

ISSN 1722-1110



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

a cura di ANTONIO PALAZZO
DIRITTO E PROCESSO

2002

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO



ANNO 2002



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO

ANNO 2002



Rivista annuale
Anno 2002

Direttore scientifico e responsabile: Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Mario Ascheri – Umberto Breccia – Francesco Donato Busnelli
– Severino Caprioli – Adelmo Cavalaglio – Marco Comporti –
Philippe Delebecque – Wolfgang Grunsky – Francesco Paolo
Luiso – Agustin Luna Serrano – Maurizio Lupoi – Antonio
Palazzo – Vito Rizzo – Umberto Santarelli – Peter Stein

Comitato di redazione:

Andrea Sassi – Francesco Scaglione – Stefania Stefanelli

Si ringrazia per il contributo



**F O N D A Z I O N E
C A S S A R I S P A R M I O P E R U G I A**

Diritto e Processo n. 1/2002 – Pubblicato a Perugia nell'anno 2003
Registrazione presso il Tribunale di Perugia del 24 luglio 2003, n. 33 - Responsabile: Antonio Palazzo

Stampato dalla Tipolitografica Pievese di Sgoifo Franco - Città della Pieve (P.I.: 00281250548),
per conto dell'Università degli Studi di Perugia (P.I.: 00448820548)
La Direzione e la Redazione della Rivista cui debbono essere inviati lavori e comunicazioni è presso il
Dipartimento per gli Studi Giuridici "A. Giuliani", via Pascoli, 33 - 06123 Perugia

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

FRANCO ALUNNO ROSSETTI, <i>Licenziamento – Studi sul recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro subordina- to. Sistema ed esperienza fino al codice vigente</i>	Pag.	1
ANTONIO BARTOLINI, <i>Le fondazioni bancarie e gli inter- venti nei settori di pubblica utilità</i>	»	93
SEVERINO CAPRIOLI, <i>Satura Lanx 31. Peter Stein giurista europeo</i>	»	113
ALBERTO DONATI, <i>Giusnaturalismo e giuspositivismo nella dottrina interpretationis del Donello</i>	»	127
LORENZO MEZZASOMA, <i>L'art. 2050 c.c. e gli eventi dan- nosi cagionati dagli impianti a gas</i>	»	199
ROBERTO PRELATI, <i>La fauna selvatica tra proprietà e re- sponsabilità</i>	»	209
RAFFAELLA RINALDI, <i>Buona fede, limiti ai poteri dell'im- prenditore e parità di trattamento</i>	»	277
ANDREA SASSI, <i>Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)</i>	»	335
GIUSEPPE SEVERINI, <i>Musei pubblici e musei privati: un ge- nere, due specie</i>	»	405
STEFANIA STEFANELLI, <i>L'attività di impresa delle fonda- zioni di origine bancaria</i>	»	425
GOFFREDO ZUDDAS, <i>La responsabilità civile del gestore di un campeggio</i>	»	451
<i>Recensioni e segnalazioni</i>	»	469

FRANCO ALUNNO ROSSETTI

LICENZIAMENTO

STUDI SUL RECESSO DELL'IMPRENDITORE
DAL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO.
SISTEMA ED ESPERIENZA FINO AL CODICE VIGENTE

SOMMARIO: 1. Avvertenza: fini e limiti dell'indagine. — *Parte I - Il contratto di locazione d'opere: teoria pratica delle fonti normative*: 2. Premessa: Natura del contratto di locazione d'opere e sua attrazione nella materia commerciale. — 3. Autonomia privata e sistema delle fonti. L'art. 1 del c. comm.: la legge commerciale — gli usi mercantili — il diritto civile. — 4. I collegi dei Provvisori e loro attribuzioni. *Sistema e pratica*: enucleazione della disciplina del contratto di locazione d'opere attraverso l'interpretazione sistematica delle norme vigenti e la rilevazione delle costanti dell'esperienza commerciale in materia di locazione d'opere. —

Parte II - Durata ed estinzione del contratto di locazione d'opere a tempo indeterminato: 5. Il divieto dell'art. 1628 c.c.: nullità della locazione d'opere vitalizia. — 6. Disciplina della facoltà di recesso nella locazione d'opere a tempo indeterminato. — 7. Forma della dichiarazione di recesso e obblighi connessi. Il «benservito» tra profili di ordine pubblico e interesse del lavoratore. Obbligo legale dell'imprenditore di far risultare le mansioni svolte e la qualità del servizio reso. —

Parte III - La disciplina del preavviso di licenziamento: 8. Il preavviso di licenziamento: profili funzionali. — 9. Fondamento del preavviso: consuetudine, equità. — 10. (segue) Fondamento del preavviso: analogia. — 11. Inderogabilità del preavviso. — 12. Misura del preavviso. — 13. Indennità sostitutiva del preavviso. — 14. Deposito preventivo mediante trattenuta sul salario. —

Parte IV - Eccezioni alla regola del preavviso: 15. Giuste cause di licenziamento. — 16. Circostanze non qualificabili come giusta causa di licenziamento. Licenziamento ingiusto. Vicende aziendali incidenti sul rapporto. — 17. Fenomeni collettivi incidenti sul rapporto individuale: lo sciopero come pretesa causa di risoluzione della locazione d'opere (rinvio). —

18. Come una conclusione provvisoria.

1. — La relazione che accompagnò il codice civile entrato in vigore il 21 aprile 1942, seppure «non è da sollevare [...] agli onori di un falso isidoriano», come direbbe Filippo Vassalli ⁽¹⁾, non è certo da considerare

⁽¹⁾ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, rist. *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 618 in nota (con riguardo ad atti dell'esecutivo che portarono all'unificazione della materia commerciale con la materia civile in un solo codice).

appagante. Tolta la disciplina del lavoro subordinato dal contesto della generale disciplina dei contratti e delle obbligazioni (libro IV) e trasferita in un libro intitolato appunto al lavoro (libro V), con accezione tanto larga da sfumare in retorica, il guardasigilli scriveva che un tale libro

«è quello che per il suo oggetto doveva necessariamente attingere più che ai principi e agli istituti dei codici passati, ai nuovi principi e ai nuovi istituti dell'ordinamento corporativo. Esso sviluppa sul piano giuridico anche quei precetti della carta del lavoro, che erano rimasti fuori allo stato di semplici postulati politici [...]»⁽²⁾.

E questo si crede e si insegna⁽³⁾. Il luogo comune prende volentieri forma nei variegati revisionismi storiografici, giunti ormai a farsi bandiera delle odierne politiche del diritto. Ma non è questo il luogo di una polemica storiografica, che sarebbe piuttosto necessaria polemica civile.

Come spesso accade, i ritardi della storiografia ne rispecchiano le scelte fondamentali, così nel merito come nel metodo. Attardata in una visione tralatizia, la miglior letteratura si rivela estranea al rinnovamento che iniziò con l'opera di Francesco Calasso. Ed i suoi silenzi si fanno eloquenti. Scriveva uno dei più forti lavoristi, formatisi dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana:

⁽²⁾ *Relazione alla maestà del re imperatore del ministro guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del codice civile*, rist. nel volume *Codice civile. Relazione del ministro guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul valore giuridico della carta del lavoro*, I edizione stereotipa dal testo ufficiale, Roma, 1943, num. 806, p. 547.

⁽³⁾ Del resto ci si compiace di qualificare il codice dell'unificazione come il «codice della borghesia», prestando fede anche qui al guardasigilli: *Relazione*, cit., num. 11, pp. 32-34: «[...] Codice civile non significa codice del cittadino, inteso come le ideologie e la dottrina della rivoluzione francese lo raffigurarono. [...] La denominazione del nostro codice non vuol significare che esso è il codice che disciplina i diritti innati del cittadino, quasi in contrapposto ai diritti dello Stato, e tanto meno vuol significare codice della borghesia, cioè dei cittadini delle classi medie [...], come talvolta si disse del codice francese». Nel paragrafo seguente un tentativo di prendere le distanze dalle estreme tendenze del regime nazionalsocialistico: «[...] Il nostro diritto [...] è il diritto dello Stato romano, gerarchico e autoritario, diritto del buon senso umano e perciò universale, illuminato e ravvivato dai principii fondamentali della nostra rivoluzione, dei quali è sintesi la Carta del lavoro» (p. 35). Per la polemica sull'asserito carattere individualistico del diritto romano, basti l'articolo coevo di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato* (1941), rist. fra gli *Scritti di diritto romano I Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, pp. 248-311 (cfr. la nota aggiunta di p. 248 e l'*Introduzione*, p. XVII s.).

«[...] Non è sembrata però necessaria [...] l'esposizione della disciplina del rapporto di lavoro nel diritto intermedio, dal momento che il codice Napoleone, sul quale si modellano, come è noto, i codici liberali europei del secolo XIX, non si discosta affatto, nella scarna disciplina che dedica alla locazione di opera, dalle linee fondamentali del diritto romano».

Non si deve sottoporre ora quella brevissima *Avvertenza*⁽⁴⁾ ad un'analisi, che ne renda evidenti presupposti ed implicazioni. Basti prenderla com'è, giustificazione o piuttosto identificazione di quella che Gino Gorla chiamerebbe un'altra *grande lacuna*. Per colmare la quale, gli studiosi del vigente diritto del lavoro non trovano grandi ausili nella storiografia corrente, se non si considerino due indagini che sembrano passate sotto silenzio fra loro. Un ammirevole episodio di tarda storiografia positivista era il lavoro giovanile di Guido Rossi⁽⁵⁾; mentre si collocano nel solco della lezione calassiana le prime indagini di Manlio Bellomo, un programma di studi rigorosi⁽⁶⁾.

Se i *prodromi* della disciplina attuale attendono quei chiarimenti che solo una ricerca incentrata sul sistema del diritto comune può consentire, non meno necessario è gettar luce sul passaggio finale di una complessa e lunga storia, che di là dall'*intenzione del legislatore* implicita od esplicita, precipita nel quinto libro del codice civile. Per questo motivo conviene puntare l'attenzione sullo strato meno remoto da cui risulta la disciplina vigente. Se del resto è affidabile l'insegnamento di Marc Bloch, conviene «leggere la storia 'a ritroso'», movendo dal presente per intendere il passato⁽⁷⁾. Quando cominciai ad ordinare i dati oggetto di questo studio, nessuno avrebbe potuto pronosticare la poco augurabile fortuna che il problema «licenziamento» avrebbe incontrato in Italia fondendosi con la retorica della «flessibilità». L'andazzo di oggi — per usare una parola che

⁽⁴⁾ F.M. DE ROBERTIS — G. GHEZZA, *Lezioni di storia di [!] diritto del lavoro*, Bari, s.d., p. 121.

⁽⁵⁾ *Sul profilo della locatio operarum nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria* (1958), rist. fra gli *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di G. Gualandri e N. Sarti, Milano, 1997, pp. 457-602.

⁽⁶⁾ *Il lavoro nel pensiero dei giuristi medievali. Proposte per una ricerca*, negli atti *Lavorare nel medio evo*, Perugia, 1983, pp. 171-197 (con essenziale bibliografia nella nota 1 s.).

⁽⁷⁾ M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1941-1942), trad. G. Arnaldi, Torino (1950), 1969, p. 54 s.

deve la sua fortuna all'uso cui la piegò Luigi Einaudi — rende sì «alla moda» il licenziamento, ma lascia intatta la necessità di un'indagine puntigliosa. Che ponga in primo piano l'esperienza giuridica nella sua complessità, quale risulta nel contraddittorio giudiziale; e restituisca alla stessa dottrina costruita sulle norme vigenti la funzione che le è propria. Molte sono infatti le sedi in cui prende forma il pensiero giuridico: se compito dei giuristi è quello che additava Vittorio Scialoja, elaborare «teorie utili»⁽⁸⁾, la scuola è uno di quei luoghi ma non il solo. È nel conflitto tra dottrine, fra le interpretazioni di una stessa norma adottate dai patroni delle parti in giudizio, che si staglia piuttosto il senso di quelle dottrine. Sicché deve riconoscersi che luogo proprio del pensiero giuridico non è tanto la scuola, quanto l'aula del dibattito.

Ciò spiega l'oggetto ed il metodo di questi studi preliminari. Non teorie distillate negli alambicchi di un'accademia che celebra se stessa, non enunciati da impiegare deduttivamente costringendo in calchi preformati l'indocile esperienza; ma piuttosto argomentate persuasioni, raggiunte inferendo i principi dal concreto atteggiarsi dell'esperienza. Una lettura di questa non pregiudicata dalla centralità del pensiero giuridico ha posto in luce gli strati sottostanti alla disciplina vigente, pur consacrata in età di corporativismo imperante nel quinto libro del codice civile: ha rivendicato alla giurisprudenza probivirale molta parte di ciò che la *vulgata* storiografica preferisce accreditare, o accollare piuttosto, all'ideologia dei corporativisti⁽⁹⁾. Per stare ai soli problemi del licenziamento, ha colto nel codice, pur se «disperse», «le tracce della [...] giurisprudenza probivirale»⁽¹⁰⁾. Soltanto una paziente ricostruzione dell'esperienza permetterà di

⁽⁸⁾ *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 947.

⁽⁹⁾ S. CAPRIOLI, *Questione di paternità*, in *Law. e dir.*, 1995, pp. 385-404 (sui temi del licenziamento, in specie pp. 398-400); Redenti *giurista empirico*, introduzione ad E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma 1906], Torino, 1992, pp. 43-53). Si veda anche la recensione al volume di L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, in *Riv. it. dir. lavoro*, 1995, pp. 140-145.

⁽¹⁰⁾ Sforzo appena le parole di G. GHEZZI — U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, p. 325, che attingono a M. OFFEDDU, *Attualità di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamenti*, nel *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1981, pp. 59-99 (cui avrebbe giovato il non limitare il campo d'osservazione alle massime accolte nei repertori). Ma l'indagine empirica era stata avviata dallo stesso G. GHEZZI, in F.M. DE ROBERTIS — G. GHEZZI, *Lezioni*, cit., Parte seconda, pp. 134-140, 147-152. U. NATOLI,

«vedere [...] quanto dell'attuale diritto del lavoro nacque in quei tempi lontani»⁽¹¹⁾.

I

IL CONTRATTO DI LOCAZIONE D'OPERE:
TEORIA PRATICA DELLE FONTI NORMATIVE.

2. — Apparve subito chiaro ai Collegi dei Probiviri, preposti per legge⁽¹²⁾ a *definire in via giudiziaria* (art. 2 in relazione all'art. 9 della legge

Diritto del lavoro, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1981, p. 102, ha chiarito che un «dettato corporativo», quale sembra ai più la norma contenuta nell'articolo 2077 del codice civile «non era un'invenzione dell'ordinamento corporativo [...], ma si era via via formata proprio con riferimento al contratto collettivo del periodo antecedente».

⁽¹¹⁾ G. PERA, *La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro nel Massimario curato da Redenti*, negli atti della *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, 1995 (*Atti dei convegni lincei* 120), p. 148. Sul licenziamento, p. 146 s. Ed a p. 143 l'auspicio di indagini condotte «con la certissima pazienza che si richiede allo storico che voglia ritrovare e sistemare materiali di prima mano, armandosi di valigia e di schede».

⁽¹²⁾ Legge sui Probiviri, n. 295 del 15 giugno 1893, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale del Regno* il 22 giugno 1893, n. 146, che, all'art. 1 disponeva: «Nei luoghi, nei quali esistono fabbriche o imprese industriali, possono istituirsi, riguardo ad una determinata specie d'industria o a gruppi d'industrie affini, collegi di probiviri per la conciliazione delle controversie, che per l'esercizio delle stesse industrie sorgano fra gli intraprenditori e gli operai o apprendisti, o anche fra operai in dipendenza dei rapporti di operaio o di apprendista. // Spetta altresì ai collegi stessi il definire in via giudiziaria e nei limiti stabiliti con l'art. 9 di questa legge le controversie determinate nella prima parte del presente articolo».

Per una rassegna, che non ha pretesa di completezza, della normativa sull'istituzione ed il funzionamento dei collegi, oltre al regolamento relativo alla l. 295/1893, approvato con r.d. 26 aprile 1894, n. 179, va segnalato il d.l. 30 settembre 1915, n. 1492, pubblicato nella *Gazz. Uff.* del 18 ottobre 1915, n. 256, contenente *Provvedimenti per il regolare funzionamento dei collegi di probiviri e delle commissioni di conciliazione per le risaie*, con il quale si provvedeva a dettare speciali disposizioni per garantire la regolare composizione ed il funzionamento dei collegi di probiviri situati nella zona di guerra e si istituiva una Commissione centrale. Seguiva una serie di provvedimenti, ispirati dalla medesima finalità, per la *proroga alle elezioni dei probiviri* e la conferma dei probiviri in carica (d.l. 31 ottobre 1915, n. 1575; d.l. 8 ottobre 1916, n. 1416; d.l. 4 ottobre 1917, n. 1773; d.l. 6 ottobre 1918, n. 1641). Il d.l. 13 ottobre 1918, n. 1672, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 16 novembre 1918, n. 270, introduceva *Norme per la costituzione di nuovi collegi probivirali fino a sei mesi dopo la conclusione della pace*. Con l. 20 marzo 1921, n. 303, pubblicata nella *Gazz. Uff.* 1 aprile 1921, n. 77 veniva aumentata fino lire mille la competenza per valore dei

istitutiva) le controversie tra *industriali ed operai*, come il contratto di locazione d'opere, seppur previsto dal codice civile ⁽¹³⁾, fosse disciplinato «non già dal diritto civile» ⁽¹⁴⁾ ma dalla legge commerciale, «quando stipulato da un commerciante per l'esercizio del suo commercio» ⁽¹⁵⁾.

Il *rapporto di servizio* ⁽¹⁶⁾, benché non figurasse nell'elencazione degli atti oggettivi di commercio contenuta nell'art. 3 c. comm., appariva infatti «uno degli atti più intimamente pertinenti» ⁽¹⁷⁾ all'attività dell'imprenditore, «in quanto si vede compiuto nell'interesse esclusivo e per ragione soltanto del medesimo» ⁽¹⁸⁾ ed «essendo assolutamente la prestazione dell'opera uno dei mezzi indispensabili perché egli riesca nella sua speculazione» ⁽¹⁹⁾, ed era perciò attratto nella «materia di commercio» ⁽²⁰⁾ in virtù del disposto del successivo art. 4 ⁽²¹⁾.

Non ostava all'applicazione della disciplina propria delle obbligazioni commerciali la natura di pubblico servizio dell'attività eventualmente

collegi. Il r.d. 26 febbraio 1928, n. 471 decretava la soppressione dei collegi dei probiviri, proseguendo nello smantellamento iniziato con la l. 3 aprile 1926, n. 563. Analoga sorte il provvedimento riservò alle Commissioni per l'impiego privato, istituite con r.d.l. 2 dicembre 1923, n. 2686.

⁽¹³⁾ Artt. 1568, 1570, 1627 e ss., 1644 c.c.

⁽¹⁴⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, in *Mon. trib.*, 1902, p. 216 s.

⁽¹⁵⁾ Prob. Bologna, 19 settembre 1900, Rabbi c. Bellotti, in *Mon. trib.*, 1900, 611 s. Collocavano il rapporto di servizio *indubbiamente in materia commerciale* Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, *ivi*, 1918, p. 30; App. Milano, 3 aprile 1894, Ferrovie del Mediterraneo c. Galorati, *ivi*, 1894, p. 372 s., Prob. Milano, 20 giugno 1906, Calori c. Vatta, *ivi*, 1906, p. 677 s.

⁽¹⁶⁾ Prob. Bologna, 19 settembre 1900, cit. Individuavano con tale termine il rapporto di lavoro, costituito mediante locazione d'opere, anche Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽¹⁷⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.; cfr., tra le convergenti pronunce dei giudici di merito anche App. Milano, 21 dicembre 1897, Castellani c. Gagliardi, in *Mon. trib.*, 1898, 911.

⁽¹⁸⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽¹⁹⁾ Trib. Cagliari 6 marzo 1917, cit.

⁽²⁰⁾ Art. 1 c. comm.: *In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. // In mancanza si applica il diritto civile.*

⁽²¹⁾ Art. 4 c. comm.: *Si reputano inoltre atti di commercio gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti, se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulti dall'atto stesso.*

App. Genova 31, ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, in *Foro it.*, 1890, I, c. 125 ss. sottolineava la «larghezza» della norma, «che permetteva di inchiudervi il quasi delitto commerciale».

svolta dall'imprenditore, giacché la qualità commerciale del rapporto non veniva meno «per il fatto che il commerciante fosse investito dell'esercizio di un servizio pubblico (ad esempio servizio ferroviario)» ⁽²²⁾; e si chiariva che «i motivi di ordine pubblico non valgono a mutare il carattere commerciale» dell'impresa ⁽²³⁾, «imperocché la sua costituzione ha per scopo la speculazione, il lucro» ⁽²⁴⁾, «né di conseguenza valgono a far perdere la natura commerciale agli atti che esso [imprenditore] compie con detta sua veste e qualifica ed alle azioni che derivano dagli atti stessi» ⁽²⁵⁾. In tale prospettiva, era indubbio che anche «le locazioni di opera che si contraggono tra la stessa e i suoi dipendenti fossero egualmente commerciali, perché inerenti ed indispensabili allo svolgimento dell'azienda commerciale stessa» ⁽²⁶⁾.

Si affermava così che «il rapporto di servizio costituito dall'imprenditore con l'operaio della sua fabbrica è, per l'imprenditore, atto di commercio» ⁽²⁷⁾. La corretta qualificazione, civile o commerciale, del contratto di lavoro ai fini della individuazione della sua disciplina si operava, peraltro, sulla base di un'attenta verifica dei profili oggettivi, soggettivi ed anche funzionali di esso, in «rapporto al negozio a cui il contratto è diretto, alla qualità della persona o dell'istituto al quale l'opera è locata» ⁽²⁸⁾, non rilevando, in ogni caso, la circostanza che l'altro contraente non fosse commerciante: l'art. 54 c. comm. ⁽²⁹⁾ offriva univoca soluzione per le ipotesi di atti unilateralmente commerciali ⁽³⁰⁾, talché «essendo un tal con-

⁽²²⁾ App. Milano, 3 aprile 1894, cit. Cfr. la conforme decisione Cass. Roma, 16 aprile 1896, Società delle Ferrovie del Mediterraneo c. Alonzi, in *Foro it.*, 1896, I, c. 601 ss.

⁽²³⁾ Precisava Cass. Roma, 16 aprile 1896, cit., che «non si può mettere in dubbio», attese le finalità di lucro comunque perseguite, «che una società per l'esercizio di ferrovie fosse di natura puramente commerciale».

⁽²⁴⁾ Cass. Roma 16 aprile 1896, cit.

⁽²⁵⁾ App. Milano, 3 aprile 1894, cit.

⁽²⁶⁾ Cass. Roma 16 aprile 1896, cit.

⁽²⁷⁾ Prob. Bologna, 19 settembre 1900, cit. Con identica massima veniva pubblicata anche Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽²⁸⁾ App. Catanzaro, 23 febbraio 1899, Taranto c. Ferrovie del Mediterraneo, in *Ginr. it.*, 1899, I, 2, c. 764 s.

⁽²⁹⁾ Art. 54 c. comm.: *Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragioni di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge.*

⁽³⁰⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.; App. Catanzaro, 23 febbraio 1899, cit.

tratto commerciale per l'imprenditore, anche l'operaio viene ad essere per ragione di esso soggetto alla legge commerciale, con esclusione solo di quanto concerne le persone dei commercianti e salve le disposizioni contrarie della legge»⁽³¹⁾.

Nel silenzio della legge commerciale, che nulla disponeva in materia di *locatio operarum*, la graduazione di norme delineata dall'art. 1 c. comm. imponeva il ricorso agli *usi mercantili*, cui era perciò affidata la disciplina «del rapporto di servizio intercedente tra operaio ed imprenditore»⁽³²⁾. Con lucida analisi, i Probiviri rilevavano, prima ancora che l'inadeguatezza, la subordinazione, sul piano delle fonti, della disciplina civilistica del contratto di locazione d'opere, sia come «sede di talune regole sulla locazione d'opera quanto come sistema»⁽³³⁾, univocamente risultando, sulla base della rigorosa esegesi dell'art. 1 del nuovo codice di commercio, che «il detto rapporto di servizio intercedente tra operaio e imprenditore si trova oggi, in difetto di altre apposite statuizioni della legge commerciale, governato, non già dal diritto civile ... ma dalla consuetudine mercantile, la quale venne elevata *ex opinione iuris ac necessitatis* all'altezza della stessa legge scritta»⁽³⁴⁾. La «consuetudine rappresenta ... rispetto al rapporto di servizio, una vera e propria disciplina giuridica avente la stessa forza della legge scritta, poiché, versandosi in materia mercantile, pel disposto dell'art. 1 c. comm. costituisce una fonte di diritto, la quale viene per dignità immediatamente dopo la legge commerciale e *prevale sulla stessa legge civile*»⁽³⁵⁾.

Il sistema si completava dunque con l'applicazione della legge civile, cui poteva ricorrersi, in via sussidiaria, in difetto d'apposita regolamentazione contenuta nella legislazione commerciale ovvero desumibile dagli usi, sempre in virtù del primo comma dell'art. 1 c. comm.

3. — La funzione attribuita dal codice di commercio alla consuetudine, per la cui applicazione non si richiedeva l'espreso rinvio da parte

⁽³¹⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽³²⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽³³⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽³⁴⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.

⁽³⁵⁾ Prob. Milano, 20 giugno 1906, Calori c. Vatta cit.

della legge⁽³⁶⁾ e che in materia di locazione d'opere assurgeva a fonte primaria di regolamentazione del rapporto, imponeva all'interprete un'attenta opera di rilevamento degli usi commerciali, la cui efficacia, in caso di lite, rimaneva vincolata al vaglio del magistrato⁽³⁷⁾.

Esaltato dalla dottrina quale «legge commerciale in perenne formazione, [...] elemento dinamico della legislazione commerciale»⁽³⁸⁾, si riconosceva all'uso mercantile, «essendo elevato a legge, [...] la stessa autorità della legge scritta»⁽³⁹⁾, nella funzione che gli era propria di «regolamento di opposti interessi scaturito *ex necesse* [...] da una pratica generale, costante e uniforme»⁽⁴⁰⁾.

L'argomento testuale riposava nell'art. 1 del codice di commercio del 1882⁽⁴¹⁾, il quale, al comma primo, legittimava il ricorso alla norma consuetudinaria in difetto di una espressa disposizione commerciale disciplinante la fattispecie.

Il percorso per il quale si pervenne alla formulazione dell'art. 1 c. comm. non fu peraltro agevole né rapido, e rispecchia la elaborazione critica che interessò la legislazione commerciale sin dall'indomani della promulgazione del codice di commercio del 1865⁽⁴²⁾.

⁽³⁶⁾ Come invece, per la materia civile, disponeva l'art. 48 comma 1° delle *Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia*, r.d. 30 novembre 1865 (d'ora in avanti: disp. trans.).

⁽³⁷⁾ Sulla funzione di accertamento degli usi del dibattito giudiziale, Cass. Torino, 10 febbraio 1897, Cavalchini-Garofoli c. Cereda, in *La Giuris.*, 1897, p. 321, ove si legge che «le sentenze dei Tribunali sono le prove migliori delle consuetudini». Ma si veda anche, non certo estraneo al fenomeno del rilevamento degli usi ai fini dell'art. 1 c. comm., il ruolo svolto dalle Camere di Commercio, come attesta la raccolta di *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opere*, deliberate dalla Camera di commercio di Milano il 25 settembre 1893, pubblicate in *Mon. trib.*, 1899, p. 290, in nota ad App. Milano, 28 dicembre 1898.

⁽³⁸⁾ L. BOLAFFIO, *Il Codice di commercio commentato*, I, 1, p. 30.

⁽³⁹⁾ Cass. Torino, 7 ottobre 1886, Migliorini c. Bertelli, in *Mon. trib.* 1886, p. 993 s.

⁽⁴⁰⁾ L. BOLAFFIO, *Commentario*, cit., p. 35.

⁽⁴¹⁾ Il nuovo Codice di commercio del Regno d'Italia, che sostituiva quello promulgato, all'indomani dell'unificazione, con decreto 25 giugno 1865, n. 2364, fu pubblicato con r.d. 31 ottobre 1882, n. 1062 ed entrò in vigore il primo gennaio 1883.

⁽⁴²⁾ Le discussioni sull'introduzione del codice di commercio dopo l'unificazione politica sono riferite da A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 21 ss., 63 ss., 419 ss., il quale traccia le linee della formazione del Codice di commercio del 1865, promulgato a seguito dell'emendamento proposto dal Mancini, in contrasto con il proposito del Guardasigilli di differire l'adozione di un codice di

Già la Relazione Ministeriale per l'approvazione del Codice di Commercio del 1865 rivelava la consapevolezza delle esigenze del commercio, che fonda la sua stessa vitalità sui capisaldi della celerità degli scambi, e quindi della circolazione dei beni e ad un tempo della certezza e stabilità degli affari; esigenze che spingono il legislatore a dosare il suo stesso dettato, sospeso tra ciò che è necessario disciplinare e proteggere, e ciò che invece è più conveniente lasciare alla libera attività dei privati⁽⁴³⁾. Un legislatore quasi partecipe «degli avanzamenti meravigliosi del credito»⁽⁴⁴⁾, che fanno dei suoi stessi progressi vere e proprie conquiste delle società civili e che devono informare l'attività di adeguamento del «novello codice di commercio» al pari delle mutate condizioni economiche dello Stato⁽⁴⁵⁾. «La libertà desidera e teme ad un tempo la sanzione legislativa», si avverte: e ciò è vero soprattutto per il commerciante, la cui attività più di ogni altra vive di questa libertà; e si loda la *parsimonia* delle sue parole al pari «della sapienza che vi si racchiude»⁽⁴⁶⁾.

Ma se chiaro, almeno nelle intenzioni, era il principio che avrebbe dovuto ispirare il rinnovamento della legislazione commerciale all'indomani dell'unificazione politica, altrettanto evidente risultò, sin dall'inizio, che il recepimento della codificazione sabauda in materia commerciale rappresentava un rimedio transitorio quanto inadeguato⁽⁴⁷⁾, rispetto alle istanze manifestate dal ceto commerciale e dagli operatori di quel diritto per una esaustiva disciplina della materia commerciale: «ben altri studi avrebbe richiesto un disegno così vasto»⁽⁴⁸⁾.

commercio unitario in ragione di una asserita uniformità delle leggi commerciali fino ad allora in vigore in Italia. Cfr. anche A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882, in 1882-1982 Cento anni dal Codice di commercio (atti del convegno)*, Giuffrè, Milano, p. 5 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. L. BORSARI, *Il Codice di Commercio annotato*, Torino, UTET, 1868, *Introduzione*, p. 5.

⁽⁴⁴⁾ *Relazione a S. M. del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti per l'approvazione e pubblicazione del Codice di Commercio* (1865), in BORSARI, *Il Codice di Commercio annotato*, cit., p. 9 e s. Il testo della relazione è riportato anche da AQUARONE, *op. cit.*, p. 419 ss. (420).

⁽⁴⁵⁾ *Relazione*, cit., in AQUARONE, cit., p. 420.

⁽⁴⁶⁾ BORSARI L., *op. cit.*, p. 5.

⁽⁴⁷⁾ AQUARONE, *op. cit.*, p. 64. Cfr. anche PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 6.

⁽⁴⁸⁾ Così il Mancini, nella *Relazione ministeriale al Re sul codice di commercio*, in AQUARONE, *op. cit.*, p. 420, il quale avverte che «non fu intendimento né della commissione, né del ministro rifare da capo un codice di commercio che pigliasse faccia di radicali rifor-

L'occasione per porre mano alla riforma fu offerta dalla discussione del progetto di legge per l'unificazione legislativa nelle province di Venezia e Mantova⁽⁴⁹⁾, a seguito della loro annessione plebiscitaria, situazione che poneva la delicata questione se fosse opportuno abolire la legislazione commerciale austriaca, ivi vigente, ritenuta la più avanzata in Europa⁽⁵⁰⁾, ovvero avviare un processo di integrale revisione della codificazione commerciale, anche alla luce della portata innovativa dell'esperienza d'oltralpe, che avrebbe dovuto costituire per molti un modello per la riforma stessa⁽⁵¹⁾. La Camera accoglieva così l'emendamento proposto dall'On. Mancini⁽⁵²⁾, finalizzato a conferire al Governo la facoltà di «introdurre

me, adempiendo ai molti desiderata della scienza e alle nuove esigenze». Ammonimenti circa i limiti intrinseci delle codificazioni commerciali sotto il profilo dell'adeguamento della legge alle esigenze pratiche del commercio e all'evoluzione dei rapporti commerciali, la cui completa disciplina appare meta irraggiungibile, introducevano anche i lavori della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel Codice di commercio del Regno d'Italia, nelle parole del suo presidente Antonio Francesco Cavari: «Ne è meraviglia che una revisione (del codice) si sia trovata necessaria, se è notoria l'imperfezione dei Codici di commercio in generale, nei quali soltanto la minima parte della materia costituente il diritto commerciale può dirsi compresa». «Il diritto commerciale ... può dirsi creazione dei tempi moderni, essendosi formato lentamente sulle basi delle consuetudini commerciali, la consistenza delle quali risente moltissimo delle contingenze esteriori che loro imprimono uno stato di continua variabilità», così da porre il «diritto commerciale attuale in una condizione quasi fluttuante» (MARGHERI, *I motivi del nuovo codice di commercio*, Margheri; Napoli, 1886, pp. 7-8). Ma si veda, ancora del Mancini (*Atti parlamentari della Camera dei Deputati - Sessione 1867-1868, tornata del 16 giugno 1869*, p. 698), l'ammonimento a non «abbandonare le sorti del commercio alle incertezze e fluttuazioni della giurisprudenza e delle opinioni dei giudici», risultando «partito più sicuro che quelle contingenze di fatto, che si presentano più frequenti nei bisogni commerciali, sieno regolate in modo più uniforme e costante dal precetto delle leggi».

⁽⁴⁹⁾ *Atti parlamentari*, cit., p. 6987 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 5.

⁽⁵¹⁾ I profili, a tratti accesi, della polemica tra i fautori della conservazione nelle province venete della legislazione commerciale germanica, così mantenendo la sopravvivenza di una legislazione differenziata in materia commerciale anche dopo l'unificazione politica, ed i sostenitori (tra i quali il Mancini) della necessità imprescindibile dell'unificazione anche sotto il profilo legislativo, sono ben visibili nei resoconti della discussione parlamentare relativa al richiamato *Schema di legge per l'unificazione legislativa giudiziaria nel veneto*, in *Atti parlamentari*, cit., p. 6988 ss.

⁽⁵²⁾ Il facondo intervento del Mancini ripropone le ragioni e le scelte che portarono alla codificazione commerciale del 1865 (cfr. *supra*, nt. 29), senza risparmiare critiche alla Commissione incaricata di «rivedere e migliorare» il codice di commercio sabauda, che si era «preoccupata di lodevolissimi scrupoli costituzionali», interpretando in maniera

nel Codice di commercio italiano, sopra studi e proposte di una Commissione di giureconsulti⁽⁵³⁾, le modificazioni ed i miglioramenti richiesti dai bisogni del commercio e dai progressi della scienza, prendendo specialmente a norma il Codice commerciale germanico e la legge germanica sulle lettere di cambio del 24 novembre 1848, e coordinandole con le altre parti della legislazione del Regno»⁽⁵⁴⁾.

Con decreto 9 settembre 1869 il Guardasigilli Pironti istituiva la Commissione, incaricata di «studiare le modificazioni che potrebbero utilmente introdursi nel Codice di Commercio del Regno»⁽⁵⁵⁾.

Nella *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo codice di commercio*⁽⁵⁶⁾, si leggono, con riguardo all'art. 1 del Progetto, le motivazioni che hanno condotto alla introduzione di una precisa regola legislativa per la graduazione delle fonti del diritto commerciale: «Nelle disposizioni generali del progetto viene risolta un'antica controversia sorta sotto l'impero del Codice francese. In esso non era detto se, nel silenzio del Codice di commercio, si dovesse ricorrere alle regole del diritto civile, oppure agli usi e alle consuetudini commerciali, e se si dovesse dare la preferenza a quelle regole o agli usi anzidetti». Invero, la necessità di dotare il codice di commercio di una disciplina delle fonti distinta da quella del codice civile non era sfuggita al legislatore del 1865 ed aveva

«angusta» il mandato ricevuto, astenendosi così «dall'introdurre nel Codice di commercio subalpino molti dei miglioramenti che per avventura essa medesima riconosceva raccomandati dai cresciuti bisogni del commercio e dai voti e progressi della scienza» (*Atti parlamentari*, cit., p. 6988). «Scrupoli» di natura costituzionale si leggono, sotto diverso profilo, anche nell'intervento dell'On. Castagnola, che contestava la proposta del Mancini di sottrarre al parlamento la discussione analitica del Codice riformato (*Atti parlamentari*, cit., pp. 6990-6991).

⁽⁵³⁾ Si veda in proposito, non priva di significato, la contrastata iniziativa di affiancare ai giureconsulti anche i commercianti, alla quale il Mancini si dichiarava favorevole, parendogli «che le cognizioni sperimentali dei più abili commercianti potrebbero rivelare agli uomini di legge, agli uomini di scienza quali siano appunto queste necessità che quotidianamente si vennero svolgendo, ed alle quali la legislazione esistente si mostra impari ed insufficiente» (*Atti parlamentari*, cit., p. 6989; per le perplessità espresse dal Ministro, *ivi*, p. 6992).

⁽⁵⁴⁾ MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 4.

⁽⁵⁵⁾ *Atti parlamentari*, cit., p. 6989. Il testo dell'emendamento è riportato anche in MARGHERI, *I motivi*, cit., p. 4 ss.

⁽⁵⁶⁾ MARGHERI, *I motivi*, cit., p. 498.

consigliato l'inserimento, nella materia dei *contratti mercantili*, dell'art. 89 c. comm. (collocato nel Libro I, tit. V, *Dei contratti commerciali in genere*), il quale disponeva che «I contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal codice civile», così delineando una ricognizione, prima ancora che una gerarchia, delle fonti del diritto commerciale, limitata alla materia contrattuale e ritenuta suscettibile di *lasciare pur luogo a dubbiezze, sia per la sede dov'è collocata, sia per la sua redazione*⁽⁵⁷⁾. Sebbene la graduazione, solo adombrata, risultasse prontamente recepita dalla giurisprudenza, che riconosceva nelle obbligazioni commerciali la supremazia della legge sull'uso commerciale (locale) e di entrambi sulla legge civile⁽⁵⁸⁾, si apriva così la via della riforma.

La Commissione, oltre alla più precisa e rigorosa formulazione che delinea la graduazione delle fonti, attribuibile con certezza all'autorevole iniziativa del Mancini⁽⁵⁹⁾, opera la significativa collocazione della norma «fra le disposizioni generali, che dominano l'intero Codice di commercio, e tutte le materie in esso comprese», risolvendo altresì «un altro dubbio non meno grave che già erasi sollevato in giurisprudenza, dichiarando che gli usi locali o speciali prevalgono sugli usi generali»⁽⁶⁰⁾. Emerge

⁽⁵⁷⁾ La valutazione del Mancini è riportata nei *Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXV, tornata del 24 ottobre 1869, riportata in MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 85.

⁽⁵⁸⁾ App. Venezia, 21 agosto 1878, in *Temi ven.*, 1878, p. 478, citata da BOLAFFIO, *Commentario*, cit., p. 57. Ma altrettanto nettamente si delineano, già nella vigore del codice di commercio del 1865, i limiti dell'uso commerciale, che cede di fronte a norme civili di ordine pubblico: «Una consuetudine che scalza l'ordinamento dello Stato non è a rispettarsi; gli usi particolari al commercio, han valore per ciò che riguarda la materia di un contratto commerciale, ma sono nulli per alterare o modificare disposizioni che concernono lo stato delle persone, e che non possono mutare, qualunque sia il contratto in cui esse intervengono» (Cass. Palermo, 5 settembre 1877, in *Foro it.*, 1878, I, cc. 113-116).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. nt. 57.

⁽⁶⁰⁾ *Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXV, tornata del 24 ottobre 1869, in MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 86. Cfr. anche, per una rilettura dei lavori preparatori con specifico riguardo al concetto di materia commerciale accolto dal legislatore, BOLAFFIO, *Il Codice di commercio*, cit., p. 7 ss. Cfr. anche la Relazione alla Camera dei Deputati del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Villa) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) nella tornata del 2 luglio 1880, in MARGHERI, *I motivi*, cit., p. 475.

dunque la consapevolezza di una precisa scelta legislativa, che riconosce rilevanza giuridica e valore normativo a quel sistema di regole in perenne formazione e trasformazione⁽⁶¹⁾, costituito dalle consuetudini commerciali, che originano dagli stessi soggetti che di tali regole sono i destinatari, e che, rispetto alla fonte consuetudinaria in diritto civile, vige prescindendo da una specifica sanzione legislativa⁽⁶²⁾.

Nella sua definitiva formulazione, l'art. 1 c. comm. delineava così una graduazione delle fonti regolatrici della materia commerciale, in cui risultava capovolto il criterio di integrazione dei contratti descritto dall'art. 1124 del codice civile⁽⁶³⁾ – che, in ossequio al principio già accolto nella codificazione sabauda⁽⁶⁴⁾, subordinava il ricorso agli usi all'espresso rinvio da parte della legge civile – ridisegnando così, per la materia commerciale, i limiti stessi dell'autonomia negoziale.

La volontà dei contraenti, manifestata nel contratto *legalmente formato*⁽⁶⁵⁾, rimaneva la fonte primaria di regolamentazione del rapporto negoziale e dei relativi effetti. Nel ribadire «il valore assoluto della regola segnata dall'art. 1123» c.c., in forza della quale «i patti vanno osservati dai

⁽⁶¹⁾ Le avvertenze sulla peculiarità della formazione del diritto commerciale scandiscono i lavori preparatori del nuovo codice. Confronta, tra le altre, la *Relazione della commissione senatoria sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo codice di commercio*, ne *I motivi*, cit., vol. IV, p. 315, ove si osserva che «La legislazione commerciale è tra le varie famiglie del diritto privato quella che esige nell'epoca nostra maggiori e più frequenti cure del legislatore», poiché nella materia civile «i fatti da regolare si possono dire costanti, mentre i fatti commerciali nascono, variano, si modificano, si trasformano in ragione dei progressi dell'industria e del commercio...».

⁽⁶²⁾ L'art. 48 disp. trans. disponeva infatti al primo comma che *Nelle materie che formano oggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca.*

⁽⁶³⁾ Art. 1124 c.c. *I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano.*

⁽⁶⁴⁾ Il precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 2415 del codice del Regno di Sardegna (*Cesseranno parimenti di aver forza di legge in tali materie le Regie Costituzioni, gli editti, le Lettere-Patenti ed altre Regie Provvisioni, i regolamenti, gli usi e consuetudini, e qualunque altra disposizione legislativa, salvo nei casi in cui il Codice stesso vi si riferisca*) è, quanto alla disciplina della consuetudine, pressoché sovrapponibile a quello dell'art. 48 disp. trans.

⁽⁶⁵⁾ Art. 1123 c.c. *I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. // Non possono essere rinvocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge.*

contraenti come legge che impera sulle loro volontà»⁽⁶⁶⁾, la giurisprudenza, sorretta dal preciso dato testuale, riconosceva dunque che la volontà della parti, validamente trasfusa nella clausola negoziale, potesse derogare alla legge⁽⁶⁷⁾ ed all'uso mercantile, determinando in via esclusiva gli effetti del contratto. La contrattazione privata risultava dunque sorretta dal «principio fondamentale che si può lecitamente fermare per patto ogni condizione, che non sia contraria alla legge⁽⁶⁸⁾ ed all'ordine pubblico»⁽⁶⁹⁾, cosicché «non rimane se non che discutere della legittimità di questo patto, per costringere le parti ad osservarlo se legale, per dispensarle se contrario alla legge»⁽⁷⁰⁾.

Così posto il sistema, nell'indagine relativa alla disciplina del particolare *contratto di lavoro*, di cui la legge commerciale «non si è curata affatto»⁽⁷¹⁾, l'attenzione si concentra necessariamente sul rapporto tra autonomia privata e consuetudini commerciali, modulato così che «agli usi ed alle consuetudini devesi aver riguardo solo in quanto non siasi diversamente provveduto mediante i patti speciali con cui siano stati convenzionalmente regolati i rapporti fra l'operaio ed il principale», «giacché in

⁽⁶⁶⁾ Cass. Roma, 12 ottobre 1888, Società Alti Forni Terni c. Ornofi, in *Mon. trib.*, 1889, p. 165.

Analogo impianto argomentativo sarà adottato, con specifico riferimento al contratto di lavoro, da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1917, II, p. 229 s., il quale, nel ribadire la preminenza, tra le fonti del contratto, della *lex contrabentium*, che «dato il sistema economico giuridico dell'autonomia individuale [...] (liberismo economico), è di regola decisiva nel determinare il contenuto di questo come di altri contratti patrimoniali», sottolinea come «da volontà privata plasma lo schema di contratto predisposto dalla legge, adattandolo ai bisogni vari delle singole concrete situazioni», anche derogando le «norme dichiarative della legge, o usi disciplinanti il contratto».

⁽⁶⁷⁾ Fermo, in ogni caso, il limite posto dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale* (d'ora in poi: disp. prel.), per il quale *Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né le leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.*

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento è alla norma di carattere *proibitivo*, secondo il dettato dell'art. 12 disp. prel. (vedi nota precedente).

⁽⁶⁹⁾ Cass. Roma, 12 ottobre 1888, cit.

⁽⁷⁰⁾ Cass. Roma, 12 ottobre 1888, cit.

⁽⁷¹⁾ Così BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit., p. 289, che intona «il solito ritornello della laconicità legislativa in tema di contratto di lavoro», imputabile per l'autore al «sistema liberista dell'autonomia privata nel regolamento dei rapporti patrimoniali».

tal caso quei patti, quantunque derogatori delle consuetudini debbono essere mantenuti ed eseguiti purché non siano contrari alla legge od all'ordine pubblico» (72).

La derogabilità convenzionale dell'uso si faceva riconnettere, per l'art. 12 disp. prel., alla natura di norma *dichiarativa* riconosciuta agli usi (73), in virtù della quale «nel conflitto fra l'uso e la volontà delle parti, questa deve prevalere a quello» (74): «i patti convenuti, in modo espresso o tacito, fra le parti, prevalgono alle consuetudini locali che vi sono contrarie» (75), e laddove «i rapporti obbligatori fra le parti siano già stabiliti con contratto scritto» è da questo «e non dalla consuetudine che si devono desumere nella specie i diritti e i doveri dei contraenti» (76). Appariva, pertanto, «inutile la prova di una consuetudine quando vi è un patto convenzionale diverso» (77), così come «inammissibile» doveva ritenersi «la prova di un uso *derogativo* di un contratto» (78).

(72) Probituri Milano, 27 marzo 1898, Mercanti Romeo c. Ditta Domenico Nasoni, in *Mon. trib.*, 1899, p. 275.

(73) BOLAFFIO, *Commentario*, cit., p. 33 n. 1 e p. 35.

(74) Trib. Milano, 16 maggio 1901, Società italiana per l'industria tessuti stampati c. Sorrentino, in *La Legge*, 1901, c. 18 ss., conforme, sulla questione, a App. Venezia, 11 febbraio 1905, Consolaro c. Bianchi, in *Giur. it.*, 1905, I, 2, c. 407 s. Si vedano anche Cass. Torino, 7 marzo 1894, cit., e App. Casale, 18 dicembre 1914, Barnabé c. Rosso, *Mon. trib.*, 1915, p. 513. Come più diffusamente si vedrà oltre, cap. III, par. 4, a diversa, pionieristica conclusione perverranno, proprio in materia di locazione d'opere, i Probituri milanesi (Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., estensore E.A. Porro), i quali affermeranno l'*inderogabilità* della consuetudine del preavviso in ragione degli interessi di *ordine pubblico* con essa tutelati, argomentando (ancora per l'art. 12 disp. prel.) che «se la consuetudine è [...] elevata alla dignità di diritto vero e proprio in via sussidiaria al diritto scritto, si fa manifesto che essa può, come il diritto scritto, rivestire tale importanza giuridica e sociale da non consentire alcuna deroga convenzionale ai suoi postulati», talché «come vi sono leggi d'ordine pubblico, così vi possono essere e vi sono consuetudini d'ordine pubblico». Di tale aspetto della problematica si tratterà più diffusamente oltre (cfr. parte III, § 11). Critica, rispetto a tale impostazione, la dottrina: cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto Commerciale*, Vol. I, Milano, 1992, p. 53 s. e BOLAFFIO, *Trattato*, cit., p. 55, n. 4.

(75) App. Venezia, 11 febbraio 1905, Consolaro e C. c. Bianchi, in *Giur. it.*, 1905, I, 2, c. 477 s.

(76) Cass. Firenze, 10 luglio 1905, Ditta G. Scarabellin c. Scrocchi, in *Mon. trib.*, 1905, p. 808.

(77) Cass. Torino, 7 marzo 1894, Gastaldi c. Podestà, in *La Giuris.*, 1894, p. 691. Cfr. anche Cass. Palermo, 25 febbraio 1902, in *Dir. comm.*, 1902, p. 230.

(78) Così Cass. Torino, 28 ottobre 1910, Società docks cotone c. Ditta White, in *Foro it.*, 1911, I, c. 194, critica verso la decisione dei giudici di merito, che pareva porre con-

La riaffermata preminenza della volontà delle parti rinvenibile nel contratto delinea dunque i limiti di efficacia dell'uso, la cui applicabilità viene meno anche laddove la consuetudine si riveli contraria alle «finalità delle contrattazioni e dei negozi commerciali», a quelle «cause mediate determinatrici delle volontà che s'incontrano in un *idem placitum*» (79), così ampliando, oltre i limiti strettamente soggettivi, l'autonomia privata. Non solo, dunque, la volontà, espressa o tacita (80), manifestata dai contraenti nel negozio preclude il ricorso all'uso, ma anche la salvaguardia di quelle «utilità economiche che costituiscono le finalità dei negozi commerciali», in quanto perseguite dalle parti attraverso la conclusione del contratto e quindi riconducibili alla volontà dei contraenti (81).

L'uso mercantile, nella graduazione delle norme così delineata, non sembrava dunque intaccare l'autonomia, costituzionalmente riconosciuta

tradditoriamente in discussione la preminenza dell'autonomia negoziale rispetto agli usi: «se da un canto con esatto criterio giuridico si proclama che i patti chiaramente espressi nel contratto scritto debbono essere rispettati, non si comprende d'altro canto con quale coerenza si possa nel contempo ammettere che le parti stesse in quello che li stipulavano avessero la volontà di ritenere i medesimi patti inesistenti od annullati per effetto di una contraria consuetudine».

(79) Trib. Milano, 16 maggio 1901, Società italiana per l'industria tessuti stampati c. Sorrentino, in *La Legge*, 1901, II, c. 18 s. «gli usi e le consuetudini commerciali, qualunque sia la loro efficacia e la loro estensione, trovano necessaria limitazione nelle finalità economiche e nelle cause mediate dei contatti, che non possono dagli usi essere distrutte o diminuite».

(80) Prob. Milano, (Industrie meccaniche) 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", in *Mon. trib.*, 1899, p. 197, ammonisce che, benché espressione di un tacito consenso, la clausola negoziale deve comunque esprimere «il valore d'un serio vincolo contrattuale», poiché «all'infuori di un patto consensuale, espresso o tacito, che diversamente stabilisca, deve valere la norma di consuetudine».

(81) Trib. Milano, 16 maggio 1901, Società italiana per l'industria tessuti stampati c. Sorrentino, cit., per il quale l'operatività ed efficacia degli usi va misurata in funzione dell'autonomia dei privati e dei vantaggi che essi possono trarre dalle contrattazioni commerciali: «il legislatore ha ragionevolmente presunto che le parti, contrattando e contraendo rapporti di commercio, si siano tacitamente riferite agli usi e alle consuetudini mercantili vigenti, e abbiano voluto che essi regolassero le loro relazioni commerciali perché più utili e più accomodate a queste. Talché estendere il vigore degli usi e delle consuetudini oltre il vantaggio, l'interesse e gli scopi mediati della categoria dei negozi, per i quali vigono e operano, significa estendere la loro sfera di applicabilità al di fuori dell'estensione della loro virtù giuridica. Quindi gli usi e le consuetudini commerciali devono interpretarsi e ritenersi operativi in armonia con gli interessi del commercio che disciplinano, e con le mediate finalità dei negozi commerciali che regolano e tutelano».

(artt. 26 e 29 dello Statuto Albertino) ⁽⁸²⁾, dei privati, le cui convenzioni conservavano efficacia di legge tra le parti (art. 1123 c.c.), fermi i limiti derivanti dalla inderogabilità di norme *proibitive* (art. 12 disp. prel.) ovvero connessi all'inesistenza o all'illiceità della causa (artt. 1119 e 1122 c.c.) ⁽⁸³⁾; ma si poneva quale fonte integrativa della disciplina del rapporto, in assenza di specifiche pattuizioni, espresse ovvero sottintese ⁽⁸⁴⁾. «Una domanda non più sorretta dal contratto, può adagiarsi sulla consuetudine» ⁽⁸⁵⁾; non si ricorre, dunque, all'uso quale strumento di ricerca di una volontà negoziale sottintesa, ma per «surrogarla quando manca» ⁽⁸⁶⁾.

Esaurita l'indagine della volontà delle parti desumibile dal contratto *legalmente formato*, non restava che enucleare le regole disciplinanti la fattispecie commerciale attenendosi alla gerarchia delle fonti posta dal codice di commercio. «L'art. 1 c. comm. dispone che in materia di commercio si osservano le leggi commerciali, ed ove queste non provveggano si osservano gli usi mercantili, dovendo prevalere gli usi locali agli usi generali. In applicazione di detto articolo debbe ritenersi che il magistrato può invocare gli usi quando la legge non provvede, per modo che quando la lite può essere definita con le norme dalla legge prescritte, il magistrato manca ai suoi doveri ove anteponga usi e consuetudini ... alle disposizioni dalla legge prescritte» ⁽⁸⁷⁾.

Né poteva introdurre un'eccezione al richiamato principio la circostanza che la norma commerciale disciplinasse espressamente la fattispe-

⁽⁸²⁾ Art. 26, comma primo, Statuto Fondamentale del Regno, 4 marzo 1848 (d'ora in avanti: Stat.) *La libertà individuale è garantita.*

Art. 29 comma primo Stat. *Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili.*

⁽⁸³⁾ Art. 1119 c.c. *L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto.*

Art. 1122 c.c. *La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.*

⁽⁸⁴⁾ «Se l'effetto scaturisce dalla chiara dizione del contratto non è lecito ricorrere all'uso per contorcere il significato proprio delle parole: gli usi e le stesse parole della legge devono cedere il posto alla volontà chiaramente espressa dalle parti contraenti» (App. Genova 15 gennaio 1909 Santini c. Tizzoni, in *Temi genovese*, 1909, p. 44, citata da BOLAFFIO, *op. cit.*, p. 43 n. 4)

⁽⁸⁵⁾ Cass. Torino, 17 gennaio 1899, Trumpy c. Migone, in *La Giuris.* 1899, p. 226.

⁽⁸⁶⁾ BOLAFFIO, *Commentario*, cit., p. 53.

⁽⁸⁷⁾ Cass. Napoli, 13 marzo 1889, Bellincioni c. Scalise, in *Mon. trib.*, 1889, p. 334 s., annotata da Antonio Scialoja alla successiva p. 468.

cie, sia pur meramente rinviando «alle analoghe disposizioni del codice civile» ⁽⁸⁸⁾. Ed è convinzione che la disciplina delle fonti contenuta nel codice descriva una gerarchia in cui ogni grado è rigidamente preclusivo del successivo, talché «gli usi mercantili e di commercio non possono invocarsi nemmeno come norma d'interpretazione quando la legge dispone espressamente su una data materia» ⁽⁸⁹⁾.

Tale rigore, giurisprudenza e dottrina spiegano, del resto, con la natura stessa del diritto commerciale, in cui l'adeguamento del diritto (scritto) alla realtà dei rapporti giuridici avviene assai più rapidamente che non nel diritto civile, proprio grazie alla funzione rinnovatrice svolta dagli usi commerciali: «il rapido svolgersi dei mezzi di comunicazione, e lo sviluppo continuo ed incessante del commercio e dell'industria, hanno tali esigenze e recano a tali conseguenze, per cui si manifesta quella diuturna e unanime convinzione giuridica che determina il legislatore a dettar legge là ove l'uso si è fatto strada in modo predominante» ⁽⁹⁰⁾. «La legge commerciale, formalmente costituita, è pertanto l'ordinamento sistematico di usi già elaborati dalla pratica, ai quali la dottrina ha dato una organica costruzione e una precisa formulazione, e che il legislatore ha riconosciuti e sanciti» ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ Cass. Torino, 27 dicembre 1902, Bellorini c. Campi, in *Mon. trib.*, 1903, p. 104 s., in una ipotesi di rinvio diretto della norma commerciale (art. 67 c. comm. comma secondo) alle disposizioni del codice civile in materia di condizione risolutiva, che esclude il ricorso alla consuetudine.

⁽⁸⁹⁾ Cass. Napoli, 4 dicembre 1892, Gondrand c. Petriccione, in *Foro it.*, 1893, I, c. 202. Si veda anche App. Roma, 21 aprile 1906, Banco Plowden c. Curotti, *ivi*, 1907, I, c. 954 e Cass. Torino, 27 dicembre 1902, cit.

⁽⁹⁰⁾ Così Cass. Torino, 27 dicembre 1902, Bellorini c. Campi, cit., p. 106, che, con prospettiva apertamente savignyana, illustra la formazione della legge commerciale attraverso la pratica degli usi: «la consuetudine, anziché la causa, è piuttosto l'effetto del diritto, che, dopo d'essersi generato nella coscienza giuridica popolare, tende ad estrinsecarsi, di modo che essa adempie, rispetto al diritto non scritto, lo stesso ufficio che la pubblicazione rispetto al diritto scritto. Nella stessa guisa non è a dubitare che il vero fondamento del diritto non scritto sia la convinzione comune e universale della convenienza e necessità di certe norme che le fonti del diritto romano designano come *ratio*. Ma allorché questa *ratio* s'impone al legislatore tanto da fargli sentire il bisogno di tradurla in legge, cioè in diritto scritto, cessa la consuetudine d'aver ogni forza; sottra l'impero di quella legge che è appunto il prodotto della consuetudine, e che questa in maniera assoluta sostituisce. E in materia commerciale ciò avviene con assai maggiore frequenza che non nelle materie civili».

⁽⁹¹⁾ BOLAFFIO, *Il Codice di commercio*, cit., p. 29 s.

Nella verifica giudiziale, la volontà del legislatore impressa nella gerarchia dell'art. 1 c. comm. pare dunque univoca nell'escludere che la legge commerciale possa ammettere deroga da parte dell'uso: «l'uso mercantile è sussidiario alla legge positiva, e non può quindi derogarvi»⁽⁹²⁾. Il divieto non vale dunque solo per l'uso che disponga in contrasto con quelle leggi proibitive che concernano le persone, i beni o gli atti, ovvero riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume⁽⁹³⁾, ma si pone per tutte le consuetudini contrarie ai precetti contenuti in norme commerciali scritte: «il detto art. 1 del codice di commercio permette che si faccia assegnamento sovra usi e consuetudini solo quando non dispongano in proposito le leggi commerciali»⁽⁹⁴⁾, non potendo «la libertà delle operazioni commerciali subire limitazioni per impero di consuetudini che siano *contra legem*»⁽⁹⁵⁾. Si chiarisce così che «nei casi in cui la legge regola le conseguenze dei contratti senza che le parti abbiano bisogno di una speciale dichiarazione di volontà, il volerle sostituire o modificare con una pretesa clausola d'uso non stipulata tra le parti, costituirebbe violazione dell'art. 1 c. comm., che ammette gli usi mercantili nel solo caso che manchino le disposizioni della legge commerciale»⁽⁹⁶⁾. Le stesse considerazioni condu-

⁽⁹²⁾ App. Venezia, 21 agosto 1878, in *Tem. ven.*, 1878, p. 478, citata da BOLAFFIO, *Commentario*, cit., p. 57.

⁽⁹³⁾ Estende agli usi commerciali il limite posto per le private convenzioni dall'art. 12 disp. prel. Cass. Palermo, 5 settembre 1877, De Cintiis c. Pitini, in *Foro it.*, 1878, I, c. 1134 ss., che esclude la validità di una consuetudine commerciale derogatoria «delle disposizioni di legge concernenti lo stato delle persone», argomentando che «una consuetudine che scalza l'ordinamento dello stato civile non è a rispettarsi; gli usi particolari al commercio han valore per ciò che riguarda la materia di un contratto commerciale, ma sono nulle per alterare o modificare disposizioni che concernano lo stato delle persone, e che non possono mutare, qualunque (sia) il contratto in cui esse intervengono». Ad analoga conclusione perverrà Cass. Napoli, 13 marzo 1889, cit., che riterrà la prevalenza dei precetti (civili) in materia di efficacia dei contratti (artt. 1128, 1130 c.c.) rispetto ad una consuetudine commerciale («teatrale») che vorrebbe riconoscere effetti vincolanti per la figlia alla obbligazione assunta dal padre privo di poteri di rappresentanza, poiché «principio generale di diritto universale si è che nessuno possa dirsi obbligato dal fatto di un altro, e che sol quando volontariamente si è assunto un'obbligazione, si è tenuto ad adempierla».

⁽⁹⁴⁾ Cass. Torino, 9 giugno 1905, Fassio c. Banca Gastaldi-Penna, *La Giuris.*, 1905, p. 939.

⁽⁹⁵⁾ Cass. Torino, 9 giugno 1905, cit.

⁽⁹⁶⁾ Cass. Torino, 29 dicembre 1913, Ditta Moccagatta c. Ditta Bessler, Waechter & C., in *Mon. trib.*, 1914, p. 166. Vedi anche le conformi pronunce Trib. Modena, 17 gen-

cono l'interprete a non ritenere idonea ad attribuire validità ed efficacia all'uso contrario alla legge la tolleranza dei contraenti alla sua osservanza, non potendo «la mera volontà delle parti [...] distruggere il precetto legislativo e far nascere reciproci diritti e doveri contrari tra le stesse parti», così sacrificando, inopinatamente, la componente volontaristica all'imperio della norma, in ossequio alla gerarchia delle fonti sancita dall'art. 1 c. comm.⁽⁹⁷⁾.

D'altro canto, il principio ivi espresso risultava rafforzato dal sistema attraverso l'art. 58 c. comm.⁽⁹⁸⁾, disciplinante la forma degli atti commerciali, il cui precetto «non deroga minimamente al precedente art. 1, e parla anch'esso degli usi mercantili che suppliscono alla mancanza della legge commerciale e non di quelli che derogano alla legge medesima»⁽⁹⁹⁾.

L'inosservanza della graduazione espressa nell'art. 1 c. comm. suona perciò vero e proprio sovvertimento dei principi che sorreggono l'ordinamento: «quando vi sono norme commerciali codificate, siano assolute, siano dichiarative, l'uso non funziona. Non è possibile in questo caso invocare l'uso nemmeno come norma d'interpretazione e dargli preponderanza sulla legge generale, altrimenti si cadrebbe nella confusione e nell'anarchia quando fosse lecito a ciascuna piazza di commercio crearsi usi e consuetudini in quello che il codice sia in modo speciale, sia generale ha previsto e regolato, mentre la consuetudine generale o locale non può mai derogare alla legge commerciale e al contratto»⁽¹⁰⁰⁾. «La consuetudi-

naio 1885, Giovanardi c. Ravenna, in *Dir. comm.*, 1885, p. 694; Cass. Napoli, 4 dicembre 1892, cit.; Cass. Roma, 8 giugno 1896, Sacchetti c. Zamorani, in *Giur. it.*, 1896, I, 1, c. 1063 s., con richiamo all'art. 58 c. comm.; Cass. Torino, 27 dicembre 1902, cit.; Cass. Torino, 27 marzo 1903, Bruno c. Vianti, *ivi*, 1903, I, 1, c. 620; Cass. Torino, 9 giugno 1905, cit.; Cass. Torino, 29 dicembre 1913, cit.

⁽⁹⁷⁾ Cass. Torino, 6 novembre 1899, Taddei c. Maglia, in *La Giuris.*, 1900, p. 1573.

⁽⁹⁸⁾ Art. 58 c. comm. *La forma e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano o per la loro esecuzione, e gli effetti degli atti stessi, sono regolati rispettivamente dalle leggi o dagli usi del luogo dove si emettono le obbligazioni e dove si fanno o si eseguono gli atti suddetti, salva in ogni caso l'eccezione stabilita dall'art. 9 delle disposizioni preliminari del codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale.*

⁽⁹⁹⁾ Cass. Roma, 8 giugno 1896, Sacchetti c. Zamorani, in *Giur. it.*, 1896, I, 1, c. 1063 s.

⁽¹⁰⁰⁾ App. Trani, 28 dicembre 1914, Gedeon c. delle Grottaglie, in *Dir. comm.*, 1915, p. 20. Ancora oltre si spingeva Trib. Messina, 6 luglio 1906, Ditta F.lli D. e G. Piccolo c. Banca di Messina, in *Riv. dir. comm.*, 1907, II, p. 80, sostenendo l'inopponibilità di una

ne non avrà né potrebbe avere mai per effetto di scalzare i principi di *diritto comune* che si impongono in tutte le leggi sia civili che commerciali, ed anche in tutte le leggi speciali, se il legislatore non abbia espressamente voluto il contrario»⁽¹⁰¹⁾.

Nella elaborazione giurisprudenziale, l'enucleazione dei limiti di efficacia della consuetudine si completa quindi attraverso l'interazione di esegesi e sistema, con il richiamo alla efficacia vincolante, anche per la *materia commerciale*, della disciplina costituente il *diritto comune* dei contratti, contenuta nel titolo IV del terzo libro del Codice civile, di quelle *regole generali* del diritto privato⁽¹⁰²⁾ alle quali, in virtù della espressa previsione dell'art. 1103 c.c.⁽¹⁰³⁾, *sono sottoposti tutti i contratti, civili e commerciali, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria*. «L'art. 1103 cod. civ., col disporre che le contrattazioni commerciali debbano essere regolate dal codice di commercio, mantiene fermo il principio che le *regole generali* statuite nel codice civile [...] siano applicabili per qualsiasi contratto civile o commerciale, abbia o meno un *nomen juris*»⁽¹⁰⁴⁾.

La disciplina generale dei contratti contenuta nel codice civile, ove non derogata da speciali disposizioni del codice di commercio giusta la riserva contenuta nel secondo comma dell'art. 1103 c.c., costituisce, dunque, fonte immediata del diritto commerciale, legge commerciale essa stessa, come tale collocata al vertice della gerarchia delle fonti sancita dall'art. 1 c. comm. e prevalente sugli usi commerciali⁽¹⁰⁵⁾.

consuetudine commerciale «che esonera da ogni responsabilità colui che con informazioni dolosamente false porta alla rovina un commerciante», in quanto «contraria all'ordine giuridico, all'interesse collettivo del commercio e ai precetti del diritto romano».

⁽¹⁰¹⁾ Cass. Torino, 27 dicembre 1902, Bellorini c. Campi, cit.

⁽¹⁰²⁾ Qualifica *norme o principi generali del diritto privato* le disposizioni contenute nel libro terzo, Titolo IV del codice civile BOLAFFIO, *Il Codice di commercio*, cit., p. 25 s.

⁽¹⁰³⁾ Art. 1103 c.c. *I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo. // Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice di commercio.*

⁽¹⁰⁴⁾ Cass. Torino, 9 maggio 1910, Società Soc. Ligure Lombarda degli zuccheri c. Bozzo, in *La Giuris.*, 1910, p. 1361.

⁽¹⁰⁵⁾ In dottrina condivide la tesi giurisprudenziale BOLAFFIO, *Il Codice di commercio*, cit., p. 25. Debolmente critica verso una qualificazione di legge commerciale per l'intero titolo IV del terzo libro del codice civile, in dichiarata polemica con Bolaffio, l'opinione di L. FRANCHI e C. PAGANI, *Commentario al Codice di commercio*, Milano, I, p. 10 e n. 16,

Premessa l'inderogabilità della graduazione espressa dall'art. 1 c. comm., la reazione, sul piano processuale, alla deduzione di un uso contrario alla legge non poteva che essere, prima ancora che una declaratoria di inefficacia, la sanzione pregiudiziale dell'inammissibilità «della prova di una tale consuetudine»⁽¹⁰⁶⁾.

Una volta definiti i rispettivi ruoli di legge e consuetudine tra le fonti del diritto commerciale e riaffermata la supremazia della legge, nessun dubbio poteva sussistere in ordine alla efficacia normativa degli usi ed al carattere vincolante per le parti loro attribuito dal legislatore, in mancanza di una norma scritta: «essendo gli usi annoverati da quell'articolo (art. 1 c. comm.) come fonti di diritto nella materia commerciale [...], l'uso convertesi in legge che il magistrato è tenuto ad applicare»⁽¹⁰⁷⁾. Pertanto, «in materia commerciale il giudice non solo può ma deve applicare gli usi vigenti sebbene non espressamente invocati dalle parti»⁽¹⁰⁸⁾, costituendo essi «una vera e propria disciplina giuridica, un *ius cogens*, il quale impera colla stessa forza della legge scritta»⁽¹⁰⁹⁾. Non può perciò dubitarsi della generale «influenza dell'uso commerciale» in quella materia, giacché «secondo la legge commerciale, non distinguendosi tra contratti, cose e persone, essa estende la sua influenza a tutto ciò che dal commercio ha causa od al medesimo si connette»⁽¹¹⁰⁾.

per i quali costituiscono «leggi commerciali [...] le singole disposizioni che possono essere contenute in leggi generali o speciali di diritto comune o civile» purché espressamente riferite alla materia commerciale, ovvero «in modo espresso e specifico richiamate e fatte applicabili alla materia commerciale da una legge commerciale. È infatti evidente che le norme così riferite o richiamate entrano a far parte della vera e propria legge commerciale, e debbono quindi applicarsi, non più come *diritto civile*, soltanto dopo gli usi, ma preporsi anche a questi, applicandosi come *diritto commerciale*». Per gli autori (n. 16), un tale *richiamo o riferimento espresso* mancherebbe invece nel caso dell'art. 1103 c.c., talché arbitrariamente «tutti gli art. dal 1097 a 1337 [c.c.] (concernenti *le obbligazioni e i contratti in genere*) si vorrebbero diventati *legge commerciale* e perciò immobilizzati e sottratti alla forza derogatrice degli usi».

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. Torino, 27 marzo 1903, cit.; Cass. Torino, 29 dicembre 1913, cit.; Trib. Modena, 17 gennaio 1885, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass. Torino, 29 dicembre 1887, Giannotti c. Cernusco, in *Mon. trib.*, 1888, p. 67.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass. Torino, 29 dicembre 1887, Migliorini c. Bertelli, in *Mon. trib.*, 1888, p. 993.

⁽¹⁰⁹⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, cit.; cfr. anche Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, in *Mon. trib.*, 1902, p. 337.

⁽¹¹⁰⁾ Prob. Bologna, 19 settembre 1900, Rabbi c. Belletti, in *Mon. trib.*, 1901, p. 611.

Per l'orientamento giurisprudenziale, largamente condiviso dalla dottrina, «anche l'uso dunque è legge commerciale vera e propria», sebbene «da osservare in seconda linea»⁽¹¹¹⁾, affermazione da cui discende, indiscusso corollario, che l'ignoranza dell'uso non esonera dalla sua osservanza: l'uso «essendo elevato a legge, ha la stessa autorità della legge scritta, e si suppone, per presunzione *juris et de jure*, a conoscenza di tutti gli interessati, non meno che la legge stessa»⁽¹¹²⁾. E, incidentalmente, si individuano i caratteri e requisiti che elevano l'uso commerciale alla dignità di fonte normativa: «l'uso, come fonte giuridica nei sensi della legge commerciale, quando non sia controverso, cioè quando si accetti pacificamente dal ceto commerciale o industriale del luogo in cui vive⁽¹¹³⁾, assume virtù obbligatoria e la esercita senza limitazioni di contratto⁽¹¹⁴⁾ di cose o di persone ove non disponga la legge stessa»⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹¹⁾ BOLAFFIO, *Commentario del codice di commercio*, cit., p. 33.

⁽¹¹²⁾ Cass. Torino, 7 ottobre 1886, cit.

⁽¹¹³⁾ La motivazione ripropone quasi letteralmente i lavori preparatori, che escludevano l'attendibilità di usi che «fossero contestati e che non abbiano a loro appoggio la pacifica accettazione del ceto commerciale del luogo ove sono stabiliti» (*Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXVII, tornata del 24 aprile 1870, n. 117, in MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 100).

⁽¹¹⁴⁾ Ma si veda, sulla derogabilità convenzionale dell'uso, *supra*, p. 16 e nt. 74.

⁽¹¹⁵⁾ Prob. Bologna 19 settembre 1990, Rabbi c. Belletti, cit., che riconnette alla buona fede (art. 1124 c.c.) l'integrazione del contratto con le clausole scaturenti dall'uso e la loro osservanza da parte dei contraenti: «tanto per l'uso quanto per la consuetudine la buona fede vuole che nei contratti si debba intenderne compresa la materia, ancorché non vi sia espressa».

Più rigida, riguardo ai requisiti dell'uso commerciale, la giurisprudenza togata, la quale ritiene che «l'uso, come fonte di diritto, deve avere tutti i requisiti della consuetudine, e tra l'altro la durata dell'osservanza e l'*opinio iuris atque necessitatis*» (App. Roma, 15 giugno 1908, Rotondi c. Ferrovie dello Stato, in *Foro it.*, 1908, I, c. 1140 s.). Ma a minor rigore invitavano i lavori preparatori del Codice di Commercio del 1882 (*Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXVII, tornata del 24 aprile 1870, n. 115, in MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 98), laddove, nell'illustrare la formulazione dell'art. 1 del Progetto, si precisava: «Si è poi conservata la parola *usi* perché se si fosse sostituita l'altra *consuetudini*, si sarebbero esclusi usi i quali, senza avere tutti i requisiti della consuetudine, non sono meno rispettabili, perché reclamati dal continuato progresso dell'industria commerciale». L'espressione *consuetudine commerciale*, si avverte del resto, era stata respinta anche dalla Commissione redattrice del Codice del 1865 per togliere le controversie che potrebbero essere prodotte dalla confusione possibile col concetto della *consuetudo*

Nell'enucleare la disciplina degli usi, puntuale è infatti l'attenzione dell'interprete nel distinguere «la consuetudine come argomento della volontà dei contraenti», dalla consuetudine propriamente «fonte di diritto»⁽¹¹⁶⁾, secondo la previsione dell'art. 1 c. comm., conformemente alla distinzione, operata «nella scuola, dei vari usi commerciali in varie specie, che alcuni scrittori riducono a due sole: cioè usi legali e usi contrattuali»⁽¹¹⁷⁾. Di questi, «i primi hanno forza di legge ed obbligano le parti anche quando non li conoscano; gli altri servono ad interpretare la volontà delle parti, in quanto risulta che esse nell'assumere il contratto intesero, sia espressamente, sia tacitamente, riferirsi a quella norma»⁽¹¹⁸⁾, ossia a quelle «clausole d'uso e [le] pratiche in detti articoli mentovate [art. 1134 e 1135 c.c.]»⁽¹¹⁹⁾, le quali «costituiscono altrettante condizioni tacite da ritenersi accettate dalle parti se non vi siano patti in contrario»⁽¹²⁰⁾. Giurisprudenza e dottrina, ancora una volta convergenti, evidenziano dunque la necessità di distinguere gli *usi contrattuali*, detti anche *usi di fatto* od *usi interpretativi*, che «non sono norme di legge, ma hanno un'efficacia meramente fondata sulla volontà delle parti» e «nella maggior parte dei casi servono solamente a spiegare o completare l'espressione della volontà contrattuale ambigua o deficiente»⁽¹²¹⁾, dagli *usi legali* o *normativi*, «che hanno forza legislativa, che poggiano sulla pratica uniforme dei commercianti e sono destinati ad avere applicazione anche se i contraenti ne ignoravano l'esistenza»,

del diritto romano» (*Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXVII, tornata del 24 aprile 1870, n. 117, in MARGHERI, *I motivi*, cit., vol. II, I, p. 100); affermazioni nelle quali si legge una scelta legislativa di discontinuità, almeno per la materia commerciale, rispetto alla tradizione romanistica.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. Firenze, 20 marzo 1890, Morassutti c. Berengan, *Giur. it.*, 1890, I, 1, c. 530.

⁽¹¹⁷⁾ App. Napoli, 5 marzo 1909, Giliberti c. Gori e Crecchi, in *Foro it.*, 1909, I, c. 1286.

⁽¹¹⁸⁾ App. Napoli, 5 marzo 1909, Giliberti c. Gori e Crecchi, cit.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 1134 c.c. *Il patto ambiguo s'interpreta secondo ciò che si pratica nel paese dove fu stipulato il contratto.*

Art. 1135 c.c. *Nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso, ancorché non vi siano espresse.*

⁽¹²⁰⁾ Cass. Napoli, 21 gennaio 1899, Musella c. De Lucia, in *Foro it.*, 1899, I, c. 1037 s. Si veda anche App. Genova, 30 gennaio 1914, Soc. anonima Molini Marzoli c. Ditta F.lli Croce, in *Mon. trib.*, p. 376.

⁽¹²¹⁾ C. VIVANTE, *Nota a Cass. Torino 26 ottobre 1910, Ditta White c. Società docks cotoni*, e Cass. Torino 28 ottobre 1910, *Società docks cotoni c. Ditta White*, in *Foro it.*, 1911, I, p. 194.

la cui efficacia è «fondata veramente sulla convinzione diffusa tra la classe dei commercianti che essi costituiscano delle norme alla cui applicazione le parti contraenti non possano sottrarsi se non vi hanno derogato con una clausola contraria espressa nel loro contratto»⁽¹²²⁾, solo questi ultimi elevando a fonte di diritto secondo la previsione dell'art. 1 c. comm.⁽¹²³⁾: «la consuetudine come norma elevata dal legislatore a legge, s'impone alla volontà delle parti, salvo soltanto a queste la facoltà di derogarvi, purché non si tratti di norma di ordine pubblico; la consuetudine, invece, come *norma interpretativa*, integra e *chiarisce* l'incompleta ed oscura manifestazione della volontà delle parti, stabilendo la presumibile comune loro intenzione»⁽¹²⁴⁾.

Già nel corso dei lavori della *Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio*, si era aperta la discussione sopra la natura di specialità ovvero di eccezionalità del diritto commerciale.

Consapevole della necessità di superare ogni incertezza sulla questione, che evocava secolari dispute⁽¹²⁵⁾ ed implicava nell'attualità non

⁽¹²²⁾ VIVANTE, *Nota a Cass. Torino 26 ottobre 1910, Ditta White c. Società docks cotone, e Cass. Torino 28 ottobre 1910, Società docks cotone c. Ditta White*, cit., p. 195. Dubbi sulla fondatezza giuridica della distinzione in «usi interpretativi» e «usi legali» esprime BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., p. 41 s., osservando che «la natura dell'uso è una sola, e la sua funzione è la medesima. È sempre la norma legale che dà alle parole ambigue il senso comunemente accettato», per cui «non è diversa la funzione dell'uso quando chiarisce il patto ambiguo e quando integra clausole o conseguenze non previste», così convogliando nell'uso quale fonte normativa le funzioni interpretativa ed integrativa del contratto, mentre la mera *pratica individuale*, in quanto tale, non costituirebbe uso ma «clausola sottintesa con riferimento a precedenti rapporti».

⁽¹²³⁾ Profili di contiguità tra usi normativi e usi interpretativi in materia civile adombra Cass. Firenze, 20 marzo 1890, Morassutti c. Berengan, cit. Ma si veda anche App. Genova, 7-10 marzo 1914, Loffredo c. Fabbrica colla e concimi, in *Dir. comm.*, 1914, p. 226 s., che riconnette comunque a profili soggettivi l'applicazione di norme consuetudinarie («de norme consuetudinarie entrano a far parte del contratto perché si presume che ad esse le parti si sieno richiamate»).

⁽¹²⁴⁾ Cass. Roma, 15 aprile 1914, Bontà c. Salis, in *Dir. comm.*, 1914, p. 559.

La distinzione tra usi legali e usi contrattuali «formatasi nel vigore della disciplina anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice [1942], anche sulla base della giurisprudenza dell'epoca» è stata sorprendentemente richiamata dalla recente Cass., Sez. I, 20 maggio 1998-16 marzo 1999 n. 2374, *Guida al Diritto - Il sole 24 ore*, fasc. n. 13/1999, p. 43 s., che ha escluso la natura di uso normativo della clausola dei contratti bancari relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi.

⁽¹²⁵⁾ Per una esposizione delle tesi della dottrina coeva sulla formazione e sui caratteri del diritto commerciale e dei rapporti con il diritto civile vedi BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., pp. 25 s., 28 s.

irrilevanti conseguenze riguardo al ricorso all'analogia ed alla priorità del procedimento di integrazione delineato dall'art. 3 disp. prel. rispetto all'applicazione del diritto civile, si era dimostrato, sin dalle prime sessioni dei lavori della *Commissione*, Pasquale Stanislao Mancini, il quale richiamando «le gravi controversie, se le leggi commerciali costituiscano una eccezione al diritto civile, se questo cioè sia un supplemento di quelle, se per diritto comune nelle materie commerciali debba riguardarsi il Codice civile o l'usanza del commercio», ne auspicava il superamento attraverso la codificazione, tra le disposizioni generali del codice, della regola che «agli affari commerciali si applicassero primamente le disposizioni delle leggi commerciali, in difetto gli usi e le consuetudini del commercio, ed in loro mancanza le regole del Codice civile»⁽¹²⁶⁾.

Al riguardo, dalle osservazioni al progetto preliminare, formulate dalle Camere di Commercio e dalle Facoltà di Giurisprudenza del Regno⁽¹²⁷⁾, emergeva, significativa, la resistenza delle prime⁽¹²⁸⁾ all'introduzione di una regola che istituzionalizzasse il ricorso al diritto civile in difetto di specifiche disposizioni od usi commerciali, suggerendo l'introduzione di una *clausola di salvaguardia*, che costringesse l'interprete a procedere all'individuazione della regola da applicare alla fattispecie *avuto riguardo in ogni caso agli interessi generali del commercio*⁽¹²⁹⁾. Tale criterio avrebbe dovuto pertanto prevalere sull'applicazione, in via sussidiaria, del diritto civile, nella

⁽¹²⁶⁾ *Processi verbali delle tornate della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel codice di commercio del Regno d'Italia*, Verbale XXV, tornata del 24 ottobre 1869, n. 99, in MARGHERI, *I Motivi*, cit., vol. II, 1, p. 85 s.

La posizione del Mancini fu ripresa, durante i lavori della *Commissione di coordinamento*, dall'On. Orsini, il quale nella tornata del 22 luglio 1882 propose di modificare la formulazione dell'art. 1 accolta nel Progetto per definitivamente affrancare il diritto commerciale dal «concetto che del diritto commerciale si aveva nei tempi passati, di considerarlo cioè una legge di eccezione» (*Verbali delle discussioni della commissione di coordinamento*, in MARGHERI, *I Motivi*, cit., p. 1051).

⁽¹²⁷⁾ MARGHERI, *I motivi*, cit., Vol. II, 2, p. 11 s. Il testo integrale delle *Osservazioni e pareri della magistratura, delle Camere di commercio e delle Facoltà di Giurisprudenza del Regno sul progetto preliminare per la riforma del Codice di commercio compilato dalla Commissione ministeriale nominata con decreto del 9 settembre 1869* è allegato al *Progetto del Codice di commercio*, edito dalla Stamperia Reale di Firenze, 1878.

⁽¹²⁸⁾ Si vedano le osservazioni delle Camere di commercio di Brescia, Lecco, Potenza, in MARGHERI, *I motivi*, cit., Vol. II, 2, p. 12.

⁽¹²⁹⁾ Osservazioni delle Camere di commercio di Brescia e Lecco, in MARGHERI, *I motivi*, cit., Vol. II, 2, p. 12.

convinzione che «per alcuni istituti giuridici particolari al commercio ... non è possibile, o è manifestamente ingiusto l'applicare il diritto civile»⁽¹³⁰⁾.

Elaborato il progetto definitivo del nuovo codice di commercio, avvertiva il Mancini nella sua Relazione⁽¹³¹⁾ che consuetudini «generalmente accettate ed osservate nelle relazioni commerciali, contrarie alle regole generali del diritto civile, [...] riconosciute insufficienti e inadeguate alle particolari necessità ed ai bisogni del commercio, [...] doversero avere prevalenza sulle massime generali del diritto civile, e che solo in ultimo luogo si dovesse all'applicazione di quelle massime ricorrere». La manifesta volontà del legislatore, canonizzata nel secondo comma dell'art. 1 c. comm., collocava dunque le regole civili dell'autonomia privata in posizione di mera sussidiarietà rispetto agli usi mercantili, subordinandone l'applicazione alla preventiva verifica dell'impossibilità di individuare nelle fonti commerciali, come graduate nell'art. 1 c. comm. comma primo, una norma regolatrice della fattispecie.

Se, pertanto, da un lato risultava codificata la funzione integratrice del diritto civile nella materia commerciale, si escludeva, dall'altro, il ricorso alla fonte sussidiaria civile sino a che, esauriti tutti gli strumenti ermeneutici, non fosse stata certa la mancanza di una norma commerciale, «scritta o non scritta»⁽¹³²⁾, idonea alla disciplina della fattispecie. Le ragioni su cui tale convincimento si fonda alludono, ancora, alle non sopite dispute sui reciproci rapporti tra codice civile e codice di commercio, «i quali non stanno l'uno di fronte all'altro come la regola alla eccezione. Ciascuno contiene una legislazione speciale – regola, cioè, una categoria particolare dei rapporti privati – sebbene il codice civile contenga anche

⁽¹³⁰⁾ Osservazioni della Camera di commercio di Brescia, in MARGHERI, *I motivi*, cit., Vol. II, 2, p. 12.

⁽¹³¹⁾ *Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Mancini) ed esposizione dei motivi del progetto del Codice di commercio per il Regno d'Italia, presentato al Senato del Regno nella Tornata del 18 giugno 1877 dallo stesso Ministro di concerto col ministro di Agricoltura e Commercio (Maurana-Caltabiano)*, in MARGHERI, *I Motivi*, cit., vol. IV, p. 12.

⁽¹³²⁾ Cfr. Cass. Firenze, 16 gennaio 1913, Richard Ginori c. Grassi Parigi, in *Foro veneto*, 1922, p. 322, citata da BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., che cassando App. Firenze, 21 marzo 1912, in *Foro it.*, 1912, I, c. 1100 s., escludeva la possibilità per il magistrato di decidere *ex bono et aequo*, senza aver preventivamente accertato la sussistenza di un uso mercantile regolante la materia (preavviso di licenziamento ed indennità).

le norme generali del diritto privato (titolo IV del libro III)⁽¹³³⁾, che si applicano tanto alle obbligazioni civili quanto alle commerciali, se la legge commerciale non vi deroghi»⁽¹³⁴⁾. La rigorosa attenzione al sistema imponeva dunque, in mancanza di «una disposizione specifica [commerciale] od un uso speciale o generale», di ricorrere «all'analogia per spremere da queste fonti successive non dirette tutto il contenuto legale di cui sono capaci»⁽¹³⁵⁾, prima di attingere alla fonte sussidiaria del diritto civile, applicato «non quale legge commerciale in senso improprio, oppure in funzione di legge commerciale [...]; bensì quale legislazione speciale civile, sul fondamento della unità organica del diritto privato delle obbligazioni»⁽¹³⁶⁾.

In tale prospettiva, il ricorso all'estensione analogica di norme commerciali, per l'art. 3 disp. prel., si voleva implicitamente ammesso ed anteposto senz'altro al diritto civile: l'art. 1 «non accenna affatto a disposizioni espresse e quindi non esclude l'interpretazione analogica»; esso «autorizza uno sperimento graduato, completo di tutte le fonti»⁽¹³⁷⁾.

La tesi della priorità del ricorso all'estensione analogica rispetto al sussidio del diritto civile non trovava peraltro generale accoglimento⁽¹³⁸⁾. Si contestava la forza dell'analogia quale strumento ermeneutico, qualificata come «l'argomento più labile nella interpretazione delle leggi»⁽¹³⁹⁾, che doveva cedere dinanzi all'esplicito inserimento del diritto civile tra le fonti del diritto commerciale, venendosi altrimenti a disattendere il dettato legislativo col negare pratica rilevanza alla gerarchia delle fonti in esso indicata⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³³⁾ Vedi sopra, p. 20 e nt. 93.

⁽¹³⁴⁾ BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., p. 25.

⁽¹³⁵⁾ BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., p. 29.

⁽¹³⁶⁾ BOLAFFIO, *Commentario al Codice di commercio*, cit., p. 31.

⁽¹³⁷⁾ F.G. VITALE, nota a Cass. Roma, 12 novembre 1907, in *Foro it.*, 1908, I, c. 615 s. sosteneva la legittimità del preventivo ricorso all'analogia commerciale giudicando «incomportevolmente restrittiva» la tesi opposta di A. SCIALOJA, nota a Cass. Roma, 12 novembre 1907, *ivi*, cc. 16-21, per il quale la graduazione dell'art. 1 c. comm. anteponeva al diritto civile, come fonte sussidiaria, le sole disposizioni commerciali espresse.

⁽¹³⁸⁾ Si veda il richiamo di Cass. Napoli, 19 febbraio 1903, Lucrano c. Scala ed altri, in *Foro it.*, 1903, I, p. 410 al «testo espresso della legge» commerciale.

⁽¹³⁹⁾ App. Roma, 29 dicembre 1904, Aloisi Masella c. Ciocci, in *Foro it.*, 1905, c. 260 s.

⁽¹⁴⁰⁾ *Contra*, in dottrina, A. SRAFFA, nota a sent. Cass. Torino, 27 marzo 1915, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, pp. 520-524, 521, il quale, in tema di rescindibilità della compraven-

Si opinava dunque che il disposto dell'art. 1 consentisse di attribuire uno straordinario valore al principio *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*: il silenzio del legislatore, come principio di ermeneutica legale, trova il suo completamento nell'art. 1 c. comm., «il quale, nel silenzio di esso codice, ed in mancanza degli usi mercantili obbliga il giudice ad applicare il diritto civile»⁽¹⁴¹⁾. Non pareva quindi congruo «invocare la massima *ubi voluit dixit* a proposito di un codice speciale, il quale esordisce che *ubi tacuit* parla il diritto civile»⁽¹⁴²⁾; e perciò «nulla disponendo le leggi commerciali e gli usi mercantili, trovano applicazione le disposizioni della legge civile»⁽¹⁴³⁾.

4. — «La istituzione dei Probiviri fu accolta anche da noi [...] quale sperato rimedio a tanti guai, derivatici dalle lacune del diritto scritto, in materia di ordinamento giuridico del lavoro industriale». Così il giovane Redenti introduceva le proprie considerazioni⁽¹⁴⁴⁾ sul contributo dei Collegi dei Probiviri nell'enucleazione di una disciplina organica del *rapporto di lavoro* dal sistema dalle norme vigenti, che del contratto denominato, in ossequio alla tradizione, *locazione delle opere*⁽¹⁴⁵⁾, così come del rapporto da esso scaturente⁽¹⁴⁶⁾, ben poco sembravano occuparsi.

In poche norme del codice civile il legislatore del 1865 aveva dettato

dita immobiliare commerciale, sostiene che, «dato il carattere generalmente eccezionale del codice di commercio, non si può far ricorso alle regole del codice civile, se non quando manchi una regola, sia pure analogica, desunta dal sistema delle norme commerciali».

⁽¹⁴¹⁾ Cass. Palermo, 1 luglio 1902, Trewhella c. Soldano, in *Giur. it.*, 1902, I, 1, c. 845 s.

⁽¹⁴²⁾ Cass. Torino, 27 marzo 1915, in *Il dir. comm.*, 1915, II, p. 398.

⁽¹⁴³⁾ Trib. Perugia, 7 gennaio 1927, in *Foro umbro*, 1927, p. 39 s.

⁽¹⁴⁴⁾ E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, p. 356 s.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 1570 c.c. *La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede.*

⁽¹⁴⁶⁾ REDENTI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 359, evidenziava il carattere riduttivo della diffusa pratica di designare con il termine *contratto di lavoro* tanto il contratto quanto il rapporto che ne scaturiva, acutamente sottolineando come «il contratto propriamente detto, il consenso iniziale (art. 1098 del c. civ.) non fosse sufficiente alla formazione perfetta e definitiva (perfezione) del rapporto giuridico fra operaio e industriale [...], né alla sua disciplina, che altri atti e fatti giuridici vi concorrono e, in parte, debbono imprescindibilmente concorrervi (assunzione del servizio, periodo di prova, contratti collettivi ecc.)»; con la conseguenza che non era dato quindi, «senza uscire dalla realtà, identificare la costruzione giuridica del rapporto, colla costruzione del contratto propriamente detto».

un'esigua serie di precetti, collocati nel titolo IX *Del contratto di locazione*, ben presto giudicati inadeguati alla disciplina del rapporto mediante il quale si organizzavano «gli scambi di mano d'opera contro capitale»⁽¹⁴⁷⁾, destinati a divenire il fulcro dell'assetto economico e sociale dello Stato: «il contratto di locazione d'opera, fra gli istituti della legislazione italiana, è il meno rispondente ai bisogni nuovi e alle cresciute relazioni del lavoro»⁽¹⁴⁸⁾. È all'indirizzo di tale contratto, dunque, che avrebbero dovuto rivolgersi gli sforzi per un più puntuale adeguamento della legge alla realtà dei rapporti: «il contratto di locazione d'opera, che nella società romana, aiutata dalla schiavitù, era poca cosa, diventò invece nella società moderna di tale importanza che neppure attualmente la legislazione è riuscita a dargli un regolamento completo e soddisfacente a tutti i bisogni»⁽¹⁴⁹⁾. E non si risparmiavano critiche al legislatore, evidentemente non al passo con i tempi, il quale consentiva la permanenza di «dividure stonanti», che dimostravano ancora un volta «come la più progredita delle civiltà portasse sempre qualche traccia dell'antica barbarie»⁽¹⁵⁰⁾.

In una tale conclamata situazione di inadeguatezza normativa, ben poteva radicarsi la convinzione dell'opportunità di istituire una figura di organo *pacificatore* dei proliferanti conflitti tra operai ed industriali, che con il proprio intervento supplisse ai «mezzi imperfetti offerti dalla legislazione vigente»⁽¹⁵¹⁾, ponendo rimedio agli effetti pregiudizievoli scaturenti dalle lacune dell'ordinamento in tale materia.

