà e la loro sicurezza; gli accusatori non avrebbero più i mezzi per convincere, né gli accusati il modo per difendersi”: *Lo spirito delle leggi*, BUR. Milano, 1999, Libro XXIX, cap. 1°, p. 929.

(268) LOPES DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. 98, che così conclude: “non impossibile sarebbe che nuovamente fosse formulata la disincantata osservazione del Gucciardini: “io credo siano manco note le sentenze de’ Turchi, le quali si espediscono *presto* e quasi a caso ...” e si auspicasse l’avvento del rabelaisiano Giudice Brid’oye, che decideva le liti consultando non già le leggi, ma il gettito dei dadi”.

Il Giudice Bridoye e il suo modo disinvolto di amministrare la giustizia sono stati oggetto delle osservazioni di CAVALLONE, *Il processo che non c’è (una inconsueta esperienza didattica)*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 849: il giudice subì un procedimento disciplinare per la sua abitudine di decidere con i dadi le cause affidategli, e quindi per l’accostamento tra il processo ed il gioco. Id, *Iago e la teoria della circostanzial evidence (secondo atto di una comparazione atipica)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1101, secondo cui l’abitudine del Giudice Bridoye di decidere le cause gettando i dadi (grandi quando la materia controversa è grande, piccoli quando è difficile) è intesa come “ennesima spassosa esemplificazione di quella imprevedibilità e “ubriachezza” che l’arguzia popolare e l’anedddotica forense in ogni tempo e in ogni Paese, amano attribuire all’amministrazione della giustizia” (pag. 1102). Peraltro, le sentenze del giudice Bridoye sono state confermate in sede di appello con una percentuale del 57,7% (2309 su 4000), e che l’unico errore giudiziario è dipeso dall’indebolimento senile della vista che gli ha impedito di leggere correttamente il punteggio dei dadi piccoli. (CAVALLONE, *Iago e la teoria*, cit., 1104).

Il giudice Bridoye occupa i capitoli XXXIX-XLIII del *Terzo libro dei fatti e detti eroici del nobile Pantagruel (Tiers livre des faictz et dictz heroiques du noble Pantagruel)*.

Scriveva MONTESQUIEU: ogni volta che ho letto RABELAIS, mi ha annoiato, non m’è mai riuscito di gustarlo. Ogni volta che l’ho sentito citare, mi è piaciuto.

Da ultimo su RABELAIS: *Exercices de lecture de Rabelais à Paul Valéry*, Gallimard, Paris, 2006.

Finito di stampare
dalla Officine Grafiche Riunite
Palermo, Dicembre 2006

annali

AREA **GIURIDICA**