Su una cosa occorre peraltro intendersi: la scelta dell'istituzione dei *Probi-viri*, che già in altri Stati avevano dato buona prova di sé⁽¹⁵²⁾, non appare consapevolmente orientata verso la creazione di un organo, affi-

⁽¹⁴⁷⁾ REDENTI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 358.

⁽¹⁴⁸⁾ Trib. Roma, 5 aprile 1901, Morello c. Luzzatto, in *Giur. it.*, 1902, I, 1, c. 440.

⁽¹⁴⁹⁾ App. Genova, 31 ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, cit.

⁽¹⁵⁰⁾ App. Genova, 31 ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, cit.

⁽¹⁵¹⁾ App. Genova 31 ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, cit.

⁽¹⁵²⁾ Per una indagine anche comparativistica sulla istituzione e sulla funzione dei Collegi dei Probiviri, si rinvia alla diffusa trattazione introduttiva di REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei Probiviri*, Roma, 1906, p. 3 s., nella ristampa anastatica a cura e con un'introduzione di S. CAPRIOLI, Giappichelli, Torino, 1992. Tra i testi coevi, buona cava di informazioni offre anche L. DI FRANCO, *Probiviri*, in *Dig. it.*, XIX, Torino, 1908-1913. Si veda, anche, la sintetica ma puntuale ricostruzione della vicenda dei probiviri tratteggiata, ben dopo la soppressione dei Collegi, da G. ARDAU, *Probiviri*, in *Dir. prat. dir. priv.*, V, 2, Vallardi, Milano, 1952.

datario, sebbene non in via esclusiva, di funzioni giurisdizionali, la cui attività ermeneutica surrogasse l'inerzia del legislatore. Ferma, infatti, la rigida separazione delle funzioni rispettivamente riservate al *potere legislativo* e all'*ordine giudiziario* ⁽¹⁵³⁾, conseguente alla divisione dei poteri, e l'invalidabilità, per il secondo, del limite sancito dall'ancipite art. 73 Stat. ⁽¹⁵⁴⁾, la funzione dei probiviri veniva programmaticamente individuata nella «conciliazione, nella composizione amichevole delle controversie e dei conflitti, cui danno pur troppo di frequente origine i rapporti fra capitale e lavoro» ⁽¹⁵⁵⁾. Non un sovvertimento dell'ordine costituito ci si aspettava perciò dai Probiviri, essendo questi piuttosto «ordinati essenzialmente ad organi di *pacificazione* fra le indicate categorie (classi) economico sociali di persone» allorché «queste rivestissero rispettivamente la propria veste caratteristica di parti contraenti dei contratti di lavoro» ⁽¹⁵⁶⁾.

La funzione dei probiviri si vuole dunque principalmente diretta ad una *prevenzione* delle controversie giudiziali, attraverso la definizione transattiva delle vertenze in sede di conciliazione: «è mediante tale funzione conciliatrice, che il nuovo Istituto potrà compiere la sua missione pacificatrice e rendere ad industriali ed operai i grandi servizi che se ne attendono, senza perturbazioni, senza offesa ai principii su cui si fonda il nostro diritto pubblico» ⁽¹⁵⁷⁾. In tal senso, agevolmente si comprende la preoccupazione di ridurre al minimo la funzione giurisdizionale dei Collegi probivirali, la cui attività avrebbe dunque dovuto essere dominata da un'opera di conciliazione e di mediazione, rispetto alla quale «l'ufficio giudiziario» non poteva che essere «affatto accessorio e sussidiario», scongiurando così

⁽¹⁵³⁾ Così rispettivamente designati dall'art. 3 Stat. e dal titolo dello Statuto contenente le norme disciplinanti l'amministrazione della giustizia (artt. 68-73 Stat.).

⁽¹⁵⁴⁾ Art. 73 Stat. *L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo.*

Sui limiti funzionali dell'*interpretazione* affidata dall'art. 3 disp. prel. c.c. (precedente dell'attuale art. 12 disp. prel. c.c. del 1942) al potere giurisdizionale vedi Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 13 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ *Relazione della Commissione sulla proposta di legge d'iniziativa del deputato Maffi e sul disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Chimiri) di concerto col Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Ferraris)*, *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, Legislatura XVII, I sessione 1890-91, Documenti n. 117 e 136-A, p. 2.

⁽¹⁵⁶⁾ REDENTI, *Massimario*, cit., p. 3.

⁽¹⁵⁷⁾ *Relazione della Commissione*, cit., p. 2.

il «ritorno al vietato e condannato sistema dei tribunali speciali» ⁽¹⁵⁸⁾.

Nella realtà, già all'indomani della loro istituzione ⁽¹⁵⁹⁾, che doveva segnare «uno dei primi e forse più modesti passi nella legislazione sociale» ⁽¹⁶⁰⁾, la rilevanza del compito affidato ai probiviri si veniva evidenziando ben oltre le aspettative lumeggiate nei lavori preparatori, e proprio attraverso quella funzione giudiziaria che le *giurie*, infruttuosamente esaurita la fase relativa all'obbligatorio *sperimento di conciliazione* ⁽¹⁶¹⁾ dinanzi ai probiviri costituiti in *ufficio di conciliazione* ⁽¹⁶²⁾, esercitavano in virtù del-

⁽¹⁵⁸⁾ *Relazione della Commissione*, cit., p. 2. Ma della «istituzione di un giudice speciale per le questioni di lavoro» non esitava a parlare l'On. Antonio Maffi nella relazione alla sua proposta di legge per la «Istituzione dei collegi di *probi-viri*», *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, Legislatura XVII, I sessione 1890-91, Documenti, n. 117, p. 2.

⁽¹⁵⁹⁾ Le tappe della vicenda legislativa, che doveva concludersi con l'emanazione della *legge sui Probiviri*, n. 295 del 15 giugno 1893, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del Regno il 22 giugno 1893, n. 146, sono tracciate da REDENTI, *Massimario*, cit., p. 3.

L'attenzione della classe politica verso la questione dei probiviri, cui era sottesa l'intera problematica afferente la regolamentazione dei rapporti tra *mano d'opera e capitale*, è testimoniata dalla rapidità della fase relativa alla discussione del progetto finale, che dinanzi alla Camera si svolse in cinque tornate tenutesi dal 9 febbraio 1893 al 17 febbraio dello stesso anno (cfr. *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, Legislatura XVIII, I sessione, discussioni, p. 1274 s.; 1304 s.; 1462 s.; 1482 s.; 1509 s.).

⁽¹⁶⁰⁾ *Relazione della Commissione*, cit., p. 2.

⁽¹⁶¹⁾ L'art. 10 della l. n. 295 del 15 giugno 1893, al comma primo, sanciva l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione anche nelle controversie di competenza della magistratura ordinaria: *Nessuna delle controversie indicate nell'art. 8 può essere portata innanzi alla giuria, o, se ecceda la competenza di questa, innanzi ai magistrati ordinari, senza previo sperimento di conciliazione innanzi all'ufficio di conciliazione.* Osservava acutamente ARDAU, *Probiviri*, cit., p. 541, che proprio con tale previsione «si spiega [...] la ratio dell'istituto della conciliazione sindacale (art. 430 c.p.c.) e quella dell'attribuzione degli stessi compiti conciliativi agli uffici del lavoro e della massima occupazione (d.l. 15 aprile 1948 n. 381)», che costituiscono peraltro gli immediati precedenti dell'attuale disciplina delle controversie individuali di lavoro (art. 409 ss. c.p.c. vigente).

⁽¹⁶²⁾ Art. 8, l. n. 295 del 15 giugno 1893 *L'ufficio di conciliazione può essere adito per componimento amichevole nelle controversie che concernano: a) i salari pattuiti o da pattuirsi; b) il prezzo del lavoro eseguito o in corso di esecuzione e il salario per le giornate di lavoro prestate; c) le ore di lavoro convenute o da convenirsi; d) l'osservanza dei patti speciali di lavorazione; e) le imperfezioni del lavoro; f) i compensi per i cambiamenti nella qualità della materia prima o nei modi della lavorazione; g) i guasti arrecati dall'operaio ad oggetti della fabbrica, o i danni da questo sofferti nella persona per fatto dell'industriale; h) le indennità per abbandono della fabbrica o per licenziamento prima che sia compiuto il lavoro o trascorso il termine pattuito; i) lo scioglimento del contratto di lavoro e di tirocinio; e in generale in tutte le controversie che riguardano convenzioni relative al contratto di lavoro o di tirocinio fra industriali e capi operai o lavoratori, fra capi operai e operai o apprendisti, o che dipendano da trasgressioni disciplinari.*

l'art. 9, comma primo, della legge n. 295 del 15 giugno 1893 ⁽¹⁶³⁾.

Nell'istruire le controversie loro devolute, le *giurie* non avevano potuto che rilevare, pregiudizialmente, sulla scia della magistratura ordinaria e della dottrina, la fin troppo lamentata carenza di una articolata disciplina legislativa del rapporto di lavoro ⁽¹⁶⁴⁾. «Il contratto di locazione d'opera, fra gli istituti della legislazione italiana, è il meno rispondente ai bisogni nuovi e alle cresciute relazioni del lavoro. Restano però i principi essenziali del nostro *sistema* contrattuale, ai quali si deve ricorrere, in mancanza di norme speciali. Stabilita l'esistenza di un contratto [...], non è possibile evitare l'applicazione delle regole generali di diritto sulla obbligatorietà, l'adempimento e la trasmissibilità dei diritti e degli obblighi, derivanti dal vincolo giuridico» ⁽¹⁶⁵⁾. L'osservazione, lungi dal tradursi in sterile critica, costituiva così solo il punto di partenza da cui i probiviri erano spinti a ricercare nella connessione dei precetti simultaneamente vigenti nell'ordinamento in quanto tra loro formalmente *compatibili*, secondo la previsione dell'art. 5 disp. prel. ⁽¹⁶⁶⁾, vale a dire ad enucleare nel *sistema*, le regole giuridiche disciplinanti il rapporto di lavoro.

È dunque questo il compito peculiare che va delineandosi per i probiviri, strumentale per l'espletamento di quello loro formalmente assegnato dal legislatore: «le lacune e le incertezze che si incontrassero» riguardo agli specifici profili funzionali del rapporto, «vorranno essere risolte riportandosi alle norme generali regolatrici del contratto di locazione d'opera, agli usi ed alla giurisprudenza che va formandosi cogli instaurati tribunali dei probiviri. È ufficio di questi, non soltanto di conciliare e di giudicare le controversie di loro competenza, ma altresì di contribuire

⁽¹⁶³⁾ Art. 9 comma primo, l. n. 295 del 15 giugno 1893 *La giuria è competente a decidere le controversie di valore non eccedente le lire duecento e che concernano: a) i salari pattuiti; b) le ore di lavoro convenute e tutti gli oggetti determinati con le lettere b, d, e, f, g, h, i, dell'articolo precedente.*

⁽¹⁶⁴⁾ Per REDENTI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 356, n. 1, «il lamento [...] contro le lacune del diritto scritto, in questa materia, è ormai luogo comune». Considerazioni analoghe si leggono in BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit., p. 289 (vedi sopra, p. 15 e nt. 71).

⁽¹⁶⁵⁾ Trib. Roma, 5 aprile 1901, Morello c. Luzzatto, in *Giur. it.*, 1902, I, 2, c. 440 s.

⁽¹⁶⁶⁾ Art. 5 disp. prel. *Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.*

alla formazione del diritto evolventesi di cauto passo» ⁽¹⁶⁷⁾.

I probiviri si trovano dunque a condividere quel ruolo, che la magistratura ordinaria andava rivendicando, di adeguamento degli strumenti giuridici «ai bisogni della vita sociale moderna» ⁽¹⁶⁸⁾, ricorrendo al *sistema*, ma anche attraverso la puntuale verifica delle soluzioni offerte dalla *pratica*, maestra delle cose umane», che in materia commerciale del *sistema* stesso faceva parte, per via dell'art. 1 c. comm., e, in specie riguardo al contratto di locazione d'opere, *sopperiva* all'inadeguatezza della legislazione ⁽¹⁶⁹⁾.

La convergenza degli intenti trovava peraltro conferma nel consenso che le tesi dei probiviri riscontravano presso la magistratura, che faceva propri principi accolti dalla «giurisprudenza dei probi-viri opportunamente creati per rendere più facili e più pratiche le conciliazioni tra capitale e lavoro» ⁽¹⁷⁰⁾, in ciò sorretta anche dall'apprezzamento della dottrina ⁽¹⁷¹⁾. Manifestando di aver rispettivamente assunto sulla questione posizioni «ormai non più controverse» ⁽¹⁷²⁾, la dottrina, riconoscendo il valore di quell'attività interpretativa che era più di *ricognizione* che di *integrazione* dei precetti, pur sempre svolta nel rispetto dei limiti desumibili dal *sistema*

⁽¹⁶⁷⁾ Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, in *Mon. trib.*, 1901, p. 852. Il lodo della giuria di Milano è espressione della ulteriore funzione attribuita ai Probiviri dall'art. 12 della legge istitutiva, che consentiva alla Giuria, adita in qualità di collegio arbitrale, di definire, *per volontà delle parti*, le controversie eccedenti la competenza stabilita dall'art. 9, l. n. 295 del 15 giugno 1893.

⁽¹⁶⁸⁾ App. Genova, 31 ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, cit.

⁽¹⁶⁹⁾ App. Genova, 31 ottobre 1899, Sacco c. Noli e altri, cit.

⁽¹⁷⁰⁾ App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Bocconi, in *Giur. it.*, 1905, c. 443 s., pubblicata anche in *Mon. trib.*, 1905, p. 450. Si veda anche App. Firenze, 21 marzo 1912, Grassi-Parigi c. Società ceramica Richard Ginori, in *Foro it.*, 1912, I, c. 1101, che conferma la circolazione delle «tesi» dei probiviri tra la magistratura ordinaria.

Sull'altro versante, Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni Maraviglia, in *Mon. trib.*, 1902, p. 337, testimoniava che la giurisprudenza formatasi tra i probiviri in materia di preavviso risultava «consona a quella adottata dai Tribunali ordinari e dalle Corti italiane».

⁽¹⁷¹⁾ Si veda la significativa nota redazionale a App. Milano 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, in *Mon. trib.*, 1905, p. 450.

⁽¹⁷²⁾ App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarra, in *Mon. trib.*, 1901, p. 695 s., per la quale «al silenzio [della legge in materia di contratto di lavoro] hanno supplito, come già in Francia, l'uso, la dottrina e la giurisprudenza, ormai non più controverse».

stesso, e non risparmiando censure al soggetto istituzionalmente titolare della funzione legislativa, plaudeva infatti alla «nostra magistratura, la quale mostra così come, con un'applicazione intelligente delle larghe facoltà spettanti al magistrato laddove manchino espresse statuizioni legislative, si può con la sola giurisprudenza creare in sostanza un vero e proprio corpo di diritto, assai più plastico, più duttile e più elaborato alla scuola della vita che non possa essere quello atteso con ingenua illusione dall'onnivegenza parlamentare» (173).

I probiviri andavano quindi adempiendo, pur senza manifesti intenti metodologici, la loro *missione*, «per quanto era possibile, col sanzionare, come giudici [...], certe convinzioni giuridiche, che dominavano in pratica, non scritte, il cosiddetto contratto di lavoro, sia che esse fossero già prima concrete e manifeste per via di determinazioni similari dell'autonomia individuale (consuetudine, uso, stile), sia che si rivelassero ai Collegi giudicanti, come dettato della comune coscienza, di fronte ai singoli casi da risolvere» (174).

Peraltro, anche laddove la pronuncia si improntava all'equità, della quale «i probiviri denno per loro istituto, fare maggiore estimazione» (175), *il diritto* dei probiviri risultava comunque «inquadrato nel sistema del diritto positivo vigente» (176), in virtù della previsione dell'art. 1124 c.c., che poneva, tra gli effetti obbligatori del contratto, oltre a quelli espressamente convenuti dalle parti, anche tutte le conseguenze *che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivavano* (177).

Delle pronunce dei probiviri in materia di contratto di lavoro, in quanto risultato della descritta attività di enucleazione di precetti dal sistema, ci si poteva perciò utilmente, e legittimamente, avvalere come autorevoli *precedenti*, che di tali regole costituivano verifica ed ad un tempo resoconto: «bene avviseranno pertanto coloro che nei dubbi [...] per determinare speciali clausole di locazione d'opera, interrogheranno le sen-

(173) Nota a App. Milano 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450.

(174) REDENTI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 356.

(175) Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, *Mon. trib.*, 1900, p. 893.

(176) REDENTI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 359.

(177) Vedi, per il dato testuale, la nt. 63.

tenze di questo Collegio» (178). E in tale prospettiva si esaltava anche il ruolo *consultivo* dei Probiviri, espressamente previsto dall'art. 13 della Legge istitutiva con specifico riguardo alle *questioni che il governo potrà sottoporre al suo esame*, di cui si auspicava larga diffusione nella pratica contrattuale, attraverso la consultazione delle giurie per sollecitarne il «consiglio, come sovente succede in Milano, nelle contrattazioni concertate col suo intervento, confermate con verbali che hanno il gran vantaggio di valere quali scritture private riconosciute in giudizio» (179).

Nella pratica, il primo risultato cui la ricerca dei probiviri inevitabilmente conduceva, sulla base del sistema di graduazione delle fonti (180), era quello di constatare che per quanto atteneva alla disciplina del rapporto di lavoro, indiscutibilmente attratto nella materia commerciale (181), le regole civili disciplinanti l'autonomia privata cedevano dinanzi all'uso mercantile, elevato dall'art. 1 c. comm. al rango di fonte del diritto commerciale, prioritaria rispetto al codice civile e subordinata solo alla legge commerciale. Non stupisce quindi che i probiviri, nello svolgere la funzione loro affidata, procedettero ad una opera di sistematica rilevazione degli usi mercantili accolti ed applicati dal ceto commerciale in materia di contratto di lavoro, enucleando, proprio attraverso la rilevazione delle

(178) Prob. Milano, (industrie alimentari), in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 853.

(179) Prob. Milano, (industrie alimentari), in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 853. Accanto alle funzioni conciliativa e giurisdizionale, la legge istitutiva adombrava una diversa peculiare funzione che il Redenti (*Massimario*, cit., p. 3) definiva di *mediazione*. Nell'individuare le competenze dell'ufficio di conciliazione, l'art. 8, l. 15 giugno 1893, n. 295 prevedeva infatti anche il *componimento amichevole* delle controversie concernenti *i salari [...] da pattuirsi* (lett. a) e *le ore di lavoro [...] da convenirsi* (lett. c). Come sottolineava il Redenti, i probiviri in forza della richiamata norma erano legittimati a partecipare, ove richiesti, alla fase della contrattazione degli elementi obbligatori del negozio, e perciò prima ancora che una vertenza tra le parti si fosse determinata: «in questi casi infatti le parti dibattono fra loro i termini di un contratto o patto contrattuale da stipularsi e l'opera dell'ufficio non può consistere, se non nello *agevolare la conclusione del contratto stesso*», talché «la natura di questa *mediazione* è totalmente diversa dalla vera e propria conciliazione», con cui ha in comune solo «il risultato esteriore, di comporre dibattiti fra privati».

(180) La struttura del sistema delle fonti si è cercato di illustrare nei precedenti paragrafi: ad essi, pertanto, si rinvia.

(181) Vedi sopra, p. 7 s.

costanti dell'esperienza commerciale, un articolato sistema di regole idoneo a disciplinare il rapporto di lavoro dalla sua genesi sino alle vicende estintive dello stesso.

In tale incumbente, l'impegno dei probiviri fu sicuramente coadiuvato dall'opera, sotto certi profili convergente, delle Camere di commercio, tra le cui attività figurava proprio l'accertamento degli usi mercantili e la formazione di raccolte di questi, che, seppur non ancora resa istituzionale, risultava funzionale all'attribuzione loro demandata di dare «al Ministero ed alle altre Autorità governative le informazioni ed i pareri dei quali fossero richiesti su materia di loro competenza»⁽¹⁸²⁾, «sussidio richiesto a detti enti e che veniva da essi prestato, eziandio per stabilire l'uso»⁽¹⁸³⁾.

L'attività di rilevamento degli usi da parte delle Camere di commercio si era rivelata particolarmente attenta al contratto di locazione d'opere ed in particolare al suo momento estintivo, come attestano le significative *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opera*, deliberate dalla Camera di commercio di Milano il 25 settembre 1893⁽¹⁸⁴⁾. Sebbene qualche isolata voce tentasse di negare ai precetti ivi inclusi la natura e l'efficacia di consuetudini, sostenendo che vi fosse in materia «anarchia» piuttosto che «uniformità di condotta»⁽¹⁸⁵⁾, largamente ed apertamente i

⁽¹⁸²⁾ Art. 2 lettera *i* della l. 6 luglio 1862, n. 680, per l'istituzione e l'ordinamento delle camere di commercio. La rilevazione e raccolta degli usi divenne specifica attribuzione delle camere di commercio con l'art. 5 let *d* della l. 20 marzo 1910, n. 121: *le Camere di commercio e industria hanno le attribuzioni seguenti, oltre a quelle che sono o possono essere loro deferite da leggi e decreti speciali: [...] d) compilano e rivedono periodicamente la raccolta degli usi e delle consuetudini commerciali del proprio distretto e rilasciano certificati su tale materia, indicando la deliberazione camerale in cui i singoli usi furono accertati.* (Cfr. anche l'art. 5 del Regolamento per l'attuazione della legge 20 marzo 1910, n. 121, sull'ordinamento delle Camere di commercio ed industria, approvato con r.d. 19 febbraio 1911, n. 245).

⁽¹⁸³⁾ Cass. Torino, 4 marzo 1918, Società Fiat S. Giorgio c. Venezia, in *Riv. dir. comm.* 1918, II, p. 512 s.

⁽¹⁸⁴⁾ Il testo delle *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opera* è pubblicato in nota a App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., in *Mon. trib.*, 1899, p. 289. Una successiva redazione della raccolta risulta deliberata dalla Camera di commercio di Milano nelle sedute del 10 marzo e del 13 aprile 1909, come attestavano Pret. Milano, 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, in *Mon. trib.*, 1910, p. 414 s. e Cass. Torino, 18 luglio 1913, Dusermont c. Camnasio, *ivi*, 1913, p. 986.

⁽¹⁸⁵⁾ Così la stessa nota redazionale a App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., cit., p. 290, che recava la trascrizione delle *Norme* (cfr. nt. precedente).

probiviri, al pari della magistratura ordinaria, vi attingevano⁽¹⁸⁶⁾, formando le proprie decisioni alla stregua delle «consuetudini mercantili della piazza, quali vediamo raccolte e sanzionate nelle norme deliberate dalla Camera di commercio di Milano [...], le quali, se non sono leggi, non possono però non essere tenute nel debito conto»⁽¹⁸⁷⁾. Infatti, esse «altro non sono in sostanza che le consuetudini praticate ordinariamente fra commercianti e sulle piazze commerciali in materia di locazione di opera e specialmente di risoluzione di questa per licenziamento, dimissioni e simili, raccolte e disciplinate dalla Camera di Commercio di Milano»⁽¹⁸⁸⁾. Era dunque generale convinzione che le *Norme* della Camera milanese non costituissero «un parto di sue elucubrazioni»⁽¹⁸⁹⁾, che non si trattasse cioè di una elaborazione soggettiva di regole per le quali si pretendeva efficacia normativa, ma che con esse la Camera di commercio non avesse «fatto altro che fissare in una forma precisa e certa»⁽¹⁹⁰⁾ le consuetudini già diffuse ed accolte nella pratica commerciale.

Riscontrata la natura ed i requisiti dell'uso mercantile nei precetti consolidati nella raccolta⁽¹⁹¹⁾, si «riconosceva nelle norme della camera di commercio la constatazione di una pratica»⁽¹⁹²⁾, che veniva formalizzata «in mancanza di speciali discipline che regolassero la risoluzione del contratto di locazione d'opera», affinché potesse «servire di base nelle decisioni del collegio degli arbitri per l'amichevole componimento delle con-

⁽¹⁸⁶⁾ Cass. Torino, 18 luglio 1913, Dusermont c. Camnasio, cit., p. 986, confermava la generale e costante applicazione della raccolta milanese: «è riconosciuto che nel silenzio della legge quelle norme trovarono generale incontrovertita applicazione e risulta da documenti ufficiali della camera di commercio, da molte decisioni dell'autorità giudiziaria di Lombardia che delle norme era fatta costante applicazione». Analogamente, App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, in *Mon. trib.*, 1897, p. 852 s.

⁽¹⁸⁷⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 852 s. Si veda V.C. VAGO, *Sull'obbligatorietà giuridica delle norme per la risoluzione del contratto di locazione d'opera deliberate dalla Camera di commercio di Milano*, in *Mon. trib.*, 1912, p. 381 s. (citato da W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* [1929], Milano, 1963, p. 94, n. 1).

⁽¹⁸⁸⁾ App. Milano, 17 luglio 1912, Guidi c. De Benedetti, in *Mon. trib.*, 1913, p. 853 s.

⁽¹⁸⁹⁾ Pret. Milano, 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, cit., p. 415.

⁽¹⁹⁰⁾ Pret. Milano, 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, cit., p. 415.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. Pret. Milano, 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, cit., p. 415.

⁽¹⁹²⁾ Cass. Torino, 18 luglio 1913, Dusermont c. Camnasio, cit., p. 986.

troversie» (193).

Applicare le *Norme* significava perciò osservanza dell'uso quale fonte normativa commerciale: «stare alle norme della camera di commercio vuol dire attenersi a quanto essa ha determinato in siffatta materia, in base agli usi di piazza costantemente osservati dai commercianti» (194). Ed evidente appariva il contributo della raccolta camerale perché «questo nuovissimo diritto derivante dal contratto di lavoro» potesse «un giorno più o meno prossimo ricevere assetto e sanzione legislativa» (195).

II

DURATA ED ESTINZIONE DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE D'OPERE A TEMPO INDETERMINATO

5. — Definita dal codice civile come il contratto *per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede* (196), il primo problema riguardo alla disciplina della locazione d'opere che il legislatore aveva lasciato irrisolto era quello della durata del rapporto. Sotto tale profilo, l'art. 1628 c.c. limitatamente soccorreva, dettando una norma che potremmo definire *di sbarramento*, finalizzata ad evitare che si proponessero situazioni estreme in cui fosse posta in discussione la libertà dell'individuo, espressamente tutelata dall'art. 26 Stat.

Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa, recitava la disposizione: il codice, distinguendo, in base ai caratteri della prestazione, la locazione mediante la quale una parte

(193) Cass. Torino, 18 luglio 1913, Dusermont c. Camnasio, cit., p. 986, che attesta anche la continuità tra le *Norme* del 1893 e la successiva raccolta del 1909, con la quale erano state «introdotte alcune modificazioni» alla precedente redazione.

(194) App. Milano, 17 luglio 1912, Guidi c. De Benedetti, cit., p. 854.

(195) Pret. Milano, 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, cit., p. 415. Il giudice milanese, con argomentazioni di ispirazione chiaramente savignyana, esaltava l'opera di «chi è meglio e più posto in grado di apprezzare e valutare gli insegnamenti scaturenti dalla volontà del popolo espressa *rebus ipsis et factis*, tali cose e tali fatti raccolga pel legislatore», il cui compito si riduceva a «rivestire di forma scientifica di sanzionare legislativamente la norma, *regula agendi*, e non già di imprimere ad essa valore ed autorità intrinseca, tale valore ed autorità derivando, e potendo derivare solamente dall'essere penetrata, tutta di sé informandola, nella coscienza giuridica nazionale».

(196) Art. 1570 c.c.

si obbligava a prestare la propria attività «a tempo» ovvero «per una determinata impresa», individuava dunque la transitorietà del rapporto come requisito imprescindibile, e comminava la sanzione di nullità del patto contrattuale mediante il quale si fosse convenuta la durata vitalizia della locazione d'opere. «Col divieto di cui all'art. 1628 c.c. il legislatore intese proteggere la libertà e dignità dell'uomo» (197).

La rigorosa attenzione della giurisprudenza all'osservanza del divieto, in ossequio del quale risultava confermata l'inviolabilità della libertà individuale, costituzionalmente garantita, rivela dunque la precisa consapevolezza dei valori che la disposizione tutelava: «nella locazione d'opera l'oggetto del negozio è il lavoro umano, materiale o intellettuale [...]. Questo contratto fra i suoi caratteri fondamentali ha quello di non potere essere concluso che a tempo e per un'opera determinata, così richiedendo le esigenze della libertà individuale, la quale non consente la soggezione perpetua di una persona ad un'altra come oggetto valido di un vincolo obbligatorio» (198).

Nessun dubbio, dunque, che, trattandosi di «materia attinente all'ordine pubblico» (199), ci ritrovasse di fronte ad una norma *proibitiva*, in quanto contenente «un divieto assoluto, dettato da inderogabili ragioni d'ordine e d'interesse pubblico» (200), in relazione alla quale nessuna possibilità di deroga negoziale era consentita (201): «da legge contempla l'oggetto del contratto che ritiene non possa essere materia di obbligazione, e quindi anche il consenso reciproco delle parti è insufficiente a rendere valida la convenzione» (202). Se ne traeva quindi che, in ragione del bene tutelato, «l'obbligazione, assunta in onta al divieto della legge, fosse nulla in via assoluta» (203): «da perpetuità di un'obbligazione a prestare tutta l'attività individuale a vantaggio altrui importerebbe una specie di alienazione della libertà individuale dell'obbligato», perciò «ogni pattuizione con-

(197) App. Venezia, 9 maggio 1904, Levi-Civita c. Groppo, in *Mon. trib.*, 1904, p. 672 s.

(198) App. Napoli, 2 maggio 1906, Gulotta c. Società Risanamento, in *Foro it.*, 1906, II, c. 1127 s., pubblicata anche in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 363 s.

(199) App. Venezia, 9 maggio 1904, Levi-Civita c. Groppo, cit., p. 673.

(200) Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, in *Mon. trib.*, 1918, p. 30 s.

(201) Cfr. sopra, p. 16 s.

(202) App. Venezia, 9 maggio 1904, Levi-Civita c. Groppo, cit., p. 673.

traria a questo divieto assoluto di ordine generale non poteva essere tollerata dal legislatore, ed è radicalmente nulla» (204).

Affermata la nullità assoluta, per il disposto dell'art. 1122 c.c., della convenzione che prevedesse la durata vitalizia della locazione d'opere, la cui causa risultava illecita in quanto contraria alla legge, si precisava, conformemente alla previsione dell'art. 1302 c.c. (205), che la relativa eccezione poteva essere «dedotta non solo da colui che si è obbligato, ma ben anche da chi a favore del quale è stata contratta» (206).

Confortata dalle argomentazioni che la dottrina, anche d'oltralpe, aveva elaborato (207), la giurisprudenza manifestava peraltro anche opposti convincimenti riguardo al carattere della nullità della convenzione per la durata vitalizia del rapporto, scaturente dal precetto contenuto nell'art. 1628 c.c.; ed il soggetto in concreto legittimato ad eccepire tale nullità. Bastava una puntuale esegesi della disposizione, i cui «precisi termini» convincevano infatti che essa «riguardasse non il conduttore, ma il locatore dell'opera e non si potesse estendere dall'uno all'altro» (208).

La nullità si faceva così scivolare dalla causa del negozio alla clausola che ne prevedeva la durata vitalizia con riguardo alla persona del locatore: «la proibizione è in ragione del tempo, non della causa, non della materia dell'obbligarsi [...]. I servizi resi, le opere prestate, e i corrispettivi che ne conseguono, sono di buona ragione, sono fatti onesti e perfettamente validi. Ciò che [l'art. 1628 c.c.] annulla è la clausola della perpetuità» (209). Se, dunque, il vincolo consisteva nell'impossibilità di «obbligarsi a servire in perpetuo» (210), mirando l'art. 1628 c.c. «a proteggere la libertà

(203) App. Venezia, 9 maggio 1904, Levi-Civita c. Groppo, cit., p. 673.

(204) App. Napoli, 2 maggio 1906, Gulotta c. Società Risanamento, cit., c. 1127.

(205) Art. 1302 c.c. *L'eccezione di nullità o di rescissione può essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto egli stesso agire per nullità o rescissione. // Quest'eccezione non è soggetta alla prescrizione stabilita nell'art. 1300.*

(206) App. Venezia 9 maggio 1904, Levi-Civita c. Groppo, cit., p. 673.

(207) Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, UTET, 1877, III, 2, p. 782 s., che dà conto del dibattito della dottrina francese sul carattere assoluto ovvero relativo della nullità conseguente al precetto che vietava la durata vitalizia del contratto di locazione d'opere.

(208) Così Cass. Torino, 27 giugno 1911, Zenatello c. Deliliers, in *Mon. trib.*, 1911, p. 561.

(209) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., p. 784.

(210) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., p. 784.

personale del locatore, vietando che egli vincoli ad altri la sua attività per tempo indeterminato, mettendosi quasi in uno stato di schiavitù» (211), evidente era il corollario che ne derivava: «ov'egli siasi obbligato in contravvenzione a tale divieto, può risolvere il contratto, senza essere tenuto a risarcimento di danni» (212).

L'argomento trovava peraltro sostegno nel diffuso convincimento che, nella valutazione degli opposti interessi delle parti, si dovesse prestare particolare attenzione alla posizione del lavoratore, il quale poteva, «per una necessità e nell'interesse [proprio]», essere indotto ad obbligare «la prestazione di tutta l'opera cui la persona umana è adatta a vantaggio altrui», trovando «nella retribuzione del suo lavoro il modo di assicurare a sé e alla sua famiglia i mezzi economici di soddisfare ai bisogni della vita» (213), e portava così «da giurisprudenza ad introdurre la distinzione tra la nullità della promessa da parte del datore dell'opera e la validità della stipulazione da parte di colui che la riceve», con la conseguenza che era «ormai, e giustamente, prevalente il principio che il contratto in questione resti valido nei rapporti del conduttore, quando al locatore non interessi liberarsi dall'impegno assunto» (214).

Sezionando il contratto sulla base delle distinte obbligazioni assunte dai contraenti, si poteva affermare la perfetta validità del vincolo obbligatorio assunto dal conduttore: «chi si fa servire, non serve ma impera», talché «la legge non è scritta per lui» (215). Poiché appariva indiscutibile che «l'assunzione d'un operaio per tutta la vita di esso» non vincolava «menomamente la libertà della [...] persona [del conduttore], sebbene semplicemente la sua volontà», risultava chiaro che «nei riguardi del padrone, la disposizione non ha né può avere scopo alcuno».

(211) Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, in *Mon. trib.*, 1918, p. 30.

(212) Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, cit., p. 30.

(213) App. Napoli, 2 maggio 1906, Gulotta c. Società Risanamento, cit., p. 1127 s. L'ipotesi di una tutela della *stabilità* del contratto di locazione d'opera a vantaggio del conduttore è adombrata anche da Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, cit., p. 30, che sottolineava come «da facoltà di che si concedesse al principale di dedurre la nullità del contratto [potrebbe] tornare spesso a grave pregiudizio dell'operaio, le cui sorti la legge si prefigge di tutelare per l'eventuale inaspettata privazione dell'onesto frutto del suo lavoro, cui egli non avrebbe ragioni di sorta a sottrarsi».

(214) Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, cit., p. 30.

(215) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., p. 784.

no»⁽²¹⁶⁾. Si statuiva, pertanto, che «il divieto di locare l'opera propria a perpetuità di cui all'art. 1628 c.c. è invocabile soltanto dal locatore d'opera e non anche dal conduttore»⁽²¹⁷⁾.

Restava salvo, d'altro canto, il diritto del datore di lavoro di richiedere la risoluzione del contratto «per legittima causa, portagli dal mal contegno e dalla colpa del domestico od operaio»⁽²¹⁸⁾.

6. — Sulla base del dato testuale, risultava così accertato che il contratto di locazione dovesse avere una durata inferiore alla vita del locatore. Ma il limite temporale estremo segnato dal legislatore non bastava a disciplinare il momento estintivo del contratto di locazione d'opere, che poteva dar luogo a molteplici problemi nella definizione dei rapporti tra conduttore e locatore d'opere, facilmente evolvibili in lite.

In primo luogo, si imponeva, ai fini della individuazione delle regole dello scioglimento del rapporto, una distinzione connessa alle caratteristiche e modalità dell'opera locata sulla base della previsione negoziale, che costituiva la disciplina fondamentale del rapporto medesimo, in quanto modellata sugli schemi previsti dalla legge (art. 1627 e s. c.c.)⁽²¹⁹⁾ e purché conforme ai limiti dalla stessa imposti (art. 1628 c.c.)⁽²²⁰⁾: come si esprimeva il legislatore, aveva forza di legge tra le parti.

Le parti stesse potevano infatti consensualmente stabilire, al momento della conclusione del contratto, la durata del rapporto mediante

⁽²¹⁶⁾ Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, cit., p. 30.

⁽²¹⁷⁾ Trib. Cagliari, 6 marzo 1917, Satta c. Dessi, cit., p. 30. A considerazioni analoghe perveniva, seppur con più laconiche argomentazioni, anche Cass. Torino, 27 giugno 1911, Zenatello c. Delifiers, cit., p. 561.

Per ulteriori implicazioni della acuta motivazione del tribunale cagliaritano vedi sopra, nt. 213.

⁽²¹⁸⁾ BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., p. 784.

⁽²¹⁹⁾ Art. 1627 c.c. *Vi sono tre principali specie di locazione di opere e di industria: 1° Quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2° Quella de' veturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3° Quella degli imprenditori di opera ad appalto o cottimo.*

⁽²²⁰⁾ Art. 1628 c.c. *Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa.*

Si rinvia, sul punto, alla trattazione contenuta nel § 5.

la prefissione con apposita clausola di un termine all'attività locata⁽²²¹⁾, dando così luogo ad una locazione *a tempo determinato*. Si riconduceva a tale categoria anche il contratto mediante il quale fosse locata un'attività determinata e circoscritta nel suo oggetto, cosicché il rapporto necessariamente si esauriva con il raggiungimento dell'*obbiettivo* della locazione, ossia con il compimento dell'attività stessa, di quella *determinata impresa* cui faceva diretto riferimento l'art. 1628 c.c.⁽²²²⁾.

Ma per il contratto in cui le parti non avessero convenuto — né direttamente, con l'espressa fissazione di un termine, né indirettamente, individuando come *obbiettivo* della locazione il conseguimento di un determinato risultato — la durata del rapporto, dando luogo ad una locazione d'opere *a tempo indeterminato*, risultavano del tutto prive di regolamentazione le condizioni, oltre che le modalità, per l'estinzione del rapporto medesimo.

L'indagine si proiettava così nel *sistema*, seguendo i percorsi ermeneutici segnati, come si è visto⁽²²³⁾, dall'art. 1 comma 1 c. comm. e dall'art. 1124 c.c., mediante i quali usi ed equità divenivano legittimi strumenti⁽²²⁴⁾ per la definizione delle controversie attraverso la mediazione

⁽²²¹⁾ Per F. RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, Torino, UTET, 1886, VIII, p. 378 s., implicava la prefissione di un termine anche l'assunzione da parte del conduttore dell'obbligazione di avvalersi dell'opera altrui per tutta la durata della propria vita, purché tra il locatore «e la persona che si serve siavi disparità di anni, e questa sia più avanzata dell'altro», in modo da presumere che la vita del conduttore «non fosse tale da assorbire le forze e l'attività della persona che serve». Solo in tal caso la convenzione non incorreva nel divieto sancito dall'art. 1628 c.c.

⁽²²²⁾ RICCI, nel suo *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, cit., p. 372, evidenziava come il codice civile non avesse accolto la costruzione, appartenente alla tradizione romanistica, che voleva la locazione d'opere comprensiva di distinte figure contrattuali: «per noi la distinzione tra la *locatio operarum* e la *locatio operis* non esiste più che come un ricordo storico, comprendendo indistintamente il legislatore nelle opere, che possono costituire l'obbiettivo del contratto di locazione, tanto il lavoro che si presta in servizio altrui, quanto l'opera, prodotto del lavoro, che si esegue per altrui incarico; ond'è che nell'un caso e nell'altro locatore è sempre quegli che presta la sua opera a vantaggio di un altro, e conduttore chi lo ricompensa mediante il pagamento della pattuita mercede».

⁽²²³⁾ Vedi sopra, p. 14 s.

⁽²²⁴⁾ Nella nota redazionale a App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, in *Mon. trib.*, 1898, p. 137, si sottolineava come i criteri equitativi adottati dalla giurisprudenza nell'interpretazione del contratto di locazione d'opere risultassero «perfettamente legali, perché il contratto obbliga a tutte le conseguenze che da esso derivano secondo l'equità e secondo gli usi». Se ne traeva

giurisdizionale. L'impianto che ne risultava si completava con la previsione dell'art. 3 comma secondo disp. prel., che imponeva in via generale il ricorso al meccanismo di autointegrazione dei codici costituito dall'analogia.

Una rapida ricognizione delle norme dettate dal codice civile per la disciplina dei contratti, applicabile ai contratti civili così come a quelli commerciali ⁽²²⁵⁾, in ragione del carattere di generalità riconosciuto a quelle disposizioni, che si volevano collocate in quel codice solo per ragioni di cronologia legislativa ⁽²²⁶⁾, conduceva al precetto (art. 1123 secondo comma c.c.), che disponeva che i contratti *legalmente* formati potessero *essere revocati solo per mutuo consenso ovvero per cause autorizzate dalla legge*.

Poiché per quanto riguardava il contratto di locazione d'opere non era dato reperire specifiche cause di scioglimento del rapporto espressamente *autorizzate dalla legge*, «parrebbe non potersene ammettere altra all'infuori di quella dell'art. 1165 ⁽²²⁷⁾, applicabile alla sola ipotesi che il locatore o il conduttore non soddisfaccia alle proprie obbligazioni e sotto la condizione di un'apposita domanda giudiziale» ⁽²²⁸⁾. Era però evidente quanto limitato fosse il contributo alla disciplina del fenomeno offerto dallo strumento della clausola risolutiva tacita, *sempre sottintesa*, a mente della richiamata disposizione, *nei contratti bilaterali* per l'ipotesi in cui una delle parti si fosse resa inadempiente. Bastava, infatti, che le parti provvedessero puntualmente all'adempimento delle obbligazioni rispettivamente scaturenti dal contratto perché mancasse la legittimazione a domandare lo scioglimento del contratto.

quindi la convinzione che non fosse «necessaria una legge perché questi principi si possano applicare senz'altro dai nostri tribunali».

⁽²²⁵⁾ E quindi senza necessità di attingere alle medesime disposizioni del codice civile avvalendosi dell'interpretazione analogica prevista dal secondo comma dell'art. 3 disp. prel., che avrebbe potuto ingenerare i problemi di graduazione tratteggiati a p. 22 e s. e nt. 105.

⁽²²⁶⁾ BOLAFFIO, *Il Codice di commercio*, cit., p. 31. Cfr. sopra, p. 22 s.

⁽²²⁷⁾ Art. 1165 c.c. *La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. // In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, oltre al risarcimento dei danni in ambedue i casi. // La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze.*

⁽²²⁸⁾ L. TARTUFARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cottonificio veneziano, in *Foro it.*, 1893, I, c. 1170 s.

La previsione della *condizione risolutiva tacita* non poteva dunque che riguardare ipotesi di patologia contrattuale, in cui l'inadempimento di uno dei contraenti consentiva all'altro di «avvalersene contro la parte inadempiente, non solo nello scopo di far cessare il contratto, ma anche nell'intento di ottenere il risarcimento dei danni» ⁽²²⁹⁾.

Esaurita l'indagine per l'individuazione di *cause previste dalla legge* per lo scioglimento del contratto di locazione d'opere, non restava che l'ipotesi prevista dallo stesso art. 1123 c.c. di *revoca del contratto per mutuo consenso*. Anche in questo caso era però evidente che individuare nella concorde determinazione delle parti l'unica ipotesi di scioglimento volontario del rapporto appariva soluzione assolutamente inadeguata.

Risultando esclusa qualsiasi possibilità di *recesso unilaterale*, la locazione d'opere a tempo indeterminato avrebbe finito, d'altro canto, per riproporre la durata vitalizia del rapporto, con la conseguenza di far *cadere* la locazione medesima «sotto il divieto dell'art. 1628» c.c. ⁽²³⁰⁾: «nessuno, dice il legislatore nell'art. 1628 c.c. può obbligare la propria opera all'altrui servizio, che a tempo. Ond'è che se il tempo non è determinato, la durata del contratto è rimessa all'arbitrio di ciascuna delle parti» ⁽²³¹⁾.

La facoltà di recesso dal contratto di locazione d'opere non appariva quindi relegata tra le patologie del contratto, ma risultava piuttosto strutturale riguardo al contratto stesso, proprio perché impediva il verificarsi di una causa di nullità: «ciascuna delle parti, locante e locatario, han [facoltà] di sciogliere *quandocumque* ed a loro libito il contratto per espresso volere di una di esse e per doppio riflesso; vuoi perché le parti non son legate dal vincolo giuridico del contratto circa la sua durata, vuoi perché sarebbe un contratto essenzialmente nullo quello con cui si fosse per avventura stabilita una locazione di opera a vita appunto per la esplicita proibizione dell'art. 1628» ⁽²³²⁾.

Si ribadiva così che «una *locatio operarum* illimitata nella sua durata

⁽²²⁹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, cit., p. 385.

⁽²³⁰⁾ Cfr. TARTUFARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cottonificio veneziano, cit., c. 1174.

⁽²³¹⁾ App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, in *Mon. trib.*, 1898, p. 137.

⁽²³²⁾ App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, in *Mon. trib.*, 1904, pp. 735-737.

portava per la stessa indole sua in ciascuno dei contraenti la facoltà di sciogliere il contratto»⁽²³³⁾; e, chiarito che la espressa previsione della facoltà di recesso non costituiva condizione meramente potestativa⁽²³⁴⁾, la cui apposizione era vietata dall'art. 1162 c.c.⁽²³⁵⁾, si affermava che lo scioglimento potesse dunque «essere richiesto da una qualunque delle parti contraenti, cui non piacerebbe di continuarlo»⁽²³⁶⁾.

Emergeva, peraltro, chiaramente che la soluzione individuata dall'interprete non solo si fondava sulla constatazione dell'essere la facoltà di recesso insita nella struttura del contratto di locazione, «avendo bisogno per mantenersi in vita del continuo incontro della volontà delle parti»⁽²³⁷⁾, e non potendo, per legge, in ogni caso, la sua durata essere perpetua, «posto che l'indeterminato condurrebbe all'infinito se lo sciogliersi d'impe-

⁽²³³⁾ Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Altiforni Terni c. Franchini, in *Foro it.*, 1890, I, c. 466 s.

⁽²³⁴⁾ Cfr. Cass. Roma, 12 ottobre 1888, Società Alti Forni Terni c. Ornofi, cit., p. 165, che evidenziava come la nullità ex art. 1162 c.c. non potesse sussistere «quando la convenzione prende di mira il termine del contratto piuttosto che la sua risoluzione». App. Milano, 5 febbraio 1896, Cartoccio c. Torelli e Soc. La Basilea, in *Mon. trib.*, 1896, p. 290 s., avvertendo come in generale non fosse dato riscontrare «il carattere di condizione potestativa nel patto pel quale dato un sistema di rapporti di interessi commerciali, si fosse stabilito che una delle parti avesse facoltà di troncare i rapporti stessi a suo piacimento», individuava nella reciprocità della facoltà di recesso l'argomento dirimente la questione, ritenendo che non potesse incorrere nel divieto dei cui all'art. 1162 c.c. il patto reciproco con il quale le parti avessero convenuto di «riservarsi piena libertà d'azione, l'una per licenziare il proprio dipendente, l'altra per abbandonare il proprio superiore».

⁽²³⁵⁾ Art. 1162 c.c. È nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato.

⁽²³⁶⁾ App. Roma, 2 maggio 1895, Genetouse e Petrucci c. Società anonima dell'Acqua Marcia, in *La Legge*, 1895, I, c. 499.

⁽²³⁷⁾ App. Roma, 21 giugno 1892, De Angelis c. Società italiana per condotte di acqua, in *Foro it.*, 1892, I, p. 982 s., per la quale, dunque, la locazione d'opere cessava «necessariamente di esistere per verificatasi mancanza di consenso quando una delle parti manifesti invece una volontà contraria». Parallelamente, in dottrina RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, cit., p. 384, connetteva la facoltà di recesso dal contratto di locazione d'opere a tempo indeterminato all'essere presupposto del perdurare del contratto «l'incontro dei due consensi» circa la prosecuzione stessa del rapporto: «quando le parti hanno tutto determinato in un contratto di locazione, tranne la durata, uopo è che la volontà non manifestata dapprima si manifesti in seguito anche tacitamente rapporto alla durata stessa, essendo che questa, come ogni altra condizione e modalità del contratto, deve pur dipendere dalla volontà dei contraenti», cosicché «se una delle parti dimostri una volontà contraria, l'incontro dei due consensi per tratto successivo viene meno».

gno non fosse una facoltà dell'una o dell'altra parte»⁽²³⁸⁾, ma risultava altresì dalla rigorosa applicazione delle regole ermeneutiche imposte dal legislatore in caso di lacuna normativa: «relativamente ai contratti di locazione d'opera, nulla si trova nel codice civile disposto quanto al termine della loro risoluzione. Fa dunque duopo di attingere in proposito le norme da analoghe disposizioni del codice stesso»⁽²³⁹⁾.

Dottrina e giurisprudenza, ancora una volta puntualmente convergenti, enucleavano così la regola per lo scioglimento del rapporto dal sistema: laddove le parti non avessero stabilito la durata del contratto, risultava infatti «necessario che, per porvi termine, giusta gl'insegnamenti della scuola e della giurisprudenza, sia data licenza al locatore dell'opera, per analogia esistente tra la locazione delle opere e quella delle cose»⁽²⁴⁰⁾.

Dal sistema si desumeva dunque che rappresentava «uso generale e costante, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e confortato altresì dall'analogia dell'art. 1609, che ciascuna della parti possa a suo arbitrio, o senz'uopo del consenso dell'altra, por termine quando che sia al contratto»⁽²⁴¹⁾. E dal sistema si traeva altresì la licenza quale «mezzo per porre termine alla locazione di opere fatta senza determinazione di tempo»⁽²⁴²⁾, che, come tale, «ciascuna delle parti ha facoltà di sciogliere in qualunque momento»⁽²⁴³⁾.

Ed era l'analogia, attraverso la previsione dell'art. 3 comma secondo disp. prel., a consentire la corretta integrazione della disciplina del contratto di locazione d'opere con riguardo alla sua estinzione: «È principio

⁽²³⁸⁾ BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., p. 781.

⁽²³⁹⁾ App. Venezia, 29 gennaio 1903, De Asarta c. Tolusso, in *Mon. trib.*, 1903, p. 315 s.

⁽²⁴⁰⁾ App. Trani, 10 marzo 1902, La Fiduciaria c. De Simone, in *Mon. trib.*, 1902, p. 772.

⁽²⁴¹⁾ TARTUFIARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1175, che sottolineava i progressi raggiunti dalla legislazione d'oltralpe in materia di durata della locazione d'opere. La legge francese 27 dicembre 1890, art. 1, aveva infatti «consacrato siffatto uso, ormai divenuto di diritto comune», inserendo, tra altre integrazioni, nel testo dell'art. 1780 del Codice Napoleone (sul cui dettato originario «On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée» era modellato l'art. 1628 c.c.) la previsione che «Le louage de services fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes».

⁽²⁴²⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, cit., p. 385.

⁽²⁴³⁾ Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, in *Foro it.*, 1893, I, c. 1170 s.

stabilito dal capoverso dell'art. 3, titolo preliminare del Codice civile, che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si abbia riguardo alle disposizioni, che regolano i casi simili o materie analoghe, ed è insegnamento di una dottrina non più controversa, ed accolta da responsi di una giurisprudenza pacifica, che per l'analogia esistente fra la locazione delle opere e la locazione delle cose, le quali altro non sono in sostanza se non due specie di uno stesso contratto, sia ragionevole applicare alla prima le norme dettate più specialmente per la seconda»⁽²⁴⁴⁾.

Stabilita l'applicabilità alla locazione d'opere, in via di analogia, dei precetti disciplinanti la locazione di cose, risultava non più discutibile che, in virtù dell'art. 1609 c.c.⁽²⁴⁵⁾, fosse accordata a ciascuna delle parti contraenti la facoltà di recedere dal contratto dando *licenza all'altra*, e che «a soffermare il corso della locazione di opera bastava la volontà manifestata con atto di licenza»⁽²⁴⁶⁾.

Nella pratica, il recesso unilaterale prendeva così il nome di *licenziamento* o *disdetta*.

7. — Riguardo ai requisiti *formali* della dichiarazione di recesso, si precisava che, «per essere efficace», il licenziamento doveva esser dato «in termini precisi e non equivoci»⁽²⁴⁷⁾: si riteneva infatti «nell'interesse reciproco dei contraenti che la data della cessazione dei loro vincoli risultasse in modo categorico, affinché ciascuno avesse l'agio di stipulare i nuovi con certezza per guarentirsi la continuità del servizio»⁽²⁴⁸⁾.

⁽²⁴⁴⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, in *Giur. it.*, 1879, I, 2, cc. 225-227.

⁽²⁴⁵⁾ Art. 1609 c.c. *Se la locazione è stata fatta senza determinazione di tempo, non può alcuna delle parti contraenti dare licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi.*

⁽²⁴⁶⁾ Cass. Roma, 8 gennaio 1896, Genetouse e Petrucci c. Soc. dell'Acqua Pia o Marcia, in *Mon. trib.*, 1896, p. 286 s.

⁽²⁴⁷⁾ Prob. Milano, 31 dicembre 1902, Sindaco c. Traversi, in *Mon. trib.*, 1903, p. 455. Cfr. anche App. Milano 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450.

⁽²⁴⁸⁾ Prob. Milano, 31 dicembre 1902, Sindaco c. Traversi, in *Mon. trib.*, 1903, p. 455, che giudicava «troppo vago [...] l'invito» rivolto al lavoratore «a provvedersi di altro collocamento», formula in cui «poteva ben ravvisarsi la deliberazione della risoluzione prossima», ma che non appariva idonea a costituire dichiarazione di recesso.

La mancata osservanza della forma nella dichiarazione di recesso rendeva *intempestivo* il licenziamento, poiché, seppur rispettato, il termine di preavviso assegnato diveniva inefficace⁽²⁴⁹⁾, e si determinava perciò il diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo del preavviso⁽²⁵⁰⁾.

Non risultava, per contro, obbligatorio indicare nella dichiarazione di recesso, comunicata «col preavviso d'uso»⁽²⁵¹⁾, le ragioni del licenziamento, ritenendosi «dispensato, chi recede, dall'obbligo di giustificarne il motivo»⁽²⁵²⁾; la pretesa che il datore di lavoro «giustificasse il motivo del licenziamento di un operaio» non risultava infatti «fondata né sulla legge, né sulla consuetudine»⁽²⁵³⁾. Ragioni di opportunità inducevano d'altro canto la pratica di «accennare al motivo del licenziamento», per facilitare una nuova assunzione, essendo «consuetudine il chiedere all'operaio che ricerca occupazione il motivo pel quale lasciò il precedente servizio»⁽²⁵⁴⁾.

Peraltro, la dichiarazione dei motivi del licenziamento non comportava alcun impegno per il conduttore in ordine alla veridicità degli stessi: si escludeva, quindi, la responsabilità del *principale* «per il fatto che detto motivo risultasse in seguito insussistente»⁽²⁵⁵⁾ o *pretestuoso*⁽²⁵⁶⁾.

⁽²⁴⁹⁾ Per i profili funzionali e normativi del preavviso vedi, oltre, parte III.

⁽²⁵⁰⁾ Prob. Milano, 31 dicembre 1902, Sindaco c. Traversi, in *Mon. trib.*, 1903, p. 455. Ma si legga App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., 450, che invece ipotizza una voce di danno autonomamente risarcibile, ravvisando nella equivoca dichiarazione di recesso una *offesa all'onore*. Cfr., oltre, § 12.

⁽²⁵¹⁾ Prob. Bologna, 21 settembre 1902, Anderlini c. Ditta Fratelli Nobili, in *Mon. trib.*, 1904, p. 294 s. Cfr. anche Prob. Milano, 28 agosto 1902, Grassi e Guatta c. Ditta Gussoni & C., in *Mon. trib.*, 1903, p. 315 s.

⁽²⁵²⁾ App. Bologna, 14 luglio 1902, Comune di Bologna c. Stagni, in *Mon. trib.*, 1903, p. 51 s. Cfr. anche Prob. Milano, 28 agosto 1902, Grassi e Guatta c. Ditta Gussoni & C., cit., p. 315.

⁽²⁵³⁾ Prob. Bologna, 19 aprile 1903, Tarozzi c. Calzoni, in *Mon. trib.*, 1904, p. 315 s.

⁽²⁵⁴⁾ Prob. Verona, 9 ottobre 1903, Melani c. Falceri, in *Mon. trib.*, 1904, p. 798 s.

⁽²⁵⁵⁾ Prob. Milano, 28 agosto 1902, Grassi e Guatta c. Ditta Gussoni & C., cit., p. 315.

⁽²⁵⁶⁾ Prob. Bologna, 21 settembre 1902, Anderlini c. Ditta Fratelli Nobili, cit., p. 294 s. Diversamente opinava App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., 450, la quale, pur dando atto che «non incombeva [sul conduttore] l'obbligo di manifestare la causa del dato congedo», osservava che ove questi «avesse creduto di indicarlo, avrebbe dovuto dire la vera, e non esprimersi in modo da far nascere equivoco e da rendere la persona licenziata esposta a commenti sfavorevoli». Con la pronuncia la Corte milanese, accordando il risarcimento del danno, sembrava peraltro voler non tanto sanzionare la violazione di un obbligo riguardo alla veridicità dei motivi dichiarati, quan-

La dichiarazione di recesso doveva inoltre accompagnarsi, ove richiesto, al rilascio del cosiddetto *benservito*.

Era infatti «uso comune invalso nell'odierno civile consorzio, sia che trattasi di domestici e commessi, sia che trattasi di artisti e professionisti [...] nell'atto del licenziamento [...] richiedere, e puntualmente rilasciare un attestato di ben servito»⁽²⁵⁷⁾, denominato più propriamente «certificato dei servizi prestati»⁽²⁵⁸⁾, la cui funzione riconosciuta era quella di consentire che il lavoratore licenziato «più facilmente potesse trovare nuovo conveniente collocamento»⁽²⁵⁹⁾, esibendo una attestazione del conduttore che costituisse «riprova della sua onestà e attitudine al lavoro»⁽²⁶⁰⁾.

La funzione del *benservito* risultava perciò connessa a quella del preavviso, mirando anch'esso a favorire il reperimento, da parte del lavoratore licenziato, di un nuovo contraente, che ne avrebbe ricavato attendibili indicazioni sulle mansioni svolte e la qualità del servizio da questi reso, al fine di valutare l'opportunità dell'assunzione.

Il fondamento del diritto al rilascio del *benservito* si faceva dunque risiedere nella consuetudine, «generale e costante»⁽²⁶¹⁾, che, tra gli obblighi del conduttore d'opere conseguenti al licenziamento del locatore, contemplava, «primo fra tutti, quello del rilascio del *certificato*»⁽²⁶²⁾ *dei servizi prestati*. Si avvertiva, tuttavia, che si trattava di «largizione» da «riservarsi [ai lavoratori] veramente meritevoli», che avessero «lasciato per qualsivoglia lecito motivo il lavoro»⁽²⁶³⁾, ma che poteva invece legittimamente negarsi in caso di licenziamento dell'operaio «biasimevole e scorretto»⁽²⁶⁴⁾.

to piuttosto risarcire l'offesa all'onore conseguente all'esposizione a commenti sfavorevoli, che l'equivoca indicazione delle ragioni del licenziamento aveva determinato.

⁽²⁵⁷⁾ App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736.

⁽²⁵⁸⁾ Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894.

⁽²⁵⁹⁾ Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894.

⁽²⁶⁰⁾ Prob. Roma, 28 aprile 1903, Bonfigli c. Impresa Borrelli, in *Mon. trib.*, 1904, p. 815.

⁽²⁶¹⁾ Prob. Milano, 28 ottobre 1903, c. Ditta vedova Porta, in *Mon. trib.*, 1904, p. 897. Cfr. in dottrina E.A. PORRO, *L'azienda mercantile di fronte al suo personale*, in *Il Filangieri*, 1899, p. 84 s.

⁽²⁶²⁾ Prob. Milano, 28 ottobre 1903, c. Ditta vedova Porta, cit., p. 897.

⁽²⁶³⁾ Prob. Roma, 28 aprile 1903, Bonfigli c. Impresa Borrelli, cit., p. 815.

⁽²⁶⁴⁾ Prob. Roma, 28 aprile 1903, Bonfigli c. Impresa Borrelli, cit., p. 815.

Numerose pronunce davano peraltro atto dell'esistenza di una specifica disposizione che prevedeva la consegna al lavoratore del *benservito*: l'art. 78 della legge sulla pubblica sicurezza, 30 giugno 1889, n. 6144⁽²⁶⁵⁾, prevedeva infatti il rilascio *agli operai e domestici* di un libretto, nel quale i predetti potevano *esigere* che fosse annotato, in occasione del licenziamento, *il servizio prestato, la durata del medesimo e la condotta tenuta*. Alla generale applicazione di tale disposizione a tutte le locazioni d'opere ostava tuttavia la circostanza che il rilascio del libretto non era obbligatorio, talché nel caso in cui il lavoratore ne fosse sprovvisto, l'obbligo della dichiarazione relativa al servizio prestato, previsto dalla norma, non risultava coercibile⁽²⁶⁶⁾.

Andava peraltro evidenziato, che la norma contenuta nella legge sulla pubblica sicurezza, pur realizzando in concreto un beneficio per il lavoratore, costituiva in ogni caso una «misura d'ordine pubblico», finalizzata ad «impedire che vagabondi e persone cui la polizia non concederebbe la dimora nel paese, possano introdursi sotto il nome del domestico od operaio»⁽²⁶⁷⁾; uno «strumento poliziesco»⁽²⁶⁸⁾, con cui si praticava di fatto una *schedatura* dei lavoratori, che consentiva, per le informazioni in esso annotate, «ad ogni conduttore», ma non solo a questi, «di conoscere o di poter conoscere le persone»⁽²⁶⁹⁾, e che solo incidentalmente operava a favore dello stesso lavoratore.

Ma era comunque a tale ultimo profilo che la giurisprudenza rivolgeva la propria attenzione, per cavarne ciò che potesse contribuire ad enucleare nuovi tratti della disciplina del rapporto di servizio: si giudicava perciò «non [...] contraria alla legge [...] la consuetudine giusta cui ha di-

⁽²⁶⁵⁾ Art. 78, l. 30 giugno 1889, n. 6144 *L'autorità locale di pubblica sicurezza rilascerà agli operai e domestici a loro richiesta od a richiesta del rispettivo direttore di stabilimento, capo officina, impresario o padrone, un libretto secondo il modello che sarà determinato nel regolamento.*

Gli operai e domestici possono esigere che il rispettivo direttore, capo officina, impresario o padrone dichiarino sul libretto in occasione del licenziamento, o in fine d'anno, il servizio prestato, la durata del medesimo e la condotta tenuta.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736, con riferimento alle valutazioni espresse dai giudici di primo grado.

⁽²⁶⁷⁾ L. ABELLO, *Locazione di opere*, Marghieri-UTET, 1910, p. 446 s., citato da F. PERGOLESI, *Libretto degli operai*, in *Diz. prat. dir. priv.*, vol. III, parte II, Milano, s.d., p. 245 s.

⁽²⁶⁸⁾ PERGOLESI, *Libretto degli operai*, cit., p. 246.

⁽²⁶⁹⁾ ABELLO, *Locazione di opere*, cit., p. 446 s.

ritto l'operaio licenziato di richiedere al suo principale un certificato del servizio prestato e della condotta tenuta, indipendentemente dal libretto prescritto all'uopo dall'art. 78 della legge di pubblica sicurezza» (270). E si ribadiva la funzione del benservito, che contribuiva «a ritrovare un utile collocamento» (271) del lavoratore, «costituendo generalmente l'unico e il principale titolo di assunzione in servizio della maggior quantità di personale» (272).

III

LA DISCIPLINA DEL PREAVVISO DI LICENZIAMENTO

8. — Nel lessico della giurisprudenza, la parola «arbitrio» (273) accompagnava sovente l'affermazione della facoltà, riconosciuta a ciascuna delle parti, di recedere unilateralmente dal contratto di locazione d'opere. La scelta lessicale non appariva peraltro ispirata dal proposito di avallare il comportamento del contraente che della facoltà di recedere dal rapporto intendesse avvalersi *capricciosamente* (274); al contrario, puntualmente emergeva la volontà di tutelare la parte che subiva l'altrui recesso, conformemente agli intenti che il legislatore aveva, seppur indirettamente, manifestato e che ancora una volta si evidenziavano nel sistema.

Sulla questione, dominava infatti tra i probiviri la convinzione che costituisse «consuetudine costante e generale dei più cospicui centri industriali, riconosciuta ed applicata con numerosi giudicati da questi Collegi dei Probiviri, che quel rapporto di servizio senza prefinizione di tempo

(270) Cass. Torino, 26 giugno 1900, Bornioli c. Pesciarelli, in *La Legge*, 1900, c. 1063 s.

(271) Prob. Roma, 28 aprile 1903, Bonfigli c. Impresa Borrelli, cit., p. 815.

(272) E.A. PORRO, *L'azienda mercantile di fronte al suo personale*, cit., p. 106.

(273) Così App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, cit., p. 137, per la quale «la durata del contratto è rimessa all'arbitrio di ciascuna parte»; *l'arbitrio dei paciscenti* richiamava App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarpa, cit., p. 695.

(274) App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226. Al licenziamento *capriccioso* alludevano anche App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 853; Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217, e App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Bocconi, in *Mon. trib.*, 1905, p. 450 s., pubblicata anche in *Giur. it.*, 1905, I, 2, c. 443 s.

ma con carattere eminentemente continuativo che si stabilisce fra operai e imprenditori, non si potesse da una delle parti interrompere con effetto immediato, ma dovesse invece essere preceduto da un conveniente *preavviso*» (275). Si ammetteva dunque che «il contratto di locazione d'opera a tempo indeterminato [...] potesse volontariamente disdirsi in ogni tempo sia da parte dell'industriale che da parte dell'operaio, purché *venisse* dato il consuetudinario preavviso» (276). In proposito, le pronunce dei probiviri ancora una volta convergevano con quelle della magistratura ordinaria, puntualmente attenta a verificare nella fattispecie che la parte *recedente* avesse «dato all'altra parte il preventivo avviso del tempo in cui il contratto avrebbe dovuto soffermarsi» (277).

Il preavviso consisteva dunque nello «avviso anticipato», che del licenziamento doveva darsi perché ciascuno dei contraenti potesse legittimamente esercitare «la facoltà di sciogliere il contratto» (278), le cui ragioni apparivano innanzitutto di pratica rilevanza: il preavviso risultava infatti destinato ad *assicurare ad operai e imprenditori* «in caso di interruzione unilaterale del rapporto, una surrogazione conveniente e non precipitata, talvolta anche solo una surrogazione purchessia» (279). Nessun dubbio, dunque, sulla funzione pratica esplicita dal preavviso: «far intercedere fra l'avviso di licenziamento e l'effettiva dimissione dal servizio un periodo di tempo» significava infatti dar modo «tanto all'operaio che all'imprenditore, di *avvisare* alla continuità del lavoro e del guadagno, senza brusche

(275) Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

(276) Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, in *Mon. trib.*, 1899, p. 314.

(277) App. Bologna, 14 luglio 1902, Comune di Bologna c. Stagni, cit., p. 51 s. Tra le numerose pronunce della magistratura ordinaria che individuavano il preavviso quale elemento strutturale del licenziamento si veda App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., cc. 225-227; App. Palermo, 30 novembre 1888, Giunta c. Soc. Ferrovie di Sicilia, in *Foro it.*, 1889, I, c. 102 s.; Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Altiforni Terni c. Franchini, cit., p. 466 s.; App. Roma, 21 giugno 1892, De Angelis c. Società italiana per condotte di acqua, cit., I, c. 982 s.; App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarpa, cit., p. 695.

(278) Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Altiforni Terni c. Franchini, cit., p. 466 s. Sul piano lessicale, osservava Cass. Roma, 8 gennaio 1896, Genetouse e Petrucci c. Soc. dell'Acqua Pia o Marcia, cit., p. 287, che quando «si tratta di mettere fine al contratto determinato, e non vi occorre inadempimento alcuno [...] il contratto non si risolve, ma si *sofferma*».

(279) Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

interruzioni, dannosissime alle rispettive economie»⁽²⁸⁰⁾.

Il recesso che, mediante il preavviso, consentiva una tempestiva *surrrogazione*, del locatore così come del conduttore, impediva dunque che si potesse «arbitrariamente risolvere il contratto in certo pregiudizio dell'altra parte»⁽²⁸¹⁾, poiché si dava modo agli *operai* di «riguardare senza sgo-mento l'immediato indomani, garantendosi la soddisfazione dei bisogni essenziali dell'esistenza propria e della propria famiglia»⁽²⁸²⁾, mentre gli *imprenditori* potevano «a loro volta garantirsi che il complesso organismo della loro azienda, a cui si collegano così vari e vasti interessi, e che funziona per la collaborazione necessaria dei suoi innumerevoli modesti co-operatori, non avesse a trovarsi mai repentinamente sprovvista dell'opera di alcuno di essi, coll'eventuale pericolo di un arresto di tutta la produzione e la iattura relativa»⁽²⁸³⁾.

E se risultava evidente la particolare attenzione alla condizione del lavoratore, il quale, «repentinamente licenziato dal principale [...] sarebbe costretto a rimanere disoccupato, e quindi senza sua colpa nel bisogno con la sua famiglia»⁽²⁸⁴⁾, cosicché l'avviso anticipato di licenziamento scongiurava che «colui che si avvantaggia del [...] lavoro» altrui, fosse «pienamente libero di privare d'un tratto il locatore dell'opera di quell'onesto guadagno che serviva ai bisogni della vita»⁽²⁸⁵⁾, mettendolo «come suol dirsi, sul lastrico»⁽²⁸⁶⁾, le ragioni di reciprocità che governavano il

⁽²⁸⁰⁾ Così la relazione di Carlo Contini in Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855.

⁽²⁸¹⁾ Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 893.

⁽²⁸²⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽²⁸³⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217. La pronuncia del Collegio, presieduto da A.E. Porro, oltre a costituire un vero e proprio compendio della disciplina del licenziamento e di altri rilevanti profili del rapporto di servizio, evidenziava così, senza scadere nella retorica, gli effetti pregiudizievoli, per entrambi i contraenti, del *licenziamento intempestivo*, e nettamente sosteneva altresì la natura di «degge fondamentale [...] di vero ordine pubblico», della consuetudine del preavviso, delle cui implicazioni si dirà più avanti.

⁽²⁸⁴⁾ Prob. Milano, 13 marzo 1899, Guazzoni c. Branduardi, in *Mon. trib.*, 1899, p. 335.

⁽²⁸⁵⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., I, 2, c. 226.

⁽²⁸⁶⁾ App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, cit., p. 137.

preavviso non consentivano di obliare che laddove il rapporto di servizio aveva «inopinatamente [...] termine, senz'altro che il conduttore avesse il tempo conveniente per surrogare la persona che gli prestava i servizi» poteva determinarsi un «grave e irreparabile nocimento ai suoi interessi»⁽²⁸⁷⁾.

Deposti i toni enfatici, divenuti superflui di fronte alla compatta reazione, tanto dei probiviri che della magistratura ordinaria, di fronte al *licenziamento immediato*⁽²⁸⁸⁾, qualificato anche *improvviso*⁽²⁸⁹⁾ o *repentino*⁽²⁹⁰⁾, bastava ad esprimere il ruolo funzionale del preavviso nel rapporto di servizio, con riguardo al lavoratore, il richiamo al «tempo congruo per potere locare ad altri la propria opera»⁽²⁹¹⁾, essendo «d'uopo [...] che costui fosse messo in condizione, con un'anticipata licenza, di collocarsi, mettendo al servizio di altri l'opera sua»⁽²⁹²⁾, risultando d'altro canto pacifico che scopo del preavviso era quello di «assicurare la continuità del lavoro coll'assunzione di altro lavorante rispetto all'Impresa e di permettere la continuità di occupazione rispetto all'operaio»⁽²⁹³⁾.

In tale prospettiva, il carattere di reciprocità⁽²⁹⁴⁾ dell'onere di preavviso diveniva strutturale nel rapporto di servizio, dovendo esso garantire a ciascuna delle parti la possibilità di reperire sul mercato un nuovo contraente, senza incorrere nel pregiudizio che inevitabilmente sarebbe conseguito all'interruzione dell'attività del lavoratore così come dell'impre-

⁽²⁸⁷⁾ App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarra, cit., p. 695.

⁽²⁸⁸⁾ Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855.

⁽²⁸⁹⁾ Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, in *Mon. trib.*, 1905, p. 984 s.

⁽²⁹⁰⁾ Prob. Milano, 13 marzo 1899, Guazzoni c. Branduardi, cit., p. 335. cfr. anche Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 893.

⁽²⁹¹⁾ App. Roma, 21 giugno 1892, De Angelis c. Società italiana per condotte di acqua, cit., I, p. 983.

⁽²⁹²⁾ App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, cit., p. 137.

⁽²⁹³⁾ Prob. Milano, 9 ottobre 1901, Rognoni c. Crippa, parzialmente edita da P. PREMOLI, *Manuale dei Probiviri ad uso degli operai*, Firenze, 1903, p. 93. Presidente ed estensore della sentenza risulta Carlo Contini.

⁽²⁹⁴⁾ Sottolineava la simmetria delle posizioni di *imprenditore* e *operaio*, con riguardo all'obbligo del preavviso, Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, cit., 337, per la quale l'*avviso* di licenziamento garantiva «all'imprenditore, del pari che al [...] personale impiegato, la continuità del lavoro»; ed anche Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., in *Mon. trib.*, 1903, p. 714 s. (estensore per entrambe C. Contini).

ditore, costituendo «detto termine [...] una reciproca maggior garanzia della continuità di lavoro per ambo i contraenti»⁽²⁹⁵⁾.

Osservare il termine di preavviso significava, dunque, «mirare contemporaneamente a permettere, per chi vive del lavoro, di disporre del tempo bastevole a procacciarsi, con probabilità, un nuovo impiego. E alla perfine si intende d'evitare l'interrompimento della produzione, che, avvenga pure il fatto nei riguardi di un individuo solo, si traduce sempre in danno economico per la società»⁽²⁹⁶⁾.

Nelle avvedute pronunce dei Proviviri, attente al dato dell'esperienza, si manifestava così il superamento della convinzione, di cui apparivano paludate talune remote motivazioni⁽²⁹⁷⁾, che l'obbligo del preavviso fosse «posto dalla coscienza odierna nell'esclusivo favore della classe operaia»⁽²⁹⁸⁾; convinzione che cedeva il passo ad una prospettiva in cui la *continuità dell'azienda*⁽²⁹⁹⁾ assumeva una posizione di centralità, sotto il profilo dei benefici economici che da essa derivavano ad entrambe le parti: «col rispetto del termine di preavviso si vuol garantire, il più che sia possibile, la *continuità dell'azienda* sia rispetto all'imprenditore che della massa dei lavoratori impiegativi. Il primo ha diritto di trarne la remunerazione del capitale impiegatovi [...]. I lavoratori hanno diritto di guadagnarvi i mezzi di sostentamento»⁽³⁰⁰⁾; continuità che risultava perciò «utile ai due interessati» e che dipendeva «dalla surrogazione ininterrotta di nuove braccia a quelle che cessano di contribuire alla lavorazione generale colla loro quota indispensabile di opera»⁽³⁰¹⁾.

⁽²⁹⁵⁾ Prob. Milano, 30 ottobre 1902, Bersani c. Colombo, in *Mon. trib.*, 1904, p. 157.

⁽²⁹⁶⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

⁽²⁹⁷⁾ Si veda App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., I, 2, cc. 225-227.

⁽²⁹⁸⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., II, p. 848, che indicava il preavviso, che «concerne tutte e due le parti», come una «cautela portata dalla più raffinata sensibilità di moderne esigenze sociali, a tutela dei privati interessi dei contraenti».

⁽²⁹⁹⁾ Riflessioni sull'interazione tra *personale e azienda mercantile*, esplicitatesi nel rapporto di servizio, si leggono in PORRO, *L'azienda mercantile di fronte al suo personale*, cit., 84 s.

⁽³⁰⁰⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

⁽³⁰¹⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714. Al preavviso come strumento di regolamentazione dei «rispettivi interessi» dei contraenti alludeva anche App. Bologna, 14 luglio 1902, Comune di Bologna c. Stagni, cit., p. 53,

Ancora una volta, la magistratura ordinaria si rendeva perfettamente permeabile alla tesi dei Proviviri, e, mutuandone fedelmente l'impostazione, statuiva che «generalmente nella *locatio operis* è necessità ritenere che nessuno dei paciscenti abbia tacitamente consentito che si potesse bruscamente porre fine al contratto, in modo da pregiudicare gl'interessi dell'altra parte. Posto ciò, come il locatore deve accordare a chi assume l'opera una sufficiente latitudine di tempo per trovare la persona la quale surrogui quella da cui riceveva i servizi, alla stessa guisa e per identica ragione, il conduttore, il capitalista, il committente deve diffidare il locatore, l'operaio, il commesso in tempo e modo che possa questi impiegare altrimenti la sua opera e non perdere così il lucro che ne trae»⁽³⁰²⁾.

9. — Nell'interpretazione della giurisprudenza dei Proviviri, l'obbligo del preavviso si connetteva dunque a pressanti motivi di ordine pratico, risultando inequivocabilmente «basato sulla considerazione che il rapporto di servizio con effetto continuativo, ma a tempo indeterminato, se rotto in tronco per volontà di una sola delle parti, verrebbe a cagionare all'altra un pregiudizio, privandola improvvisamente o del lavoro o della mano d'opera»⁽³⁰³⁾. Ma il rigore scientifico di quei «piccoli giudici»⁽³⁰⁴⁾ non poteva essere appagato da una mera constatazione fenomenologica: occorreva perciò ricondurre il *fenomeno* al *sistema* ed enucleare in questo i precetti che di quello costituivano il fondamento e per i quali il preavviso risultava giuridicamente vincolante.

Appariva, del resto, inaccettabile che se il legislatore si era profuso nel dettare analitiche regole per la locazione delle cose, non potesse enuclearsi nel sistema una disciplina che potesse valere anche per l'affine

che riconosceva al «preventivo avviso del tempo in cui il contratto dovrà soffermarsi» la funzione di evitare che potesse «essere privato improvvisamente l'uno del frutto del suo lavoro, l'altro dell'opera che gli abbisogna, con l'eventuale danno pel primo di rimanere disoccupato da un momento all'altro e privo di sostentamento, e per l'altro di vedere sospeso un lavoro quando forse ne sarebbe più urgente la prosecuzione».

⁽³⁰²⁾ Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, cit., p. 984.

⁽³⁰³⁾ Prob. Milano, 20 giugno 1906, Calori c. Vatta, cit., p. 677.

⁽³⁰⁴⁾ Così definiva i Proviviri la nota redazionale a Prob. Milano, 16 ottobre 1907, Bonfanti ed altri c. Ditta Losa, in *Mon. trib.*, 1908, p. 937 s.

contratto della locazione delle opere, dove l'oggetto della locazione, il *lavoro umano* ⁽³⁰⁵⁾, progressivamente manifestava la propria crescente rilevanza economica.

Per i Proviviri, cui, per ragioni istituzionali, veniva devoluta la cognizione di controversie in cui una delle parti era necessariamente *imprenditore*, ciò che conferiva *ex lege* natura commerciale al rapporto medesimo ⁽³⁰⁶⁾, appariva agevole riscontrare nella pratica come l'obbligo del preavviso costituisse una «consuetudine costante e generale dei più cospicui centri industriali, riconosciuta ed applicata con numerosi giudicati da questi Collegi dei Probi-Viri» ⁽³⁰⁷⁾.

Riconfermata la propria funzione di rilevatori degli usi mercantili, da cui conseguiva la rilevanza di *precedente* delle pronunce dalle quali risultasse che la reiterazione di una determinata pratica costituiva per il *setto mercantile* una consuetudine, i Proviviri non potevano che affermare, quale corollario della natura commerciale del rapporto dedotto in giudizio, la dignità di fonte legale, nella disciplina del rapporto di servizio, che il sistema riconosceva, per l'art. 1 c. comm., alla «antica» ⁽³⁰⁸⁾ consuetudine del preavviso, la cui generale applicazione non poteva porsi in discussione. Il preavviso costituiva infatti «costume» ⁽³⁰⁹⁾, «uso generale e costante, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza» ⁽³¹⁰⁾; e risultavano già noti ed *analizzati* dalle Giurie «i motivi che hanno, da lontana epoca, nei paesi civili, per la quasi totalità delle imprese, determinato l'obbligo del preavviso di licenziamento» ⁽³¹¹⁾.

L'indagine di tali motivi rafforzava peraltro, specie nella magistratura ordinaria, il convincimento che la matrice della consuetudine del preavvi-

⁽³⁰⁵⁾ App. Napoli 2 maggio 1906, Gulotta c. Società Risanamento, cit., c. 1128.

⁽³⁰⁶⁾ Si rinvia, sul punto, a quanto sopra illustrato al § 3.

⁽³⁰⁷⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽³⁰⁸⁾ Prob. Milano, (industrie alimentari), in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855. Si veda, per qualche esempio significativo, ROSSI, *Sul profilo della locatio operarum nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria* (1958), cit., p. 546 s.

⁽³⁰⁹⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

⁽³¹⁰⁾ TARTUFARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1175.

⁽³¹¹⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

so dovesse comunque ricondursi all'equità, che per l'art. 1124 c.c., consentiva, anche sotto tale profilo, di «determinare le conseguenze» ⁽³¹²⁾ del contratto, «supplendo al silenzio della parti» ⁽³¹³⁾. Era perciò d'uopo rilevare che «in questa specie di locazione, per uso suggerito dalla equità naturale, si *dovesse* per regola generale, nel licenziare il locatore [...], concedergli un discreto termine per la risoluzione del contratto» ⁽³¹⁴⁾.

Sul piano pratico, il richiamo all'equità nell'individuazione del fondamento del preavviso consentiva così alla giurisprudenza di superare l'ostacolo, di natura formale, che si opponeva qualora il rapporto di locazione d'opere dedotto in giudizio non fosse qualificabile come commerciale, con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'art. 1 c. comm. e, quindi, dell'efficacia normativa della consuetudine commerciale.

D'altro canto, non si esitava a sottolineare la puntuale convergenza di uso ed equità anche in materia di preavviso, che costituiva uno di «quei doveri [...] imposti non dallo stretto rigore del diritto, ma dalla consuetudine e dalla equità» ⁽³¹⁵⁾. Né potevano sorgere, sul piano metodologico, perplessità sulla contestuale adozione delle due distinte fonti, che significava affastellare argomenti diversi nella motivazione, dovendo il giudice in ogni caso «ispirarsi a preferenza a larghi criteri di equità ed alle vigenti consuetudini, pure fonti di diritto, specialmente in una materia, quale la locazione d'opera, in cui il codice civile difettava di disposizioni» ⁽³¹⁶⁾.

10. — L'applicazione, in via di analogia, dell'art. 1609 c.c. al contratto di locazione d'opere a tempo indeterminato al fine di affermare la strut-

⁽³¹²⁾ Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1178.

⁽³¹³⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 853.

⁽³¹⁴⁾ Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1178. Sosteneva il fondamento equitativo del preavviso anche App. Palermo, 30 novembre 1888, Giunta c. Soc. Ferrovie di Sicilia, cit., I, c. 102 s.; App. Genova, 3 luglio 1900, Dordelli c. «La Veloce», in *Mon. trib.*, 1900, p. 811 s., sorprendentemente connetteva l'obbligo del preavviso ad un mero «vincolo morale, consacrato dall'uso e dalla giurisprudenza».

⁽³¹⁵⁾ App. Roma, 21 giugno 1892, De Angelis c. Società italiana per condotte di acqua, cit., I, c. 982.

⁽³¹⁶⁾ App. Milano, 27 gennaio 1905, Calzaturificio varesino c. Calimeri, in *Mon. trib.*, 1905, p. 370 s.

turale recedibilità dal rapporto comportava, quale corollario, l'estensione a quel contratto dell'ulteriore precetto che la disposizione conteneva, laddove impediva a ciascuna delle parti di *dare licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi* ⁽³¹⁷⁾. Riconfermata la analogia esistente tra la «locazione delle opere e la locazione della case», qualificate come «due specie di uno stesso contratto» ⁽³¹⁸⁾, nessuna perplessità destava «applicare alla prima le norme dettate più specialmente per la seconda» ⁽³¹⁹⁾: in considerazione della «sobrietà forse soverchia delle disposizioni, che regolano la locazione delle opere» ⁽³²⁰⁾, risultava dunque «ragionevole, e [...] talvolta anche necessario, l'applicare [alla locazione d'opere] le norme dettate più specialmente per la locazione delle case» ⁽³²¹⁾, mediante il procedimento interpretativo delineato dall'art. 3 disp. prel., seppur con la raccomandazione di *procedere* «con tale discernimento che siano preferite quelle disposizioni, le quali meglio convengono alla natura propria della locazione delle opere» ⁽³²²⁾.

⁽³¹⁷⁾ Il testo integrale della norma è riportato alla nt. 245.

⁽³¹⁸⁾ Cass. Firenze, 18 gennaio 1869, Comune Poppi c. Cipriani, in *Giur. it.*, 1869, I, cc. 46-48. Negli stessi termini si esprimevano App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226 e App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarra, cit., p. 695.

⁽³¹⁹⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226.

⁽³²⁰⁾ Cass. Firenze, 18 gennaio 1869, Comune Poppi c. Cipriani, cit., c. 47. TARTUFARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1174, sottolineava la lacuna, con toni apertamente critici verso il «codice patrio», che nulla disponeva «in ordine agli effetti della locazione d'opere a tempo indeterminato [...]», ancora una volta dimostrandosi più sollecito di quanto si attiene alla tutela della proprietà e al regime dei beni, di quello che non sia in riguardo alla tutela e disciplina giuridica del lavoro».

⁽³²¹⁾ Cass. Firenze, 18 gennaio 1869, Comune Poppi c. Cipriani, cit., c. 47.

⁽³²²⁾ Così Cass. Firenze, 18 gennaio 1869, Comune Poppi c. Cipriani, in *Giur. it.*, 1869, I, c. 47, che richiamava gli artt. 1592 e 1610 c.c., rispettivamente dettati in materia di tacita riconduzione della *locazione delle cose* e della *locazione delle case*, ma per escluderne l'estensione analogica alla locazione d'opere a tempo determinato.

Art. 1592 c.c. *Spirato il termine stabilito nel contratto di locazione, se il conduttore rimane ed è lasciato in possesso, si ha per rinnovata la locazione, il cui effetto è regolato dall'articolo relativo alle locazioni fatte senza determinazione di tempo.*

Art. 1610 c.c. *Se un inquilino continua nel godimento della casa o dell'appartamento, spirato il termine fissato per la locazione, senza opposizione per parte del locatore, s'intende che lo ritiene alle stesse condizioni per il tempo determinato dalla consuetudine dei luoghi, e più non può dimetterlo od esserne licenziato, se non dopo una licenza data nel tempo stabilito dalla stessa consuetudine.*

Poiché, dunque, relativamente ai contratti di locazione d'opere «nulla si trovava nel codice civile disposto quanto al termine della loro risoluzione», era «d'uopo di attingere in proposito le norme da analoghe disposizioni del codice stesso (art. 3 disp. prel.)» ⁽³²³⁾.

Nella costruzione giurisprudenziale, la *ragionevolezza* ⁽³²⁴⁾ confortava i più stringenti argomenti fondati sullo strumento ermeneutico dell'analogia, che consentiva, ancora una volta, di enucleare dal *sistema* la disciplina del preavviso: si respingeva, pertanto, ogni contraria tesi, che *assurdamente* avesse preteso che «il legislatore, mentre si era preoccupato del comodo del locatore e dell'inquilino di una casa, vietando a quello di scacciare, ed a questo di abbandonare l'appartamento statogli locato, senza l'osservanza dei termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi per la disdetta, avesse poi abbandonato colui che loca la sua opera ad altri, che ne ritrae forse gli unici mezzi di sussistenza, al capriccio di chi si avvantaggia del suo lavoro» ⁽³²⁵⁾; l'inosservanza del termine risultava perciò «enorme ed ingiusta» ⁽³²⁶⁾.

Il precetto contenuto nell'art. 1609 c.c. integrava dunque la disciplina del rapporto di servizio, subordinando la legittimità del recesso al rispetto del termine di preavviso: ciascun contraente era «in diritto di licenziare, quando che fosse, [l'altro] mediante il preavviso indotto dalla consuetudine» ⁽³²⁷⁾.

Pur con le cautele che il procedimento analogico imponeva, anche i giudici di legittimità statuivano che anche «nel contratto di locazione d'opera a tempo indeterminato» ⁽³²⁸⁾ potesse «applicarsi per analogia, volta per volta che se ne ritenesse il caso, la norma dell'art. 1609, secondo cui la parte che vuole disdire la continuazione del contratto, deve, nel dare la diffida relativa, rispettare i termini portati dalle consuetudini dei luoghi» ⁽³²⁹⁾. E,

⁽³²³⁾ App. Venezia, 29 gennaio 1903, De Asarta c. Tolusso, cit., p. 316 s.

⁽³²⁴⁾ Cfr. Cass. Firenze, 18 gennaio 1869, Comune Poppi c. Cipriani, cit., c. 47 e App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226.

⁽³²⁵⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226.

⁽³²⁶⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226.

⁽³²⁷⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 227.

⁽³²⁸⁾ Cass. Roma, 18 maggio 1896, Debelli c. Sonzognò, in *Mon. trib.*, 1896, p. 969.

⁽³²⁹⁾ Così il *Monitore dei tribunali* enucleava la massima di Cass. Roma, 8 gennaio 1896, Genetouse e Petrucci c. Soc. dell'Acqua Pia o Marcia, cit., 286. Conformemente, App. Trani, 10 marzo 1902, La Fiduciaria c. De Simone, cit., p. 772, sottolineando la conver-

scivolando nell'espedito di affastellare motivazioni diverse per rafforzare la statuizione, scolpivano la definizione del *preavviso*, ed il suo carattere obbligatorio, facendo risultare «essere consuetudine generale e costante, riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza adottata in analogia all'art. 1609 c.c., che anche nel contratto di locazione d'opera a tempo indeterminato quello dei contraenti, il quale intende por termine al contratto stesso, ha l'*obbligo* di dare all'altro contraente un previo avviso o disdetta in tempo conveniente»⁽³³⁰⁾.

11. — Stabilita la sussistenza, in via generale, dell'obbligo del preavviso, occorre chiarire se la relativa osservanza potesse costituire oggetto della disponibilità negoziale delle parti. In altri termini, accertata la sussistenza di una norma, fosse essa consuetudinaria ovvero desunta in via di analogia, che imponeva il rispetto del termine di preavviso, si poneva immediatamente il problema della sua derogabilità convenzionale, in virtù della riconosciuta preminenza delle manifestazioni dell'autonomia contrattuale rispetto alle altre fonti di disciplina del rapporto.

genza di dottrina e giurisprudenza, ribadiva che nel contratto di locazione d'opere a tempo indeterminato, «non avendo le parti determinata la durata, è necessario che, per porvi termine, giusta gli insegnamenti della scuola e della giurisprudenza, sia data licenza al locatore dell'opera, per analogia esistente tra la locazione delle opere e quella delle cose». Individuavano nell'analogia il fondamento dell'obbligo del preavviso anche App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarra, cit., p. 695.; App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, in *Mon. trib.*, 1904, p. 190 s.; App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736, dove l'argomento dell'analogia subiva qualche retorica contaminazione con i «principi di umanità e moralità per il prossimo». In dottrina, F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 377 s., riconduceva in via esclusiva all'applicazione analogica dell'art. 1609 c.c. l'*istituto del licenziamento* e, quindi, il preavviso stesso. Rilevava, invece, «l'impertinenza» delle disposizioni dettate per la *locazione delle case* riguardo alla locazione d'opere Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Alfiforni Terni c. Franchini, cit., p. 466 s.

⁽³³⁰⁾ Cass. Roma, 18 maggio 1896, Debelli c. Sonzognò, cit., p. 969. Si veda anche App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450. In dottrina, individuava il fondamento dell'obbligo del preavviso nello «uso generale e costante [...] confortato altresì dall'analogia dell'art. 1609 c.c.» TARTUFARI, nota a Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1175. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., II, p. 831 s. riconduceva il preavviso alla convergenza di uso, equità e *sistema della legge*, rappresentato quest'ultimo dall'estensione analogica dell'art. 1609 c.c., che giudicava peraltro costituire il fattore prevalente.

Per i Probiviri, la questione non poteva che essere affrontata, ancora una volta, con riguardo al sistema, nel quale pure si collocavano le norme individuate quale fondamento del preavviso. Risultava perciò evidente che, nel sistema, solo le norme *proibitive* non ammettevano deroga da parte della volontà dei contraenti: si persuadevano così che la «consuetudine [del preavviso], fondata sul reciproco affidamento che si danno tacitamente le parti e rispondente a un'equa valutazione e tutela dei rispettivi interessi [...], rappresenta una delle poche leggi fondamentali che governano oggi, di fatto, in mancanza di norme legislative speciali, i privati rapporti intercedenti fra operai e imprenditori. Legge fondamentale, si ripete, e di vero *ordine pubblico*»⁽³³¹⁾.

L'obbligo del preavviso appariva dunque «ispirato ad un alto concetto di ordine pubblico», poiché «è nell'interesse pubblico che un operaio non sia, senza giusto motivo, repentinamente licenziato dal principale»⁽³³²⁾, così come che «l'azienda [...] non abbia mai a trovarsi repentinamente sprovvista dell'opera di alcuno di essi»⁽³³³⁾. Consuetudine che rivestiva carattere d'ordine pubblico «come quella che elimina pericolosi attriti»⁽³³⁴⁾ e perciò di «importanza sociale rilevantissima»⁽³³⁵⁾.

Configurare l'obbligo del preavviso come espressivo di un precetto di *ordine pubblico* significava dunque affermarne l'inderogabilità per il disposto dell'art. 12 disp. prel.⁽³³⁶⁾, a nulla rilevando che l'obbligo potesse fondarsi non già su una norma scritta ma sulla consuetudine: si chiariva, infatti, che «come vi sono leggi d'ordine pubblico, così vi possono pure essere, e vi sono, consuetudini d'ordine pubblico, le une e le altre non essendo in sostanza che l'espressione del diritto vigente in materia di commercio, e non differendo fra loro che per il grado più o meno avanzato

⁽³³¹⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽³³²⁾ Prob. Milano, 13 marzo 1899, Guazzoni c. Branduardi, cit., p. 335.

⁽³³³⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽³³⁴⁾ Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, cit., p. 337. Riconosceva al preavviso una rilevanza sociale Pret. Roma, 22 aprile 1912, Romaldini c. Principe Torlonia, in *Il contratto di lavoro*, 1912, pp. 248-251, che qualificava l'obbligo del preavviso «norma di ordine pubblico, dalla cui osservanza discende e il rispetto al diritto dei lavoratori e la diminuzione di una causa di disoccupazione». Cfr. anche Prob. Milano, 30 ottobre 1902, Bersani c. Colombo, cit., p. 157.

⁽³³⁵⁾ Prob. Milano, 20 giugno 1906, Calori c. Vatta, cit., p. 677.

⁽³³⁶⁾ Cfr. sopra, § 3.

nella elaborazione legislativa»⁽³³⁷⁾.

La inderogabilità del preavviso diveniva così «una delle principali massime sulle quali la giurisprudenza probvo-virale si è affermata con costante uniformità», che la proclamava «norma di ordine pubblico e quindi non derogabile con private pattuizioni»⁽³³⁸⁾, e «tanto meno per arbitrio di uno dei contraenti»⁽³³⁹⁾. Conseguentemente si dichiarava «nullo il patto di rinuncia al preavviso di licenziamento»⁽³⁴⁰⁾, e si escludeva l'ignoranza della consuetudine quale causa di giustificazione della mancata osservanza del preavviso⁽³⁴¹⁾.

L'elevazione della consuetudine del preavviso al rango di «norma di ordine pubblico»⁽³⁴²⁾ negava dunque validità al patto derogatorio del preavviso, sia che esso assumesse la forma di specifica clausola negoziale, espressamente intervenuta tra i contraenti⁽³⁴³⁾, sia che la previsione fosse contenuta nel *regolamento di fabbrica*, accettato dal lavoratore⁽³⁴⁴⁾. Allo stesso modo, non poteva trovare applicazione una consuetudine derogatoria dell'obbligo del preavviso, la quale «oltre ad essere contraria ai principi elementari della moralità» risultava «dannosa sia nei riguardi dell'operaio, sia nei riguardi dell'industriale»⁽³⁴⁵⁾, e si *infrangeva* perciò contro «considerazioni di ordine pubblico»⁽³⁴⁶⁾.

⁽³³⁷⁾ Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽³³⁸⁾ Prob. Milano, 30 dicembre 1903, Bertolini c. Buzzetti, in *Mon. trib.*, 1904, p. 375, la cui motivazione è sovrapponibile a quella di Prob. Milano, 31 dicembre 1903, Brustolin c. Buzzetti, *ivi*, p. 897, proveniente dallo stesso Collegio (oreficeria). Cfr. anche Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 314.

⁽³³⁹⁾ Conc. Milano, 2 marzo 1905, Montechini c. Vaghi, in *Mon. trib.*, 1905, p. 518 s.

⁽³⁴⁰⁾ Prob. Milano, 17 gennaio 1906, De Ambrosi c. Sartorio, in *Il contratto di lavoro*, 1906, p. 267.

⁽³⁴¹⁾ Prob. Milano, 4 gennaio 1902, Bredi c. Grosio, in *Mon. trib.*, 1902, p. 38 s.

⁽³⁴²⁾ Pret. Roma, 22 aprile 1912, Romaldini c. Principe Torlonia, cit., p. 250.

⁽³⁴³⁾ In tal senso, Prob. Milano, 30 dicembre 1903, Bertolini c. Buzzetti, cit., p. 375; Prob. Milano, 31 dicembre 1903, Brustolin c. Buzzetti, cit., p. 897; Prob. Milano, 28 ottobre 1903, Menelli c. Ditta vedova Porta, in *Mon. trib.*, 1904, p. 897. Di una ipotesi di accordo *collettivo* per la rinuncia al preavviso si occupava Conc. Milano, 2 marzo 1905, Montechini c. Vaghi, cit., p. 518 s.

⁽³⁴⁴⁾ Cfr. Prob. Milano, 16 novembre 1898, Casati c. Ditta Rancati, in *Mon. trib.*, 1899, p. 334, che dichiarava «contraria» alle «generalì consuetudini la disposizione del regolamento» derogatoria dell'obbligo del preavviso.

⁽³⁴⁵⁾ Prob. Iglesias, 9 febbraio 1906, Lorrai c. Società Pertusola Limited, in *Il contratto di lavoro*, 1907, p. 190 s.

⁽³⁴⁶⁾ Prob. Milano, 18 maggio 1903, Premoli c. Locatelli, in *Mon. trib.*, 1904, p. 138 s. In dottrina, sostenevano l'inderogabilità dell'obbligo del preavviso E.A. PORRO, *Il preav-*

Gli argomenti illustrati nelle richiamate pronunce dei Probiviri a sostegno della inderogabilità del preavviso, pur largamente condivisi, non persuadevano tuttavia la generalità dei Collegi e delle *industrie*⁽³⁴⁷⁾. Si registravano infatti, sebbene rare, pronunce che apertamente ammettevano la derogabilità convenzionale del preavviso, considerato alla stregua di mero uso commerciale, come tale derogabile dalla volontà dei contraenti: non bastava perciò la prova della sussistenza di una consuetudine locale che prevedesse l'obbligatorietà del preavviso, poiché, anche per tale profilo del rapporto, «agli usi e alle consuetudini devesi aver riguardo solo in quanto non siasi diversamente provveduto mediante i patti speciali con cui siano stati convenzionalmente regolati i rapporti fra l'operaio ed il principale; giacché in tal caso quei patti, quantunque derogatori delle consuetudini, debbono essere mantenuti ed eseguiti, purché non siano contrari alla legge od all'ordine pubblico»⁽³⁴⁸⁾; che significava apertamente negare al preavviso la natura di consuetudine di ordine pubblico.

Il patto «in forza del quale il principale si riserva di licenziare il suo operaio senza alcun preavviso» rimaneva perciò «valido», non potendo esso «ritenersi, date le leggi vigenti, contrario all'ordine pubblico»⁽³⁴⁹⁾. E ben potevano le parti avvalersene, ferma la verifica della sussistenza di un consenso validamente prestato, vale a dire quando «constasse sicuramente che quel patto [le parti] liberamente vollero inserito nel loro contratto»⁽³⁵⁰⁾.

La deroga al preavviso poteva perciò consistere nella rinuncia espressa contenuta nel contratto⁽³⁵¹⁾, ovvero nella accettazione della pre-

viso di licenziamento nel contratto di lavoro, in *Mon. trib.*, 1907, p. 3 s., che condizionava la *legittimità* del licenziamento all'osservanza del termine di preavviso; N. VERONA-POSITANO, nota a Pret. Roma, 22 aprile 1912, Romaldini c. Principe Torlonia, cit., p. 248 s.

⁽³⁴⁷⁾ Carlo Contini, nella *Relazione* in Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855, testimoniava il fenomeno, annotando lapidariamente: «poche le industrie in cui sia ammesso il licenziamento immediato».

⁽³⁴⁸⁾ Probiviri Milano, 27 marzo 1898, Mercanti Romeo c. Ditta Domenico Nasoni, cit., p. 275.

⁽³⁴⁹⁾ Prob. Milano, 28 ottobre 1903, Menelli c. Ditta vedova Porta, cit., p. 897.

⁽³⁵⁰⁾ Prob. Milano, 28 ottobre 1903, Menelli c. Ditta vedova Porta, cit., p. 897.

⁽³⁵¹⁾ Cass. Napoli, 7 agosto 1912, Troise c. Mele, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 780-785 giudicava «valido il patto reciproco fra il conduttore ed il locatore d'opera di rinuncia al preavviso ed all'indennizzo in caso di disdetta del contratto di lavoro». Alla base

visione contenuta nel *regolamento di fabbrica* ⁽³⁵²⁾, che poteva anche prodursi «per tacito consenso o acquiescenza delle parti» ⁽³⁵³⁾. Riguardo a quest'ultima ipotesi si procedeva peraltro ad un'attenta verifica della effettiva formazione di un consenso sulla previsione derogatoria del preavviso: «i regolamenti o norme del personale emanati da qualsiasi Società o privato industriale hanno valore obbligatorio solo quando per il modo e tempo in cui furono emanati e in cui furono esposti o portati a notizia degli impiegati o operai possono ragionevolmente aver acquisito, per tacito consenso o acquiescenza delle parti, il carattere d'una vera legge contrattuale, disciplinatrice del contratto di locazione d'opere» ⁽³⁵⁴⁾.

Si indagava perciò per «accertare il tacito consenso anche col mezzo di semplici presunzioni» ⁽³⁵⁵⁾, giacché si opinava che i *patti* contenuti nel regolamento di fabbrica potevano «acquistar forza di legge contrattuale» solo ove fossero «risultati dibattuti, voluti e liberamente accettati, oltretché dall'imprenditore, anche da ciascheduno degli operai cui quei patti vogliansi contrattualmente far valere» ⁽³⁵⁶⁾.

12. — L'applicazione analogica dell'art. 1609 c.c. in materia di locazione d'opere segnava la strada anche per l'individuazione della disciplina della *misura del preavviso*, ovvero della *durata del termine* che la parte rece-

del convincimento si poneva il carattere di reciprocità della rinuncia (che riproponeva simmetricamente la reciprocità della facoltà di recesso): «sussistendo un egual diritto nella Ditta e nella ricorrente di poter, sempre che *avessero* voluto, disdire il contratto ed assumendo entrambi reciproco obbligo, in tale ipotesi di rinuncia al preavviso ed all'indennizzo si ha perfetta parità di condizioni».

⁽³⁵²⁾ Cfr. Prob. Milano, 25 marzo 1903, Torriani c. B. Camona & C., in *Mon. trib.*, 1904, p. 498.

⁽³⁵³⁾ Prob. Milano, 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", cit., p. 197.

⁽³⁵⁴⁾ Prob. Milano, 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", cit., p. 197.

⁽³⁵⁵⁾ Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894.

⁽³⁵⁶⁾ Così Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894, che escludeva, nella fattispecie dedotta, la effettiva *cognizione del contenuto* del regolamento da parte del lavoratore e, conseguentemente, che sullo stesso si potesse essere manifestato il consenso del lavoratore medesimo. In Prob. Milano, 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", cit., p. 197, l'indagine giudiziale si spingeva all'accertamento della conoscibilità e comprensibilità, in concreto, del *regolamento di fabbrica* da parte del lavoratore, respingendosi la vincolatività del regolamento «limitatamente esposto e [...] infelicemente espresso».

dente avrebbe dovuto assegnare all'altro contraente per il legittimo esercizio del licenziamento. In proposito, la disposizione connetteva infatti espressamente la durata del preavviso ai *termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi*, e legittimava perciò ad affidarsi, anche per tale profilo del rapporto, all'esperienza, non solo in materia commerciale, ciò che sarebbe parso scontato in base alla previsione dell'art. 1 c. comm., ma anche nei contratti di natura civile, ricorrendo qui l'ipotesi tipica della consuetudine alla quale *il codice stesso espressamente si riferiva*, secondo il dettato dell'art. 48 comma primo disp. trans. ⁽³⁵⁷⁾, e perciò indenne dalla sanzione di inefficacia delle consuetudini che a quella disposizione conseguiva.

La giurisprudenza ordinaria si conformava perciò al precetto, statuendo che, anche in materia di locazione d'opere a tempo indeterminato, ciascuna delle parti era legittimata a «dare licenza all'altra, osservati soltanto i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi» ⁽³⁵⁸⁾; e se una consuetudine riguardo al rapporto di lavoro non risultava formata, poteva attingersi, sempre in via di analogia, alla consuetudine vigente, per altra figura di locazione, nei luoghi ove era radicata la controversia, in base alla quale «per far cessare una locazione di case stipulata a tempo indeterminato» occorreva «che la disdetta di fine locazione *fosse* data tre mesi prima» ⁽³⁵⁹⁾, seppur con i temperamenti che l'equità, attraverso l'art. 1124 c.c., consentiva, tenuto conto delle peculiarità del rapporto dedotto in giudizio.

Se, infatti, la funzione riconosciuta dell'obbligo di preavviso era quella di consentire alla parte di *provvedersi* in caso di recesso dell'altro contraente, pareva conveniente piegare talvolta la consuetudine «in ragione della qualità delle opere oggetto del contratto» ⁽³⁶⁰⁾. Il termine do-

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. sopra, § 3.

⁽³⁵⁸⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226.

⁽³⁵⁹⁾ App. Genova, 3 settembre 1878, Comune di Bolzaneto c. Biassa, cit., c. 226 s., che temperava la previsione consuetudinaria raddoppiando la durata del preavviso, in ragione delle caratteristiche del rapporto, qualificato di «locazione d'opera intellettuale», e motivava la deroga «sia per i maggiori riguardi, che in ragione della sua nobiltà le sono dovuti, sia perché in generale riesce ben facile al proprietario di una casa trovare un nuovo inquilino, ed all'inquilino di trovare un nuovo appartamento, che non a chi deve impiegare l'opera della mente».

⁽³⁶⁰⁾ App. Roma, 2 maggio 1895, Genetouse e Petrucci c. Società anonima dell'Acqua Marcia, cit., p. 499.

veva perciò «essere fissato tenendo conto principalmente della natura delle prestazioni formanti oggetto del contratto», poiché «dall'indole di queste dipendeva l'eventualità che la disoccupazione», così come la vacanza del posto lasciato libero dal lavoratore dimissionario, «si protrasse per un tempo più o meno lungo»⁽³⁶¹⁾.

Dalla combinazione di usi ed equità risultava dunque la disciplina del termine del preavviso, individuato come «quel tempo reputato secondo la natura della contrattazione e gli usi necessario perché le parti possano reciprocamente provvedersi»⁽³⁶²⁾.

Anche riguardo alla durata del preavviso, i Probiviri si mostravano attenti al variegato atteggiarsi dell'esperienza, di cui si facevano, ancora una volta, pazienti rilevatori; e dall'esperienza ricavano i termini che per ciascuna *industria* la pratica stessa andava consolidando, anche avvalendosi dei contributi che si dovevano all'attività delle Camere di commercio⁽³⁶³⁾, tra i quali spiccava, per la *categoria degli impiegati di commercio*, la già menzionata raccolta delle *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opera*⁽³⁶⁴⁾, che all'art. IX prevedeva termini diversi di preavviso, a seconda della mansione svolta dal lavoratore ed in ragione della durata del servizio prestato.

Nell'accertare la tempestività del licenziamento, i Probiviri davano perciò atto che era «consuetudine per l'*industria tessile* che il contratto non potesse disdirsi da parte dell'operaio senza un preavviso di almeno otto giorni»⁽³⁶⁵⁾; e che, parimenti, «portava l'obbligo del preavviso di otto giorni per il licenziamento degli operai»⁽³⁶⁶⁾ la consuetudine vigente nelle

⁽³⁶¹⁾ App. Venezia, 7 febbraio 1907, Rosa c. Sambonifacio, in *Mon. trib.*, 1907, pp. 391-393.

⁽³⁶²⁾ Prob. Milano, 11 gennaio 1899, Mariani e altri c. Fiocchi, in *Mon. trib.*, 1899, p. 137.

⁽³⁶³⁾ Del ruolo svolto dalle Camere di commercio nell'accertamento e certificazione degli usi commerciali si detto sopra, § 4.

⁽³⁶⁴⁾ Pubblicate in nota a App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., cit., 289 (cfr. sopra, § 4).

⁽³⁶⁵⁾ Prob. Milano, 11 gennaio 1899, Mariani e altri c. Fiocchi, cit., p. 137; conformemente pronunciavano Prob. Milano, 10 maggio 1899, Bondioli c. Ditta A. Strauss, in *Mon. trib.*, 1899, p. 417 e Prob. Milano, 27 febbraio 1901, Aliverta c. Cernuschi, cit., p. 217.

⁽³⁶⁶⁾ Prob. Milano, 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", cit., p. 197.

industrie meccaniche⁽³⁶⁷⁾, *poligrafiche*⁽³⁶⁸⁾, *alimentari*⁽³⁶⁹⁾.

Qualora, in una determinata fattispecie, non risultasse al Collegio che si fosse formata nella pratica una consuetudine speciale disciplinante la durata del preavviso, soccorreva comunque, secondo la graduazione stabilita dall'art. 1 c. comm., l'uso generale, che richiedeva di commisurare la durata del preavviso al periodo lavorativo in relazione al quale, in base al contratto, si determinavano la mercede ed il termine per il relativo pagamento. Proiettata nel dibattito giudiziale, la regola orientava il convincimento del giudice di guisa che, se nel caso dedotto «il pagamento della mercede all'operaio era stato convenuto a mese, il preavviso di licenziamento avrebbe dovuto essere di un mese»⁽³⁷⁰⁾.

Parimenti, risultava affidata alla consuetudine, osservata in ciascuna *industria*, la regola per la individuazione del termine iniziale di decorrenza del preavviso. Si stabiliva perciò che «il licenziamento, per la validità ed efficacia sua, dovesse darsi al sabato od al lunedì al più tardi, e che, ove dato in altra epoca, dovesse ritenersi operativo a datare dai giorni preindicati, dai quali solamente devono decorrere gli otto giorni del preavviso»⁽³⁷¹⁾.

13. — All'affermazione dell'obbligatorietà del preavviso, conseguiva, quale diretto corollario, che la mancata osservanza del termine configu-

⁽³⁶⁷⁾ Si veda anche Prob. Milano, 23 dicembre 1903, Coarezza e Rebuscini c. Fabbrica nazionale di accumulatori, in *Mon. trib.*, 1903, p. 976 s.

⁽³⁶⁸⁾ Prob. Milano, 16 novembre 1898, Casati c. Ditta Rancati, cit., p. 334.

⁽³⁶⁹⁾ Prob. Milano, 13 marzo 1899, Guazzoni c. Branduardi, cit., p. 335. Il termine di preavviso di otto giorni vigente nelle industrie alimentari è confermato da Contini nella relazione a Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855.

⁽³⁷⁰⁾ Prob. Milano, 14 maggio 1903, Ghioni c. Gliamas, in *Mon. trib.*, 1904, p. 539, che precisava che a nulla rilevavano le successive determinazioni del conduttore di «ripartire il pagamento a rate settimanali». Del carattere vincolante di tale pratica, in difetto di una specifica pattuizione, dubitava tuttavia Prob. Milano, 25 maggio 1903, Brianza c. Grancini, *ivi*, p. 237 s., osservando che «il termine stabilito per il pagamento della mercede non comporta necessariamente un pari periodo per quello della risoluzione del contratto, quando nello stipularlo non siasene fatta espressa menzione, o l'uso supplisca la convenzione».

⁽³⁷¹⁾ Prob. Milano, 10 maggio 1899, Bondioli c. Ditta A. Strauss, cit., p. 417, che attestava quale fosse la «consuetudine nelle arti tessili, dal Collegio accertata».

rava inadempimento ⁽³⁷²⁾. Tale comportamento, che dava luogo al fenomeno del *licenziamento intempestivo*, altrove detto *improvviso* od anche *illegittimo* ⁽³⁷³⁾, generava la responsabilità contrattuale ⁽³⁷⁴⁾ del recedente, che dava diritto al licenziato di conseguire il risarcimento dei danni provocati dal mancato preavviso: tanto si desumeva, infatti, dall'inequivoco dato testuale, che espressamente prevedeva che «de obbligazioni di fare o non fare, quando non vengano esattamente adempiute, recano appunto alla conseguenza del risarcimento dei danni (articoli 1218, 1220, 1221, 1225, 1227 del Codice civile)» ⁽³⁷⁵⁾. L'art. 1220 c.c., legittimando il creditore dell'*obbligazione di fare non adempita* a richiedere di *essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore*, escludeva la possibilità di una esecuzione coattiva dell'obbligo stesso; risultava perciò inevitabile ricorrere al disposto dell'art. 1128 c.c., affermando l'obbligo per il recedente che avesse omesso il preavviso, «di risarcire [l'altro contraente] di quel danno irreparabile che [...] quel licenziamento può avergli arrecato» ⁽³⁷⁶⁾.

⁽³⁷²⁾ Prob. Milano, 15 giugno 1903, Linari c. Gavazzi, in *Mon. trib.*, 1903, p. 756. Qualificava «inadempimento del contratto» il mancato rispetto del termine di preavviso, con «conseguente diritto a reclamare il risarcimento del danno», Cass. Firenze, 23 dicembre 1915, Mauro c. Cellini, in *Foro it.*, 1916, c. 163 s.

⁽³⁷³⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 852.

⁽³⁷⁴⁾ Affermava Cass. Roma, 11 dicembre 1899, Baracchi c. Credito Mobiliare, in *Mon. trib.*, 1900, p. 474, che «mancando» il termine di preavviso «si fa luogo al risarcimento dei danni per colpa contrattuale». Conformemente, Cass. Firenze, 23 dicembre 1915, Mauro c. Cellini, cit., p. 163 s., riaffermando la natura contrattuale della responsabilità del conduttore, espressamente escludeva che il licenziamento immediato potesse configurare un'ipotesi di *colpa aquiliana*. Cfr. anche Prob. Milano, 20 giugno 1906, Calori c. Vatta, cit., p. 677.

⁽³⁷⁵⁾ App. Genova, 18 aprile 1882, Rolla c. Registro italiano, in *Giur. it.*, 1883, II, cc. 138-140.

Art. 1218 c.c. *Chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni.*

Art. 1220 c.c. *Non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore.*

Art. 1225 c.c. *Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione, quanto per ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede.*

Art. 1227 c.c. *I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso stabilite.*

⁽³⁷⁶⁾ App. Milano, 4 novembre 1880, Società ferrovie Alta Italia c. Giacomuzzi, in *Giur. it.*, 1881, II, c. 70. Sull'affermazione del diritto del licenziato al risarcimento del

La reciprocità dell'obbligo del preavviso riproponeva la simmetria tra conduttore e locatore anche riguardo alle conseguenze del relativo inadempimento: «l'obbligo del preavviso [...], in caso di licenziamento, incombe tanto all'industriale verso l'operaio, quanto a questo verso quello. La violazione di tale obbligo vincola al risarcimento dei danni che dal mancato preavviso fossero derivati» ⁽³⁷⁷⁾. Si affermava perciò che i lavoratori «licenziati senza preavviso avevano diritto ai danni» ⁽³⁷⁸⁾, così come il locatore d'opere che avesse «abbandonato il lavoro [...] improvvisamente e senza dare alcun preavviso» era tenuto «in massima ai danni verso il conduttore» ⁽³⁷⁹⁾.

Riguardo ai criteri per la liquidazione del danno in favore del lavoratore nel caso di «servizio [...] *intempestivamente* interrotto» ⁽³⁸⁰⁾, i danni risarcibili in favore del lavoratore si consideravano «comprendenti, di regola, l'integrità delle mercedi pel tempo del preavviso» ⁽³⁸¹⁾. L'esperienza indirizzava dunque a commisurare il risarcimento all'ammontare del salario, che il locatore avrebbe percepito proseguendo l'attività lavorativa nel periodo del preavviso ⁽³⁸²⁾: «violando l'obbligo del [...] preavviso, il commerciante è tenuto a corrispondere al suo dipendente, ingiustamente licenziato, altrettante mensilità di stipendio» ⁽³⁸³⁾. La parte *contraventrice*

danno conseguente al mancato preavviso, cfr. anche Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 893 s.; Prob. Milano, 19 marzo 1900, Mangiagalli c. Reina, in *Mon. trib.*, 1900, p. 778; Cass. Firenze, 23 dicembre 1915, Mauro c. Cellini, in *Foro it.*, 1916, c. 163.

⁽³⁷⁷⁾ Così la massima di Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 314. Anche C. Contini, nella relazione a Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855, sottolineava la reciprocità delle obbligazioni dei contraenti riguardo al preavviso ed al risarcimento del danno in caso di licenziamento intempestivo: «il preavviso della rescissione dell'impiego di locazione è reciproco fra le parti: quella che violi questa legge deve risarcire l'altra con un'indennità». Si veda, per lo stesso profilo, Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, cit., p. 337.

⁽³⁷⁸⁾ Prob. Milano, 11 gennaio 1899, Mariani e altri c. Fiocchi, cit., p. 138.

⁽³⁷⁹⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315. Cfr. anche Prob. Milano, 4 novembre 1903, Rigamonti c. Breda, in *Mon. trib.*, 1903, p. 576.

⁽³⁸⁰⁾ App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

⁽³⁸¹⁾ Prob. Milano, 11 gennaio 1899, Mariani e altri c. Fiocchi, cit., p. 138.

⁽³⁸²⁾ App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

⁽³⁸³⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 852. Il principio veniva nettamente delineato, in sede di pronuncia di legittimità, da Cass. Firenze, 23 di-

all'obbligo di preavviso sarebbe stata perciò condannata «a risarcire l'altra d'altrettanta mercede, quanto sarebbesi percepita [...] nell'intervallo fra la diffida e l'effettiva cessazione del servizio»⁽³⁸⁴⁾.

Sulla stessa linea risultavano, del resto, le *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opere*, deliberate dalla Camera di commercio di Milano, che «assegnavano in caso di improvviso licenziamento [...] indennità»⁽³⁸⁵⁾ «corrispondenti alle mensilità dovute [...] per il periodo fissato per la disdetta»⁽³⁸⁶⁾. Né difettava, a sostegno della tesi, qualche argomento di analogia per l'art. 1611 c.c.⁽³⁸⁷⁾, dettato in materia di *locazione delle case*⁽³⁸⁸⁾.

L'*indennità di improvviso licenziamento*⁽³⁸⁹⁾ ovvero di *licenziamento intempestivo*⁽³⁹⁰⁾, che, nel lessico della giurisprudenza, ricorrentemente indicava il

cembre 1915, Mauro c. Cellini, cit., 163 s.: «nella locazione d'opere a tempo indeterminato il licenziamento improvviso dato al locatore dal conduttore non genera in lui altro obbligo che quello di pagare al licenziato una indennità corrispondente allo stipendio che avrebbe percepito durante il termine di preavviso stabilito nel contratto o da stabilirsi in base alla consuetudine o secondo il prudente avviso del magistrato». Riaffermando la natura contrattuale della responsabilità del conduttore, la cassazione escludeva che il licenziamento immediato potesse configurare un'ipotesi di *colpa aquiliana*. Cfr. anche Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894; Prob. Milano, 4 novembre 1903, Rigamonti c. Breda, cit., p. 576; Prob. Milano, 23 dicembre 1903, Coarezza e Rebuscini c. Fabbrica nazionale di accumulatori, cit., p. 976 s.

⁽³⁸⁴⁾ Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, cit., 338. Cfr. anche App. Venezia, 29 gennaio 1903, De Asarta c. Tolusso, cit., p. 316 s.; App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

⁽³⁸⁵⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 852.

⁽³⁸⁶⁾ Cfr. art. III delle *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opere*, deliberate dalla Camera di commercio di Milano il 25 settembre 1893, pubblicate nel *Monitore dei Tribunali*, 1899, p. 290, in nota ad App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., cit., p. 289.

⁽³⁸⁷⁾ Art. 1611 c.c. *Nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione per tempo necessario ad una nuova locazione, ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della cosa locata.*

⁽³⁸⁸⁾ Cfr. la nota redazionale a Prob. Milano, 18 marzo 1903, Belloni c. De Piaggi, in *Mon. trib.*, 1904, p. 715.

⁽³⁸⁹⁾ Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, cit., p. 984 s. Qualche indagine semantica meriterebbe l'uso, subito ampiamente invalso sia in dottrina che in giurisprudenza, del termine *indennità*, risultando quantomeno azzardata l'applicazione delle attuali categorie. Alcuni spunti possono trarsi dalla coeva esposizione, anonima, contenuta nella voce *Indennità*, in *Diz. it.*, XIII, parte I, Torino, 1902-1906, p. 585 s., e da L. CARRELLI, *Indennità*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, parte I, Milano, 1923, p. 592 s.

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

risarcimento del danno da mancato preavviso⁽³⁹¹⁾, costituiva dunque nella pratica una liquidazione del danno in misura predeterminata dalla consuetudine.

Altrove, sia i Probiviri che la magistratura ordinaria si mostravano invece più cauti verso l'adozione di criteri prefissati di liquidazione dei danni, persuadendosi «che i danni provenienti dall'istantanea rottura di un contratto locativo d'opera erano così variamente importanti e contingibili, che non potevano regolarsi *a priori* con norme certe ed indeclinabili sull'avviso anticipato di scioglimento»⁽³⁹²⁾, e suggerivano un equo⁽³⁹³⁾ apprezzamento e temperamento degli interessi coinvolti, che tenesse conto delle «contingenze della fattispecie»⁽³⁹⁴⁾. Occorreva pertanto un'attenta valutazione della fattispecie, con riguardo alla tipologia dell'attività lavorativa ed alle mansioni svolte dal lavoratore nell'ambito dell'azienda⁽³⁹⁵⁾, per stabilire in concreto l'effettivo pregiudizio patrimoniale conseguente al licenziamento, verificando le effettive possibilità per il lavoratore di reperire sul mercato un altro contraente ed i tempi occorrenti per una nuova collocazione⁽³⁹⁶⁾.

In tale prospettiva, nella verifica giudiziale compiuta sul caso concreto, poteva risultare agevole «comprendere [...] come non fosse facile trovare, ed in breve tempo, un posto di direttore di sede di un Istituto di credito, od altro consimile, perché notoriamente scarso è il numero dei posti in confronto dei concorrenti»⁽³⁹⁷⁾; non si stimava perciò equo *parificare* la posizione del direttore licenziato agli altri «subalterni, i quali con minori difficoltà potevano trovare altra idonea occupazio-

⁽³⁹¹⁾ App. Bologna, 14 luglio 1902, Comune di Bologna c. Stagni, cit., p. 53.

⁽³⁹²⁾ Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Aliforni Terni c. Franchini, cit., p. 468.

⁽³⁹³⁾ Richiamava l'applicazione di criteri di liquidazione ispirati a «giustizia ed equità» App. Palermo, 30 novembre 1888, Giunta c. Soc. Ferrovie di Sicilia, cit., I, c. 102 s.

⁽³⁹⁴⁾ App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736.

⁽³⁹⁵⁾ App. Venezia, 7 febbraio 1907, Rosa c. Sambonifacio, cit., pp. 391-393.

⁽³⁹⁶⁾ App. Milano, 27 gennaio 1905, Calzaturificio varesino c. Calimeri, in *Mon. trib.*, 1905, p. 370 s.; App. Palermo, 6 agosto 1894, Valentini c. Balsamo, in *La Legge*, 1894, II, p. 636. Per App. Roma, 2 maggio 1895, Genetouse e Petrucci c. Società anonima dell'Acqua Marcia, cit., p. 499, la valutazione doveva svolgersi anche «tenendo conto del servizio, più o meno lungo e lodevole, prestato dall'impiegato, e delle cause del suo licenziamento».

⁽³⁹⁷⁾ Cass. Roma, 11 dicembre 1899, Baracchi c. Credito Mobiliare, cit., p. 475.

ne» (398). Il concorso, nel *caso concreto*, di «condizioni straordinarie» che rendevano particolarmente pregiudizievole il licenziamento, facendo risultare, per «l'operaio licenziato, di gran lunga ridotta la probabilità di trovare reimpiego» (399), dovevano parimenti condurre ad un'equa valutazione del giudice, di guisa che ben poteva considerarsi *inadeguato* il risarcimento ragguagliato, secondo la consuetudine, alla durata del periodo di preavviso (400).

Perché i danni fossero «attribuiti con misura giusta ed equa» se ne consigliava perciò la «determinazione caso per caso, salvo che l'uso, il quale segue e fissa gli ammaestramenti della esperienza, non avesse dimostrato possibile in qualche località una determinazione uniforme» (401). L'indennità poteva quindi risultare diversa da quella stabilita dalla consuetudine (402), che poteva comunque costituire la *base* per la determinazione dell'indennità (403), poiché pareva «consentaneo a giustizia ed equità» che il lavoratore fosse «indennizzato di una cifra che fosse il risultato di un determinato tempo di stipendio, necessario appunto per trovare una adeguata posizione» (404).

Ai fini della liquidazione, si doveva dunque mirare all'accertamento del danno in concreto subito dal lavoratore, in relazione al quale rilevante poteva risultare la prova che questi avesse effettivamente reperito, o avrebbe potuto reperire, nel tempo corrispondente al preavviso, una nuo-

(398) Cass. Roma, 11 dicembre 1899, Baracchi c. Credito Mobiliare, cit., p. 475, che determinava in un anno di stipendio l'indennità da corrispondere all'attore, a fronte della consuetudine vigente, che stabiliva in tre mesi il termine ordinario di preavviso per gli impiegati del settore, cui avrebbe dovuto ordinariamente ragguagliarsi l'indennità.

(399) Prob. Milano, 19 marzo 1900, Mangiagalli c. Reina, cit., p. 778. *Equamente arbitrando*, determinavano l'indennità anche App. Genova, 3 luglio 1900, Dordelli c. "La Veloce", cit., p. 811.

(400) Anche Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855, riguardo all'indennità ammetteva la *facoltà* del giudice «di scemarne o di aumentarne l'ammontare, a seconda dell'elemento di colpa che sia entrato a provocare il licenziamento o d'altre speciali circostanze».

(401) Cass. Roma, 28 novembre 1889, Soc. Altiforni Terni c. Franchini, cit., p. 468.

(402) Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, cit., p. 985.

(403) App. Roma, 19 aprile 1901, Fabbri c. Roux e Sciarra, cit., p. 695.

(404) App. Palermo, 30 novembre 1888, Giunta c. Soc. Ferrovie di Sicilia, cit., I, c. 102 s.

va occupazione (405).

La liquidazione di un'indennità per *mancato* preavviso, non escludeva peraltro il risarcimento di eventuali maggiori danni che, per titoli diversi dalla violazione dell'obbligo del preavviso, fossero derivati al lavoratore. Si ammetteva perciò l'autonomo risarcimento del danno conseguente al licenziamento effettuato in dispregio del «criterio dell'anzianità dell'operaio» (406), al mancato rilascio del *benservito* (407), oppure provocato dall'*offesa all'onore*, derivante dal carattere *equivoco* della dichiarazione di recesso (408).

La giurisprudenza registrava peraltro la tendenza della pratica a configurare la liquidazione dell'indennità per mancato preavviso come obbligazione idonea a *surrrogare*, nelle determinazioni dell'autonomia privata, il preavviso stesso. Si dava infatti atto che «da giurisprudenza prevalente [...] riteneva che il conduttore, il quale licenziava il locatore d'opera, potesse sopperire alla mancanza di licenza in termini con un compenso pecuniario uguale a quello dovuto pel periodo di tempo che avrebbe dovu-

(405) Si leggano App. Milano, 16 settembre 1903, Ferrovie Nord-Milano c. Cerri, *Mon. trib.*, 1903, p. 951; App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450, e la nota redazionale a Prob. Milano, 18 marzo 1903, Belloni c. De Piaggi, cit., p. 715, che escludeva la sussistenza del danno, ed il conseguente diritto alla liquidazione dell'indennità, ove il lavoratore avesse trovato «subito un'occupazione anche più lucrosa». Per Cass. Napoli, 18 marzo 1916, Martino c. Compagnia vesuviana del gas, in *Foro it.*, 1916, c. 1233 s. (con nota adesiva di L. BARASSI) l'indennità per *ingiusto licenziamento* non poteva commisurarsi semplicemente sull'entità del corrispettivo percepito: «nella liquidazione dei danni per ingiusto licenziamento dovuti al locatore d'opera a tempo indeterminato deve detrarsi dal corrispettivo che egli percepiva per il lavoro prestato quanto avrebbe potuto verosimilmente guadagnare procurandosi altra qualsiasi occupazione dopo il licenziamento»; che significava valutazione dell'aggravamento del danno imputabile al danneggiato, espressamente considerato da Prob. Milano, 15 giugno 1903, Linari c. Gavazzi, cit., p. 756. Diversamente opinava App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 852 s., per la quale la liquidazione dell'indennità doveva avvenire «senza riguardo che il licenziato avesse trovato anche subito da locare altrove l'opera propria», adombrando così una componente sanzionatoria nell'indennità. Ma si veda, in proposito, la nota redazionale a Prob. Milano, 18 marzo 1903, Belloni c. De Piaggi, cit., p. 715, che riaffermando la natura risarcitoria dell'indennità per mancato preavviso, contesta che potesse trasformarsi nella pratica in «una multa penitenziale».

(406) Prob. Firenze, 18 aprile 1903, Becherini c. Bianchi, in *Mon. trib.*, 1904, p. 657 s.; cfr anche Prob. Firenze, 28 marzo 1903, Bertolozzi c. Ducci, *ivi*, p. 658.

(407) Prob. Milano, 11 gennaio 1899, Mariani e altri c. Fiocchi, cit., p. 137; Prob. Milano, 25 ottobre 1899, Colombo c. Ditta Martinengo & Tazzini, cit., p. 894; Prob. Milano, 28 ottobre 1903, Menelli c. Ditta vedova Porta, cit., p. 897.

(408) App. Milano 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 451.

to intercedere fra la licenza e il termine del contratto da preannunziarsi con essa»⁽⁴⁰⁹⁾. L'alternativa poteva risultava peraltro vantaggiosa sia per il lavoratore, che non dovendo effettuare la propria prestazione nel periodo del preavviso, avrebbe potuto più liberamente adoperarsi per il reperimento di una nuova occupazione, sia per il datore di lavoro, il quale, basandosi il rapporto di servizio sulla *fiducia*⁽⁴¹⁰⁾, poteva ritenere preferibile, per ragioni di opportunità, versare l'indennità e dare luogo al licenziamento immediato, anziché consentire la permanenza nell'azienda del lavoratore nel periodo del preavviso⁽⁴¹¹⁾.

In tal senso orientavano anche le attestazioni delle già richiamate *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opere*, deliberate dalla Camera di commercio di Milano⁽⁴¹²⁾, che all'art. III prevedevano che «la preventiva disdetta poteva essere sostituita da un compenso, corrispondente alle mensilità dovute all'agente per il periodo fissato per la disdetta», nelle varie ipotesi elencate nella disposizione, tra le quali figurava, alla lettera d), «ogni caso in cui il principale ravvisi opportuno di sciogliere immediatamente l'agente licenziato da ogni obbligo di prestazione d'opera».

L'indennità *sostitutiva* del preavviso (così denominata mutuando l'argomento lessicale offerto dai deliberati della Camera di commercio di Milano), che costituiva liquidazione prefissata dei danni, poteva perciò assumere «il carattere della *clausola penale impropria* nei sensi e per gli effetti degli articoli 1209, 1212, 1217 e 1230 del vigente codice»⁽⁴¹³⁾.

⁽⁴⁰⁹⁾ App. Bologna, 14 luglio 1902, Comune di Bologna c. Stagni, cit., p. 53. Cfr. anche Cass. Roma, 25 febbraio 1910, Seganti c. Società Alti Forni e Acciaierie di Terni, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 745.

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. Cass. Roma, 7 febbraio 1898, Megardi e Selti c. Canegallo, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, c. 553 s. e App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450.

⁽⁴¹¹⁾ Si veda App. Milano, 29 aprile 1905, Gramizzi c. Fratelli Bocconi, cit., p. 450, e il tenore dell'art. 11, comma terzo, del regolamento del personale della Ditta Bocconi riportato nella narrativa della sentenza: *Per questo termine di preavviso, qualora la Direzione non ritenga del caso che il licenziato lo compia in servizio, verrà pagato l'importo delle mensilità corrispondenti [...]*.

⁽⁴¹²⁾ Pubblicate in nota ad App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., cit., p. 289.

⁽⁴¹³⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 314. Cfr. però la nota redazionale a Prob. Milano, 18 marzo 1903, Belloni c. De Piaggi, cit., p. 715.

Art. 1209 c.c. *La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di una obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione.*

14. — La definizione di clausola penale impropria sembrava atteggiarsi con maggior precisione ad un altro fenomeno connesso al licenziamento intempestivo, stavolta con riguardo alla posizione dell'operaio che si dimetteva senza osservare i termini del preavviso.

Esaminato dall'angolo visuale del conduttore, il licenziamento del locatore con violazione dell'obbligo di preavviso dava luogo nella pratica a non poche perplessità: risultava infatti evidente che, considerata la pressoché generale impossibilità della *classe operaia* di fornire una garanzia patrimoniale per l'eventuale inadempimento delle proprie obbligazioni, assai esigue risultavano, per l'imprenditore, le prospettive di soddisfare il proprio credito derivante dalla violazione dell'obbligo di preavviso.

Ancora una volta, l'esperienza si connetteva al sistema ed offriva così un concreto strumento per la realizzazione del credito del conduttore: si rilevava infatti che, nella pratica, «l'industriale *soleva* pretendere dall'operaio, come condizione della di lui assunzione al lavoro, il deposito di una somma di denaro da esso industriale determinata [...], onde premunirsi in qualche modo nel caso d'inadempimento del contratto e specialmente per l'improvviso abbandono del posto di lavoro da parte dell'operaio»⁽⁴¹⁴⁾. Per evidenti esigenze pratiche, connesse alla fisiologica carenza di liquidità in cui versava il lavoratore, il deposito veniva dunque «fatto all'inizio di un contratto di lavoro»⁽⁴¹⁵⁾, mediante trattenuta operata sul salario.

La misura del deposito, il cui rilascio significava pertanto preconstituzione dell'indennità di licenziamento intempestivo in previsione di un eventuale inadempimento dell'obbligo di preavviso, si ragguagliava, secondo la consuetudine, alla mercede dovuta al lavoratore per il periodo di preavviso⁽⁴¹⁶⁾.

Art. 1212 c.c. *La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.*

Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per semplice ritardo.

⁽⁴¹⁴⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315.

⁽⁴¹⁵⁾ Prob. Milano, 10 maggio 1899, Bondioli c. Ditta A. Strauss, in *Mon. trib.*, 1899, p. 417.

⁽⁴¹⁶⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315; Prob. Milano (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855.

Il *deposito* costituiva dunque «un apprezzabile mezzo di risarcimento»⁽⁴¹⁷⁾ prefissato per garantire la soddisfazione dell'eventuale credito del datore di lavoro anche ove il lavoratore fosse insolubile, «materiale garanzia [della] regola» del preavviso, che «permetteva di eseguire le sentenze altrimenti destinate a rimanere lettera morta»⁽⁴¹⁸⁾.

Non si trattava peraltro di un mero espediente, poiché il sistema consentiva di enucleare il fondamento giuridico di una tale pratica: il deposito avveniva infatti «a titolo di caparra o multa»⁽⁴¹⁹⁾, ovvero di «cauzione»⁽⁴²⁰⁾; ma più propriamente si qualificava, in base al concreto atteggiarsi dell'esperienza, «clausola penale impropria»⁽⁴²¹⁾. Risultava infatti «consuetudine di ritenere compensato ogni danno di arbitrario licenziamento colla perdita della somma depositata, quando detto licenziamento provenga dall'operaio, e col dare invece il doppio di detta somma quando il licenziamento provenga dall'industriale»⁽⁴²²⁾.

IV

ECCEZIONI ALLA REGOLA DEL PREAVVISO

15. — Se il «licenziamento *ordinario*»⁽⁴²³⁾ presupponeva l'osservanza del preavviso, costituiva per la giurisprudenza indiscussa eccezione a tale regola la disciplina delle fattispecie nelle quali le ragioni del licenziamento riflettevano il comportamento del locatore d'opere. Fattispecie in rela-

⁽⁴¹⁷⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

⁽⁴¹⁸⁾ Prob. Milano, (industrie alimentari) in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855, che evidenziava anche una funzione *educativa* del principio sui cui si fondava il deposito, che avrebbe «inculcato altresì efficacemente il dovere in discorso nelle coscienze dei lavoratori, che meno inclinano a violarlo come loro piaccia di abbandonare li per li un'azienda».

⁽⁴¹⁹⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315.

⁽⁴²⁰⁾ Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714.

⁽⁴²¹⁾ Prob. Milano, 10 maggio 1899, Bondioli c. Ditta A. Strauss, cit., p. 417. Si veda, perfettamente in termini, Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315.

⁽⁴²²⁾ Prob. Milano, 29 marzo 1899, Gatti c. Bonacina, cit., p. 315; Prob. Milano, 10 maggio 1899, Bondioli c. Ditta A. Strauss, cit., p. 417; Prob. Milano, 11 febbraio 1902, Maina c. Grechi, in *Mon. trib.*, 1902, p. 512; Prob. Milano, 17 maggio 1902, Baldelli c. Ditta Capretti & C., cit., p. 714; Prob. Milano, 4 novembre 1903, Rigamonti c. Breda, *ivi*, 1903, p. 576.

⁽⁴²³⁾ Prob. Milano, 18 maggio 1903, Premoli c. Locatelli, cit., 1904, p. 138.

zione alle quali, nella determinazione del conduttore di recedere dal rapporto, «concorrevano motivi di tale gravità da legittimare [il licenziamento] "in tronco"»⁽⁴²⁴⁾, detto anche *repentino*⁽⁴²⁵⁾.

Con tale locuzione, ora acquisita al lessico peculiare del rapporto di lavoro, si indicava dunque il licenziamento riconducibile, sotto il profilo eziologico, al locatore medesimo e che avveniva pertanto «immediatamente, senza alcun indennizzo»⁽⁴²⁶⁾, mediante una dichiarazione di recesso che determinava con effetto immediato lo scioglimento del rapporto, sollevando il recedente dall'obbligo del preavviso.

La giurisprudenza vagliava attentamente le singole fattispecie, registrando una casistica multiforme e variegata in relazione alle ragioni del licenziamento, nella quale non sempre netto risultava lo spartiacque tra licenziamento immediato con esonero dal preavviso, in quanto sorretto da *giusta causa*⁽⁴²⁷⁾, *giusti motivi*⁽⁴²⁸⁾, *gravi ragioni*⁽⁴²⁹⁾, *congrui motivi*⁽⁴³⁰⁾ o *gravi motivi*⁽⁴³¹⁾, e licenziamento *ingiusto*⁽⁴³²⁾.

Le pronunce della magistratura ordinaria e dei Provisori individuavano perciò, nel paragone della lite, i comportamenti del lavoratore che in concreto legittimavano il suo licenziamento *in tronco*.

L'elenco che ne risultava si mostrava peraltro convergente con quello che la Camera di commercio di Milano si era affrettata a compilare, per gli *impiegati di commercio*, all'art. IV delle *Norme relative alla risoluzione del*

⁽⁴²⁴⁾ Prob. Milano, 18 maggio 1903, Premoli c. Locatelli, cit., 1904, p. 138. Denominavano *in tronco* il licenziamento immediato anche Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, cit., p. 984. Cfr. Pret. Milano 8 marzo 1910, Redaelli c. Fabbrica Italiana Calzature Piatti, cit., p. 415.

⁽⁴²⁵⁾ Cass. Torino, 16 dicembre 1899, Oberti c. Ditta Fratelli Campanelli, cit., p. 183; App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

⁽⁴²⁶⁾ Cass. Roma, 7 febbraio 1898, Megardi e Selti c. Canegallo, cit., c. 553 s.

⁽⁴²⁷⁾ Cass. Torino, 16 dicembre 1899, Oberti c. Ditta Fratelli Campanelli, in *Mon. trib.*, 1900, p. 183.

⁽⁴²⁸⁾ App. Milano, 19 luglio 1899, De Magistris c. Luini, in *Mon. trib.*, 1899, p. 209 s.; Cass. Napoli, 6 maggio 1905, Torre c. Oliva, cit., p. 984; Cass. Roma, 29 aprile 1905, Ferri c. Doria-Pamphilj, in *Mon. trib.*, 1905, p. 931 s.

⁽⁴²⁹⁾ App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s.

⁽⁴³⁰⁾ App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736.

⁽⁴³¹⁾ Prob. Milano, 18 maggio 1903, Premoli c. Locatelli, cit., p. 138. Motivi «seri e gravi» richiedeva App. Catania, 20 giugno 1904, Starabba di Rudini c. Ferrari, cit., p. 736.

⁽⁴³²⁾ Cass. Roma, 29 aprile 1905, Ferri c. Doria-Pamphilj, cit., p. 931 s.

contratto di locazione d'opere ⁽⁴³³⁾, che legittimava il licenziamento immediato del dipendente che si fosse reso «colpevole di infedeltà ⁽⁴³⁴⁾, di abuso di fiducia, di insubordinazione ⁽⁴³⁵⁾, di rifiuto di obbedienza ⁽⁴³⁶⁾, di gravi offese alla dignità e all'onore del principale» ⁽⁴³⁷⁾.

Accanto a tali ipotesi, che si connettevano tutte all'elemento della *fiducia personale* ⁽⁴³⁸⁾, su cui si fondava il rapporto di servizio, altre se ne enucleavano dall'esperienza, sotto il comune denominatore del carattere sanzionatorio e disciplinare del provvedimento ⁽⁴³⁹⁾. Si ammetteva quindi il licenziamento in tronco per «rivalità di interessi» ⁽⁴⁴⁰⁾; per «concorrenza» ⁽⁴⁴¹⁾; per «ubriachezza abituale» ⁽⁴⁴²⁾; per «scorrettezza di condotta» ⁽⁴⁴³⁾; per «percosse [...] verso un compagno di lavoro» ⁽⁴⁴⁴⁾; per «volontaria assenza dal lavoro» ⁽⁴⁴⁵⁾; per «abbandono del posto di

⁽⁴³³⁾ Art. IV delle *Norme relative alla risoluzione del contratto di locazione d'opere*, deliberate dalla Camera di Commercio di Milano il 25 settembre 1893, pubblicate in nota ad App. Milano, 28 dicembre 1898, Denna Carlo c. Ditta Giovanni Castiglioni & C., cit., p. 289.

Il contratto di locazione d'opera potrà essere risolto dal principale — senz'uso di preventiva dedetta o di corresponsione di compenso, naturalmente, senza pregiudizio dell'eventuale diritto del principale di promuovere azione giudiziaria in base alle speciali disposizioni del codice penale — nei casi in cui l'agente si renda colpevole di infedeltà, di abuso di fiducia, di insubordinazione, di rifiuto di obbedienza, di gravi offese alla dignità ed all'onore del principale.

Di indentico tenore risultava la *norma* deliberata dalla camera di Commercio di Firenze nel 1895, citata da App. Lucca, 10 dicembre 1903, Krueger c. Ditta Spinelli, cit., p. 190 s., che indicava come tassativo l'elenco, ivi contenuto, degli addebiti sanzionabili con il licenziamento *in tronco*.

⁽⁴³⁴⁾ Cfr. Cass. Roma, 7 febbraio 1898, Megardi e Selti c. Canegallo, cit., c. 553 s.

⁽⁴³⁵⁾ Cfr. Prob. Milano, 4 dicembre 1902, Buraglio c. Erba, in *Mon. trib.*, 1904, p. 116.

⁽⁴³⁶⁾ Cfr. Prob. Milano, 2 dicembre 1902, Bodina c. Agosta, in *Mon. trib.*, 1904, p. 98.

⁽⁴³⁷⁾ Cfr. App. Torino, 22 ottobre 1878, Comunità di Ruglio c. Oggeri, in *Form it.*, 1879, I, cc. 62-66.

⁽⁴³⁸⁾ Cass. Roma, 7 febbraio 1898, Megardi e Selti c. Canegallo, cit., c. 553 s.

⁽⁴³⁹⁾ Al «castigo del licenziamento» alludeva Prob. Milano, 4 dicembre 1902, Buraglio c. Erba, in *Mon. trib.*, 1904, p. 116.

⁽⁴⁴⁰⁾ Cass. Roma, 7 febbraio 1898, Megardi e Selti c. Canegallo, cit., c. 553 s.

⁽⁴⁴¹⁾ Prob. Milano, 25 maggio 1903, Brianza c. Grancini, cit., p. 237 s., che però escludeva la sussistenza nella fattispecie di una giusta causa di licenziamento.

⁽⁴⁴²⁾ Cfr. Prob. Milano, 4 dicembre 1902, Buraglio c. Erba, cit., p. 116.

⁽⁴⁴³⁾ Prob. Roma, 28 aprile 1903, Bonfigli c. Impresa Borrelli, cit., p. 815.

⁽⁴⁴⁴⁾ App. Milano, 12 luglio 1905, Berrettini c. Mornaghini, in *Mon. trib.*, 1905, p. 598.

⁽⁴⁴⁵⁾ Cass. Firenze, 29 dicembre 1892, Audenino c. Cotonificio veneziano, cit., c. 1170 s., che desumeva da tale comportamento la volontà nel lavoratore di recedere a sua volta dal contratto, connettendo così lo scioglimento del rapporto al *mutuo dissenso*

lavoro» ⁽⁴⁴⁶⁾.

Si ammetteva parimenti il licenziamento immediato con esonero dal preavviso nell'ipotesi di «sopravvenuta incapacità al lavoro» ⁽⁴⁴⁷⁾; di «imperizia assoluta» intesa come «incapacità tecnica» ⁽⁴⁴⁸⁾.

La già vasta fenomenologia del licenziamento immediato rilevata dalla giurisprudenza, prevalentemente probivirale, si completava poi con le specifiche previsioni rimesse all'autonomia negoziale, che si manifesta, oltre che nei singoli contratti, attraverso i *regolamenti di azienda*. Ribadendo «il carattere di condizioni contrattuali delle norme» ⁽⁴⁴⁹⁾ contenute in detti regolamenti, in quanto *notificate* al dipendente al momento dell'assunzione e da questi accettate, si affermava la tassatività delle ipotesi di licenziamento immediato «in detto regolamento contemplate» ⁽⁴⁵⁰⁾.

16. — Eucleati in termini positivi i comportamenti che legittimavano il recesso immediato, la giurisprudenza distingueva quindi le ipotesi in cui il licenziamento, alla luce dell'attività istruttoria espletata nel giudizio, risultava *ingiusto* (ovvero *ingiustificato* ⁽⁴⁵¹⁾ o *arbitrario* ⁽⁴⁵²⁾).

Si dichiarava così *ingiusto* il licenziamento «avvenuto senza sufficiente

piuttosto che al recesso unilaterale del conduttore. Cfr. anche Prob. Milano, 27 giugno 1903, Gelmuzzi c. Ditta Fratelli Zocchi, in *Mon. trib.*, 1904, p. 216.

⁽⁴⁴⁶⁾ App. Milano, 27 gennaio 1905, Calzaturificio varesino c. Calimeri, in *Mon. trib.*, 1905, p. 370 s.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cass. Palermo, 26 giugno 1902, Società Siciliana dei LL.PP. c. Durante, in *Mon. trib.*, 1903, p. 682 s.

⁽⁴⁴⁸⁾ Prob. Milano, 27 ottobre 1903, Marzatico c. Carminati, in *Mon. trib.*, 1904, p. 78.

⁽⁴⁴⁹⁾ App. Milano, 28 aprile 1891, Monticelli c. Banca Nazionale, in *Mon. trib.*, 1892, p. 244 s. Cfr. anche la sentenza emessa a seguito del ricorso per cassazione proposto dalla Banca Nazionale, Cass. Torino, 24 febbraio 1892, Banca Nazionale c. Monticelli, *ivi*, 1892, p. 237 s., che rigettava il ricorso.

⁽⁴⁵⁰⁾ App. Milano, 28 aprile 1891, Monticelli c. Banca Nazionale, in *Mon. trib.*, 1892, p. 244 s. Cfr. anche Cass. Torino, 24 febbraio 1892, Banca Nazionale c. Monticelli, in *Mon. trib.*, 1892, p. 237 s. Si veda però Prob. Milano (industrie alimentari), in funzione d'arbitro, 21 agosto 1901, Operai panettieri c. Proprietari di forni di Monza, cit., p. 855, che al contrario dichiarava che «le cause legittimanti l'immediato licenziamento», previste nel lodo, erano «enumerata in via di esempio e non tassativamente».

⁽⁴⁵¹⁾ App. Roma, 22 dicembre 1903, Società romana Tramways c. Porilli, in *Il contratto di lavoro*, 1904, pp. 92-94.

⁽⁴⁵²⁾ App. Milano, 4 novembre 1880, Società ferrovie Alta Italia c. Giacomuzzi, cit., c. 70 s.

motivo»⁽⁴⁵³⁾ o risultato «capriccioso senza legittima causa»⁽⁴⁵⁴⁾; ed anche il licenziamento intervenuto per incapacità tecnica conosciuta dal conduttore al momento dell'assunzione⁽⁴⁵⁵⁾; per «rappresaglia»⁽⁴⁵⁶⁾; per «malattia», qualificata come *forza maggiore*⁽⁴⁵⁷⁾; per «sospetto di partecipazione ad un reato»⁽⁴⁵⁸⁾; per *pretesa* «incompatibilità»⁽⁴⁵⁹⁾; per partecipazione ad uno sciopero⁽⁴⁶⁰⁾.

Ricorrendo queste ipotesi, il lavoratore ingiustamente licenziato risultava legittimato ad ottenere il risarcimento del danno, commisurato all'indennità di licenziamento intempestivo.

Sullo stesso piano, la giurisprudenza collocava gli effetti del licenziamento che fosse conseguito a vicende particolari dell'azienda: seppure queste risultavano incidenti sul rapporto di servizio, se ne contestava l'idoneità a costituire giusta causa di licenziamento immediato, obbligando perciò al risarcimento del danno.

Si negava quindi al conduttore l'esonero dal termine di preavviso nelle ipotesi, in cui il licenziamento del locatore fosse dipeso dalla necessità «di ridurre il personale» per «mancanza»⁽⁴⁶¹⁾ o diminuzione del lavoro»⁽⁴⁶²⁾; dal ridimensionamento dell'azienda⁽⁴⁶³⁾; dalla riconversione del-

⁽⁴⁵³⁾ App. Milano, 4 novembre 1880, Società ferrovie Alta Italia c. Giacomuzzi, cit., c. 72.

⁽⁴⁵⁴⁾ App. Milano, 14 settembre 1897, Oriani c. Pasinetti, cit., p. 853.

⁽⁴⁵⁵⁾ App. Catania, 27 febbraio 1899, Belluschi c. Ragusa, in *Mon. trib.*, 1900, p. 29 s.

⁽⁴⁵⁶⁾ Prob. Milano, 20 dicembre 1901, Figini c. Fumagalli, in *Mon. trib.*, 1902, p. 115. Cfr anche Prob. Milano, 19 marzo 1900, Mangiagalli c. Reina, cit., p. 778.

⁽⁴⁵⁷⁾ Prob. Milano, 15 gennaio 1902, Galbiati c. Dainoni-Maraviglia, cit., p. 337.

⁽⁴⁵⁸⁾ Prob. Milano, 10 maggio 1903, Pasini c. Samarani, in *Mon. trib.*, 1904, p. 156 s.; cfr. anche la conforme pronuncia di Prob. Milano, 17 luglio 1903, Limito c. Fraschini, *ivi*, p. 97.

⁽⁴⁵⁹⁾ App. Napoli, 14 luglio 1897, Società generale per la illuminazione elettrica c. Ing. Luigi Cauro, cit., p. 137.

⁽⁴⁶⁰⁾ Sugli effetti dello sciopero sul rapporto individuale di lavoro si vedano le osservazioni di cui al successivo § 17.

⁽⁴⁶¹⁾ App. Roma, 21 giugno 1892, De Angelis c. Società italiana per condotte di acqua, cit., I, c. 982 s.; cfr. anche Prob. Milano, 21 settembre 1898, Berra e Gerli c. "Union des Gas", cit., p. 197.

⁽⁴⁶²⁾ Prob. Milano, 3 maggio 1902, Calvi c. Società italiana degli Alcools, in *Mon. trib.*, 1902, p. 657 s.; cfr. anche Prob. Milano, 22 gennaio 1913, Summonte c. Bonelli, in *Riv. dir. comm.* 1913, II, p. 494 s.

⁽⁴⁶³⁾ App. Genova, 3 luglio 1900, Dordelli c. "La Veloce", in *Mon. trib.*, 1900, p. 811 s.

l'attività aziendale⁽⁴⁶⁴⁾; dallo stato di liquidazione dell'azienda⁽⁴⁶⁵⁾.

17. — Nel suo celebre *Dizionario della lingua italiana*, il Tommaseo definiva lo sciopero quale «voce pur troppo viva, di lavoranti che smettono le opere consuete per forzare chi paga la mercede ad aumentarla»⁽⁴⁶⁶⁾. La valutazione di sottile riprovazione, che traspare dalle parole dell'insigne letterato e linguista verso il comportamento dei lavoratori, che con lo strumento dello sciopero *forzavano* le regole del rapporto tra *capitale e lavoro*, doveva risultare diffusa anche tra la magistratura ordinaria, che non si esimeva dal giudicare severamente quella «devata di scudi di massa», i cui tratti ben descriveva la metafora della «diserzione», che gli operai ponevano in essere «per lavorare a diverse condizioni contrattuali»⁽⁴⁶⁷⁾.

Sulla base di tali premesse, non poteva dunque meravigliare il corollario che taluni imprenditori facevano conseguire, sul piano giuridico, alla fattispecie dello «abbandono collettivo»⁽⁴⁶⁸⁾ del lavoro, quali che fossero le ragioni che lo determinavano: affermando «essere un insano pregiudizio il credere [...] che debba sempre giudicarsi contrattualmente legittimo lo inadempimento agli obblighi da parte del lavoratore, solo perché esso avvenga collettivamente anziché individualmente», si statuiva che lo sciopero «costituiva sempre una insecuzione dell'obbligo fondamentale imposto all'operaio», un inadempimento contrattuale, e perciò «non poteva non condurre allo scioglimento del contratto da parte del conduttore»⁽⁴⁶⁹⁾. Si sosteneva così la legittimità del licenziamento immediato dei

⁽⁴⁶⁴⁾ Prob. Milano, 11 marzo 1903, Brondoni c. Monti, in *Mon. trib.*, 1903, p. 252.

⁽⁴⁶⁵⁾ Cass. Roma, 11 dicembre 1899, Baracchi c. Credito Mobiliare, cit., p. 475.

⁽⁴⁶⁶⁾ N. TOMMASEO e B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, terza ristampa, Torino, UTET, 1916, vol. VI, voce *Sciopero*, p. 664.

⁽⁴⁶⁷⁾ Trib. Roma, 5 maggio 1908, Finestauri c. Società romana tramways-omnibus, in *Ginn. it.*, 1908, I, 2, c. 582 s. L'istruttiva vicenda processuale dell'operaio meccanico Augusto Finestauri, dipanata attraverso varie pronunce giudiziali ed imperniata sui problemi relativi agli effetti dello sciopero come fatto collettivo sul contratto di lavoro individuale, è ricostruita da S. CAPRIOLI, *La malattia di Augusto Finestauri*, in *Scritti in onore di Elio Fazzolari*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. I, p. 155 s.

⁽⁴⁶⁸⁾ Trib. Roma, 5 maggio 1908, Finestauri c. Società romana tramways-omnibus, cit., c. 584.

⁽⁴⁶⁹⁾ Trib. Roma, 5 maggio 1908, Finestauri c. Società romana tramways-omnibus, cit., c. 584 e 585, che motiva argomentando con Prob. Venezia, 28 marzo 1908, in *Il contratto di lavoro*, 1908, p. 105.

lavoratori scioperanti, in ciò confortati, senza eccessivo approfondimento critico in ordine alla effettiva imputabilità dell'inadempimento, dallo «aforisma *inadimplenti non est adimplendum*», ovvero da variegati argomenti di analogia ⁽⁴⁷⁰⁾.

È evidente a questo punto come vicende collettive collegate al contratto di locazione d'opere finivano con l'incidere in concreto sul rapporto individuale, ponendosi come causa estintiva dello stesso.

Un maggiore approfondimento, pur doveroso, di tali problematiche in questo studio comporterebbe un inevitabile spostamento della prospettiva di indagine, sin qui orientata verso i profili individuali del rapporto di lavoro. Rinviando perciò ad altra sede una più puntuale trattazione, basterà qui segnalare come risulterà, ancora una volta, compito dei Proviviri attendere alla corretta ricostruzione del fenomeno sciopero, sulla base di una rigorosa esegesi delle norme civilistiche disciplinanti il contratto e la sua risoluzione.

Muovendo da una puntuale descrizione del fenomeno attenta ai profili funzionali dello stesso, si definiva lo sciopero come «astensione collettiva e volontaria dal lavoro [...] preordinata a fini e scopi inerenti alle condizioni del lavoro» ⁽⁴⁷¹⁾, così immediatamente chiarendo la «aperta opposizione» della volontà espressa dai lavoratori scioperanti «con l'idea di recedere dal rapporto di servizio»: si sottolineava infatti che «do sciopero non solo non tendeva a rompere il rapporto di servizio, ma [...] anzi tendeva a consolidarlo mediante nuove provvidenze complementari» ⁽⁴⁷²⁾. Lo sciopero confluiva dunque nella *struttura* nel rapporto, divenendo momento fisiologico dello stesso, in quanto finalizzato alla eliminazione, mediante pattuizioni integrative, di «uno squilibrio degli interessi», che fosse venuto a determinarsi tra i contraenti ⁽⁴⁷³⁾.

Ove sorretto dal perseguimento delle finalità descritte, lo sciopero,

⁽⁴⁷⁰⁾ Trib. Roma, 5 maggio 1908, Finestauri c. Società romana tramways-omnibus, cit., c. 585.

⁽⁴⁷¹⁾ Prob. Milano, 31 luglio 1901, Sacchi c. Ditta Arturo Faber & C., in *Mon. trib.*, 1901, p. 638. Si vedano anche Prob. Milano, 3 settembre 1901, Beretta c. Pagani, *ivi*, p. 795 e Prob. Milano, 18 dicembre 1901, Società Anonima Cooperativa fra i Prestinai per la Fabbricazione del pane di lusso c. Erpi e Carassi, *ivi*, 1902, p. 256.

⁽⁴⁷²⁾ Prob. Milano, 31 luglio 1901, Sacchi c. Ditta Arturo Faber & C., cit., p. 638.

⁽⁴⁷³⁾ Prob. Milano, 31 luglio 1901, Sacchi c. Ditta Arturo Faber & C., cit., p. 638.

in quanto mera «sospensione temporanea nella prestazione del lavoro», non legittimava perciò il conduttore alla risoluzione del contratto. Sul piano esegetico, si puntualizzava, peraltro, che pur essendo implicita nel contratto di locazione d'opere, in quanto contratto a prestazioni corrispettive, una clausola risolutiva, anche qualora lo sciopero non avesse trovato «la sua giustificazione nel fatto dello stesso imprenditore» ⁽⁴⁷⁴⁾, in nessun caso poteva ritenersi il contratto «sciolto di pien diritto», dovendo la risoluzione, per il dettato dell'art. 1165 c.c., essere comunque «domandata al magistrato competente» ⁽⁴⁷⁵⁾, il quale solo «aveva facoltà e veste per pronunciare nei congrui casi la risoluzione del contratto» ⁽⁴⁷⁶⁾.

Ricondotto nell'alveo del contratto, il fenomeno sciopero ne condivideva, per i Proviviri, la fondamentale garanzia statutaria della libertà di contrattazione (art. 26 Stat.), con la quale concorreva quella della libertà di associazione (art. 24 Stat.); e non si esitava a qualificare lo sciopero «inteso ad ottenere l'osservanza od il miglioramento del contratto di lavoro» come un «diritto senza del quale il contratto di salario è imperfetto, perché verrebbe a mancare la parità fra i due contraenti» ⁽⁴⁷⁷⁾, e addirittura un «obbligo» ⁽⁴⁷⁸⁾, trovando lo sciopero il suo «ragionevole fondamento in una larga valutazione dei comuni interessi, di cui non poteva disconoscersi la legittimità» ⁽⁴⁷⁹⁾. E non deve meravigliare se l'elaborazione dei Proviviri in materia di sciopero troverà proprio con Redenti una suggestiva ed al tempo stesso rigorosa sintesi nella «libertà di sciopero» ⁽⁴⁸⁰⁾, che ben poteva collocarsi tra i diritti soggettivi, configurandosi come «diritto soggettivo c.d. di libertà» ⁽⁴⁸¹⁾.

⁽⁴⁷⁴⁾ Prob. Milano, 31 luglio 1901, Sacchi c. Ditta Arturo Faber & C., cit., p. 638.

⁽⁴⁷⁵⁾ Prob. Milano, 3 settembre 1901, Beretta c. Pagani, cit., p. 795.

⁽⁴⁷⁶⁾ Prob. Milano, 31 luglio 1901, Sacchi c. Ditta Arturo Faber & C., cit., p. 638.

⁽⁴⁷⁷⁾ Prob. Milano, 3 settembre 1901, Beretta c. Pagani, cit., p. 795.

⁽⁴⁷⁸⁾ Prob. Milano, 18 dicembre 1901, Società Anonima Cooperativa fra i Prestinai per la Fabbricazione del pane di lusso c. Erpi e Carassi, cit., p. 257 con riferimento espresso allo sciopero di solidarietà.

⁽⁴⁷⁹⁾ Prob. Milano, 18 dicembre 1901, Società Anonima Cooperativa fra i Prestinai per la Fabbricazione del pane di lusso c. Erpi e Carassi, cit., p. 257.

⁽⁴⁸⁰⁾ E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei proviviri* [Roma 1906], Torino 1992, p. 38 e p. 156.

⁽⁴⁸¹⁾ E. REDENTI, *Sul diritto di sciopero e sul concetto di interesse professionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, p. 27 s.

*

18. — Per stringere le fila di questa indagine, non resta che verificare, alla luce dei dati che ne sono risultati, quanto della disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, contenuta negli attuali art. 2118 e 2119 c.c. ⁽⁴⁸²⁾, possa effettivamente considerarsi *originale* elaborazione del legislatore del 1942, riconducibile all'ideologia corporativa ⁽⁴⁸³⁾. La semplice lettura dei dati testuali, paragonati ai risultati della presente ricerca, rivela come la codificazione delle norme sul recesso dal rapporto di lavoro costituisca in realtà una sorta di *consolidazione* ⁽⁴⁸⁴⁾ delle regole che la giurisprudenza, soprattutto probivirale, aveva enucleato dal sistema delle norme vigenti, delineando, attraverso una stratificazione d'esperienze, spesso supportate da una convergente elaborazione dottrinale, ma essenzialmente maturate nel dibattito giudiziale a partire dall'unificazione, una compiuta disciplina giuridica del fenomeno, che attendeva solo di essere tradotta in legge dello Stato.

Sotto tale profilo, i non pochi tentativi di dotarsi, tra un secolo e l'altro, di una disciplina legislativa organica del *contratto di lavoro* si leggono, oltre che come conferma della sentita esigenza di poter attingere ad una regolamentazione normativa univoca ed uniforme per un contratto che rivendicava ormai un ruolo fondamentale, non solo sul piano giuridi-

⁽⁴⁸²⁾ Art. 2118 c.c. Recesso dal contratto a tempo indeterminato. *Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità.*

In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso.

La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro.

Art. 2119 c.c. Recesso per giusta causa. *Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente.*

Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda.

⁽⁴⁸³⁾ Si veda l'*Avvertenza* Fini e limiti dell'indagine, sopra, nt. 2.

⁽⁴⁸⁴⁾ Si dice qui consolidazione, accantonando le recenti polemiche sui tratti distintivi fra codificazione e consolidazione.

co ma anche sociale, come consapevolezza che tali regole, attraverso l'esperienza, già risultavano.

Converrà condurre una breve indagine in tal senso, per individuare se in che misura tali precedenti siano confluiti come componenti dell'attuale disciplina codicistica.

Risale al 1902 un *Disegno di legge sul contratto di lavoro* del Guardasigilli Cocco-Ortu ⁽⁴⁸⁵⁾, che prevedeva una dettagliata disciplina del recesso dal rapporto di lavoro, e dichiaratamente attingeva alle regole enucleate dalla giurisprudenza, fuggendo in proposito ogni dubbio di *paternità*:

«la giurisprudenza dei tribunali ordinari e dei Collegi dei probi-viri offre [...] un contributo [...] prezioso. Molte sentenze della magistratura, gettano fasci di luci sui più importanti temi del contratto di lavoro, quali [...] il licenziamento e soprattutto i moti-

⁽⁴⁸⁵⁾ *Disegno di legge presentato dal ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Cocco-Ortu) di concerto col ministro di agricoltura, industria e commercio (Bacelli), presentato alla Camera nella seduta del 26 novembre 1902, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Legislatura XXI, 2ª sessione 1902-1904, n. 205. La relazione ministeriale al disegno di legge dava atto che sin dagli anni 1893-1894 era stata istituita un'apposita commissione «coll'incarico di studiare le modificazioni da introdurre nel diritto vigente in ordine ai contratti agrari e al contratto di lavoro» (cfr. *Relazione ministeriale, Atti parlamentari*, cit., n. 205, p. 1).*

Nel disegno di legge, si occupava in particolare della facoltà di recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato l'art. 35 (*Quando il contratto è concluso senza determinazione di tempo, ciascuna delle parti ha diritto di scioglierlo, mediante disdetta all'altra parte. // Nella convenzione o nei regolamenti di lavoro può stabilirsi un termine speciale di disdetta, purché non sia inferiore a quello fissato dagli usi o dalle consuetudini e sia uguale per entrambe le parti. // In mancanza di patto e di norme nei regolamenti o di usi e consuetudini, il termine per la disdetta non può essere minore di otto giorni, e di due mesi, quando il lavoratore presta la sua opera da oltre due anni. // La disdetta deve essere data in giorno di sabato, salvo consuetudini diverse.*)

Disciplinava il licenziamento immediato l'art. 37 (*Il contratto di lavoro può essere risolto prima del tempo fissato senza disdetta, se vi sono giusti motivi*), cui seguiva, agli artt. 38 e 39, l'elencazione dei giusti motivi per il recesso senza disdetta rispettivamente per l'imprenditore e per il lavoratore. Il licenziamento intempestivo trovava regolamentazione all'art. 40 (*La parte che, senza giusti motivi, omette la disdetta o la dà fuori termine, deve pagare all'altra parte a titolo di danni una somma ragguagliata alla metà della retribuzione media che il lavoratore interessato avrebbe guadagnato in un periodo di tempo, uguale al termine fissato per la disdetta*). L'art. 43 legittimava infine il risarcimento di eventuali ulteriori danni, dei quali fosse fornita la prova (*Oltre ai danni indicati negli articoli precedenti, sono dovuti quelli maggiori di cui si fornisca la prova*).

Per valutazioni, anche comparativistiche, sul disegno di legge, si veda F. CARNE-LUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 275 s.

vi e i danni di esso»⁽⁴⁸⁶⁾.

Si doveva a ragioni di opportunità se nel Codice Civile per la colonia Eritrea, approvato con r.d. 28 giugno 1909, n. 589, la disciplina della locazione d'opere ivi accolta risultava modellata su quella del codice Pisanelli⁽⁴⁸⁷⁾ e nulla sembrava recepire dei *progressi* portati dall'esperienza giuridica in quella materia. Ma la relazione⁽⁴⁸⁸⁾ di Vittorio Scialoja, che presiedeva la Commissione incaricata della redazione di quel codice, non lasciava dubbi circa il carattere strumentale della scelta operata, misurata sulla diversa condizione, giuridica e sociale, dei *sudditi coloniali*⁽⁴⁸⁹⁾ e sui diversi caratteri che dominavano i rapporti economici in *colonia*:

«nel titolo della locazione d'opera dovrebbe trovar posto adeguato il regolamento del contratto di lavoro. Ma le disposizioni a questo relative non possono essere dettate senza una conoscenza perfetta delle condizioni locali, e devono potersi mutare facilmente in relazione al mutamento delle condizioni economiche. Molti principi ormai fondamentali presso di noi potrebbero non essere applicabili nella colonia senza gravi perturbamenti economici, capaci di ostacolare perfino lo sviluppo della vita coloniale e di arrestarne le industrie. Parve quindi opportuno di non dettare particolari discipline in proposito, ma di limitarsi a stabilire che le norme relative al contratto di lavoro dovranno essere determinate con speciali disposizioni (art. 1658)»⁽⁴⁹⁰⁾.

Non è chi non veda, infine, quanta parte della disciplina del contratto di lavoro elaborata dalla Commissione Reale per la riforma dei Codici nella redazione del Progetto italofrancese per la formazione di un codice unico delle obbligazioni e dei contratti⁽⁴⁹¹⁾, sia divenuta componente de-

⁽⁴⁸⁶⁾ Relazione ministeriale, cit., p. 4.

⁽⁴⁸⁷⁾ Si vedano in particolare gli art. 1579, 1581, 1638, 1639, 1658 c.c. per la Colonia Eritrea.

⁽⁴⁸⁸⁾ Relazione sul Codice civile per la Colonia Eritrea, ristampata in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. IV, parte II, Roma, 1933, p. 166 s.

⁽⁴⁸⁹⁾ Così qualificava gli indigeni l'art. 1 c.c. per la Colonia Eritrea. Cfr. Relazione sul Codice civile per la Colonia Eritrea, cit., p. 170.

⁽⁴⁹⁰⁾ Relazione sul Codice civile per la Colonia Eritrea, cit., p. 182. Art. 1658 c.c. per la Colonia Eritrea *Con speciali disposizioni saranno stabilite le ulteriori norme relative al contratto di lavoro, in particolar modo per regolare i rapporti tra operai e imprenditori, per disciplinare il contratto collettivo di lavoro e per costituire, ove occorra, organi appositi destinati alla soluzione delle controversie riguardanti tali materie.*

⁽⁴⁹¹⁾ Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti* - Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927 - Anno VI, Roma, 1928.

gli art. 2118 e 2119 c.c. del 1942⁽⁴⁹²⁾. Un commento di queste norme, se non vorrà rimanere tributario della rappresentazione dominante e se non vorrà leggere i precetti con le lenti imposte dal guardasigilli⁽⁴⁹³⁾, dovrà prendere le mosse da una stratigrafia puntigliosa di esse. L'apporto dell'esperienza formatasi sui due codici dell'unificazione, come nascosto dalle altisonanti parole della retorica ministeriale, merita di tornare in luce.

⁽⁴⁹²⁾ Si vedano, con riguardo al licenziamento gli art. 510, 511 e 512 del Progetto:

Art. 510 *Il contratto di lavoro fatto senza determinazione di tempo può cessare per volontà di una delle parti contraenti. // Tuttavia lo scioglimento del contratto per volontà di uno solo dei contraenti può dar luogo al risarcimento dei danni nonostante qualsiasi patto contrario. // Per stabilire l'indennità che debba essere eventualmente accordata, si tiene conto degli usi, della natura e della durata dei servizi prestati, delle ritenute fatte e dei versamenti effettuati per una pensione di riposo, e, in generale, di tutte le circostanze che possono giustificare l'esistenza e determinare l'entità dei danni cagionati.*

Art. 511 *Chi vuole risolvere il contratto deve rispettare, sotto pena d'indennità, il termine di preavviso stabilito dalla legge o dall'uso o che sia necessario secondo la natura dei servizi. // L'indennità consiste per il lavoratore nei compensi che egli avrebbe percepito dall'opera sua durante il termine di preavviso.*

Art. 512 *Quando sussistono giusti motivi a carico di uno dei contraenti, l'altro ha facoltà di risolvere il contratto di locazione senza preavviso, o, in caso di contratto a tempo determinato, prima della scadenza.*

⁽⁴⁹³⁾ Si veda, di nuovo, l'Avvertenza sulla nt. 2.

ANTONIO BARTOLINI

LE FONDAZIONI BANCARIE E GLI INTERVENTI
NEI SETTORI DI PUBBLICA UTILITÀ ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Gli interventi delle fondazioni straniere nei settori di pubblica utilità e loro tipologie di azione: in particolare il *grant system*. — 3. L'adattamento ai modelli stranieri da parte delle fondazioni bancarie ed il prevalere della figura dell'ente complesso-funzionale. — 4. Gli interventi di pubblica utilità a seguito della privatizzazione delle fondazioni bancarie: alcune considerazioni di ordine generale. — 5. Profili funzionali ed organizzativi delle forme di collaborazione tra fondazioni bancarie ed enti locali. — 6. Gli interventi svolti direttamente dalla fondazione tramite le diverse tipologie funzionali. — 7. Conclusioni.

1. — Al fine di comprendere al meglio i profili riguardanti gli interventi delle fondazioni bancarie, si principierà la presente analisi dallo studio delle esperienze straniere, ed in specie quella nord americana, dove esiste sicuramente una tradizione più significativa di quella italiana.

Una volta delineate dette coordinate di diritto comparato, si cercherà

^(*) Il presente lavoro è una rielaborazione della relazione su "Gli interventi nei settori di pubblica utilità" svolta nell'ambito del Convegno "Problemi delle fondazioni di origine bancaria - Perugia 16-17 novembre 2001", organizzato dal Dipartimento Studi Giuridici Alessandro Giuliani dell'Università di Perugia, sotto la direzione del Professor Antonio Palazzo. La pubblicazione della relazione è stata tardata, poiché si è dovuto tener conto dello *ius superveniens* costituito dall'art. 11, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (c.d. legge Tremonti), dalla l. 15 giugno 2002, n. 112 di conversione del d.l. 15 aprile 2002, n. 63 (ed in particolare dell'art. 5, che ha dettato una disposizione d'interpretazione autentica sulla natura giuridica delle fondazioni, stabilendo che le medesime sono sottoposte ad un «regime privatistico ... speciale rispetto a quello delle altre fondazioni»), dall'art. 37-bis, 2° co., l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. legge Merloni-quater che ha ampliato il novero dei settori ammessi aggiungendo quello relativo alla «realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità») e dal noto regolamento Tremonti (d.m. ministero economia, 2 agosto 2002, n. 217). Infine, a complicare la vicenda, già di per sé intricata, è intervenuto TAR Lazio, Sez. III, 4 dicembre 2002, n. 6853 (ord.), in www.giust.it, n. 12-2002, che ha sospeso l'art. 9 d.m. Economia n. 217/2002, il quale impone alle fondazioni di adeguare i propri statuti a quanto previsto dalla c.d. legge Tremonti e dal relativo regolamento di attuazione; parimenti, con la medesima ordinanza, è stata sollevata questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 12, l. n. 448 cit.

di vedere come tali modelli siano stati tradotti in pratica dalle nostre fondazioni bancarie.

Bisognerà mettere in evidenza che l'attività degli enti conferenti si va ad innervare in una realtà (ben diversa da quella statunitense), in cui tradizionalmente è il potere pubblico a gestire direttamente e prevalentemente (quasi in una sorta di monopolio) i settori di pubblica utilità. Situazione quest'ultima che, peraltro, è sicuramente in movimento, grazie anche alla brusca accelerazione avutasi con la recente riforma del titolo V della Costituzione, la quale ha introdotto il principio di *sussidiarietà orizzontale*⁽¹⁾, diretto ad imporre ai pubblici poteri di «fare un passo indietro», in modo da favorire l'iniziativa privata per lo svolgimento di attività di interesse generale. Il principio ha un sicuro impatto nella nostra materia, in quanto assume il ruolo di canone regolatore delle interferenze, delle sovrapposizioni e delle usurpazioni che caratterizzano il rapporto pubblico-privato negli interventi di pubblica utilità.

Ma non è unicamente la sussidiarietà orizzontale a regolare gli interventi delle fondazioni nei settori di pubblica utilità. L'ordinamento non si preoccupa solamente di tutelare le fondazioni (in modo da garantire il successo della loro «missione»), avendo anche l'obiettivo di garantire i destinatari della loro attività. Le fondazioni, difatti, amministrano patrimoni sostanzialmente pubblici, per cui il *corpus* Ciampi-Tremonti ha voluto estendere alla loro attività una serie di regole tipicamente pubblicistiche, quali la trasparenza, l'obbligo di predeterminazione dei criteri, la motivazione delle scelte⁽²⁾.

Ciò, tuttavia, ci porta necessariamente a riflettere sulle regole e sulle forme di tutela riguardanti l'attività erogativa delle fondazioni, tenendo presente che ci troviamo di fronte ad una disciplina che esula dalla classica dicotomia autonomia privata - discrezionalità amministrativa.

2. — Come rilevato in letteratura, le fondazioni bancarie, all'atto di darsi una propria conformazione organizzativa e funzionale, hanno preso

⁽¹⁾ Si veda in particolare la nuova formulazione dell'art. 118, 4° co., Cost., il quale stabilisce che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

⁽²⁾ Cfr. art. 3, 4° co., d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 ed art. 6, 1° co., d.m. Tremonti.

come modello di riferimento, soprattutto l'esperienza nordamericana⁽³⁾.

A tal proposito va rammentato che negli Stati Uniti le fondazioni sono un punto di snodo fondamentale nel campo degli interventi pubblici nei settori della sanità, istruzione, ricerca scientifica, tutela dell'ambiente, arte, assistenza sociale e beneficenza⁽⁴⁾. E due sono essenzialmente le forme d'intervento in tali materie. Per un verso, troviamo l'*operating foundation*, con cui sono gestiti direttamente i più importanti servizi sociali quali ospedali, musei, università, scuole, per non parlare dei più noti centri di ricerca. Per altro verso, ulteriore forma diffusissima è la *grant making foundation*, ovvero un ente *rentier* che sovvenziona le iniziative nei tradizionali campi d'azione del *non-profit*. Sotto questo profilo è, inoltre, possibile distinguere le *grant making* in due sottocategorie. In primo luogo, vi sono le fondazioni di *importanza nazionale* (ed internazionale), quali la Ford Foundation, la Rockefeller Foundation, la Carnegie Foundation, etc., che nell'ambito dei propri programmi di attività in settori ben delimitati, provvedono ad erogare finanziamenti per progetti presentati da enti *non-profit*, organizzazioni governative, ricercatori, etc.; si tratta, soprattutto, di erogazioni che vengono fatte anche al di fuori dei confini nazionali, finanziando attività sperimentali ed esperienze pilota, le quali, in seguito, possono essere perseguite come politiche generali dalle organizzazioni governative. Accanto alle *big foundations*, che operano in campo nazionale ed internazionale, troviamo le *community foundations*, cioè delle fondazioni erogatrici operanti in un livello territoriale delimitato. Anche esse finanziano progetti presentati da enti *non-profit* nei settori di pubblica utilità perseguiti ed incentivano la collaborazione con il potere pubblico per migliorare la qualità dei servizi⁽⁵⁾. Le *community foundations* operano prevalen-

⁽³⁾ Su tali aspetti sia consentito rinviare ad A. BARTOLINI, *Le riforme statutarie delle c.d. «fondazioni bancarie»: il caso di Orvieto, in specie*, in *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 582 ss.

⁽⁴⁾ Per quanto concerne le caratteristiche delle fondazioni americane esiste ormai un'ampia letteratura. Per un primo approccio alla tematica non vanno dimenticati P. RANCI, G. BARBETTA (a cura di), *Le fondazioni bancarie verso l'attività grant making*, Torino (Fondazione Agnelli), 1996; S. RISTUCCIA, *Volontariato e fondazioni*, Rimini, 1996.

⁽⁵⁾ Per una definizione efficace di cosa sia una *community foundation* si veda il sito web della *San Diego Community Foundation* www.sdcf.org dove la missione della fondazione viene così descritta: «we make grants in the areas of health and human services, arts and culture, the environment, urban/civic affairs and education. We provides services for individual donors, corporations, non profit organizations and other foundations through professional staff for grant administration and

temente in tutti i settori classici d'intervento (sanità, assistenza, istruzione, arte), anche se non mancano casi di attività incentrate solo su uno specifico interesse.

Ma queste sono vicende note agli addetti ai lavori. In letteratura, invece, è meno frequente l'analisi delle relazioni che si instaurano tra fondazioni ed interventi pubblici federali. Di sovente, infatti, si enfatizza il ruolo del terzo settore ed in particolare delle fondazioni, senza tener conto delle necessarie interrelazioni con i poteri pubblici ⁽⁶⁾. Ed a tal proposito, giova rammentare che negli Stati Uniti i servizi pubblici ed in specie quelli socio-culturali, sono strutturati tradizionalmente secondo il principio di *sussidiarietà orizzontale*, dove i soggetti erogatori dei servizi sono figure soggettive di diritto privato (*non profit*). In questo quadro, il potere pubblico ben si guarda dall'assumere tali servizi, limitandosi (si fa per dire) a incentivare fiscalmente gli enti predetti ed a sovvenzionarli.

Le sovvenzioni federali, peraltro, sono dei rimborsi a piè di lista, in cui manca (di fatto) una valutazione in termini progettuali e programmatici della qualità delle erogazioni dei servizi. Ruolo che, invece, è svolto con successo dalle *grant-making* e dalle *community foundations*, le quali tendono a sovvenzionare progetti di qualità, diretti a migliorare l'efficienza dei servizi. Spesso i programmi sovvenzionati dalle fondazioni sono dei veri e propri progetti pilota che, se trovano successo, possono essere replicati e fatti propri dalle politiche federali ⁽⁷⁾.

Le fondazioni negli Stati Uniti, dunque, tendono ad assumere ruoli differenziati, in quanto quelle operative costituiscono la base dei servizi socio-culturali, mentre le *grant-making* e le *community* hanno lo scopo d'incentivare lo sviluppo, in termini qualitativi, dei medesimi servizi.

3. — La nostra esperienza, al contrario, si è sviluppata su direttrici del tutto opposte, poiché, da un lato, vi è sempre stata una preclusione

asset management. We work with other nonprofit organizations, community leaders, government entities, and local, regional and national foundations to address the needs of the Greater San Diego Region. Example include: the Community Development Program, the San Diego Children's Initiative, San Diego Grantmakers AIDS Collaboration, and the Blue Cross Breast Cancer Treatment Project.

⁽⁶⁾ Su tali aspetti il riferimento è d'obbligo a J.W. KALAS, *The grant system*, State University of New York, 1987.

⁽⁷⁾ Cfr. J.W. KALAS, *The grant system*, cit., p. 27.

ideologico culturale avverso le fondazioni ⁽⁸⁾, e, dall'altro, i servizi socio-culturali sono stati (da sempre) gestiti prevalentemente dal potere pubblico. Pertanto, quando la c.d. direttiva Dini (del 1994) impose alle fondazioni bancarie di abbandonare il ruolo a loro congeniale (per tradizione storica) di enti di beneficenza, per un verso, appariva naturale che le medesime avrebbero dovuto assumere il ruolo di *grant-making foundation* (anche nella forma della *community*, per le realtà più piccole) ⁽⁹⁾; per altro verso, risultava chiaro che questa funzione non poteva essere compiutamente svolta, in quanto mancavano le condizioni istituzionali per realizzare tale obiettivo (cioè un'organizzazione dei servizi socio-culturali come quella statunitense, fondata sul principio di sussidiarietà verticale).

Le fondazioni bancarie, in assenza di un quadro istituzionale in cui fosse chiara la collocazione da attribuire alle medesime, scelsero una via chiaramente empirica. Gli enti conferenti, anziché conformarsi al modulo della *grant-making foundation*, hanno scelto una strada del tutto italiana, caratterizzando la propria struttura secondo quello della *fondazione complessa funzionale*: cioè una figura soggettiva che, da un lato, opera tramite programmi attuati direttamente o con la collaborazione di terzi e, dall'altro, finanzia progetti ed agisce anche mediante enti strumentali. Insomma una fondazione che sulla base di delibere programmatiche interviene nel territorio con una struttura polifunzionale, in cui si assommano le figure dell'*operating*, della *grant making* e della *fondazione holding* ⁽¹⁰⁾.

Questa indistinzione funzionale, come facilmente preconizzato già all'epoca delle riforme statutarie ⁽¹¹⁾, ha comportato una situazione che non può dirsi sicuramente felice, in quanto le fondazioni bancarie hanno continuato a perpetrare l'antica vocazione di essere enti al servizio dell'attività

⁽⁸⁾ Le fondazioni furono fortemente avversate dagli illuministi francesi ed in particolare da Turgot il quale vedeva nelle medesime un luogo di depauperamento (in quanto forme improduttive) nel tempo delle ricchezze: su tale vicenda si veda l'esauriente analisi storica di A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 22 ss.

⁽⁹⁾ Era questo il senso in cui era diretto lo studio collettaneo di G.P. BARBETTA, P. RANCI, *Le fondazioni bancarie verso l'attività grant making*, cit.

⁽¹⁰⁾ Per più ampi riferimenti sulla conformazione assunta dalle fondazioni bancarie a seguito della Direttiva Dini si veda A. BARTOLINI, *Le riforme statutarie*, cit., p. 582 ss.

⁽¹¹⁾ La difficoltà di coniugare la funzione del «fare» con quella del «dare» era già stata evidenziata da P. RANCI, *Una cronaca ragionata*, in P. RANCI, G.P. BARBETTA, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 28.

creditizia, tramite l'impiego dei proventi in attività che possano avere un ritorno per la banca di riferimento: si spiega, così, che ancora oggi «i contributi destinati all'acquisto di beni capitali, alla conservazione o al restauro di edifici o di opere d'arte assorbono regolarmente il 50% delle erogazioni totali ... Oltre a ciò un ulteriore 25% è destinato al generico sostegno di organizzazioni, senza una precisa destinazione progettuale»⁽¹²⁾. Rare sono le eccezioni in cui l'attività delle fondazioni si discostano da questo *trend*, come, ad es., accade per il progetto Cariplo sulle *Community foundations*⁽¹³⁾.

I risultati prodotti dalle fondazioni bancarie, a più di otto anni dalla direttiva Dini, non sono, dunque, confortanti in termini di progettualità ed innovatività.

Peraltro a giustificare la posizione delle fondazioni bancarie vi è l'argomento che la trasformazione delle medesime in veri e propri enti progettuali nei servizi socio-culturali richiede l'avverarsi di una precondizione, ovvero l'arretramento del potere pubblico dalla gestione diretta di tali servizi, in modo da consentire l'ingresso e lo sviluppo del terzo settore, dove le medesime fondazioni possano svolgere la loro vera missione, consistente nel finanziare progetti innovativi.

4. — Compiute queste doverose premesse, è venuto il momento di affrontare le questioni più prettamente giuridiche. A tal fine è opportuno sottolineare che il *corpus* Ciampi-Tremonti non ha fatto altro che recepire le tipologie fondazionali conformatesi a seguito della direttiva Dini, ponendo, tuttavia, dei nuovi vincoli.

Rispetto alla disciplina previgente⁽¹⁴⁾, la nuova normativa eterode-

⁽¹²⁾ Dati tratti da G.P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria: «merchant banker» del settore nonprofit italiano?*, in *Non profit*, 2001, p. 222 s.

⁽¹³⁾ Si tratta del progetto «fondazioni delle Comunità locali» (in linea con quelli delle *grant making foundations* statunitensi) i cui aspetti più significativi possono essere rinvenuti nel sito www.fondazionecariplo.it/fondazionilocali: In particolare la Fondazione Cariplo costituisce un primo fondo patrimoniale di 10 miliardi di lire per far nascere la *community foundation*, impegnandosi a versare ulteriori 10 miliardi, se la nuova fondazione sarà riuscita, tramite l'attività di *fund raising*, a raccoglierne altrettanti. Su tale progetto si veda, pure, il lavoro di B. CASADEI, *La banca della donazione: nascita e sviluppo delle fondazioni delle comunità locali in Italia*, in *Non profit*, 2001, p. 123 ss.

⁽¹⁴⁾ Prima della legge Tremonti le fondazioni erano sostanzialmente libere di perseguire i propri scopi: veniva, infatti, stabilito che le fondazioni dovevano curare esclu-

termina gli «scopi di utilità sociale e di sviluppo economico»⁽¹⁵⁾, imponendo alle fondazioni di svolgere i propri interventi in un *numerus clausus* di settori indicati dal legislatore, riconducibili a valori quali quelli etico-social-assistenziali, quello della sicurezza pubblica e dello sviluppo economico, della ricerca scientifica, della tutela e valorizzazione dei beni culturali e ambientali.

In particolare le materie in cui le fondazioni possono operare «esclusivamente» sono i c.d. *settori ammessi* e cioè: «1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; 3) ricerca scientifica e tecnologica; 4) arte, attività e beni culturali»⁽¹⁶⁾. A questi si è aggiunto, in seguito, un ulteriore settore ammesso, cioè quello riguardante la «realizzazione dei lavori pubblici o di pubblica utilità»⁽¹⁷⁾.

Sulla base dell'elenco dei settori ammessi, le fondazioni sono chiamate ad aprire una nuova stagione di «riforme», dovendo, tra l'altro, individuare i propri *settori rilevanti*, ovvero «i settori ammessi scelti ogni tre anni dalla fondazione»⁽¹⁸⁾.

In particolare gli enti conferenti, nell'ambito dei settori ammessi, de-

sivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico (art. 2, 1° co., d.lgs. n. 153/99) e lo statuto doveva individuare i settori in cui operare, comprendendo fra questi almeno uno dei settori rilevanti (cioè uno tra i settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie socialmente deboli – art. 1, 1° co., lett. d) ed art. 2, d.lgs. n. 153/99 –).

⁽¹⁵⁾ L'espressione è contenuta nell'art. 2, 1° co., d.lgs. cit.

⁽¹⁶⁾ Art. 1, 1° co., c-bis, d.lgs. n. 153/99, come aggiunto dall'art. 11, 1° co., l. n. 448/2001.

⁽¹⁷⁾ Art. 37-bis, l. n. 109/94 (c.d. legge Merloni), così come introdotto dall'art. 7, l. n. 166/2002 (c.d. Merloni-quater).

⁽¹⁸⁾ È questa la definizione di settore rilevante dato dall'art. 1° co., lett. d), d.lgs. n. 153/99, come novellato dall'art. 11, 2° co., l. n. 448/2001.

vono scegliere un numero massimo di tre settori rilevanti ⁽¹⁹⁾ e tale scelta può essere effettuata con lo statuto o con altro atto interno della fondazione deliberato dall'organo d'indirizzo e non può essere modificata per almeno tre anni, salva autorizzazione dell'Autorità di vigilanza ⁽²⁰⁾.

La scelta a favore dei settori rilevanti, tuttavia, non va intesa come un obbligo per la fondazione di svolgere la propria attività esclusivamente in tali settori: si è, infatti, precisato che le fondazioni sono tenute ad operare *in via prevalente* nei settori rilevanti, potendo, pertanto, intervenire anche negli altri settori ammessi *non* rilevanti, purché l'impegno non sia in misura prevalente ⁽²¹⁾.

In altri termini le fondazioni possono intervenire solo ed esclusivamente nei settori ammessi: all'interno di questa categoria vi sono due specie di settori, consistenti, da un lato, nei settori rilevanti cui vanno destinate in via prevalente le risorse e, dall'altro, nei settori *non* rilevanti cui può essere attribuita una parte *non* prevalente delle risorse fondazionali.

Viene, altresì, stabilito che le fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solo in imprese strumentali, cioè operanti nei settori rilevanti ⁽²²⁾; al contrario, non possono detenere partecipazioni di controllo in imprese non strumentali, cioè in quelle imprese che operano nei

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 2, 2° co., d.m. Tremonti. Un problema interpretativo potrebbe nascere dal fatto che il legislatore nell'elencare le materie d'intervento, le ha raggruppate in quattro categorie numerate dal n. 1 al n. 4. Si potrebbe, pertanto, pensare che la scelta dei settori debba avvenire facendo riferimento alle materie contenute in ciascun numero. In altre parole le fondazioni dovrebbero scegliere 3 dei quattro numeri. Tale opzione va scartata: il punto è stato chiarito da Cons. St., Sez. atti normativi, 1 luglio 2002, in www.giust.it, n. 7/8 2002, dove, dando parere favorevole all'art. 2, 2° co., reg. cit., ha chiarito che i settori non vanno riferiti alla numerazione che ha la sola funzione di ordinare i settori ammessi. Non esistono dunque quattro settori ammessi, ma ben di più (cioè tutti quelli indicati ed elencati dal legislatore).

⁽²⁰⁾ Sempre l'art. 2, 2° co., d.m. Tremonti.

⁽²¹⁾ Art. 2, 3° co., d.m. cit. Il 4° co., precisa, inoltre, che la parte (eventuale) di reddito residua a seguito degli impieghi nei settori rilevanti, può essere destinata ad uno o più settori e per ciascun settore non rilevante «in misura non superiore al singolo settore rilevante»: ciò, in altre parole, sta a significare che i settori non rilevanti possono essere finanziati in una misura massima che non superi il finanziamento dato al settore rilevante (anche se non è chiaro se debba essere preso a riferimento il settore rilevante finanziato di più o a quello di meno: sul punto sarà necessario un intervento chiarificatore dell'Autorità di vigilanza).

⁽²²⁾ Imprese strumentali ai sensi dell'art. 1, d.lgs. cit., sono le imprese direttamente esercitate dalla fondazione o tramite società, entrambe operanti nei settori rilevanti.

settori non rilevanti. È, altresì, esclusa ogni forma di finanziamento, diretta ed indiretta, in favore di imprese di qualsiasi natura ⁽²³⁾. Infine, viene stabilito che l'attività di erogazione debba essere regolata dagli statuti, in modo che siano assicurati i principi di programmaticità, imparzialità e trasparenza ⁽²⁴⁾.

Ciò premesso, sarebbe, peraltro, eccessivamente limitativo ritenere che tali disposizioni siano gli unici parametri normativi di riferimento in materia. Le fondazioni, difatti, pur essendo state privatizzate convivono con una significativa ragnatela normativa di ordine pubblicistico.

A tal fine, va soprattutto, richiamata la recente riforma del Tit. V della Costituzione sul federalismo, che ha costituzionalizzato un principio importantissimo per la materia che ci occupa, ovvero la *sussidiarietà orizzontale*. Il novello Costituente ha, a tal proposito, stabilito che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà» ⁽²⁵⁾.

La Carta costituzionale, in tal guisa, impone, innanzitutto, al potere pubblico un dovere di astensione, non essendo consentito adottare misure che irragionevolmente limitino lo spazio di azione dei privati nelle attività di interesse generale. In secondo luogo, dalla sussidiarietà discende un dovere di collaborazione, donde Stato ed enti locali sono tenuti ad adottare ogni misura che favorisca le iniziative private di interesse comune.

Il principio di sussidiarietà ed in generale la riforma del titolo V della Costituzione costituisce, pertanto, un significativo limite frapposto al potere d'ingerenza legislativo ed amministrativo.

Ed a tal proposito è stato osservato che la sussidiarietà orizzontale si pone, innanzitutto, come un limite al legislatore, il quale nel disciplinare le fondazioni bancarie è tenuto ad osservare le regole di ragionevolezza e proporzionalità, dovendo raffrontare i benefici dell'attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico-sociali che possono derivare dalla regolazione ⁽²⁶⁾. E sotto questo profilo la determinazione da parte del le-

⁽²³⁾ Art. 3, 2° co.

⁽²⁴⁾ Art. 3, 4° co.

⁽²⁵⁾ Art. 118, 4° co., Cost.

⁽²⁶⁾ Il richiamo è di Cons. St., Sez. consultiva per gli atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354/2002, cit.

gislatore dei settori in cui le fondazioni possono esclusivamente operare pecca sicuramente di ragionevolezza. Difatti, scorrendo il lungo elenco dei settori ammessi, risulta che oggi come oggi le fondazioni non possono più intervenire in campi dove tradizionalmente operavano: non risultano ammessi interventi quali il sostegno a fiere e mercati, al tempo libero ed a mostre che non riguardano beni culturali (si pensi alle mostre filateliche, oggettistiche, di strumenti musicali o meccanici). A ben vedere non si riesce a capire il motivo dell'esclusione, specie se si pensa che tali attività hanno sicuramente un'utilità sociale e rientrano nella tutela del principio di sussidiarietà orizzontale. Basterebbe, dunque, che uno statuto inserisca tra i settori d'intervento una di queste materie per far sorgere un sicuro incidente d'incostituzionalità ⁽²⁷⁾.

La sussidiarietà orizzontale, peraltro, non si pone solo come limite al legislatore, ma anche come criterio di organizzazione e ripartizione delle attività svolte dal pubblico e dal privato. La sussidiarietà, così intesa, consente d'individuare le due forme d'intervento principali delle fondazioni

⁽²⁷⁾ Profili d'incostituzionalità, tuttavia, emergono anche per altro ordine di considerazioni. A tal fine va rammentato che la riforma del Tit. V ha inciso profondamente anche sul sistema delle fonti ripartendo la potestà legislativa in tre categorie: quella esclusiva statale (predisponendo un elenco di materie dove può intervenire solo la legge statale), quella concorrente (dove su un determinato numero di materie la legge statale detta i principi della materia ed alle regioni spetta di dettagliarli con legge; viene, altresì esclusa la possibilità da parte dello stato di disciplinare tali materie con regolamento, attribuendo alle regioni una potestà regolamentare esclusiva) e quella esclusiva regionale (si tratta di una potestà residuale, per cui alla regione spetta la potestà esclusiva di normare con legge tutte quelle materie non rientranti nella potestà esclusiva statale o in quella concorrente).

Se si tiene presente quanto premesso, risulta chiaro che la legge statale può disporre e regolare solo le materie di propria potestà esclusiva o concorrente. Il che, se rapportato alla vicenda delle fondazioni bancarie, sta a significare che la fonte statale può escludere, delimitando solo i settori di propria esclusiva competenza. La legge dello Stato non potrà, invece, disporre delle materie riservate alla potestà legislativa esclusiva regionale, stabilendo che un settore di competenza regionale possa rientrare o meno nei settori d'intervento delle fondazioni. E nell'elenco dei settori ammessi (indicati dalla l. n. 448/2001) vi sono diverse materie di potestà legislativa regionale quali: lo sviluppo locale e l'edilizia popolare, l'attività sportiva, la formazione, l'agricoltura; come, d'altronde, la medesima legge ha escluso dal campo degli interventi ammessi materie di legislazione esclusiva regionale quali fiere, mercati, mostre artigianali, filateliche, etc. Tutto ciò (francamente) risulta incostituzionale: meglio avrebbe fatto il legislatore a lasciare all'autonomia privata (seppur di diritto speciale) delle fondazioni la possibilità di scegliere i propri campi d'intervento, purché funzionalizzati al perseguimento di utilità sociali.

bancarie: da un lato, troviamo le attività svolte in collaborazione con gli enti pubblici (specie quelli locali) e, dall'altro, quelli gestiti autonomamente. Si tratta, per l'appunto delle due modalità operative su cui si muove l'attività delle fondazioni e che oggi trovano pure una copertura costituzionale. Scopo del prosieguo del lavoro è proprio quello di vedere *funditus* le problematiche giuridiche riguardanti queste due forme d'intervento.

5. — Il potere pubblico è, dunque, chiamato a collaborare con le fondazioni bancarie. Sotto questo profilo due sono (essenzialmente) le relative forme: per un verso, una *collaborazione di tipo funzionale* (consistente nell'obbligo per gli enti pubblici di adottare ogni misura idonea a favorire gli interventi fondazionali) e, per altro verso, di tipo *istituzionale* (gestendo in *partnership* una serie di attività e servizi).

Peraltro, prima di affrontare tali problematiche, occorre preliminarmente notare che il principio di sussidiarietà, al fine di massimizzare la collaborazione tra pubblico e privato, impone la valorizzazione di «duoghi» di emersione degli interessi in cui le due istanze possano dialogare.

Pur in assenza di un modulo generale che possa consentire la predetta emersione, l'esperienza della legislazione regionale può fornire un valido ausilio ad individuare delle sedi di confronto. Se si tiene presente, soprattutto, la normativa in materia di programmazione economico-territoriale, si possono rinvenire come zone di dialogo le c.d. *conferenze istituzionali* o le *assemblee grandi*, in cui gli attori sociali vengono chiamati a rappresentare proposte, iniziative, progetti per lo sviluppo di un dato contesto territoriale, in modo che gli enti pubblici ne tengano conto nell'assolvimento del loro compito di pianificazione economica e territoriale. Tuttavia, questi momenti d'incontro hanno il limite di non essere una sede stabile di confronto, essendo preordinati all'unica occasione di approvare un piano di lungo periodo, quale un p.u.t., un p.t.c.p. od un p.r.g.

Ciò del resto, è stato tenuto presente da una Fondazione come la Cariplo, la quale ha opportunamente previsto nel proprio nuovo statuto la possibilità di promuovere un *incontro* annuale con gli enti locali e le organizzazioni *non profit* interessate, al fine di raccogliere elementi utili per la programmazione pluriennale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Art. 5, 3° co., nuovo Statuto Cariplo.

Non è difficile ipotizzare che da questi incontri possano scaturire accordi quadro e di programma (c.d. programmazione negoziata), protocolli d'intesa, lettere d'intenti, convenzioni, etc. con cui coordinare in maniera proficua gli interventi nei settori di pubblica utilità.

Comunque, anche in assenza di strumenti istituzionali di coordinamento, il principio di sussidiarietà rappresenta un utile vettore per favorire la collaborazione. Specie nel campo dell'urbanistica ci sembra che la collaborazione funzionale possa trovare un momento di felice realizzazione. Non va, infatti, escluso che proprio grazie alla sussidiarietà il dovere di collaborazione degli enti locali si debba attuare anche tramite l'apposizione di vincoli preordinati all'esproprio, al fine di consentire la realizzazione di opere di p.u. da parte delle fondazioni bancarie, quali ospizi, cliniche, scuole, etc. Ancor più funzionale potrebbe essere l'impiego dei moderni strumenti di urbanistica contrattata, quali *pru*, *prust*, etc.

In detto ambito gli enti locali dovrebbero favorire la proposte delle fondazioni che si muovono in tal senso, poiché queste ultime sono chiamate «istituzionalmente» a perseguire scopi di pubblica utilità nei settori rilevanti.

Come già accennato, la collaborazione può, inoltre, ipostatizzarsi in strutture organizzative quali associazioni, fondazioni, società di capitali, preordinate alla gestione di servizi socio-culturali di interesse comune. In questa direzione l'ordinamento ha, addirittura, tipizzato alcune figure fondazionali, quali quelle liriche⁽²⁹⁾, quelle culturali⁽³⁰⁾, nonché quelle universitarie⁽³¹⁾, il cui fondo di dotazione è conferito tanto da enti pubblici, quanto da soggetti privati.

Né va dimenticato il *favor* del legislatore verso forme di gestione dei servizi pubblici imprenditoriali con società miste (a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria). In questo settore, peraltro, un eventuale intervento delle fondazioni deve «fare i conti» con i limiti posti dal proprio statuto speciale. Se, da un canto, non vi sono limitazioni (se non

⁽²⁹⁾ Costituiti a seguito della privatizzazione di cui al d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367

⁽³⁰⁾ Nate dalla privatizzazione dei corrispondenti enti pubblici, così come disposto dall'art. 11, 1° co., lett. b) e dall'art. 14, l. 15 maggio 1997, n. 59: si tratta, in particolare, del Centro sperimentale di cinematografia, della Biennale di Venezia, dell'Istituto nazionale per il dramma antico, della Triennale di Milano

⁽³¹⁾ Così come previsto dal d.p.r. 24 maggio 2001, n. 254.

quelle di ordine statutario) nel caso in cui la fondazione partecipi, anche in posizione dominante, a società miste di gestione di servizi nei settori rilevanti (ad es. case di riabilitazione, cliniche, etc.), d'altro canto, laddove la società operi in settori diversi (ad es., trasporto, acqua, gas) occorre tener presenti i divieti posti dal *corpus* Ciampi. Innanzitutto, le fondazioni bancarie nei settori *non* rilevanti non possono costituire società, tramite il conferimento del capitale, visto che l'ordinamento vieta tassativamente qualsiasi forma di finanziamento nei confronti di ogni tipologia d'impresa (anche operanti nei settori rilevanti). In secondo luogo, laddove la società di gestione di un servizio operante in un settore non rilevante sia stata costituita, un'eventuale partecipazione, ai sensi della normativa vigente, non potrà essere tale da consentire l'esercizio del potere d'influenza dominante⁽³²⁾.

E siffatte regole valgono anche per l'ipotesi di partecipazione delle fondazioni bancarie a società che vogliano realizzare opere di pubblica utilità mediante *project financing*: non vi saranno limitazioni di sorta per l'ipotesi che la partecipazione avvenga in imprese strumentali, mentre se si tratta di un'impresa non strumentale la fondazione potrà detenere solamente una partecipazione non di controllo⁽³³⁾.

6. — Di non minore rilevanza sono le problematiche riguardanti gli interventi diretti, prescindendo da una collaborazione con il potere pubblico. A tal proposito, occorre distinguere a seconda che l'intervento avvenga secondo il modulo della fondazione operativa o come *holding* (tramite la creazione di enti strumentali) o come *grant making foundation*.

Anche in detta evenienza occorre principiarsi con una notazione preliminare e di ordine generale. Gli interventi delle fondazioni bancarie sono legislativamente e statutariamente sottoposti al principio di program-

⁽³²⁾ Cfr. art. 6, d.lgs. n. 153.

⁽³³⁾ Su tale aspetto si veda lo studio approfondito di U. RUFFOLO, *Le fondazioni nel mutato contesto sociale. In particolare le fondazioni bancarie alla luce dei recenti interventi normativi di cui alle leggi 28 dicembre 2001, n. 448 e 1 agosto 2002, n. 166, art. 7. Nuovi ruoli nel settore degli appalti pubblici (project financing e affidamento a contraente generale) ed ulteriore ambito di esercizio di attività d'impresa*, relazione dattiloscritta presentata in occasione del Convegno "Le fondazioni nella cultura e nell'economia", Spoleto, 11-12 ottobre 2002, organizzato dalla Fondazione Festival Due Mondi.

maticità⁽³⁴⁾, donde gli interventi sono ammissibili solo nei settori d'intervento determinati secondo criteri generali dalle medesime. E sulla scorta del dettato legislativo, la gran parte delle fondazioni hanno stabilito che i predetti criteri debbano essere predeterminati mediante delibere programmatiche prefissate dall'organo d'indirizzo. È, dunque, questa la sede in cui la prefigurazione astratta delle tipologie d'intervento trova la propria concreta conformazione funzionale.

Ciò premesso, vediamo le problematiche giuridiche che coinvolgono ciascuna specifica tipologia d'intervento diretto delle fondazioni, partendo dal modulo della fondazione operativa. Due sono essenzialmente le problematiche che possono riguardare l'*operating foundation*: una di diritto comunitario (ovvero se medesime siano degli organismi di diritto pubblico e come tali sottoposte alle norme sull'evidenza pubblica) ed una scaturente direttamente dal *corpus* Ciampi, dovendo vedere se anche a tale tipo di attività si estendano i limiti per l'assunzione di imprese.

La questione dell'organismo di diritto pubblico, affrontata in dottrina con posizioni differenziate⁽³⁵⁾, è stata di recente risolta dal Consiglio di Stato, che ha sposato la tesi della sottoponibilità delle fondazioni non associative alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici⁽³⁶⁾. Ne consegue che le fondazioni a struttura istituzionale (in cui i relativi organi sono formati in prevalenza da «rappresentanti» degli enti locali) se vogliono appaltare il restauro di un edificio o di un bene culturale, devono essere considerate degli organismi di diritto pubblico e come tali sottoposte alle regole della Merloni. Parimenti se la «fondazione – organismo di diritto pubblico» vuole appaltare la gestione di un servizio museale in cui sono espone opere d'arte di proprietà della medesima, si dovrà necessariamente rispettare la normativa pubblicistica sugli appalti pubblici di servizi.

Di non minore interesse è verificare la possibilità per la fondazione di gestire direttamente, anche in regime di concessione, servizi pubblici a

⁽³⁴⁾ Art. 3, 4° co. ed art. 4, 1° co., lett. b).

⁽³⁵⁾ Si è mostrato favorevole alla configurabilità delle fondazioni bancarie in termini di organismi di diritto pubblico B. CAVALLO, *La natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 423; *contra* F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000, p. 133 s.

⁽³⁶⁾ Si veda ancora Cons. St., Sez. consultiva per gli atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354/2002, cit.

regime imprenditoriale. Si ripropone la questione già affrontata a proposito della partecipazione in società miste: la gestione imprenditoriale sarà consentita solamente laddove si tratti di gestire un'impresa strumentale.

Analogo discorso può essere condotto per la fondazione *holding*. Fermo restando che possono essere costituite e controllate tutte le figure soggettive possibili, purché non assumano la forma imprenditoriale, esiste, invece, un divieto tassativo di costituire, controllare e finanziare qualsiasi impresa, tranne che si tratti di quelle strumentali. Ne consegue che la fondazione *holding* potrà costituire, controllare e finanziare solo società operanti nei settori rilevanti (come società di ricerca, società operanti nei servizi socio culturali, società costituite per il *project financing* nel settore rilevante della realizzazione di opere pubbliche o di p.u.)⁽³⁷⁾.

Ben più complesse sono le questioni riguardanti il modulo *grant making*, poiché l'attività di erogazione di ausili finanziari, a seguito della privatizzazione delle fondazioni, è tendenzialmente soggetta al diritto comune. Ma come già rilevato a proposito della natura delle fondazioni, si tratta di una privatizzazione *sui generis*, che, in realtà, ha dato luogo ad una terza via, ovvero un ente di pubblica utilità (o di diritto privato speciale)⁽³⁸⁾. E ciò comporta delle innegabili problematiche, specie per quanto riguarda la disciplina applicabile agli ausili finanziari delle fondazioni bancarie. A tal fine, bisogna premettere che nel precedente regime pubblicistico le sovvenzioni ricadevano sotto l'impero della legge generale sul procedimento amministrativo⁽³⁹⁾; di conseguenza le fondazioni erano state costrette dalla direttiva Dini a predeterminare e rendere pubblici, mediante la predisposizione di appositi regolamenti, i criteri di finanziamento. Va da sé che il controllo sul rispetto dei predetti criteri era rimesso al

⁽³⁷⁾ A tal fine giova rammentare che l'impresa strumentale viene definita come un'impresa esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla Fondazione nei settori rilevanti: cfr. art. 1, 1° co., lett. h), d.lgs. n. 153/99. Ne consegue che tra gli enti imprenditoriali direttamente controllabili vi sono solo le società strumentali, mentre vanno, ad es., escluse le fondazioni d'impresa.

⁽³⁸⁾ Sul punto si rinvia ancora una volta alla relazione di B. CAVALLO, *La natura giuridica delle fondazioni bancarie*, cit., p. 424. Tale tesi ha trovato il conforto nell'interpretazione autentica datane dall'art. 5, d.l. n. 63/2002 conv. in l. n. 112/2002.

⁽³⁹⁾ Art. 12, l. n. 241/90.

sindacato del giudice amministrativo, operato sulla base dei vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere).

Si tratta, ora, di vedere se tale tipo di apparato garantistico continui ad applicarsi ancora (in tutto, in parte o per niente) all'attività *grant making* delle fondazioni bancarie privatizzate.

All'uopo, occorre rammentare che il *corpus* Ciampi-Tremonti⁽⁴⁰⁾ impone alle fondazioni di predeterminare i criteri di erogazione, in modo da assicurare la trasparenza dell'attività, la motivazione delle scelte e la più ampia possibilità di tutela degli interessi statutariamente perseguiti. Disciplina quest'ultima che le fondazioni privatizzate hanno ampiamente recepito, riconfermando, con gli opportuni adattamenti, i pregressi regolamenti sull'attività istituzionale, approvati nella vigenza del precedente regime pubblicistico. Sono regolamenti in cui sono analiticamente disciplinati il procedimento, i requisiti, i criteri e gli organi competenti ad attribuire le sovvenzioni⁽⁴¹⁾.

Se si tiene presente che, da un lato, le fondazioni bancarie sono sottoposte ad una serie di regole di ordine squisitamente pubblicistico (come quelle sopra evidenziate) e che, dall'altro, lo scopo, il fine, di tali figure è eterodeterminato ed a carattere pubblico (perseguono scopi di pubblica utilità) e che le medesime sono tenute a considerare tutti gli interessi coinvolti, dobbiamo ritenere di essere di fronte ad una 'discrezionalità amministrativa di diritto privato'⁽⁴²⁾. Una funzione dove l'interesse pubblico primario deve essere doverosamente canonizzato e congruamente ponderato con tutti gli interessi secondari coinvolti, emergenti da quel giusto procedimento disciplinato nei regolamenti sull'attività istituzionale. Si tratta quindi di una vera e propria discrezionalità che si differenzia da quella amministrativa solamente per il differente regime dei vizi dell'atto⁽⁴³⁾. Infatti, la sovvenzione amministrativa, è sottoposta ad un re-

⁽⁴⁰⁾ Art. 3, 4° co., d.lgs. n. 153/99.

⁽⁴¹⁾ Per il dettaglio sia consentito rinviare ancora una volta ad A. BARTOLINI, *Le riforme statutarie delle c.d. «fondazioni bancarie»*, cit., p. 592 ss.

⁽⁴²⁾ Sul tema il rinvio è d'obbligo a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 119 ss.

⁽⁴³⁾ È sempre M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 120, a notare che la differenza peculiare tra discrezionalità amministrativa e quella privata sta nel regime dei vizi dell'atto.

gime abbastanza semplice come quello fondato sul ricorso per annullamento (soggetto al termine decadenziale di 60 giorni) di fronte al giudice amministrativo per motivi di legittimità, mentre gli ausili finanziari nel diritto privato sono sottoposti al regime più complesso, previsto per il negozio giuridico. In primo luogo, le sovvenzioni *iure privatorum* sono soggette alla disciplina sulla nullità virtuale, per cui i finanziamenti avvenuti in dispregio di divieti imperativi sono nulli: si pensi al caso di sovvenzioni erogate ad imprese non strumentali o ad erogazioni *ultra vires* (cioè fuori dai settori ammessi). Ma lo stesso difetto di motivazione, ai sensi del *corpus* Ciampi⁽⁴⁴⁾, pare comportare la nullità dell'atto di erogazione.

Questione di difficile soluzione è, invece, quella riguardante le conseguenze derivanti dalla violazioni di regole statutarie, delibere programmatiche e regolamenti sull'attività istituzionale. Ulteriore problema è, poi, quello di vedere se l'irragionevolezza, l'illogicità, la disparità di trattamento, etc., possano essere sindacate dal giudice ordinario e mediante quale strumentario.

In diritto privato la tematica è arata da tempo, nell'ambito degli studi sulle autorità private⁽⁴⁵⁾, e su un punto vi è sicura concordia, ovvero che tanto la violazione delle regole negoziali sul procedimento, quanto quelle di carattere sostanziale dirette ad imporre scelte eque, giuste, ponderate, sono da valutarsi alla stregua del principio di buona fede. In altre parole la violazione delle regole predette si risolve nella lesione del principio di affidamento. Controversa è, peraltro, l'individuazione delle conseguenze derivanti dalla lesione di tali regole.

Secondo un primo orientamento, seguito in passato anche dalla giurisprudenza, la situazione lesa dall'esercizio dei poteri delle autorità private si configurerebbe in termini di interesse legittimo *iure privatorum*: sempre ad avviso di tale indirizzo, ne conseguirebbe che al giudice ordinario sarebbe riconosciuta la potestà di sindacare il corretto esercizio del potere, potendo anche annullare gli atti viziati da eccesso di potere.

⁽⁴⁴⁾ Art. 3, 4° co., d.lgs. n. 153/99.

⁽⁴⁵⁾ Vanno, soprattutto, ricordati, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 375 ss.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

Si è, peraltro, obiettato che il sindacato sull'eccesso di potere nel diritto privato sarebbe precluso al giudice ordinario, poiché ciò va a scontrarsi con gli spazi di autonomia privata, protetta dall'ordinamento.

La giurisprudenza più recente si è orientata, pertanto, nel ricollegare al cattivo uso del potere la lesione del principio di affidamento, con conseguente sottoponibilità delle autorità private al regime di responsabilità precontrattuale.

Non pare, tuttavia, che siffatto orientamento sia estensibile all'attività *grant making* delle fondazioni bancarie. Invero, queste ultime svolgono una funzione connotata dalla discrezionalità, la quale nulla ha a che vedere con quella svolta dalle altre autorità private, come i datori di lavoro, le fondazioni di diritto comune, le associazioni non riconosciute, etc. L'attività svolta da queste ultime si caratterizza per essere in un regime di autonomia privata, in cui le finalità sono determinate, per l'appunto, in via del tutto autonoma. Le fondazioni bancarie sono, invece, soggette ad un regime a discrezionalità di diritto privato, visto che le finalità sono eterodeterminate, e i motivi devono risultare dalla motivazione ed emergere lungo un giusto procedimento disciplinato «normativamente». Vengono, quindi, meno le ragioni fraposte al controllo del giudice ordinario mediante la clausola dell'eccesso di potere. Ed a conferma dell'esattezza di quanto sostenuto vi è, innanzitutto, lo stesso *corpus* Ciampi, che impone di accordare la più ampia tutela degli interessi e di motivare le scelte (in modo che sia verificabile la congruità delle medesime) ⁽⁴⁶⁾. Ma gli stessi regolamenti delle fondazioni sono conformati in modo da evidenziare la congruità delle scelte, visto che le fondazioni devono compiere una valutazione costi-benefici per ciascun progetto presentato da terzi.

Ne discende che l'attività *grant making* può e deve essere sottoposta al giudizio sintomatico sull'eccesso di potere ⁽⁴⁷⁾.

Per quanto, poi, concerne le forme di tutela che i privati, lesi nelle proprie pretese alla «legittimità» del finanziamento, possono procedere

⁽⁴⁶⁾ Su tali aspetti si veda anche M. CLARICH, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca, impresa e società*, 2000, p. 128.

⁽⁴⁷⁾ In questi termini sembra essere orientata anche E. SCOTTI, *Articolo 2, comma 1, lettera a, l. 461/98*, in M. NUZZO (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Napoli, 2000, p. 58 ed U. RUFFOLO, *Le fondazioni nel mutato contesto sociale*, cit., p. 9 dattiloscritto, secondo cui si potranno porre questioni di eccesso di potere, «ma si tratterà di eccesso di potere privato».

lungo due direttrici. Occorre, difatti, distinguere a seconda del tipo di accertamento richiesto al giudice del caso: laddove si domandi la verifica circa il rispetto dei criteri e requisiti predeterminati dalla fondazione (per cui a seguito dell'accertamento il finanziamento risulterà dovuto) si potrà procedere mediante la richiesta della tutela in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* (esecuzione dell'obbligo a contrarre); se, invece, il giudice è chiamato a sindacare il corretto esercizio del potere, sarà naturale richiedere la tutela di annullamento ⁽⁴⁸⁾. Infine la violazione delle regole procedurali determinate dalle «fonti-fondazionali» dovrebbe comportare una responsabilità contrattuale (*ex art. 1173 c.c.*).

7. — L'attuale articolazione funzionale delle fondazioni bancarie, se, per un verso, consente, da un punto di vista giuridico, di affrontare problematiche oltremodo «sfiziose», per altro verso, alla luce dei risultati prodotti non pare essere conforme ai principi di efficienza ed economicità fatti propri dal *corpus* Ciampi ⁽⁴⁹⁾.

Ciò, del resto, è stato denunciato di recente da un autorevole studioso secondo cui le fondazioni, nello svolgere i propri interventi, hanno un «approccio conservatore» e «superficiale»: occorrerebbe, invece, che le fondazioni evitino di sostituirsi ad altri soggetti e privilegino «il sostegno di attività innovative», in modo da finanziare progetti innovativi, «piuttosto che il generico sostegno di organizzazioni» ⁽⁵⁰⁾. Si tratta, chiaramente, di un approccio che intende richiamare quanto già notato in apertura, ovvero il modello americano, in cui le fondazioni *grant making* privilegiano una politica diretta a sovvenzionare progetti innovativi e replicabili nell'ambito del *third sector*.

Peraltro come già osservato in precedenza non mi pare che la situazione italiana sia comparabile con quella nord-americana, in cui il terzo settore è particolarmente diffuso ed è garantito da un sistema informato secondo il principio di sussidiarietà.

⁽⁴⁸⁾ L'orientamento prevalente ritiene che l'annullamento sia la risposta più idonea a sindacare l'eccesso di potere nel diritto privato: così, anche se in termini critici, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, cit., p. 337 ed ivi ampi riferimenti

⁽⁴⁹⁾ Art. 2, lett. c), l. n. 461/98 ed art. 3, 4° co., d.lgs. n. 153/99 che impone alle fondazioni «la migliore utilizzazione delle risorse e l'efficacia degli interventi».

⁽⁵⁰⁾ È questo il pensiero espresso da G.P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria: «merchant bunker» del settore nonprofit italiano?*, cit., p. 224 ss.

Sono mancate, quindi, le precondizioni giuridiche per poter razionalizzare gli interventi delle fondazioni bancarie.

Peraltro, gli scenari, nel panorama italiano, stanno mutando. L'ordinamento grazie soprattutto alle spinte del diritto comunitario, sta riorganizzando completamente i servizi socio-culturali, favorendo la gestione dei medesimi da parte di organizzazioni non lucrative di diritto privato. Si pensi alla riforma delle «onlus», con cui gli enti di utilità sociale vengono fiscalmente incentivati. Si faccia mente locale al progressivo arretramento del potere pubblico, tramite le privatizzazioni in fondazioni private di interesse pubblico, come è avvenuto per gli enti lirici e quelli culturali. Né va dimenticato il ricorso alla tipizzazione di figure fondazionali specifiche, come quelle universitarie.

Tale tessuto è ora innervato dal principio di sussidiarietà orizzontale, che mira, da un lato, a garantire le realtà private e privatizzate sorte recentemente e, dall'altro, ad incentivare il crescente ricorso ai moduli privatistici per la cura di attività di interesse generale.

Si può, quindi, ritenere che si stanno realizzando quelle precondizioni dirette a consentire alle fondazioni di svolgere la loro funzione più congegnale, che è quella di essere dei finanziatori di progetti innovativi nei servizi socio-culturali. Il sistema, peraltro, è ancora in evoluzione e ci vorrà ancora del tempo affinché trovi una propria definitiva stabilizzazione verso un compiuto *grant system*.

SEVERINO CAPRIOLI

SATVRA LANX 31

PETER STEIN GIURISTA EUROPEO (*)

Ego Britannus a reliquo orbe divisus. Con queste parole Arthur Duck prendeva congedo dai suoi lettori, tracciando un conciso autoritratto; e giustificava dinnanzi agli *exteri* la propria *audacia*. Egli aveva osato da quella lontananza gettare uno sguardo penetrante, dipingere un vasto affresco del diritto comune allora vigente nei paesi europei, porre in luce il fondamento unico e le varie modalità di quel vigore – come dire nel suo latino *Usus et auctoritas iuris civilis Romanorum per dominia principum Christianorum* (1) –. A conforto del Duck avrebbe giovato la metafora di Guglielmo Humboldt: «La verità storica somiglia in certa guisa alle nuvole, che solo in lontananza prendono forma per gli occhi» (2). Col senno di poi, soltanto ora si comincia ad intendere il carattere problematico del diritto comune, ben oltre quei tratti che Arthur Duck lumeggiava da par suo (3).

Ma lo studioso che oggi viene accolto come un maestro nell'antica scuola perugina di diritto è tutt'altro che *a reliquo orbe divisus*, proprio per il suo essere *Britannus*. Già Regius professor of *Civil law* nell'università di

(*) Relazione per il conferimento della laurea *honoris causa* a Peter Stein, letta nell'aula magna dell'università il 29 settembre 2001.

(1) ARTHUR DUCK [1580-1649], *De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum per dominia principum Christianorum libri duo* [1653], London, 1689, *Conclusio operis ad lectorem*, p. 1r. Il senso dell'opera coglieva F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 306, 340; *Medio evo del diritto I. Le fonti*, Milano, 1954, p. 628. Sul Duck, P. STEIN, *Continental influences on English legal thought. 1600-1900* (1977), ora nella raccolta *The character and influence of the Roman civil law. Historical essays*, London-Ronceverte, 1988, p. 213 s.

(2) WILHELM von HUMBOLDT [1767-1835], *Sul compito dello storico* (1821), trad. N. Merker nell'antologia *Stato, società e storia*, Roma, 1974, p. 194. F. CALASSO, *Citramontani, ultramontani e il problema storico del diritto comune* (1954), rist. nella raccolta *Storicità del diritto*, Milano, 1966, a cura di P. Fiorelli, p. 234, citava la traduzione del Croce (*Conversazioni critiche IV*, Bari, 1932, p. 366 ss.).

(3) *Varianti e costante del diritto comune*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, pp. 639-643; *Satura lanx 30 Linee sammarinesi per lo studio del diritto comune*, *Studi in onore di Pietro Rescigno I*, Milano, 1998, pp. 211-222.

Cambridge e li membro del Queens' College, socio straniero dell'Accademia nazionale dei Lincei e di molte accademie non italiane, Peter Stein è tra i giuristi europei quello che forse meglio impersona i caratteri di una tradizione multiforme, antitesi vivente di ogni pretestuosa specialità, di ogni separatezza geografica – di qua e di là dal Canale –, di ogni *divisio* ideologica – sia pure quella che prese nell'Ottocento la figura nobilissima della nazionalità –. In Stein il profilo del *civil lawyer* rende più incisivo quello del *common lawyer*: l'autorità che tutti riconoscono in lui ne fa un esempio meritevole di essere additato ai giovani ed ai meno giovani. Difficile trovare un più curioso ed attento osservatore dei diritti continentali, ed insieme un più cordiale compagno di lavoro per quanti in Italia ed in Europa si ingegnano a sondare le strade impervie che potranno condurre verso certe vagheggiate unificazioni ⁽⁴⁾, ed insieme una guida più avvincente per la conoscenza del *common law* nei suoi caratteri originari e persistenti, nelle sue interazioni con i diritti continentali ⁽⁵⁾. Il tutto senza quella smodata ansia di erudizione, che rende quasi illeggibili i lavori finemente cesellati di alcuni suoi coetanei ⁽⁶⁾; senza altisonanti dichiarazioni di principio, che dissimulano programmi di dominio intellettuale intolleranti del dissenso. Lo stile di questo giurista si immedesima con un dialogare ininterrotto, libero dagli *idola theatri* che sostituiscono la consolazione di certezze tramandate alla fecondità del dubbio. E l'opera tutt'intera, con un'indagine serena ed impietosa di quelle *traditional mythologies* ⁽⁷⁾, che sono il residuo del passato nel presente; di quelle *false dichotomies* ⁽⁸⁾, che allontanano dalla realtà con il loro accattivante semplicismo. Programma scientifico e programma didattico ancora una volta si identificano. Stein

⁽⁴⁾ *Incontro di studio su Il futuro codice europeo dei contratti. Pavia, 20-21 ottobre 1990*, a cura di P. Stein, Milano, 1993.

⁽⁵⁾ Fin dalla struttura sono eloquenti le sue *Legal Institutions. The development of dispute settlement*, London, 1984; trad. it. *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali nell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, (1987) 1995.

⁽⁶⁾ Un modello da imitare, anche sotto altri riguardi, è l'edizione vacariana di P. STEIN, *The teaching of Roman law in England around 1200*, London, 1990. Basti considerare il pacato ripudio di ogni «caccia alla paternità» (p. XX), l'impiego fecondo della figura «strator» (pp. XLVI, LXVIII ss.).

⁽⁷⁾ *Judge and jurist in the civil law: a historical interpretation* (1985), rist. *The character and influence of the Roman civil law. Historical essays*, cit., p. 131.

⁽⁸⁾ *Legal thought in eighteenth century Scotland* (1956), rist. *Character and influence*, cit., p. 367.

potrebbe riferire a se stesso l'«aneddoto» di Vittorio Scialoja cinquantenne: «Questo [...] abbiamo fatto [...] maestro e discepoli molte volte: per tutta la vita abbiamo scavalcato vecchi cancelli» ⁽⁹⁾. E si intendono per vecchi cancelli le specialità disciplinari fra loro incomunicanti, sotto il profilo accademico; e pure i confini degli ordinamenti ⁽¹⁰⁾; insomma, tutto ciò che, non ridotto alla propria ragione – come dire alla propria struttura e funzione originaria –, sfuma in *traditional mythology*.

*

Quando sale in cattedra (Aberdeen, 9 novembre 1956) il giovane maestro vede chiarissima la sua «responsabilità verso gli allievi e verso il Paese»:

L'oggetto di un corso di teoria del diritto [*Jurisprudence*] è lo studio del fenomeno giuridico nella sua interezza e della funzione di esso nella società ⁽¹¹⁾.

Perciò l'insegnante deve guidare lo sguardo dei suoi allievi «dai singoli alberi alla foresta» ⁽¹²⁾. Che è rendere familiari ai giovani quelle stesse *traditional views* che hanno avuto un senso nella loro prima formulazione, e possono mantenerlo. Che è pure guidarli alla

⁽⁹⁾ V. SCIALOJA, *Nel venticinquesimo anno d'insegnamento* (1904), rist. *Scritti e discorsi politici II*, Roma, 1936, p. 177 (lo ricordava un suo allievo, F. CALASSO, *Vittorio Scialoja* (1954), rist. *Storicità del diritto*, cit., p. 52).

⁽¹⁰⁾ Ma soltanto per un artificio retorico si ritiene dai più antiquato l'istituto dei confini e superata la figura dello Stato nazionale. Non fu l'*otium* letterario di un parlamentare il progetto che Giuseppe Guarino presentò alla Camera dei deputati il 18 gennaio 1990.

⁽¹¹⁾ *Legal thought in eighteenth century Scotland*, cit., p. 361. Su «jurisprudence in the English sense of general legal theory» P. STEIN, *Continental influences on English legal thought*, cit., p. 213.

⁽¹²⁾ Senza metafora ed ampliando la prospettiva, P. STEIN, *Prefazione a I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 5: «una visione d'insieme dei principali istituti dei sistemi giuridici più avanzati, senza concentrarsi su alcun sistema in particolare». Corollario pedagogico: «Se lo studente vede in azione gli stessi procedimenti e le stesse tecniche nei sistemi giuridici di diversi tipi di società, sarà in grado di comprendere la natura del *legal process* meglio che attraverso lo studio di un solo sistema».

discussione [...] dei valori la cui realizzazione è stata tradizionalmente perseguita dai diritti dell'Europa occidentale, e ruolo di tali valori nel diritto odierno ⁽¹³⁾,

prendendo le mosse dalla constatazione, quasi un assioma, che

il nostro diritto non è più oggi pacificamente accettato come il migliore fra tutti i possibili diritti ⁽¹⁴⁾.

*

I discorsi di Peter Stein intorno al diritto prendono a fondamento un pensiero di William Robertson:

«Ogni ricerca sulle attività degli uomini riuniti in società deve mirare in primo luogo alle loro modalità di sussistenza. Secondo il variare di queste, devono risultare diverse le leggi e la politica»,

sicché

«il mutamento delle norme dipende dal mutamento dei fattori economici» ⁽¹⁵⁾.

Oggi in Italia si può serenamente constatare che il pensiero di Robertson riemerse, come l'anatra di Goethe ⁽¹⁶⁾, dalle acque del Tamigi nell'autunno del 1890 prendendo il volo verso la Germania ⁽¹⁷⁾ per sorvolare da qui l'Europa ed oltre.

⁽¹³⁾ Prefazione a P. STEIN - J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (1974), trad. it., Milano, 1981, p. 5.

⁽¹⁴⁾ Sono le prime parole di quella *Prefazione*. Scritte senz'ombra di sarcasmo voltairiano.

⁽¹⁵⁾ Nella *History of America* (1777): vedi P. STEIN, *The four stage theory of the development of societies* (1987), rist. *Character and influence*, cit., p. 395.

⁽¹⁶⁾ Con la metafora goethiana, un tropo colloquiale per «diritto romano», si apriva la prolusione di Peter Stein a Cambridge (8 maggio 1969): *Roman law and English jurisprudence yesterday and today*, rist. *Character and influence*, cit., p. 151.

⁽¹⁷⁾ Friedrich ENGELS a Joseph Bloch, 21 settembre 1890, trad. it. nell'antologia K. MARX - F. ENGELS, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Roma, 1966, p. 1242: «Secondo la

Perciò nessuna teoria del diritto è plausibile ⁽¹⁸⁾, se non riferita a precise coordinate di tempo e di spazio. È un punto sul quale converrà ascoltare il nuovo maestro perugino su questioni che oggi sono vive in Italia e nel resto dell'Europa continentale. Basti constatare intanto come l'opera di Peter Stein si distingue per il rifiuto deciso di ogni anacronismo, anche su temi allettanti. Un esempio valga per tutti:

L'esistenza di questi valori giuridici, consolidati da lunghissimo tempo, non è di per sé sufficiente ad indicare che la *privacy* abbia avuto, in passato, un suo qualsiasi spazio. Dobbiamo guardarci da categorizzazioni retrospettive, basate sul mero fatto che oggi si può attribuire una connotazione di tutela di *privacy* al rispetto per l'ordine pubblico e per la libertà dimostrato in epoche passate ⁽¹⁹⁾.

Come si distingue per l'insistente ricerca di

ciò che è caratteristico di ogni sistema giuridico evoluto e ciò che dipende da accidente storico ⁽²⁰⁾;

e per la sottolineatura di tutto quanto sia irriducibile a modelli unici - in campi sui quali vengono giocati il presente ed il futuro della società inglese, come della società tedesca, come della società italiana -, in tempi di pianeta-mercato e di baldanzoso ostracismo verso i diritti statuali:

concezione materialistica della storia il fattore che in ultima istanza è determinante nella storia è la produzione e la riproduzione della vita reale. Di più non fu mai affermato né da Marx né da me». Fra i lettori italiani, bastino A. LABRIOLA, *Del materialismo storico. Dilucidazione preliminare* (1896), rist., fra i *Saggi sul materialismo storico*, Roma, 1977, pp. 84 e nota 6 (p. 165); *Discorrendo di socialismo e di filosofia* (1897), lì stesso, pp. 206 e nota 24 (p. 276); ed A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, q. 4 (XIII), § 26 (1930-1932), q. 8 (XXVIII), § 214 (1931-1932), q. 11 (XVIII), § 19 (1932-1933), ed. V. Gerratana, Torino, 1975, pp. 445 (e nota 2, p. 2638), 1072 (e nota 2, p. 2820), 1418 (e nota 3, p. 2896). La lettura steiniana di un passo di K. MARX, *Per la critica dell'economia politica* (1859), trad. it. Roma, 1974, p. 5; e di una lettera del Engels a Conrad Schmidt si vede in P. STEIN - J. SHAND, *I valori giuridici*, cit., p. 29 s. È da rileggere ancora F. CALASSO, *Medio evo del diritto I*, cit., p. 354 (che supera la ripulsa di p. 349).

⁽¹⁸⁾ S'intende, nessuna «teoria utile» nel senso di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 947.

⁽¹⁹⁾ *I valori giuridici della civiltà occidentale*, cit., p. 270.

⁽²⁰⁾ *Prefazione a I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 5.

Esistono svariate forme di contrattazione collettiva, le cui implicazioni giuridiche sono diverse da paese a paese. Le differenze non sono tanto il prodotto di tradizioni giuridiche distinte, quanto del fatto che 'il diritto del lavoro di un paese tende ad essere segnato più profondamente dalla storia nazionale e dai costumi sociali di quanto non lo siano la disciplina del contratto e dell'illecito civile' (21).

Nulla di retorico nell'indagine di tutto quanto accomuna i popoli europei, ben prima ed oltre le vicende che si dipartono dai trattati istitutivi della Comunità, nulla di retorico nella ricerca di «una cultura giuridica europea» (22) – che non sarà di certo scalfita, se la lira sterlina rimarrà monetata circolante –. L'arte del distinguere rende impossibile quell'anacronismo sistematico, in cui si manifestò il mito nazionalistico (non nazionale) di un

«diritto che, sorto in Roma, quando questa era ancora la *civitas*, resse poi tutti i sudditi dell'impero romano e, attraverso i secoli dell'evo medio, rielaborato sapientemente dalle nostre fiorenti università, fari luminosi di scienza, e adattato dalla esperienza dei nostri giuristi pratici, poté adeguarsi alle esigenze dei tempi nuovi, e giungere fino a noi sempre vivo e attivo, capace di regolare i rapporti della vita sociale nelle più diverse condizioni di tempo e di civiltà»:

parole di un guardasigilli italiano del secolo XX (23). Del tutto *remotus* è Peter Stein *Britannus* da tali vaniloqui, che non furono anacronismi inferti, se resero troppo a lungo aliena l'Italia dall'*orbis* civile, prigioniera di un suo preteso *primato*. Se infatti accade a Stein di constatare oggi che i progressi verso l'unità europea

(21) *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 289.

(22) *Prefazione* all'edizione italiana dei *Fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 9. Ma è il motivo costante nell'opera di Stein.

(23) *Relazione alla maestà del re imperatore, presentata dal ministro guardasigilli [D. Grandi] nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del codice civile*, Roma, 1943, § 12, p. 34. Cfr. *Satura lanx* 13 *Una lettera per Accursio, ovvero Filologia mistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1979, p. 308; *Satura lanx* 25 *Variations del contratto rescindibile* (1991), rist. *Indagini sulla rescissione*, Perugia, 2001, p. 263ss.; *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Riv. internaz. dir. comune*, 1994, p. 111 e nota 29.

negli ultimi due decenni hanno rinvigorito l'interesse per il diritto giustiniano, come diritto di un'Europa che già nell'antichità fu unita;

e che

ciò vale a più forte ragione per il *ius commune* medievale, che non era legato a confini nazionali e che veniva insegnato dovunque secondo i medesimi metodi e nella medesima lingua. Le istituzioni della comunità europea possono considerarsi, da questo punto di vista, come l'inizio di un nuovo *ius commune*;

subito egli mette in guardia da equivoci dannosi:

Però si dimentica talvolta così una differenza importante: il *ius commune* medievale fu spontaneamente accolto in tutta Europa perché superiore a tutti gli altri diritti, mentre il nuovo *ius commune* viene imposto dall'alto al fine di conseguire l'uniformità della disciplina – basti pensare alle regole sulla responsabilità del produttore – (24).

Che sembra una parafrasi del suo e mio Arthur Duck:

[...] obsequium quod praestant Romanis legibus est spontaneum, non ex potestate imperantium, sed ex vi rationis, cui omne genus humanum teste Baldo tenetur oboedire (25);

e si riallaccia alle cautele critiche di Giovanni Cassandro e di Gino Gorla dinnanzi ad entusiasmi, non ancora sopiti, che danno nell'ideologia (26).

*

(24) *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, trad. K. Luig, Frankfurt am Main, 1996, p. 210s.

(25) Nel brano commentato da F. CALASSO, cit. a nota 1. Con ogni cautela sulla svariante *ratio* (prime linee per una riflessione tracciava lo stesso F. CALASSO, *Medio evo del diritto* I, cit., p. 202 ss.). P. FIORELLI ha dato più che una storia semantica di 'Ragione' come 'diritto' tra latino e volgare, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, pp. 105-157.

(26) Citati nel programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, *Miscellanea dell'Istituto Giuridico Sammarinese* 1, febbraio 1991, p. 32 nota 48; e *Satura lanx* 30, cit., p. 220 s. (con accenno agli anacronismi che derivano da certe parole in libertà).

Le costanti dell'esperienza giuridica ⁽²⁷⁾, e le varianti, sono dunque i due poli che attirano l'attenzione di Stein, conforme all'assunto robertsoniano. Qui è il punto d'accesso ad alcune *false dicotomie*, solidali con la *falsa identità* ora segnalata. La prima dicotomia, priva di fondamento, investe quella stessa figura che sta al centro dell'esperienza europea, quella che gli eruditi amano ancora oggi contemplare in una sua astratta ed infrangibile unità: «varianti locali allo *ius commune*» risultano infatti ben evidenti a Stein ⁽²⁸⁾; e mentre chiariscono finalmente i tratti che denotano il sistema ⁽²⁹⁾, non consentono più di prestare fede al tradizionale mito del diritto comune, identico a se stesso dovunque ed in ogni tempo, rispetto al quale il *ius proprium* di qualunque ordinamento particolare sarebbe un mero accidente ⁽³⁰⁾.

Nella denuncia di antitesi svianti (*false dichotomies*, che generano *misleading maxims*) Stein è in buona compagnia: basti ricordare quella posta in luce da Lord Stair sulla natura della norma ³¹. Ma altre risultano direttamente dalla sua indagine, come quella che impinge addirittura nel sistema:

Dal XIII secolo in poi, nella maggior parte dei paesi europei ci fu una continua interazione fra il diritto consuetudinario e quello romano, variamente chiamato diritto scritto, diritto imperiale, diritto comune (*ius commune*) o diritto civile. [...] Le città si attennero al principio che un determinato uso o statuto doveva prevalere sul diritto romano, perché, come affermò una legge locale, «da natura umana si esprime costantemente in nuove forme e si verificano in pratica più situazioni di quelle previste dalle parole del diritto scritto» ⁽³²⁾.

⁽²⁷⁾ «Invarianti» nel lessico di M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 17, 95 nota 1 (ma cfr. p. IV e l'intera struttura dell'opera).

⁽²⁸⁾ *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 132 (con rinvio ad osservazioni di Klaus Luig).

⁽²⁹⁾ *Varianti e costante del diritto comune*, cit. nella nota 3. Che il diritto comune possa ragionarsi esclusivamente alla stregua della categoria sistema proponeva F. Calasso nell'indifferenza degli eruditi. Per necessari riferimenti, *Satura lanx* 30, cit. li stesso, p. 213 nota 8.

⁽³⁰⁾ *Satura lanx* 30, cit., pp. 214, 217.

⁽³¹⁾ *Legal thought in eighteenth century Scotland*, cit., p. 367.

⁽³²⁾ *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 111 (ho dovuto ritoccare la traduzione).

Tale è l'inerenza del diritto comune al singolo ordinamento in cui ebbe vigore ⁽³³⁾, che nell'ordito stesso degli statuti cittadini puoi trovare da un canto parole precise di *ius commune* — la frase che Peter Stein pone qui in evidenza è proprio C. 1,17,2,18: «*humani [...] iuris condicio semper in infinitum decurrit [...] multas etenim formas edere natura novas deproperat*» ⁽³⁴⁾ —, e trovi dall'altro fra i capitoli dello statuto la norma che attribuisce vigore in quell'ordinamento al *ius commune*, imponendo al giudicante di pronunciare secondo una precisa graduatoria di precetti ⁽³⁵⁾. Ragionare perciò di *ius commune* e di *statuta* in termini di un'antitesi astratta, fuori del sistema nel quale essi interagiscono, è chiudersi in una mitologia priva di valore euristico ⁽³⁶⁾.

*

Di giuristi robertsoniani, qual è Peter Stein, ha bisogno la scuola di Perugia, e non soltanto questa. Di studiosi avvezzi ad osservare l'esperienza nella sua multiformità, ben distinguendo struttura e funzione dei fenomeni oltre le apparenze immediate. Difficilmente un giurista educato sul continente saprebbe tracciare con tale nettezza il confine che dentro l'Europa distingue i diversi modi di fare giurisprudenza:

Quando pensiamo oggi ai sistemi di *civil law*, pensiamo ad insiemi unitari di regole programmaticamente dedotte da principi generali ed organizzate in codici recanti testi stabili, forniti di autorità. Questi testi possono venire interpretati in maniera nuova, ma il loro tenore resta immutato. Al contrario, il *common law* si presenta piuttosto come una serie di regole inferite da decisioni su casi individuali. Questa formulazione è sempre provvisoria nel suo continuo rinnovarsi, allargandosi o restringendosi nei suoi stessi termini col presentarsi di nuove

⁽³³⁾ *Satura lanx* 30, cit., p. 214.

⁽³⁴⁾ Che è la const. *Tanta*. Per lo statuto perugino del 1279, *Una città nello specchio delle sue norme* (1988), rist. nello *Statuto del comune di Perugia del 1279 II*, Perugia, 1996, p. 328.

⁽³⁵⁾ Per il caso di San Marino, dati nel programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, cit., p. 22 nota 17; *Satura lanx* 30, cit., p. 215.

⁽³⁶⁾ Tutt'altro discorso merita la rappresentazione del nesso fra *statutum* e *ius commune*, quale risulti dalle pagine di giuristi medievali: un dato, certo, ma da non trasvalutare in categoria storiografica.

ipotesi. Le regole sono come ipotesi di lavoro, che attendono di venir messe alla prova del giudizio.

E prosegue con garbata ironia:

All'occhio di chi osserva tutto ciò dal continente, l'antico diritto romano ed il moderno *common law* presentano il medesimo aspetto ridondante [*baroque*] e caotico ⁽³⁷⁾.

L'analisi di struttura consente di scolpire qui in brevi tratti realtà svariate, di là dalle ideologie che possono aver trovato espressione in esse o che da esse possono trarre spunto. Consente pure di chiarire i lineamenti generali dei sistemi diversi: orientati i primi ai diritti, orientati i secondi alle azioni (e tanto varrebbe dire schietta la parola di Stein: ai *remedies*) ⁽³⁸⁾. E di cogliere anche certi tratti per cui la struttura del testo si manifesta in modalità di ricezione:

I codici [...] venivano visti come trattati giuridici, cui fossero state comunque tolte le note a pie' di pagina. Eppure i redattori di alcuni codici del secondo Ottocento, fondati sul modello francese come il codice civile argentino del 1869, si distinsero nel dotare il loro testo di note a pie' di pagina e di citazioni, alla maniera della glossa medievale. Ma se trascuriamo di guardare ai codici nella loro realtà storica, rischiamo di sopravvalutare l'effetto della codificazione sul *civil law* ⁽³⁹⁾.

Dall'analisi di struttura deve riprendere oggi in Italia il discorso intorno ai codici. Liberata questa figura dell'ideologia che presiedette nel continente alla sua affermazione, delle stesse immagini che di essa colti-

⁽³⁷⁾ *Logic and experience in Roman and common law* (1979), rist. *Character and influence*, cit., p. 38 (dove la lezione di Scialoja risuona chiara). È la stessa feconda ironia che induce a sdrammatizzare antitesi, cogliendo netti da lontano i fenomeni: «Insomma oggi noi inglesi non crediamo più che, nell'esperienza della *common law*, sia stato Dio a imporre la dottrina della *consideration*», osservava sommessamente nel discorrere di *Codice europeo e problemi di applicazione*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 47 (rist. *Il futuro codice europeo dei contratti*, cit., p. 155).

⁽³⁸⁾ Lo stesso. Ora non importa seguire il filo del ragionamento, per cogliere l'antima somiglianza fra diritto romano e *common law*.

⁽³⁹⁾ *Judge and jurist in the civil law*, cit., p. 143 s.

varono i codificatori, potrà intendersene appieno l'inerenza costituzionale, fino a quel tratto di statualità e di nazionalità, che sul continente europeo – e segnatamente in Italia – molti fanno oggetto di ostracismo ⁽⁴⁰⁾.

La critica del nazionalismo nel diritto risale in Italia a Vittorio Scialoja, e dava allora il segnale di una resistenza ai *nazionalismi europei [...] moltiplicati ed esaltati*:

L'unità del diritto europeo è esistita, per secoli. Il cosiddetto «diritto comune» durato tutto il Medioevo ed oltre, e che traeva la sua sostanza dal diritto romano, ha dato l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei. Civiltà da *ius civile*. E quell'impronta è rimasta ed ha operato persino nella successiva e presente epoca, che potremmo chiamare del nazionalismo nel diritto. Il quale ha indubbiamente avuto ragioni d'essere e la sua funzione; ma osservato nel piano tecnico, ha tanto poco senso quanto il voler fare della *fisica nazionale*.

Or quel ch'è stato, potrà e forse dovrà essere di nuovo. La grande lezione di storia civile non deve andare perduta. Perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche. Né con ciò vogliamo dir nulla che attenui o menomi, sia pure di una sola linea, l'importanza dei *nazionalismi europei*, anche se moltiplicati ed esaltati ⁽⁴¹⁾.

Parlava così in Campidoglio il 14 novembre 1932, senza contraddizione, quel maestro che mezzo secolo prima aveva serenamente constatato:

Non bisogna illudersi: il diritto romano puro è morto, e i diritti moderni

⁽⁴⁰⁾ *Mio Codice (abbozzo di una voce per un dizionario di diritto privato)*, in corso di stampa.

⁽⁴¹⁾ Negli atti del convegno *L'Europa I*, Roma 1933, p. 59 (rist. *Scritti e discorsi politici I*, Roma, 1936, p. 203). Il sarcasmo di una *fisica nazionale* non era un motto di spirito, anzi registrava i non più minacciati programmi di *deutsche Physik*, di *deutsche Mathematik* (G. ISRAEL, Atti del convegno *La legislazione antebraica in Italia e in Europa*, Roma, 1989, pp. 129, 131, 133); e proseguiva sulla linea che era di G. VAILATI, *Sull'applicabilità dei concetti di causa e di effetto nelle scienze storiche* (1903), rist. nella raccolta *Il metodo della filosofia*, a cura di F. Rossi-Landi, Bari, 1967, p. 119.

possono essere suoi discendenti, non sono esso medesimo ⁽⁴²⁾.

Contro il *nazionalismo nel diritto*, dinnanzi ad ospiti che ostentavano camicie non bianche e vagheggiavano *ein deutsches Gemeinrecht* destinato a soppiantare il «diritto romano, asservito ad una visione materialistica del mondo» ⁽⁴³⁾, Scialoja opponeva una *koine* che aveva dato «l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei» – Peter Stein dice *i valori giuridici della civiltà occidentale* – e attendeva di «essere [...] adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna». La formula di quel *nazionalismo esaltato* era in discorsi di un capo del governo italiano: «tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato» ⁽⁴⁴⁾ – episodio non eccelso di scolastica neo-hegeliana –. La confutazione di quella formula, come di ogni ideologia, sarebbe venuta dai fatti, da fatti che avrebbero concluso quell'età dei *nazionalismi esaltati*. Non violiamo in alcun modo la riservatezza, se ricordiamo oggi che, servendo nella marina di Sua Maestà, il giovane Stein recitò la sua parte in quei fatti di liberazione.

La critica del nazionalismo giuridico si era venuta svolgendo in positivo, saldandosi con la constatazione di una qualche *estrastatualità del diritto civile* ⁽⁴⁵⁾. Figura che diceva la costanza nell'«orditura [...] della vita civile dei popoli europei», di là dalle varianti che denotano le nazioni. Tali varianti prendono forma nelle leggi che le nazioni si danno, rappresentandosi nelle loro assemblee elettive ⁽⁴⁶⁾. Contro questo corollario della sovranità nazionale sarebbe un'ignoratio elenchi evocare la repulsa ottocentesca di una pretesa onnipotenza dello Stato in ordine alla legislazione, an-

⁽⁴²⁾ Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane. Lettera aperta al Prof. F. Serafini, in *Archivio giuridico*, 1881, p. 489 (rist. *Index* 1990, a cura di F. Amarelli, p. 63).

⁽⁴³⁾ Sul § 19 del programma del partito nazionalsocialista (24 febbraio 1920), che opportunamente P. STEIN ricorda nel suo *Römisches Recht und Europa*, cit., p. 12 s., bastino qui le osservazioni di F. DE MARTINO, *Introduzione a Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, p. XVIII. L'intero programma veniva riprodotto da D. CANTIMORI, *Nazionalsocialismo* (1940), rist. *Politica e storia contemporanea. Scritti (1927-1942)*, Torino, 1991, p. 477 s. (cfr. p. 480).

⁽⁴⁴⁾ B. MUSSOLINI, *Discorsi scelti* da B. Giuliano, Bologna, 1940, pp. 82 (28 ottobre 1925 alla Scala), 136 (alla Camera dei deputati, 26 maggio 1927).

⁽⁴⁵⁾ F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), rist. fra gli *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 763 e nota 1.

⁽⁴⁶⁾ P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* (1851), rist. nella raccolta *Diritto internazionale. Prelezioni*, Napoli, 1873, p. 41.

che se di frequente la formula vassalliana viene posta a servizio di una polemica esasperata contro tutto quanto sappia di moderno ⁽⁴⁷⁾. Una considerazione attenta ai contesti – e più ancora l'osservazione dell'esperienza giuridica nella sua multilateralità – mostra che non sussiste antitesi tra la formula suggestiva *estrastatualità del diritto*, che generalizza il rilievo di Filippo Vassalli, ed il suo opposto. Seppure l'estrastatualità sia un carattere del diritto civile, ma non un denotante, essa interagisce con la schietta statualità dei *remedies* posti a difesa delle aspettative dei singoli e dei loro gruppi, che bene sottolinea Peter Stein ⁽⁴⁸⁾; e questi conviene conoscere nelle varietà che i diversi ordinamenti danno loro. D'altro canto la stessa figura dello Stato *sovrano* (e tendenzialmente) *nazionale* non consiste senza riguardo alla pluralità degli ordinamenti, se il carattere di *esclusività* prende certezza nel riconoscimento compiuto dalla comunità degli Stati – da un grado dell'esperienza che è *estrastatuale* –. È così la conoscenza di ciascuno fra gli ordinamenti statali non è possibile fuori del contesto cui questi ineriscono. È la ragione per cui nessuna scuola nazionale di diritto potrebbe raggiungere i propri scopi se escludesse dalla propria struttura elementi estranazionali. Ed è il senso dell'opera compiuta fin qui da Peter Stein.

Ed è la ragione che induce l'antica scuola perugina di diritto ad onorare oggi se stessa, accogliendolo fra i suoi maestri.

⁽⁴⁷⁾ Conviene meditare sulla *reprobatio, proscriptio atque damnatio* contenuta nel Sillabo, allegato all'enciclica *Quanta cura*, 8 dicembre 1864: H. DENZINGER – A. SCHÖNMEITZER, *Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum*, Freiburg im Breisgau, 1965, numm. 39, 80. In una versione officiosa, ripr. in F. DE GREGORIO, *Per una storia dei rapporti tra Stato e Chiesa*, Roma, 2001, pp. 190, 195, si incontrano formule oggi correnti.

⁽⁴⁸⁾ P. STEIN, *Codice europeo e problemi di applicazione*, cit., c. 47 (*Il futuro codice europeo dei contratti*, cit., p. 144 s.).

ALBERTO DONATI

GIUSNATURALISMO E GIUSPOSITIVISMO NELLA
DOCTRINA INTERPRETATIONIS DEL DONELLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — *Parte I - Aspetti della metodica donelliana nello studio del diritto giustiniano*: 2. La metodica diairetica platonica come fonte della metodica donelliana. — 3. Sistemática donelliana e sistemática illuministica. — 4. Sistemática donelliana e sistemática pandettistica. — 5. Sistemática pandettistica e sistemática illuministica. — 6. La diversa rilevanza del diritto soggettivo nelle due visioni. — 7. Sistemática donelliana e sistemática giuspositivistica. — *Parte II - L'interpretazione della legge*: 8. *Sententia legis e verba legis*. Il loro reciproco rapporto. — *Sezione I - L'interpretatio restrictiva* e le sue specificazioni: 9. Il concetto di *interpretatio restrictiva*. — 10. La *interpretatio restrictiva*: a) *ex aliis partibus ejusdem legis*. — 11. b) *ex ratione legis*. — 12. Segue. — 13. c) *ex aequitate*. — 14. Le ipotesi di inapplicabilità della interpretazione equitativa. — 15. d) *ex aliis legibus*. — *Sezione II - L'interpretatio extensiva* e le sue specificazioni: 16. Il concetto di *interpretatio extensiva*. — 17. *L'interpretatio extensiva*: a) *ex aliis partibus legis*. — 18. b) *ex contrariis*. — 19. c) *ex consequentibus*. — 20. d) *ex ratione legis*. — 21. Segue. — 22. I soggetti della interpretazione estensiva. — 23. Se *l'interpretatio extensiva* sia applicabile al *jus singolare*. — *Parte III - Semeiotica ed interpretazione*: 24. *De verborum ambiguitate et obscuritate*. — 25. La risoluzione della *ambiguitas* o della *obscuritas* derivanti: a) *ex ambiguitate verborum*. — 26. b) *ex compositione orationis*. — 27. c) *ex incertitudine naturae*. — *Parte IV - Il rapporto tra il giudice, la legge e l'equità*: 28. *Judicare quid sit*. — 29. Il contrasto tra la legge e l'equità.

1. — La *Jurisprudentia culta* presenta, ove la si consideri dal punto di vista della metodica che presiede alla rappresentazione dei contenuti del *Corpus* giustiniano, almeno due orientamenti.

Il primo, che può dirsi prevalente, consiste in ciò, che l'ordine delle materie, la successione degli argomenti, sono scanditi dai titoli e dalle leggi di quel testo. Tali leggi sono seguite da un commento che si caratterizza per l'assenza dell'impiego del concetto di ente (*ens*), delle quattro causalità aristoteliche, delle categorie teologiche scolastiche, per la presenza di una spiccata tendenza al momento filologico ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Questi caratteri trovano la propria fondazione nella giurisprudenza umanistica italiana. Vd. F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, Trad. it., Vol. II,

Il secondo, invece, si emancipa dall'assetto giustiniano ed organizza lo scibile giuridico in una struttura sistematica le cui categorie ordinanti sono i «dogmi», i concetti, vale a dire, che costituiscono il prodotto di un processo di astrazione progressiva, che sintetizzano ciò che vi è di comune tra fattispecie diverse, diversamente collocate nella trama del *Corpus* (2).

È, questa, la metodica adottata dal Donello. Essa dà luogo ad almeno quattro ordini di problemi: il primo, relativo alla individuazione della sua fonte: se, quindi, costituisca un prodotto originale del pensiero di questo giurista, ovvero, se abbia riscontro in modelli pregressi (3); il secondo, relativo alle sue caratteristiche, vale a dire, alle modalità del suo svolgimento (4); il terzo, riguardante il suo rapporto, da un lato, con la metodica illuministica, dall'altro, con la metodica adottata dalla Pandettistica (5); il quarto, attiene alla sua relazione con la sistematica giuspositivista che si sviluppa nel quadro della codificazione moderna (6).

Lo «spirito filologico», il ripristino del testo originario, si sviluppano parallelamente al processo di storicizzazione del testo giustiniano. Quest'ultimo permane la fonte non pretermettibile del sapere giuridico, la fonte sulla base della quale ha luogo la formazione del giurista (7), la fonte primaria del diritto (8) e, tuttavia, si accentua il ruolo di diritto residuale, di diritto che si applica allorché il diritto locale non provveda diversamente, il ruolo di esperienza giuridica trascorsa.

Roma, 1972, Cap. LIX, p. 757 ss., Cap. LX, § 131, p. 778 s.; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Trad. it., Sansoni, 1962, Cap. IX, p. 185 ss.

(2) Vd. A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma giuridica*, Torino, 1996, p. 87: «i civilisti rinascimentali del *mos gallicus*, sono tendenzialmente razionalisti e preilluministi che affermano la necessità del sistema e delle categorie, fondando così la dogmatica giuridica».

(3) Vd., *infra*, § 2.

(4) Vd., *infra*, § 3.

(5) *Ibidem* e § 4.

(6) Vd., *infra*, § 7.

(7) DONELLUS, *Opera omnia*, Florentiae, 1840, Tom. I, Lib. I, Cap. XVI, § VIII, c. 147 s.: «Juris Romani cognitio utilis ad interpretationem juris patrii, seu Statutorum» (epigrafe esplicativa).

(8) DONELLUS, *ubi supra*, § II, c. 141: «Res, quae proponitur, est ars aequi, et boni. Sic enim ad commendationem definitur in *L. 1. D. de just. et jur.* Est ars justitiae constituendae, et tuendae caussa comparata»; e HILIGERUS, nella nota 6 al § VIII, c. 148, riporta il pensiero espresso, a proposito del diritto romano, da Calbot. 2. *Disp. I*: «Hic vero latissima divini, et humani juris flumina, uberes civilis philosophiae, et antiquitatis rivuli».

La dottrina dell'interpretazione del Donello costituisce l'ulteriore momento di riscontro di tale spirito. Anch'essa viene ricondotta alla funzione, attribuitagli da Giustiniano, di attività strumentale rispetto alla determinazione della *ratio legis*. Questa funzione è così assorbente da influenzare il significato da attribuire al termine *ars* che concorre a definire il *jus* nel primo frammento dei *Digesta*: «Est enim ars juris, praeceptorum juris comprehensio» (9). Nella visione giustiniana, pertanto, l'*ars* perde il suo significato originario di deduzione dal fatto del diritto naturale ad esso afferente (10), per acquisire quello di interpretazione del diritto positivo.

Con valutazione d'insieme, si può dire che l'interpretazione della Glossa e del Commento è «nomopoietica», è «produzione di norme a mezzo di norme» (11); la lettura *culta* restituisce, invece, le norme sulla interpretazione della legge alla loro funzione di criteri dichiarativi, descrittivi, della *ratio legis*. Di conseguenza, il testo giustiniano viene ripristinato nel suo significato originario, donde, appunto, la sua ulteriore storicizzazione.

L'adozione, da parte del Donello, del metodo sistematico, esplica la sua influenza anche sulla ricostruzione della teoria della interpretazione che assume, così, anch'essa, una strutturazione corrispondente, capace, per ciò stesso, di abbracciare la totalità della problematica ermeneutica.

Essa, per questa sua comprensività, costituisce l'archetipo di qualsiasi teoria sulla interpretazione della legge, in ciò la sua attualità. Ed infatti, se il dato di diritto positivo è quello giustiniano, è altrettanto vero che i criteri ermeneutici da esso espressi trascendono questa collocazione, appartengono, vale a dire, alla filosofia della interpretazione.

La *doctrina interpretationis* del Donello, in quanto incentrata sul primato della *ratio legis*, si sviluppa lungo quattro direttrici. La prima, è relativa

(9) DONELLUS, *ubi supra*, Cap. III, § III, c. 16.

(10) Su tale significato, vd. A. DONATI, *Volontarismo ed intellettualismo nella definizione della giustizia*, in *Studi in memoria di A. Giuliani*, Vol. I, ESI, 2001, § 10, p. 172 ss.; §§ 16-18, p. 195 ss.

(11) S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, IV Ed., Vol. X *Civile*, UTET, § 3, p. 12 (dell'estratto). L'attività interpretativa si risolve, pertanto, in «un

al rapporto tra la *ratio* ed i *verba*, nel cui contesto ha luogo, da un lato, l'*interpretatio restrictiva* e, dall'altro, l'*interpretatio extensiva*.

Questa parte della interpretazione presuppone la chiarezza della lettera della legge, mentre trattasi di individuarne la *ratio*, di adeguare quella a questa.

La mancanza della chiarezza introduce il secondo aspetto della teoria della interpretazione che si basa sulla concettualizzazione delle ipotesi di oscurità, onde poter procedere ordinatamente e con appositi strumenti logici al loro superamento. Ogni «ambiguitas atque obscuritas orationis», afferma il Donello, deriva «aut ex ambiguitate singulorum verborum, aut ex compositione orationis, aut ex incertitudine naturae, quae inest in ea re, de qua jus statutum» (12). È, così, tracciato il sistema risolutivo di questa problematica.

La terza parte della interpretazione riguarda il problema del rapporto tra il giudice e l'equità, problema che, nella lettura donelliana, si presenta allorché la legge contrasti con essa.

Il Donello, in quanto interprete del testo giustiniano, accoglie la soluzione giuspositivistica incentrata su tre proposizioni: la prima, relativa alla presunzione di conformità della legge all'equità; la seconda, posto il contrasto, volta ad affermare la preminenza della regola positivizzata sull'equità; la terza, diretta a riservare al legislatore il giudizio su tale contrasto. Costruzione irta di difficoltà considerata la compresenza, in quel testo, di principi opposti, diretti, in sé e per sé considerati, a legittimare la soluzione giusnaturalistica, vale a dire, a ritenere prerogativa del giudice l'adeguamento della norma al diritto naturale.

La quarta parte individua il problema posto dalle lacune la cui soluzione non sia stata possibile alla stregua di quella *species* della *interpretatio extensiva* costituita dalla *interpretatio ex ratione legis* (13). Per altro, nella visione del Donello, questa tematica esorbita dall'ambito della interpretazione, non essendo consentito al giudice altro rimedio se non quello di sottoporre il *casus* al legislatore (14).

fatto normativo, non cognitivo, e cade nel campo della nomopoiesi, non in quello dell'*epimeneutica*» (*ibidem*).

(12) DONELLUS, *op. cit.*, Tom. I, Lib. I, Cap. XV, § III, c. 128 s.

(13) Vd., *infra*, § 11.

(14) DONELLUS, *ubi supra*, Cap. XI, § II, c. 76.

Il taglio rigidamente giuspositivistico della *doctrina interpretationis* del Donello, solleva l'ulteriore problematica consistente nello stabilire il rapporto in cui essa si pone con l'interpretazione giusnaturalistica (15).

La presente ricerca, pertanto, è suddivisa in due parti. La prima, è relativa alla metodica sistematica adottata dal Donello ed ai suoi rapporti con quella, ugualmente sistematica, propria del giusnaturalismo e del giuspositivismo; la seconda, alla *doctrina interpretationis*, nelle sue varie articolazioni.

I

ASPETTI DELLA METODICA DONELLIANA
NELLO STUDIO DEL DIRITTO GIUSTINIANO

2. — Si è già detto come la *Jurisprudentia culta*, ove la si consideri dal punto di vista del metodo che presiede alla esposizione delle materie disciplinate nel *Corpus*, presenta almeno due orientamenti. Il primo, prevalente, di carattere esegetico, legato, quindi, all'ordine delle fattispecie dato da Giustiniano; il secondo, volto ad ordinare sistematicamente queste stesse fattispecie alla stregua di categorie ordinanti desunte dal loro contesto.

Il quadro di insieme che risulta dalla applicazione di questa seconda metodica si presenta come una gerarchia di concetti, di «dogmi» (16), appunto, disposti secondo un andamento piramidale, il cui grado di astrazione e, quindi, la cui capacità ordinante è minima nei concetti situati nella base, mentre è massima nel concetto posto al vertice (17).

Da quest'ultimo, che rappresenta il *primum verum*, si dipartono in progressione, coppie di concetti o di categorie ordinanti, fin tanto che tutta la materia del *jus civile* abbia trovato una compiuta sistemazione.

Inversamente, le categorie ordinanti inferiori, non rinvenendo in se

(15) L'economia del presente lavoro, non ne consente la trattazione. Essa, peraltro, è in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di C.M. Bianca*, con il seguente titolo: *Giusnaturalismo e giuspositivismo nella interpretazione della norma giuridica*.

(16) «Dogmi», in quanto concetti che devono essere assunti come veri perché posti dal legislatore e non perché siano intrinsecamente tali.

(17) Per una visualizzazione di tale sistema, vd. A. DONATI, *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1990, p. 500 ss.

stesse la propria giustificazione, rinviano alle categorie ordinanti superiori, delle quali non sono che specificazioni, fino a ricongiungersi, per questa serie di tramite ascendenti, al *primum verum*, alla definizione, cioè, del diritto⁽¹⁸⁾.

È, questa, come si è detto, la metodica prescelta dal Donello. Essa presenta una ulteriore caratteristica consistente nel suo svolgimento binario. I concetti, infatti, i «dogmi», si bipartiscono, dando così luogo ad una progressione discendente e, inversamente, ad una progressione ascendente, che termina nel concetto primo in cui è racchiusa la totalità delle materie contenute nel *Corpus*.

La logica binaria del Donello, trova il proprio fondamento nella metodica diairetica di Platone⁽¹⁹⁾. Quest'ultima si basa sull'affermazione secondo cui le «cose che sono» portano, in sé, connaturato, il finito e l'infinito, sono, in altri termini, al tempo stesso, unità e molteplicità⁽²⁰⁾. Esse sono finite in quanto realtà delimitate; infinite, in quanto capaci di dispiegarsi nel tempo e nello spazio in modi di essere sempre diversi. Platone fa l'esempio della voce (e della musica) che è una e, tuttavia, molteplice. La sua analisi fa scoprire quegli elementi costitutivi delle parole che sono le lettere dell'alfabeto, lettere che si prestano, poi, ad infinite combinazioni. La conoscenza, pertanto, non deve fermarsi alla molteplicità, ma scomporre quest'ultima nei suoi elementi costitu-

⁽¹⁸⁾ Il diritto viene definito dal Donello come «constitutio omnis iubens in publicum, permittensve, quae recta sunt, prohibensque contraria; iis, quibus posita est, parendi necessitatem imponens». Vd. *op. cit.*, Tom. I, Lib. I, Cap. V, § I, c. 23. *Jur.*, avverte il Donello, *verbum ambiguum est*. Sui significati che a questo termine possono essere dati in senso traslato, vd., *ubi supra*, Cap. III, in particolare, § III e IV, c. 15 ss.

⁽¹⁹⁾ Per l'espressione, vd. *Sofista*, Cap. XXIII, 235 c-d. Questa logica non è che una parte della gnoseologia platonica che si incentra, come è noto, sulla reminiscenza delle verità apprese dall'anima, nella sede metafisica, prima della discesa nel mondo sensibile (*Fedone*, 72e; *Fedro*, 247c-e; 249c; *Rep.*, 509c - 517c). Essa si sviluppa in tre fasi, la conoscenza sensibile, la conoscenza dianoetica, l'intellezione. Il punto di arrivo di questo itinerario è costituito dall'idea del Bene, dall'idea stessa di Dio: «nel mondo conoscibile, punto estremo e difficile a vedersi è l'idea del bene; ma quando la si è veduta, la ragione ci porta a ritenerla ... la causa di tutto ciò che è retto e bello; e nel mondo visibile essa genera la luce e il sovrano della luce, nell'intelligibile largisce essa stessa, da sovrana, verità e intelletto» (*Rep.*, 517b-c).

Sul rapporto tra la logica del Donello e la logica di Ramo, vd., invece, PICARDI, in *Enc. dir.*, v. *Processo civile (dir. moderno)*, p. 101 ss.

⁽²⁰⁾ *Filebo*, 16c-d.

tivi⁽²¹⁾.

La metodica diairetica consta di due momenti. Nel primo, si circoscrive, un insieme omogeneo. Nel secondo, si procede alla sua scomposizione. Ciò permette di individuare insiemi e, per questa via, generi o concetti, di latitudine progressivamente meno estesa. In tal modo, l'insieme iniziale viene scomposto nei suoi sottoinsiemi, sino a giungere agli elementi primi non ulteriormente divisibili⁽²²⁾.

L'individuazione dei sottoinsiemi, perché non sia arbitraria, deve evidenziare l'esistenza dei «ritmi», delle «misure», delle «armonie», vale a dire, le singole parti devono risultare connesse sulla base di rapporti esprimibili in termini numerici, ciò che è il riflesso della intrinseca razionalità dell'insieme studiato⁽²³⁾.

La suddivisione ha luogo bipartendo. Si bipartisce, e si scartano, così, divisioni più complesse (tripartizioni, quadripartizioni, etc.), perché la bipartizione consente l'ordine migliore del complesso delle divisioni ottenibili⁽²⁴⁾.

La bipartizione deve, ogni volta, dare luogo alla separazione di insiemi aventi composizione omogenea, sì che nessun elemento costitutivo di ciascuno di essi possa essere ricompreso nell'altro. La separazione, e.g., operata dai Greci, tra Greci e «barbari» è bensì una divisione ma non una bipartizione in senso tecnico, poiché tanto gli uni quanto gli altri fanno parte dell'insieme «genere umano». Analogamente, opererebbe una divisione e non una bipartizione chi separasse e contrapponesse un numero a tutti gli altri numeri. Darebbe, invece, luogo ad una bipartizione chi di-

⁽²¹⁾ Vd. *Filebo*, Cap. VI - VIII, 16c - 18d.

⁽²²⁾ *Fedro*, Cap. XLIX, 265c - 266a: «Uno: abbracciare in uno sguardo d'insieme e ricondurre ad un'unica forma ciò che è molteplice e determinato ... [quindi] smembrare l'oggetto in specie, seguendo le nervature naturali, guardandosi dal lacerarne alcuna parte come potrebbe fare un cattivo macellaio» (265d-e).

Su tale metodica, vd. anche PLOTINO, *Enn.* I, 3, 4; II, 4, 5: «Il pensiero ... divide sin che arriva a un termine semplice che non può più essere analizzato».

⁽²³⁾ *Filebo*, 16d: «finché la prima unità non solo si veda che è unità e pure molteplicità ... ma si veda anche la sua struttura numerica»; 17c-e.

⁽²⁴⁾ Vd. *Sofista*, Cap. XLVIII, 264e. Vd. anche *Politico*, Cap. VI, 262b: «Ma, amico mio, non è scervo di pericoli il lavoro sottile d'intaglio, [ed] è molto più sicuro il procedere tagliando per metà, ed è così che meglio s'incontreranno le note caratteristiche delle cose»; Cap. XXVII, 287c: «Bisogna ... dividere sempre secondo il numero più vicino al due, più che sia possibile».

videsse il genere umano in maschile e femminile ed i numeri in pari e dispari ⁽²⁵⁾.

L'insieme può essere individuato come tale, oppure, essere indotto dalla necessità di inquadrare un singolo dato della realtà, dalla necessità di definirlo in relazione al genere più prossimo di appartenenza. In questo caso, si identifica il genere sommo in cui il dato può essere ricompreso e, quindi, si procede alla scomposizione sino a giungere al genere prossimo in cui questo stesso dato si inquadra.

La bipartizione assume un andamento destrorso ⁽²⁶⁾: dei due concetti individuati, si pone a sinistra, e lo si abbandona, quello meno attinente al dato da inquadrare, mentre si colloca a destra quello ad esso più prossimo, o più consono. Si procede, poi, alla bipartizione del concetto in tal modo individuato e così di seguito ⁽²⁷⁾.

Si supponga di dover inquadrare e, per questa via, meglio qualificare, l'arte del pescatore con la lenza.

Il complesso di tutti le arti – che è l'insieme in cui latamente tale attività può essere collocata – si bipartisce in arti del fare ed in arti dell'acquisire. Il pescatore con la lenza cade in quella dell'acquisire poiché egli non fa, non produce, il pesce che pesca. È con ciò giustificata la preferenza, ai fini della partizione successiva, di questo concetto, posto, conseguentemente, a destra nel quadro della bipartizione svolta.

L'arte dell'acquisire, a sua volta, si suddivide nell'arte degli scambi volontari (contratti) e nell'arte di impadronirsi di qualcosa in quelle situazioni in cui non necessita il concorso della volontà altrui. La prima partizione cade, mentre rimane la seconda.

Quest'ultima, a sua volta, si scompone nell'arte di impadronirsi con la lotta scoperta e nell'arte di impadronirsi con la lotta nascosta, vale a dire, con la caccia. La caccia, ancora, si suddivide in caccia di esseri inanimati e in caccia degli animali.

La caccia agli animali, poi, si suddivide in caccia agli animali terrestri e in caccia agli animali acquatici (pesca).

Quest'ultima, che maggiormente si avvicina all'arte propria del pe-

⁽²⁵⁾ Vd. *Politico*, Cap. VI e VII, 261e - 263b.

⁽²⁶⁾ *Fedro*, 266a.

⁽²⁷⁾ *Sofista*, Cap. XLVIII, 264e.

scatore, si suddivide in pesca «che si fa automaticamente per mezzo di chiusure» e in pesca che si fa «colpendo direttamente la preda», in pesca, quindi, «a percussione». Questo tipo di pesca, finalmente, si bipartisce in pesca a percussione con il tridente, che consiste nel colpire il pesce muovendo questo strumento dall'alto verso il basso e in pesca a «percussione coll'amo» che consiste, invece, nel colpire il pesce muovendo l'amo, o, meglio, lo strumento che lo sorregge, dal basso verso l'alto ⁽²⁸⁾.

Il Donello si ispira alla logica binaria platonica, piuttosto che seguirlo pedissequamente. Ed infatti, fermo rimanendo l'andamento binario, egli non sempre abbandona la partizione di sinistra che, invece, viene, a sua volta, sviluppata secondo le implicazioni di cui è capace.

Questa differenziazione non è, tuttavia, tale da pregiudicare il carattere diairetico della metodica, né, tanto meno, il suo andamento sistematico.

3. — La metodica sistematica del Donello, se può essere indice del progressivo maturarsi dell'*esprit de géométrie* che ormai pervade la cultura europea, nulla ha a che vedere con la metodica sistematica reintrodotta ⁽²⁹⁾,

⁽²⁸⁾ *Sofista*, 218b - 221a: «E così ora tu ed io per quanto riguarda la pesca colla lenza non solo siamo concordi nella denominazione, ma anche abbiamo acquisito in maniera soddisfacente il discorso che rende ragione della cosa. Di tutta l'arte infatti una metà abbiamo visto essere l'arte dell'acquisire, e, di questa, una metà quella dell'impadronirsi, e, di questa, una metà la caccia, e, di questa, una metà la caccia agli animali, e, di questa, una metà la caccia agli animali acquatici, e, di questa, la metà che sta in basso abbiamo visto essere la pesca nel suo complesso, e, di questa, una metà la caccia ai pesci mediante percussione, e, di questa, una metà la pesca coll'amo; di questa, quella metà che si fa dando il colpo dal basso in alto e tirando, con una denominazione assunta da quella all'azione stessa e così ad essa assimilata, è stata chiamata "pesca colla lenza", l'oggetto della nostra ricerca» (*Sofista*, 221a-c). Per ulteriori applicazioni di questa metodica, vd. 221c - 226a a proposito dell'inquadramento dell'arte sofistica. Vd., altresì, *Politico*, Cap. II-X, 258b - 267d. Il problema, in questo caso, consiste nell'inquadrare l'arte regia o politica.

⁽²⁹⁾ Anche per Aristotele, infatti, la giustizia naturale (*justum naturale, justum non scriptum seu inditum, justum simpliciter*) (*Ethica ad Nicomachum*, Marietti, 1949, *Thom. Aq. expos.*, § 1016; § 1733; Id., *Politica*, Marietti, 1966, *Thom. Aq. expos.*, § 79), deriva all'uomo dalla natura, vale a dire, da Dio (Id., *Physica*, Marietti, 1965, *Thom. Aq. expos.*, § 1172: «Primum principium totius naturae ... Deus»). Essa è scritta nella mente umana (*Ethica ad Nic.*, cit., *Thom. Aq. expos.*, § 1017: «[iustum naturale est] quod natura menti humanae indidit»; § 1019: «iustum naturale est ad quod hominem natura inclinab»; § 1072: «iustum ... naturale ... non potest ignorari, quia naturaliter est menti humanae impressum») ed è, conseguentemente, anche universale. Essa comanda di compiere il bene e di evitare il

nel campo del diritto, da Ugo Grozio.

La differenza fondamentale risiede in ciò, che la prima si esplica nel quadro del diritto ridotto a legge, la seconda, nel quadro del diritto naturale. La prima, si svolge diaireticamente, la seconda, sillogisticamente.

La metodica illuministica, infatti, si basa sulla individuazione di un *primum verum*, evidente per se stesso, insuscettibile, dunque, sia di dimostrazione che di confutazione⁽³⁰⁾. Da esso, per inferenze successive, alla stregua del sillogismo apodittico (*sylogismus scientialis*), si deducono le ulteriori verità che gli sono immanenti⁽³¹⁾. Quest'ultime sono veridiche in quanto veridico è il *primum verum*, talché esse si definiscono *veritates parti-*

male (non uccidere, non rubare, etc.), traducendosi nei precetti di diritto naturale (*ubi supra*, § 1018) e in quegli ulteriori deducibili da quest'ultimi secondo un nesso inferenziale (*ubi supra*, § 1023: «quicquid ex iusto naturali sequitur, quasi conclusio, ... [est] iustum naturale»).

I *prima principia*, pertanto, non afferiscono soltanto alla *scientia*, bensì, anche alla *ratio practica*: «Sicut enim in speculativis sunt quaedam naturaliter cognita, ut principia indemonstrabilia et quae sunt propinqua his; quaedam vero studio hominum adinventata, et quae sunt propinqua; ita etiam in operativis sunt quaedam principia naturaliter cognita quasi indemonstrabilia principia et propinqua his, ut malum esse vitandum, nulli esse iniuste nocendum, non furandum, et similia» (ARIST., *Ethica ad Nic.*, cit., *Thom. Aq. exposit.*, § 1018). Talché «praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practica, sicut principia prima demonstrationis se habent ad rationem speculativam: utraque enim sunt quaedam principia per se nota» (THOM. AQ., *Summa th.*, I-II, q. 94, a. 2. Vd. anche la precedente q. 91, a. 3; I-II, q. 100, a. 1: «Sicut autem omne iudicium rationis speculativae procedit a naturali cognitione primorum principiorum, ita etiam omne iudicium rationis practicae procedit ex quibusdam principiis naturaliter cognitis»; q. 90, a. 1, *Ad II*: «Et huiusmodi propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis». Analogamente, Soto, *ubi supra*, Lib. I, q. IV, a. II, *In contrar.*, f. 11: «perinde se habent huiusmodi praecepta legis naturae circa principia agibilium, ut principia in speculabilibus».

La diversità tra la visione aristotelica e quella scolastica risiede, da un lato, nel diverso ruolo che, nell'una e nell'altra visione, è svolto dalle *circumstantiae* (dal punto di vista della prima è il comportamento dell'uomo virtuoso a qualificare le circostanze - vd. *Ethica nicomachea*, 1104b26 -; dal punto di vista della seconda: «actiones humanae secundum circumstantias sunt bonae vel malae» - THOM. AQ., *Summa th.*, I-II, q. 18, a. 3, *Sed c.* -), dall'altro, dal diverso grado di cogenza del diritto naturale (vd. A. DONATI, *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1990, §§ 36-49).

⁽³⁰⁾ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Amstelredami, 1720, *Prol.* 39: «Primum mihi cura haec fuit, ut eorum, quae ad jus naturale pertinent, probationes referrem ad notiones quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat».

⁽³¹⁾ Più estesamente, vd. A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, §§ 1-9, in *AIDA*, 1997, p. 405 ss.

cipatae a principio⁽³²⁾.

Il sistema ricostruito dal Donello riguarda, invece, l'ordine degli argomenti immanente al *Corpus*, mentre la veridicità dei relativi contenuti viene fatta risiedere in quello che egli considera il triplice fondamento del diritto romano: la «*rei dignitas et praestantia*», la «*auctorum sapientia et virtus*», l'«*ipsius populi, et civium consensus*»⁽³³⁾, in ultima analisi, nella definizione del diritto⁽³⁴⁾ che, per altro, ha una veridicità legata al presupposto secondo cui la fonte del diritto è la legge⁽³⁵⁾.

La metodica diairetica, seguita dal Donello, non fonda la vincolatività dei precetti giuridici che, infatti, acquisiscono questo carattere in quanto trovino una precisa collocazione in una disposizione normativa del *Corpus*, in definitiva, in quanto siano leggi positive.

Nella metodica illuministica i precetti sono intrinsecamente vincolanti in quanto *veritates per se evidentes*, ovvero, in quanto verità inferenziali (*veritates participatae a principio*).

In altri termini, la differenza tra le due metodiche riguarda la fonte del *primum verum* da cui si dipartono i relativi sistemi.

Nella metodica illuministica, il *primum verum* è una verità razionale ed è tale in quanto è *per se evidens*; essa, pertanto, non è dedotta da un *corpus* normativo preesistente; nella metodica diairetica donelliana, il *primum verum* è costituito dal corpo giustiniano, mentre la prima categoria ordi-

⁽³²⁾ Sulla descrizione di questo procedimento logico, vd. ARIST., *Post. analyt.*, I, Marietti, 2ª ed., 1964, *Thom. Aq. expositio*, § 118: «Ex veris semper concluditur verum»; vd., altresì, § 373; H. GROTIUS, *De imperio summarum potestatum circa sacra*, Neapoli, 1780, Tom. I, Cap. III, § 3, p. 20: «Juris autem naturalis, ne quis fallatur vocis ambiguo, non ea tantum dicuntur esse quae ex principiis natura notis, sed illa etiam quae ex naturalibus principiis naturaliter, hoc est certo et definite, fluunt»; R. DESCARTES, *Discours de la méthode, Texte et commentaire* par É. Gilson, Paris, 1987, II *Partie*, p. 18 s., che fa riferimento a «Ces longues chaînes de raisons»; C. WOLFIUS, *Cosmologia generalis*, Ed. et cur. Joannes Ecole, Georg Olms Verlagsbuchhandlung Hildesheim, 1964, § 10: «Ea inter se connecti dicuntur, quorum unum continet rationem sufficientem coexistentia, vel successionis alterius»; ID., *Jus naturae*, in *Gesammelte Werke*, II. *Abt.*, Band. 17, G. Oims Verlag, 1972, § 16, p. 15: «Ratio, in qua terminatur analysis rationis proximae in suas remotiores, seu a qua incipit illa rationum series, in qua tandem ad proximam descenditur, vocatur prima, si ab ea descendendo progredieris ad proximam; ultima vero, si a proxima regrederis, donec tandem subsistendum».

⁽³³⁾ DONELLUS, *op. cit.*, Tom. I, Lib. I, Cap. XVI, § I, c. 141.

⁽³⁴⁾ Vd., *retro*, nota 17.

⁽³⁵⁾ DONELLUS, *ubi supra*, Cap. XI, c. 75 ss.

nante, consistente nella definizione del diritto, è un «dogma», in quanto concetto desunto da questo stesso corpo.

La metodica sistematica illuminista si configura come tale in relazione alla fonte del diritto ed al suo dispiegarsi in precetti logicamente connessi; la metodica diairetica donelliana individua le categorie ordinanti il diritto positivo e la loro disposizione deducendoli dallo studio del diritto positivo stesso.

La consequenzialità del sistema donelliano non ha, pertanto, carattere necessario, ben potendo svolgersi diversamente. Che l'*id quod cuiusque est* si ripartisca nel *jus divinum* e nel *jus humanum*, che quest'ultimo, a sua volta, si suddivida nel *jus publicum* e nel *jus privatum* ⁽³⁶⁾, e così di seguito, esprime, di certo, una sistematicità, per altro, non necessaria; essa segue uno svolgimento logico ma non inferenziale.

Al contrario, dal *primum verum* costituito dalla *alieni abstinentia* consegue, alla stregua di una inferenza sillogistica, la vincolatività della promessa ⁽³⁷⁾. Il precetto *pacta sunt servanda* (*promissorum implendorum obligatio*), in sé e per sé considerato, non è senz'altro cogente, come è attestato dalla tradizione di pensiero che non gli riconosce una valenza normativa ⁽³⁸⁾. Ma, posta l'*alieni abstinentia*, esso ne costituisce una inferenza necessaria, venendo, così, partecipato della relativa veridicità e cogenza. Ed infatti, il recesso unilaterale pregiudica le aspettative della controparte, viola, per ciò stesso, il precetto dell'*alieni abstinentia*. Analogamente, posto questo precetto, si configura come inferenza sillogistica l'obbligo del risarcimento del danno per le ipotesi della sua violazione ⁽³⁹⁾.

Inoltre, il *primum verum* della sistematica illuministica svolge la funzione di dettare la regola di giustizia per tutte le possibili relazioni uma-

⁽³⁶⁾ Vd. il luogo cit., *retro*, nella nota 17.

⁽³⁷⁾ Vd. GROTIUS, *op. cit.*, *Prol.* 8.

⁽³⁸⁾ Vd. SPINOZA, *Tractatus politicus*, Lipsiae, 1843, Art. XII: «Fides alicui data, qua alicui solis verbis pollicitus est, se hoc aut illud facturum, quod pro suo jure omittere poterat, vel contra, tamdiu rata manet, quamdiu ejus, qui fidem dedit, non mutatur voluntas». Analogamente, HOBBS, *Leviathan sive De materia, forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, in *Opera omnia*, Vol. III, Londini, 1841, Second Reprint, 1966, Scientia Verlag Aalen, II, Cap. XIV, cpv. «Verum, si», p. 107; ID., *Elementorum Philosophiae, Sectio Tertia, De cive*, in *Opera omnia*, Vol. II, Londini, 1839, Second Reprint, 1966, Scientia Verlag Aalen, Cap. II, § 11, p. 174.

⁽³⁹⁾ Vd. GROTIUS, *loc. ult. cit.*

ne ⁽⁴⁰⁾, consentendo, per la sua stessa unicità, l'uguaglianza di valutazione e, quindi, di trattamento, pur nella diversità di ciascuna situazione concreta. Ciò è precisamente il contrario di quanto consentito dalla lettura diairetica del corpo giustiniano che conduce, infatti, ad assicurare l'individualità-diversità alla stregua dello *status* giuridico proprio di ciascun soggetto. In altri termini, l'affermazione secondo cui il diritto è la legge, non si configura come un precetto sostanziale di giustizia capace di garantire l'uguaglianza del trattamento, bensì, si risolve nella prescrizione volta a rinvenire la norma particolare che disciplina la controversia onde ricevere da essa la regola del caso. Inoltre, questa visione dà luogo a due tematiche non riscontrabili nel giusnaturalismo illuministico: l'individuazione del criterio da seguire allorché si ritenga che la legge contrasti con il diritto naturale; il problema delle lacune.

4. — La metodica del Donello, in quanto diretta a ricostruire sistematicamente un insieme normativo dato, è, quanto meno, prodromica della sistematica adottata dalla pandettistica ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Vd. GROTIUS, *op. cit.*, *Prol.* 39: «Nos ne quid tale indictum abiret, operam dedimus, indicatis etiam dijudicationum fontibus [i.e., praeceptis generalibus], unde facile esset etiam si quid omissum a nobis esset definire».

⁽⁴¹⁾ Vd. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. it., Vol. I, Torino, 1886, *Prefazione*, p. 21, p. XXXVI dell'originale: «Io pongo l'essenza del metodo sistematico nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità». Per l'aspetto diairetico, vd. *ibidem*, p. XXXVII dell'originale: «Tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi però siamo costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e per poterle comunicare agli altri».

Per quanto riguarda la sua avversione alla sistematica illuministica, vd. ID., *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, trad. it., Forni ed., Bologna, 1968, *Rist. an. della ed. del 1857*, Cap. VII, p. 171 s.

Sul piano ricostruttivo ed in senso conforme, vd. H. COING — H.F. LAWSON — K. GRÖNFORS, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt/M.-Berlin, 1959, p. 19: «Es wird ohne nähere Ausführung deutlich, dass wir hier [nella sistematica donelliana] die wesentlichsten Züge des uns vertrauten Pandektensystems vor uns haben». Altri storici ritengono, invece, che la sistematica pandettistica derivi da quella illuministica. Vd. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Trad. it., Milano, 1966, p. 19; G. PUGLIESE, *Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1973, p. 93, con riferimenti bibliografici; p. 119: «i pandettisti furono meno originali di quanto non si potrebbe immaginare, poiché gli stessi concetti che, dal

Dal punto di vista di quest'ultima, il complesso delle norme, costituenti l'ordinamento giuridico, si presta ad essere rappresentato sistematicamente in quanto promana da un'unica fonte, il *Volksgeist* ⁽⁴²⁾.

Esso si specifica in tre fonti principali del diritto, il convincimento del popolo (*die Volksüberzeugung*) ⁽⁴³⁾, che assume la denominazione di

punto di vista tecnico come da quello ideologico, più sembrano recare l'impronta pandettistica, quali ad esempio quelli di diritto soggettivo e di negozio giuridico, risalgono invece, almeno nella loro forma embrionale, al giusnaturalismo e al razionalismo settecenteschi».

Di opposto avviso, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Trad. it., Vol. II, Milano, 1967, p. 31, ed *ivi*, riferimenti bibliografici, che parla di una «fondazione *ex novo* di una scienza giuridica sistematica e cosciente del suo metodo».

Di certo, non si può senz'altro negare che la metodica sistematica propria del giusnaturalismo illuministico abbia avuto una qualche influenza sul pensiero di von Savigny, per questa via, della Pandettistica; ma resta pur sempre che il suo orientamento è antilluministico, come è reso palese dal rifiuto del primato dei *prima vera*, vale a dire, dei precetti di diritto naturale che conducono a quello degli *human rights*. È il Donello che dimostra la possibilità di costruire sistematicamente il diritto romano giustiniano, di dare veste sistematica ad un diritto posto come incapace di assumere questa veste a causa del suo essere ritenuto il prodotto della metodica topica. Questo, precisamente, è il punto di connessione tra le due sistematiche. Vd., *infra*, nel testo.

⁽⁴²⁾ Vd. G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, IX Ed., Vol. I, Leipzig, 1881, p. 21: «Die einzelnen Rechtssätze, die das Recht eines Volks bilden, stehen in einem organischen Zusammenhang unter einander, der sich zuvörderst durch ihr Hervorgehen aus dem Geist des Volks erklärt, indem die Einheit dieser Quelle sich auf das durch sie Hervorgebrachte erstreckt». Sulla sistematica della pandettistica vd. anche PALAZZO, *L'interpretazione...*, cit., p. 104 ss.

⁽⁴³⁾ Il popolo non va inteso come una delle classi integranti la società civile, bensì, come nazione che si dispiega nella storia. Vd. PUCHTA, *ubi supra*, p. 17: «Dieser Wille ist nicht der Wille des Volks als eines Bestandtheils des Staats, sondern des Volks als der natürlichen Verbindung, welche das Fundament des Staats ist ... Beide haben jene übernatürliche und natürliche Entstehung mit einander gemein; sie beruhen auf Gottes Ordnung, und dem Willen, den der Mensch als Glied einer Nation hat»; VON SAVIGNY, *Sistema...*, cit., § 7, p. 42 s.: «diritto del popolo ... non si deve intendere nel senso che i singoli individui, dei quali si compone il popolo, siano quelli per volontà dei quali il diritto venga creato ... Ma è bensì lo spirito popolare, vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo ... Poiché noi attribuiamo al diritto positivo un'origine invisibile, dobbiamo rinunciare ad ogni prova documentata di essa»; § 8, p. 47: «Se però noi consideriamo il popolo come una unità naturale, e quindi come soggetto del diritto positivo, non dobbiamo avere in mente soltanto gli individui, che in un dato tempo lo costituiscono; quell'unità si conserva attraverso le generazioni che si avvicendano, e collega il presente al passato e al futuro»; J.K. BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, 6^a Aufl., Neud. d. Ausgabe Stuttgart 1886, Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 19.

consuetudine (*die Gewohnheitsrecht*) ⁽⁴⁴⁾; la legislazione (*die Gesetzgebung*); la scienza (*die Wissenschaft*) ⁽⁴⁵⁾.

La pandettistica, pertanto, non opera la riduzione del diritto a legge, come avviene, invece, nella codificazione francese, ciò che le consente di non dar luogo ad una soluzione di continuità nei confronti della tradizione giuridica pregressa, di legittimare, così, gli istituti d'*Ancien Régime* ritenuti ancora vitali ⁽⁴⁶⁾.

Per quanto specificamente riguarda la scienza, suo compito è quello di palesare i concetti giuridici che sono immanenti all'ordinamento giuridico e, altresì, di descrivere l'andamento sistematico di questo stesso ordinamento ⁽⁴⁷⁾, dando così luogo al «diritto scientifico», altrimenti detto, «diritto dei giuristi» ⁽⁴⁸⁾.

Il sistema proprio della pandettistica è, dunque, dedotto dallo studio del diritto positivo, le cui fonti, sono, come si è appena detto, la consuetudine e la legislazione, con altra espressione, il «diritto romano attuale»,

⁽⁴⁴⁾ Vd. VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 8, p. 47.

⁽⁴⁵⁾ PUCHTA, *op. ult. cit.*, p. 18 s.

⁽⁴⁶⁾ Vd. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Tom. I, Paris, 1892, § 30, p. 36 s.: «L'école historique aboutit ainsi à la justification de tout ce qui a été, par le motif que cela a été; à la glorification et à la restauration du passé, au besoin par la force et par l'exercice du droit de conquête; elle ne reconnaît pas l'initiative progressiste du législateur; elle combat la codification, parce que la codification est la meilleure des garanties contre un retour vers le passé». Vd. PUGLIESE, *I pandettisti...*, cit., p. 123: «L'opposizione di Savigny alla codificazione ha il suo principale movente nel timore che norme di diritto privato, deliberate o proposte da organi di origine popolare (quali appunto erano, nella sua ottica, quelle del *code civil* francese), sovvertissero l'ordine tradizionale». L'A. prosegue mettendo in evidenza quello che potrebbe essere chiamato lo spirito della Restaurazione che anima la pandettistica, vale a dire, il coniugare insieme la conservazione del passato e le aspettative della borghesia tedesca. Insomma, una sorta di dispotismo illuminato.

⁽⁴⁷⁾ PUCHTA, *ubi supra*, p. 57: «Ich nenne dieses eine Genealogie der Begriffe, darin liegt, dass man diese Leiter nicht als ein blosses Schema von Definitionen betrachten darf. Jeder dieser Begriffe ist ein lebendiges Wesen, nicht ein todes Werkzeug, das bloss das Empfangene weiter befördert ... Der Vater der Rechtsinstitute ist das Princip des Rechts, die Mutter der Stoff, die Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge; in diesem letzteren Moment liegt die Seite der Nothwendigkeit in den Rechtsbildungen, ihre Vernunft, die Eigenschaft des Rechts als eines Systems». Vd., altresì, VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo...*, cit., in particolare, Cap. VII.

⁽⁴⁸⁾ PUCHTA, *Cursus...*, cit., p. 22: «So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle ...; das Recht, welches durch sie entsteht, ist *Recht der Wissenschaft*, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, *Juristenrechts*».

donde il savigniano «System des heutigen Römischen Rechts».

La scienza del diritto, inoltre, è strettamente connessa con i fatti della vita, talché deve poter soddisfare le mutevoli esigenze che maturano nel contesto sociale, deve adeguare il sistema a quest'ultime ⁽⁴⁹⁾.

Si evidenzia, così, quell'aspetto caratteristico di questa scuola, vale a dire, la visione storicistica del fenomeno giuridico, la cui matrice idealistica ⁽⁵⁰⁾ le consente di configurare l'esperienza giuridica come complesso di valori che variamente si dispiega e si attua nella storia, rimanendo, tuttavia, sostanzialmente immutato ⁽⁵¹⁾. È respinta, dunque, l'idea della progressività ⁽⁵²⁾, accolta, invece, dall'illuminismo giuridico (oltre che filoso-

⁽⁴⁹⁾ Sul piano ricostruttivo ed in senso conforme, vd. K. LARENZ, *Einführung*, I, in *Bürgerliches Gesetzbuch*, DTV, XXVI Aufl., 1980, p. 13: «Das nächste Anliegen der Historischen Rechtsschule war zwar die Erforschung sowohl des römischen wie des älteren deutschen Rechts aus den überlieferten Rechtsquellen, aber damit verband sich das Ziel, das in seiner ursprünglichen Gestalt erkannte Recht zugleich für die Gegenwart fruchtbar zu machen».

Sul piano ricostruttivo, vd. M. BREYER, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 1999, p. 66: «Il sistema può essere scoperto solo nella storia, perché è una realtà storica il "nesso organico" fra gli istituti che lo compongono».

⁽⁵⁰⁾ Vd., in senso conforme, LARENZ, *Storia del metodo...*, cit., p. 19; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Vol. II, cit., p. 32 s.; H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Trad. it., Milano, 1965, p. 261.

⁽⁵¹⁾ A rigore, esistono due versanti dello storicismo, uno conservatore, l'altro evolutivo. Il primo, è informato al principio *nihil sub sole novum*. Il presente, dunque, non presenterebbe mutamenti sostanziali rispetto al passato, al quale, pertanto, deve farsi riferimento al fine di reperire le regole più convenienti al momento attuale. Vd. von Savigny, in DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., nota 1123; vd., altresì, lo stesso Hegel, nella cui filosofia la «dialettica dell'infinito», vale a dire, l'evoluzione dello Spirito secondo la forma della spirale, si traduce nella «dialettica della totalità», vale a dire, in una visione dello Spirito che è concluso in se stesso, che è «totalità autocomprendente» (*ubi supra*, *Introduzione generale*, Cap. II.3.e, p. 62), è immobilità (vd. anche G. DE RUGGIERO, *Hegel*, Laterza, 1975, p. 66). Sul piano scientifico, tale costruzione si configura come antievoluzionistica e, per quanto specificamente riguarda l'uomo, conduce ad una visione non progressiva, conservatrice: «La storia fatta comprime e nega la storia che si fa» (così, DE RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 71).

Dal punto di vista del secondo dei due versanti dello storicismo, il divenire del presente è irriducibile negli schemi ideali del passato, è movimento, è «infinità dello svolgimento» (B. CROCE, *Filosofia della pratica Economia ed etica*, 5ª ed., Bari, Laterza, 1945, p. 167); «Lo Spirito, infinita possibilità trapassante in infinita attualità, ... ha creato e crea modi di vita sempre più alti. L'opera dello Spirito non è terminata, né terminerà mai» (*ubi supra*, p. 166).

⁽⁵²⁾ Vd. VICO, *De uno universi juris principio et fine uno*, Cap. LXXXI: «Possono mutare i fatti, e può variar ugualmente lo spirito della legge, od il volere del legislatore, ma non

fico), idea che conduce all'antistoricismo, vale a dire, al rifiuto del diritto asseverato dalla tradizione pregressa, alla cesura nei confronti del passato.

I valori giuridici accolti da questa scuola sono il prodotto dello Spirito che, secondo la filosofia idealistica, si dispiega e si inverte diversificandosi nella molteplicità del reale – «Quello che opera in ciascun popolo non è altro che lo spirito universale dell'umanità, che in esso si manifesta con caratteri individuali» ⁽⁵³⁾ –, ricomponendosi, per altro, nella sua perfetta comprensività, nella sua «totalità chiusa e compiuta» ⁽⁵⁴⁾. Ciò che spiega la permanenza di quei valori, la loro applicazione storicistica, l'impossibilità di una soluzione di continuità nei riguardi del passato.

«Ciò che esiste» (*das Seiende*) è «ciò che è divenuto» (*das Gewordene*) ⁽⁵⁵⁾, vale a dire, la storia non si dispiega all'insegna della discontinuità ma della continuità, talché è nel passato che si rinvergono i valori ordinanti e causativi del presente, cui essi devono essere adeguati, in ciò, per quanto riguarda il fenomeno giuridico, il compito dei giuristi ⁽⁵⁶⁾.

Lo storicismo giuridico si connette, pertanto, al passato ⁽⁵⁷⁾ per desumere da esso la sua parte «vivente», la parte che può e deve riproporsi nel presente, ordinandolo secondo le specifiche esigenze di quest'ultimo ⁽⁵⁸⁾.

può cambiare la conformità della legge col fatto, né quindi la ragione di essa. Mutandosi i fatti, può cessarne la ragione; ella può starsene inoperosa [*ociari*] come lo dicono elegantemente gl'interpreti, ma non può giammai mutarsi o convertirsi nel suo contrario»; Cap. LXXXV: «Laonde i diritti naturali posteriori sembrano derogare specialmente ai diritti primari, quando in realtà più gravemente gli confermano, perché i diritti posteriori sono quegli stessi diritti primari portati a maggior ampiezza».

⁽⁵³⁾ VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 8, p. 48.

⁽⁵⁴⁾ Così, DE RUGGIERO, *Hegel*, cit., p. 71.

⁽⁵⁵⁾ Così, sul piano ricostruttivo, G. WESENER – G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it., Padova, 1999, p. 228.

⁽⁵⁶⁾ Ciò che fa dire a C. MARX, *Il manifesto filosofico della scuola storica del diritto*, in *Op. compl.*, I, Edit. Riuniti, 1980, p. 206: «La scuola storica ha fatto dello studio delle fonti il suo *scibboleth* [segno distintivo]; ha portato la sua passione per le fonti fino all'estremo di pretendere che il navigante proceda non sulla corrente, ma sulla sua fonte».

⁽⁵⁷⁾ Vd. VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., *Prefazione*, p. 7 (p. XIV s., dell'originale): «La scienza del diritto storicamente considerata ... tiene in altissimo conto il vivo legame che rannoda il presente al passato».

⁽⁵⁸⁾ Vd. VON SAVIGNY, *Della vocazione...*, cit., p. 173: «Il carattere del nostro metodo, non è come fu detto con poca giustizia, la venerazione esclusiva del diritto romano, oppure l'attaccamento cieco a determinati materiali; tutto al contrario. Il suo oggetto è di ricercare fino alla radice ogni dottrina del passato, è di scoprirne il principio organico, di maniera che quanto vi abbia di vivo, venga a staccarsi dalle parti morte, che restano del

Il diritto è, dunque, un «organismo vivente» («ein lebendiger Organismus»⁽⁵⁹⁾) in quanto è, appunto, costituito da queste due componenti, vale a dire, da un lato, dal sistema, dall'altro, dalla varietà dei fatti da disciplinare, da un sistema che si adegua costantemente al divenire, talché la «scienza del diritto ha due lati, un lato sistematico ed un lato storico»⁽⁶⁰⁾.

Mutano, rispetto al Donello, le fonti del diritto, ma il metodo rimane sostanzialmente lo stesso: «Ai giuristi impertanto fa mestieri d'una doppia capacità: della capacità storica per raccogliere con accorgimento tutto quanto v'è di caratteristico in ciascuna epoca ed in ciascuna forma di diritto; della capacità direi sistematica per considerare ogni idea ed ogni principio in intimo legame ed in azione reciproca con l'insieme, ch'è quanto dire nel solo vero e naturale rapporto»⁽⁶¹⁾. Questo «insieme», questo «organismo vivente», viene, poi, scomposto nei suoi elementi costitutivi, ciò che ne rende possibile la conoscenza: «tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi siamo però costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e per poterle comunicare agli altri»⁽⁶²⁾.

Il modello di riferimento è, dunque, quello del Donello. La differenza tra la sistematica pandettistica e quella donelliana è, per quanto riguarda le fonti, quantitativa, non qualitativa, in quanto diverso è il materiale storico da cui ricavare i «dogmi»: in Donello, solo il *Corpus*, nella pandettistica «l'opera non interrotta di molti secoli»⁽⁶³⁾.

Questa differenza è la conseguenza del diverso approccio filosofico allo studio del fenomeno giuridico. Per il Donello, il testo giustiniano si risolve nel diritto universale ed invariabile, è l'espressione massima della

puro dominio della storia»; ID., *Sistema...*, Vol. I, cit., *Prefazione*, p. 7 (p. XV dell'originale): «[La scienza del diritto storicamente considerata] tende ad eliminare dal complesso degli elementi romani ... tutto ciò che realmente è morto, e che solo per un nostro malinteso conserva una perturbatrice apparenza di vita, affinché si guadagni un più libero campo per lo sviluppo e la salutare azione delle parti ancor vive dell'elemento romano».

⁽⁵⁹⁾ PUCHTA, *Cursus...*, cit., p. 56.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*: «So hat die Wissenschaft des Rechts zwei Seiten, eine systematische und eine historische, in deren gleichmässiger Auffassung die wahre Rechtswissenschaft bestehet». Sul piano ricostruttivo, vd., in senso conforme, LARENZ, *Storia del metodo...*, cit., p. 15 s.

⁽⁶¹⁾ Vd. VON SAVIGNY, *La vocazione...*, cit., p. 128 s.

⁽⁶²⁾ Così, VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., *Prefazione*, p. 21.

⁽⁶³⁾ VON SAVIGNY, *Sistema...*, cit., I, *Prefazione*, pr.

cultura giuridica. Per la pandettistica, opera, invece, il criterio storicistico talché, questo stesso testo, è una delle fonti, per quanto autorevole, del sapere attuale del giurista.

Tuttavia, questo aspetto, per quanto importante, non pregiudica l'idea di una costruzione sistematica di un diritto posto come attuale. In ultima analisi, la «simpatia» tra le due sistematiche è data da ciò, che entrambe svolgono in maniera sistematica un diritto ritenuto vigente, un diritto, quindi, positivo.

La sistematica illuministica, al contrario, si situa compiutamente a livello giusnaturalistico. Il diritto è ugualmente dato, ma trattasi del diritto naturale, universale ed invariabile. Inoltre, l'assetto sistematico è ad esso immanente, non è il prodotto di un'opera di riflessione del giurista.

Poiché, tanto in Donello quanto nella pandettistica, l'intento non è solo storiografico, bensì anche quello di determinare il diritto vigente, si rendono operanti dei valori metapositivi che consentono di selezionare, all'interno dell'insieme normativo, la parte ritenuta vigente e, quindi, da ordinare sistematicamente e di abbandonare la parte ritenuta storicamente superata e/o abrogata. In Donello, il criterio selettivo è costituito dalla lettura protestante del Testo sacro, ciò che lo espone alla *castigationes theologicae*, ciò che gli consente di considerare abrogata la parte del *Codex* con esso incompatibile⁽⁶⁴⁾; nella pandettisti-

⁽⁶⁴⁾ Nella ricostruzione del Donello, la parte del *Codex* dedicata allo *jus divinum* è divisa in quattro parti: nella prima, si tratta *de doctrina, et cultu Dei, in summa de fide*; nella seconda, di ciò che spetta alla Chiesa e dei suoi privilegi; nella terza, dei ministri della Chiesa (*Episcopi, chierici*), di coloro, quindi, che «ad ministerium destinati sunt» e correlativamente «de eorum praeerogativa, potestate, immunitatibus, et privilegijs»; nella quarta, sono contenute le sanzioni «adversos eos, qui verae doctrinae, et Ecclesiae Dei adversantur, haereticos, apostatas, Iudaeos, caelicolas, paganos, et alios ecclesiae hostes» (*op. cit.*, Tom. I, Lib. II, Cap. IV, § X, c. 212 s.).

Per contro, non tutte queste materie necessitano di essere disciplinate attraverso la legge. In particolare, sono sottratte alla potestà del sovrano «quaecunque praecipunt de fide, de doctrina, et cultu Dei»; nonché la materia attinente alla nomina dei ministri del culto, alla determinazione dei loro *officia et munera*.

Ed infatti, a questo riguardo, non possono darsi che tre ipotesi: «aut ... idem praecipunt, quod verbum Dei: aut diversum: aut contrarium».

Le *constitutiones* che dispongono quanto già contenuto nella parola di Dio, sono inutili, «non sunt necessariae». Esse, infatti, traggono il proprio valore cogente, non dall'essere manifestazioni della volontà del sovrano, bensì *ex verbo Dei*. Quest'ultimo è imperativo per sua propria natura e non necessita, quindi, della mediazione della legge.

ca, il criterio è l'esigenza del tempo presente come percepita dal giuri-

Se le «constitutiones, diversum praecipunt» da quanto espresso dalla parola di Dio, «audiendae non sunt». Soltanto Cristo è infatti il *magister* ed il *Doctor* nella Chiesa di Dio («Matth. 23.»); a lui soltanto è stata conferita «omnis potestas in caelo, et in terra (Matth. 28.; Ioann. 17.)». Dio non ha autorizzata nella Chiesa altra voce che quella di Cristo: «Hic est filius meus dilectus, in quo acquiesco: ipsum audite (Matth. 17.)».

Quando, infine, le *constitutiones* contraddicono la parola di Dio, esse «non modo recipiendae non sunt, sed etiam valde reiiciendae». All'*authoritas* del sovrano che pretendesse di ordinare dei comportamenti contrari alla parola di Dio si deve opporre: «Reddite Caesari, quae sunt Caesaris, et quae sunt Dei, Deo (Matth. 22.)»; ed ancora: «Obediendum est Deo potius, quam hominibus (Act. 4. e 5.)».

Resta, allora, da domandarsi quale sia il legittimo oggetto delle *constitutiones* in materia religiosa. Esse sono necessarie per la protezione della Chiesa di Cristo, per la concessione e per la tutela dei luoghi sacri, per la protezione dei ministri della parola di Dio, per la repressione della violenza dei nemici della fede. Al raggiungimento di quest'ultimo scopo sono dirette anche quelle disposizioni «quae immunitates, et privilegia hostibus ecclesiae adimunt, aliisque poenis eorum pervicaciam, et saevitiam coercunt» (vd. anche per il *De poenis violentium jus divinum*, il § XII, c. 215 s.).

Più in particolare, è riservata alle *constitutiones* la materia relativa alle immunità ed ai privilegi della Chiesa e dei ministri del culto. Le *constitutiones* che, al contrario, demandano questo compito ai ministri della Chiesa sono inefficaci in quanto contrarie alla parola di Dio: «Nam illam audientiam, et jurisdictionem, quam pleraeque constitutiones confirmant, non modo verbum Dei non admittit, sed etiam aperte repudiat. De quibus Christus praecepit: Principes gentium dominantur eis, et in eos imperium exercent: at non ita fiet inter vos, sed quicumque volet magnus esse inter vos, sit minister vester (Matth. 20)». Su quanto esposto, *ubi supra*, § XI, c. 213 ss.

A questo capitolo del Donello dedicato al *jus divinum*, accedono ben quattro *Castigationes Theologicae*. La prima, riguarda il passo relativo alla individuazione della fonte del diritto divino. Per il Donello la fonte del diritto è la Sacra Scrittura. La *Castigatio* afferma che la conoscenza del diritto divino «non solum petenda est a verbo Dei scripto, sed etiam a verbo Dei tradito, sive non solum a Scripturis, verum etiam a traditionibus». Quindi, alla fonte scritta si deve aggiungere la tradizione, una fonte non scritta per sua natura capace di estendere, senza concrete limitazioni, l'ambito di vigenza dello *jus divinum*.

La seconda, riguarda l'individuazione dei doveri degli uomini verso Dio che in Donello sono sintetizzati dalla pura *invocatio nominis Dei*. Al contrario la *Castigatio* precisa che la *invocatio Domini* va integrata, va sostenuta, con le buone opere.

La terza, attiene alla determinazione dei sacramenti. Secondo la lettura cui accede il Donello essi sono due: il battesimo e la sacra cena. La *Castigatio*, al contrario, osserva che, «ut Fides catholica docet, septem omnino sunt Sacramenta novae Legis, nec plura, neque pauciora». Vale a dire, «Sacramentum Baptismi, Confirmationis, Poenitentiae, Eucharistiae, Extremae Unctionis, Ordinis, et Matrimonii».

La quarta, si riferisce alla giurisdizione del sovrano che in Donello regola anche i rapporti tra la Chiesa ed i suoi nemici, regola quindi il regime delle sanzioni da comminare a coloro che non si attengono alle verità della fede. In base a questa visione, la Chiesa, i suoi ministri, non hanno il potere politico poiché, non hanno sovranità politica, poiché il

sta ⁽⁶⁵⁾.

5. — La sistematica pandettistica non deve, dunque, essere intesa alla maniera del modello illuministico ⁽⁶⁶⁾ che, infatti, viene definito «cancrena» ⁽⁶⁷⁾, «cieca ardenza di organizzazione» ⁽⁶⁸⁾, «solenne astrazione» ⁽⁶⁹⁾, come «arroganza priva di fondamento» ⁽⁷⁰⁾. La sistematica pandettistica non dà luogo ad una deduzione da un concetto primo, evidente per se stesso, delle determinazioni in esso contenute. Il *Volksgeist* consente di porre come *primum verum* un concetto desunto dallo studio del diritto vigente. In virtù di tale derivazione, esso è un dogma, vale a dire, non è dotato di una veridicità intrinseca. Tale concetto è il «fatto giuridico» ⁽⁷¹⁾, che è fonte del rapporto giuridico, ovvero, questo stesso rapporto ⁽⁷²⁾, il cui

jus humanum spetta interamente al sovrano; essi non hanno neppure il potere giurisdizionale sui comportamenti in cui viene in considerazione la violazione della legge di Dio.

La *castigatio*, al contrario, afferma che il diritto divino non esclude la giurisdizione della Chiesa, anzi esso consente, legittima, la potestà spirituale e politica dei ministri di Dio. Inutilmente, prosegue la *castigatio*, il Donello, seguendo l'insegnamento di Calvino, si richiama *ad locum Matth.* Cap. XX. In questo, infatti, *Christus Dominus*, insegna agli apostoli che alla gloria del Cielo si giunge non attraverso la ricerca degli onori terreni, bensì per mezzo di quella virtù «quae efficit, ut non modo pares paribus, sed etiam superioribus modeste se, libenterque submittant». Inoltre in questo passo «de officio Apostolico ageretur». Dall'esame del testo discenderebbe che gli Apostoli devono esercitare il loro *officium* non come i sovrani, bensì come padri, come pastori. Donde consegue la legittimità sia della *potestas spiritualis*, sia di quella *politica* in capo ai *Pastores Ecclesiae Christianae*. Fonti citate: Bellarm. d. Tom. I. Controv. General. 3. de Summ. Pontific. Lib. IV. Cap. 22. ss. et Lib. V.; Bert. L. 6. Lib. XX. Cap. 16. et Lib. XXXVI. Cap. II.

⁽⁶⁵⁾ Vd. VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., *Prefazione*, p. 5, p. XII dell'originale; p. 7, p. XV dell'originale.

⁽⁶⁶⁾ Per un approfondimento delle tematiche trattate in questo paragrafo, vd. A. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Giuffrè, 2002, Cap. IV.

⁽⁶⁷⁾ *Della vocazione del nostro secolo...*, cit., p. 98.

⁽⁶⁸⁾ *Ubi supra*, p. 99.

⁽⁶⁹⁾ *Ubi supra*, p. 100.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*. Come precedente, vd. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 258, che definisce le concezioni illuministiche «astrazioni prive di idee» che «distruggono il divino in sé e per sé e l'assoluta autorità e maestà di esso». Vd., altresì, Cap. VII, p. 171 s.

⁽⁷¹⁾ Così, B. SCHILLING, *Pandekten=Recht für Studierende*, Berlin, 1844, § 114, p. 84, nel trattare «Von Thatsachen, als Grund der Rechte», esordisce con il concetto di fatto giuridico: «*Factum* (Thatsache, Handlung): quilibet eventus, a quo iura pendent».

⁽⁷²⁾ Vd. VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., Lib. I, § 4, p. 36: «La base del diritto romano attuale ... si ritrova nel rapporto giuridico, del quale ogni singolo diritto rappresenta soltan-

lato attivo ricomprende sia i diritti assoluti che i diritti relativi ⁽⁷³⁾, rapporto da sussumere, poi, secondo la terminologia di von Savigny, nell'«istituto giuridico», vale a dire, nella fattispecie astratta ⁽⁷⁴⁾. Le fattispecie astratte, a loro volta, si ordinano secondo il nesso di derivazione che reciprocamente le connette ⁽⁷⁵⁾.

to una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto»; § 5, p. 39: «Nel modo con cui si svolge il pensiero relativamente alla intelligenza degli istituti e dei rapporti giuridici, si ha una naturale differenza in ciò, che mentre noi possiamo costruire prima separatamente i vari istituti giuridici, e combinarli poi a nostro arbitrio, il rapporto giuridico invece ci è dato dagli avvenimenti della vita pratica; sicché ci apparisce immediatamente nel suo concreto insieme e nella sua complicazione»; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, § 6, p. 14; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, V Aufl.*, Muenchen, 1980, § 12.I, p. 168: «Ist der erste Grundbegriff des Privatrechts die Person als das "Rechtssubjekt", als Inhaber von Rechten und Adressat von Pflichten, so ist der zweite Grundbegriff das Rechtsverhältnis als das rechtliche Band, das Rechtssubjekte miteinander verbindet».

⁽⁷³⁾ C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, Bruxelles, 1838, § 74: «Jus vocamus potestatem faciendi aut non faciendi. Ex quo nascitur, ut juri semper respondeat aliorum officium, idque vel commune est omnium, quod eo solo cernitur, ut ne quis alterum laedat, vel certorum hominum proprium, ex eo jure oriundum, quo singuli singulis obstringuntur»; v. F.L. KELLER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1866, § 16, p. 42 s.; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, § 7, p. 16 sq. e §), p. 18 s.; LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 12.II, p. 173: «Die wichtigsten Elemente der Rechtsverhältnisse sind die subjektiven Rechte, denen notwendig Pflichten, Beschränkungen oder rechtliche Gebundenheiten eines anderen (oder aller anderen) entsprechen»; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 14, p. 75: «Die im subjektiven Recht dem Inhaber zukommende Macht hat immer eine Beziehung auf andere Personen (§ 13 I); das Recht des Einen erzeugt eine Pflicht, sei es eines Andern, mehrerer Anderer, aller Andern»; E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, § 18, p. 46: «Jedes Recht ist ein Rechtsverhältnis»; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, § 5, p. 125: «Jedes subjektive Recht enthält eine Beziehung des Subjekts zu einer Sache oder zu einer anderen Person. Daher kann jedes subjektive Recht als Rechtsverhältnis bezeichnet werden».

⁽⁷⁴⁾ VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 5, p. 38 ss.; MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, cit., § 83, p. 89: «Facti vocabulum vel ad ipsam juris materiam (§ 77) refertur, vel ad id, unde jura atque obligationes nascuntur ... Igitur factum vocamus omnem eventum, qui ad jura vel constituenda, vel immutanda, vel tollenda valeat»; REGELSBERGER, *Pandekten*, cit., § 13, p. 73: «Jedes Rechtsverhältnis findet in einem Rechtsinstitut die ihm entsprechende Grundform. Manche Rechtsinstitute umschliessen eine Mehrheit von abstrakten Rechtsverhältnissen ... Die Rechtsinstitute sind die rechtlich geordneten Grundformen, in denen sich das Gemeinleben bewegt».

⁽⁷⁵⁾ VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 5, p. 39: «Dopo più attento esame però riconosciamo che tutti gl'istituti giuridici sono collegati in un sistema, e che solo nella grande armonia di questo sistema, nel quale si ritrova la medesima loro organica natura, possono essere completamente intesi. Per quanto immensa sia la distanza tra un singolo rap-

Questo modello è così reso da Puchta: «Solamente la cognizione sistematica del diritto è completa. ... Se noi considerassimo il diritto quale mero aggregato di canoni giuridici, non potremmo mai andar sicuri di eserci appropriati l'intero suo complesso, siccome ad un mucchio di pietre ne può mancare una senza che l'occhio dell'osservatore si accorga della sua mancanza. ... Ora, quegli solamente possiede una cognizione sistematica del diritto, il quale si è impadronito del nesso dei canoni giuridici, ha indagato la mutua loro parentela, in modo da poter seguire in su ed in giù la derivazione di ogni idea giuridica attraverso a tutti le altre membra del tutto, che ebbero parte alla sua formazione. Se noi p. es. consideriamo il diritto particolare di oltrepassare un fondo, costituito dal proprietario di questo al proprietario di un fondo contiguo, ci fa d'uopo conoscere la sua posizione e nel sistema dei rapporti giuridici ed in quello dei diritti, e quindi risalire nella sua provenienza fino al concetto generale del diritto, e parimenti dobbiamo sapere discendere da questo concetto a quel diritto particolare, la cui natura solamente in questo modo viene ad essere pienamente determinata. Egli è un diritto, quindi potere su di un oggetto; un diritto su di una cosa, quindi partecipa della particolare natura dei diritti reali; un diritto su cosa altrui, quindi un parziale assoggettamento della medesima; il lato donde la cosa è soggetta, è quello del godimento, egli appartiene quindi al novero dei diritti al godimento di una cosa; il godimento è destinato per un certo soggetto, oltre il quale non passa; quel diritto è quindi una servitù; egli è diritto per un fondo, quindi servitù prediale, e propriamente per quel bisogno del fondo, quindi servitù di passaggio. Questo procedimento io chiamo genealogia dei concetti, che non può essere considerata soltanto quale mero schema di definizioni. Ognuno di questi concetti è un ente vivo, non uno strumento inanimato, che vada elaborando quello che gli viene introdotto. Ognuno è una individualità, diversa dall'individualità dell'idea produttrice ... Padre di tutti gli istituti di diritto è il principio del diritto, madre ne è la materia, la varietà degli uomini e delle cose» ⁽⁷⁶⁾.

porto giuridico limitato e l'intero sistema. del diritto positivo di una nazione, pur tuttavia la differenza è solo nelle proporzioni; nella loro essenza essi non sono diversi, ed anche il processo intellettuale, che ci conduce alla conoscenza dell'uno e dell'altro, è essenzialmente identico».

⁽⁷⁶⁾ *Corso delle Istituzioni presso il popolo romano*, Vol. I, Trad. it., Milano-Verona, 1858, p. LXXXI s.

Il rilievo della costruzione risiede in ciò, che, il concetto primo è giuridico e, in quanto tale, rinvia alla norma giuridica che ne costituisce la fonte (77); a sua volta, la norma presuppone lo Stato (78) che, in questa visione, è lo «Stato ideale», vale a dire, lo Stato-universalità, lo Stato «totalità etica», lo Stato «Dio nel mondo» (79), con altra terminologia, il *Rechtsstaat* (80).

Mentre il modello illuministico si risolve in una sistematica giusnaturalistica; il modello pandettistico si risolve, invece, in una sistematica giuridicistica (81).

Il modello sistematico illuministico presuppone l'uguaglianza degli uomini e dà luogo ad una regola di giustizia che indifferentemente si applica a ciascuno di essi.

Il *Völkgeist* e la disuguaglianza naturale degli uomini, non possono, invece, fondare un tale modello, bensì, una sistematicità volta a legittimare la dottrina degli *status*.

Un ulteriore punto, cui si è già fatto riferimento, segna l'incompatibilità tra le due visioni. La sistematica illuministica è antistoricistica, essendo i principi di ragione universali ed invariabili; essi hanno lo stesso valore delle proposizioni matematiche o geometriche. L'aspetto storicistico non riguarda, dunque, la loro ontologia, bensì, la loro applicazione che è, infatti, una variabile dipendente dal grado di civiltà posseduto da ciascun contesto sociale.

(77) Vd. VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 7, p. 42: «dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo».

(78) BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, cit., § 17, p. 45: «[das Rechtsverhältnis ist] eines Verhaltens (=Verhältnis Zustand) an welchen das objektive Recht Folgen anknüpft»; § 18, p. 46 s.: «Jedes Recht ist ein Rechtsverhältnis, ein Etwas das ohne die Anerkennung des objektiven Rechts so nicht bestehen würde»; WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 6, p. 14: «Das Wesen der Privatrechtsverhältnisse, deren Ordnung die Aufgabe des Privatrecht ist ...»; KELLER, *Pandekten*, cit., § 16, p. 29: «Das Recht ordnet den äusseren menschlichen Verkehr».

(79) GANS, *Agg.* al § 258 di Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit.; HEGEL, *Lezioni di filosofia del diritto secondo il manoscritto di Wannemann*, Ist. Suor Orsola Benincasa, 1993, § 123: «Lo Stato è la realtà dello spirito etico in quanto volontà universale, manifesta, evidente a se stessa».

(80) Per approfondimenti, vd. DONATI, *Giusnaturalismo...*, cit., § 47.

(81) Vd., in senso conforme, B. PARADISI, *Qualche riflessione preliminare sul «sistema» giuridico*, Estratto da *La sistematica giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, p. 20.

La sistematica pandettistica è connessa allo storicismo e, pertanto, nega l'esistenza di valori giuridici invariabili, applicabili indistintamente in ogni tempo ed in ogni luogo. Il sistema pandettistico è, incapiente, in quanto è fondato sul presupposto secondo cui, prima o poi, l'evoluzione storica è destinata ad evidenziare esigenze nuove, donde la necessità di una sua ristrutturazione. La sistematica pandettistica è, in realtà una topica presentata in veste sistematica (82).

6. — Un significativo momento di riscontro della differenza tra le due sistematiche è costituito dalla concezione del diritto soggettivo.

Nella sistematica illuministica, tale diritto si risolve nella «*Property in his own Person*» (83) — versione, in termini positivi, dell'*alieni abstinentia* groziana —, in questo *primum verum* da cui si dipartono gli *Human Rights*, la *real property*, l'autonomia negoziale, il sistema della responsabilità civile e penale.

Nella sistematica pandettistica — e su questo specifico punto è possibile cogliere l'affinità con la sistematica wolfiana (84) — la categoria ordinante le relazioni umane, non è il diritto soggettivo, bensì, il dovere, ovvero, ciò che non cambia, l'idea della libertà intesa come «*ursprüngliche und einzige Urrecht des Menschen*» (85), cui, per

(82) Sulla identificazione della sistematica con la topica, vd. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Trad. it., Milano, 1962, Cap. VII, p. 93 ss.; Cap. VIII, p. 111 ss. Il limite di questa indagine risiede in ciò, che, mentre per quanto riguarda la topica l'A. ne opera una ricostruzione storica, per quanto, invece, riguarda la sistematica, manca qualsiasi riferimento culturale. Il modello sistematico è ricostruito in maniera astratta e, quindi, criticato.

(83) J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988, II, Cap. V, § 27; Cap. IX, § 123: «in the State of Nature [the Man is] absolute Lord of his own Person and Possessions». Come momenti di riscontro, vd., da un lato, GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. I, Cap. I, § V: «*potestas in se [ipsum]*»; dall'altro, CAMBACIÈRES, *Rapport sur le deuxième projet de Code civil*, in Fenet, I, p. 107: «L'homme ... propriétaire de sa personne», nonché le costituzioni illuministiche.

(84) Per il resto, pertanto, vale quanto affermato da PARADISI, *Qualche riflessione...*, cit., p. 18, che pone in rilievo «l'abisso che divideva la dottrina di Wolff da quella della Scuola storica».

(85) F. VON ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, Trad. it., III ed., Milano, 1830, § 2; VON SAVIGNY, *Sistema...*, I, cit., § 53, p. 339: «l'uomo ha il diritto di disporre di sé e delle proprie forze»; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, 9ª ed., Vol. I, Leipzig, 1881, p. 3: «ist der Mensch ein geistiges Wesen. Er ist vor allen anderen Geschöpfen dadurch ausge-

altro, è connaturata l'idea del dovere tanto da risolversi in quest'ultima⁽⁸⁶⁾.

La doverosità come categoria ordinante i rapporti umani conduce allo «Stato ideale»⁽⁸⁷⁾, al diritto soggettivo inteso come autolimitazione di quest'ultimo, come una sua concessione, come *verliebene Willensmacht*⁽⁸⁸⁾. Inoltre, poiché il dovere è necessariamente una categoria relazionale, esso si configura come rapporto giuridico⁽⁸⁹⁾ dando luogo alla duplice specificazione dei diritti relativi e dei diritti assoluti⁽⁹⁰⁾. Tale rapporto esprime

zeichnet, dass ihm zugleich die Möglichkeit gegeben ist, sich selbst zu etwas zu bestimmen, ein Wille, eine Wahl. Diese Möglichkeit ist Freiheit des Menschen. In dem Geist und der in ihm gegebenen Freiheit liegt die Ähnlichkeit mit Gott, welche schon die älteste unserer heiligen Schriften dem Menschen beilegt»; I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Trad. it., Laterza, 1973, I. *Principi metafisici della dottrina del diritto, Introduzione alla metafisica dei costumi*, I, p. 11 ss.; G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Trad. it., Laterza, 1978, §§ 34-40; ID., *Propedeutica filosofica*, La Nuova Italia, 1977, V, § 181.

Sul piano ricostruttivo ed in senso conforme, vd. H. COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt A.M., 1962, p. 67 ss. Per l'espressione tra virgolette nel testo, vd., *ivi*, p. 69.

⁽⁸⁶⁾ KANT, *op. ult. cit., loc. cit.*, § IV, p. 23 ss., dedicato alla definizione dell'imperativo categorico; *ubi supra, Introduzione alla dottrina del diritto*, § C, p. 35 s.; HEGEL, *Propedeutica filosofica*, cit., I, § 3: «Il diritto consiste in questo: che ogni singolo venga rispettato e trattato dall'altro come un essere libero, poiché soltanto così la libera volontà ha se stessa nell'altro come oggetto e contenuto»; § 4: «In quanto ognuno venga riconosciuto come un essere libero, esso è *persona*. Il principio del diritto si può anche esprimere così: ognuno deve essere trattato dall'altro come persona»; § 40: «L'uomo ha: 1) la determinazione essenziale di essere un singolo; 2) egli appartiene alla totalità naturale della famiglia; 3) è membro dello Stato; 4) sta in relazione con altri uomini in generale. I doveri si dividono quindi in quattro specie: 1) doveri verso se stesso; 2) verso la famiglia; verso lo Stato; 4) verso altri uomini in generale»; ID., *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 36: «La personalità contiene in generale la capacità giuridica, e costituisce il concetto e il fondamento altresì astratto del diritto astratto e, quindi, *formale*. Il precetto giuridico è, quindi: «*si persona e rispetta gli altri come persone*»; VON ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, cit., §§ 6 e 7; COING, *Zur Geschichte...*, cit., p. 70.

⁽⁸⁷⁾ Vd. HEGEL, *Lezioni di filosofia del diritto secondo il manoscritto di Wannemann*, cit., § 122, p. 197: «Il dovere assolto conduce allo Stato».

⁽⁸⁸⁾ Vd. DONATI, *Giusnaturalismo...*, cit., § 46.

⁽⁸⁹⁾ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 194: «Ist der erste Grundbegriff des Privatrechts die Person als das "Rechtssubjekt", als Inhaber von Rechten und Adressat von Pflichten, so ist der zweite Grundbegriff das Rechtsverhältnis». Vd., altresì, H. LEHMANN, *Das Primat der Rechtspflicht*, in *Festschr. für Richard Deinhardt*, 1940, p. 108 ss.

⁽⁹⁰⁾ Vd. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil...*, I, cit., § 11, p. 203 s.; LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 194 s.

me la soggezione del soggetto passivo nei confronti del soggetto attivo⁽⁹¹⁾; esso è, dunque, un «*Machtverhältnis*»⁽⁹²⁾ che induce la definizione del diritto soggettivo come «*Willensherrschaft*»⁽⁹³⁾, «*Willensmacht*», vale a dire, come limitazione della sfera di libertà del debitore⁽⁹⁴⁾.

Nella pandettistica, la concezione del diritto soggettivo subisce una evoluzione in relazione al problema della ammissibilità dei «diritti innati». Al riguardo, sono individuabili tre orientamenti. Dal punto di vista del primo, essi non esistono; dal punto di vista del secondo, se ne ammette l'esistenza, ma, al tempo stesso, se ne teorizza la disponibilità alla stregua dei diritti soggettivi patrimoniali; dal punto di vista del terzo, essi acquisiscono la denominazione di «diritti della personalità» (*Persönlichkeitsrechte*)⁽⁹⁵⁾.

È quest'ultimo il filone di pensiero che viene accolto nel BGB, che influenza largamente, anche prima di questo momento, la cultura giuridica dell'Europa continentale⁽⁹⁶⁾.

I «diritti della personalità»⁽⁹⁷⁾ si inquadrano nella categoria dei diritti

⁽⁹¹⁾ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 200: «Die wichtigsten Elemente der Rechtsverhältnisse sind die subjektiven Rechte, denen notwendig Pflichten, Beschränkungen oder rechtliche Gebundenheiten eines anderen (oder aller anderen) entsprechen».

⁽⁹²⁾ Su questa terminologia, vd. LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 210.

⁽⁹³⁾ A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, I, § 1.II, p. 56; H. LEHMANN – H. HÜBNER., *Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft*, I, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966, p. 82 s.: «Indem die Rechtsordnung den einen zugunsten eines anderen verpflichtet und diesem einen Spielraum für seine Willensbetätigung einräumt, schafft sie ihm eine Machtstellung. Im Hinblick darauf hat Windscheid (Windscheid-Kipp I § 37) das Recht als "Willensmacht oder Willensherrschaft" gekennzeichnet».

⁽⁹⁴⁾ Per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *Giusnaturalismo...*, cit., § 48.

⁽⁹⁵⁾ Su quanto esposto, vd., più estesamente, DONATI, *Giusnaturalismo...*, cit., Cap. IV.

⁽⁹⁶⁾ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, München, 1985, I, cit., p. 285, richiamando il § 18 dell'ABGB ed il pensiero di VON SAVIGNY, *System*, II, p. 2: «Der Satz von der allgemeinen Rechtsfähigkeit aller Menschen ist damit eines der Grundprinzipien der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts geworden».

⁽⁹⁷⁾ F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 198: «Das Recht der Persönlichkeit ist ein Rechtszentrum wie das Eigentum und die väterliche Gewalt»; p. 199: «Das Recht der Persönlichkeit begleitet alle andern Rechte, denn alle Rechte haben in der Person ihren Träger». In riferimento al BGB, vd. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, München u. Leipzig, 1936, § 81, p. 702: «"Persönlichkeitsrechte" nennen wir Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandtheil der eignen Persönlichkeitsphäre gewährleisten. Mit diesem Namen werden sie als "Rechte an der eignen Person" ge-

assoluti ⁽⁹⁸⁾ e si collocano al primo posto della gerarchia dei diritti soggettivi ⁽⁹⁹⁾.

Per questa via, il concetto di diritto soggettivo diviene comprensivo non soltanto dei diritti relativi e dei diritti reali, ma anche di quei diritti.

Questa costruzione presuppone la «capacità giuridica» (*Rechtsfähigkeit*) come fonte mediata dei diritti soggettivi, in particolare, dei diritti della personalità. Quest'ultimi sono definiti come diritti sulla propria persona (*Rechte an der eignen Person*), ma trovano il loro fondamento non nella persona stessa, bensì, tramite la capacità giuridica, nella volontà dello Stato. È perché al soggetto viene attribuita la capacità giuridica che egli acquista la «personalità giuridica» (*Rechtspersönlichkeit*) ⁽¹⁰⁰⁾, per questa via, i *Persönlichkeitsrechte*.

La Pandettistica, come surrogato del «diritto di proprietà sulla propria persona», elabora, dunque, mutuandola dalla filosofia del diritto hegeliana ⁽¹⁰¹⁾, la figura della «capacità giuridica di diritto privato» (*bürgerliche Rechtsfähigkeit*), il cui acquisto dipende dalla volontà dello Stato.

La «personalità giuridica» esprime la mera idoneità ad essere titolari di diritti, non è, dunque, un diritto soggettivo generale dal quale possano esse-

kennzeichnen». Per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 272-274.

⁽⁹⁸⁾ REGELSBERGER, *ubi supra*, § 51, p. 205. In riferimento al BGB, vd. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., § 81, p. 703: «Sie gehören zu den "absoluten" Rechten».

⁽⁹⁹⁾ REGELSBERGER, *ubi supra*, § 50, p. 198: «Das Recht der Persönlichkeit ist das erste und vornehmste aller Privatrechte, es umfasst die höchsten Güter des Menschen».

⁽¹⁰⁰⁾ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, cit., § 30, p. 265: «Was Subjekt von Rechten und Pflichten sein soll, muss vom objektiven Recht als hierzu befähigt anerkannt sein. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, heisst Persönlichkeit. Aus ihrer Anerkennung durch Rechtssatz fließt das Recht der Persönlichkeit, das die Grundlage aller einzelnen Rechte und Pflichten ist. Ein Wesen, dem das Recht der Persönlichkeit zusteht, ist im Rechtssinne Person»; § 81, p. 702 s.: «"Persönlichkeitsrechte" nennen wir Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre gewährleisten. Mit diesem Namen werden sie als "Rechte an der eignen Person" gekennzeichnet ... Sie gehören zu den "absoluten" Rechten».

⁽¹⁰¹⁾ Vd. *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 36: «La personalità contiene in generale la capacità giuridica, e costituisce il concetto e il fondamento altresì astratto del diritto astratto e, quindi, *formale*. Il precetto giuridico è, quindi: "*sii persona e rispetta gli altri come persone*". "Sii persona", vale a dire, accogli lo *status* che ti è conferito dallo Stato e rispetta quello degli altri».

re dedotti, in via inferenziale, i singoli diritti soggettivi. La capacità giuridica in materia contrattuale, la capacità testamentaria, la capacità matrimoniale, etc., sono da considerare per se stesse in quanto attribuzioni dello Stato, non in quanto implicazioni della capacità giuridica ⁽¹⁰²⁾. Il fatto che tali capacità siano attribuite ad ogni uomo non deriva dall'applicazione di un principio generale, bensì, solo dalla circostanza che esse sono i presupposti di quelle fattispecie cui può, di regola, accedere ogni cittadino: «Alle diese Eigenschaften werden als besondere rechtliche Fähigkeiten und nicht unter dem zentralen Begriff der Rechtsperson des Menschen betrachtet» ⁽¹⁰³⁾.

La teoria del «Recht der Persönlichkeit» è, pertanto, legata, da un lato, alla attribuzione della personalità giuridica da parte dello Stato, dall'altro, come conseguenza di questa stessa artificialità, alla nascita. Se la personalità è sinonima di *status*, l'acquisto di quest'ultimo si verifica piuttosto con la nascita che con il concepimento: «La personalità [giuridica] dell'uomo comincia colla sua esistenza, cioè colla sua nascita. Prima di questa il frutto del corpo umano non è uomo e non ha capacità di diritto; ma se esso viene poi al mondo come uomo vivente la sua esistenza viene retrotratta, per ciò che riguarda i diritti a lui spettanti, fino al momento della sua concezione» ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ COING, *Zur Geschichte...*, cit., p. 58: «Nicht als Bestandteil der Rechtspersönlichkeit wird die Fähigkeit, wirksame Rechtsgeschäfte ohne Mitwirkung Anderer abzuschliessen, die sog. *Geschäfts oder Handlungsfähigkeit*, aufgefasst. Sie erscheint vielmehr als eine besondere, dem Menschen vom Recht unter bestimmten Voraussetzungen zugesprochene Fähigkeit. Das gleiche gilt von den Fähigkeiten, bestimmte, besonders geartete Rechtsakte vorzunehmen, wie der Testierfähigkeit, der Ehesfähigkeit usw.».

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*. Così, ancora si legge: «Wohl kommen auch diese Eigenschaften nach deutschem Recht grundsätzlich allen Menschen in gleicher Weise zu; aber diese Fähigkeiten werden in der Rechtslehre im allgemeinen nicht systematisch mit der Lehre von der menschlichen Person verknüpft, sondern erscheinen als Voraussetzungen des gültigen Rechtsgeschäfts im allgemeinen oder im besonderen (Testament, Ehe) und werden ... auch im Zusammenhang mit den Lehren von den Rechtsgeschäften behandelt dargestellt»; p. 58 s: «Diese relativ enge Auffassung des Personenbegriffs ... hat ihre Parallele darin, dass ein *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, verstanden als ein subjektives Recht des einzelnen Menschen, von seinen Mitbürgern in seiner Würde als sittliche Person und seinem Eigenwert als individuelle Persönlichkeit geachtet zu werden, in Doktrin und Rechtsprechung bisher nicht anerkannt ist».

⁽¹⁰⁴⁾ C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese*, Trad. it., Roma-Milano-Napoli, 1906, § 14, p. 117. Tale retroattività non ha luogo per quanto riguarda i diritti dei terzi il cui acquisto rimane ancorato alla nascita (D. 50, 16, 231).

Il nascituro – pur essendo «mulieris portio vel viscerum» (D. 25, 4, 1, 1) – può, tuttavia, acquisire diritti, ma sotto la condizione costituita dal verificarsi della nascita, ciò che è reso dal brocardo «Nasciturus pro nato habetur quotiens de commodo ejus agitur» (estrapolazione di D. 1, 5, 7). Pertanto, in questo caso, si è in presenza di una «capacité hypotetique»⁽¹⁰⁵⁾, talché, a rigore, è esatto affermare che «Avant sa naissance, l'homme n'est pas capable de recueillir des droits»⁽¹⁰⁶⁾.

La teoria dei diritti innati è, invece, svincolata da questi condizionamenti. Il diritto alla vita è acquisito nel momento stesso in cui l'essere umano è concepito, quindi, allorché si ha la formazione dell'embrione⁽¹⁰⁷⁾. La differenza tra la persona-embrione e la persona appena nata è *secundum magis et minus*, non è, dunque, qualitativa⁽¹⁰⁸⁾. Se la persona-embrione è essere umano (*Homme*) essa è anche titolare di tutto il patrimonio dei diritti naturali⁽¹⁰⁹⁾.

La differenza fondamentale tra la teoria «von der Rechtsperson» e la teoria illuministica «von den Menschenrechten»⁽¹¹⁰⁾, tra il «diritto della personalità» e gli *Human Rights*, risiede, conclusivamente, in ciò, che il

⁽¹⁰⁵⁾ C.S. ZACHARIAE, *Cours de Droit Civil Français*, II édit., Tom. I, Bruxelles, 1850, I, nota 1 al § 55, p. 65.

⁽¹⁰⁶⁾ ZACHARIAE, *ibi supra*, § 55, p. 65. Come precedente, vd. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, Trad. it., Tom. I, Napoli, 1787, p. 226: «I bambini che sono nel seno delle lor madri non hanno uno stato determinato, il qual non può esserlo se non dalla nascita, prima della quale non posson esser contati per figli, né meno per acquistare a' lor padri i diritti che dà il numero de' figli». Seguono in nota le cit. tratte dal diritto romano.

⁽¹⁰⁷⁾ Vd. A. PALAZZO, *Procreazione assistita e interessi fondamentali*, in *Institia*, 1996, p. 171 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. A. DONATI, *Alcune questioni di bioetica nel nuovo Codice di deontologia medica*, in *Bioetica*, 1997, § 12, p. 248 s.

⁽¹⁰⁸⁾ Talché, non si può più affermare: «Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt» (D. 50, 16, 129). Da ciò segue pertanto che, in caso di morte, la successione segue la linea parentale che si riconnette al nascituro; il decesso non opera più come condizione risolutiva della attribuzione dei diritti patrimoniali di cui abbia potuto beneficiare.

⁽¹⁰⁹⁾ Come precedente di questo convincimento, vd. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 39ª ed., Padova, 1999, p. 71, nota 1.

⁽¹¹⁰⁾ Per questa terminologia, vd. COING, *Zur Geschichte...*, cit., p. 62. Così egli afferma, *ibidem*. «In der modernen Theorie stehen die beiden Lehren von der Rechtspersönlichkeit, einerseits, den Grundrechten andererseits ... ohne engere Beziehung nebeneinander ... beide haben die grundsätzliche Stellung des Menschen in der Rechtsordnung zum Gegenstand».

«diritto della personalità» è indotto dalla legge e non ha esistenza indipendentemente dalla volontà del legislatore; gli *Human Rights*, sono connotazioni ontologiche della persona essendo, la loro fonte, il diritto naturale. Nella visione illuministica, il soggetto è «persona giuridica» in quanto titolare degli «inherent Rights»; nella Pandettistica, è «persona giuridica» in quanto è titolare di diritti (e di doveri) derivanti dallo Stato⁽¹¹¹⁾, più compiutamente, in quanto quest'ultimo gli abbia conferito la «capacità giuridica» (*Rechtsfähigkeit*)⁽¹¹²⁾; le concrete facoltà giuridiche sono una variabile dipendente da questa stessa capacità⁽¹¹³⁾: «Die Grundlage aller Privatrechte ist der rechtsfähige Mensch»⁽¹¹⁴⁾.

Il diritto soggettivo elaborato dalla pandettistica, in quanto connesso al rapporto giuridico, si risolve in una limitazione dell'altrui libertà, mentre tale limitazione non è rinvenibile nel diritto soggettivo illuministico⁽¹¹⁵⁾. In questa visione, ciascuna individualità è indipendente dall'altra e una relazione giuridica può avere luogo, lecitamente, in conseguenza di un atto di autonomia negoziale, regolato dal principio della equivalenza materiale delle prestazioni («ne plus exigatur quam par est»)⁽¹¹⁶⁾, ovvero, illecitamente, in conseguenza di una lesione del «diritto di proprietà sulla propria persona». In questa stessa visione, pertanto, l'insorgenza del diritto

⁽¹¹¹⁾ A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten=Rechts*, IX Ausgabe, I Band, Iena, 1846, § 101, p. 88: «Derjenige, welcher in irgend einer Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heisst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet».

Come momento di riscontro, vd. il *Landrecht*, 1794, I, § 1: «Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt».

Sul piano ricostruttivo, vd. H. COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt A.M., 1962, p. 57, riferendo il pensiero di Enneccerus-Nipperdey: «Der Begriff des (subjektiven) Rechts als einer von der Rechtsordnung verliehenen, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienlichen Macht, setzt ein Subjekt voraus, dem diese Macht verliehen ist, ein Rechtssubjekt, oder, was in der Rechtssprache gleichbedeutend ist, eine Person».

⁽¹¹²⁾ Vd. *Das Personen- und Gesellschaftsrecht und das Trennungsgesetz*, Art. 10, I: «Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen oder Unterlassungen privatrechtliche Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern, aufzuheben oder zu übertragen».

⁽¹¹³⁾ *Ubi supra*, § 11, I: «Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist, soweit nicht das Gesetz in einzelnen Fällen ... eine Ausnahme vorsieht».

⁽¹¹⁴⁾ F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, § 50, p. 197.

⁽¹¹⁵⁾ Vd. DONATI, *Giusnaturalismo...*, cit., § 70.

⁽¹¹⁶⁾ Vd. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. II, Cap. XII, § XI.1.

to di credito, richiede il verificarsi di un fatto diminutivo della sfera giuridica del soggetto ed è in virtù di questa diminuzione che egli diviene creditore, mentre la soggezione giuridica del debitore è strumentale rispetto alla ricostituzione della pienezza originaria.

7. — La sistematica donelliana, in quanto diretta ad ordinare un insieme normativo dato, fonda, modernamente, anche la sistematica giuridico-positivistica, vale a dire, la sistematica volta ad ordinare il diritto codificato secondo una successione di dogmi (*systema juris positivi*). La scienza giuridica che corrisponde a questo modo di intendere il diritto, è la dogmatica. Essa studia la realtà normativa e trova in questa il proprio fondamento, il referente dal quale trarre i concetti giuridici ed al quale correlare questi stessi concetti al fine di valutarne il grado di scientificità. Tale scienza elabora le categorie concettuali — i dogmi, appunto — sotto cui inquadrare e sistemare le fattispecie astratte rinvenibili in quella realtà. La struttura concettuale di insieme che ne risulta, ha, o tende ad avere, un andamento sistematico. Da un concetto fondamentale, o primario, avente la massima estensione, vale a dire, la massima capacità ordinante (ad esempio, la nozione di fatto giuridico), attraverso inferenze successive, vengono dedotte le categorie ordinanti inferiori (atto giuridico, negozio giuridico, etc.) aventi, via via, un grado di latitudine minore, sino a giungere alla determinazione della fattispecie (ad esempio, la compravendita) che regola direttamente il fatto e che, pertanto, è insuscettibile di ulteriori specificazioni.

II

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

8. — L'affermazione fondamentale che introduce la teoria dell'interpretazione del Donello consiste in ciò, che non tutto il diritto scritto è legge, non tutto ciò che non risulta dal testo della legge non è diritto: «neque omne, quod scriptum est, jus est: neque omne, quod scriptum non est, jus non est».

Pertanto, il problema consiste nello stabilire che cosa «in iis, quae scripta sunt, quaeque non scripta, pro jure habendum sit».

A tale riguardo, occorre distinguere tra le parole (*verba*), e la volontà

della legge (*sententia legis*) [*L. contra*, D. de legib. (D. 1, 3, 29); *L. nominis*, §. I. D. de verb. sign. (D. 50, 16, 6, 1); *L. 3. C. de adult. L. si quis id, quod*, D. de jurisd. (D. 2, 1, 7)].

Le parole sono ciò da cui la legge è composta; la volontà è la prescrizione della legge, il contenuto di cui le parole sono latrici: «Verba sunt, quibus lex quaque scripta est: sententia, quod lex ex verbis sentire, et velle intelligitur» [*L. frans*, D. de legib. (D. 1, 3, 30)]. *Sententia* e *mens legis* sono, pertanto, termini sinonimi come si desume dal frammento secondo cui «*verba legis captanda non esse, sed qua mente quid diceretur, animadvertendum. L. pen. D. ad exhib. [D. 10, 4, 19]*»⁽¹¹⁷⁾.

La *ratio* o *mens legis* induce, dunque, la *sententia legis*, il comando cioè della legge: «Ex hac [ratione legis] praecipue voluntas et sententia legis perspicitur»⁽¹¹⁸⁾. Peraltro, come si è appena detto, la distinzione tra *ratio* e *sententia* non ha pratica rilevanza in quanto la *voluntas legis* è data dalla integrazione di questi due momenti: la *sententia* deriva dalla *ratio* e, tuttavia, non esprime nulla che già non sia in questa contenuto.

La *ratio legis* è, dunque, la volontà stessa della legge: «ratio nihil est, nisi voluntas legis, siquidem ratio et causa legis est id, quod lex sibi propositum habuit, ut legem constitueret; id, propter quod lex lata est, et sine quo lata non esset; denique quod lex in iure constituendo consequi voluit»⁽¹¹⁹⁾.

Posta la natura strumentale delle parole rispetto alla *sententia legis*, l'interpretazione della legge si risolve nella determinazione di quest'ultima, tanto che si può affermare che «*In legibus sententia totum facit*». La legge pertanto, non è ciò che è scritto⁽¹²⁰⁾, ma ciò che il legislatore ha voluto: «Non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit ... (*L. de quibus*, D. de legib. [D. 1, 3, 32, 1] *L. non dubium*, illic, quod ad omnes, C. eod. [C. 1, 14, 5, 1])».

Quando la *sententia* coincide con i *verba*, il diritto applicabile è quello espresso da quest'ultimi. Ciò non perché le parole siano vincolanti, piuttosto ed unicamente perché rivelano, senza residui per eccesso o per di-

⁽¹¹⁷⁾ *Op. cit.*, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § I, c. 93.

⁽¹¹⁸⁾ *Ubi supra*, Cap. XIII, § IX, c. 97.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁰⁾ *Ubi supra*, § XIII, c. 104: «Verba autem sine sententia legis jus non sunt».

fetto, la volontà dell'*auctor*: «Quodcirca, si verba cum sententia eadem erunt: sine dubio id jus erit, et solum jus, quod verba expriment: non tamen propter verba, sed quia auctor sensit, et voluit».

Quando tra la *sententia* ed i *verba* si determina una non corrispondenza, la prima è diritto, è legge, mentre i secondi perdono ogni cogenza: «Quod si discrepabit sententia a verbis: quatenus id fiet, verba jus non erunt, eoque nec in his haerebimus»⁽¹²¹⁾.

Questo, precisamente, è il principio espresso da Celso nel frammento dove è detto che «scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. *L. scire, D. de legib.* [D. 1, 3, 17]». Le parole non esauriscono la legge; conoscere la legge non significa tenere a memoria il testo letterale *ut recitare possimus*, bensì risalire a ciò che essa ha realmente voluto.

Vis et potestas presso i Latini individuano l'effetto di una cosa, ovvero ciò che una cosa è capace di determinare⁽¹²²⁾. Le parole a ciò sono destinate, ad essere strumento di conoscenza della volontà di colui che si esprime, nel campo giuridico, del legislatore. La *vis* e la *potestas* delle parole, vale a dire, l'effetto indotto da quest'ultima, è la *sententia legis*: «Verba autem hoc valent, et ad hoc sunt inventa, ut mens et sententia loquentis intelligatur. Proinde verborum *vis et potestas* in hac ipsa significatione est, eoque in sententia et mente legis, quae verbis exprimitur»⁽¹²³⁾.

Due sono le ipotesi in cui la *sententia* non corrisponde alle parole: «aut quia angustior, quam verba; aut quia latior». La prima di esse si verifica «cum lex plus scripsit, minus voluit». Ciò accade quando le parole individuano una realtà più ampia di quella che la legge intende effettivamente disciplinare. La seconda ipotesi si riscontra, invece, «cum lex minus scripsit, plus voluit». La legge si riferisce a fatti determinati, «intelligitur autem, in aliis, de quibus nihil scriptum est, aut sensisse idem, aut contrarium»⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²¹⁾ Su quanto esposto, *ubi supra*, § II, c. 93 s.; *ubi supra*, § III, c. 95: «Sine hac [sententia seu mente] qui teneat verba, nihil legis teneat»; Cap. XII, § I, c. 79: «non tamen in verbis quae cernuntur, jus est, sed in sententia, quae intelligitur».

⁽¹²²⁾ *Ubi supra*, Cap. XIII, § III, c. 94 s.: «Vis et potestas cujusque rei Latinis dicitur effectus cujusque rei, seu id, quod quaeque res potest, quodque efficit».

⁽¹²³⁾ Su quanto esposto, *ubi supra*, § III, c. 95; *ibidem*: «vim autem, et potestatem ad sententiam et mentem legis refertur».

⁽¹²⁴⁾ *Ubi supra*, § IV, c. 95.

9. — Quando la *sententia* è *angustior* rispetto al testo letterale, questo è il canone da seguire: «nunquam verba plus posse, quam sententiam». Non sono le parole a determinare la *sententia*, è quest'ultima che individua l'ambito di vigenza delle parole: «non sententiam verbis, sed verba sententiae servire debere». Le parole devono essere lette in funzione della *sententia*, «ut nunquam longius porrigantur, quam quo sententia pertinet».

Conseguentemente, le situazioni non ricomprese nella *sententia legis*, quantunque richiamate dalla lettera della legge, non soggiacciono alle conseguenze giuridiche indotte da quest'ultima: «quibus in rebus, causis, temporibus, personis cessat sententia legis: in his cessare et legem, eoque et hactenus verba jus non esse, quantumvis verba generalia eas res omnes complectantur». È questa quella che, «vulgo, interpretatio restrictiva appellatur»⁽¹²⁵⁾.

Questo tipo di interpretazione è indotta da quattro cause: «ex aliis partibus ejusdem legis; ex ratione legis; ex aequitate; ex aliis legibus»⁽¹²⁶⁾.

10. — Si ha interpretazione restrittiva *ex alia parte legis* quando la legge definisce la fattispecie nella sua oggettiva estensione, ma nella parte in cui si detta la effettiva disciplina, essa restringe il proprio ambito di vigenza, quando, quindi, «quod in una parte velut disserendi causa affirmatur, in alia postea, cum ad rem ventum est, in totum, aut ex parte negatur ... aut quod in una parte generaliter definitum est, in alia temperatur».

Si deve dunque considerare legge quella parte del testo che restringe l'originario ambito di vigenza, «quia haec sententia legis est, id est quia lex voluit». Così, nel senatoconsulto relativo alla *petitio hereditatis*, si prescrive che il possessore di buona fede debba restituire il prezzo dell'eredità venduta; al tempo stesso, si dispone anche che da questo possessore non si esiga più di quanto *locupletior factus est* (*L. item veniunt, §. praeter haec, D. de pet. her.* [D. 5, 3, 20, 6]). Questa seconda disposizione restringe l'ambito di vigenza della prima, talché «si pretium ad initio pervenit ab bonae fidei possessorem, deinde id amisit: non teneatur»⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ *Ubi supra*, § V, c. 96.

⁽¹²⁶⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 96.

⁽¹²⁷⁾ *Ubi supra*, § VII, c. 96.

Questo tipo di interpretazione concorre a spiegare la massima secondo cui «incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere» (*L. incivile*, D. de legib. [D. 1, 3, 24]). *Incivile*, vale a dire, «iniquum, et contra jus. *L. si defunctus*, D. de procur. [D. 3, 3, 15] *L. ult. §. pen. et ult.* D. quod met. cans. [D. 4, 2, 23, 2-3]. Recte utrumque, quia est adversus legem: et ideo adversus legem quia adversus sententiam et voluntatem legis, d. *L. non dubium*, C. de legib. [C. 1, 14, 5]»⁽¹²⁸⁾.

11. — Allorché la statuizione generale di una legge non è ristretta da un'altra parte di essa, allora si deve consultare la *ratio legis*⁽¹²⁹⁾, vale a dire, si deve verificare il rapporto tra tale *ratio* ed *i verba*.

Quando il tenore delle parole sia più esteso di quello fatto proprio dalla *ratio*, è quest'ultima a prevalere: «si ratio nota est, cessante ratione, et causa legis, legi, id est verbis legis, locum non esse, scilicet quia quod extra est, id lex noluit. Sumtum maxime ex *L. quod dictum*, D. de pact. [D. 2, 14, 32] *L. de eo* et *L. quid enim*, seq. D. de judic. [D. 5, 1, 26 e 27]».

Così, ad esempio, l'editto degli Edili stabilisce che «qui mancipia, aut jumenta vendunt», devono dichiarare, al momento della vendita, i difetti (*morba et vitia*), da cui questi sono affetti. In caso contrario, «datur in eos actio ad redhibendum. *L. I. D. de Aedil. edict.* [D. 21, 1, 1]». Per contro, colui che ha venduto un cavallo zoppo (*claudum*) o orbo (*eluscatum*) non soggiace a questa azione, quantunque «edicti verba nihil excipiunt». La *ratio legis*, infatti, dell'editto è che il compratore non sia ingannato (*ne emptores decipiantur*) e questa ipotesi non ricorre quando il vizio sia manifesto: «Et ideo ait Ulpianus, in hac specie, rationi edicti locus non sit, edictum cessare. Hoc enim tantum intuendum esse, ne emptor decipiat. *d. L. 1. §. si intelligitur* [D. 21, 1, 1, 6]»⁽¹³⁰⁾.

Analogamente accade a proposito della *lex Aelia* che nega il *ius patronatus* al patrono che abbia liberato lo schiavo a condizione che, una volta libero, non contragga matrimonio (*L. qui contra*, *L. adigere*, D. de iur. patr.

⁽¹²⁸⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 96 s.

⁽¹²⁹⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 97: «Si generalem aliquam orationem legis alia pars ejusdem legis nominatim non mutabit, aut minuet: secundo loco ratio legis consulenda est».

⁽¹³⁰⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 97 s.

[D. 37, 14, 15 e 6]). La sua interpretazione consente di escludere dalla comminazione della pena l'ipotesi in cui il *patronus* abbia liberato uno schiavo, per altro, oggettivamente incapace di prendere moglie perché, ad esempio, castrato. Quantunque la lettera della legge non consenta di escludere questo caso, tuttavia, la *ratio legis* permette di non comminare la sanzione della perdita dello *ius patronatus*. Ed infatti la *ratio* è data dall'interesse dello Stato a che lo schiavo, divenuto libero, prenda, se lo desidera, moglie al fine di avere figli⁽¹³¹⁾. Ma «adversus hanc rationem nihil fit in castrato, qui ejusmodi jurejurando prohiberi non potest, ne liberos tollat, cum ne id faciat, natura prohibeatur, non ulla pactione». In tal modo, «cessante ratione legis, cessat poena, quae tamen verbis legis inducebatur»⁽¹³²⁾.

Un ulteriore esempio è svolto dal Donello in riferimento al senatoconsulto Velleiano, a mente del quale non rimane obbligata la donna «quae pro aliis intercessit, *L. 2. D. ad S.C. Vell.* [D. 16, 1, 2]».

Quid juris nel caso in cui la donna abbia dolosamente indotto il terzo a contrattare assumendo di gestire un affare proprio? La lettera del senatoconsulto comporta la nullità del contratto in considerazione del fatto che, oggettivamente, ha avuto luogo una *intercessio*; ma la *ratio* induce la soluzione opposta (*d. L. 2. §. 3. ad S.C. Vell.* [D. 16, 1, 2, 3]). Ed infatti, questo senatoconsulto è volto a tutelare la debolezza (*imbecillitas*) della donna, non la sua malizia (*calliditas*): «quia Senatusconsultum opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem, et infirmitatem. Non peccat infirmitate, quae decedit, sed malizia»⁽¹³³⁾.

12. — La considerazione di ulteriori casi analoghi consente di fondare quella che potrebbe essere chiamata una *regula interpretationis*.

L'editto *de pactis* statuisce che le convenzioni (*pacta*) stipulate in mala fede non siano vincolanti (*L. jurisgentium*, §. *ait praetor*, D. de pact. [D. 2, 14, 7, 7]).

Si tratta di accertare se lo scioglimento del *pactum* possa essere do-

⁽¹³¹⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 98: «Quia ratio inlibendae hujus pactionis et jurisjurandi fuit, ne hoc pacto prohibeatur libertus uxorem ducere, et suscipere sobolem Reipublicae».

⁽¹³²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³³⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 98.

mandato dal *decepiens* indipendentemente dalla volontà del *deceptus*. La lettera induce una risposta positiva, ma non la *ratio*. Ed infatti, la legge in questione è volta a tutelare il *deceptus*, la cui volontà, pertanto, non può essere pretermessa. In altri termini, ciò che è stabilito in suo favore, vale a dire, la facoltà di sciogliere il *pactum*, ma anche di mantenerlo, non può essere prevaricata dalla volontà del *decepiens* volta a determinare lo scioglimento del *pactum* indotto dalla sua stessa attività dolosa: «Quod in favorem decepti constitutum est, adversus eum converti non debet, ut eo invito, et contra quam illi expedit, pactio infirmetur»⁽¹³⁴⁾.

Analogamente, è legge che non produca effetti giuridici il giudizio in cui sia stato parte il minore di anni venticinque non assistito da un curatore. Si domanda se, questa statuizione, valga anche nel caso in cui il giudizio si sia concluso con esito favorevole per il minore. La lettera indurrebbe una soluzione positiva, ma non la *ratio*. Ed infatti, quest'ultima risiede nella tutela del minore, vale a dire, nell'impedire che egli sia esposto a conseguenze negative. Quando il giudizio si sia, invece, concluso positivamente, la ragione della tutela non ha più motivo di essere. In altri termini, la legge introdotta per la difesa del minore, non può essere convertita in uno strumento che lo danneggi: «Proinde, si forte agendo meliorem conditionem suam fecerint: jus superius non nocebit, ne, quod eorum favore introductum est, adversus eos convertatur»⁽¹³⁵⁾.

Questo concetto, del resto, è anche elegantemente espresso in d. L. *non eo minus*, C. de proc. [C. 2, 12, 14] nel seguente modo: *Minoribus etenim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit*⁽¹³⁶⁾.

La *regula interpretationis* desumibile da questi casi è, pertanto, la seguente: «*Quod favore, seu in gratiam, aliquorum introductum est, non debet unquam contra ipsorum commodum produci, idest nunquam ita accipi, ut ipsi noceat. L. quod favore, C. de legib. [C. 1, 14, 6] L. nulla, D. eod. [D. 1, 3, 25]*»⁽¹³⁷⁾.

13. — Si deve, ancora, ritenere che la *sententia* sia *angustior* del testo letterale quando l'applicazione della lettera della legge a tutti i casi astrat-

⁽¹³⁴⁾ *Ubi supra*, § X, c. 99.

⁽¹³⁵⁾ *Ubi supra*, § X, c. 99.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁷⁾ *Ubi supra*, § X, c. 98 s.

tamente da essa contemplati conduca a conseguenze inique⁽¹³⁸⁾.

La differenza tra questa interpretazione e la precedente consiste in ciò, che, l'*interpretatio ex ratione legis* presuppone dei casi diversi da quelli contemplati dalla lettera della legge, mentre nella *interpretatio ex aequitate* tale diversità, almeno formalmente, non esiste.

Il fondamento del ricorso all'equità come strumento diretto a legittimare un'interpretazione restrittiva si rinviene nei seguenti canoni: «In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est» (L. *in omnibus quidem*, D. de reg. iur. [D. 50, 17, 90]); «Benignius leges interpretandae sunt, quo earum voluntas conservetur» (L. *benignius*, D. de legib. [D. 1, 3, 18]).

Questi principi sono sintetizzati dalla L. *placuit*, C. de judic. [C. 3, 1, 8]: «Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem».

Quando il rapporto tra la lettera e la *sententia legis* si attegga nel senso che l'applicazione della prima conduce alla formulazione di regole ingiuste, quando quindi l'estensione della legge a tutti i casi cui essa, secondo il suo tenore letterale, si riferisce, la trasforma in *jus iniquum*, si deve procedere ad una interpretazione restrittiva, sottrarre, pertanto, alla legge quelle ipotesi la cui regolamentazione secondo il suo tenore risulterebbe, appunto, ingiusta: «sequemur potius, quod justum et aequum est, quam quod scriptum est». Ed infatti, il testo della legge separato e disgiunto dalla *justitia* e dall'*aequitas*, produce il *jus strictum*, un diritto cioè che non è conforme alla *sententia* ed alla *voluntas auctoris*⁽¹³⁹⁾. Per ciò, questo diritto viene anche definito *summa injuria, summa malitia, summa crux*⁽¹⁴⁰⁾. Così, ad

⁽¹³⁸⁾ *Ubi supra*, § XI, c. 100: «Deprehenditur et ex aequitate sententia legis angustior, seu minus voluisse lex, plus scripsisse, cum quod generaliter et indistincte scriptum est, quibusdam in caussis ejusdem generis iniquum videtur».

⁽¹³⁹⁾ *Ubi supra*, § XI, c. 100 s.: «Sententia est, ubi jus generalibus verbis scriptum est, et quibusdam in caussis aequum et justum non est id servari, ut in his jus scriptum a justitia et aequitate dissideat: sequemur potius quod justum et aequum est, quam quod scriptum est, quia verba a justitia et aequitate remota efficiunt id jus, quod *strictum* appellatur, idest id, quod nihil habet auctoris praeter verba, ut sit maxime contra ejus sententiam et voluntatem. Strictum ideo, quia hic mentem et sententiam adstringimus verbis, cum verba voluntati et sententiae servire debeant, utpote ad hanc significandam intentam; eoque et servire aequitati, quam servari est ex mente legis».

⁽¹⁴⁰⁾ Vd. HILLIGERUS, nota 3 a *ubi supra*, § XI, c. 100.

esempio («ex multis, pauca sufficient»), il senatoconsulto relativo alla petizione dell'eredità prevede, tra l'altro, che il possessore dell'eredità, «post iudicium acceptum», deve restituire tutte le cose «quae debuit tunc, cum iudicium acciperetur, quasi et nunc possideret». «Haec verba», prosegue il Donello, «etiam bonae fidei possessorem post litem contestatam continent». In tal modo, accade che questo possessore sia tenuto alla restituzione di quegli animali, «iumenta aut pecora», che *casu* siano deceduti «post litem contestatam». Ma il giurista Paolo nega che possa farsi luogo ad una tale interpretazione del Senatoconsulto proprio per le conseguenze inique cui essa conduce: «Nec enim inquit, debet possessor, aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum delinquere»⁽¹⁴¹⁾.

Perché l'interpretazione equitativa abbia luogo, è necessario che si definisca l'equità.

Quest'ultima è il diritto naturale: «aequitas, idest jus naturale, quod semper aequum et bonum est»⁽¹⁴²⁾. Per altro, poiché il *jus* promulgato dal legislatore è attuazione di tale diritto e, dunque, è conforme, o è assistito da una presunzione di conformità, ad esso⁽¹⁴³⁾, ne segue che l'interpretazione è equitativa non quando si richiama al diritto naturale, ma quando ricerca ed applica la *ratio legis*, la *voluntas legis*: «aequitas est juris scripti emendatio, et quasi interpretatio legis sententiam retinens»⁽¹⁴⁴⁾.

14. — Esistono delle ipotesi in cui non si può, attraverso l'equità, giungere ad una interpretazione restrittiva della legge. Quest'ultima deve essere applicata secondo la sua valenza letterale e, dunque, anche a quei casi la cui regolamentazione secondo il suo tenore appare iniqua. Ciò,

⁽¹⁴¹⁾ *Ubi supra*, § XI, c. 101.

⁽¹⁴²⁾ *Ubi supra*, § XI, c. 100. Il passo così prosegue: «Aequitate autem interpretari, est aequitate moderari et temperare. Quae omnia demonstrantur in L. non sine, C. de bon. quae lib. ubi haec idem valent: aequitas, et moderamen naturalis juris: benigne temperare, et aequitate, seu naturalis juris moderamine temperare».

⁽¹⁴³⁾ *Ubi supra*, § XII, c. 102: «Voluntas [legis] ... ex fine juris colligitur. Jus est ars aequi et boni, est ars ad justitiam ferens. L. 1. de just. et jur. Hinc intelligimus, omnem legislatorem ... hoc ipsum aequum et justum sibi propositum habere».

⁽¹⁴⁴⁾ *Ubi supra*, § XIII, c. 103; § XII, c. 102: «Quo fit, ut ita interpretando non modo nihil faciamus contra legem, sed maxime legem confirmemus, quia lex est id, quod lex voluit. L. non dubium, C. de Legib.».

precisamente, si verifica allorché sia evidente che il legislatore ha disposto in tal modo⁽¹⁴⁵⁾. Così, ad esempio, la *Lex Julia de adulteriis* (L. 3. C. de adult. [C. 9, 9, 3] d. L. prospexit [D. 40, 9, 12]) prescrive che la moglie che divorzi perché sospettata di adulterio non possa manomettere né alienare alcuno dei suoi schiavi prima che sia trascorso il sessantesimo giorno dal divorzio⁽¹⁴⁶⁾. Il tenore della legge è tale da vietare «etiam cum manumittere, qui extra ministerium mulieris fuit vel in agro, vel in villa, ut de adulterio mulieris procul distitae scire, aut testari non posset». Ora, secondo Ulpiano, questa statuizione è iniqua per due motivi: in primo luogo, perché, in tal modo, si limita il suo diritto di proprietà; in secondo luogo, perché il motivo del divieto non si estende agli schiavi residenti altrove⁽¹⁴⁷⁾. Questo motivo, infatti, risiede nell'impedire che, attraverso la manomissione, si renda disponibile la testimonianza (fraudolenta) del liberto. Tale *ratio*, per altro, non può riguardare gli schiavi residenti altrove, essendo essi ignari di tutto e non potendo, quindi, neppure testimoniare. Talché «prohiberi absentes manumitti, aut supervacuum est, aut iniquum»⁽¹⁴⁸⁾.

Tuttavia, così dispone la legge: *sed lex ita scripta est*⁽¹⁴⁹⁾. Ciò non deve essere inteso nel senso che la lettera prevalga sulla *ratio*⁽¹⁵⁰⁾, bensì, nel senso che, essendo l'intento del legislatore indubitabile, l'interprete non

⁽¹⁴⁵⁾ DONELLIUS, *ubi supra*, § XIV, c. 104 s.: «cum verba legis ita scripta sunt; ut appareat legislatorem velle, legem in omnibus casibus eius generis, de quo cautum est, observari, etiam iis, in quibus servari videatur nobis aequum non esse».

Vd. anche la citazione di HILLIGERUS, *ubi supra*, nota 6: «Si lex de aliquo casu ita scripta sit, ut aequitatis rationi prorsus adversetur, nec possit aequitas teneri, quin lex offendantur: omnimodo lex, quantumvis dura, servanda est».

⁽¹⁴⁶⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 105: «Lege Julia de adulteriis cautum erat, ne mulier, quae divertit, suspecta adulterii, ullos servos suos manumitteret, aut alienaret intra sexagesimum diem, ex quo divertisset».

⁽¹⁴⁷⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 105: «quia prohibetur ea manumittere, quae adhuc vere domina est, cui hoc modo jus suum detrahitur contra L. 2 D. de his, qui sui, vel al. iur. et praeterea cui, cur hoc interdicitur, nulla causa est, ut in caeteris servis, qui domi in ministerio mulieris fuerunt».

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 106.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 106: «Legem ita scriptam non debemus accipere cum vulgo, quasi ideo dicat, ita scriptam, quia lex solum generaliter scripta sit de omnibus servis: sed quia praeterea additum erat nominatim in lege, ne quos servos quoscumque vel ubicunque haberet, mulier manumitteret».

può non attenersi ad esso ⁽¹⁵¹⁾.

Ora, questa conclusione sembra contrastare con un ben più fondamentale principio, quello secondo cui «*legem non esse servandam, ubi iniqua est, quia legis officium sit recta jubere, prohibere contraria: L. 2. D. de Legib. jus iniquum, jus non esse, quia definiatur jus ars aequi et boni, L. 1. D. de just. et jur.*».

Ma, che la legge, la cui *voluntas* sia chiara, possa essere iniqua non può essere ammesso. A tal riguardo, soccorre il principio secondo cui «*non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*» (*L. non omnium, D. de legib. [D. 1, 3, 20]*) ⁽¹⁵²⁾. Il suo significato, peraltro, non consiste in ciò, che possano esistere delle leggi prive di *ratio*, «*nam si lex consultum est virorum prudentium, ut definitur in L. I. D. de Legib. nulla lex est sine ratione: ac nulla esse ejusmodi putanda est*»; esso, al contrario, risiede in ciò, che «*non semper eam rationem, quae movit legislatorem, nobis esse cognitam*».

Pertanto, *in proposito exemplo*, non si può affermare che la statuizione sia *dura et iniqua*: «*Lex enim suam rationem habuit. Neque eo minus habuit, quia ratio nobis ignota est. Non enim omnium rerum ratio a nobis reddi potest*» ⁽¹⁵³⁾. La circostanza pertanto che la *ratio* non sia individuale ⁽¹⁵⁴⁾ non legittima la conclusione che la legge sia dura od iniqua.

Da ciò l'ulteriore corollario: «*Et ideo rationes eorum, quae constituuntur,*

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*: «ubi sententia legis manifesta est volentis, quod constituitur, in omnibus casibus observari: hic aequitatis interpretatione ad voluntatem legis evertendam non utemur, ad quam conservandam solum uti convenit. *d. L. benignius [D. 1, 3, 18]*».

⁽¹⁵²⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 106 s.: «Sed legem Ulpianus aliter accipere non potuit, quam quomodo aperte scripta est. Quod autem dicitur, non ita debuisse constitui, quia iniqua sit: hic ad defensionem ejus legis, et similium, quarum ratio parum exposita est, respondebimus id, quod est in *L. non omnium, D. de Legib.*».

Vd. anche la citazione riportata da Hilligerus, nella nota 8, c. 106, *Ehem. Lib. 7. de Princ. jur. C. 17. pag. 485*, secondo cui il concetto affermato nella *L. 20* assurgerebbe al rango di principio primo, indimostrabile, *ne progressio detur in infinitum*.

⁽¹⁵³⁾ Su quanto esposto, *ubi supra*, § XIV, c. 107.

⁽¹⁵⁴⁾ Ma vd. l'opinione riferita da Hilligerus, nella nota 7, c. 105 s.: «*Legem tamen Prospexit non carere ratione, ostendit Zas. ad L. 20. de LL. n. 19. Adulterii enim crimen, quia clandestinum, saepe per eos juvatur, qui minime videntur suspecti. Potuit enim et servus ruri degens ex domina ipsa, vel conservis aliquid intellexisse, aut de antiquis dominae moribus attestari. Et ad terrorem criminis forte haec lex emersit ... Sed hanc durtiem d. L. 12. per L. 32. C. de adult. correctam esse vult Briss. de Adult. C. 26.*».

inquiri non oportet» (*L. et ideo, seq. D. de legib. [D. 1, 3, 21]*). Questo principio, che è una conseguenza di quello precedente, non sta a significare che in generale non sia necessario ricercare la *ratio legis* poiché, al contrario, «*Hoc simpliciter, et in universum si dicitur, falsum est*» ⁽¹⁵⁵⁾. Ed infatti, «*Rationes ... legis inquiri ad quasdam res non solum utile est, sed et prope necessarium, primum, ne adversus rationem legis jus servemus, ut servandum non esse, nec servari, ante docuimus: deinde ut, ratione legis cognita, producamus ad casus similes, quod fieri debere praecipitur in L. non possunt [D. 1, 3, 12], L. nam, ut ait [D. 1, 3, 13], D. de legib.*».

Essa sta invece a significare che non si deve in ogni caso subordinare l'applicazione della legge alla cognizione della sua *ratio*. Quando la legge è chiara, essa deve essere applicata a tutti i casi previsti essendo certo che la *ratio* esiste e che non può atteggiarsi in maniera contraria all'equità, ovvero allo scopo fondamentale del diritto consistente nel *recta jubere, prohibere contraria*.

Diversamente argomentando, si giunge al risultato «*ut multa ex his, quae certa sunt, subvertantur*», vale a dire, a far sì che non solo e non tanto vengano mutate «*quae certa sunt, ma anche che quae optimae, et prudentissime constituta sunt*» ⁽¹⁵⁶⁾.

15. — Infine, il quarto caso di interpretazione restrittiva è dato dalla interazione tra leggi successive nel tempo e disciplinanti in modo diverso una stessa materia; dal rapporto, pertanto, in cui la legge precedente si pone con la susseguente, dal rapporto in cui quest'ultima si pone con la prima: talché «*non solum priores ex posterioribus, sed etiam posteriores ex prioribus et interpretationem, et temperamentum accipiant*» ⁽¹⁵⁷⁾.

Può accadere che la legge precedente sia generale e quella successiva speciale o, viceversa, che la precedente sia speciale e la successiva generale. Quando si verifica questo concorso di leggi, la regola è nel senso che si operi una compenetrazione tra di esse, tanto da formare un'unica leg-

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 107 s.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ubi supra*, § XV, c. 108. Sui criteri onde dirimere il conflitto tra pluralità di fonti del diritto applicabile ad una medesima controversia, cfr. Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § II, nota 1, c. 290.

ge: «priors cum posterioribus, posteriores cum prioribus coniunguntur ita, ut, his coniunctis, una lex efficiatur ex duabus, eoque res deducatur, quasi una sit pars alterius» (*L. non est novum. L. ideo, L. sed et posteriores, D. de Legib.* [D. 1, 3, 26-28])⁽¹⁵⁸⁾.

Si determina, pertanto, tra queste leggi una *tractio*, talché «necesse est ... priores ad posteriores trahi, ne sine posteriorum emendatione, et exceptione valeant: et posteriores trahi ad priores, ne posteriores sine priorum temperamento accipiantur»⁽¹⁵⁹⁾.

Più precisamente, l'interpretazione restrittiva opera nei confronti della legge generale sulla base della legge speciale. E ciò si verifica in due ipotesi opposte: quando la legge speciale è successiva a quella generale; quando la legge generale è successiva a quella speciale. In entrambi i casi, la statuizione della legge generale è temperata, è ristretta, dalla sottrazione operata dalla legge speciale successiva o precedente⁽¹⁶⁰⁾.

L'*tractio* è determinata dalla legge successiva, dal rapporto in cui quest'ultima, secondo la sua stessa *ratio et voluntas*, si pone con la prima. È questo il fenomeno che si verifica «cum dicitur, priores leges ad posteriores trahi: sed et posteriores trahi, et pertinere ad priores. *L. non est novum* (D. 1, 3, 26), *L. ideo* (D. 1, 3, 27), *L. sed et posteriores* (D. 1, 3, 28), *D. de legib.*»⁽¹⁶¹⁾.

Così, «exempli causa fingamus, hodie lege ita ferri: Qui pro alio fidejusserint apud tabellionem, utiliter teneantur, sive rei principales praesentes sint, cum agitur, sive absentes, et sive solvendo sint, sive non sint».

La lettera di una tale disposizione è tale da ricomprendere anche la «foemina fidejubens, item minores viginti quinque annis». Peraltro, se questa legge posteriore viene correlata alle leggi speciali precedenti e dunque interpretata alla stregua di queste, ne deriva che quei soggetti riman-

⁽¹⁵⁸⁾ *Loc. penult. cit.*, § XV, c. 109; *ibidem*: «Quid est autem posteriores pertinere ad priores? Nihil aliud, quam posteriores esse priorum legum ut sunt partes sui totius ... Id quod non alia ex re fit, quam quod hae leges pro una haberi debeant cum de mutua interpretatione quaeritur, et hac gratia, si locis, aut temporibus sejunctae sint, una ad aliam trahi debeat, ut jungantur».

⁽¹⁵⁹⁾ *Ubi supra*, § XV, c. 109.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ubi supra*, § XV, c. 110, § XVI, *ibidem*.

⁽¹⁶¹⁾ *Ubi supra*, § XV, c. 109.

gono esclusi dalla sua previsione, ne deriva, pertanto, che «exceptae esse mulieres, et minores viginti quinque annis, cum pro alio fidejusserint, quia aliter de his specialiter cautum sit prioribus legibus; de intercessionibus mulierum Senatusconsulto Velleiano; de minoribus edicto praetoris de minoribus»⁽¹⁶²⁾.

Questa *tractio* non ha luogo quando consta che la legge successiva ha abrogato quella precedente e ciò accade quando la legge successiva sia in tutto contraria alla precedente (*L. si quando, in pr. C. de inoff. test.* [C. 3, 28, 35, *pr.*]). In questo caso, non residua alla precedente alcun ambito di vigenza avendo la successiva disciplinato, in maniera affatto diversa, tutti i casi contemplati dalla prima. Talché, il principio che regola il rapporto tra leggi successive nel tempo è il seguente: «posteriores leges ad priores pertinere (nempe ut ab his posteriores temperamentum accipiant), nisi sint contrariae, id est in totum contrariae. Quo casu priores tolluntur, solae relinquuntur posteriores» (d. *L. sed et posteriores, de legib.* [D. 1, 3, 28]).

La regola, dunque, è per l'*tractio*, mentre l'*abrogatio* è l'eccezione⁽¹⁶³⁾.

16. — Si è appena visto come, quando la «sententia legis sit angustior quam verba, solam sententiam sequimur». Le parole della legge possono essere seguite, sono legge, fino al punto in cui coincidono con la *sententia*. Oltre questo punto, esse sono dei contenenti privi di contenuto: «extra sententiam, verba jus non sint».

Accanto a questa ipotesi, se ne presenta un'altra diametralmente opposta: quella in cui la *sententia* abbia un ambito di vigenza più ampio di quello fatto proprio dalle parole.

Ora, poiché la regola è che *sententiam totum facit*, ne consegue che essa si estende oltre la lettera della legge, anche ai casi dunque da questa non espressamente contemplati: «cum sententia erit latior, sequimur totam, ut non solum pro jure sit in his, de quibus sensum et scriptum est, sed etiam in omnibus, ad quae sententia pertinet, etiam de quibus scriptum non est»⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶²⁾ *Ubi supra*, § XVI, c. 110 s.

⁽¹⁶³⁾ *Ubi supra*, § XVII, c. 112.

⁽¹⁶⁴⁾ Tom. I, Lib. I, Cap. XIV, § I, c. 111.

Mentre la prima viene definita *restrictiva*, questa seconda viene chiamata *estensiva*. Estensiva proprio perché essa consente alla *sententia* di operare oltre la lettera della legge: «Extendatur autem ultra verba ad eos casus, de quibus lex sensit, etsi nihil scripsit»⁽¹⁶⁵⁾.

I casi in cui si fa luogo a questo tipo di interpretazione sono, simmetricamente alla *restrictiva*, quattro: «ex aliis partibus legis; ex contrariis; ex consequentibus; ex ratione latiore legis»⁽¹⁶⁶⁾.

17. — L'interpretazione estensiva è fondata sulle altre parti della legge allorché in una parte del testo essa dispone in ordine a casi specifici, ma da un'altra parte, precedente o successiva, si deduce che quella enumerazione è solo esemplificativa: «cum quod in una parte constituitur, ad certas res, aut personas relatum est: sed definitio generalis praecedit, aut sequitur, ex qua intelligitur, quod in specie erat, exempli gratia dictum esse. Exemplum in *L. regula*, §. ult. *D. de jur. et fact. ign.* [D. 22, 6, 9, 6]»⁽¹⁶⁷⁾.

Il fondamento testuale di questa interpretazione risiede, analogamente all'ipotesi corrispondente dell'*interpretatio restrictiva*, nella regola secondo cui «incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.* [D. 1, 3, 24]»⁽¹⁶⁸⁾.

18. — Si ha interpretazione estensiva *ex contrariis* allorché la legge disciplina una data materia in modo tale da indurre, per i casi non previsti, una disciplina opposta. L'estensione riguarda questi casi e la loro regolamentazione è contraria, opposta, appunto, a quella riguardante i casi contemplati: «Ex contrariis hoc modo, ut, cum lex nominatim in re aliqua quid statuit, intelligatur, in contraria re contrarium velle, etsi non exprimitur»⁽¹⁶⁹⁾.

La legge contiene dunque due *sententiae*, una diretta a determinare una data disciplina *in re aliqua*, l'altra volta a prescrivere un'opposta disciplina *in contraria re*. La prima statuizione compare nel testo letterale della legge, la seconda la si deduce argomentando *a contrario*, la si deduce, in

⁽¹⁶⁵⁾ *Ubi supra*, § I, c. 112 s.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ubi supra*, § II, c. 113.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ubi supra*, § III, c. 113.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁹⁾ *Ubi supra*, § IV, c. 113.

definitiva, dalla valutazione complessiva della *sententia*⁽¹⁷⁰⁾.

In ciò trova la propria giustificazione ed il proprio fondamento il canone secondo cui «*Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*» (*L. cum lex*, *D. de legib.* [D. 1, 3, 22])⁽¹⁷¹⁾.

Così, ad esempio, «indulgetur in integrum restitutio minorum» entro quattro anni dal compimento del venticinquesimo anno di età. Per ciò stesso, quando questo tempo sia trascorso senza che l'azione sia stata svolta, «sic intelligitur in praeteritum indultum esse, ut in futurum denegetur. *L. ult. C. de temp. in int. rest.* [C. 1, 52, 7]»⁽¹⁷²⁾.

Analogamente la *lex Julia* concede l'azione di adulterio «in quinquennium continuum, ex quo adulterium commissum est». Conseguentemente, trascorso questo quinquennio la legge «accusare vetat, et praescriptio temporis accusato datur. *L. adulter*, *C. de adult.* [C. 9, 9, 5]».

Da ciò si comprende come la parte relativa al divieto sia dedotta *ex contrariis*, sia frutto quindi di una interpretazione estensiva. La legge concede un'azione per un determinato periodo di tempo; da ciò si deduce che per il periodo successivo, la proposizione di questa stessa azione è vietata⁽¹⁷³⁾.

19. — *Ex consequentibus*, si ha interpretazione estensiva quando la lettera della legge viene estesa a quei casi, da essa non contemplati e in sé e per sé considerati leciti, in cui si realizza ciò che la legge intende vietare. In altri termini, rientrano nell'ambito di applicazione della legge non solo le ipotesi da essa espressamente contemplate ma tutte quelle che, formalmente conformi a diritto, conseguono lo scopo, il risultato, da essa riprovato. Il comportamento è dal punto di vista formale conforme alla legge, nella sostanza esso ne viola la *sententia*, la *voluntas*, il comando intrinseco: «committere in legem videri eum non tantum, qui contra legis facit, sed etiam qui verba legis amplexus contra voluntatem, et sententiam

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem*. «Ut puta, lege Julia de vi cavetur, ut cui obtigerit exercitio iudicii publici, possit eam mandare hac conditione, si proficiscatur. Intelligimus, sub contraria conditione hoc caveri, ut non aliter eam mandare possit, quam si abesse coeperit. *L. I., vers. hujus*, *D. de off. ejus* [D. 1, 21, 1, pr.]».

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷²⁾ *Ubi supra*, c. 114.

⁽¹⁷³⁾ *Ibidem*.

sib», poiché lo scopo è quello di evitare che «mulier indotata efficiatur. *L. lex Julia, D. de fund. dot.* [D. 23, 5, 1]»; analogamente, ciò che è stabilito per il possessore che «ab initio mente praedonis res hereditarias invasit», vale anche nei confronti di colui che, immessosi nel possesso dei beni ereditari per un'apparente giusta causa ed accortosi successivamente di non avere titolo a possedere, «praedonis more in possessione manserit. *L. sed etsi, §. de eo, D. de pet. haer.*»⁽¹⁸¹⁾. Così, ancora, il termine *quis*, per identità di *ratio*, si estende sino a ricomprendere la donna⁽¹⁸²⁾.

Questo tipo di interpretazione può, secondo l'espressione di Gaio, così essere espresso: «ubi eadem ratio sit, consequens esse, ut idem aestimari debeat. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* [D. 9, 2, 32]»⁽¹⁸³⁾, o ancora, secondo l'espressione usata da Cicerone in *Topicis*: «Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat».

Al tempo stesso, occorre tenere presente che non è l'equità, intesa come valore metapositivo, a giustificare l'interpretazione estensiva, ma è la *ratio legis* a rendere equa la sua estensione ai casi analoghi: «Sed ideo aequum id fieri, quia lex voluit, etsi verba deficiunt. Iniquum autem, sententiam omitti tantum ideo, quia verbis expressa non est ... Ita ... ex

⁽¹⁸¹⁾ *Ubi supra*, c. 118.

⁽¹⁸²⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 119: «verbum hoc, si quis, tam masculos, quam foeminas complecti. *L. verbum hoc, si quis, D. de verb. significat.*».

⁽¹⁸³⁾ Su questo specifico punto, vd. la dottrina riportata da Hilligerus, nella nota 3, che distingue l'ipotesi in cui tra casi diversi vige l'*eadem ratio* ed i casi che presentino delle *rationes* «specie differentes, similes tamen». È in relazione a questa seconda ipotesi che si potrebbe parlare, propriamente, di interpretazione estensiva: «Ubi [D. 9, 2, 32] tamen eadem ratio non dicit extensionem, sed proprium intellectum, per *L. 6. § I. de Verb. sign.* Bald. in *L. 14. de LL.* ... Quando enim in pluribus casibus eadem ratio: ea ipsa decedit omnes, non per extensionem, sed sicut generi species inest. Sed quando rationes specie differentes, similes tamen: tunc est extensio, id est progressio de termino ad terminum per adaequationem, et paritatem. Petrus, et Cynus in *L. jura, 8, de LL.* Refert haec Tirraquell. ad *L. 8. C. de revoc. don. Verb. Libertis, n. 45*».

Quindi, in definitiva, nella prima forma di interpretazione estensiva, è la *ratio* che disciplina tutti i casi che presentano caratteri di similarità tali da farli ritenere specie di un medesimo genere.

Nella seconda forma, invece, il fatto è suscettibile di una *ratio legis* propria, non si presenta quindi come una *species* riconducibile nel *genus*. La mancanza di una disposizione di legge induce, in base al criterio di similarità, ad applicare la *ratio legis* che per tale via risulta più prossima. La *ratio legis* non è identica, ma simile, ovvero diviene identica in quanto compatibile con quella afferente al caso, si sostituisce a quest'ultima.

sententia ducitur aequitas, quam Cicero nominat, ut vere dicturi simus, unam sententiam legis causam esse hujus productionis»⁽¹⁸⁴⁾.

In generale, pertanto, si può affermare «ut quod in una re, aut una persona constituitur: intelligatur dictum exempli causa, ut nihilominus pertineat ad omnes ejusdem generis, aut similes tum res, tum personas»⁽¹⁸⁵⁾.

21. — Da quanto si è detto discende che ogni qual volta sia chiara la *sententia legis*, questa deve trovare applicazione in *paribus causis*. Tuttavia, si potrebbe negare questa regola sostenendo che, essendo i casi, non previsti, simili, ma non uguali, a quelli contemplati dalla legge, si dovrebbe, piuttosto, stare a quelli e, dunque, evitare l'interpretazione estensiva: «non debere sententiam, seu legem ad casus lege omissos porrigi, quia sit contra sententiam legis»⁽¹⁸⁶⁾. In altri termini, si potrebbe sostenere che i casi non previsti siano l'espressione di una *voluntas legis* diretta ad escludere la loro riconducibilità nella legge di che trattasi: «Cur enim lex ex multis casibus certos quosdam nominatim expressit? Non videtur alia de causa, nisi ut caeteros excluderet. Nam, si voluisset, contineri caeteros: aequae exprimeret poterat»⁽¹⁸⁷⁾.

Questa obiezione è confutata «definitione ea, quae traditur in *L. neque leges, et L. non possunt, D. de legib.* [D. 1, 3, 10 e 12]». Risponde dunque Giuliano che «non omnes casus, non omnes articulos, qui quandoque postea incidere possunt, verbis legis comprehendi posse»⁽¹⁸⁸⁾, perché «in tanta negotiorum varietate, et naturae mutatione, *Constit. Tanta*, §. 18. impossibile est»⁽¹⁸⁹⁾.

Quindi, l'esclusione dipende da questa impossibilità, non dal fatto che si siano voluti sottrarre alla disciplina legale i casi non previsti: «hanc causam esse, cur quidam non exprimentur: non autem eam, quam diximus, ut qui expressi non sunt, excludantur»⁽¹⁹⁰⁾. I casi previsti pertanto

⁽¹⁸⁴⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 117 s.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 118.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 120.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 120 s.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 121.

⁽¹⁸⁹⁾ Così HILLIGERUS, nella nota 5, c. 121.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 121.

hanno il valore di esempi, che consentono di individuare i casi simili ai quali la *ratio* e la *sententia legis* devono essere applicate.

22. — La *ratio legis* è applicata «ad similes casus» in tre modi: «interpretatione, jurisdictione, constitutione principis» (*L. et ideo de his, L. nam, ut ait, D. de legib.* [D. 1, 3, 11 e 13]).

L'*interpretatio*, che si qualifica come privata in quanto prescinde dalla *jurisdictio* e dalla *constitutio principis*, può e deve essere applicata tutte le volte che l'estensione ai casi simili della *ratio legis* si presenti come evidente, ogni volta che non si tratti altro che di incasellare nella *ratio* il caso non previsto dal testo, dai *verba*: «Ubi ratio legis nota est, et apparet, in aliis casibus eadem esse: hic lex ad similes casus sine alia superiore confirmatione non tantum porrigitur, sed et porrigi debet ... Et merito. Sic enim fit quod lex voluit ... Quod facile privati omnes non solum possunt, sed etiam debeant, atque adeo jubentur. *L. 2. D. de legib.* [D. 1, 3, 2]» (191).

Diversa questione è quando si tratti di stabilire se l'*eadem ratio* sussista. Una soluzione errata di questo problema avrebbe come conseguenza di riferire la *sententia legis* a dei casi che le sono invece estranei.

Quando si ponga una controversia di tale natura, escluso il ricorso alla *jurisdictio* del pretore in quanto abolita, «constitutio principis necessaria est» (192).

23. — Quanto si è detto a proposito della interpretazione estensiva basata sull'*eadem ratio*, sulla circostanza cioè che la «ratio legis», per sua stessa volontà, «in similibus causis pro jure valere debere», non è applicabile al *jus singulare*, al diritto, cioè, che «contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. *L. ius singulare, D. de legib.* [D. 1, 3, 16]» (193); «Contra tenorem juris», vale a dire, «contra id, quod communis et perpetua ratio juris dictat» (194).

Presso i *Latini*, il termine *tenor* esprime la costanza e la perpetuità,

(191) *Ubi supra*, § VII, c. 119.

(192) *Ubi supra*, § VII, c. 120. Esempi di disciplina di casi simili attraverso questo strumento, *L. I. C. de interdict. L. non sine, C. de bon. quae lib. L. ult. C. ad leg. Falc.*

(193) *Ubi supra*, § IX, c. 122.

(194) *Ibidem*.

pertanto, la cogenza della *ratio*, per altro, derogata dal *jus singulare* (195).

Occorre, dunque, la compresenza dei due diritti (196).

Il *jus singulare* non è iniquo, poiché, diversamente, non sarebbe diritto (197). Esso è vero diritto poiché, pur risolvendosi in una prescrizione che prevede una disciplina diversa per i casi contemplati dal *jus commune* e, pertanto, pur essendo, in questo senso, *contra rationem et tenorem juris*, esso è tuttavia dettato *propter aliquam utilitatem* e trova, altresì, la sua fonte, non nella *privata interpretatio*, bensì nell'*auctoritas*: «Excipitur enim a jure commune, idque contra rationem communem; justa tamen de causa propter utilitatem aliquam, quae facit, ut sit aequum, ita constitui. Fit autem id jus non privatorum interpretatione, qui jus facere non potuerunt: sed cum accesserit auctoritas constituentium, ut Praetorum, Senatus, Principis» (198).

Il riferimento alla *utilitas* consente, da un lato, di evitare che esso sia iniquo, dall'altro, di ritenere contraddetta la «Lex XII. Tabl. *privilegia ne irrogant*», essendo, infatti, i *privilegia* mere «leges in privatos latas» (199).

Per il diritto singolare, vale il principio secondo cui «*Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. quod vero, D. de legib.* [D. 1, 3, 14] et *L. quod contra, D. de reg. iur.* [D. 50, 17, 141]» (200). Il diritto singolare dunque non può regolare i casi simili, quelli, cioè, per i quali opererebbe il criterio dell'*eadem ratio*. Per questo diritto non vale la «regula de interpretatione juris et legum, qua placet, jus constitutum porrigi ad eas causas, in quibus sit eadem ratio». In questo senso, va interpretato il frammento *L. in his D. de legib.* [D. 1, 3, 15], secondo cui, appunto, «*In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*» (201).

(195) *Ubi supra*, § IX, c. 122: «*Tenor enim Latinis constantiam et perpetuitatem alicujus actionis significat ... Ab hoc tenore et constantia quod deflectit, jus est singulare.*»

(196) *Ubi supra*, § IX, c. 122: «*Nam, si prius aliquod, quod de genere aliquo constitutum esset totum tolleretur, non posset dici, posterius constitutum contra rationem juris prioris, cum jam id nullum esset nec posterius esset singulare, sed, priore sublato, commune eoque ejusmodi, de quo recte statueretur, ubi eadem ratio sit, ibi quoque idem probandum esse.*»

(197) *Ubi supra*, § IX, c. 122 s.: «*Neque ideo tamen id jus iniquum est, alioqui ne jus quidem esset.*»

(198) *Ubi supra*, § IX, c. 123.

(199) Su quest'ultimo punto, vd. la nota 6, c. 121 ss., di Hilligerus.

(200) *Ubi supra*, § X, c. 123.

(201) *Ubi supra*, § X, c. 123 s.

Così, ad esempio, nell'editto *de restitutione minorum*, la *ratio* è data da ciò che «infirmum sit consilium ejus aetatis, et multis captionibus, atque insidiis expositum propter imperitiam rerum. L. I. D. de minor. [D. 4, 4, 1, pr.]». Questa stessa *ratio*, anzi *prope major*, è riscontrabile «in rustico aliquo nomine», sebbene maggiore di venticinque anni. È, infatti, possibile rinvenire *rustici* che sono «imperitiores ... quam juvenis aliquis mercator industrius, et versatus jam in negotiis, et rebus humanis, atque aetate provection». Tuttavia, a questi non si estende la *ratio* dell'editto poiché «restitutio in integrum contra rationem juris communis introduca» e, dunque, «non est producenda ad consequentias»⁽²⁰²⁾.

La ragione ultima del divieto dell'interpretazione estensiva del diritto singolare risiede nella stessa *voluntas constituentium*: «Qui ex regula certos casus excipit, hoc ipso regulam in caeteris casibus voluntate sua confirmare intelligitur. L. quaesitum, §. idem respondit, domo instructa, D. de instruct. vel instr. leg. [D. 33, 7, 9, 42]». Donde, inversamente, il principio: «quod dicitur in L. praecipimus, in fin. C. de appell. [C. 7, 62, 32, 6], quidquid nova lege specialiter non est expressum, id veterum legum, constitutionumque regulis relictum intelligi»⁽²⁰³⁾.

La disciplina relativa al *jus singulare* si applica anche alle *constitutiones Principum personales* (L. I. D. de const. princ. [D. 1, 4, 1, 2]). Ed infatti tali sono quelle prescrizioni «quibus princeps aut ob merita alicui quid indulget, aut ob merita poenam irrogat, aut cui sine exemplo subvenit..., omnia nimirum contra rationem juris communis»⁽²⁰⁴⁾.

III

SEMEIOTICA ED INTERPRETAZIONE

24. — Le regole interpretative di cui sinora si è trattato riguardano le ipotesi in cui la *sententia* differisce dalle parole, le ipotesi quindi in cui «vel ut minus sententia, vel ut plus, quam verba, contineat».

Ci si deve ora porre il problema di quale sia la regola interpretativa da seguire quando l'uso di questi criteri ermeneutici non conduca alla in-

⁽²⁰²⁾ *Ubi supra*, § X, c. 124 s.

⁽²⁰³⁾ *Ubi supra*, § XII, c. 126.

⁽²⁰⁴⁾ *Ubi supra*, § XI, c. 125.

dividuazione della *sententia*, della *voluntas legis*. In tal caso, vale la regola fondamentale secondo cui «in re dubia verbis legis standum esse, ut neque plus continetur lege, neque minus, quam verba significant. Proinde et hoc jus esse. L. I. §. licet, vers. in re igitur, D. de exerc. act. [D. 14, 1, 1, 20]». Quando, infatti, si devono impegnare le parole per la individuazione della *sententia*, «non est existimandus quisquam dixisse, quod non senserit. L. Labeo, §. 2. illic, id Tubero, D. de supplect. leg. [D. 33, 10, 7]»⁽²⁰⁵⁾.

E, tuttavia, neppure questa regola di interpretazione conduce sicuramente al riconoscimento della *voluntas legis*. Si possono, infatti, presentare dei casi in cui il significato delle parole è oscuro o ambiguo. È vero che, in questa ipotesi, la *regula juris* prescrive che «in ambiguis orationibus maxime sententiam spectandam esse ejus, qui eas protulisset, L. in ambiguis orationibus, D. de reg. iur. [D. 50, 17, 96]», vale a dire, «qui ambigue loquitur, non utrumque dicit, sed quod sensit, et voluit. L. 3. D. de reb. dub. [D. 34, 5, 3]»; ma è altrettanto vero che, per questa via, si ritorna *in eandem difficultatem*, poiché se l'*oratio legis* è *obscura*, tale rimane anche la *sententia*. E allora, «ad hanc voluntatem conjiciendam certa praecepta tradita sunt a veteribus juris auctoribus, quae varie dispersa in hunc locum, atque usum conferemus»⁽²⁰⁶⁾.

Ogni «ambiguitas atque obscuritas orationis»⁽²⁰⁷⁾ deriva «aut ex ambiguitate singulorum verborum, aut ex compositione orationis, aut e incertitudine naturae, quae inest in ea re, de qua jus statuitur»⁽²⁰⁸⁾.

25. — *Ex ambiguitate verborum* il testo della legge è oscuro quando, la parola o le parole, hanno più significati, uno dei quali proprio, gli altri impropri⁽²⁰⁹⁾.

In tal caso, occorre attenersi al significato proprio della parola, a me-

⁽²⁰⁵⁾ Tom. I, Lib. I, Cap. XV, § I, c. 127.

⁽²⁰⁶⁾ *Ubi supra*, § II, c. 128.

⁽²⁰⁷⁾ HILLIGERUS, *ubi supra*, § III, c. 127 s., nota 2: «Differentia autem est inter obscurum, et ambiguum. Obscurum, quod nullam interpretationem facile recipit, seu quod perspicuum sensum habet nullum. Ambiguum, quod duas, aut plures facile recipit, seu quod sensum habet certum, et perspicuum, sed multiplicem, ut quis accipiendus sit, non apparet. Obscure loquitur qui, quid senserit: ambigue, qui utrum senserit, dubitatum». Segue l'indicazione delle fonti.

⁽²⁰⁸⁾ *Ubi supra*, § III, c. 128 s.

⁽²⁰⁹⁾ *Ubi supra*, §§ IV e V, c. 129.

no che non risulti che si sia voluto attribuirle un significato diverso: «a verborum significatione, id est proprietate, non aliter recedi oportere, quam cum manifestum est, aliud sensisse scriptorem»⁽²¹⁰⁾. In materia testamentaria, questo concetto è chiaramente espresso nel frammento *L. non aliter, D. de legat. 3.* [D. 32, 69, pr.]. Ma, a maggior ragione, esso deve ritenersi operante per i legislatori i quali, *propter peritiam loquendi, et doctrinam*, usano le parole nel senso che a quest'ultime è più proprio e, pertanto, in modo più corretto di quanto non sia possibile ai *privati testatores*. Talché, «intelligimus, si verbum idem proprie quid significet, et aliud improprie, seu abusive, propriam significationem verbi sequendam esse».

Al tempo stesso, come sopra si è detto, questa regola vale «hactenus, nisi appareat, aliud sensisse legem»⁽²¹¹⁾.

Quando, pertanto, si tratti di attribuire alla parola un significato diverso da quello che le sarebbe proprio, occorre seguire i seguenti criteri. In primo luogo, si devono riguardare «antecedentia et sequentia ipsius legis». Infatti, spesso «ex his ambiguitas explicatur»⁽²¹²⁾.

Questo criterio, poi, altro non è che l'applicazione di quella regola di interpretazione secondo cui «incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare, vel respondere. *L. incivile, D. de legib.* [D. 1, 3, 24]», regola, pertanto, che vale oltre che per una esatta determinazione della *sententia legis*, anche per l'esatta comprensione dell'*oratio legis*⁽²¹³⁾.

Quando il riferimento alle parole che precedono o che seguono quelle della cui interpretazione si tratta, non consente di chiarire il loro significato, soccorre un ulteriore criterio interpretativo: tra più interpretazioni si deve preferire quella che sia «sine vitio»: «*L. in ambigua, D. de legib.* [D. 1, 3, 19] *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*». Si deve, pertanto, scartare quella interpretazione che sia *vitiosa* e tale è allorché «ex ea efficitur lex supervacua, et inutilis» (*L. postliminii, 5, in fi. D. de captiv.* [D. 49, 15, 5, *in fine*]). Il fondamento di questo canone ermeneutico risiede in ciò,

⁽²¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹¹⁾ *Ubi supra*, § V, c. 129.

⁽²¹²⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 129.

⁽²¹³⁾ *Ibidem*.

che «*dex est virorum prudentium consultum, L. I. D. de legib.* [D. 1, 3, 1] *quorum prudentiae non convenit vitiose quid scripsisse*»⁽²¹⁴⁾.

Così, ad esempio, la legge attribuisce il *jus emendi* a colui che, per un certo numero di anni, «per fundum vicini iter fecerit. *L. apparet, §. pen. D. de itin. actuq. priv.* [D. 43, 19, 5, 3]». In questa ipotesi, la persona cui questo diritto viene attribuito non è colui che «iter complanarit, depresserit, exaggeraverit, munierit; quibus tamen modis iter facere, et reficere quis dicitur: *L. 3. §. fieri, D. de itin. actuq. priv.* [D. 43, 19, 3, 14]», ma colui che «verit, quae altera est ejus verbi significatio», poiché «haec solum convenit proposito legis, quae de usu servitutis, non de loci substantia attingenda loquitur»⁽²¹⁵⁾.

Donde la *regula juris*, «*Quoties idem sermo duas sententias exprimit, eam potissimum accipiendam, quae rei gerendae aptior est. L. quoties idem sermo, D. de reg. jur.* [D. 50, 17, 67]»⁽²¹⁶⁾.

Quando neanche in tal modo si chiarisce il significato dell'*oratio*, si deve ricorrere alla consuetudine e alle leggi precedenti. In primo luogo, alla consuetudine (*L. si de interpretatione, D. de legib.* [D. 1, 3, 37]), al modo cioè in cui quelle parole tradizionalmente sono state intese. La consuetudine, infatti, «optima legum interpret [est] ... quia est voluntas, et velut conventio ejus civitatis, quae legem tulit. *L. sed et ea, D. de legib.* [D. 1, 3, 35]»⁽²¹⁷⁾.

Se la *consuetudo* non basta, soccorrono le leggi precedenti (*L. ideo quia, D. de legib.* [D. 1, 3, 27]). Si deve, infatti, ritenere che nella legge successiva si sia attribuito alle parole lo stesso significato espresso nelle leggi precedenti dove si sono disciplinate materie analoghe. Così, infatti, esige il fine di tutelare la dignità e l'autorità delle leggi pregresse, fine che deve essere perseguito da tutti gli amministratori pubblici⁽²¹⁸⁾.

Così, ad esempio, «*quaedam concessa sunt*» ai figli dei consoli e dei

⁽²¹⁴⁾ *Ubi supra*, § VII, c. 130.

⁽²¹⁵⁾ *Ubi supra*, § VII, c. 131.

⁽²¹⁶⁾ *Ubi supra*, § VII, c. 130 s.

⁽²¹⁷⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 131.

⁽²¹⁸⁾ *Ibidem*: «Extra consuetudinem ad leges priores recurremus, et, si illae significationem referent ad certas personas, aut certas res: eandem significationem in posterioribus tenebimus, quasi posteriores legislatores in verborum usu eam significationem secuti sint, qua priores leges usae sunt».

decurioni dalla L. 2. §. I., D. *de decur.* [D. 50, 2, 2, 1]. Ora, l'espressione figlio del console o del decurione può essere intesa in due modi. Tale può essere il soggetto che sia nato quando il padre era già console o decurione; oppure, il soggetto nato da padre plebeo (*a patre plebeo*) che sia successivamente divenuto console o decurione. Entrambe queste significazioni sono legittime. Solo il riferimento alla *consuetudo* ed alle leggi precedenti può stabilire quale delle due sia da preferire. E, così, «eum solum, qui patre jam tum consule natus est, si hoc illae [consuetudo et leges] probarunt, quamvis hac significatione beneficium posterioris legis ad paciores pertineat»⁽²¹⁹⁾.

Se neppure in tal modo si riesce a stabilire l'esatto significato delle parole e, dunque, neanche la *voluntas legis*, ci si deve attenere a ciò che le *regulae juris* prescrivono al riguardo: «*In dubiis benigniora praeferenda sunt. L. semper in dubiis, D. de reg. iur.* [D. 50, 17, 56] *In re dubia benigniorem interpretationem sequi debemus. L. ea, quae in partes, §. I. D. eod.* [D. 50, 17, 192, 1] *Capienda occasio est, quae praebet benignius responsum. L. capienda, vel rapienda, D. eod.* [D. 50, 17, 168]»⁽²²⁰⁾.

Pertanto, nell'esempio sopra riportato, se, nonostante l'uso dei criteri già indicati, il riferimento, cioè, alla consuetudine ed alle leggi precedenti, permane il dubbio, si deve preferire l'interpretazione che estende il beneficio della legge anche al figlio nato da padre plebeo che solo successivamente sia divenuto console o decurione e tale sia nel momento della applicazione della legge (*et nunc est*); non solo, ma tale beneficio deve intendersi che spetti anche al nato o al concepito nel tempo in cui il padre era decurione, «tametsi pater ejus postea ob delictum ordine motus sit». Ciò, perché «benigna est interpretatio, quae et ex verbis recipi potest, ut disseritur in d. L. 2. §. I. D. *de decur.* [D. 50, 2, 2, 1] item in *L. moris, §. pen. D. de poen.* [D. 48, 19, 9, 15]»⁽²²¹⁾.

«Benignior interpretatio est, quia humanior: et ideo humanior, quia per hanc fit, ut beneficium legis ad plures pertineat ... Est autem hoc maxime humanitatis, quam pluribus prodesse». Ed è anche a questo tipo di interpretazione che si riferisce il frammento *L. benignius, D. de legib.*

⁽²¹⁹⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 132.

⁽²²⁰⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 132.

⁽²²¹⁾ *Ibidem*.

[D. 1, 3, 18]. Ed infatti, «benignitas et aequitatem significat, et humanitatem»⁽²²²⁾.

I *beneficia principis* soggiacciono a questo tipo di interpretazione (*L. 3. D. de const. princ.* [D. 1, 4, 3]), senza che sia possibile operare una restrizione del significato delle parole in base alla *consuetudo* o alle *prioris leges*, «quia haec interpretatio benignitati et munificentiae principis convenit». Pertanto, se il principe «restituit alicui actiones», per azione «intelligimus quidquid hoc verbo etiam abusive continetur. *L. actionis, D. de oblig. et act.* [D. 44, 7, 37]». Analogamente, «immunitatem a vectigali concessit alicui, et filiis ejus? Filiae, et nepotes, ac deinceps liberi *filiorum* verbo continebuntur»⁽²²³⁾.

26. — «Ex compositione orationis» la *obscuritas* o la *ambiguitas* si verificano quando il significato di una parola è per sé chiaro ma la *structura orationis* rende incerto «ad quas personas, aut ad quod tempus essa referri debeat».

Così, ad esempio, Ulpiano dopo aver affermato il principio secondo cui «quidquid principi placuit, legis habet vigorem», aggiunge: «*Ut pote cum populus ei, et in eum omne suum imperium, et potestatem contulerit*» (*L. I. D. de const. princ.* [D. 1, 4, 1]). In questo contesto, la parola *eum* ha un significato univoco: «Demonstrat enim eum, ad quem refertur, neque unquam aliud continet, quam hanc demonstrationem». Ma l'*oratio* è scritta in modo tale che quella parola può essere riferita sia al popolo che al principe⁽²²⁴⁾.

Si tratta, allora, di sciogliere questo dubbio, utilizzando i criteri di interpretazione sopra espressi. Se si segue la lettera del testo l'espressione *in eum* si riferisce al principe poiché essa segue la parola *ei* che, senza dubbio, sta ad indicare la persona del principe. Pertanto, seguendo la lettera, il senso della *oratio* è che il popolo «contulisse omnem suam potestatem principi, et adversus principem». Ma questa interpretazione «aperte vitiosa est, quia falsa». Ed, infatti, il popolo non ha mai avuta alcuna potestà sul *princeps*; perciò, neppure ha potuto trasferirgliela: «Nullam enim potestatem populus habuit in principem, ut proinde nec potuerit eam transferre ad principem adversus ipsum principem». Nessuno può trasfe-

⁽²²²⁾ *Ubi supra*, § IX, c. 132.

⁽²²³⁾ *Ubi supra*, § X, c. 132 s.

⁽²²⁴⁾ Su quanto esposto, *ubi supra*, § XI, c. 133 s.

rire ad altri «plus juris quam habuit. *L. nemo plus*, D. de reg. jur. [D. 50, 17, 54]»⁽²²⁵⁾.

L'espressione *in eum* non può dunque che riferirsi al popolo: «ei, et in eum ... intellige populum ipsum»⁽²²⁶⁾. È, questa, infatti, tra le due, la sola interpretazione che dia un senso alla legge di che trattasi, la sola, quindi, che possa essere prescelta giusta il criterio interpretativo posto dalla *L. in ambigua*, D. de legib. sopra richiamata⁽²²⁷⁾.

Un caso analogo è proposto da Quintiliano (Lib. 7. Cap. 7.). La legge dispone: «*Natus ex meretrice ad honores, dignitates, professiones ullas publicas ne admittatur*». Una persona nasce da un matrimonio legittimo, «*deinde mater ejus coepit esse meretrix*». Si domanda se quella disposizione trovi applicazione. Stando all'*oratio* la risposta non potrebbe che essere affermativa: «*Nam et is natus est ex hac muliere, et haec mulier est meretrix*».

Per altro, la *structura orationis* pone il quesito della individuazione del tempo in riferimento al quale la qualifica di *natus ex meretrice* deve essere valutata, se, quindi, in relazione al momento della nascita, in cui la madre meretrice non era, ovvero, *ad praesens*, in cui la madre tale è, invece, divenuta; pertanto, se possa essere considerato *natus ex meretrice* anche colui la cui madre al tempo della nascita non aveva acquisita tale qualifica. La questione va risolta in base a quella *regula* che trova applicazione allorché non sia possibile riscontrare l'esistenza di consuetudini o di leggi capaci di sciogliere l'ambiguità, vale a dire, deve essere seguita l'interpretazione più favorevole e, pertanto, non può essere equiparato al figlio della meretrice colui che sia nato da matrimonio legittimo e la cui madre solo successivamente alla nascita sia divenuta meretrice: «*Alia enim caussa est beneficii, quod benigni accipitur: alia poenarum, quae interpretatione non sunt adiuvandae, quia est contra benignitatem. L. cum quidam*, D. de lib. et post. [D. 28, 2, 19] *L. pen.* D. de poen. [D. 48, 19, 42]»⁽²²⁸⁾.

27. — «Ex incertitudine naturae» la *obscuritas orationis* ha luogo in

⁽²²⁵⁾ *Ubi supra*, § XII, c. 134.

⁽²²⁶⁾ Tom. I, Lib. I, Cap. VIII, § IX, c. 59. Vd. anche Hilligerus, nota 7 a Cap. XV, § XII, c. 133 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali.

⁽²²⁷⁾ Tom. I, Lib. I, Cap. XV, § XII, c. 134 s.

⁽²²⁸⁾ Su quanto esposto, vd. *ubi supra*, § XII, c. 135.

Quintiliano, *Instit. oratoria*, Lib. 7, Cap. VI, prospetta il caso senza risolverlo.

quei casi in cui la legge, in sé e per sé considerata, è chiara, mentre l'incertezza circa le modalità della sua applicazione deriva dalla natura del fatto che si tratta di disciplinare. L'incertezza relativa al fatto si trasferisce al diritto, rende problematica l'applicazione di quest'ultimo. Pertanto, a rigore, non si pone in questo caso un problema di semeiotica, ma di correlazione tra un fatto incerto ed il diritto.

Quando un soggetto muore lasciando la moglie incinta e un figlio, non vi è dubbio che l'eredità si ripartisca tra quest'ultimo ed il nascituro o i nascituri. Benché, dunque, il parto non si sia verificato, il figlio già nato ha diritto non all'intera eredità, ma ad una quota di essa, talché «*debitores haereditarios convenire non posse nisi pro parte haereditaria: a creditoribus haereditariis, nisi pro parte, conveniri non posse. L. sed et si restituitur*, §. *ultim.* D. de judic. [D. 5, 1, 28, 5] *L. antiqui.* D. si pars her. pet. [D. 5, 4, 3]»⁽²²⁹⁾.

Si domanda a quanto ammonti questa quota. La risposta è che essa si attegga diversamente a seconda del numero dei nascituri: «*Pendet hoc ex numero eorum, qui in utero erunt. Nam si unus est in utero, frater superstes habebit dimidiam: si duo, tertiam: si tres, quartam, et ita deinceps, ut pro numero liberorum partes fiant*».

Ma quale sia il numero dei nascituri è incerto. In tal modo, appare evidente come l'*obscuritas* non dipenda dal testo della legge, ma dalla natura delle cose: «*Apparet hic, obscuritatem legis non nasci ex ambiguitate verborum, aut structura orationis, quorum utrumque hic certum est: sed ex eo, quod natura incertum est, quot sint in utero, et quot nasci possunt*»⁽²³⁰⁾.

Gli interpreti, non potendo determinare il numero dei nascituri, si sono attenuti a ciò che è verosimile che accada⁽²³¹⁾, talché esso è stato posto come pari a tre. In tal modo, il *filius superstes* consegue un quarto dell'eredità e se i nati saranno *pauciores quam tres* egli vedrà accresciuta proporzionalmente la sua quota, mentre, se saranno *plures quam tres* la sua quota subirà un decremento corrispondente (*d. L. antiqui, in fi. et L. seq.*

⁽²²⁹⁾ DONELLUS, *ubi supra*, § XIII, c. 136.

⁽²³⁰⁾ Su quanto esposto, vd. *ibidem*, § XIII, c. 135 s.

⁽²³¹⁾ *Ubi supra*, § XIV, c. 137: «*Sed tamen et haec obscuritas a veteribus explicata est, non ut, quod natura incertum erat, certum facerent, quod fieri non potuit: sed ut dicerent in ea incertitudine, quid verisimile esset legem sensisse*».

D. *si pars haered. pet.* [D. 5, 4, 3 e 4] d. L. *sed etsi restituatur*, §. *ult.* D. *de jud.* [D. 5, 1, 28])⁽²³²⁾.

La *ratio* di questa disposizione va rinvenuta in ciò, che quando un medesimo fatto può accadere in modi diversi, esso deve essere disciplinato tenendo conto delle modalità più frequenti: «Hoc autem illud est, quod definitum est in L. 3. et tribus sequentibus D. *de legib.* [D. 1, 3, 3-5] jus constitutum ad ea potius aptari debere, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eveniunt, L. *nam ad ea*, D. *de legib.* [D. 1, 3, 5] ad ea, quae ut plurimum, non quae uno forte aliquo casu, et praeter opinionem accidunt»⁽²³³⁾.

Ciò non vuol dire che non possano essere disciplinati i fatti che accadono raramente, come è dimostrato dalla previsione dell'*insula in mari nata* (§. *insula*, *Inst. de rer. divis.* [I. *Inst.* 2, 1, 22]), o dalla L. *si maior*, C. *de legit. hered.* [C. 6, 58, 12] relativa al parto della donna maggiore di cinquanta anni; ciò vuol significare, invece, che la legge non si devono assumere, tra più modalità di accadimento di uno stesso fatto, quella più rara, quella meno frequente. La regola non è nel senso che non si possa dettare la disciplina per quei fatti che accadono raramente, ma che non si possa trarre la disciplina da quei modi che solo raramente caratterizzano la loro manifestazione: «Non enim dicitur, de iis, quae raro accidunt, iura non constitui: sed *ex his*, aut *in his*: ut sit sensus, de toto genere non debere statui *ex his*, seu *jure ab his sumpto*, quae raro, sed *sumpto ab his*, quae frequenter accidunt»⁽²³⁴⁾.

IV

IL RAPPORTO TRA IL GIUDICE, LA LEGGE E L'EQUITÀ

28. — Alla interpretazione segue l'applicazione del diritto. Tuttavia, tra questi due momenti si situa una ulteriore problematica, quella diretta a stabilire il rapporto tra la norma e l'*aequitas summa*. Una volta accertata, mediante l'interpretazione, la *ratio*, il significato, dunque, della norma, è anche possibile raffrontarla con i precetti di diritto naturale.

⁽²³²⁾ *Ibidem*.

⁽²³³⁾ *Ubi supra*, § XVI, c. 138.

⁽²³⁴⁾ *Ubi supra*, § XVII, c. 140.

Si deve, pertanto, accertare se il giudice possa o debba effettuare questo raffronto; che cosa accada allorché la norma contrasti con il diritto naturale.

Si introduce, così, lo studio del rapporto che, nell'ottica donelliana, intercorre tra il giudice, la legge e l'equità⁽²³⁵⁾. La delineazione di tale rapporto, a sua volta, dipende dallo studio della relazione esistente tra il giudice e la legge, talché il suo esame assume carattere propedeutico.

Funzione del giudice è quella di giudicare. *Judicare* vuol dire, come vuole Varrone e come ancora più chiaramente è affermato da Modestino in L. I. D. *de re iud.* (D. 42, 1, 1), «jus dicere de re controversa»⁽²³⁶⁾. Ciò sta a significare che il giudice non può dirimere la controversia secondo il suo personale apprezzamento: «Sed male se res habeat, si permittatur iudici, ut quo velit modo, ita iudicet, et sententiam ferat»; egli, al contrario, deve giudicare secondo quanto prescritto dal diritto e dalla legge: «in genere sententiae hoc exigitur, ut juste iudicet: idest, ita ut jus et leges jubent»⁽²³⁷⁾.

Viene, per questa via, fondato il principio della soggezione del giudice alla legge.

All'inizio del titolo relativo ai doveri del giudice (*Inst. Inst.*, 4, 17: *De officio iudicis*) si prescrive chiaramente «Et quidem imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est»⁽²³⁸⁾.

La funzione giurisdizionale viene, dunque, fatta consistere in ciò, che «ita iudicari oportet, ut lex ipsa si loqui posset iudicaret, ut sit lex quasi anima iudicis, iudex quasi vox legis»⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁵⁾ Il Capitolo II del Lib. XXVI, in *op. cit.*, Tom. VI, c. 355, dedicato al tema in questione è, significativamente, così intitolato: «Judicare quid sit, iudicem in iudicando id servare debere, quod jus et leges jubent, ac quid fiat, si jus scriptum videbitur pugnare cum aequitate, quid sit jus, quid aequitas. *ad L. placuit*, C. *de jud.* [C. 3, 1, 8]».

⁽²³⁶⁾ Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § I, c. 355.

⁽²³⁷⁾ *Ubi supra*, § II, c. 356. Vd. anche la compendiosa nota 1 di Hilligerus.

⁽²³⁸⁾ *Ubi supra*, § II, c. 362 s. In ulteriori testi normativi, prosegue il Donello, «*Novel. 115. ut cum de ap. cog.* § I. et in *Authent. jubemus*, C. *de jud.*, Haec item verba sunt: *Causas cognitor non amplius expectans sententiam proferat omnibus modis legibus et moribus convenientem*».

⁽²³⁹⁾ HILLIGERUS, *ubi supra*, nota 1, c. 355. L'espressione è attribuita a Muret, Vol. I. *Orat.* 18.

Il *jus* è il comando espresso tramite le parole della legge; l'*aequitas* è la regola di giustizia sostanziale contenuta in questo medesimo comando, è la stessa *ratio legis*: «Jus est, quod scripto comprehensum est: quasi jussum dicas. Aequitas, sive aequum et bonum, est id, quod ex scripto sensisse, et voluisse legem intelligitur»⁽²⁴⁰⁾.

Per questa via, Donello equipara la *ratio legis* all'*aequitas*⁽²⁴¹⁾, talché l'interpretazione, in virtù di questa stessa identificazione, si definisce come equitativa⁽²⁴²⁾, alla stregua dei seguenti canoni: «In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est. *L. in omnibus quidem. D. de reg. jur.*»; «*L. benignius. D. de legib.* Benignius leges interpretandae sunt, quo earum voluntas conservetur»; «Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae, aequitatisque, quam stricti juris rationem *L. placuit, C. de jud.*» (C. 3, 1, 8)⁽²⁴³⁾.

L'equiparazione della *ratio* con l'*aequitas* è fondata sul fatto che le singole *rationes legis* non sono che specificazioni dell'*aequitas summa*⁽²⁴⁴⁾. Esse sono realizzate dal legislatore in attuazione della sua funzione pri-

⁽²⁴⁰⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § V, c. 367.

⁽²⁴¹⁾ *Ubi supra*, c. 368: «Dicitur autem aequum quod ratio legis et juris scripti dictat ... Id autem solum justum, non quod verbo continetur: sed quod sensisse scriptorem intelligitur: hoc idem aequum dici probavimus».

⁽²⁴²⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 369 s.: «Ubi sententia intelligitur, solum hanc sequendam esse etiam contemptis verbis: hoc bonum, hoc aequum esse, et utile; contra fieri injustum iniquum et inutile: huc illa regula juris pertinet, *in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est* ..., id est in juris constituti interpretatione aequitas spectanda est, id est non quibus verbis quid dictum aut scriptum sit; sed qua mente, qua sententia, et consilio quaerendum, et cognitum sequendum est».

⁽²⁴³⁾ Vd. DONELLUS, *op. cit.*, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XI, c. 100; il testo così prosegue, c. 100 s.: «Benignitate adhibita leges non tollendas esse [Celsus] dicit, sed interpretandas. Est autem benignitas non tantum humanitas, sed etiam aequitas, id est jus naturale, quod semper aequum et bonum est. Aequitate autem interpretari, est aequitate moderari et temperare. Quae omnia demonstrantur in *L. non sine, C. de bon. quae lib.* ubi haec idem valent: *aequitas, et moderamen naturalis juris: benigne temperare, et aequitate, seu naturalis juris moderamine temperare* ... sequemur potius quod justum et aequum est, quam scriptum est, quia verba a justitia et aequitate remota efficiunt id jus, quod *strictum* appellatur, id est id, quod nihil habet auctoris praeter verba, ut sit maxime contra ejus sententiam et voluntatem. Strictum ideo, quia his mentem et sententiam adstringimus verbis, cum verba voluntati et sententiae servire debeant, utpote ad hanc significandam inventa».

⁽²⁴⁴⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 373, cit., per esteso, *infra*, nota 249.

maria consistente nella realizzazione della giustizia⁽²⁴⁵⁾. Donde, appunto, da un lato, l'identificazione della *ratio legis* con l'*aequitas*, dall'altro, la giustificazione della soggezione del giudice alla legge.

La corrispondenza tra tale *ratio* e la giustizia è, dunque, assicurata non dalla oggettiva traslazione dei precetti di diritto naturale nella norma giuridica, bensì, dal modo in cui il *princeps* ritiene che essi debbano essere adattati al complesso delle relazioni intersoggettive sociali.

29. — La corrispondenza tra la *ratio legis* e l'*aequitas* non è assoluta, potendo accadere che, nonostante tutto, essa manchi, che il legislatore, per un motivo o per l'altro, abbia posto i due termini in contraddizione. Si deve, allora, stabilire che cosa avvenga quando si ritenga che la *ratio legis* contrasti con l'equità: «quid fiet, si jus scriptum ab aequitate dissidere videbitur», se, dunque, il giudice abbia il potere di adeguare la norma ai precetti di diritto naturale, ovvero, se debba applicarla secondo il suo tenore, ovvero, se possa (o debba) demandare al legislatore il compito di determinare la reciproca corrispondenza.

La diretta preminenza dell'equità è negata dalla *L. I. C. de legib.* (C. 1, 14, 1) in cui Costantino dispone che «*Inter aequitatem et jus interpositam interpretationem nobis solis et oportet, et licet inspicere*». In tal modo, si prescrive che si deve applicare la legge piuttosto che l'equità: «Quibus ostenditur non magis sequi licere nobis, quod aequum videatur praeter legis verba, quam jus nostrum constituere»⁽²⁴⁶⁾.

A delegittimare quella preminenza si presta anche la *L. prospexit, D. qui et a quib.* (D. 40, 9, 12) statuendo che la donna adultera, «*quae divertit*», non possa né *manumittere* né *alienare* alcuno dei suoi schiavi e la disposizione è tale da ricomprendere anche quelli di essi che sono «*extra ministerium ejus mulieris, vel in agro, vel in provincia*». La disposizione è,

⁽²⁴⁵⁾ *Ubi supra*, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § 12, c. 102: «Jus est ars boni et aequi, est ars ad justitiam ferens. *L. 1. D. de just. et jur.* Hinc intelligimus, omnem legislatorem aut hoc ipsum aequum et justum sibi propositum habere: aut, si de rebus utilibus constituendis agit, tamen hactenus jus constitutum probare, ne contra aequum et bonum in quibusdam causis recipiatur»; Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VII, c. 370: «Nam si recte ab Ulpiano definitur jus ars aequi et boni, *L. 1. D. de just. et jure*, profecto non aliud est jus quam aequum et bonum».

⁽²⁴⁶⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 371.

come affermato da Ulpiano, *non satis aequa, dura* e, tuttavia, non può essere temperata alla stregua dell'equità.

Al contrario, la legittimità dell'adeguamento delle leggi ai dettami dell'equità, è sancita dalla *L. placuit, C. de jud.* (C. 3, 1, 8) secondo cui «Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae, aequitatisque, quam stricti juris rationem».

Si verifica, in tal modo, una antinomia, in quanto le fonti sembrano legittimare e, al tempo stesso, delegittimare l'interpretazione equitativa, vale a dire, l'adeguamento della *ratio legis* all'*aequitas summa* ⁽²⁴⁷⁾.

Si tratta, dunque, in primo luogo, di intendere la *L. I. C. de legib.* (C. 1, 14, 1) che riserva al solo principe il potere di dare luogo ad una *interpretatio* che corredi la legge all'equità ⁽²⁴⁸⁾.

A questo riguardo, si deve richiamare la distinzione tra l'equità intesa come la stessa giustizia (*aequitas summa, jus naturale*) cui il legislatore si ispira e si richiama nel promulgare le singole leggi e l'equità intesa come *sententia legis* che, di quella, appunto, costituisce, o dovrebbe costituire, una mera specificazione ⁽²⁴⁹⁾.

L'interpretazione equitativa (vale a dire, la *interpretatio extensiva* e la *interpretatio restrictiva*) modifica il tenore letterale della legge, in questo senso modifica la legge stessa ⁽²⁵⁰⁾. Per altro, ciò avviene alla stregua della *ra-*

⁽²⁴⁷⁾ *Ubi supra*, § III e IV, c. 367. Vd., altresì, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 102: «Et ideo antinomia est vetus et difficilis inter ea, quae supra diximus de aequitatis interpretatione, et d. *L. I. C. de legib.* [C. 1, 14, 1] sed praecipue inter *L. placuit, C. de jud.* [C. 3, 1, 8] et eam *L. 1*».

⁽²⁴⁸⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 372.

⁽²⁴⁹⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 373: «Sed animadvertendum puto aequitatem sive sententiam duplicem in quaque lege intelligi. Unam propriam juris constituti propositam ei, qui scripto sanxit id, de quo quaeritur. Alteram generalem, seu summam, quae communiter in omni lege inesse putatur, ut cum legislator peculiariter aliquid in causa aliqua statuerit, tamen ad eam summam rationem, et aequitatem lex referatur. Est autem haec, ut respublica salva sit. Ut suum cuique tribuatur. Hic Cicero *lib. 3. de legib. Salus populi*, inquit, *suprema lex esto*».

⁽²⁵⁰⁾ *Ubi supra*, § VI, c. 369: «Quaecunque lex et quibuscunque verbis scripta est, eam ratione et sententia scriptoris moderandam; et si alia verba sint, aut sint nimis praefracta, corrigendam esse: hoc est, quod quaerimus, moderandam esse et corrigendam aequitate. Ubi sententia intelligitur, solum hanc sequendam esse etiam contemptis verbis; hoc bonum, hoc aequum esse, et utile; contra fieri injustum iniquum et inutile»; Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 104: «Nam, cum lex aequitate temperatur tantum ex parte, ibi non separatur jus ab aequitate ... quia in his separatur aequitas non a jure, sed a verbis juris».

tio legis. Interpretare equitativamente significa, quindi, in questo contesto e come già si è detto, determinare la corrispondenza dei *verba* alla *ratio*.

Tutt'altro problema si pone allorché la legge, così interpretata, venga ritenuta in contrasto con l'*aequitas summa* ⁽²⁵¹⁾, talché la sua adeguazione a quest'ultima si tradurrebbe in una sua totale o parziale abrogazione e nella proposizione di una legge diversa ⁽²⁵²⁾.

Quando il giudice ritenga che la *sententia legis* contrasti con l'*aequitas summa*, non può modificarla attraverso l'interpretazione, poiché, diversamente, egli darebbe luogo ad un'attività diretta, non a conservare la legge, ma ad abrogarla: «Quoniam enim haec [interpretatio] non ad retinendum jus scriptum, sed ad evertendum et abrogandum pertinet» ⁽²⁵³⁾.

Di fronte al *jus durum* ⁽²⁵⁴⁾, il giudice deve fermarsi poiché l'adeguamento di una legge all'*aequitas summa* si risolve necessariamente in un atto normativo, come tale non di sua competenza: «Hic si lex nobis ideo non aequa judicetur, quia ab illa summa lege recedat: hic, inquam, res non a nobis, sed a Principe, aut his, penes quos statuendi jus est, constituetur» ⁽²⁵⁵⁾. Se si riconoscesse al giudice un tale potere, egli si convertirebbe in legislatore, in soggetto legittimato a conferire valore di legge al proprio senso di equità, si verrebbe così a conferire valore di legge all'*aequitas ima-*

Verba autem sine sententia legis jus non sunt. Item separatur aequitas a stricto jure, ut est in *L. placuit, C. de jud.* Strictum autem jus, non est jus».

⁽²⁵¹⁾ Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 104: «Tunc dicitur interponi interpretatio inter aequitatem et jus, cum interpretatio constituit se mediam inter haec duo, ut aequitatem a jure separet; separando dicat, ideo jus mutandum, quia iniquum, seu quia contra aequitatem. Hoc autem tunc solum recte dicitur, cum aequitas toti legi opponitur».

⁽²⁵²⁾ *Ubi supra*, c. 103 s.: «At, ubi totum jus iniquum dicimus, idque agitur, ut totum tollatur: hoc vero modo interpretari, atque hoc facere privato cuiquam non licet, sed soli principi: optima ratione. Sic enim jus vetus interpretando fit, ut et prius id mutemus, et simul constituamus novum, quod soli principi facere concessum est. *L. ult. § 1. C. de Legib.*»; c. 104: «Et breviter recte ita definiemus. Aequitatis specie ad totum jus aliquid tollendum uti non licet, nisi soli principi».

⁽²⁵³⁾ Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 372 s.; Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 104: «Aequitatis specie ad totum ius aliquid tollendum uti non licet, nisi soli principi. Quod autem ius volumus manere, id, aequitate suadente, temperare possumus, et debemus, id est ita ius retinere, ut tamen ii casus excipiantur, in quibus non videatur aequum verba servare».

⁽²⁵⁴⁾ Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 371: «Durum ... hoc est, non satis aequum».

⁽²⁵⁵⁾ *Ubi supra*, c. 373.

ginaria et cerebrina ⁽²⁵⁶⁾: «exemplum perniciosum est, jus certum aliquando rescindi, aut aliqua ex parte immutari. Hac enim via patefacta, imperiti et improbi iudices idem audebunt etiam in bonis legibus, manifestae injuriae, aequi et boni nomen et speciem obtinentes» ⁽²⁵⁷⁾.

Il giudice deve attenersi alla interpretazione equitativa della legge, ciò che induce, o può indurre, una modificazione del suo tenore letterale a seconda che tale *interpretatio* si configuri come *estensiva* o *restrictiva*. La *ratio*, invece, va applicata anche se essa sia particolarmente severa, dotata, quindi, di un rigore più esteso di quello strettamente indispensabile, come accade nella *L. prospexit, D. qui et a quibus* (D. 40, 9, 12).

L'interpretazione equitativa non può mai spingersi a mutare la *ratio legis* poiché, così facendo, essa si trasformerebbe, come si è detto, nell'esercizio del potere normativo che, invece, spetta soltanto al legislatore: «Sed sive jus scriptum, sive aequum et bonum sequendum esse dixerimus, semper hoc relinquatur, quia aequum nihil aliud sit, quam jus, ideo semper nihil, nisi quod jus jubet, judicari, aut statui oportere» ⁽²⁵⁸⁾.

Come ulteriore giustificazione di questa tesi, Donello richiama il pensiero di Aristotele: «Praeclare Aristoteles: Qui legem praeesse vult in civitate, praeesse vult Deum. Qui hominem praefecerit, praefecerit et belluam» ⁽²⁵⁹⁾.

Resta, così, anche chiarito l'ambito di vigenza della *L. in omnibus quidem, D. de reg. jur.*: «Aequitas eo spectanda in jure, non ut hujus specie jus tollatur: sed ut, dum jus manebit, hinc interpretationem et modum accipiat, ne jus propter verba, etiam in quibus caussis iniquum est, perfracte retineatur» ⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Per questa espressione, vd. HILLIGERUS, *ubi supra*, nota 6, c. 373.

⁽²⁵⁷⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 374. Vd., altresì, i luoghi conformi citati da HILLIGERUS, *loc. cit.*: «Frustra enim leges scribentur, si iudices ab illis recedere et suo arbitrio aequitatem fingere liceret. Tiraq. *de Retr. lignag.* § 35. *gl. l. n. 31* ... Nec in officio magistratus est diiudicare iustum sit necne, quod legibus superioris sancitum. Bodin. *3. de Rep.* 4. n. 289. Et ut aequitas est in potestate magistratus, ita hic in potestate legis. *idem 6. de Rep.* 6. n. 755. conscientia legis vincat conscientiam hominis, post Bald. Moll. *I. Semestr.* 37. n. 7.»

⁽²⁵⁸⁾ *Ubi supra*, § VIII, c. 374.

⁽²⁵⁹⁾ *Ibidem*, «cui congruunt», aggiunge il Donello, «Demosthenis, et Chrysippi definitiones de lege proditae in *L. 2. D. de legib.*». Oltre a questi, il Donello richiama anche la *orat. pro Cor. Balbo* e l'*orat. pro Caecina* di Cicerone.

⁽²⁶⁰⁾ *Ubi supra*, Tom. I, Lib., Cap. XIII, § XI, c. 100.

L'obbedienza alla legge viene, per altro, meno allorché essa manifestamente contrasti con i precetti del diritto naturale. In tal caso, il giudice ha il diritto-dovere di ricorrere all'obiezione di coscienza: «si ... Princeps vetet Deum verum coli; permittat parenti maledicere; at furta, latrocinia, adulteria; jubeat civium bona invitis detrahi: nihil horum jus sit, aut lex, ut proinde, salva conscientia, ei legi non parere liceat» ⁽²⁶¹⁾. Quando questa situazione si verifichi, «jussus pro jussu habendus non est, atque adeo revera non est jussus. Jubere enim, est jubere, ut quid fiat, quod et fieri potest. Quae autem turpia sunt, ea nec facere posse credimur *L. filius, D. de cond. inst.* [D. 28, 7, 15]» ⁽²⁶²⁾; «Vi quidem fieri potest, ut pareamus: ac jus etiam verbo dici potest. Re nihil, nisi vis, erit: jus non erit» ⁽²⁶³⁾.

Per altro, il problema della obbedienza è diverso da quello della interpretazione. Ciò che, al riguardo, interessa rilevare è come il giudice non sia legittimato, tramite l'interpretazione, ad adeguare la legge al diritto naturale, dovendosi limitare a sottoporre al *princeps* la contraddizione in cui i due termini si siano venuti a trovare, ovvero, ove tale procedura non abbia dato un risultato positivo, potendo ricorrere all'obiezione di coscienza, ovvero, ancora, potendo applicare la legge violando così l'*aequitas summa*.

Quanto appena esposto non è contraddetto dalla *L. placuit, C. de jud.* (C. 3, 1, 8) secondo cui «Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae, aequitatisque, quam stricti juris rationem». Questa legge, infatti, si limita ad affermare la preminenza della *ratio legis*, dell'*aequitas constituta*, sui *verba*, a delegittimare, dunque, l'interpretazione letterale: «aequitas juris scripti emendatio, et quasi interpretatio est, sententiam legis adversus scriptum retinens» ⁽²⁶⁴⁾, ciò che, appunto, si traduce nella preminenza della *ratio legis* sui *verba*, nella delegittimazione del *summum jus*: «Aequitas in jure spectanda est: jus benigne interpretandum: aequitatis ratio potior, quam stricti juris: nempe hactenus ... ut, manente jure, de quo agitur, de eo ex aequitatis regula statuatur» ⁽²⁶⁵⁾.

⁽²⁶¹⁾ *Ubi supra*, Tom. I, Lib. I, Cap. V, § VI, c. 28. Donello cita, in senso conforme, il commento di Bartolo alla *L. ult. C. si contr. ius, vel util. pub.*

⁽²⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶³⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶⁴⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 371.

⁽²⁶⁵⁾ *Ubi supra*, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 103.

Tuttavia, questo principio non ha una valenza assoluta. Esso vige «hactenus, nisi palam verba legislatoris refragentur», salvo che, pertanto, la volontà del legislatore non limiti l'attività dell'interprete allo *strictum jus*, alla lettera della legge. In questo caso, «id jus, quod verba expriment, sequemur videlicet: animi nostri rationem, et ipsum illud, quod aequum videbatur, non sequemur»⁽²⁶⁶⁾.

Si comprende, in tal modo, il perché debba trovare attuazione la *L. prospexit, D. qui et a quibus* (D. 40, 9, 12) che, come si è visto, vieta alla moglie adultera di alienare o manomettere i propri schiavi, quantunque non appaia informata ad equità, ma *lex ita scripta est*, talché essa deve comunque essere applicata: «ut sive aequum id putemus, sive iniquum, servari oporteat»⁽²⁶⁷⁾.

L'antinomia sopra rilevata tra C. 1, 14, 1 e C. 3, 1, 8 è, pertanto, secondo l'ottica donelliana, inesistente, in quanto i due principi si applicano a situazioni diverse: il primo, riguarda il contrasto tra la *ratio legis* e l'*aequitas summa* e riserva al solo legislatore il compito di determinarne la corrispondenza; il secondo, prescrive la preminenza della *ratio* sui *verba*, l'illegittimità della interpretazione letterale, del *summum jus*. La legge contenuta in C. 1, 14, 1, contempla il caso in cui la *ratio* della legge contrasti con l'*aequitas summa*, disponendo che il suo esame è riservato al legislatore. La legge *Placuit, C. de jud.* (C. 3, 1, 8) prescrive, invece, l'interpretazione equitativa, vale a dire, il primato della *ratio* sulla lettera, sullo *strictum jus*⁽²⁶⁸⁾. La *lex prospexit, D. qui et a quibus* (D. 40, 9, 12) è un esempio di *jus durum*, di *jus* iniquo nel senso di essere caratterizzato da una severità accentuata, non nel senso di contraddire i precetti di diritto naturale. Essa, pertanto, deve essere applicata secondo il suo tenore, non potendo, la logica della interpretazione equitativa, comunque intesa, modificarlo.

Concludendo, per il Donello la norma fondamentale di riconoscimento è l'*aequitas* espressa dalla volontà del legislatore, è, dunque, il *jus* in cui è positivizzata, in linea di principio, l'*ars boni et aequi*. L'*interpretatio* è,

⁽²⁶⁶⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 372.

⁽²⁶⁷⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § VIII, c. 371.

⁽²⁶⁸⁾ *Ubi supra*, Tom. VI, Lib. XXVI, Cap. II, § V, c. 368; § VII, c. 370: «Sed animadvertendum est in definitione Constantini quam interpretamur, non jus absolute, sed jus quod summum et strictum sit ab aequitate secerni; hoc jus ne jus quidem est. Ideo non mirum si ut a vero jure, sic ab aequitate separetur».

pertanto, la ricostruzione della volontà della legge che è informata ad equità, l'interpretazione è equitativa in quanto determina l'adeguamento della lettera alla *ratio*.

Il problema della completezza dell'ordinamento giuridico non si pone in quanto l'interprete non può creare nuovo diritto. Oltre il diritto positivo, non c'è diritto applicabile: «Si aequitas scripta sit, hac potius sequendam: si non sit, rem non esse juris nostri, sed principi permittendam, qui rem expediat, deque ea quod videbitur, statuab»⁽²⁶⁹⁾.

Il «*Quod principi placuit*» costituisce, al tempo stesso, la norma di apertura e la norma di chiusura dell'ordinamento giuridico, salva l'ipotesi in cui la legge inequivocabilmente contrasti con i precetti di diritto naturale ed il *Princeps*, richiesto alla stregua di C. 1, 14, 1, ricusi di determinarne l'adeguazione a quest'ultimo. In tal caso, fermo rimanendo che l'interprete non può adeguare la *sententia legis* a quel diritto, fermo rimanendo che non ci sono rimedi giurisdizionali, egli deve, sul piano morale, ricorrere alla obiezione di coscienza.

⁽²⁶⁹⁾ *Ubi supra*, Tom. I, Lib. I, Cap. XIII, § XIII, c. 102. Il passo è anche riferibile al caso in cui la *lex* contrasti con l'equità.

LORENZO MEZZASOMA

L'ART. 2050 C.C. E GLI EVENTI DANNOSI
CAGIONATI DAGLI IMPIANTI A GAS (*).

Questo scritto ha l'obiettivo di soffermarsi – al di là della possibile rilevanza di profili di natura penale ed amministrativa – sulla disciplina esistente in materia di responsabilità civile nel caso di eventi dannosi cagionati a terzi e conseguenti a fenomeni di scoppio, incendio o fuoriuscite riconducibili ad impianti a gas.

Se la generale previsione del dovere del *neminem laedere*, di cui all'art. 2043 del Codice civile, è la tutela invocabile da qualsiasi persona danneggiata dallo scoppio, dall'incendio o dalla fuoriuscita di gas imputabile ad una difettosa costruzione o manutenzione di un impianto; non si può non tener conto che l'applicazione di questa disposizione mostra notevoli limiti quando si vanno ad applicare le regole generali in materia di onere della prova (art. 2697 c.c.). Infatti, sul soggetto danneggiato ricade l'onere di provare l'esistenza dei presupposti dell'illecito tra cui la colpevolezza di chi viene chiamato a rispondere del danno di talché, questi, non riuscendo frequentemente a raggiungere tale prova, difficilmente vedrà soddisfatte le proprie pretese risarcitorie.

Tuttavia, il legislatore italiano del 1942, con una disposizione nuova e non presente nei Codici francese, spagnolo ed italiano dell'epoca ⁽¹⁾, ha

(*) Sintesi della relazione tenuta al Convegno "Gli impianti di utilizzazione del gas nel nuovo millennio. Problemi di sicurezza: aspetti giuridici e tecnici a confronto", Perugia, 27 e 28 ottobre 2000.

⁽¹⁾ Né gli artt. 1382/1386 del *Code Napoléon*, né gli artt. 1902/1910 del *Código civil* spagnolo del 1889, né gli artt. 1151/1156 del Codice civile italiano del 1865 contenevano una norma che si occupasse specificamente dei danni scaturenti dall'esercizio di attività pericolose. La prima apparizione di una disposizione con tali contenuti si ebbe nell'art. 841 del Progetto non ufficiale del 1941 (in G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, p. 302). Per tali rilievi, da ult., M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle Obbligazioni*, art. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, p. 482 ss.; L. CORSARO, *Responsabilità da attività pericolose*, in *Dig. IV ed., disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 83.

disciplinato specificamente le ipotesi di danni cagionati dall'esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.), introducendo correttivi che hanno agevolato in maniera significativa il danneggiato. All'onere della prova della colpa in capo all'attore secondo le regole generali, si è contrapposta una sua inversione cosicché la colpa è stata presunta in capo al danneggiante il quale, per essere liberato da responsabilità, dovrà fornire la prova di non aver mancato in alcunché (aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno) ⁽²⁾.

In questo contesto normativo il problema è, allora, quello di verificare se l'attività di progettazione-installazione-manutenzione di impianti a gas contenga in sé il carattere della pericolosità. L'art. 2050 c.c., infatti, fa riferimento alle caratteristiche dell'attività posta in essere, riconducendo la qualificazione di un'attività come pericolosa alla «natura» dell'attività o alla «natura dei mezzi in essa adoperati». La legge individua, perciò, elementi oggettivi ed estranei all'agente che vengono comunemente correlati ad un elevato grado di probabilità che quella determinata attività cagioni danni a terzi, con riferimento a parametri di natura statistica ⁽³⁾. Pertanto, saranno pericolose le attività in cui vi è la probabilità e non solamente la possibilità del verificarsi di eventi dannosi ⁽⁴⁾. Nel contempo, poi, a rilevare potrà anche essere la particolare gravità dei pregiudizi che

⁽²⁾ Su questo punto si apre un dibattito volto a qualificare la responsabilità dell'esercente attività pericolose, su cui, per tutti, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, III, Torino, 1998, p. 1009 ss. che evidenzia come non sono mancati sia coloro che hanno ricondotto l'art. 2050 c.c. alla diligenza media, sia coloro che lo hanno considerato come una fattispecie di responsabilità oggettiva. In realtà, a suo avviso, si è in presenza di una responsabilità per «rischio oggettivamente evitabile», che è cosa diversa da una forma di responsabilità assoluta (P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 241).

⁽³⁾ Così, fra tanti, M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 294; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 499 ss.; L. CORSARO, *op. cit.*, p. 84; P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 1019 ss.; G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 684 ss. *Contra*, però, D. DE MARTINI, *Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 973 ss., per il quale sono pericolose tutte quelle attività che procurano un rischio non evitabile del tutto, neanche con la più scrupolosa diligenza.

⁽⁴⁾ Così, espressamente, Cass., 2 dicembre 1997, n. 12193, in *Danno e resp.*, 1998, p. 567, con nota di P. LAGHEZZA.

vengono minacciati da una determinata attività ⁽⁵⁾. Così, un'attività non qualificabile come pericolosa in base al non elevato grado di probabilità del verificarsi di eventi dannosi ad essa riconducibili, lo diverrà se sarà idonea a cagionarne di molto gravi ⁽⁶⁾.

Di converso, non potrà assumere rilievo la circostanza che una attività divenga pericolosa per il comportamento di chi la eserciti, trattandosi di pericolosità della condotta e non dell'attività (art. 2043 c.c.) ⁽⁷⁾, in quanto ciò significherebbe stravolgere il significato della norma che fa espresso ed esclusivo riferimento al grado di pericolosità dell'attività in sé.

Il giudizio sulla pericolosità è, quindi, un giudizio sulla potenzialità dannosa dell'attività in termini di numero o gravità degli eventi dannosi che la stessa può cagionare e che appaiono superiori al normale con riferimento ad un determinato periodo di tempo ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Invece, la qualificazione esplicita da parte di una disposizione legislativa di una determinata attività come pericolosa (v., ad es., legislazione antinfortunistica, normativa di pubblica sicurezza, ecc.) è criterio utile per ricondurre un'attività nell'ambito di applicazione dell'art. 2050 c.c. ma, non essendo questo un requisito espressamente richiesto dal legislatore, la giurisprudenza ha considerato pericolose, ai fini dell'art. 2050 c.c., anche attività non qualificate tali dalla legge (taglio di alberi, attività scüstica, esercizio di una scuola di equitazione, ecc. Per una loro rassegna si rinvia a P. RECANO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, XI, 1998, p. 261 ss.).

⁽⁶⁾ Così, M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 297; M. FRANZONI, *Il danno da attività pericolose nella giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 175; G. ZUDDAS, *Il concetto di attività pericolose e l'equitazione*, in *Foro pad.*, 1990, I, c. 342; P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 1019; ID., *Illecito e responsabilità civile*, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, X, Torino, 2002, p. 195 s.

⁽⁷⁾ Su cui, per tutti, G. GENTILE, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ. prev.*, 1950, p. 106; E. BONASI BENÜCCI, *In tema di attività pericolosa (art. 2050)*, in *Temi*, 1956, p. 473; E. DEL CONTE, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, *ivi*, 1957, p. 567; M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 291 ss.; D. DE MARTINI, *op. cit.*, c. 963 ss.; M. FRANZONI, *Il danno da attività pericolose*, cit., p. 171 ss. P. ZIVIZ, *Le attività pericolose*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 182 e, in giurisprudenza, Cass., 21 dicembre 1992, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 821; Cass., 30 agosto 1995, n. 9205, in *Rep. Foro it.*, voce *Responsabilità civile*, n. 164; Cass., 28 febbraio 2000, n. 2220, in *Foro it.*, 2000, I, 1, c. 1828.

⁽⁸⁾ Nel caso, poi, di attività «nuove» che non abbiano parametri statistici di raffronto, ci si rifarà al canone della normale prevedibilità con riguardo alle conoscenze tecniche di quel momento (per tutti, v., M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 291; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 174).

Trasponendo tali regole alle ipotesi di danni connessi con gli impianti a gas, va preliminarmente distinto se l'evento dannoso si è verificato a monte o a valle del punto in cui la ditta che provvede alla erogazione del gas lo consegna all'utente.

Quando il danno si è verificato a monte del punto di consegna, la natura del prodotto utilizzato che ha, in sé, una elevata potenzialità dannosa, una particolare idoneità allo scoppio, ci permette di qualificare tale attività come pericolosa e di applicare l'art. 2050 c.c. Di questo avviso è la giurisprudenza che ha considerato, in generale, pericolose tutte le attività riguardanti trasporto e conservazione di sostanze infiammabili o altamente nocive⁽⁹⁾, inclusa l'industria della produzione e distribuzione di gas in bombole⁽¹⁰⁾ e, in particolare, l'attività di erogazione del gas metano⁽¹¹⁾. E, poi, indice della pericolosità di tali attività è dato anche dall'esistenza di numerose disposizioni che impongono di adottare specifiche ed accurate misure precauzionali⁽¹²⁾.

Per quello che riguarda i fenomeni dannosi verificatisi a valle del punto di consegna del gas all'utente va distinta la posizione dell'utilizzatore danneggiato rispetto a quella dei terzi estranei. Infatti, l'utilizzatore potrà agire nei confronti dell'installatore o del manutentore sia in via extracontrattuale che per violazione dei loro obblighi di natura contrattua-

⁽⁹⁾ Cass., 4 ottobre 1969, n. 3178, in *Mass. Foro it.*, 1969, per il scarico di combustibile da una nave; App. Milano, 7 luglio 1977, in *Giur. merito*, 1979, I, p. 6051, per le operazioni di pulizia di una cisterna adibita alla raccolta di carburante; Cass., 13 febbraio 1978, n. 662, in *Mass. Foro it.*, 1978, per il trasporto di petrolio greggio attraverso un oleodotto; Trib. Genova, 6 giugno 1990, in *Dir. mar.*, 1990, p. 1102, per le operazioni di zavorramento di una nave cisterna; Cass., 1 settembre 1995, n. 9211, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 777, per lo stoccaggio e lo smaltimento di rifiuti tossici.

⁽¹⁰⁾ Così, fra tante, Cass., 2 aprile 1963, n. 819, in *Resp. civ. prev.*, 1963, p. 479; Cass., 24 novembre 1988, n. 6325, in *Giust. civ. Mass.*, 1998; Cass., 19 gennaio 1995, n. 567, in *Mass. Foro it.*, 1995; Cass., 2 aprile 2001, n. 4792, in *Mass. Foro it.*, 2001, che giustificano l'applicazione dell'art. 2050 c.c. sul presupposto che il gas compresso può facilmente esplodere.

⁽¹¹⁾ App. Milano, 3 agosto 1951, in *Foro pad.*, 1951, I, c. 984; App. Milano, 16 maggio 1952, in *Resp. civ. prev.*, 1952, p. 260; App. Torino, 24 gennaio 1981, n. 37, in *Mass. Corte App. Torino*, 1981, p. 13; Trib. Milano, 15 giugno 2000, in *Giur. mil.*, 2001, p. 31.

⁽¹²⁾ Per la rilevanza di questo profilo, espressamente, Trib. Savona, 20 dicembre 1965, in *Giur. it.*, 1966, I, 2, c. 557; Trib. Torino, 15 gennaio 1970, in *Giur. merito*, 1973, I, p. 77 e, in dottrina, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1021.

le e, quindi, avvalendosi della presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c.; i terzi estranei, invece, potranno agire solamente in via aquiliana e, per loro, si porrà il problema di stabilire se potranno utilizzare la vantaggiosa disciplina di cui all'art. 2050 c.c. o se, invece, dovranno ricorrere all'art. 2043 c.c., con conseguente onere della prova della colpa a loro carico⁽¹³⁾. Infatti, considerato che l'attività dell'installatore-manutentore o di chi ha progettato l'impianto si innesta sull'attività pericolosa pregressa di chi provvede ad erogare il gas, si potrebbe arrivare ad escludere l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. nei loro confronti. Queste persone potrebbero aver violato propri doveri commissivi o omissivi di prevenzione dell'evento dannoso, di talché non si tratterebbe più di attività pericolosa ma di loro condotta negligente, con conseguente applicabilità dell'art. 2043 e non dell'art. 2050 c.c.

Basandosi su queste considerazioni la giurisprudenza, in passato, ha affermato la responsabilità ex art. 2043 c.c. ora del collaudatore di una caldaia in seguito al difettoso funzionamento dell'impianto⁽¹⁴⁾, ora dell'installatore di uno scaldabagno a gas che era esploso per essere stato erroneamente tarato⁽¹⁵⁾; dando rilievo preminente alla loro condotta pericolosa.

Il problema, in sostanza, è che quando vi è pericolosità della condotta a rilevare è il comportamento imprudente o negligente di colui che esercita una determinata attività; quando vi è pericolosità dell'attività a rilevare è la potenzialità dannosa dell'attività per sua natura o per natura dei mezzi adoperati⁽¹⁶⁾. La linea di demarcazione tra le due fattispecie, almeno in astratto, è netta. Se la pericolosità costituisce un elemento contrattuale all'attività e non dipende da uno specifico comportamento dannoso dell'uomo — che, in generale, può far divenire pericolosa qual-

⁽¹³⁾ Sulla possibilità di agire anche nei confronti di chi somministra il gas, nonostante che l'evento dannoso si sia verificato dopo il punto di consegna all'utente, Trib. Milano, 15 giugno 2000, cit.

⁽¹⁴⁾ Cass., 9 luglio 1996, n. 6235, in *Arch. civ.*, 1996, p. 1365.

⁽¹⁵⁾ Cass. pen., Boari, 1 giugno 1982, in *Riv. pen.*, 1983, p. 537.

⁽¹⁶⁾ Di ciò sono testimonianza i lavori preparatori al Codice nei quali si legge che «nell'esercizio di attività pericolose la prevedibilità del danno è in re ipsa (...)», *Relazione al Re sul libro delle obbligazioni*, n. 265, in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLA, M. STELLA RICHTER, G. DOLLARI, *Codice civile, Libro delle Obbligazioni*, Milano, 1942, p. 683.

siasi attività — si potrà applicare l'art. 2050 c.c.; qualora, invece, la pericolosità consegue all'azione imprudente dell'uomo, si dovrà invocare l'art. 2043 c.c. e non l'art. 2050 c.c. ⁽¹⁷⁾. Infatti, la natura pericolosa di una attività deve essere preesistente allo svolgimento dell'attività stessa, cosicché resteranno escluse dalla previsione dell'art. 2050 c.c. le attività nelle quali la pericolosità insorge solo successivamente, per errori o colpe imputabili all'uomo. Un'attività di regola innocua non può divenire pericolosa solamente per l'imprudenza di chi la esercita in quanto, in tal caso, la pericolosità è presente come elemento accidentale e non come dato costante ed immanente l'attività stessa ⁽¹⁸⁾. Nel contempo, come già dimostrato in dottrina ⁽¹⁹⁾, non si deve dare spazio al concetto di omissione pericolosa al fine di escludere un'attività dall'applicabilità dell'art. 2050 c.c.: l'omissione di cautele doverose è essa stessa infrazione dell'art. 2050 c.c. se riconducibile all'esercizio di un'attività che abbia in sé il connotato della pericolosità.

In questa ottica, la natura del gas liquido e del gas metano, che hanno in sé stessi una elevata potenzialità dannosa ed una particolare idoneità allo scoppio, nonché una capacità di determinare eventi dannosi di particolare gravità, ci deve portare a considerare attività pericolose sia l'attività di chi li eroga che le attività ad essa collaterali, ma necessarie ed indispensabili per la loro utilizzazione. Esse, infatti, non possono essere considerate attività innocue divenute pericolose per la condotta negligente di chi le svolge, rappresentando una significativa fonte di pericolo anche se esercitate diligentemente e nel modo più conforme alle regole di prudenza. E, ciò, tanto più se si tiene conto che l'utilizzazione del gas è oggi possibile, in virtù delle vigenti disposizioni normative, solamente se la realizzazione e la manutenzione dell'impianto vengono affidate a soggetti particolarmente qualificati e ritenuti idonei dalla legge a svolgere tali attività; cosicché si può ritenere che si addivene, ai fini della qualificabili-

⁽¹⁷⁾ V., *supra*, nt. 7.

⁽¹⁸⁾ Cass., 23 febbraio 1983, n. 1394, in *Dir. prat. ass.*, 1983, p. 574.

⁽¹⁹⁾ M. FRANZONI, *Il danno da attività pericolose*, cit., p. 180, il quale evidenzia come nel caso di omissioni «c'è una colpa evidente in colui che esercita l'attività, ma tale colpa non esclude l'applicabilità dell'art. 2050, che anzi assorbe nella sua fattispecie costitutiva anche le eventuali negligenze dell'esercente»; P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, cit., p. 95.

tà dell'attività con riferimento all'art. 2050 c.c., ad una considerazione unitaria della somministrazione del gas con la installazione/manutenzione dell'impianto, quale fenomeno che solamente nella sua interezza è idoneo a permettere la sua utilizzazione ⁽²⁰⁾.

In questo senso si è indirizzata la più recente giurisprudenza che, nel caso di crollo di un edificio condominiale in seguito allo scoppio originato da una fuoriuscita di gas metano per cause rimaste ignote, ha sancito la responsabilità ex art. 2050 c.c. dell'azienda di somministrazione del gas, nonostante si fosse trattato di un evento dannoso verificatosi a valle del punto di consegna del combustibile al cliente ⁽²¹⁾. Si è affermato, infatti, che «nei confronti dei terzi responsabile per l'attività pericolosa è l'azienda erogatrice del gas metano che non può attribuire agli utenti alcuna responsabilità al riguardo, limitando la propria» e che costituisce dovere dell'azienda erogatrice del gas «verificare che gli impianti siano perfettamente funzionanti» e garantire «l'osservanza delle norme di sicurezza, sia prima che dopo il collaudo degli impianti» ⁽²²⁾.

Nelle fattispecie indicate, quindi, il comportamento commissivo o omissivo dell'utente e dell'installatore/manutentore appare irrilevante ai fini della qualificazione della loro attività come pericolosa o meno, essendo l'attività di erogazione del gas ritenuta assorbente con riferimento ai terzi danneggiati. Questo, però, non significherà che essi non saranno responsabili. Anche coloro che hanno progettato l'impianto o che provvedono alla sua installazione o alla sua manutenzione (se soggetti diversi da chi eroga il gas), potranno essere chiamati in via solidale a rispondere degli eventi dannosi verificatesi e, ciò, per violazione dell'art. 2050 c.c. L'utilizzatore, invece, quale custode della cosa, risponderà nei confronti dei terzi per violazione dell'art. 2051 c.c. Pertanto, quelle decisioni ⁽²³⁾ inerenti la responsabilità dell'installatore che hanno fatto applicazione dell'art. 2043 c.c. e non dell'art. 2050 c.c. non appaiono condivisibili in quanto hanno dato rilievo, per qualificare l'attività, alla condotta omissiva

⁽²⁰⁾ Se, poi, installatore e manutentore sono dipendenti della ditta che somministra il gas, a maggior ragione i terzi danneggiati potranno invocare la tutela di cui all'art. 2050 c.c. (oltre a quella di cui all'art. 2049 c.c.).

⁽²¹⁾ Trib. Milano, 15 giugno 2000, cit.

⁽²²⁾ Trib. Milano, 15 giugno 2000, cit.

⁽²³⁾ Cass. pen., Boari, 1 giugno 1982, cit.; Cass., 9 luglio 1996, n. 6235, cit.

o, meglio, ad una «omissione pericolosa», senza tener conto, però, che preliminarmente andava fatta una valutazione sulla pericolosità dell'attività in sé. Infatti, anche l'omissione di cautele doverose può essere infrazione dell'art. 2050 c.c. se compiuta durante l'esercizio di una attività che ha, in sé, i connotati della pericolosità, essendo proprio la pericolosità ad avere rilievo nel processo causale da cui è scaturito l'evento dannoso. Ma, forse, molto più semplicemente, il fatto che in quelle decisioni ⁽²⁴⁾ il danneggiato poteva facilmente raggiungere la dimostrazione della colpevolezza del danneggiante non aveva reso così importante l'applicazione dell'art. 2050 c.c. e la gravosa responsabilità in esso contenuta.

Quella che è, poi, la possibilità di installatori e manutentori di andare esenti da responsabilità deve necessariamente tener conto di tutte le prescrizioni imposte dalla legge e volte a disciplinare il trasporto e l'utilizzazione del gas allo stato liquido o aereiforme all'interno degli edifici a partire dal punto di consegna del combustibile da parte dell'ente distributore. Il riferimento è alla legge n. 1083 del 1971, alla legge n. 46 del 1990 ed al d.P.R. n. 661 del 1996 (che ha recepito la Direttiva Cee n. 396 del 1990) che introducono specifici obblighi in capo alle imprese installatrici, precisando che:

- a) tutti i materiali, gli apparecchi e le installazioni relative agli impianti a gas devono essere realizzati secondo le regole specifiche della buona tecnica per la salvaguardia della sicurezza (art. 1, l. 1083/1971);
- b) tutti i materiali, gli apparecchi e le installazioni relative agli impianti a gas realizzati in conformità alle norme di sicurezza (tabelle UNI-CIG) si considerano realizzati secondo le regole della buona tecnica per la salvaguardia della sicurezza (art. 3, l. 1083/1971);
- c) per gli apparecchi a gas si considerano regole specifiche di buona tecnica per la sicurezza unicamente quelle specificamente previste dal d.P.R. n. 661 del 1996 (art. 13);
- d) gli impianti a gas che rispecchiano i requisiti fissati dalla normativa nazionale si presumono conformi (art. 3, d.P.R. n. 661 del 1996);
- e) le imprese installatrici sono tenute ad eseguire gli impianti a regola d'arte (art. 7, l. 46/1990);

⁽²⁴⁾ Cass. pen., Boari, 1 giugno 1982, cit.; Cass., 9 luglio 1996, n. 6235, cit.

f) i materiali ed i componenti realizzati secondo le norme tecniche di sicurezza dell'UNI-CIG e, comunque, nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione tecnica vigente in materia, si considerano costruiti a regola d'arte (art. 7, l. 46/1990).

Le suddette disposizioni faranno sì che, sia con riguardo all'esecuzione delle opere che con riferimento ai materiali da impiegare, di fronte alla presunzione di colpa introdotta dalla legge (art. 2050 c.c.), il solo fatto di non riuscire a provare di averle rispettate determinerà la sicura impossibilità di raggiungere la prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c.: tale disposizione ha specifiche finalità di prevenzione che impongono l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, inclusa, ovviamente, l'osservanza di tutte le disposizioni legislative che disciplinano l'esercizio di una determinata attività.

Il fatto poi che l'art. 3 della l. n. 1083 del 1971, preveda come: «i materiali, gli apparecchi, le installazioni e gli impianti alimentati con gas combustibile per uso domestico e l'odorizzazione del gas, di cui ai precedenti articoli, realizzati secondo le norme specifiche per la sicurezza, pubblicate dall'Ente Nazionale di Unificazione in tabelle con la denominazione UNI-CIG, si considerano effettuati secondo le regole della buona tecnica per la salvaguardia della sicurezza ...», e che gli artt. 3 e 13 del d.P.R. n. 661 del 1996 presumano la conformità di un impianto se sia stata rispettata la legislazione vigente, considerando regole specifiche di buona tecnica per la sicurezza unicamente quelle contenute nel d.P.R. n. 551 del 1996, non determina un'attenuazione della responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. Sono questi requisiti necessari ma non sufficienti per ritenere conseguita la prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c.: il loro mancato rispetto ne impedirà sempre il raggiungimento, mentre la loro osservanza ⁽²⁵⁾, seppur facendo venir in essere una presunzione di diligenza in capo ad installatori e manutentori, non sarà di per sé sufficiente a ritenere dimostrata la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno ⁽²⁶⁾. Siamo in presenza, infatti, di una responsabilità aggravata con

⁽²⁵⁾ Che deve essere positivamente provata: Cass., 20 luglio 1993, n. 8066, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 61; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1138, in *Mass. Foro it.*, 1995.

⁽²⁶⁾ M. CINELLI, *Contributi e contraddizioni della giurisprudenza in materia di responsabilità da attività pericolose*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 173 ss.

colpa presunta, in cui la prova della diligenza media non è sufficiente a liberare l'esercente l'attività.

Con riguardo, poi, all'evento dannoso cagionato all'utilizzatore, la prova del rispetto di tali normative farà venir meno la responsabilità contrattuale dell'installatore/manutentore, potendosi ritenere raggiunta la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c., ma non quella di natura extracontrattuale di cui all'art. 2050 c.c.

In conclusione, quindi, per installatori, manutentori e collaudatori anche se sarà assai arduo andare esenti da responsabilità per danni cagionati a terzi dagli impianti a gas, la loro unica possibilità sarà data dalla dimostrazione sia di aver rispettato la normativa vigente circa le procedure da eseguire nello svolgimento della loro attività, sia di aver utilizzato i materiali che garantiscono il maggior grado di sicurezza, sia di aver adottato tutte le regole di prudenza tenuto conto del grado di progresso tecnico e scientifico esistente al momento in cui si è verificato l'evento dannoso ⁽²⁷⁾.

Sotto altro profilo, non va sottaciuto che l'assai difficile raggiungimento della prova che l'evento dannoso si è verificato nonostante la dimostrazione dell'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, bensì a causa di un difetto di produzione o di progettazione, positivamente provato, di una delle parti costituenti l'impianto stesso, pur andando a liberare da responsabilità l'installatore o il manutentore non impedirà il soddisfacimento delle proprie pretese risarcitorie da parte del danneggiato. Altre disposizioni che introducono fattispecie di responsabilità particolarmente gravose (d.P.R. n. 224 del 1988 e d.lgs. n. 115 del 1995), gli permetteranno di soddisfarsi direttamente sul produttore del bene che ha cagionato il danno.

⁽²⁷⁾ Così, da ult., Cass., 2 aprile 2001, n. 4792, cit.

ROBERTO PRELATI

LA FAUNA SELVATICA TRA PROPRIETÀ E RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. I danni da selvaggina. — 2. L'evoluzione dell'istituto aquiliano. — 3. Le indicazioni dell'analisi economica del diritto. — 4. Il senso della proprietà pubblica nel contesto. — 5. Il concetto di custodia nella sua applicazione concreta. — 6. La custodia e la proprietà. — 7. Le conclusioni su un'ipotesi concreta.

Non è infrequente al giorno d'oggi, non foss'altro che per motivi statistici agevolmente comprensibili, imbattersi in resoconti di cronaca che illustrano fatti dannosi nei quali il protagonista attivo è la selvaggina ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Notoria è la questione dei danni arrecati in più modi dalle specie selvatiche in esubero, che inamancabilmente, pur con tutta la disponibilità e comprensione con cui si è pronti ed aperti a parlarne, rappresentano in molti casi una continua incombente minaccia in ordine una vasta gamma di diversificate situazioni pregiudizievoli, nelle quali è, in differente misura e a differenti livelli, avvertito il problema; ad esempio, per le semine e i raccolti, per le case coloniche e le strutture agricole, per i monumenti e i parchi cittadini, per il decollo o l'atterraggio di aviogetti e velivoli in genere, per la circolazione extraurbana dei veicoli e la vernice delle carrozzerie di automobili parcheggiate. Fanno ricorrentemente notizia, nella linea segnalata, specie come il cinghiale, il capriolo, il daino, l'istrice, la nutria, lo storno, la taccola, il colombo torraiole, il gabbiano e altre. Senza meno esiste una diffusa tensione sociale sul punto, la quale, oltre ad essere sistematicamente trascurata o poco attesa dalle istituzioni, può risultare notevolmente acuita dal fatto che, trattandosi il più delle volte di specie protette, non è possibile l'abbattimento legale o il prelievo selettivo autorizzato dei capi soprannumerari, la cui squilibrata presenza in eccesso è normalmente causa diretta dei disagi sopra adombrati. Indubbiamente è segno di alta ed evoluta civiltà provvedere nella nostra era frenetica ad un'adeguata protezione delle specie animali, soprattutto quelle a ridotta o rarefatta diffusione, oppure addirittura in pericolo di estinzione, ma è, di conserva, altrettanto grande segno di civiltà assicurare, nella misura più ampia possibile e nella maniera più lineare e coerente, il risarcimento dei danni apportati dagli animali selvatici; e ciò senza lasciare, come si vedrà meglio nel prosieguo, che il più delle volte il peso di eventuali fatti lesivi finisca per gravare indiscriminatamente e poco convenientemente su singoli soggetti della collettività. I riferimenti di cronaca ordinaria in materia sono, come è naturale, numerosissimi; si veda a titolo emblematico in argomento R. MASSOLI-NOVELLI, *S.o.s. parchi: il WWF denuncia*, in *Il cacciatore italiano*, novembre 2001, p. 21 ss.

La fattispecie dell'avvenimento pregiudizievole ⁽²⁾ che si profila è chiara

⁽²⁾ Va tenuto conto, nell'ambito della casistica extracontrattuale che vede coinvolta la vicenda dei danni da selvaggina, del fatto che molto spesso si tratta di fenomeni, che, al di là della valenza tecnico-giuridica che sul piano di principio è inevitabile attribuire loro, si presentano a tutti gli effetti con un ridotto contenuto patrimoniale, nel senso che l'interesse leso e soprattutto la quantificazione economica della sua lesione, non giustificano, lasciando con ciò insoddisfatte innumerevoli situazioni, il ricorso agli strumenti di legge, vuoi per la macchinosità congenita dei procedimenti giudiziari, vuoi per l'intrinseca maggiorata complicazione che agli stessi deriva dai segnali, tutt'altro che incoraggianti, che la giurisprudenza più qualificata lancia periodicamente sullo specifico terreno. Si sono da ultimo distinte su questa linea, per altro confermativa di una tendenza fortemente conformata e, si direbbe, ormai quasi consolidata, numerosi provvedimenti di Magistrature Superiori, tra cui, oltre alle già «risalenti» Cass. n. 8788/91, Cass. n. 11173/95, Cass. n. 12106/95 e Cass. n. 2192/96, la recente ordinanza della Corte Costituzionale n. 4/2001, con la quale, dichiarandosi la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 2052 c.c., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. dal Giudice di pace di Ceva, si sostiene l'applicazione del regime ordinario di imputazione della responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., in tutte le ipotesi in cui la causazione del danno sia eziologicamente riconducibile non ad un animale domestico ma ad un animale selvatico, per il quale, pur a fronte dell'esistenza di un soggetto proprietario chiaramente individuato, non può che parlarsi di evento pregiudizievole naturale di cui tutta la collettività deve farsi carico secondo la regola generale dello schema aquiliano. Esistono in proposito non poche voci contrarie: si veda autorevolmente per tutti M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988, p. 547 ss. Si vedano anche, per posizioni non per forza uniformi tra loro e comunque non troppo risalenti, W. VENTRELLA, *Artt. 2052 e 2054, 1° comma, c.c.: questioni in tema di relative presunzioni*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 298 ss.; M. MAZZA, *Sulla responsabilità per danno cagionato da animale*, in *Giur. agr. it.*, 1984, p. 31; A. FIGONE, *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 350 ss.; M. MAZZA, *Sui danni provocati alla produzione agraria dalla fauna selvatica protetta*, in *Giur. agr. it.*, 1985, p. 23; M. COMPORZI, *Responsabilità civile per danni da selvaggina*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, I, p. 834 ss.; G. SCALFI, *Brevi spunti sulla contrapposizione della responsabilità fondata sulla colpa ed altre responsabilità fondate su ragioni diverse*, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, p. 180 ss.; S. MASINI, *Sulla responsabilità civile dello Stato per danni cagionati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole, ai sensi dell'art. 2052 c.c.*, in *Giur. agr. it.*, 1989, p. 111; M. ANTINOZZI, *Responsabilità per fatto di animali*, in *Dir. prat. ass.*, 1989, p. 329 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno cagionato da animali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 71; S. MASINI, *Sulla condizione giuridica degli animali selvatici oggetto di allevamento in fondi chiusi*, in *Dir. giur. agr.*, 1992, p. 468 ss.; S. BALZARETTI, *La responsabilità per il danno cagionato da animali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, p. 468 ss.; L. PAOLONI, *Sul regime di appartenenza della fauna selvatica insediata in un terreno recintato e sulla risarcibilità dei danni da questa causati al fondo*, in *Riv. dir. agr.*, 1995, II, p. 122 ss.; R. PRELATI, *Proprietà e responsabilità: un'ipotesi particolare*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, a cura di N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiani, Napoli, 2001, p. 409 ss.; e ancora P. BARCELLONA, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, Milano, 1972, p. 72 ss.; I. GORLANI, *Introduzione alla legge quadro sulla caccia. Stato e Regioni di fronte ai problemi della protezione della fauna*, Firenze, 1980, p. 67 ss.; D. DE MARTINI, *I fatti*

nei suoi contenuti e netta nei suoi contorni, tanto che ci si aspetta giustamente una reazione dell'ordinamento, che sappia in tutte le direzioni rivelarsi rispondente al materiale supinamente derivabile allo stato ed obiettivamente prospettato in cognizione. In effetti, anche senza volersi addentrare nelle indicazioni della teoria analitica dell'illecito, è facile osservare come gli ingredienti, «normalmente» richiesti per la configurazione di un'ipotesi plasmata su dati di reale rilevanza giuridica e tecnica ⁽³⁾, siano tutti presenti e comunque di non complicato riscontro: dalla colpevolezza all'imputabilità, dal nesso di causalità all'ingiustizia del danno, il quale va senza meno a colpire un interesse meritevole di tutela, indiscutibilmente rinvenibile sotto ogni rispetto in capo al soggetto leso.

La partecipazione alla trama di un animale, di cui è senza riserve legalmente appurata la proprietà ⁽⁴⁾, fa filtrare sulla scena una luce affatto particolare e lascia intuire, dietro la definizione dell'atto illecito e la verifica sperimentale dei suoi apporti semantici, l'applicabilità non certo avventata di figure tipiche che l'apparato legislativo della responsabilità civile di getto mette a disposizione, attingendo all'articolato armamentario aquiliano ⁽⁵⁾. L'animale e la sua appartenenza inequivocabile diventano

produttivi di danno risarcibile, Padova, 1983, p. 136 ss. e G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna 1991, p. 326 ss.

⁽³⁾ Per un riscontro di corrispondenza quanto meno astratta cfr. per tutti A. DE CUPIS, *I fatti illeciti*, Milano, 1970, p. 8 ss.; P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 43 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1987 e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991, p. 27 ss.

⁽⁴⁾ Non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza la questione pare ormai sedimentata senza ambagi. Si vedano sul punto per tutti P.L. VIGNA e G. BELLAGAMBA, *La nuova legge sulla caccia*, Milano, 1978, p. 15 ss.; G. MAZZOTTI, *La legge cornice sulla caccia*, Milano, 1978, p. 27 e P. CENDON, *Commento alla legge 27 dicembre 1977 n. 968*, in *Le nuove leggi civili e commerciali*, Padova, 1979, p. 452 ss.; nonché le sentenze, indicative di un indirizzo autorevole e conforme, Cass. n. 1788/83, Cass. n. 1732/86, Cass. n. 5855/88 e Cass. n. 2338/94. Per una posizione lungimirante anche sotto il regime precedente all'entrata in vigore della legge n. 968/77, innovativa dell'appartenenza concernente la fauna selvatica, si veda F. CIGOLINI, *Il diritto di caccia*, Milano, 1959, p. 129 ss., il quale in ogni caso non pone la questione connessa ai risvolti di responsabilità più o meno diretta derivabili, come immediato corollario, dall'attribuzione proprietaria esclusiva di un certo tipo di selvaggina, che veniva prudentemente individuata, sulla prospezione della normativa allora vigente, soltanto in quella stanziale.

⁽⁵⁾ Un primo ed istintivo profilo di analisi porta, invero, a considerare la possibilità di un richiamo diretto ed incondizionato dell'art. 2052 c.c., il quale compare rubricato con l'onnicomprendente dizione «danno cagionato da animali», senza aggiuntive qualifiche

indici sicuri e precisi, e, sulla scorta di un'indagine di prima approssimazione, ma pure del tutto esente da suggestioni di ritorno ⁽⁶⁾, la prima soluzione che si prospetta è quella che, non solo in senso allegorico, appare come la più naturale e accreditabile. Accolta, infatti, a premessa dell'analisi l'idea di un sistema di responsabilità che, secondo la conformazione inconfondibilmente impressa dalla costruzione codicistica, non serva soltanto da marchingegno rimediabile per la «composizione» più o meno bilanciata di interessi tra loro venuti incidentalmente in conflitto, ma lavori anche da passaggio normativo studiato per fornire, sullo fondo della disciplina legale esibita, la più ampia e profonda opportunità per un'efficace ed effettiva riparazione della lesione sofferta, l'itinerario logico che sembra quasi scontato dover percorrere si mostra nella sua assoluta linearità completamente privo di tratti accidentati.

Non per nulla, col sostegno di ogni elemento critico e giuridico necessario e col contributo di una non ardua e produttiva constatazione puntata su ciò che in dosi di novità si apriva in modo solare all'osservazione dell'interprete, si sono sul palcoscenico giudiziario di merito affacciate in esordio conclusioni in pieno coerenti con una visione dei dati di fatto e di diritto che torna doveroso definire spontanea e scevra da forza-

particolari a distinzione di categorie attraverso cui classificare per qualche fine questi ultimi. Dottrina e giurisprudenza sembrano adottare senza riserve o attenzioni un tale indice di rilevazione della responsabilità in materia, estendendo l'applicazione della norma dagli animali domestici a quelli randagi, a quelli feroci o domati e finanche agli insetti: cfr. emblematicamente su questo specifico aspetto Pret. Torino, 4 dicembre 1956 e Cass. n. 1168/63, mentre in dottrina si vedano per tutti sul punto M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 487 e P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 75. Va comunque per completezza notata la tendenza pressoché generalizzata ad aprire il varco ad un'eccezione, laddove ci si debba riferire alla fauna selvatica: cfr. in proposito per tutti ancora P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 76, nonché Trib. Alessandria 5 giugno 1970 e Cass. n. 3019/57, tanto che decisioni e opinioni di diverso tenore vengono al presente comunemente ritenute, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, del tutto innovative e finiscono francamente per apparire, al di là di una loro più o meno accreditabile autorevolezza, alquanto isolate.

⁽⁶⁾ La materia in discorso è in effetti troppo delicata per non prestarsi ad un'interpretazione che non risenta della sensibilità «civica» del giudicante di fronte a temi che coinvolgono inevitabilmente, prima ancora che moduli di tecnica giuridica, valori di sapore squisitamente sociologizzante: e questi ultimi vengono più o meno consapevolmente calati nelle decisioni. Cfr. in generale su questo punto, che implica un sia pur velato e sommerso giudizio sull'azione per forza di cose «umanizzata» degli operatori del diritto anche in sede giudicante P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, p. 368 ss.

ture di qualsiasi genere ⁽⁷⁾: il teorema seguito per giungere ad un'applicazione totale e diretta della nozione recata dall'art. 2052 c.c. è quanto mai semplice, e fa perno sostanzialmente sulla novità legislativa apportata, in tema di attribuzione in proprietà della fauna selvatica presente sul territorio nazionale, da una non più recentissima normativa sulla caccia ⁽⁸⁾, dettata a difesa di certi valori latamente ambientali che sempre di più si vogliono assumere compromessi dall'esercizio dell'attività venatoria. Sembra, quindi, di documentare l'ovvio nel momento in cui ci si impegna a sostenere che la conclusione decisoria, alla quale si è in linea di principio arrivati, prospetta un esito argomentativo ragionato e permesso, senza il ricorso ad alchimie miracolistiche, da una cornice normativa che ha inequivocamente sottratto, con non pochi riflessi qualitativi e quantitativi,

⁽⁷⁾ Per vari e completi richiami di giurisprudenza di merito attrezzata nel sostenere con costruzioni logiche tutt'altro che peregrine l'applicabilità dell'art. 2052 c.c. ai fatti dannosi provocati da animali selvatici si veda F. CENTOFANTI in nota a Cass. n. 8788/91 in *Foro it.*, I, 1992, c. 1795 ss. Interessante è il riferimento «contrario» a Trib. Rieti 31 giugno 1990, che adeguandosi ad un indirizzo espresso in materia da Cass., Sez. un. n. 2246/83, esclude detta applicabilità perfino ai danni cagionati alle colture in atto di un fondo agricolo incluso nel comprensorio di un'azienda faunistico-venatoria, dovendo quest'ultima se mai essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., qualora risulti l'ascrivibilità dell'evento dannoso a dolo o colpa, dal momento che la fauna, pur nella condizione affatto particolare della fattispecie, in cui il profilo dell'utilizzazione economica appare decisamente evidente, non può, nel suo stato di naturalità, essere suscettibile di sorveglianza continuativa.

⁽⁸⁾ Si tratta segnatamente della legge 27 dicembre 1977 n. 968, intestata "Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia", con cui, all'art. 1, la fauna selvatica viene assunta nel patrimonio indisponibile dello Stato. Ad essa si aggiunge, più vicina nel tempo, la legge 11 febbraio 1992 n. 157, rubricata "Norme per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio", la quale, all'art. 30, co. 1, esclude l'applicazione all'esercizio della caccia degli artt. 624, 625 e 626 c.p., abolendo in buona sostanza la configurabilità del cosiddetto furto venatorio, che tanto aveva agitato, nel corso della sua dibattuta elaborazione, giurisprudenza e dottrina. L'eliminazione espressa di detta figura di reato concernente la selvaggina, mentre, per un verso, migliora sensibilmente la qualità della posizione degli esercenti l'attività venatoria, non pare possa, per un altro, ridimensionare in alcun modo la qualità dell'appartenenza ascritta sul punto allo Stato. Quest'ultimo, infatti, indipendentemente dal coinvolgimento penalistico del cacciatore, mantiene una signoria piena sulla selvaggina e ne gestisce secondo regole restrittive il prelievo nella sua globalità, riscuotendo entrate per le concessioni relative e operando in proposito precise scelte dettate da opportunità discrezionale in ordine vuoi a piani di abbattimento o cattura, vuoi a programmi di protezione e mantenimento ambientale.

dal girone delle cose di nessuno l'animale selvatico ⁽⁹⁾.

Successivamente, tuttavia, il laboratorio giurisprudenziale di legittimità, con un'autorevolezza che è più frutto del mero potere gerarchico nel gioco del riesame che non il portato di una convincente e ponderata risonanza valutativa, ha marcato più angusti e scomodi confini per lo stato di cose in parola, relegandolo sotto la copertura generica e non intensificata dell'art. 2043 c.c. ⁽¹⁰⁾. Va da sé che il problema propostosi, in tut-

⁽⁹⁾ La dottrina prende pieno atto del mutamento del regime giuridico introdotto dalla ridetta legge 968/77, che, se nulla aggiunge al destino degli animali selvatici, aggiunge invece molto al destino dei diritti che intorno ad essi ruotano non solo in termini di prelievo venatorio, ma anche in termini di gestione della loro appartenenza. Cfr. P. CENDON, *Proprietà riserva e occupazione*, in *Leggi civ. comm.*, 1979, 447 ss.; M. COMPORI, *op. cit.*, p. 834; P.L. VIGNA- G. BELLAGAMBA, *La nuova legge*, cit., p. 10 ss.; G. MAZZOTTA, *La legge cornice sulla caccia*, Milano, 1978, p. 27; G. DI GASPARÉ, *Voca Caccia*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 3; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 487; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 330 e P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 76. Anche la Corte Costituzionale, con la già citata ordinanza del 4 gennaio 2001 n. 4, riconosce senza riduzioni di sorta al potere pubblico l'appartenenza proprietaria della fauna selvatica, anche se ne individua, ad onta dei pur segnalati dubbi espressi sul punto dalla dottrina, una differente posizione rispetto all'omologa realtà dei privati, in considerazione del fatto che la selvaggina gode di uno stato naturale di libertà e che è diverso il contenuto della condizione proprietaria, sottesa, solo nel primo caso, al soddisfacimento di un interesse rapportabile all'intera collettività.

⁽¹⁰⁾ Emblematica pur nella sua minima risalenza, nonché confermativa di un orientamento vocazionalmente stabilizzato, è Cass. n. 8788/91, cui si affianca da ultimo Cass., Sez. un., n. 1050/00, che, in assoluta «coerenza» con l'indirizzo concernente il percorso di risarcibilità aquiliana e in omaggio alla giurisdizione amministrativa officata sul punto specifico, degrada ad interesse legittimo la posizione dei titolari di colture che risultino danneggiati da selvaggina e che domandino la refusione del pregiudizio economico agli enti locali deputati a predisporre fondi indennitari appositi. Invero, è ravvisabile nel procedimento di determinazione quantitativa degli indennizzi da erogare ai singoli richiedenti una significativa discrezionalità dell'amministrazione ed è, per così dire, normale parlare in proposito, in conformità ad una linea di tendenza costantemente seguita in frangenti analoghi, di interesse legittimo, potendosi, invece, parlare di diritto soggettivo solo quando l'indennità fosse prefissata qualitativamente e quantitativamente dalla legge, e non quando, come tecnicamente accade nella ricorrente realtà attuale dei procedimenti di indennizzo per danno da fauna selvatica, l'ammontare della somma eventualmente liquidabile è calcolata senza alcun aggancio al danno effettivo, avvenendo la distribuzione elargitiva dei ristori con modalità che potrebbero, per una caratterizzazione quanto mai suggestiva nell'accostamento, farli definire congegnati secondo il metodo «a ripartizione» e non secondo quello «a contribuzione». Così, la situazione soggettiva del danneggiato viene, faticosamente ma vittoriosamente, ridotta alla consistenza di un mero interesse discrezionalmente proteggibile nell'*an* e nel *quantum*, seguendo una

to il suo spessore, attorno ad una materia così fluida e stringente, suggerisce la necessità di un'opzione ⁽¹¹⁾ in ordine al grado di tutela che si vuole introdurre nel circuito dei danni cagionati e delle posizioni giuridiche lese, secondo una referenza eziologica e una dinamica imputativa irrecusabilmente corredate da profili all'altezza di catalizzare con quote quanto meno equivalenti piani operativi dai contenuti molteplici. Come risulta ben chiaro, si è istituita in questo clima una contrastante graduatoria di valori rispettivamente meritevoli di sollecitudine giuridica, collocati in ambiti globalmente eterogenei e diametralmente opposti, che vedono con tutta probabilità concorrere il «bisogno» di una reazione rimediale pronta e

regolazione che prende testualmente atto, con scarso senso giuridico, anche se con grande propensione politica, delle reiterate istanze tese al contenimento della spesa pubblica ed al mantenimento in pareggio dei pubblici bilanci, con buona pace dell'effettività funzionale e strumentale del sistema aquiliano: si consulti utilmente per tutto questo E. DI SCIASCIO, *Indennizzo e giurisdizione: alcune considerazioni in materia di danno provocato da fauna selvatica*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2001, p. 45 ss. Con quest'ultima pronuncia si imparenta, nel segno di un'indiretta adesione tecnica tanto formale quanto rigorosa, Cass., Sez. un., n. 12901/98, che qualifica come diritto soggettivo la posizione degli interessati ad ottenere riconoscimento risarcitorio per danni alle colture agricole provocati dalla fauna selvatica, per il caso in cui la disciplina istitutiva il principio del ristoro lo preveda, come nel caso specifico, senza margini espressi di discrezionalità, abilitando, da un lato, la possibilità di un ricorso diretto all'autorità giudiziaria ordinaria e imitando, dall'altro, quella di procedere ad una quantificazione ridotta o forfettaria degli esborsi volti al ristoro del pregiudizio. C'è chi, con qualche apprezzabile fondamento, si duole del formalismo interpretativo di tale soluzione, la quale, per il suo contenuto «innovativo», sembra crei confusione nell'unitarietà di indirizzo di cui si vorrebbe fare omaggio alla controversa materia: si veda per questo A. DELEDDA, *Ancora in tema di risarcibilità dei danni cagionati da selvaggina: l'ennesimo revirement della Cassazione*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, p. 507 ss. È di tutta evidenza, quindi, come certe decisioni, che abbiano una portata paragonabile a quelle sopra riportate, non possano che agitare ricchi fermenti di riflessione vuoi a livello strettamente tecnico, vuoi a livello marcatamente pratico.

⁽¹¹⁾ Non si tratta certo di sciogliere un nodo gordiano: va in questo contesto istituita una graduatoria di valori meritevoli di attenzione giuridica e operata del pari una scelta degli indici di selezione degli interessi secondo la predisposizione «politica» verso un loro maggiore o minore apprezzamento. D'altra parte, la tendenza manifestata in sede di legittimità, appunto perché caricata di contenuti non propriamente fatali ed in buona misura, come si vedrà, controvertibili, non appare irreversibile, e legittima, nel suo visibile contrasto col dogma dell'«intuizione giuridica», l'auspicio per una revisione che passi attraverso il supporto di alcune tetragone considerazioni tecniche suggerite dalla necessità di eliminare in materia un immeritato depotenziamento della tutela a livello extracontrattuale.

proficiente con l'«opportunità» di contenere il ricorso generalizzato ad una pratica risarcitoria inesorabilmente abbordabile e minacciosamente dotata di potenzialità statistiche malagevolmente controllabili (12).

Tuttavia, nella condizione di stallo logico che un'attenta disamina delle tipologie decisorie messe qui sul tappeto pare indurre, mette conto evitare due rischi alternativi l'uno all'altro: il primo è quello che si sbarri nei fatti a situazioni soggettive, indubitabilmente protette e in ogni caso degne di essere acconciamente difese, la strada di un rimedio; il secondo è quello che, di contro, si spalanchi un varco di vasta portata, che favorisca immeritatamente conclusioni attuative dai risvolti impropri e ridondanti. Il senso di polarità che si instaura nella contrapposizione secca fra i livelli di opinione formati in sede di merito e in sede di legittimità (13) schiude ad ogni modo l'eventualità di un confronto e offre il destro per una verifica dei contenuti argomentativi che sorreggono l'arresto giurisprudenziale reso ad evidenza posizionalmente prevalente solo dalla meccanica dei gravami. Non va, in verità, dimenticato che in una materia come questa, estremamente vicina ad interessi, che per molti versi potrebbero etichettarsi «diffusi» (14), e contraddistinta da una ricorrenza inces-

(12) Si veda per questo l'indiretto riferimento al problema adombrato dalla parte motiva della già citata Cass., Sez. un., n. 1050/2000, che lega appunto la risarcibilità di un certo tipo di danno alla finanza pubblica, mentre curiosamente non si pone un analogo scrupolo di economicità Cass., Sez. un., n. 12901/98, pure segnalata in precedenza.

(13) Per averne un'idea precisa e significativa basta riferirsi alla giurisprudenza riportata in precedenza, ponendo mente al fatto che sotto ogni rispetto il «contrasto» segnalato non si candida ad essere un campione di esemplarità sul piano della cosiddetta certezza del diritto.

(14) Va da sé che il termine viene usato nel frangente in maniera impropria, nel senso che non ci si vuole tecnicamente richiamare a quelle situazioni di rilievo giuridico collocate a cavallo tra quelle sottese alle tradizionali categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo; prescindendo, infatti, dal riferimento oggettivo ad un bene non suscettibile di appropriazione individuale e dalla caratteristica soggettiva di attribuzione a tutti i membri della collettività, si vuol sottolineare la presenza di una posizione di cui è certa la portata e l'estensione sul piano della rilevanza di diritto, ma sembra di contro scarsamente individuata la natura e la misura della tutela accordata, soprattutto perché tende ad esprimersi in via soltanto occasionale e riflessa. Per precisi apporti di dottrina sul punto si vedano per tutti C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 12 ss.; M. BUONCRISTIANO, *Profilo della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 46 ss.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 255 ss. e U. RUFFOLO, *Interessi collettivi e tutela del consumatore*, Milano, 1985, p. 34 ss. Più accostabile al senso, che si intende sottolineare riferendo all'art. 2043 c.c. la situazione della diffusione degli inte-

sante, l'aspettativa sociale (15) e le formulazioni teoriche non sembrano procedere parallelamente, visto che una concreta possibilità risarcitoria (16) viene malamente sublimata con un incondizionato rimando alla costruzione primaria della figura dell'illecito extracontrattuale.

Al di là del dato emotivo, che parrebbe turbare la serenità degli apprezzamenti e che non dovrebbe auspicabilmente avere albergo nel con-

ressi, sembrano C. FESTA, *La legittimazione ad agire per la tutela degli interessi diffusi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 975 ss. e Cass., Sez. un., n. 1463/79 e n. 2207/78. Un altro accostamento delle modalità lesive gravanti sulle vittime di danni da selvaggina può essere tentato in attinenza con le fattispecie di responsabilità del produttore, sotto il profilo quanto mai avvalorante ed innovativo che riguarda la sottostante tendenza a costruire un ventaglio di tutela, favorevole e «agevolata» da un sistema interconnesso di inversioni probatorie, a vantaggio dichiarato di certe categorie di interessi non altrimenti proteggibili in modo adeguato: in questo caso è la legge ad approntare l'ordito dei rimedi, laddove dovrebbe essere, nel caso dei danni da selvaggina, il giudice a provvedere in senso analogo, attraverso operazioni interpretative volte al raggiungimento di soluzioni applicative che consentano la copertura di quel certo tipo di danni, che diversamente finirebbe per rimanere privo di consona protezione, per via delle difficoltà del successo giudiziario collegato all'attivazione di processi di cognizione, in cui l'onere della prova risultasse distribuito in maniera scoraggiante e quasi proibitiva per il potenziale attore. Assai utili in proposito si mostrano gli spunti prospettati da S. PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Il danno da prodotti* a cura di S. Patti, Padova, 1990, p. 139 ss. A margine, bisogna rammentare che il problema dell'addossamento della responsabilità risarcitoria, implicando delle scelte precise, si esaurisce nell'esigenza di irreggimentare, con l'ausilio determinante di strategie di opportunità applicativa verso soluzioni normative praticabili, non solo le condizioni secondo cui un danno debba essere in concreto sopportato da un soggetto oppure da un altro, e in varia proporzione, ma anche, più a monte, quelle secondo cui esso debba a tutti gli effetti rimanere privo o meno di ascolto, trapassando di fatto, in caso negativo e al di là del dato obbiettivo riscontrabile, alla categoria del danno da atto lecito, con evidente alterazione della mistica extracontrattuale.

(15) Non siamo evidentemente di fronte ad un'emergenza sociale, ma si tratta molto più semplicemente di dare ascolto sul piano giuridico a situazioni che soffrono un responso giurisprudenziale visibilmente fornito di alternative pronte ed efficaci dal punto di vista strettamente tecnico.

(16) Assai eloquente, in ordine ad un'attenta presa di coscienza, è il fatto che nel sistema di riforma della disciplina della caccia, in buona sostanza impennato sull'attribuzione proprietaria della selvaggina, sia prevista l'organizzazione di meccanismi risarcitori locali per i danni prodotti dagli animali selvatici alle colture in atto. La sintomaticità di tutto questo è estremamente intensa, anche se, come si avrà modo di vedere, approssimativo, almeno finora, risulta il funzionamento dell'apparato decentrato di riparazione dei pregiudizi, che lascia a desiderare sia in termini quantitativi, sia in termini qualitativi: cfr. nello specifico per tutti S. MASINI, *Sulla responsabilità civile dello Stato ecc.*, cit., p. 113 ss.

testo, esistono in ogni caso anche considerazioni eminentemente razionali che sollevano riserve non lievi sui postulati applicativi messi in campo per attingere ad un epilogo tecnico che pilatescamente liquida qualunque soluzione più elaborata ed argomentata: resta comunque spazio per una contestazione che non sia soltanto di principio e che giovevolmente involga la sostanza dei problemi suscitati, ed esistono altresì margini di manovra abbastanza ampi per poter sindacare da più punti di osservazione un risultato non precisamente raffinato e inappuntabile, tanto lungo il crinale tecnico, quanto lungo quello giuridico. Non si tratta, è lampante, di esaltare il mito del risarcimento sicuro ad ogni costo⁽¹⁷⁾, si tratta più propriamente di verificare con attenzione la non infrangibilità degli elementi giuridici di corredo che a quel risultato hanno condotto, onde aprire una finestra su una realtà che, per quanto non assistita dal conforto di una valenza di contorno che suoni decisamente fatale e, se del caso, allarmante, si candida a rimanere nel tempo un nervo scoperto e sensibile negli alti e bassi dell'avventura sociale che l'illecito extracontrattuale è condannato a vivere.

2. — Non sembra a tutt'oggi che si sia verificata, all'interno delle realtà espresse dalla convivenza civile, un'inversione del giudizio sociale sul collegamento che unisce strettamente la fenomenologia del danno occorso con quella del suo risarcimento⁽¹⁸⁾. Né si può dire che questa prospettiva non trovi modernamente una solida conferma, da un lato, in motivi di spunto solidaristico, per i quali riesce o dovrebbe quanto meno riuscire difficile ammettere che un'applicazione rigorosa dei meccanismi aquiliani possa lasciare le vittime di un pregiudizio prive di un ristoro adeguato, da un altro, in sollecitazioni di ordine egalaritario, che razionalmente

⁽¹⁷⁾ Cfr. in generale, in ordine alle vicende dell'atto illecito e degli interessi tutelati, G. ALPA e M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 89.

⁽¹⁸⁾ Si può, se mai parlare del contrario, visto che l'evoluzione degli atteggiamenti sociali verso la risarcibilità di «qualunque» pregiudizio, indipendentemente dalla natura di esso, ha palesemente prodotto, anche per via dell'innegabile estensione del senso di monetizzazione di ogni valore seppure non propriamente patrimoniale, un ricorso sempre più ampio al reclamo di profili di responsabilità viepiù «allargati». Si veda sul punto il taglio conferito alla trattazione, anche se con finalità ricostruttive diverse, da C. SALVI, *op. cit.*, p. 283 ss.

impongono o dovrebbero imporre di ritenere inconcepibile come un'ipotesi di danno collocata in ambiti di sostanziale e innegabile identità rispetto ad altre normalmente indennizzate, rimanga in tutto o in parte esclusa dal beneficio risarcitorio⁽¹⁹⁾.

Una volta accolto questo dato di fatto, non pare realisticamente più sufficiente riferirsi in materia alla mera figura del sistema liberale classico, ma giova richiamarsi utilmente anche all'elaborazione di principi emergenti collegabili alla «crisi» di questo modello⁽²⁰⁾, e riconducibili in buona sostanza alla trasformazione in senso perequativo, se si vuole, ancora in atto dei rapporti economici e sociali, nonché ai nuovi e sempre più articolati compiti significativamente addossati allo Stato cosiddetto sociale⁽²¹⁾. Mancano ragioni, a ben guardare, per poter pensare all'individuazione di soluzioni che limitino o tendano a limitare la risarcibilità ordinaria del danno patrimoniale, proprio perché non pare facile il reperimento di moduli argomentativi convincenti in grado di influenzare la vicenda ricostruttiva del quadro obbiettivo della stessa, di fronte a fenomeni cui è impossibile, all'esito della loro inconfondibile configurazione, non conferire piena e puntuale rilevanza aquiliana, ad onta di superstiti diffidenze variamente orientate in senso restrittivo, nello sforzo di una quasi tendenziosa ricerca di situazioni asseritamente specifiche⁽²²⁾.

In effetti, la linearità di quanto viene comunemente ed estensivamente accettato dalla coscienza sociale corrente pone una complessa istanza concettuale ed operativa, laddove ci si voglia distaccare da una prospettiva che si adegui, senza traumi e pur senza scontati automatismi, a pro-

⁽¹⁹⁾ Cfr., per una prospettazione di allargamento della galassia risarcitoria, anche in senso «sociale», in vista dell'individuazione di nuovi profili funzionali ad una verifica estensiva della lesione dell'interesse protetto, ancora C. SALVI, *op. cit.*, p. 155 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. sul punto P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 6 ss.; S. RODOÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 27 ss. e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 15.

⁽²¹⁾ La constatazione di questa nuova condizione della realtà percorre l'intera trama della riflessione moderna e consiglia che l'apparato della responsabilità civile, nella sua funzione di chiusura delle relazioni economiche conflittuali all'interno del sistema sociale, sia visto con ampiezza estensiva di applicazione teorica e di attuazione pratica. Cfr. per tutti in generale P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁽²²⁾ Si vedano in generale G. ALPA e M. BESSONE, *op. cit.*, p. 178 ss. e ancora P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 829 ss.

fili di risultato sensatamente rispondenti alle problematiche ispirate dalla spassionata «dettura» della realtà concreta ⁽²³⁾. Nel momento in cui, dietro la pressione di istanze modernizzanti ed evolutive, si è fatta strada l'idea di una revisione complessiva del modo di intendere il giudizio aquiliano ⁽²⁴⁾, l'onda di pensiero che convergeva nell'esaltazione della centralità assegnata al profilo dell'ingiustizia del danno ha consentito di individuare l'elemento essenziale della rilevanza giuridica dell'illecito non tanto e solo nella componente soggettiva, derivabile dalle modalità di condotta, quanto e soprattutto in quella spiccatamente obbiettiva, ascrivibile all'accadimento dannoso ⁽²⁵⁾.

In questo senso, la revisione del modello tradizionale ha proposto non già la rielaborazione della nozione di danno, ma piuttosto l'intensificazione dell'attenzione verso una sua qualificazione in termini di ingiustizia, utilizzando un modulo logico all'interno del giudizio di responsabilità, che esaltasse quest'ultimo come momento intermedio fra la rilevazione del pregiudizio ed il successivo controllo attinente alla sussistenza di un criterio di imputazione, e che impedisse, appunto, alla fattispecie soggettiva di imputazione di avere incidenza ai fini della delineazione dell'ingiustizia del danno ⁽²⁶⁾: in questo modo la riflessione accesa dalla «riscrittura» di un modello che indubbiamente abbisognava di aggiorna-

⁽²³⁾ In proposito giova richiamare quanto osservato in premessa alla nota n. 1 e successivamente alla nota n. 6, facendo notare come sovente, all'accoglimento di certe soluzioni giurisprudenziali, non sia del tutto estraneo l'adeguamento a linee di pensiero ricche di suggestione e di partecipazione, ma non per questo per forza prevalenti o rispondenti in maniera più soddisfacente al dettato normativo, il quale è magari, proprio in quel frangente, all'altezza di fornire soluzioni alternative altrettanto credibilmente percorribili.

⁽²⁴⁾ Cfr. in generale S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 30 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 85 ss.; G. VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, *ivi*, 1987, p. 73 ss. e P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 15.

⁽²⁵⁾ Cfr. per spunti sull'argomento G. ALPA e M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980, I, p. 101 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jur*, 1976, p. 41 ss. e M. BESSONE, *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli d'impresa*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 225 ss.

⁽²⁶⁾ In buona sostanza, è questo il punto di frizione che si crea al momento dell'incidenza operativa di certe applicazioni giurisprudenziali: non sono condivisibili, dunque, i tentativi di soluzione che peccano di nostalgia verso dogmatismi frutto del pensiero giuridico e sociale di altri tempi e che non tengono conto dell'aura di «evoluzione» che permea e percorre il terreno da sempre accidentato della responsabilità civile.

menti ed adeguamenti alla mutata realtà sociale ed economica, si è rivolta, anche nel tentativo per certi versi encomiabile di provocare l'estensione della «protezione» aquiliana verso ambiti nuovi e privi di copertura ⁽²⁷⁾, ad attribuire una funzione determinante all'ingiustizia del pregiudizio.

L'accertamento dell'ingiustizia spiega, infatti, in via fondante, un giudizio di valore nei confronti di una condotta realizzativa di un fatto che deve poi poter essere ascritto, col puntuale e attento coinvolgimento delle combinazioni normative, alla categoria del danno potenzialmente idoneo a far scattare, alla stregua delle modalità più consentanee, la tutela aquiliana ⁽²⁸⁾. Una scelta così indirizzata, tesa alla ricerca dei tratti lesivi in chiave di riscontro dell'oggettività del risultato dannoso, conferma la possibilità di marcare con certezza l'acquisizione secondo cui il rimedio aquiliano non si presenta più come una delle tecniche tipicamente apprestate per la protezione di un diritto soggettivo o di un'altra situazione giuridica di vantaggio, bensì come il paradigma operativo che, mediante l'applicazione dei suoi criteri caratteristicamente estensivi, permette di giungere alla costruttiva individuazione del soggetto sul quale l'ordinamento vuole che ricada, all'esito del procedimento, il costo debitamente patrimonializzato di un accadimento rivelatosi distruttivo di un valore economico ⁽²⁹⁾ in concreto proteggibile; in altre parole, la formulazione della «regola risarcitoria» normativamente organizzata sulla descrizione di base dei contorni del fatto illecito e delle sue conseguenze variamente articolate, diviene uno strumento imprescindibile che, alquanto prosaicamente, presiede all'allocatione del «sacrificio» riparatorio susseguente all'evento lesivo ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Si vedano per questo G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 2001, p. 18 ss. e D. DE MARTINI, *op. cit.*, p. 155 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 17 ss. e P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 8 ss.

⁽²⁹⁾ Per concreti riscontri in tal senso cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano 1975, p. 43 ss. e F. COSENTINO, *La responsabilità civile e le ragioni dell'analisi economica*, in *Diritto e responsabilità*, 1996, p. 403.

⁽³⁰⁾ Anche a non voler forzare gli aspetti relativi ai problemi distributivi ed ai costi transattivi, è innegabile come il sistema economico, e vieppiù quello di ispirazione liberale, tenda ad influenzare in più o meno larga misura le scelte di tecnica giuridica. Cfr. in generale sul tema P. TRIMARCHI, *Economia e diritto nella responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 353 ss.; F. PULITINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, *ivi*, 1976, p. 431 e R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, *ivi*, 1978, p. 699 ss.

Diventa, in questo quadro, fondamentale che si operi un apprezzamento in termini pecuniari, sulla scorta degli indici normativi del costo economico del contesto attivato, rimanendo comunque assodato che il profilo «punitivo» del risarcimento del danno tende a venir relegato sullo sfondo, mentre viene reso decisamente prevalente quello rivolto alla funzione satisfattiva dell'interesse del danneggiato⁽³¹⁾, sul rilievo che debba e possa, in ogni circostanza pregiudizievole tecnicamente e socialmente rilevante, rinvenirsi una sorta di equazione tra disvalore giuridico e valore economico⁽³²⁾. E tutto questo non segna certo l'avvento di un'eterogeneità dei fini tipici dell'impianto codicistico aquiliano, ma costituisce, quando mai, una tappa importante e vitale nella vicenda di un suo reclamato adattamento all'evoluzione delle esigenze sociali⁽³³⁾.

Nel panorama di «avanzamenti» attuativi, che si è inteso sinteticamente tracciare, è del tutto fuori discussione come il modello aquiliano si sia rivelato, con inconfutabile successo sociale, il contenitore più idoneo a raccogliere tutte le istanze, anche nuove ed estensive, dirette in qualche misura ad assicurare una riparazione «diffusiva» dei danni, e come tutto questo sia, beninteso, riconducibile all'estrema duttilità dell'istituto, che è strettamente connaturata alla sua strutturazione non univoca e che si è senza rimessione rivelata quale arma di incontestata e praticata efficacia nell'arsenale della tutela civile⁽³⁴⁾.

È chiaro, quindi, che la responsabilità civile, attivata secondo certe progressioni di incidenza, non è più né poteva essere più una tecnica neutra e neutrale, e si propone, pertanto, in tutta la sua capacità di coinvolgimento, nel ricomprendere la problematica suscitata dalla necessità di predisporre

⁽³¹⁾ E questa tendenza dovrebbe, tra l'altro, manifestarsi pure in un interesse a rendere agevole la protezione processuale della vittima in chiave di oneri probatori, così come in concreto avviene, percorrendo l'unica strada seriamente transitabile in questa direzione, nel contesto, per certi versi innovativo, della tutela del consumatore, rispetto alla quale si assiste ad un indubbio recupero d'efficacia della «snellezza» operativa nell'ambito degli strumenti giudiziali, al fine di approntare un regime di tutela veramente stringente e opportunamente congeniale alla congiuntura specifica cui tale tutela si vuole fornire, non semplicemente in termini retorici, ma quanto più possibile fattivi. Per ragguagli indicativi in ordine al tema specifico si veda per tutti S. PATTI, *op. cit.*, p. 140.

⁽³²⁾ Cfr. per tutti in argomento P. G. MONATERI, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁽³³⁾ Cfr. J. G. FLEMING, *C'è un futuro per i torts?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 285 ss.

⁽³⁴⁾ Si vedano per accenni in tal senso C. SALVI, *op. cit.*, p. 83 ss. e anche G. ALPA e M. BESSONE, *I fatti illeciti*, cit., p. 43 ss.

in chiave vantaggiosa un ventaglio quanto più aperto ed accurato di reazioni contro fatti «aggressivi» di rilevanza sociale rivolti verso interessi sotto ogni rispetto degni di attenzione giuridica⁽³⁵⁾. E ciò, tanto che si voglia ritrovare in questo una funzione mirata ad imitare il funzionamento del mercato, quanto che ci si senta, invece, portati a supportarvi il perseguimento di finalità più orientate a dar conto dei valori personali; detta situazione, comunque determinatasi, permette, correlativamente, di allargare l'orizzonte della responsabilità civile in direzione specifica di nuovi «compiti», anche in forza, se si ritiene, di una vera e propria riconsiderazione delle modalità operative di mediazione giuridica tradizionalmente da essa svolte, appunto perché, come è agevolmente intuibile, l'ampliamento, cui si è fatto cenno, dell'ambito oggettivo della sua applicazione⁽³⁶⁾, oltre a costituire una garanzia per la tutela eventuale di figure «nuove», che si presentino al contatto con l'esperienza concreta, punta in via generale e diffusa all'estensione eloquente dei margini della protezione contro i danni, sospinta pure dalle sollecitazioni provenienti dalla cultura solidaristica⁽³⁷⁾ rinvenibile in buona misura nelle società contemporanee, le quali

⁽³⁵⁾ Cfr. sul punto P. G. MONATERI, *op. cit.*, p. 22 ss.

⁽³⁶⁾ In questa prospettiva che esalta quanto più possibile la posizione del danneggiato, la responsabilità oggettiva si propone come meccanismo funzionale di diretta alternativa alla colpa: cfr. sul punto, proposto in forma alquanto tecnica ma efficace, ancora P. G. MONATERI, *op. cit.*, p. 40 ss. Si vedano anche P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 16 ss. e U. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976, p. 4 ss. Sembra manifestare perplessità sulla tradizionale prevalenza accordata dal «sistema» al criterio della colpa anche L. CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, p. 42 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. in generale su questo tema tanto di ampio respiro quanto di vasta risonanza P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 22 ss.; F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1980, p. 53 ss.; D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 502 ss. e ancora P. MAROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio delle prestazioni non onerose*, Milano, 1998, p. 21 ss.; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 185 ss. e da ultimo, con suggestivo riferimento al campo dell'etica e della superetica, A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 1999, p. 35 ss. Per un'analisi del fenomeno solidaristico e delle ragioni di una sua crescente e non più trascurabile influenza sul complesso dei rapporti sociali, si veda F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, p. 3 ss., mentre, per un approfondito esame delle problematiche sollevate in materia di responsabilità civile dall'applicazione dei principi di solidarietà costituzionalmente intesi, si veda A. DONATI, *Diritto soggettivo e solidarietà nel codice civile*, in *Vita not.*, 2000, n. 2, p. 12 ss.

si mostrano, a volte in attrito polemico con le stesse regole di mercato, sempre meno disposte a tollerare ipotesi in cui il danno non venga di fatto o di diritto risarcito ⁽³⁸⁾.

A questo discorso si addice, dunque, una certa tensione esclusivamente «riparatoria» dell'istituto aquiliano nel suo complesso e nella sua articolazione, istituto che, nonostante il non trascurabile condizionamento che pare tuttora derivargli dal carattere tradizionalmente «bilanciato» della tutela cui si vuol immaginare deputato a dar vita, autorizza, per un verso, delle ampie e provvidenziali generalizzazioni, e, per un altro, delle favorevoli e lungimiranti specificazioni, tutte quante destinate ad incontrare un vieppiù vasto consenso sociale. Del resto, un ambiente capitalistico maturo, al di là dei pur accettabili correttivi cui è possibile che rimanga sottoposto, non può che reagire favorevolmente di fronte alle necessità avanzate da quelle istanze giustificatamente estensive degli strumenti per la riparazione dei danni ⁽³⁹⁾ basati sul sistema della responsabilità, e non può, in questo sforzo di ricerca fattiva di un punto finale di incidenza positiva del danno, conferire rilievo limitante o, peggio ancora, esimente alla posizione esteriore o alle qualità intrinseche del soggetto che del danno è chiamato a rispondere ⁽⁴⁰⁾.

3. — In una prospettiva forse più materialistica e di sicuro meno classica, anche l'analisi economica del diritto inserisce nel tessuto della disciplina aquiliana dei parametri interpretativi estremamente interessanti,

⁽³⁸⁾ Si tende, insomma, a rendere i criteri della responsabilità, non solo nel merito concettuale, ma anche nel metodo operativo, come strumenti sociali dalla funzione redistributiva e, per quanto di ragione, anche perequativa, considerando il momento della selezione delle tecniche risarcitorie, con riguardo alle categorie degli interessi proteggibili, quale passaggio estremamente rilevante nel contesto delle regole di convivenza: cfr. su questa linea C. SALVI, *op. cit.*, p. 283 ss.

⁽³⁹⁾ In effetti, l'irruzione nel tessuto sociale di sempre più dense e martellanti spinte da parte del mercato finisce per ingenerare nel lungo periodo la propensione a considerare qualunque valore di indole personale e parapersonale passibile di considerazione economica.

⁽⁴⁰⁾ Una tattica di azione, che attui in concreto soluzioni animate da regole come quelle sopra adombrate, non può, in sostanza, che aprire la porta a situazioni di tensione ascrivibili allo stato di insoddisfazione, nel quale viene necessariamente a trovarsi la vittima del danno effettivamente non risarcito o virtualmente non risarcibile. Il problema è di lunga mano affrontato da F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 41 ss.

nel senso di assegnare nuove «dimensioni» al concetto della risarcibilità collegato a quello della responsabilità ⁽⁴¹⁾. In effetti, un'attenta considerazione dei risultati conseguibili attraverso un particolare coordinamento della disciplina legale in materia, propiziato in maniera incisiva da valutazioni di indole economica, sembra dare spazio a soluzioni in grado di colmare ogni frattura intercorrente fra i riferimenti normativi e gli aspetti della realtà sociale. Normalmente, e questo pare un dato di consolidata acquisizione, lo studio sistematico delle categorie delle responsabilità civili viene effettuato avendo in prevalenza presenti valutazioni di stampo etico, politico e ideologico, ma raramente economico ⁽⁴²⁾; eppure, se si prende come punto di partenza l'analisi in qualche modo comparata dei risvolti giuridici e dei risvolti patrimoniali degli istituti aquiliani, si coglie l'opportunità di una rinnovata scelta di metodo, in ordine ad una ricerca che si affida alla valorizzazione del significato non solo sociale e giuridico dei congegni risarcitori ⁽⁴³⁾.

Lungo questa linea, la questione basilare che si prospetta non è, come potrebbe a prima vista sembrare, quella di superare il sistema tradizionale chiuso negli schemi descritti dai criteri soggettivi di colpevolezza, e neppure quella di ambire per forza ad un'amplificazione quanto più estesa dei «territori» del danno risarcibile, ma è piuttosto quella di elaborare in astratto adeguati canoni di ripartizione delle «perdite da danno», a-

⁽⁴¹⁾ Un fenomeno del genere è tipico e augurabilmente non esclusivo dei sistemi di *common law*, in cui il modello della *strict liability*, intesa in via generale come massimo sforzo di diligenza, viene non solo utilizzato in quanto conforme al massimo livello di efficienza allocativa dei danni, ma anche considerato come motore dell'evoluzione stessa dei principi regolatori di quegli ordinamenti: cfr. in tal senso G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 311 ss. e P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 40 ss.

⁽⁴²⁾ L'interpretazione economica del diritto è fenomeno di normale diffusione applicativa nell'esperienza nordamericana, ma anche i sistemi giuridici europei si vanno da tempo arricchendo di questo apporto: cfr., per quanto di ragione, la nota n. 26, con la bibliografia in proposito riportata.

⁽⁴³⁾ Si è affermato da più parti come il sistema tradizionale, fondato esclusivamente sulla colpa, sia più costoso per la collettività rispetto a quello basato sulla responsabilità oggettiva, la quale, operando un'imputazione automatica di responsabilità, evita caratteristiche e vocalionalmente problemi procedurali di accertamento, diminuendo in maniera vistosa il «passivo sociale» sopportato in proposito dalla collettività: cfr. autorevolmente M. ANCEL, *La responsabilité sans faute*, in *Travaux de l'Association Henry Capitant*, II, Parigi, 1946, p. 65 ss. Per puntualizzazioni tecniche ulteriori in argomento si veda anche P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 41.

vendo in conto, da un lato, la massima utilità economica rispetto ai singoli soggetti coinvolti, e, dall'altro, la minor dannosità sociale rispetto al complesso dei consociati: tutto questo nella prospettiva di far sì che le conseguenze negative del danno rimangano il meno possibile inevase, se non nella loro quantificazione materiale, almeno nella loro identificazione di principio ⁽⁴⁴⁾.

È chiaro che, seguendo questa metodica attuativa, il giudizio di responsabilità, almeno quello configurato alla luce dell'esperienza tradizionale, risulta sensibilmente influenzato, soprattutto perché la tendenza auspicata è quella di evitare che non avvenga il trasferimento del rischio dal danneggiato al danneggiante in tutte quelle occasioni nelle quali, consapevolmente o inconsapevolmente, trovi applicazione quel complesso di regole che porta a riconoscere, finanche su un piano di principio, la responsabilità di un soggetto in una prospettiva in grado di documentare come i costi ascrivibili al danneggiante per scongiurare il danno sarebbero stati inferiori al valore economico della perdita che venisse nella specie subita dal danneggiato ⁽⁴⁵⁾. In definitiva, giova ribadire come il criterio generale della risarcibilità dei danni patrimonialmente atteggiati si riporti comunque alla tradizionale concezione che vede il diritto privato quale meccanismo pensato per la tutela di interessi prettamente economici ⁽⁴⁶⁾ o resi tali, e che questi ultimi costituiscono in linea di massima la materia

⁽⁴⁴⁾ Torna ovvio come quella giurisprudenza, che punta all'utilizzazione della regola generale dettata dall'art 2043 c.c. in un ambito come quello dei danni da selvaggina, apra senza meno il capitolo delle lesioni «risarcibili» in astratto e «non risarcibili» in concreto, rendendo praticabile, come anche per i più distratti è possibile intuire, solo un'area di alquanto complessa e difficoltosa azionabilità, ridotta, in assoluta assenza di alternative, ad unico appiglio per gli interessi pregiudicati all'interno del quadro di riferimento.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. in generale P.G. MONATTERI, *op. cit.*, p. 45 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si veda per spunti generali in argomento P. BARCELLONA, *Diritto privato ecc.*, cit., p. 43 ss., tenendo presente comunque che, anche allorché si parli di opportunità risarcitoria, rivolta a situazioni definite non patrimoniali, si compie indiscutibilmente un'operazione indiretta di monetizzazione, che assoggetta per forza di cose fenomeni, incisivi della sfera giuridica di un soggetto e apparentemente sforniti dei risvolti tipici delle categorie ordinarie della lesione, a risultati che all'atto pratico non possono che assumere in maniera espressa una fisionomia computisticamente economica. In merito al tema della patrimonialità del danno e della necessità ricostruttiva della sua conformazione strutturale e funzionale nell'ambito della ricerca di una legittimazione giustificativa, che non esclude di certo l'aspetto concretamente pecuniario del riverbero applicativo, va per tutti segnalato C. SALVI, *op. cit.*, p. 93 ss.

giuridicamente rilevante, per cui il loro ristoro in favore del soggetto leso non richiede o non dovrebbe richiedere un controllo normativo, all'infuori di quello volto a fare in modo che, attesa comunque la legittimata giustificazione di una pretesa risarcitoria, non diventi momento di abuso a carico del soggetto autore della lesione ⁽⁴⁷⁾.

Pur di dietro all'impiego di formule generiche o confuse, o, se si vuole, sovente male amministrate per difetto lampante di domestichezza, l'interpretazione economica si presta, anche in quegli ordinamenti in cui l'elasticità dei principi non è una prerogativa di agevole reperimento ⁽⁴⁸⁾, a svolgere, tramite le applicazioni giudiziali, una funzione non secondaria, consentendo di adattare più facilmente e più rapidamente il diritto alle esigenze reali. A ben guardare, è proprio l'impulso offerto dalla sensibilità giuseconomica ad aver promosso in larga misura l'applicazione di operazioni dai riverberi sostanzialmente solidaristici, in tutti quei casi in cui, attivando la metodologia economica come una categoria di interpretazione introduttiva di principi, si è cercato di ottenere nei sistemi risarcitori risultati di bilanciamento che, al di là del teorema equitativo in via astratta implicato, favorissero comunque l'adeguata ricostituzione del quadro patrimoniale facente capo all'interesse leso ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. in generale, circa la vigenza a largo spettro di un principio di corrispondenza tendenziale fra la perdita subita e l'ammontare risarcitorio, G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 37 ss.; C. SALVI, *op. cit.*, p. 43 ss.; A. PINORI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, Genova, 1988, p. 6 ss. e P. SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 346 ss. Pare scontato il fatto che, a monte del principio quantitativo della riparazione integrale, il presidio degli interessi lesi sia in via corrispettiva costituito dalla tendenza, attendibilmente estensiva e generalizzata, all'accoglimento qualitativo degli stessi in una temperie quanto più favorevole di tutela. Invero, soltanto una situazione combinata e sinergica come quella descritta rende pienamente operativo il principio accennato dell'integralità riparatoria, la quale resterebbe altrimenti circoscritta ad ipotesi selettivamente già ammesse alla soglia della risarcibilità non solo formale, ma anche sostanziale, confinando nel noe sostanziale, confinando nel noie ipotesi altrettanto degne di analogo trattamento.

⁽⁴⁸⁾ Un breve ma incisivo quadro della diversa impostazione e duttilità del sistema dei *torts* nel diritto anglosassone è tracciato da P.G. MONATTERI, *op. cit.*, p. 59 ss. Interessanti sono anche le indicazioni prospettate, con riguardo alle formulazioni tendenziali espresse dal *common law*, da parte di G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 165 ss.

⁽⁴⁹⁾ Per considerazioni profilate in tal senso, anche se più orientate a dar risalto all'aspetto più suggestivamente solidaristico che non a quello più prosaicamente giuse-

In ambiti del genere, sollecitati nella conformazione dalla presenza di elementi valutativi a sfondo economico, l'alternativa al criterio della colpa diviene quello della responsabilità oggettiva, letta come quell'ipotesi dove il danneggiante viene ritenuto responsabile dei danni che produce, prescindendo totalmente dai livelli di impegno profusi nella prevenzione, rivelatasi all'esito purtroppo vana, dei danni medesimi⁽⁵⁰⁾. Tutto questo è naturalmente servito a plasmare in chiave non indifferente l'ossatura tendenziale dell'istituto aquiliano, che si viene così trasformando, e non soltanto lungo questa direttrice, da veicolo di sanzione eventuale⁽⁵¹⁾ a strumento votato alla riparazione del danno ingiusto, ed ha determinato nel tempo, anche per mezzo della prassi interpretativa cui si è testé accennato, la progressiva perdita di centralità in capo alle valutazioni dei contenuti illeciti della condotta del danneggiante, in palese favore di un'intensa rivalutazione della posizione del soggetto danneggiato⁽⁵²⁾, scritturato così per un ruolo inequivocabilmente pesante e cruciale. Il risvolto completo di tale erosione si può con toni maggiormente avvertibili notare in relazione a quelle fattispecie di responsabilità civile che si affermano in modo del tutto svincolato dall'indagine sulla colpevolezza dell'agente: tramite dette fattispecie si costruiscono, non per niente, figu-

economico, si vedano S. RODOTÀ, *Il problema ecc.*, cit., p. 89 ss.; G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, p. 15 ss.; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 73 ss. e C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979, p. 123 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. in generale M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 12 ss e M. COMPARTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 175 ss.

⁽⁵¹⁾ Si rinvengono approfondimenti in proposito in P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 62 ss.

⁽⁵²⁾ Il senso di certi mutamenti di impostazione nella lettura del fenomeno dell'illecito civile e della valutazione attuativa delle sue conseguenze si coglie con pienezza in G.B. FERRI, *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 348 ss., il quale si associa all'idea che l'opportunità della tendenza sostanziale verso il concreto ristoro del danno risponde ad un'esigenza universalmente avvertita di moralità ed equità, in forza della quale si rende indispensabile procedere a colmare in modo quanto più consoni possibile i «vuoti» non indifferenti, che vengono lasciati, ad onta della deferenza accordata ai tanto decantati in pratica, e mai in teoria smentiti principi di solidarietà sociale, dalla rigorosa e a volte rigoristica applicazione del canone delle colpa; quest'ultimo difatti rischia e al tempo stesso consente, in nome di un malinteso disegno individualistico del sistema del rilevamento dell'illecito, o di escludere dalla riparazione non pochi casi pregiudizievoli, o di rendere eccessivamente difficoltoso ed improbabile l'accesso ad un potenziale concreto riconoscimento.

re di responsabilità oggettiva che, a petto di situazioni per cui una «pronta» cernita di chi vada sottoposto ad imputazione diviene altamente determinante ai fini della distribuzione dei costi legati alle attività sociali riconducibili a contesti, all'interno dei quali entri ineludibilmente in rilievo una ragionevole esigenza attributiva di carichi di responsabilità su coloro che dalle attività stesse traggano o possano sensatamente trarre vantaggi di indole non necessariamente e non esclusivamente patrimoniale⁽⁵³⁾, additano in piena chiarezza l'intento socio-normativo di privilegiare il danneggiato sul danneggiante⁽⁵⁴⁾, ritenendosi solitamente equo addossare i rischi del danno sul soggetto leso solo oltre il limite del caso fortuito, del quale, tra l'altro, si richiede in sede liberatoria una prova rigorosissima e di non agevole configurazione⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Quello di una responsabilità adeguata a situazioni non corrispondenti ai canoni classici è un tema che, seppure in qualche misura «storicamente» condizionato dall'immagine immanente del rischio come criterio eccezionale e della colpa come criterio prevalente di imputazione, è stato ampiamente sondato dalla dottrina in tutti i suoi aspetti: si vedano per tutti G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 207 ss.; P. FORCHIELLA, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 89 ss.; M. BUSSANI e A. VENCHIARUCCI, *Colpa oggettiva e colpa soggettiva*, in *Responsabilità civile: saggi critici e rassegna di giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Milano, 1988, p. 27 ss.; G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 160 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 120 ss.; E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, Milano, 1971, p. 238 ss.; G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 248 ss.; F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, p. 72 ss.

⁽⁵⁴⁾ Tutto ciò riecheggia in modo direttamente e immediatamente conseguenziale quanto in una nitida prospettiva anticipatoria è a chiare note sostenuto da G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 344 ss., secondo un approccio metodologico che tende ad esaltare la segnalata prospettiva di «preferenza» quasi come una categoria concettuale, cui ispirarsi nella revisione del sistema della responsabilità civile verso modelli ideali più evoluti ed attenti all'elemento sociologico piuttosto che a quello dogmatico; del resto, è pur vero che l'odierna realtà socio-economica propone situazioni di danno che non è ragionevolmente possibile affrontare con le armi di cui in tempi passati ci si era serviti con l'idea che fossero mezzi muniti della non più accreditabile dote della immutabilità funzionale e della diuturna adattabilità.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. orientativamente in tal senso, nella direttrice, ormai decisamente consolidata, relativa al rigore probatorio categoricamente richiesto per la sussistenza liberatoria di un'ipotesi di caso fortuito, Cass. n. 2462/59, Cass. n. 2333/66; Cass. n. 2615/70; Cass. n. 3047/72; Cass. n. 3674/75; Cass. n. 4160/81; Cass. n. 75/83; Cass. n. 1897/83; Cass. n. 522/87; Cass. n. 8308/87; Cass. n. 2458/88. Anche la dottrina sembra allineata, cfr. per questo G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 216 ss.; P. TRIMARCHI, *Il caso fortuito quale limite della responsabilità per il*

L'accreditamento di principi di responsabilità alternativi a quelli tradizionali della colpevolezza ammette che si possano individuare criteri di imputazione che, ad onta di un'asserita rigida e dettagliata disciplina «a-prioristica», aprono varchi inediti e creano spazi idonei all'inserimento di procedimenti risarcitori mirati e ogni volta all'altezza di soddisfare istanze sociali che nel tempo si siano venute affermando o che per avventura siano tuttora rintracciabili nella loro fase di emersione ⁽⁵⁶⁾. Questi spazi, nell'esperienza moderna, si vanno riempiendo sempre di più di contenuto concreto, offrendo il calco di una schema che, improntato a canoni retrostanti di calcolo economico ⁽⁵⁷⁾, rispecchia assai adeguatamente il livello dei rapporti e degli equilibri patrimoniali propri di una società da chiamare, per convenzione, industriale, in cui la monetizzazione di qualsivoglia situazione di interesse diventa vieppiù la cifra di lettura di ogni fenomeno lesivo. Ciò fa in modo che i criteri alternativi dell'imputazione risarcitoria trovino nell'istituto aquiliano terreno vasto e fecondo per una loro applicazione preponderante, di fatto giustificata, da un canto, dall'agevole funzionamento delle soluzioni proposte ed ottenibili, e, dall'altro, dal raggiungimento di consoni bilanciamenti economici all'interno di un più maturo sistema di convivenza civile ⁽⁵⁸⁾.

danno da cose, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 808 ss.; E. PEREGO, *Incendio di bosco e responsabilità obbiettiva*, in *Foro pad.*, 1965, I, c. 1345 ss.; L. DEVOTO, *La concezione analitica dell'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 499 ss.; V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio*, Milano, 1974, p. 644 ss. e P.G. MONATERI, *La «custodia» di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 758 ss.

⁽⁵⁶⁾ Dovrebbe tutto questo permettere di evitare che nella tutela giuridica venga offerto soltanto dello sterile garantismo e non un piano di effettività. Si può, invero, affermare che manca il rimedio tutele volte in cui fa difetto una precisa forma di protezione per l'interesse che viene preso in considerazione: non è una novità, d'altra parte, che, anche nel nostro sistema di tutela civile dei diritti, la protezione della situazione soggettiva sia a volte legata all'endiadi che connette la posizione del singolo, che aspira ad essere protetto, all'individuazione di uno strumento processuale non solo appropriato nella sua rinvenibilità tendenzialmente scontata nell'ambito della formula di chiusura, ma anche efficiente e produttivo di risultati positivi: cfr. sul punto specificamente A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 17 ss., per il quale il problema si pone anche in termini comparatistici, secondo una visuale che sovente evidenzia in materia i limiti operazionali di un sistema come quello di *civil law*.

⁽⁵⁷⁾ Si vedano per tutti G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 115 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in generale P. BARCELLONA, *Diritto privato ecc.*, cit., p. 307 ss.; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 185 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema ecc.*, cit., p. 29 ss. e G. CIAN, *op. cit.*, p. 133 ss.

L'introduzione caratterizzante di figure di addossamento oggettivo della responsabilità per danni e la loro diffusiva applicazione esaltano, nella quantità in cui richiamano una più vigilata e penetrante ricerca di risultati secondo una confacente allocazione dei carichi del rischio, la funzione di chiusura dell'illecito civile rispetto alle aree operative del contratto e della proprietà, sul versante della regolamentazione globale delle relazioni patrimoniali interprivate ⁽⁵⁹⁾. Tuttavia, affinché questa funzione si espliciti in tutta la sua pienezza ed efficienza, è necessario che le regole della responsabilità civile si pongano veramente come una struttura completativa di regolamentazione nel circuito del diritto privato senza lasciare, appunto in vista di tale delicata finalità, sguarnita nei fatti e nei diritti alcuna zona «risarcibile» e senza permettere che rimangano inevase o insoddisfatte ipotesi meritevoli di tutela ⁽⁶⁰⁾: in tutto questo le inclinazioni estensive verso le forme codificate di responsabilità oggettiva ⁽⁶¹⁾ sembrano nella prassi attuativa palesemente offrire le maggiori garanzie di successo per questa nevralgica funzione.

4. — Risulta indubbio che, pur nel quadro di riferimento assai peculiare che ci occupa, il tema della proprietà pubblica non può ritenersi «superato», quasi che non fosse più in asse con un certo sistema economico-sociale, che si asserisce come attualmente vigente; ma esso è, invece, da considerarsi un fenomeno che è tuttora bene in vista nell'esperienza positiva ed al quale vanno, se mai, modernamente attribuiti, laddove se ne colgano, con ragionata pienezza, i motivi e gli spazi tecnici, dei connotati sicuramente rinnovati e comunque aggiornati alle nuove situazioni giuridiche che l'ordi-

⁽⁵⁹⁾ Vedi sul punto P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 22 e ancora S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 28: in quest'ottica, la responsabilità civile assume una funzione organizzativa, attraverso la quale vengono coordinate, in un equilibrio quanto più soddisfacente, le «azioni sociali» suggerite dal sistema economico.

⁽⁶⁰⁾ Si noti, sebbene sia, nello specifico della trattazione, palesemente rivolta in altra direzione, questa tensione di ricerca estensiva in C. SALVI, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁽⁶¹⁾ Vedi ancora A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 18. Da questo piano di osservazione, volto alla ricerca di orizzonti estensivi dei meccanismi risarcitori, la responsabilità oggettiva, letta nel suo genuino contesto strutturale e funzionale, può essere vista come modulo non tanto e solo di origine, ma anche di propagazione dell'idea stessa di danno risarcibile; giova sul punto ricordare quanto autorevolmente esposto da G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 347 ss.

namento è al presente in grado di proporre sul punto ⁽⁶²⁾. In effetti, per il carattere di soffusa indeterminatezza, che ha sempre circondato il concetto «pubblico» di proprietà, si può dire genericamente che esso si presta ad indicare quel complesso di condizioni, ora avvertibilmente tematiche, ora più spiccatamente problematiche, che suol farsi ruotare intorno ai rapporti dominicali, o in ogni caso reali, che i pubblici poteri intrattengono con beni mobili e immobili, o ancora, se si vuole essere più puntuali, pur rimanendo nella generalità, con l'ambiente e con il territorio ⁽⁶³⁾.

È di palmare visibilità come in questo genere di rapporti sia di non sempre facile approccio una distinzione netta fra «zone» a disciplina meramente dominicale e «zone» a disciplina segnatamente amministrativa ⁽⁶⁴⁾, non essendo agevole il più delle volte discernere con assoluta certezza la linea di demarcazione che separa, nella collocazione dell'ente pubblico, l'esercizio di una titolarità di dominio dall'esercizio di poteri amministrativi in senso stretto ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ Per argomentazioni di ordine generale in materia si vedano per tutti S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1984, p. 164 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 371 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici: Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 39 ss. e G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1983, p. 68 ss.

⁽⁶³⁾ Per segnali realisticamente anticipatori a riguardo cfr. M.S. GIANNINI, *Sull'esistenza degli usi civici di caccia*, in *Riv. dir. sport.*, 1950, p. 101 e, in via risalente, O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giur. it.*, 1897, IV, p. 325 ss. e G. ZANOBINI, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, 1923, p. 165 ss.

⁽⁶⁴⁾ Restando in ogni caso inteso che l'appartenenza pubblica comunque costruita e comunque riferita, non può, anche ai fini non di certo trascurabili di un'adeguata configurazione di responsabilità correlata, essere considerata come una signoria indiscriminata rispetto alla quale ricavare in chiave più o meno mediata zone o stagioni di sostanziale immunità.

⁽⁶⁵⁾ Dietro statuti proprietari tendenzialmente differenziati fra la proprietà pubblica e la proprietà privata, è riscontrabile, ad un certo livello e con forte grado di realistica approssimazione, un regime unitario e parificante di diritto comune, inevitabilmente contornato, in via dichiaratamente caratterizzante, da regole derogatorie, le quali però, seppure volta a volta altamente incisive, possono essere in grado di influire in modo pregnante ed assorbente sugli effetti esterni dell'utilizzazione dei beni. Dello zoccolo duro, che unifica la natura di fondo delle due «specie» di proprietà, fa e non può non fare certamente e permanentemente parte a pieno titolo il principio del coinvolgimento della posizione proprietaria nelle responsabilità patrimoniali riconnesse anche oggettivamente all'appartenenza.

Ed è vero, inoltre, come nella materia all'esame convivano inseparabilmente in capo all'ente le due anime di ogni soggetto pubblico, che lo vedono alternativamente quale operatore di attività giuridica ordinaria e quale gestore di pubblico potere, ma è anche vero, per altro verso, che non è impossibile marcare una distinzione di massima, individuando, da un lato, un regime secondo cui i beni pubblici vengano gestiti in autonomia alla stregua di un rapporto civilisticamente delineato e, dall'altro, un regime differenziato ispirato ad ambiti operazionali sostanzialmente inautonomi ⁽⁶⁶⁾: in quest'ultimo regime, appunto, le scelte concernenti l'attività di godimento e di disposizione non vengono ad evidenza effettuate in omaggio agli interessi del titolare, bensì in ottemperanza al perseguimento di finalità superiori o comunque proiettate oltre l'interesse contingente storicamente ascrivibile alla titolarità ⁽⁶⁷⁾. Questo modo di procedere, delimitando aree che ad ogni buon conto paiono caricate di tutte quelle caratteristiche che servano ad integrare un'ipotesi proprietaria di diritto civile anche in capo agli organi pubblici, non pare discostarsi vistosamente dagli schemi predisposti in via generale e non esclusiva dall'ordinamento ⁽⁶⁸⁾, e torna per di più utile all'interprete nella misura in cui fornisce parametri di giudizio certi e di lucida applicabilità.

D'altronde, l'imputazione soggettiva del titolo di appartenenza dei beni, mobili o immobili che siano, non sembra possa fungere da momento discriminatorio per un'applicazione meccanica ai beni stessi della disciplina, per così dire, amministrativa o, al limite, di una disciplina per forza speciale e differenziante, laddove è, di ritorno, la natura del bene, e con essa la condizione oggettiva che gli è propria, a garantire la sua più proficua e consona gestibilità e, per converso, a suggerire, se non ad imporre, i termini relazionali della disponibilità tecnica e dell'utilizzazione

⁽⁶⁶⁾ Cfr. in generale S. CASSESE, *op cit.*, p. 10 ss.

⁽⁶⁷⁾ Questa specifica realtà è di normale e consolidata affermazione: cfr. ancora in proposito M.S. GIANNINI, *I beni pubblici ecc.*, cit., p. 74 ss; e S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, p. 77 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. per indicazioni sul punto, anche se con riferimento a settori specifici delle appartenenze e dell'attività economica degli enti pubblici, U. POTOSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 42 ss. e V. CERULLI IRELLI, «Proprietà pubblica» e «opere pubbliche» nella normazione urbanistica, in *Profili giuridici e prospettive della nuova normativa sull'edificabilità dei suoli*, Milano, 1978, p. 143 ss.

pratica che lo riguardano ⁽⁶⁹⁾.

Non esiste, infatti, nella cornice dei regimi proprietari amministrativi, una categoria particolare di beni che sia riconducibile alla nozione di proprietà pubblica che la Costituzione repubblicana disegna, ma esistono piuttosto e più realisticamente beni che, pur mantenendo inalterate tutte le loro connotazioni fisiche ed economiche anche in quelli che possono definirsi i riflessi di indole giuridica, vengono, in assonanza con le forme di utilità pubblica che sono passibili di esprimere sotto una visuale necessariamente calettata da suggestioni politiche e pressioni ideologiche, a tale regime sottoposti ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. ancora V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 75 ss.

⁽⁷⁰⁾ Per ciò che riguarda più da vicino la selvaggina e la delimitazione della sua giuridica rilevanza, tutto questo si è con buona ragione verificato da quando questa non è più «cosa di nessuno», ma attribuita per legge al patrimonio dello Stato, in omaggio ad un interesse che tende a distinguersi da quello degli altri soggetti proprietari di animali, nel senso che soltanto nella prima situazione è dato rinvenire, secondo una certa visuale, una scissione tra la titolarità del diritto proprietario sul bene ed il godimento dello stesso. Tale stato di cose, per come è ai fini tecnici immaginato, non ha però, né pare possa obiettivamente avere, una funzione discriminante così dirimente, se è vero che il contenuto del godimento può agevolmente andare correlato alla qualità del vincolo di destinazione, che caratterizza la fauna selvatica sotto il profilo del bene indisponibile: quest'ultimo profilo, a ben vedere, consiste e si risolve nella conservazione della stessa, non solo in termini di salvaguardia di una realtà di forte prominenza sociale, ma anche in sede di custodia di un valore decisamente patrimonializzato e latamente produttivo in senso economico. La fauna selvatica risulta, invero, tutelata nel quadro della normazione concernente, ed il nesso funzionale, che la connette all'interesse della comunità nazionale, risiede quanto meno nella salvaguardia degli equilibri ecologici e dei parametri ambientali, con la conseguenza non peregrina che a tale «compito» protettivo sono agilmente e razionalmente ricollegabili i ritorni di esiti dannosi prodotti dal contesto complessivo, visto e considerato che l'assai invocato paradigma dell'indisponibilità del bene non può per alcun verso sensatamente modificare in modo stravolgente la posizione soggettiva del titolare legittimo di quell'appartenenza, a petto di certe situazioni di responsabilità eziologicamente e strutturalmente impeccabili, posizione che, rivolta a beni che al presente non sono più di nessuno, non può in modo né immediato né mediato apparire o essere fatta apparire come un dominio incondizionabile e incontrastabile. Sul merito della non immaginosa configurabilità di un'utilizzazione «economica» legata in qualche possibile misura a parametri patrimoniali o a figure ad essi indirettamente assimilabili, si veda quanto esposto da R. PRELATI, *op. cit.*, p. 416 ss., con richiami di giurisprudenza e dottrina. Merita far presente in proposito l'impostazione estensiva che, ai fini dell'individuazione di legami eziologici riconducibili al momento individuativo della responsabilità oggettiva riconnessa all'utilizzazione di animali, sembra delineare, col supporto di rimandi giurisprudenziali, P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 72 ss., nel momento in cui, asse-

L'indagine sulle forme dei vari regimi dominicali pubblici deve solo tener conto, almeno in emblematica prevalenza, della manifestazione secondo cui si atteggiavano i rapporti intercorrenti tra le cose del mondo materiale e gli enti rappresentativi di collettività più o meno estese, e non può, soprattutto sul riverbero di intenti occasionalmente differenzianti, tenere in alcuna considerazione la qualità intrinseca di quelle cose che, per avventura piegate ad una variegata e complessa disciplina di tipo relazionale, siano state rese beni giuridici, visti e trattati sotto l'ottica del pubblico interesse ⁽⁷¹⁾; di talché, nella quasi totalità dei casi, per non dire in tutti, la presenza di questo interesse qualificato attendibilmente non può interferire in nessuna maniera sul quadro giuridico complessivo che denota e conforma, su un livello tecnico di assoluta indifferenza rispetto alle prerogative eventuali del soggetto titolare, l'attribuzione in appartenenza ⁽⁷²⁾.

A corollario diretto di questa «attribuzione» proprietaria qualificata, si avranno rimandi di piena consistenza vuoi sul piano sostanziale, per la cura degli interessi generali coinvolti mediante i meccanismi amministrativi, vuoi su quello formale, con l'applicazione tipica degli strumenti positivi appannaggio dell'ente preposto; non si dovrebbero avere, però, a meno di eccezioni peculiari sorrette da motivazioni affatto specifiche e validamente giustificate anche in punto di adeguata normazione, ripercussioni modificative sul crinale dei rapporti che l'appartenenza del bene ingenera in via del tutto normale e naturale nell'esperienza quotidiana verso l'esterno, nell'incontro ineliminabile con la posizione di realtà terze.

rendo che la responsabilità continuerebbe a sussistere pure con riguardo ad animali non custoditi, parla di un loro utilizzo in senso ampio, misurato secondo la loro natura riferibile alle caratteristiche, che sul piano economico-sociale, rilevano dal punto di vista esteriore e, se si vuole, anche ambientale.

⁽⁷¹⁾ Cfr. sul proposito di tale condizione S. CASSARINO, *op. cit.*, p. 31 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici ecc.*, cit., p. 75 ss. e U. POTOSCHNIG, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁽⁷²⁾ È notorio, infatti, che requisito comune e caratterizzante dei beni patrimoniali indisponibili è la loro destinazione ad un pubblico servizio: il regime giuridico del bene rimane, tuttavia, indefettibilmente quello proprio del diritto privato, solo che sul bene, in senso però del tutto anodino rispetto alla disciplina fondamentale di contorno, grava per legge un particolare vincolo di diritto pubblico, che non è passibile di rimozione se non a seguito di appositi procedimenti amministrativi di dismissione, su cui si veda per tutti V. FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957, p. 39 ss. Cambia, dunque, in qualche misura il regime di appartenenza, ma non certo la regola di «responsabilità», vista in senso lato, sul versante del contatto esterno con i terzi.

Nella contrapposizione costituzionale tra proprietà pubblica e proprietà privata non sembra in verità intravedersi l'accenno a due ordini differenziati di regolamentazione dominicale ⁽⁷³⁾, atteso che nella disciplina dell'appartenenza dei beni in mano pubblica non è dato rinvenire altro di significativamente diversificante se non il riferimento al criterio di utilizzazione funzionale, da cui semplicemente si ricava il profilo anodino estraibile dal vincolo di destinazione ⁽⁷⁴⁾; e quest'ultima non propone né potrebbe proporre niente di positivamente qualificante per suggerire un regime proprietario diverso da quello tracciato, nei risvolti interni ed esterni, dal diritto comune.

Non è questo evidentemente il luogo per soffermarsi sui ben ricchi dettagli di contenuto riguardanti il complesso degli istituti implicati ⁽⁷⁵⁾, basterà soltanto far rimarcare che l'esigenza nodale della configurazione stabile e uniforme di una proprietà comunque distribuita è precipuamente quello di scorgere e delimitare all'interno dell'ordinamento l'esistenza di un nucleo di disciplina fondante, suscettibile di essere costruttivamente evocato in tutte le situazioni in cui siano chiaramente rinvenibili relazioni tra soggetti e beni da qualificarsi sotto la specie latamente intesa del dominio: siccome tale indispensabile nucleo di base pare, al di là dei regimi in concreto praticabili, sussistere nell'individuazione di certi lineamenti tradizionali in ogni ipotesi ricorrenti, è allora possibile rappresentarsi un modello generale di disciplina positiva che, imponendo e mantenendo, di riflesso, qualunque effetto collaterale normalmente riconducibile sul pia-

⁽⁷³⁾ Si vedano per questo S. CASSESE, *op. cit.*, p. 39 ss.; G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1983, p. 68 ss. e anche M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 451 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sul punto V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., p. 13, il quale sottolinea come solo aspetti specifici, legati alla vicenda della destinazione ed alla costante funzionale dell'utilizzazione, segnano dei tratti diversificanti in termini di incommerciabilità dei beni, non essendovi altri apparenti profili nella configurazione dell'appartenenza pubblica in grado di qualificare in senso differenziale la fattispecie in discorso da quella di diritto comune, relativa alla prerogative formali e sostanziali della proprietà privata.

⁽⁷⁵⁾ Temi problematici, sul proposito dei contorni proprietari toccati dal concetto di funzione sociale, sono affrontati, pur senza il coinvolgimento della responsabilità civile, da S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 1 ss. e da C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, p. 165 ss.

no giuridico alla sfera proprietaria ⁽⁷⁶⁾, funga per ogni circostanza da punto fisso di riferimento, in difetto di un'esplicita previsione normativa ⁽⁷⁷⁾ che prospetti in materia apposite e puntuali deroghe.

In definitiva, in tema di proprietà pubblica, per di più quando doverosamente calata in un contesto moderno che vede l'affermazione crescente e innegabile del mercato capitalistico quale sede esclusiva dei rapporti economici e sociali ⁽⁷⁸⁾, non si mostra azzardato sostenere che l'imputazione soggettiva ⁽⁷⁹⁾ dell'appartenenza di beni ordinari, pur comportando l'assegnazione di uno statuto diverso al tessuto della regolamentazione proprietaria con riguardo alle finalità da perseguire volta a volta adattate al contorno dei vari casi, non è all'altezza, poiché non più sospinta da automatismi pressoché naturali di trascinamento, che saprebbe-

⁽⁷⁶⁾ Si veda sul punto autorevolmente D. BARBERO, *Proprietà e usufrutto*, in *Giur. it.*, 1938, IV, p. 225 ss., che elabora gli elementi minimi per delineare una configurazione fondamentale ed onnicomprensiva delle situazioni di appartenenza.

⁽⁷⁷⁾ È evidente che l'attribuzione in proprietà pubblica, pur passibile di autonoma elaborazione in colleganza col tipo di interesse coinvolto, non può stravolgere il senso della relazione dominicale canonica, alla quale non possono non andar riconnesse, in linea con la connotazione delle fattispecie di titolarità sui vari beni, le conseguenze giuridiche di ordinario corredo: cfr. indirettamente M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 547 ss.

⁽⁷⁸⁾ Per un'analisi attuale modernamente atteggiata della logica del mercato, specie del punto di vista delle implicazioni etiche e sociali che essa è in grado di suscitare e che sono quelle che maggiormente interessano la portata applicativa delle scelte di politica del diritto in qualche modo conseguenti, si veda S.C. SAGNOTTI, *Le teorie del mercato*, Torino, 2000, p. 5 ss. Sembra indubbio, per altro, come sia in atto, anche in forza della «globalizzazione» del commercio e la «planetarizzazione» delle comunicazioni, l'affermazione del mercato capitalistico a tutto tondo come sede, se non esclusiva, almeno assorbente dei rapporti economici e, per buona misura, pure sociali.

⁽⁷⁹⁾ Una tale tendenza in argomento pare ricavabile da V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., p. 38 ss., là dove ci si propone il problema di individuare fino a che punto i soggetti di pubblica amministrazione, che si trovino nella titolarità di situazione giuridiche disciplinate dal diritto comune, vadano a tutti gli effetti e con ogni conseguenza considerati alla stregua di soggetti privati. Non per niente, su questa linea, si attesta quell'indirizzo giurisprudenziale stabilizzato, che, in materia di responsabilità per danni da cose in custodia, ritiene senza problemi applicabile nei confronti della pubblica amministrazione la regola, con la conseguente presunzione di responsabilità a carico del custode, genericamente fissata dall'art. 2051 c.c., indirizzo che viene significativamente ricordato da M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 432 ss. Niente sembra razionalmente impedire, con i debiti non ostativi adattamenti, l'estensibilità del principio anche alla previsione di cui all'art. 2052 c.c., in fatto di responsabilità per danno da animali in proprietà, figura della quale si affronteranno nel prosieguo i necessari approfondimenti.

ro tanto di ultroneo e poco di razionale, di modificare la regola dei «risultati», anche relazionali, che dall'utilizzazione di quei beni, in termini di godimento e disponibilità, possano derivare.

5. — La progressione scandita dalle sequenze interpretative ed applicative ⁽⁸⁰⁾ in materia di «misura» dell'illecito è venuta indubbiamente operando nel tempo una sorta di deformazione nella categoria concettuale della colpa, inquadrata in termini tratteggiati, e ne ha scolpito una nozione che, per quanto ancora vincolata in qualche maniera ad un'analisi del comportamento soggettivo dell'agente, si tende a far derivare da un teorizzante raffronto tra la condotta tipicamente richiesta e la condotta effettivamente tenuta in concreto, accostandola, così facendo, ad un significato oggettivamente tratteggiato, sulla scorta di una valutazione eseguita in astratto ⁽⁸¹⁾. L'orientamento dell'interprete non può essere ormai quello rivolto ad un giudizio espresso in dati spiccatamente personalistici, e non può che risultare modulato su passaggi di tipo distaccato e oggettivato ⁽⁸²⁾, con ciò affidandosi alla disciplina della responsabilità civile un ruolo che va oltre le regole tradizionalmente dettate, per accollare al soggetto danneggiante soltanto quei rischi rientranti nel novero di un'assunzione consapevole ⁽⁸³⁾: in effetti, l'ambiente sociale ed il sistema delle relazioni

⁽⁸⁰⁾ Non è indifferente, in un ambito come quello in parola, lo spunto che si può assumere dalle tendenze giurisprudenziali anche di recente espresse in chiave innovativa ed estensiva in altri contesti del fenomeno della responsabilità civile, nei quali si sono avuti apporti estremamente significativi sul piano della copertura di aree di interesse in precedenza non protette e resesi proteggibili sulla base di una modifica di atteggiamento da parte dei giudicanti, a petto di prospettazioni originali scaturite dalla sopravvenuta osservazione delle mutate realtà sociali ed ideologiche. Si pensi, a titolo di eloquente esempio, al riconoscimento del danno biologico, visto come fenomeno risarcibile in funzione del pregiudizio arrecato alla vita di relazione della persona fisica: cfr., anche in ordine ai contorni di «novità» della figura richiamata, G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, 1993, p. 8 ss.

⁽⁸¹⁾ A raccogliere e segnalare in proposito le scelte tendenziali operate dalla giurisprudenza sono, tra gli altri, G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 210 ss.

⁽⁸²⁾ Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 81.

⁽⁸³⁾ Da questa non peregrina angolatura, tutte le ipotesi, in cui, nell'attribuzione della responsabilità, si prescindesse dalla valutazione della colpa, non si profilerebbero più come un novero di eccezioni, venendo, per converso, a formare una sorta di sistema parallelo a quello fondato su di un'impostazione tradizionale, che ha costantemente visto il principio della colpa inserito nella clausola generale di responsabilità.

economiche, condizionati con tratti crescenti dal moltiplicarsi delle attività produttive e dallo sviluppo della tecnica, oltre ad avere indescrivibilmente incrementato il numero e la misura dei «danni» non direttamente derivabili da fatti volontari, non può non influenzare l'atteggiamento eremeneutico verso un'inclinazione che si allarghi a dar rilevanza ad una serie sempre più vasta di eventi generatori di responsabilità, malamente relegabili negli angusti confini della previsione normativa di fondo forgiata sul «fatto doloso o colposo» ⁽⁸⁴⁾.

In quest'ottica, lo scopo di riparazione del danno viene, in buona sostanza, considerato manifestamente preminente rispetto alla ricerca del «colpevole», secondo un'omologazione tendenziale di tutti i soggetti responsabili, svincolando così l'indagine, in primo luogo, da qualsivoglia riferimento al contenuto della condotta risultante dalle circostanze nelle quali il danno si è come accadimento verificato, e, in secondo luogo, da tutti quegli elementi che, per essere direzionati in senso soggettivo, spingerebbero a portare ogni valutazione di comportamento elaborata nel giudizio di responsabilità su di un piano squisitamente individualistico ⁽⁸⁵⁾. L'aspetto predominante in tale giudizio dovrebbe, quindi, essere augurabilmente quello di una lettura del quadro normativo, che conduca alla conformazione di una responsabilità per rischio; e ciò non tanto per il mero gusto di creare figure alternative alla responsabilità per colpa, ma piuttosto per realizzare, là dove se ne individuino i presupposti di corredo e se ne intuiscono le esigenze sociali, una più idonea tutela dei soggetti lesi e per evitare, di rimando, che metodi esegetici di retroguardia ⁽⁸⁶⁾ determinino, nella fase applicativa concreta, dei limiti immanenti ad una significativa attribuzione di responsabilità.

⁽⁸⁴⁾ Il tema viene affrontato con questo taglio da P. BARCELONA, *Diritto privato ecc.*, cit., p. 291 ss., allorché si pone il problema della responsabilità civile legata al principio della colpa nelle ipotesi di tutela delle figure dei diritti assoluti di fronte all'aumentata dinamicità delle normali manifestazioni dell'attività sociale.

⁽⁸⁵⁾ La rimeditazione concernente il significato e la portata del principio della colpa ha avuto notevoli contributi: si riscontrino, a titolo emblematicamente esemplificativo, le esposizioni di D. BARBERO, *Criterio di nascita e criterio di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, p. 723 ss. e di P. TRIMARCIU, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 12 ss.

⁽⁸⁶⁾ Sulla superabilità delle barriere dogmatiche in materia e sull'opportunità di procedere con adeguati tentativi di superamento si veda S. RODOTÀ, *Il problema ecc.*, cit., p. 64 ss.

Nel contesto che si è venuto delineando, pure la custodia, come nozione individuante a valenza tecnica, non esprime più solamente un potere di governo sui beni che per destinazione assoluta ed irrefragabile si esplicita in modo effettivo e dinamico, ma si profila apertamente anche come coefficiente di individuazione del soggetto, che meglio soddisfa nelle specie trattate l'esigenza di imputazione dell'illecito⁽⁸⁷⁾ e che viene, di conseguenza, chiamato a rispondere del danno esclusivamente in virtù del suo rapporto col bene di afferenza e del tutto indipendentemente dalla sussistenza materiale e dalla praticabilità concreta del controllo e della vigilanza sul bene medesimo⁽⁸⁸⁾; controllo e vigilanza che sarebbero, invece, per forza di cose presupposti e reclamati da una denotazione «classica» di custodia.

La custodia, quindi, in chiave montante, si candida, nella temperie di trasformazioni indotte sopra il reticolo della responsabilità civile dall'avvento non solo metaforico dell'era tecnologica, a manifestarsi come strumento che attenua non poco il principio «nessuna responsabilità senza

⁽⁸⁷⁾ Tutto questo secondo quei meccanismi operazionali che vengono comunemente individuati come le tecniche di selezione degli interessi che nell'ambito considerato risultano in conflitto tra loro vuoi a livello pubblico, vuoi a livello privato; tecniche che, oltre ad ispirarsi in qualche misura alla salvaguardia dei valori fondamentali espressi dall'ordinamento, devono far leva necessariamente sugli aspetti economici del contesto in cui si cimentano. Argomentazioni orientate in tal senso sono derivabili dai rilievi intentati in generale da G. TUCCI, *op. cit.*, p. 15 ss.; P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 73 ss. e C. CASTRONOVO, *Problema e sistema ecc.*, cit., p. 123 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. in tal senso da un punto di vista generale M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, IV, Roma, 1993, p. 563 e anche L. MEZZASOMA, *Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Napoli, 2001, p. 129. Senza contare poi che, per le esigenze cognitive di quanto è oggetto della presente trattazione vertente in buona sostanza sulla connessione tra appartenenza e danno da animale, la lettera dell'art. 2052 c.c., così come è pacifico, realizza un collegamento tra proprietà e responsabilità che è da intendersi assolutamente diretto e privo di qualunque filtraggio in grado di istituire una sorta di attribuzione selettiva dei carichi di imputazione, basati su un giudizio di qualità in qualche modo riguardante il contenuto della condotta, da valutarsi in funzione di un più o meno intenso livello di diligenza, facente capo al proprietario: sull'automatismo di accollo della responsabilità in testa al proprietario, derivato per contrasto dalla constatazione che i soggetti non proprietari dell'animale rispondono, secondo la stessa norma, solo nel caso in cui l'uso che ne facciano si identifichi con le tipiche possibilità di utilizzazione del proprietario: si vedano per tutti C. BELFIORE, *Appunti in materia di danni cagionati da animali*, in *Giur. mer.*, 1973, I, p. 16 ss. e W. VENTRELLA, *Danno cagionato da animali: fondamento della responsabilità e individuazione dei soggetti responsabili*, in *Ginst. civ.*, 1978, I, p. 744 ss.

colpa»⁽⁸⁹⁾ e si propone ad evidenza con una connotazione sempre più teorica e «aperta» e sempre meno empirica ed estemporanea. Del resto, allorché, nel quadro del vaglio interpretativo della disciplina codicistica ad essa collegata, si tende ad imporre, soprattutto nella prassi giurisprudenziale, una determinazione probatoria estremamente rigorosa del caso fortuito⁽⁹⁰⁾, mirando ad escludere quanto più possibile l'esistenza di un'esimente, si finisce tanto più per avallare, in maniera indiretta ma non per questo meno impegnativa, un'amplificazione dilatata e dilatabile del senso della custodia, attraendo la figura del custode in scenari di responsabilità, nei quali il suo coinvolgimento appare più ascrivibile ad un meccanismo ossequio verso la ricerca esasperata di un responsabile che non dovuto ad una rispettosa applicazione dei canoni di colpevolezza in senso stretto⁽⁹¹⁾: Il bilancio che, se ben si considera, è dato sensatamente trarre da tutto questo è che si può agevolmente cogliere una vocazione tendenziale più o meno consapevole ad alimentare «modernamente» un concetto

⁽⁸⁹⁾ Per utili ed autorevoli spunti in merito si vedano per tutti, nel quadro di un'approfondita analisi ricostruttiva, G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 281 ss.

⁽⁹⁰⁾ È lapalissiano, invero, che il restringimento rigido delle dimensioni dell'elemento liberatorio dalla responsabilità allarga correlativamente i confini della diligenza di chi è chiamato ad esercitare la custodia, la portata della quale si espande fino al momento in cui non si individua la presenza ristretta e condizionante o di ciò che secondo legge è atto ad eliminare il nesso causale tra condotta ed accadimento dannoso, o, se si preferisce, di ciò che è sul piano tecnico deputato ad escludere giuridicamente la colpevolezza. Sulla nozione di caso fortuito, costruita, con tensione dogmatica ed in senso rigoroso, soprattutto in sede di intervento giurisprudenziale, si vedano G. COTTINO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 216 ss.; P. TRIMARCHI, *Il caso fortuito quale limite ecc.*, cit., p. 808 ss.; V. GERI, *op. cit.*, p. 94 ss.; E. PEREGO, *Incendio di bosco e responsabilità oggettiva*, in *Foro pad.*, 1965, I, c. 1345 ss. e P.G. MONATERI, *La «custodia» ecc.*, cit., p. 762 ss. Per indicazioni in ordine ai diversi atteggiamenti decisori si veda anche L. MEZZASOMA, *op. cit.*, p. 168 ss., avendo in ogni caso presenti le segnalazioni giurisprudenziali inserite sullo specifico argomento della delimitazione del concetto di fortuito alla nt. n. 50 e ponendo mente alla circostanza per cui il legislatore del codice civile sembra aver accolto un concetto oggettivo di fortuito che porta necessariamente a configurarlo quale evento completamente estraneo alla condotta del soggetto preso in considerazione e peculiarmente fornito di un'autonomia fenomenica di sviluppo tale da renderlo capace di causare da solo l'evento, così come sostenuto da autorevole dottrina sulla quale vedi per tutti E. VALSECCHI, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 151 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. in generale G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 285.

di custodia che palesemente non può e non potrebbe più fungere da semplice paradigma descrittivo di un comportamento ⁽⁹²⁾, ma che di necessità viene chiamato a svolgere un ruolo ricostruttivo per la delimitazione «automatica» di aree sempre più vaste di responsabilità senza colpa.

In verità, anche tralasciando i problemi tecnici inevitabilmente sollevati dall'attuazione dominante del congegno della colpa, c'è da ammettere che qualsiasi richiamo alla tradizione storica e qualsiasi rimando a principi di morale corrente o a spunti di politica giuridica, inteso a rafforzare la prevalenza della «colpa» sugli altri criteri di ricerca della responsabilità ⁽⁹³⁾, rischia, da un canto, di apparire in proposito quanto meno anacronistico e, dall'altro, di adombrare una poco giustificata nostalgia verso

⁽⁹²⁾ Non si tratta, rimanendo all'interno del medesimo unitario contesto, solo di scoprire in base ad un'analisi della realtà effettuale chi sia tecnicamente l'«autore» del fatto dannoso, ma anche di stabilire specularmente, con conseguenze in ordine ai canoni di ascrizione del danno e di determinazione delle rilevanza della situazione lesa, chi sia giuridicamente «responsabile» e nei termini più consentanei. Non va, invero, preso in considerazione il semplice fatto in sé come espressione della ricerca fondata sul mero criterio della causalità, ma va presa altresì coscienza che gli elementi della disciplina della responsabilità e della colpevolezza, costituendo sotto ogni profilo altrettanti indici di valutazione normativa, servono e devono servire quali congegni di attribuzione giuridica del danno, fino a sostituire, là dove suoni tendenzialmente utile e visibilmente necessario, i moduli automatici dettati dall'esame fisiocratico della realtà naturalistica. In questo ambito non ci si può tuttavia esimere dal tener conto del fatto che per l'art. 2052 c.c. la proprietà dell'animale non è ancorata al potere di custodia, che, invece, è funzionale, in quel contesto normativo, alla trasmissione in capo ad altri di situazioni vicarie di responsabilità. In tutta evidenza, il contesto normativo in parola opera in modo scontatamente meccanico nel fissare il coinvolgimento della posizione del proprietario dell'animale, allorché quest'ultimo produca un danno: si vadano sul punto ancora, C. BELFIORE, *op. cit.*, *loc. cit.*, e W. VENTRELLA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁽⁹³⁾ A questo proposito, giova, inoltre, rilevare anche che non è in nessun modo stato introdotto all'interno del sistema aquiliano presente nel codice civile un principio gerarchico, che ponga le varie figure di responsabilità in condizione tale da riprodurre un rapporto fra regola ed eccezione. Infatti, i differenti moduli di imputazione vanno ritenuti dotati essenzialmente ed insopprimibilmente di autonomia e di equivalenza, di talché l'operatività di ciascun separato settore non può e non deve essere considerata prevalente o residuale rispetto a quella degli altri: per questo il riferimento ad una funzione specifica dell'art. 2043 c.c., non è atto a fungere tanto da momento di copertura generale, quanto piuttosto da criterio di ultima analisi. Sensibilità verso questa configurazione concorsuale ed antagonista del sistema aquiliano è dimostrata da C. SALVI, *Il danno ecc.*, cit., p. 38 ss., nella circostanza in cui pare assegnare una posizione di preferenza ad un certo meccanismo risarcitorio, che viene tuttavia immaginato, senza discriminazioni di sorta, applicabile ad ogni modalità lesiva e ad ogni conformazione eziologia del danno.

indirizzi di pensiero che hanno fatto il loro tempo e non sembrano più appartenere in modo qualificante a quello presente ⁽⁹⁴⁾, in cui si affaccia indifferibilmente la necessità di garantire il soddisfacimento degli interessi «nuovi» che la realtà sociale e politica inarrestabilmente e prepotentemente imbastisce ⁽⁹⁵⁾.

Non pare, pertanto, fuori luogo disporsi a sostenere che, in una visuale attualizzata dei metodi di rilettura e di rielaborazione della normativa vigente, la custodia, segnatamente quella evocata dagli artt. 2051 e 2052 c.c. ⁽⁹⁶⁾, può e deve abbandonare la sua perdurante mansione ancillare nel repertorio della colpa e servire, in un aggiornato metabolismo applicativo ⁽⁹⁷⁾, non tanto e solo da cifra per la misura della diligenza in un giudi-

⁽⁹⁴⁾ È indubbio, infatti, che il superamento assolutamente innegabile del dogma della colpa ha prodotto un allargamento nell'applicazione delle ipotesi di responsabilità che la escludono o comunque non la presuppongono imprescindibilmente, spostando ad evidenza l'area operativa dell'illecito civile verso la socializzazione dei rischi, mediante un palese e significativo superamento dei postulati da cui muovevano le teorie del liberismo economico e mediante il conferimento di una dimensione nuova a tutta la fenomenologia aquiliana. Cfr. indirettamente in tal senso C. SALVI, *Il danno*, cit., p. 18 ss. e anche P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., p. 305 ss.

⁽⁹⁵⁾ Si veda sul punto P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 210: questa possibilità di «apertura» del sistema risarcitorio parrebbe praticabile in funzione della codificazione del concetto di ingiustizia del danno, il quale si mostra suscettibile di ricevere sul piano empirico una configurazione variabile sia in senso estensivo che restrittivo, con tendenze intuibilmente esaltative della prima soluzione, almeno stando alle risultanze giurisprudenziali che la vasta esperienza applicativa ha prodotto e produce.

⁽⁹⁶⁾ Incontestabilmente la voce evocativa della custodia, pur se riferita a fattispecie fra loro differenti, non può che ritenersi unitaria, nel senso che non può che immaginarsi commisurata agli stessi parametri soggettivi e oggettivi. Per cui il campo di operatività dei richiamati articoli comincia, senza apparenti soluzioni di continuità, allorché finisce quello proprio dell'art. 2043 c.c. Si è, invero, al cospetto di un regime di responsabilità oggettiva, giustificato ed imposto dal maggior rischio che le cose o gli animali introducono nel contesto sociale, regime che diventa applicabile ogni volta che la tradizionale regola della colpa non possa attivarsi per via della riscontrata mancanza dell'elemento soggettivo. Su questo sfondo sembra razionale immaginare che lo schema del 2043 c.c., basato sulla colpevolezza, non possa trovare spazio applicativo proprio quando il modulo della colpa soggettiva non abbia ragione di venir evocato in formule operazionali, che, nella loro configurazione strutturale caratteristica, vocationalmente la escludano. Si veda in proposito G. OBERTO, *Sui rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 2043, 2050, 2051 c.c.*, in *Resp. civ. priv.*, 1983, p. 778 e anche P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 235 ss.

⁽⁹⁷⁾ Movendo da una visuale che si propone come visibilmente acritica, è concepibile ritenere che, affinché possa parlarsi di responsabilità per danno cagionato da entità in

zio sulla condotta di sorveglianza, ma anche e soprattutto come baricentro di riferimento per l'imputazione del soggetto, cui appare, in funzione di essa, socialmente costruttivo far carico dei costi rimediali di un evento lesivo⁽⁹⁸⁾, dando spazio ad un'allocazione «calcolata» del sacrificio derivante da un fatto che si voglia come normativamente sanzionato, nel segno ormai irreversibile di una custodia, cui si ritiene di addossare, dai più svariati punti di vista e nelle più differenziate circostanze, un rimprovero di manchevolezza comunque configurata e macchinalmente ricavabile, in via residuale ma fortemente coinvolgente, dalla mancata prova di elementi di fatto liberatori: tutto questo, affinché la custodia si possa immaginare costruita su uno schema logico che implichi un giudizio tecnico

custodia, sia indispensabile che il soggetto chiamato a rispondere eserciti un effettivo potere di controllo su quelle medesime entità. Sfugge però ai fautori di una tale argomentazione che nell'attuale stato dei rapporti sociali, ogni giorno più convulso e affollato, specie se modernamente inteso, il concetto di custodia finisce, sotto la forma della specificazione in «custodia giuridica», per piegarsi a diventare, sempre più, anche nel disegno della giurisprudenza, confrontata al dato contingente, un razionale meccanismo di ascrizione della responsabilità, che non un valore caratterizzato da un esercizio vero e proprio di poteri materialmente concreti: cfr. in generale su questo aspetto innovativo della concezione di custodia ancora G. OBERIO, *op. cit.*, p. 778 e anche in qualche modo L. MEZZASOMA, *op. cit.*, p. 127, con richiami giurisprudenziali mirati alla peculiarità della prospettiva contemplata. Si tende dunque, per quanto consentito, al superamento dei profili di una concezione di custodia effettiva, ancorando l'imputazione ad un contorno di utilizzazione economica, e non più materiale o fisica, del bene e tralasciando la vecchia concezione legata alle tradizionali coordinate della responsabilità aquiliana, secondo le quali, come è notorio, non potrebbe esistere responsabilità senza colpa. Più nel dettaglio, il patrimonio faunistico di cui si discute la custodia e soprattutto la custodibilità, non è, invero, un bene qualunque, sperduto e malamente governabile perché massificato in mezzo a tutti gli altri amorfamente considerati, bensì un bene del tutto particolare in virtù di sue caratteristiche indubbiamente specifiche, il quale ha, però, in sé, per vocazione naturale insopprimibile, quella di creare ineludibili momenti dinamici di convivenza e innumerevoli punti di crudo contatto con l'«utenza civile», inquadrata in luoghi di pubblica e privata destinazione, tanto da sensatamente intimare, per ridurre le ragioni di frizione, il ricorso a «cure» insolite e peculiari, oppure da giustificare, onde limitare i motivi di reattivo malcontento, una responsabilità conseguente di consentanea ascrizione e di non incerti risultato. Non pare, infatti, adeguato in materia invocare la complessa, ma non per questo esimente, situazione derivante da una pretesa vaga «demanializzazione» della fauna selvatica, stante che la tesi esonerativa, rivolta alla vigilanza su cose di appartenenza diffusa ed estesa, si mostra sul piano rigorosamente tecnico e su quello strettamente pratico, opportunisticamente riduttiva e socialmente penalizzante.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. in tal senso quanto esposto in tema di *strict liability* da P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 40 ss. e, per altro verso, da L. MEZZASOMA, *op. loc. ult. cit.*

sull'utilizzabilità economica del bene in «custodia», e non certo sull'effettiva disponibilità materiale dello stesso⁽⁹⁹⁾. Si può, dunque, parlare di una sorta di disponibilità giuridica che ben può prescindere dall'idea di un controllo fisico da stigmatizzare nella sua eventuale difettosità, e che promana piuttosto da concetti di appartenenza⁽¹⁰⁰⁾, i quali, al di là della rilevazione in concreto del loro valore patrimoniale più o meno mediato e della loro titolazione più o meno qualificata, risultano per gioco forza largamente diluiti dall'esigenza di collegare alla fisionomia dell'«uso» del bene, che l'appartenenza necessariamente evoca, un meccanismo che immancabilmente funga da metodo indefettibile di addossamento, relativo agli oneri di responsabilità per danni; per quei danni, appunto, che quella disponibilità giuridica⁽¹⁰¹⁾ dà ragionevolmente modo di insinuare all'interno di una «riveduta e corretta» sfera di imputazione disegnata in capo al soggetto, del quale uno strumento di interpretazione normativa adeguatamente attualizzato permette, se non addirittura impone, di individuare «pienamente» la presenza⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ A favore di una configurazione della custodia, quale fenomeno tecnicamente astratto piuttosto che fisicamente concreto, depone anche la non agevole conformazione della prova liberatoria calibrata su una quanto mai restrittiva e rigorosa costruzione del caso fortuito; si vedano per questo a titolo esemplificativo le indicazioni giurisprudenziali sul proposito riportate alla nota n. 50, e si vedano per tutti le considerazioni prospettate sul punto da P.G. MONATERI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 171 e da M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 655.

⁽¹⁰⁰⁾ Non per niente, parla di «proprietario» l'art. 2052 c.c., figura che comunque ricorre con frequenza individuativa nel fisiocratico sistema aquiliano delle imputazioni. Un'interessante trattazione concernente i problemi della qualità formale e sostanziale della custodia, riversata nel contesto delle diverse gradazioni dell'appartenenza, è svolta con sistematica chiarezza da P.G. MONATERI, *La «custodia» ecc.*, cit., p. 758 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda, in generale, in ordine alla configurabilità di una categoria così conformata V. GERI, *op. cit.*, p. 236 e L. ROVELLI, *Il soggetto responsabile a norma dell'art. 2052 c.c. nel danno cagionato da animali*, in *Arch. giur.*, 1958, p. 231 ss. Per una visione tendenzialmente estensiva del concetto di custodia si vedano M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 463 ss. e anche Cass. n. 5226/77, Cass. n. 2333/66, Cass. n. 1115/59 e Cass. n. 2329/62, nelle quali la custodia assurge, prima che a penetrante scandaglio per la condotta dell'agente, ad improprio meccanismo di misura delle qualità dell'appartenenza proprietaria. Quest'aspetto, concernente il fraintendimento della funzione attribuibile alla custodia nel descrivere i contenuti del potere proprietario, si pone sostanzialmente alla base dell'equivoco di giudizio che in questa sede si intende mettere in risalto.

⁽¹⁰²⁾ La figura di chi è, sotto qualunque specificazione, considerabile proprietario, è in ogni caso quella che, anche per quanto si vedrà sul proposito in seguito, la lettura della legge evoca come nodale nel sistema della responsabilità per fatto degli animali.

Sulla scorta di un'attenta riconsiderazione di certi contorni non rigidi, tralattivamente riferiti agli elementi costitutivi del congegno reattivo profilato dal modello calato nel disposto dell'art. 2052 c.c., si renderebbe pertanto possibile una catalogazione dei termini oggettivi in essi contenuti di certo più aderente ai dati di una realtà di fatto per alcuni versi del tutto nuova, raggiungendosi, per questa via, più che un non richiesto ampliamento operativo della norma ridetta, un suo ponderato rilancio funzionale, allestito con riguardo a fattispecie di non equivoca conformazione ⁽¹⁰³⁾.

6. — Nell'angolazione del danno da selvaggina, per come in tutta obbiettività si conforma e per come è stato fin qui delineato, la fattispecie concernente dovrebbe, per una sua intima visibile coerenza, avvertibilmente ingenerata dall'avocazione in appartenenza statale ⁽¹⁰⁴⁾, richiamarsi ad ipotesi di responsabilità da valutarsi comunque in capo al soggetto

⁽¹⁰³⁾ Senza scordare che, come si avrà modo di indicare anche successivamente, l'attribuzione in appartenenza proprietaria, comunque fondata o corredata, descrivendo a tutti gli effetti una situazione dominicale, insta per un'applicazione piena della regola codicistica concernente. In realtà, la mera detenzione dell'animale non fonda alcuna responsabilità, la quale ricade inesorabilmente sulla figura del titolare del potere dominicale, quale unico soggetto concepibilmente implicabile in assenza di valide alternative escludenti o esimenti: cfr. su questo P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1062, ma anche E. BONVICINI, *op. cit.*, p. 291 e E. BONASI BENUCCI, *Appunti sulla responsabilità per fatto di animali*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 282.

⁽¹⁰⁴⁾ Come si è visto, l'attribuzione della proprietà comporta la delineazione di un potere dominicale che non si alimenta certo della facoltà effettiva di custodia, cui bisognerebbe comunque ricondurre un'accezione atecnica, tipica del rapporto di controllo dell'animale, rapporto che impone un punto di vista quanto mai elastico ed ampio: la specificazione di tali confini competerebbe, come è di solito, alla giurisprudenza, la quale sembrerebbe averli individuati in un obbligo di conservare il potere sull'animale, di mantenere la sorveglianza su di esso e di vigilare affinché non arrechi danno ad altri, sulla scorta di quanto rappresentativamente prospettato in proposito da Cass. n. 39/1978, in *Foro it.*, 1978, I, c. 621. Ciò implica in realtà una corrispondenza biunivoca tra le qualità naturali o acquisite degli animali sottoposti a queste pratiche umane e la compatibilità concreta dell'esercizio delle stesse con ragionevoli possibilità di successo. In questo modo si aggiunge la necessità di un giudizio di fatto, quello sulle qualità dell'animale, che, con buona pace della linearità delle trattazioni, viene inserito all'interno di un altro giudizio di fatto, quello sulle qualità dell'attività di custodia. Si verificano in argomento le modalità con cui in giudizio viene affrontato il problema del controllo sulle api utilizzate per la produzione di miele in C. MARTORANA, *La responsabilità per l'esercizio dell'apicoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, p. 468 ss.

proprietario ⁽¹⁰⁵⁾. Non pare, da questo punto di vista, revocabile in dubbio come la qualificazione dell'appartenenza, assegnata espressamente col mezzo normativo al potere pubblico ⁽¹⁰⁶⁾, comporti quale inevitabile ri-

⁽¹⁰⁵⁾ È possibile tutto questo, soltanto se si accetta l'imprescindibile e al tempo stesso ineliminabile colleganza tra l'endiadi proprietà e responsabilità, in relazione al profilo di responsabilità per danno prodotto da animali: relativamente al quadro illustrato, il legame tra proprietà e responsabilità viene opportunamente messo in risalto da C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 12 ss. Per altro, non si può passare sotto silenzio il fatto, quanto mai significativo, che la disciplina dell'art. 2052 c.c. svolge un'importantissima funzione sul piano del bilanciamento sociale degli interessi, sottraendo alla regola aquilina generale sulla responsabilità civile un fenomeno di largo spettro, quale quello del danno da animali, che ha assunto nel tempo una sua specificità sempre più spiccata.

⁽¹⁰⁶⁾ La vicenda della colleganza tra potere pubblico e fauna selvatica si intreccia ineluttabilmente con la storia del fenomeno venatorio. Essendo la caccia quell'attività dell'uomo tendente alla cattura o all'abbattimento degli animali selvatici, rispetto ad essi, da sempre ritenuti *res nullius* secondo «naturali» regole di tradizione, si è costantemente posto il problema di stabilire in base a quale principio se ne dovesse legittimare l'occupazione, intesa come presa di possesso con l'intenzione di acquistarne la proprietà. Nella formazione storica del diritto di caccia il processo è stato quanto mai lento ed ha attraversato varie fasi differenziate, muovendo da quella più antica che considerava l'attività venatoria tendenzialmente libera. Nel periodo intermedio la caccia, collegandosi strettamente alla realtà politica feudale, cominciò a subire progressive restrizioni, specialmente con riguardo allo *status* personale dei soggetti ed alle limitazioni oggettive ascritte ai luoghi, tutti fatti che servivano a stabilire vincoli più saldi e durevoli sul territorio: in questa situazione la «proprietà» della selvaggina non veniva più distinta dalla «proprietà» sui terreni, trasformandosi così la caccia in un preciso ed eminente privilegio del signore, che escludeva di fatto e di diritto qualunque possibilità venatoria per chiunque altro. Per quanto valore possa avere, vuoi sul proposito specifico, vuoi sul piano della ricostruzione storica del richiamato radicamento della caccia tra le espressioni più appariscenti e declamatorie del potere del feudatario, merita far emblematico riferimento alla figura dell'imperatore Federico II, assai appassionato di caccia, che presso la propria corte notoriamente incoraggiò la pratica della falconeria e compose addirittura un *Tractatus de arte venandi cum avibus*, molto diffuso e apprezzato a quel tempo. Successivamente, già con la legislazione statutaria dei Comuni, si assistette ad un passaggio dai principi feudali a quelli moderni, affini in più punti ai concetti elaborati in materia dal diritto romano; secondo quei rinnovati principi, poi definitivamente ribaditi dagli eventi rivoluzionari, si prevedeva un esercizio venatorio potenzialmente riconosciuto, salvo il rilascio di apposite licenze e la fissazione di sanzioni a fronte delle violazioni, a tutti i cittadini, sul presupposto della libera disponibilità collettiva su una selvaggina priva di attribuzioni in appartenenza. Si veda in generale per tutto questo F. CIGOLINI, *Il diritto di caccia*, Milano, 1953, p. 13 ss. Nel superare la «quieta» tradizionale regola dell'art. 923 c.c., la legislazione italiana attuale sulla caccia, seguita in questo finora da una giurisprudenza su vari fronti travagliata da problematiche apertesi soprattutto in tema di inquadramento della relativa area di responsabilità civile, accede ad una soluzione «maldestramento» o «ma-

percussione quella di costruire un'aggregazione di elementi sequenziali che insieme si convogliano verso l'individuazione di un rapporto attributivo di poteri proprietari e determinativo di una contingenza proprietaria ⁽¹⁰⁷⁾.

Il proprietario risulta, secondo la concezione codicistica ⁽¹⁰⁸⁾, essere tecnicamente titolare dell'appartenenza e, dunque, per destinazione automatica, sempre adombrata dall'impostazione normativa vuoi generale, vuoi specifica, pure titolare derivato delle potenzialità economico-patrimoniali, anche semplicemente in chiave astratta caricabili a tutti gli effetti sulla sfera proprietaria staticamente intesa ⁽¹⁰⁹⁾, mentre, viceversa, la presenza di tali potenzialità «produttive» di vantaggi, va, su di un piano esclusivamente sostanziale, verificata in concreto, presso tutti quei soggetti, diversi dal proprietario, che entrino in relazione dinamica con l'animale, in modo tale da porsi nella condizione obbiettiva di trarne, attraverso la disponibilità materiale, le utilità economiche ⁽¹¹⁰⁾ che in sede di «normali-

chiavellicamente» composita di inafferrabile ibridismo, oscillando, con le formule proposte dalla l. 968/77, tra la proprietà piena della fauna e la dismissione temporanea del diritto, a seconda che si tratti di rivendicare una posizione di dominio in forza di quella titolarità, o che si verta piuttosto nella necessità di rinunciare a quella titolarità per consentire il pur legittimo prelievo venatorio. Cfr. per questo in generale R. PRELATI, *op. cit.*, p. 416 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Basta pensare alla rappresentazione penalistica del furto venatorio, escluso da ultimo per testuale disposizione di legge, esclusione che, come si è visto già in precedenza alla nota n. 8, conferma indirettamente la posizione proprietaria dello Stato sulla selvaggina.

⁽¹⁰⁸⁾ In ordine al contenuto «assoluto» del diritto di proprietà, che rende autonoma e indipendente la figura del proprietario, si vedano per tutti M. COSTANTINO, *Proprietà*, in *Trattato di Diritto privato* diretto P. Rescigno, I, Torino, 1982, p. 214 ss.; e, in chiave più risalente, per una conferma della proprietà rappresentata nel suo contenuto da una rete di sicurezza giuridica, che protegge nella maniera più robusta ed intensiva l'appropriazione individuale dei beni, anche al di là dei vari statuti proprietari concepiti in armonia con i vari scopi perseguiti, L. BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1943, p. 26 ss. e F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile* a cura A. Scialoja e G. Branca, III, cit., p. 114 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Tutto ciò è la conseguenza concettuale diretta della rilevanza fisionomica dell'elemento delle realtà che costituisce la parte fondamentale del diritto di proprietà e del suo contenuto, indipendentemente da una partecipazione «costante» della volontà e della consapevolezza del soggetto titolare; tale rilevanza è colta con precisione da L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p. 24 ss.; si veda sul punto anche S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 42 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Si pensi, in questa prospettiva, al trattamento riservato all'ordinaria valutazione giuridica che si applica, non solo tradizionalmente, allo stato di fatto possessorio, e si veda

tà» sarebbero e, se del caso, sono propriamente appannaggio, pure in via solamente virtuale, dell'appartenenza giuridica e che costituiscono irrinunciabilmente un connotato caratterizzante e, per così dire, permanente della posizione dominicale nella sua pienezza ⁽¹¹¹⁾. In questa sintassi di designazioni di soggetti responsabili, in linea col dettato dell'art. 2052 c.c., il quale vede come protagonista esclusivo e centrale il proprietario con la presenza solo eventuale e comunque qualificata di comprimari, sembra veramente difficile rintracciare la sussistenza sgravante di eccezioni, che la genericità inequivocabilmente onnicomprensiva dello schema normativo di naturale riallaccio tende intuitivamente ad elidere ⁽¹¹²⁾. Solo seguendo un percorso tortuoso ed aggirante, col quale aprire un piano di riflessione, che inopinatamente si spinge a catturare concetti pletorici come la «sorveglianza tipica della proprietà» o «il rischio collegato all'utile» ⁽¹¹³⁾, si può in buona sostanza approdare a soluzioni differen-

indirettamente su questo punto U. NATOLI, *Il possesso*, Milano 1992, p. 37 ss., che fa riferimento al possesso non solo come relazione «immediata» con la cosa, ma anche come possibilità di agire su di essa quando e quanto si voglia; con riguardo ai profili di conservazione e continuità del possesso, imprescindibilmente fondati sull'attività e sull'impegno del titolare, si vedano F.S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1974, p. 81 ss., nonché S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 25 ss. e A. FEDELE, *Nozioni generali sulla fattispecie del possesso*, Torino, 1984, p. 306 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. sul punto E. BONASI BENUCCI, *op. cit.*, p. 281; e ciò in conseguenza del fatto che l'affidamento dell'animale, che ingenera un rapporto di mera detenzione, non è palesemente in grado di fondare alcuna responsabilità, ritorcendo la ricerca del soggetto cui imputare in direzione del proprietario o dell'utilizzatore economico, così come sostiene con autorevole compiutezza P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1062.

⁽¹¹²⁾ In effetti, la norma citata non traccia distinzioni fra varietà e qualità di animali, né pare aprire vie d'uscita a chi ne sia comunque il proprietario o l'utilizzatore. La fauna selvatica, perduta la condizione di cosa di nessuno, è adesso ascritta in appartenenza alla pubblica amministrazione, in linea con quanto è sempre incontestatamente accaduto con i beni pubblici, rispetto ai quali si è sempre applicata la disciplina dell'art. 2051 c.c. senza grossi problemi, atteso ciò che segnala M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., 432 ss.

⁽¹¹³⁾ La prima figura è messa in campo da Cass. n. 53/83, sul rilievo che il potere di sorveglianza sia elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità a carico del proprietario in adesione all'art. 2052 c.c., che, invece, secondo la lettera testuale della norma, evoca dettagli aggiuntivi solo ed esclusivamente quando si tratti di contornare l'ipotesi che trasferisce la responsabilità di configurazione proprietaria su chi non è titolare di signoria in senso giuridico, ma ha tuttavia in uso l'animale; alla seconda figura fa richiamo Cass. 522/77, facendo leva su di un principio di utilità che, in quanto tale, può soltanto riferirsi a colui che si serve dell'animale avendolo in uso «economico», e non certo

ti ⁽¹¹⁴⁾, che volutamente e ampiamente si discostano da quella che una prima e «disincantata» lettura del riquadro normativo all'esame secondo ragionevolezza suggerirebbe ⁽¹¹⁵⁾.

Eppure, il paradigma delle «custodia» e quello dell'«utile» non sono moduli che acquistano rilevanza all'interno della configurazione di un'ipotesi di responsabilità, che, ai sensi dell'art. 2052 c.c., si voglia far ricadere sulla persona del proprietario ⁽¹¹⁶⁾: questi, invero, risponde, come si è avuto in più circostanze il destro di rimarcare, alla stregua di un criterio oggettivo, che gli addossa le conseguenze di un fatto dannoso provocato dall'animale di cui è il padrone, a prescindere dall'esercizio in concreto di un'attività di custodia ⁽¹¹⁷⁾ e dal rinvenimento di un utile economico con-

al proprietario, in capo al quale l'utilità è implicita e presupposta dalla condizione di dominio nascente dall'attribuzione del bene in appartenenza esclusiva. Pare del tutto superfluo rimarcare che le due immagini concettuali in discussione non possono essere qualificative di una rapporto proprietario sull'animale, rapporto che, nella sua natura essenziale e caratterizzante, riassume in sé ogni possibilità relazionale col bene, senza che la materialità o la virtualità di tali circostanze valga ad influenzare la qualificazione strutturale ed operativa dell'appartenenza. Del resto, è universalmente ammesso che la responsabilità per fatto degli animali vada oltre il limite della custodia, tanto che padrone e utente sono chiamati in sede oggettiva a rispondere anche se siano incapaci: cfr. sui vari punti M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 464 e G. BRANCA, *Sulla responsabilità oggettiva per danni causati da animali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 258 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Un'altra comoda via di fuga, oltre a quelle aperte dai concetti di sorveglianza e di utile, è costituita dal fatto che si vuol ritenere presupposto implicito della norma la sua riferibilità in chiave esclusiva ed immotivata ai soli animali domestici, mansueti o adomesticati: non si vede allora come sia stato possibile, in sede di legittimità, seppure si sia giunti, come, ad esempio, con Cass. n. 837/74 e Cass. n. 10912/91, ad un risultato di addossamento per altra strada, considerare le api alla stregua di figure animali sulle quali fondare un motivo di rimprovero nei confronti del proprietario, visto che detti insetti, sulla cui qualità di animali allevabili e fatti oggetto di attività agricola nessuno dubita, non rivestono certo, per la loro natura biologica e per la loro destinazione economica, le prerogative che si vogliono sussistenti per gli «animali» disegnati dall'art. 2052 c.c., reso in questa maniera una sorta di serraglio nel quale far entrare o dal quale far uscire a piacimento gli esemplari che meglio aggradano. Si veda sull'argomento specifico dell'apicoltura quanto esposto da C. MARTORANA, *op. cit.*, p. 468 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 12.

⁽¹¹⁶⁾ Si è già avuta occasione di vedere che tali situazioni, in qualche misura conformative della condotta del soggetto, non servano minimamente a costruire i contorni del diritto di proprietà e le modalità del suo esercizio. Si rinvia sul punto a quanto esposto nella nota n. 103 ed alla bibliografia ivi riportata.

⁽¹¹⁷⁾ Non a caso il codice del 1865, seguendo nella conformazione della relativa responsabilità tratti squisitamente oggettivi e di sicuro non discosti da quelli che hanno

nesso alla materiale disponibilità. Il proprietario, mediante la fattispecie stagliata nella ridetta enunciazione di legge, viene coinvolto nei termini fissati per il semplice fatto di essere titolare, nei confronti dell'animale, di una postazione di dominio, che non necessariamente presuppone, per di più senza timore di significative alterazioni strutturali intrinseche, un potere di custodia in atto ed un tornaconto di indole patrimoniale in vigore ⁽¹¹⁸⁾; ed il di lui coinvolgimento avviene in maniera distinguibilmente

incanalato il codice vigente, individuava la posizione passiva del proprietario in modo del tutto indipendente dalla custodia, per di più chiamandolo a rispondere anche nel caso di smarrimento e fuga, con evidente riguardo alla non remota perdita di sorveglianza, la quale appare indiscutibilmente come un parametro umbratile e decisamente recessivo: la designazione rigidamente oggettiva della responsabilità descritta era rafforzata, nella stessa disposizione normativa all'esame, dall'assenza totale di prova liberatoria, se è vero che a sollevare il proprietario dalla sua responsabilità non valeva neppure il caso fortuito, che, quale soluzione esimente, è stato introdotto notoriamente dal codice civile del 1942. A ricordarci utilmente tutto questo è V. GERI, *La responsabilità civile per danni da cose e da animali*, Milano, 1967, p. 304, che riferisce come una certa direttrice di giurisprudenza, maturata sotto l'egida del vecchio codice civile, propendesse per dare spazio in materia all'ammissibilità della prova del caso fortuito e della forza maggiore, da un lato, e del fatto del terzo e dello stesso danneggiato, dall'altro.

⁽¹¹⁸⁾ Uniformandosi in qualche misura all'indirizzo dettato sul proposito dalla Corte di Cassazione, anche i giudici di merito continuano con insistente pervicacia ad attrarre in capo al proprietario lo schema, come s'è detto, sovrastrutturale della custodia, che non è per nessuna ragione aspetto della posizione dominicale. Si vedano, ad esempio, Trib. Rieti del 31 giugno 1990, riportata in *Foro it.*, 1990, I, c. 3261, che argomenta dall'impossibilità di esercitare una «sorveglianza continua» sui cinghiali ricompresi all'interno di un'azienda faunistico-venatoria, e Trib. Firenze del 13 maggio 1994, riportata in *Arch. giur.*, 1995, I, p. 46, che sostiene come non sia configurabile sugli animali non domestici o non mansuefatti una «disponibilità giuridica in senso civilistico», non essendo rinvenibili a carico del soggetto pubblico che ne è proprietario obblighi di tale genere, peculiari, cioè, quanto alla custodia: così facendo, si persevera nel considerare la custodia all'altezza di una condizione presupposta anche in capo al proprietario dell'art. 2052 c.c., macroscopicamente e sonoramente confondendo la fattispecie normativa della responsabilità con i contorni qualificativi, per altro senza esiti ponderosi, della condotta ad altri fini riguardabile del soggetto responsabile. Non mancano, tuttavia, voci discordanti, che offrono, pur senza originalità particolare, soluzioni per cui, così come fa Trib. Perugia del 28 giugno 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1997, p. 27, l'applicazione dell'art. 2052 c.c. a carico della pubblica amministrazione, considerata proprietaria della selvaggina sotto tutti i risvolti, è un corollario autoindotto dalla normativa sopravvenuta in tema di appartenenza della fauna selvatica, in funzione della quale il controllo sostanziale, esercitato o esercitabile sugli animali, diventa una variabile indipendente nella congegnazione del coinvolgimento su un piano oggettivamente atteggiato del soggetto responsabile: stando al Tribunale suddetto, si versa in ogni caso in una circostanza in cui l'esigenza di tutela

inarrestabile e meccanica ⁽¹¹⁹⁾, a meno che non sia dato rinvenire situazioni alternative, cui la disciplina di legge ricollega la possibilità di un trattamento esonerativi, caricando su altri soggetti il problema ⁽¹²⁰⁾.

Il rapporto di responsabilità finisce in questo modo per sostanziarsi verosimilmente nel gioco di causalità che corre tra il fatto materiale pro-

della selvaggina in favore della comunità nazionale non può essere o rimanere disgiunta, in grazia dell'interesse utilitaristico sotteso, dall'obbligo di ripristinare col risarcimento oggettivo un equilibrio economico leso dal danno specifico occorso.

⁽¹¹⁹⁾ Il richiamo alla condizione di proprietario rispetto alla fauna selvatica milita comunque vigorosamente per una consequenziale configurazione di un collegamento economico ineliminabile fra la posizione giuridica del titolare dell'appartenenza ed un anche solo potenziale riscontro economico fornito dal bene che dell'appartenenza è oggetto. Sulla qualificazione prettamente economica di ogni problematica riconnessa all'attribuzione ed alla gestione del diritto di proprietà si veda significativamente M. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 212, il quale affronta la descrizione dei contenuti di quel diritto da quell'unico ed esclusivo punto di vista.

⁽¹²⁰⁾ Oltre all'ipotesi del caso fortuito, esiste la figura, alternativa al proprietario, dell'utilizzatore per il tempo in cui esplica questa sua funzione dinamica di indole indubbiamente economica. Si sarebbe quasi tentati di sostenere che lo stesso proprietario risponde, anche lui, in qualità di utente dell'animale, se non si dovesse coercitivamente tener conto del fatto che il proprietario medesimo è, in assenza di altri, l'utilizzatore per eccellenza del bene, pure nel caso quasi paradossale, ma di corrente verificabilità, di un'utilizzazione statica e sterile dell'oggetto della di lui appartenenza: cfr. sul punto W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 745, che valuta lo proprietà come uno dei rapporti con l'animale attraverso i quali si sostanzia lo stato d'uso del medesimo. Che il proprietario sia il soggetto passivo ultimamente coinvolto nel discorso della responsabilità per i danni prodotti da un «suo» animale è, indirettamente ma chiaramente, sostenuto anche da P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*, nel momento in cui nega che i soggetti esercenti una mera detenzione possano venire implicati in vicende di imputabilità del danno, evidentemente ritorcendo il problema di un accollo risarcitorio sulle spalle del proprietario legittimo, per quanto assente ed inconsapevole. Da tutto questo si intuisce come il padrone sia chiamato a risponderne anche quando l'animale si trovi presso terzi che, custodi o non custodi, non possano sensatamente ritenersi degli utilizzatori responsabili del comportamento di esso. Stando così le cose, è evidente che il proprietario è tenuto responsabile prescindendo completamente da un rapporto materiale e da un controllo effettivo: quest'ultimo in sostanza può anche essere solo potenziale, facendo parte del bagaglio insopprimibile di ciascun soggetto proprietario, inquadrato in via tecnica. Lo stato giuridico in cui versa l'animale rispetto al proprietario, e che ne consente, ma al tempo stesso non ne impone, il controllo e l'utilizzazione, rende la posizione del padrone valutabile in termini puramente astratti; ed è, appunto, questa virtualità della relazione di signoria, accolta dal concetto di appartenenza dominicale, che permette di evidenziare senza esitazione la volontà del codificatore di collegare a quel tipo di attribuzione proprietaria la responsabilità che le si vuole far spettare in modo pressante, restringendo al massimo i bordi delle ipotesi liberatorie.

dotto dall'animale e l'evento dannoso occorso, mentre il nesso, che mette in contatto, ai fini risarcitori, il fatto con il soggetto chiamato a risponderne, poggia ad evidenza sulla disponibilità dell'animale e sull'indotta potenzialità di utilizzazione che, secondo la natura e la destinazione economico-sociale dello stesso ⁽¹²¹⁾, compete tecnicamente al proprietario o, in mancanza della presenza giuridicamente immanente del proprietario medesimo, a «chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso», momentaneamente, e solo momentaneamente, escludendo l'incombente figura del titolare diretto dell'appartenenza ⁽¹²²⁾.

Ecco, quindi, che, nella proiezione logica di quanto esposto, la custodia, quando mai evocabile nell'orditura della fattispecie codificata in ordine al danno da animali da ascrivere al padrone ⁽¹²³⁾, viene relegata ad una mansione macroscopicamente eclissale, che non riesce per nessuna ragione a dimensionare il destino della responsabilità misurata sulla condizione tecnica del proprietario: e ciò è tanto vero che il fattore operativo, elaborato sul calco della custodia, non può essere ricostruttiva-

⁽¹²¹⁾ Sul proposito della destinazione economica dell'animale in funzione di un uso socialmente assodato che dello stesso si faccia si vedano per tutti C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 12 e W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 744. Sulla possibilità di configurare un'utilizzazione della fauna selvatica, che, attraverso l'interesse sociale sottostante, possieda contenuti di natura economica non solo indiretta, si vedano R. PRELATI, *op. cit.*, p. 418 e più in generale, G. MAZZOTTI, *Aggiornamenti alla legge cornice sulla caccia*, Firenze, 1983, p. 56.

⁽¹²²⁾ Non si può sostenere che lo Stato non sia proprietario a tutti gli effetti della selvaggina, anzi va per completezza affermato che tale opinione può dirsi in un certo qual modo stabilizzata pure in sede giurisprudenziale superiore, anche da parte della Corte costituzionale che, con l'ordinanza n. 4/01, si esprime in motivazione positivamente sul merito dedotto; né si può sostenere, come fanno Cass. n. 8788/91 e Cass. n. 2192/96, che, essendo l'attribuzione della signoria giuridica sulla fauna selvatica operata in funzione della protezione della stessa nell'interesse superiore della collettività, questo dovrebbe comportare di necessità l'applicazione di uno statuto della proprietà atipico o in qualche misura derogatorio delle regole ordinarie, soprattutto in tema di responsabilità civile, inquantoché la situazione proprietaria statutale sarebbe da ritenere diversa in confronto a quelle apertamente «normali», finalizzate al godimento nell'esclusivo interesse del titolare privato.

⁽¹²³⁾ Lo sforzo elaborativo che ha condotto all'introduzione indiretta del modulo della custodia nella trama normativa dell'art. 2052 c.c. si è, non per niente, svolto sotto il vecchio regime legislativo che, ritenendo la selvaggina bene privo di proprietario, suggeriva, come è agevole da notarsi, la necessità di affermare o negare un dovere di sorveglianza in capo al potere statutale, nel riferimento al disposto dell'art. 923 c.c., il discorso sul contenuto del quale andrà presto ripreso.

mente interpretato come elemento costitutivo della responsabilità conseguente, ma soltanto come tramite orientativo per la ricerca degli spazi liberatori, che, appunto, in misura di tale riscontro potranno all'esito rivelarsi più o meno ampi ed agibili ⁽¹²⁴⁾.

Eppure l'ecologia della custodia, diventata la cifra indebitamente esaltativa di un parametro, che non sembra in tutta obbiettività confacente ai fini ricompositivi di una corretta combinazione delle posizioni di interesse calate in una prassi aderente, viene, a proposito della fauna selvatica, messa in campo non tanto per quantificare la banda d'onda della responsabilità, quanto piuttosto, e meno appropriatamente, per qualificare il contenuto dell'appartenenza statale, con l'osservare, più per spirito di idolatria fisiocratica che per motivazioni radicate su un terreno di verifica, che non sarebbe sensatamente ipotizzabile sulla fauna medesima una potestà di «governo» concretamente realizzabile ⁽¹²⁵⁾, nel segno della sussistenza di uno stato di completa naturale libertà, che non permette e non permetterebbe alla pubblica amministrazione di porre in essere interventi idonei ad inibire gli asseritamente inafferrabili spostamenti degli animali ⁽¹²⁶⁾,

⁽¹²⁴⁾ Non introducendo, sulla scorta del tenore testuale della previsione, la custodia e la custodibilità nel concetto di godimento proprietario, si eviterebbe di predisporre a considerare su piani ingiustificatamente differenziati posizioni dominicali formalmente e dichiaratamente identiche, valutando il potere di sorveglianza come un meccanismo preposto a delimitare i contenuti applicativi del potere di godimento, quasi che questo possa misurarsi, con ripercussioni volte verso la strutturazione dominicale, sulla qualità del bene che di tale godimento è fatto oggetto, quasi che l'intensità più o meno densa della disponibilità corrispondente possa influenzare, sul riflesso della causazione del danno, il grado di coinvolgimento nella responsabilità riconnessa. A farci osservare con autorevolezza tutto questo pensa indirettamente M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 464.

⁽¹²⁵⁾ Senza contare poi che la giurisprudenza recuperata per contestare la tesi della proprietà di normale fattura attribuibile allo Stato in materia di selvaggina, si è formata sotto il regime dell'art. 923 c.c., che considerava gli animali oggetto di caccia quali cose di nessuno; quando, cioè, aveva un senso sostenere che le cose prive di un'appartenenza assegnata fossero in caso di loro dannosità riferite al potere statale, cui difficilmente poteva farsi carico di una qualche responsabilità di stampo aquiliano, sul rilievo che non era, né pareva concepibile parlare di rischio collegato all'utile o di sorveglianza insita nella custodia. Con la sopravvenienza della l. 968/77 il quadro di riferimento è, però, profondamente mutato.

⁽¹²⁶⁾ A far propri questi concetti esorcizzanti, che allontanano l'onere della responsabilità, confinandolo alla portata meno pregnante dell'art. 2043 c.c., è fra le altre Cass. n. 8788/91, già più volte richiamata per le sue particolarità di impostazione e di contenuto, che ribadisce a tutto tondo i contorni di un approdo giurisprudenziale di legittimi-

che detta fauna compongono ⁽¹²⁷⁾: è su questa base che la conformazione del dominio proprietario e la configurazione della sua pratica esercitabilità diverrebbero non facili da congegnare, specie se rivolti nella direzione di un assoggettamento titolato ai criteri di responsabilità precisati dall'art. 2052 c.c.

Ma è a questo punto che si fa evidente l'equivoco concettuale di chi affida inopinatamente alla custodia sull'animale una parte che questa non ha né potrebbe avere nel tessuto normativo coinvolto. Infatti, nel quadro all'esame, il contenuto del diritto di proprietà, con tutte le caratteristiche tipizzanti di corredo, non può evidentemente venire svolto solo in funzione del potere di sorveglianza che il proprietario può o potrebbe ⁽¹²⁸⁾

tà, che fa da contrappunto gerarchicamente sovraordinato ad un indirizzo di merito, come si è visto, non sempre allineato. In questa maniera la destinazione naturale degli animali normativamente catalogati nella fauna selvatica diviene manifestamente una provvidenziale polizza sottoscritta in favore di chi, dichiarandosene proprietario, ammette nel contempo la sua impotenza a svolgere le funzioni materiali e formali, di cui in sede giuridica costui è normalmente, in assenza di posizioni di «privilegio», chiamato a dar conto. A ben guardare, difatti, l'illustrato profondo apprezzamento del naturale ed incontrollabile dinamismo della selvaggina lancia foschi segnali dall'inquietante riverbero sui criteri di responsabilità da valutarsi in ordine alla disciplina, che soprattutto la giurisprudenza di legittimità, senza averla finora applicata in modo rilevante e risonante, sostiene applicabile al caso della fauna selvatica: la preoccupazione parrebbe, invero, stando alla logica, essere alimentata dal fatto che la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. si fonda unicamente sulla presenza determinante del dolo o della colpa, la rinvenibilità dei quali finirà per rivelarsi pressoché fantomatica, nel quadro di una custodia e di un controllo che, per essere per definizione specifica del contesto vocazionalmente impraticabili sull'oggetto preso in considerazione, non saranno, pur nella loro difettosità, rimproverabili a chi, per segno del fato, non poteva né avrebbe potuto compiutamente esercitarli.

⁽¹²⁷⁾ La legge 968/77, all'art. 2, afferma che fanno parte della fauna selvatica nostrana, oggetto dell'apposita tutela normativa, «i mammiferi e gli uccelli dei quali esistano popolazioni viventi, stabilmente o temporaneamente, in stato di naturale libertà sul territorio nazionale». Sembrairebbe addirittura che con tale ampia e onnicomprensiva formula, esclusi chissà mai perché, insetti, pesci e rettili, facciano parte della fauna selvatica protetta anche i ratti, i topi, le arvicole, i toporagni, le talpe e i ghiri, che tradizionalmente erano sempre stati considerati per legge, come dall'art. 2 del t.u. 1016/39, fuori dal concetto di caccia e, quindi, a maggior ragione, cose di nessuno: il loro abbattimento, con buona pace degli animalisti, dovrebbe pertanto ritenersi prelievo venatorio a tutti gli effetti e con tutte le intricatissime conseguenze derivabili.

⁽¹²⁸⁾ Il condizionale è d'obbligo rispetto al proprietario i cui poteri vanno immancabilmente immaginati all'interno di una relazione «di diritto» con l'animale, che ben può essere sgumata del contorno effettivo della custodia e dell'utile, mentre, di contro, per il non proprietario si deve avere riguardo ad una relazione «di fatto» con l'animale stesso,

esercitare sul bene che gli appartiene: non per niente, la responsabilità per danno da animali non è, come si è più volte ripetuto, fondata sulla colpa ⁽¹²⁹⁾, reale o presunta, per omissione di custodia, laddove, a ben vedere, il carico di responsabilità che grava sul proprietario deriva senza possibilità di equivoco, quale ideale contropartita, dalla forte considerazione in cui la semplice titolarità dell'appartenenza è tenuta dalla disciplina dettata. Si tratta di conferire il peso che meritano a tutti quei vantaggi, anche soltanto virtuali, che l'ordinamento, ricercando un bilanciamento di interessi imposto dal fatto dannoso, ricollega all'appartenenza in quanto tale e come tale protetta secondo le regole proprietarie ⁽¹³⁰⁾.

Una soluzione del genere dovrebbe trovare la sua logica giustificazione in un non remoto intento di garantire un risultato risarcitorio processualmente e sostanzialmente adeguato a chi avesse subito un danno per fatto dell'animale ⁽¹³¹⁾: solo in questo modo la custodia verrebbe con-

la quale, consentendo, dietro la fruizione di un utile precisamente individuato, un potere di controllo materialmente esercitabile, comporta l'accollo del rischio corrispondente, al cospetto di un evento dannoso, che al contesto complessivo sia razionalmente e linearmente imputabile.

⁽¹²⁹⁾ E non è certamente la stessa cosa con il regime offerto dall'art. 2043 c.c.: basta riportarsi in proposito a tutte le considerazioni svolte in precedenza sull'argomento. Per l'oggettività della condizione di responsabilità espressa dall'art. 2052 c.c., occorre rinviare ricostruttivamente a E. VALSECCHI, *Responsabilità per fatto degli animali*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, p. 49 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità*, cit., p. 169 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 144 ss.; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 97 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 461 ss.; D. DE MARTINI, *op. cit.*, p. 229 ss.; V. GERI, *La responsabilità civile da cose in custodia ecc.*, cit., p. 203 e G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 430 ss.

⁽¹³⁰⁾ Non sembri superfluo ricordare che la posizione di chi usa l'animale senza esserne proprietario è per forza decisamente diversa, vuoi a livello pratico, vuoi a livello teorico: nel senso che in capo all'utente, non titolare di poteri dominicali giuridicamente attribuiti, va necessariamente ponderato il contenuto concreto dell'attività posta in essere nel servirsi dell'animale medesimo. Tutto ciò con la conseguenza che, all'esito di un riscontro che non sia in grado di coonestare nei fatti quel travaso di poteri esecutivi, la responsabilità continuerà a gravare, come è in fase ordinaria, sul proprietario, rispetto al quale l'attribuzione dei poteri sull'animale è una questione tecnica per antonomasia legata con automatismi alla titolarità patrimoniale. Cfr. per questo in generale ancora W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 745.

⁽¹³¹⁾ Questo è, dopo tutto, lo scopo che si prefigge l'oggettivizzazione della responsabilità, nella misura in cui appronta garanzie di tutela superiore quanto ad intensità e spessore. I fondamenti e gli esiti di questa scelta legislativa, che cerca intuitivamente di piazzare la responsabilità sul soggetto che meglio si può sostenere possa o debba preve-

venientemente ricondotta nel rango che la formula dell'art. 2052 c.c., sorretta da un'interpretazione «autentica» ricavata dall'interno della norma medesima senza il ricorso a mutuazioni di fuorviante derivazione ⁽¹³²⁾, sembra sensatamente riservarle, e non potrebbe ulteriormente fungere da alibi intellettuale per la ricerca di sbocchi devianti e farraginosamente sovradimensionati ⁽¹³³⁾. Non è di sicuro la custodia ad avere, a meno di non voler arbitrariamente forzare l'andamento tendenziale delle circostanze, un compito dirimente nell'indagine sulla responsabilità in questione ⁽¹³⁴⁾ e nella ricerca del più adeguato strumento di tutela per chi il pregiudizio ha subito ⁽¹³⁵⁾; prenderla in considerazione da questo punto di vista significa,

nire il danno, sono in maniera sintetica ed efficace riassunti da P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1061.

⁽¹³²⁾ Il problema di una valutazione ermeneutica del contenuto dell'art. 2052 c.c., secondo il prelievo del suo preciso ed inequivoco significato, è particolarmente avvertito, con una sensibilità che spesso l'interprete dimentica di autoimporsi, da C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 12.

⁽¹³³⁾ La giurisprudenza di legittimità, di cui si sono riportate in precedenza le principali decisioni, deve, invero, argomentare in maniera alquanto elaborata lo spunto che permette alle decisioni stesse di attestarsi presso un'area di responsabilità aquiliana diversa da quella additata dall'art. 2052 c.c.; si fa leva soprattutto sull'idea di un'impossibilità obbiettiva di esercitare un potere di governo espliciti in una custodia continua e di praticare un'adeguata vigilanza generale e diffusa, nel segno di una libertà naturale insopprimibile che marchierebbe la selvaggina di insorvegliabilità, comprimendo così l'addossamento di responsabilità in capo al soggetto proprietario verso le sole ipotesi di provata sussistenza di dolo o colpa, difficilmente configurabili, tra l'altro, in situazioni in cui il dinamismo biologicamente scontato degli animali selvatici di certo ben si presta ad essere esibito quale polivalente e miracolosa carta di credito per ottenere in sede giudiziale ogni più ampio esonero.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. indirettamente sul punto W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 745, nel momento in cui fa riferimento soltanto alla condizione di utente, per individuare sia chi si serve dell'animale, sia anche chi ne è il proprietario: quest'ultimo risponderebbe, dunque, più come utilizzatore che come esercente del dominio. Tale soluzione, per quanto suggestiva, omette, però, di considerare che la posizione del proprietario ha un'estensione espositiva al rischio che, come si è potuto vedere, travalica il senso dinamico dell'utilizzazione economica, alimentandosi al semplice fattore statico del godimento patrimoniale.

⁽¹³⁵⁾ Circa il problema concernente la necessità pressante di procedere in forma idonea al risarcimento della vittime della strada, si vanno elaborando a livello comunitario europeo progetti normativi che, integrando il sistema assicurativo obbligatorio di responsabilità civile automobilistica imposto in deroga all'autonomia contrattuale, prevedono, seppure con qualche opportuno temperamento, un risarcimento connesso direttamente alla semplice sussistenza del danno e svincolato totalmente da ogni minimo riferimento alla colpa tanto del danneggiante quanto del danneggiato: tutto ciò nel richiamo

nel riferimento che ci occupa, dare, da un lato, risalto eccessivo ad un paradigma che nell'occasione possiede, come appare chiaro, una valenza assolutamente defilata, ed entrare, dall'altro, in palese contraddizione con l'impostazione programmatica del sistema aquiliano⁽¹³⁶⁾.

In fondo, il problema di partenza è quello di procedere, a seguito di un danno causato pur sempre da un animale in proprietà, alla restaurazione più pronta e razionale⁽¹³⁷⁾ dell'equilibrio economico leso, ma, col ricorso ad una tavolozza confusa di argomenti, si finisce per invertire la prospettiva del piano risarcitorio, passando dal «quasi sempre» dell'art. 2052 c.c. al «quasi mai» dell'art. 2043 c.c. I termini della scelta, forieri sul terreno operativo di esiti diagonalmente opposti, si propongono in chiave drastica e stridente, avvitata sulle alchimie di una motivazione che, per di più muovendo da posizioni scomode e insufficienti, sembra distintamente puntare ad un risultato dal sapore preconcelto, che mal convince chiunque sia armato di un minimo di attenzione critica⁽¹³⁸⁾.

7. — L'esposizione complessiva che precede, afferendo ad argomenti che si presentano apparentemente come poco conciliabili fra loro, può di prima mano sembrare opera di gratuito sincretismo, quando serve, invece, a fornire gli spunti di fondo per procedere all'avvio di una revi-

al principio del cosiddetto «no fault», di matrice nordamericana, per il quale il ristoro è concesso in modo del tutto indipendente da qualsivoglia indagine sulla colpevolezza, come segnala E. RANDONE, *Il «no fault» nelle assicurazioni auto: riflessioni e prospettive*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1975, p. 349 ss.

⁽¹³⁶⁾ In questa prospettiva si vedano per tutti G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 331 ss.

⁽¹³⁷⁾ Seppure più dispendiosa in senso per lo meno statistico e più scomoda in sede di gestione selettiva e distributiva, soprattutto se si pone per un attimo mente al fatto, non certo improbabile, che l'utilizzazione di una disciplina risarcitoria di «facile» praticabilità e doviziosa di «successi» possa alimentare una diffusione a macchia d'olio delle azioni di danno, col rischio conseguente di incresciosi opportunismi, comunque in qualche maniera prontamente isolabili ed adeguatamente sanzionabili.

⁽¹³⁸⁾ Estremamente significativa nel panorama delle sentenze di merito che si collocano fuori dal coro, con argomentazioni che riguardano come tale la proprietà della fauna selvatica e vi ricollegano tutte le conseguenze di disciplina e di risultato giudiziale, si veda la già citata Trib. Perugia del 28 giugno 1996, in *Rass. giur. umbra*, I, 1997, p. 27 ss., e accanto ad essa altre interessanti pronunce del Giudice di pace di Città di Castello del 30 dicembre 1998 e del Giudice di pace di Perugia del 27 aprile 1999, ambedue riportate in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 788.

sione⁽¹³⁹⁾ di certe posizioni giurisprudenziali in materia di responsabilità per danni causati da selvaggina⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ Il riferimento di fondo, cui deve improntarsi la tecnica di ricerca sostanziale della responsabilità civile in capo alla pubblica amministrazione, non può al giorno d'oggi essere quello che tiene in conto una prospettiva autoritaristica tracciata sui residui di una non più accettabile superiorità di certi soggetti dell'attività giuridica, ma deve necessariamente ispirarsi, con assoluta «indifferenza» alle regole correnti che disciplinano il settore aquiliano, ponendo mente all'efficienza nell'erogazione dei servizi e nella predisposizione di controlli su un panorama globale, che esalti doveri di attenzione a favore dell'utenza pubblica e della cittadinanza in generale: cfr. sul punto P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 848 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ L'auspicio sottinteso di un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale, che sembra formarsi in sede di legittimità sulla materia della responsabilità per danni da selvaggina, non deve apparire del tutto peregrino, dal momento che, allo stato, attesa la presa di posizione assunta dalle pronunce dedotte in discussione nel corso del presente lavoro, esistono, come si è tentato di illustrare, validi argomenti per prospettare un'inversione anche radicale di tendenza. Come è noto, la funzione nomofilattica della Corte regolatrice non è esente da critiche, che, da un canto, ne evidenziano pungentemente sviste logiche, metodologiche e giuridiche, cfr. sul punto emblematicamente R. DOMINICI, *La determinazione della base imponibile nella tassa del lotto e lotterie: ribellione dei giudici di merito all'orientamento della Cassazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, p. 431 ss. e M. ORSENIGO, *Commento a Cass. n. 3143/93*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3513 ss., e, dall'altro, ne sottolineano i non infrequenti cambiamenti di indirizzo, cfr., a mero esempio, F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 73 ss. e S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 118. Mette conto anche far osservare in proposito che certe decisioni della Corte Suprema sul tema in parola sono non confermatrice ma correttive delle sentenze dei giudici territoriali cassate, trasparendo da questo come, a parte la non trascurabile e tenace reiterazione sul punto di soluzioni di merito in contrasto con gli specifici dettami di legittimità, non sia poi del tutto irragionevole e tecnicamente impraticabile sostenere la configurabilità di tesi decisorie diametralmente lontane e parimenti plausibili: si veda per indicazioni di ordine generale, ma quanto mai stringenti G. MONETA, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995, p. 9 ss. Per quanto attiene più in particolare all'esistenza di articolatissime sentenze di merito, che hanno ritenuto di dover applicare anche in materia di danni da selvaggina lo schema di responsabilità aggravata definito dall'art. 2052 c.c., si veda da ultimo, per decisioni recenti ed anche risalenti, R. PRELATI, *op. cit.*, p. 410 ss. Sul versante di questa tematica, è chiaro a tutti che, mentre la cultura giuridica continua ad accreditare un'immagine dell'amministrazione della giustizia quale fenomeno superiore e astrattamente distaccato dal contesto dei problemi sociali, l'esperienza che si vive nella realtà disegna un profilo assai diverso; da una parte, si trovano il diritto e la tecnica giuridica, e, dall'altra, si rinvencono immancabilmente le ideologie e le concezioni del mondo, che sempre si fondono, in ogni momento in cui la sensibilità del dato giuridico viene a contatto, per regolarlo, col caso concreto e con i suoi contenuti, che si prestano nella quasi

Negli ultimi lustri, infatti, nelle occasioni in cui la Corte Suprema è stata chiamata, a più riprese e da più punti di vista, ad occuparsi del tema specifico, si è andata facendo spazio l'idea che la categoria aquiliana a quest'ultimo applicabile debba essere non già quella particolare profilata dall'art. 2052 c.c.⁽¹⁴¹⁾, bensì quella generale presentata dall'art. 2043 c.c.: questo con tutte le questioni di trattamento differenziato⁽¹⁴²⁾ che derivano a certe situazioni di danno, le quali, per essere appesantite dal fardello di un complesso onere probatorio, reso tale dall'aggravamento giurisprudenziale di una non improbabile ipotesi di responsabilità aggravata, rischiano senza retorica di rimanere inesitate in sede di opportunità pratica di azionamento e di restare, quindi, insoddisfatte in termini concreti di risarcimento⁽¹⁴³⁾. Di fronte a questa seria consapevolezza, supportata da

totalità delle circostanze, ad una lettura ambivalente e ugualmente giustificabile sul piano logico e tecnico.

⁽¹⁴¹⁾ Il richiamo a tale normativa è reso concepibile del fatto che la disciplina introdotta dalla l. 968/77 supera quella di cui all'art. 923 c.c. e individua una nozione di appartenenza proprietaria come quella indicata in via esclusiva dall'art. 2052 c.c., sulla supposta assenza di alternative stringenti normativamente descritte. Indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche relative alla configurabilità o meno di una detenzione in senso tecnico da parte dello Stato nei riguardi della fauna selvatica si rinvengono in F. CENTOFANTI, *Nota a Cass. n. 8788/91*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1795 ss.

⁽¹⁴²⁾ Non è, infatti, solo questione di individuare o incrementare le situazioni che si assumono bisognose di protezione rispetto al rischio corrente di danneggiamento, ma anche di stabilire con quali liturgie affrontare la tutela e garantire che questa risulti più «forte» possibile.

⁽¹⁴³⁾ Passando oltre la necessità di dare una soluzione quale che sia al problema aperto dal caso di specie, si tratterebbe di elaborare con cura una linea di principi generali sulla delicata materia, evitando di partire dal presupposto, di esito sostanziale, tendenzialmente suffragato dalla meccanica e acritica trasposizione di regole elaborate con riguardo ad ipotesi magari completamente diverse, di un'aprioristica affermazione o negazione di responsabilità qualificata, con tutte le non occultabili conseguenze sul terreno dell'ottenibilità in concreto di un risarcimento da parte dei soggetti vittime di eventi dannosi del tipo di cui si disputa: si veda sul punto G. OBERTO, *op. cit.*, p. 781, e anche W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 742. Nel campo dei danni da fauna occorrerebbe annoverare certi tipi di danno tra quelli, per così dire, anonimi ed inevitabili, ed accettare che alcune ipotesi di danneggiamento, pur provocando situazioni meritevoli di tutela concreta, non permettono il collegamento perfetto del danno ad un soggetto determinato, almeno secondo un'intuizione ancorabile agli schemi tradizionali: ciò non di meno, essi si presentano come effetti di pregiudizio «necessari» e statisticamente ineliminabili, per cui il loro trattamento, proprio nel riscontro delle loro particolarissime attitudini e caratteristiche, non può essere rigoristicamente gestito alla stregua delle cadenze applicative ed interpretati-

dati probabilistici ragionevolmente intuibili, che fanno sensatamente concludere che, secondo l'applicazione della disciplina risarcitoria di ordine generale, una fascia numericamente ragguardevole di pregiudizi di quel tipo, forse non così travolgenti nell'entità quantitativa, ma di sicuro altamente ricorrenti nella diffusione statistica⁽¹⁴⁴⁾, sia di fatto lasciata, tanto forzatamente quanto discutibilmente, parcheggiata nell'insignificanza giuridica, proprio perché destinata a rimanere inevasa, prende valore un doveroso richiamo alla combinazione fra danno e risarcimento; essi sono, infatti, nel nostro sistema civilistico proposti, in omaggio ad un'esigenza irrinunciabile, quali nozioni normative collegate, per cui il danno è diventato, come dire, il presupposto indefettibile ed il contenuto indeclinabile di quella tutela che viene in buona sostanza fatta consistere nell'obbligo di risarcirlo⁽¹⁴⁵⁾, tendendosi in questo modo a far coincidere quanto più

ve classiche, col rischio di incorrere in risultati quanto meno «impopolari». Torna in mente in argomento quanto esposto alla nt. n. 130, riguardo ai sistemi risarcitori «no fault» di cui parla E. RANDONE, *op. loc. cit.* Con riferimento alla scelta di politica del diritto tendente a favorire i sistemi risarcitori basati sul criterio della colpa, come asseritamente più vicini al grado massimo di civiltà e di consapevolezza sociale, giova rimandare a P. BARCELLONA, *Diritto privato ecc.*, cit., p. 315 ss., nei passaggi in cui, richiamando autorevole dottrina, propone una severa critica all'illustrata posizione ideologica e profila la maggior rispondenza alle esigenze di un corretto bilanciamento dei conflitti di interesse, in capo alla responsabilità fondata su meccanismi distributivi plurimi, anziché sulla sola colpa.

⁽¹⁴⁴⁾ Si potrebbe pensare, soprattutto per quanto riguarda la diluizione degli strumenti di protezione, ad un'altra concettualizzazione del contenuto di «diffusione», facendo riferimento a quegli interessi comuni ad una pluralità indistinta di soggetti, tanto da apparire puramente latenti e tendenzialmente privi di titolare. E ciò specialmente per il fatto che, mancando un'effettiva forma di tutela per l'assegnazione di un funzionale meccanismo a questo deputato, la categoria di interessi contemplati pare conservare il carattere della personalità e perdere, invece, quello dell'individualità, con la conseguenza di un serio degrado del suo contenuto sostanziale. Cfr. per alcune utili considerazioni in qualche modo collegabili a quelle testé svolte anche la nota n. 14.

⁽¹⁴⁵⁾ La responsabilità costituisce ad evidenza il più efficiente canale per la distribuzione del «rischio» e dei relativi carichi riparatori, però un semplice addossamento di responsabilità purchessia non deve costituire un alibi per aggirare la pratica concreta di risarcimento ricollegata ad un'effettiva e rigida implicazione del responsabile, col supporto della griglia aquiliana di più aderente e consona applicabilità. Se è vero, infatti, che, come nel nostro caso, da un determinato stato gestionale di situazioni di pubblico interesse deriva indiscussamente un'utilità evidente per tutta la collettività, è pur vero che sia la stessa collettività, attraverso il dispiego anche applicativo di strumenti idonei e idoneamente attuati, a sopportare in modo non soltanto figurativo ed eventuale il peso

possibile, nella realtà operativa, il danno cagionato con il danno da rifondere⁽¹⁴⁶⁾. Però, una concezione moderna ed aggiornata della responsabilità aquiliana, che sia fino in fondo sensibile alla posizione della vittima ed alla sua legittima ricerca di ristoro economico⁽¹⁴⁷⁾, deve condurre

dei danni ad esso riferibili: cfr. in generale P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 323.

⁽¹⁴⁶⁾ C'è, purtroppo, il rischio che l'evento dannoso rimanga un mero fatto naturale scusso da conseguenze giuridiche, non solo quando non si riesca ad individuare validamente un criterio secondo cui ascriverlo ad un soggetto responsabile, ma anche quando si individui un criterio attraverso il quale si ascriva un danno la cui riferibilità risulterà in concreto malamente supportabile sul piano probatorio, tanto da rendere sconsigliabile, nel segno di scontate difficoltà processuali, il ricorso agli strumenti di legge da attivare per ottenere l'eventuale risarcimento. Questa situazione viene in buona sostanza determinata dalla prassi non solo giudiziaria, che prevede avvenga la decisione sulla responsabilità del soggetto agente prima di quella sulla causazione del danno, per cui ci si preoccupa, con la sicurezza di aver raggiunto risultati tendenzialmente irreversibili e comunque socialmente soddisfacenti, di rinvenire nel sistema l'esistenza di un meccanismo quale che sia di individuazione della responsabilità misurata a carico della condotta, tralasciando di verificare se quell'addossamento quasi metagiuridico di responsabilità sia all'altezza di produrre con scioltezza un corollario costruttivo consistente nel soddisfacimento risarcitorio del soggetto leso. Bisogna ammettere che l'esperienza giuridica non può esaurirsi nella mera analisi delle formule normative: in circostanze come quella in discorso sarebbe necessario abbandonare il terreno della rigoristica indagine terminologica e riportarsi su quello di un dichiarato confronto, che tocchi interessi ed esigenze contrapposti. E ciò vuoi per stabilire una relazione trasparente fra il dato tecnico e la situazione di cui si ambisce sostenere la prevalenza a livello giuridico, vuoi per evitare soprattutto la sensazione che il canone della conformità alla legge venga sovente confuso con quello dell'opportunità «politica». È forse augurabile in materia un intervento del legislatore che faccia in una maniera o nell'altra chiarezza definitiva sul punto, per far sì che la forma giuridica corrisponda il più intensamente possibile alla sostanza economica dei fenomeni che va a coprire. La già citata l. 157/92, che espressamente abolisce la figura del furto venatorio, non sembra certo andare in questa direzione, se non per quel tanto che aiuta, nello specifico del reato ridotto, a far coincidere le forme giuridiche con il «diritto vivente».

⁽¹⁴⁷⁾ Per quanto tutto questo possa rilevare, la valutazione di ingiustizia, laddove sia calibrata sul dovere di solidarietà sociale fissato costituzionalmente quale metro di giudizio operante in ogni sorta di relazione umana, presuppone, per di più, che l'attuazione dei criteri di imputazione sia disancorata da un ferreo riferimento funzionale alle fattispecie tipiche di responsabilità, suggerendo il ricorso a soluzioni applicative, che su quel piano, ricco di aspetti sostanziali, siano in grado di fornire risultati concreti e pratici di soddisfacimento degli interessi lesi: si veda per tutti su questo delicato aspetto dell'utilizzabilità del mezzo risarcitorio S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 328, il quale auspica, in vista di una sistemazione «aperta» del problema della responsabilità civile, che ci si impronti, per una maggior efficacia di risultati tanto sociali quanto economici, ad una disciplina generale della stessa, uscendo dai limiti di un'inesistente e solo asserita regolamentazione casistica.

a configurare come centrale il problema del risarcimento e portare, allorché ciò sia con linearità giuridicamente possibile e siano all'uopo agevolmente rinvenibili gli strumenti tecnici, a determinare le condizioni affinché la tutela predisposta non risulti soltanto nominale⁽¹⁴⁸⁾, per via di essere in ogni caso descritta in tinta astratta da una previsione di legge munita di una vaga pretesa di onnicomprensività, ma divenga effettiva e praticabile, in quanto favorita in concreto da soluzioni attuative razionalmente percorribili, poiché ricomprese indirettamente nel sistema o addirittura da esso stesso espressamente fornite; del resto, il ricorso alla clausola generale dell'art. 2043 c.c., cui assai sovente ci si richiama, per essere formula tanto di generalista e dilatato garantismo, quanto di comodo e anodino ripiego, non è in grado molto spesso di esaurire adeguatamente ed efficientemente ogni spazio di copertura e non può, soprattutto di riflesso, venire invocata allo scopo di confinare la specificità di una tutela aquiliana più puntuale, che più approfonditamente e calzantemente si cali verso reclami risarcitori comunque conformati o conformabili al profilo di fattispecie normativamente contemplate, e non certo ricavate attraverso metodi di disinvolta approssimazione estensiva⁽¹⁴⁹⁾.

Nell'ipotesi di cui qui ci si occupa e preoccupa, il problema assume, invero, dimensioni tecniche e operative di notevole spicco⁽¹⁵⁰⁾, le quali

⁽¹⁴⁸⁾ È proprio il richiamo generico all'art. 2043 c.c. che fa correre, come si è ampiamente detto e ribadito, questo increscioso rischio alle vittime dei danni da selvaggina.

⁽¹⁴⁹⁾ Un utile metodo per procedere a soluzioni innovative in materia di responsabilità civile è anche quello espresso da una linea di tendenza, che punta a sottrarre tale disciplina da un costante e rigido riferimento ricostruttivo delle fattispecie tipiche, per ricondurla verso la ricerca flessibile di una pluralità di metodi di valutazione variamente articolati, allo scopo di giungere ad esiti applicativi più aderenti alle situazioni concrete ed ispirati all'attuazione operativa di clausole generali e aperte: un'eco di quanto detto si ritrova, specialmente attraverso la dottrina in quella sede richiamata, in P. BARCELLONA, *Il diritto privato*, cit., p. 329 ss. In uno scenario disteso nella prospettiva sopra nominata, l'efficienza applicativa dell'art. 2052 c.c. appare, al di là di ogni questione sulla sua estensibilità alla fauna selvatica, lo strumento più calzante per legare la figura del proprietario di animale alle vicende risarcitorie connesse ai danni da esso prodotti, secondo il senso che viene compiutamente individuato e descritto da C. BELFIORE, *op. loc. cit.*

⁽¹⁵⁰⁾ Non si introduce di sicuro un elemento di retorica, se si sostiene che per la parte lesa la «speranza» di un risultato concreto sul sipario risarcitorio è tanto più «intensa» quanto più viene reso, in fase normativa o applicativa, oggettivo il grado di rimprovero mosso alla parte danneggiante o che comunque il sistema, per sua scelta di ordine inter-

meritano di essere trasportate sotto le coordinate di una costruzione applicativa volta a tenere definitivamente conto degli interessi più intensamente implicati ⁽¹⁵¹⁾. In effetti, la legge, con la quale lo Stato si è dichiarato titolare del diritto di proprietà sulla fauna selvatica ⁽¹⁵²⁾, ha sovvertito in modo tellurico il relativo regime di appartenenza, disegnando in materia orizzonti del tutto nuovi ed insoliti, le cui ricadute non possono che riverberarsi con segnali coinvolgenti anche sul piano della determinazione tecnica delle responsabilità riconnesse alla gestione concernente. Si è visto in precedenza come l'istituto aquiliano, seguendo istanze evolutive ⁽¹⁵³⁾ di perequazione ancorate alla sua stessa strutturazione, tenda in definitiva a privilegiare vocazionalmente soluzioni votate al meccanismo della responsabilità aggravata; si è anche visto come l'analisi economica suggerisca autorevolmente passaggi di lettura orientati verso il favore di una concreta attuazione dell'interesse del danneggiato, che sempre più e meglio viene additato alla stregua di un valore computabile nel gioco del mercato ⁽¹⁵⁴⁾; si è visto, inoltre, come il fascino della proprietà pubblica

no, tende a reputare tale, vincolandola ad un trattamento che è speculare rispetto a quello riservato al portatore dell'interesse contrapposto.

⁽¹⁵¹⁾ Anche in una materia sottile come questa, si rende opportuno conferire il debito peso alle contraddizioni divenute ormai caratteristiche del diritto moderno, il quale, per assicurare la realizzazione degli ideali di libertà e uguaglianza, non può che proporsi in forma tradizionalmente astratta, e tuttavia, per conseguire nel modo più intenso l'attuazione della cosiddetta giustizia, deve ineludibilmente piegarsi ad un'apertura verso le modifiche dinamiche delle realtà sociale e discostarsi, a volte anche in modo rimarchevole, dalla fattispecie legale, che costituisce, come al solito, un modello preconstituito cui diviene sempre più spesso impossibile aderire. Il senso di questa necessità quanto mai pregnante di «aggiornamento» del diritto, sul versante della responsabilità civile, si coglie con pienezza in G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 344 ss.

⁽¹⁵²⁾ In effetti, cosa che non è mancato modo di sottolineare, è totalmente condivisa la circostanza che vede l'acquisizione in capo allo Stato di una condizione dominicale propriamente intesa rispetto all'appartenenza della fauna selvatica, per come normativamente indicata e descritta sul piano della sua qualificazione biologica.

⁽¹⁵³⁾ Si vedano in questa direzione gli spunti tra gli altri autorevolmente proposti, sul tema di una lettura «costituzionalizzata» del principio solidaristico per la responsabilità aquiliana, da V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 36 ss. e da P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; per un diverso, seppur equipollente, punto di vista cfr. anche C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ È stato additato con bastevole chiarezza come tale entità, col significato crescenti e tentacolare che ha acquistato nei tempi moderni, non possa certo essere tenuta

non valga necessariamente ad accordare sconti al titolare dell'appartenenza dei beni, cui la sottoposizione a finalità di ordine superiore, se mai qualcosa aggiunga, non fa di certo perdere nulla della loro natura giuridicamente rilevante e rilevabile, quanto ai riflessi relazionali legati alla loro «utilizzazione» economica ⁽¹⁵⁵⁾ e riconducibili nella misura ordinaria e nella più assoluta svincolatezza alle categorie generali e particolari della responsabilità civile; si è visto, poi, come la figura della custodia, e più ancora quella di derivazione pratica e applicativa, avvertibilmente consistente nella «custodibilità», costituisca in buona sostanza, pur con i problemi che con sé inevitabilmente trascina, un efficace e gettonatissimo congegno di imputazione mediata, caratterialmente connotato da una notevole varietà di contorni non per forza stabili e inamovibili ⁽¹⁵⁶⁾; si è, in-

al di fuori di un dibattito che fa del dato di politica economica un elemento trainante all'interno della materia qui trattata.

⁽¹⁵⁵⁾ Concetti come utilizzazione e disponibilità sembrano, in verità, malamente accostabili alla fauna selvatica, della quale però sono indubbiamente possibili un indiretto sfruttamento economico ed una gestione utilitaristica, basati su regole che, in nome dell'interesse della collettività nazionale, si conformano ad un gradimento tipico di una posizione dominicale, da cui, nei modi consentiti dalla natura del bene, si possono esercitare i poteri proprietari «tradizionali». Su questo argomento concernente l'esercizio di facoltà di disposizione sulla selvaggina, si veda indirettamente P. DI CIOCCIO, *Tempi e specie: l'Europa si muove*, in *Il cacciatore italiano*, novembre, 2001, p. 8 ss., mentre per quello concernente l'esercizio di poteri a contenuto patrimoniale si vedano R. PRELATI, *op. cit.*, p. 418 e, in generale, W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 744, che illustra come lo sfruttamento dell'animale debba venire e valutarsi esclusivamente con riguardo puntuale e indefettibile alla naturale destinazione dello stesso: in altre parole, dovrebbe essere l'animale, con la sua natura al limite anche selvatica, a dettare oggettivamente le regole della di lui utilizzabilità e non l'atteggiamento soggettivo del suo utilizzatore, comunque in posizione di impegno o disimpegno a seconda del tornaconto economico contingente. In questo prisma di non impossibile giuridificazione di certi profili teorici, anche la fauna selvatica si presterebbe ad essere sottoposta ad un regime di utilizzazione economica, calibrata sì insopprimibilmente sulla sua particolare vocazione esistenziale, ma non per questo fatalmente passabile sotto silenzio al momento di un verdetto tecnico sulla sua rilevanza in punto di diritto. Sul concetto di utilità traibile dall'animale si vedano anche A. TORRENTE, *Sull'identificazione del soggetto responsabile nel caso di danni prodotti da animali*, in *Tempi nap.*, 1959, I, p. 350 ss. e A. COLASURDO, *Considerazioni sul fondamento della responsabilità per fatto di animali*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1162 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Si veda per tutti in generale P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 15 ss. È doveroso ricordare, in ogni caso, onde evitare equivoci, che il concetto di custodia viene improvvidamente e pletonicamente invocato per descrivere lo stato di responsabilità nei riguardi di che dell'animale risulta proprietario.

fine, visto come la conformazione del rapporto proprietario nella sua completezza sia l'indicatore tecnico fondamentale, e fundamentalmente più affidabile, per attrarre e trattenere il titolare del potere dominicale⁽¹⁵⁷⁾, comunque atteggiato, nel settore oggettivo del danno cagionato da animali. E tutti questi sono senza dubbio argomenti che insieme convergono nell'additare la possibilità di visitare più da vicino scenari diversi, per tentare diverse conclusioni sul tema in discussione.

Aderendo, come si è accennato, ad una soluzione così chiusa e fiscale, che inconfutabilmente si radica in un'interpretazione macchinale e pigra del sistema aquiliano preso nel suo complesso strutturale e funzionale, si corre il serio pericolo di chiamarsi completamente fuori dal tessuto normativo e culturale, che ispira modernamente le regole della responsabilità civile, e si finisce per attestarsi su posizioni che deliberatamente aprono nel concreto una scopertura risarcitoria per mezzo di un indiretto e malamente superabile inasprimento dei pesi probatori in testa al danneggiato, cui viene di fatto negata tutela con l'approntargli residualmente una via di reazione ristretta ed accidentata non convenientemente transitabile⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ La dominicalità, alla stregua di quanto si è andato fin qui sostenendo, offre una visuale della proprietà che la impegna sul piano dell'attribuzione di responsabilità del tutto indipendentemente dal fatto che la posizione del titolare rispetto al godimento sul bene venga ad esprimersi in fasi attive o passive: su questo aspetto specifico si rinvia ancora a C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 14.

⁽¹⁵⁸⁾ Di estremo interesse, non solo per le soluzioni attuative che adotta, ma anche per la radicalità originale con cui affronta in modo innovativo il tema di un recupero di efficacia funzionale del sistema risarcitorio nello specifico settore, pare la disciplina introdotta dal d.lgs. 261/99, intestato «Attuazione della Dir. 97/67 CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio» ed emesso in aderenza a dette disposizioni, le quali, evidentemente, a parte le questioni di uniformazione della normativa dei Paesi comunitari, hanno inteso, tra l'altro, superare un problema di «difficoltà risarcitoria» per certuni versi analogo a quello in discorso: ciò è tanto vero, se si pensa che, ad esempio, il regolamento postale nostrano bizzarramente limitava gli indennizzi da disfunzione a somme irrisorie corrispondenti a pochi multipli del valore dell'affrancatura e che, per giunta, alcune non soverchiamente illuminate pronunce della Magistratura Superiore avevano stabilito il principio per cui all'utente poteva spettare un maggior risarcimento soltanto nei casi in cui sussistessero comprovate, e di certo processualmente poco immaginabili, ipotesi di dolo del personale postale. La direttiva ha, così, imposto l'introduzione, nel meccanismo risarcitorio per danni postali, di «procedure trasparenti, semplici e poco onerose per la gestione dei reclami degli utenti» e la realizzazione di un agevole e rapido «sistema di rimborso e di compensazione»; l'art. 14 del decreto citato, in linea con gli au-

Mantenendo il danno da fauna selvatica nel cono d'ombra dell'art. 2043 c.c., si costruisce, in chiave di fatto ed in senso tutt'altro che metaforico, un'area di immunità aquiliana⁽¹⁵⁹⁾, come quella la cui sussistenza era favorita e, per quanto sia, giustificata dalla qualità di cosa di nessuno legittimamente attribuibile alla fauna medesima sotto il regime giuridico precedente⁽¹⁶⁰⁾. Se si muove, infatti, dal presupposto che quest'ultima non si presti, per sua natura e destinazione, ad essere «controllata» nel suo congenito dinamismo, vuol dire che sarà in pratica impossibile individuare ipotesi di dolo o di colpa a carico della pubblica amministrazione in potenza responsabile, la quale, sia pure senza mediazioni attingibili sotto il titolo dell'indiscussa appartenenza ravvisabile, non potrà verosimilmente mai essere attratta in situazioni di valida e stringente imputabilità⁽¹⁶¹⁾, allorché un bene, non passibile, per definizione assodata, di vigilanza e fisiologicamente libero, provochi, in virtù e misura della vitalità animata che per sorte biologica gli compete, nocimento a malcapitati membri della collettività nei luoghi e nei tempi necessariamente ed inevitabilmente determinati, almeno in via stocastica, da un'insopprimibile quotidiana convivenza⁽¹⁶²⁾. D'altronde, la non vigilabilità, cui ci si appiglia quale crite-

spici sovranazionali, prevede, dopo che, all'art. 1, il servizio postale è stato definito, nella struttura organizzativa e funzionale, come attività di preminente interesse generale, che il fornitore del servizio sia chiamato a rispondere, seguendo percorsi programmati rimborsativi o compensativi, dei danni causati dai disservizi, secondo una procedura conciliativa, attivabile con apposito non formale reclamo, il cui esito, qualora non ritenuto soddisfacente del danneggiato, non preclude il ricorso alle vie giudiziarie ordinarie.

⁽¹⁵⁹⁾ Come si è più volte avuta la maniera di sottolineare in precedenza, si viene nei fatti a creare una ribalta di non risarcibilità, in ordine alla quale è d'uopo avviare un percorso di riflessione mirata alla revisione.

⁽¹⁶⁰⁾ Tale circostanza, che vede un'impostazione totalmente differente della questione relativa ad una possibile ascrizione di responsabilità su base proprietaria, è universalmente e pacificamente ammessa in ogni sede tecnica; si veda sul punto R. PRELATI, *op. cit.*, p. 416 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Tolta di mezzo la mimetizzazione, tale circostanza combinatoria dal sapore metagiuridico incombe, in effetti, con tutta la sua portata di rilievo sociale, sulla funzionalità complessiva del richiamo ad una normativa che soltanto sulla carta sembra offrire garanzie risarcitorie adeguate.

⁽¹⁶²⁾ Si pensi, a conferma di tutto ciò, all'elencazione esemplificativa di situazioni formulata in esordio alla nt. n. 1, nonché a quanto lo stato di cose potrebbe mutare nei suoi termini intrinseci, se si dichiarasse applicabile la disciplina di cui all'art. 2052 c.c. al posto di quella di cui all'art. 2043 c.c.

rio dirimente di disciplina giuridica ogni qual volta si abbia riguardo alla potenzialità dannosa della selvaggina, non pare sensatamente possa fungere da limite esterno alla custodia materiale ⁽¹⁶³⁾, quasi che l'art. 2052 c.c. non debba valere nella sua generica dizione per ogni sorta di animali, mansuefatti o selvatici, domestici o bradi ⁽¹⁶⁴⁾; parallelamente, la non

⁽¹⁶³⁾ Cfr. sul punto M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, cit., p. 464, rammentando che la custodia non è elemento evocabile nel rapporto proprietario con l'animale e che la titolarità dominicale basta da sola a far da sedime al carico di responsabilità conseguente.

⁽¹⁶⁴⁾ Sul punto è poco diffusa l'idea di una previsione necessariamente onnicomprensiva e sfornita di eccezioni apparenti: si vedano comunque P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 75; M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 487; F. CIGOLINI, *Il diritto di caccia nella legislazione italiana e regionale*, Milano, 1959, p. 411. In proposito, non si è pensato ad un'esimente basata sulla custodia quanto alle api, pur a fronte di una situazione indiscutibilmente analoga a quella che vede implicati gli animali selvatici sottoposti ad una condizione di naturale libertà e, dunque, secondo un'opinione che più che una tesi giuridica è un proclama, non passibili di vigilanza e controllo; la questione si è risolta, in forma più o meno curiosa, col richiamo a diverse disposizioni di legge e a diversi principi, fingendosi di ignorare totalmente il fatto che notoriamente le api, nel loro incessante e febbrile lavoro di ricerca e accumulo del nettare dei fiori, percorrono in lungo e in largo chilometri e chilometri per rifornirsi del loro prezioso carico. Con un taglio di originale impostazione, l'apicoltura viene, così, inquadrata, da Cass. n. 837/74, tra le attività connesse di un'impresa agricola e, come tale, consentita senza alcuna limitazione, imponendosi tuttavia all'allevatore un obbligo di diligenza, non meglio identificato, nella collocazione delle arnie ad una conveniente distanza dal confine, in modo da impedire che gli sciami d'api invadano il fondo contiguo: tutto questo perché l'esercizio di un diritto deve necessariamente contemperarsi con i dettami della solidarietà sociale ed essere quindi svolto nel rispetto del precetto fondamentale che impedisce di creare disturbo agli altri. Pur escludendo l'applicabilità agli alveari della disciplina delle distanze legali previste dall'art. 890 c.c. per le fabbriche e i depositi nocivi e pericolosi, Cass. n. 10912/91, ritiene che l'apicoltore non possa andare esente da un dovere, così definito, di cautela, che gli intima di collocare i bugni a distanza prudenziale, onde impedire fastidiosi sconfinamenti degli insetti, in omaggio alla subordinazione dello svolgimento dell'attività di allevamento ad un prevalente diritto all'incolumità e sicurezza delle persone. Il conflitto di interessi proposti nel contesto descritto viene affrontato e risolto alla stregua di una questione di rapporti di vicinato, relazionando reciprocamente, su ipotesi alquanto peculiari, le posizioni dei proprietari di fondi limitrofi. Il problema dell'attribuzione proprietaria delle api, che ben avrebbe aperto la strada all'applicabilità non certo remota dell'art. 2052 c.c., non viene neanche sfiorato, pur trattandosi, per come chiaramente trapela dal tenore delle decisioni riportate, di animali comunque oggetto di allevamento, a prescindere dalla loro natura di insetti. Per una completa e compendiosa trattazione della materia specifica e per la prospettazione cadenzata di tutte le perplessità suscitate da varie soluzioni decisorie espresse sul tema, si veda C. MARTORANA, *op. cit.*, 460 ss.

fruibilità diretta, intendendo la fruibilità in senso, per così dire, tradizionale, non può fare ragionevolmente da confine all'utilizzazione economica, pur nella sua accezione ristretta, se è vero che ai nostri giorni ritorni patrimonialmente rilevanti, percepibili per via indotta, sono, nell'esperienza corrente, più comuni e cospicui di quanto si pensi e vengono in maniera massiva costantemente prodotti da più o meno articolate e complesse relazioni di mercato, alle quali la fenomenologia delle appartenenze pubbliche non può certamente immaginarsi del tutto estranea, soprattutto in un campo come quello all'esame ⁽¹⁶⁵⁾.

È a petto di questo frangente che l'ipotesi non peregrina di una revisione realistica e spassionata del concetto giurisprudenziale di custodia ⁽¹⁶⁶⁾ sembra fare aggio su qualunque altra soluzione ⁽¹⁶⁷⁾ innovativa o modificativa prospettabile, stante che un auspicabile adeguamento dei contenuti di principio, che animano una visuale puramente fisiocratica e tecnicistica, come per molti versi appare quella qui sottoposta a critica, lancia riverberi inoppugnabilmente problematici sulla risarcibilità di una serie di danni che, vuoi sulla linea latamente sociale, vuoi sulla linea strettamente giuridica, paiono meritare maggior attenzione e più consoni riconoscimenti ⁽¹⁶⁸⁾: la

⁽¹⁶⁵⁾ Per spunti in ordine al tema delle produttività economica in senso statico e dinamico della fauna selvatica, quale elemento incancellabilmente legato quanto meno all'ambiente, al paesaggio ed all'immagine anche planetaria della nazione, si veda in generale R. PRELATI, *op. cit.*, p. 418 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Opportune riconsiderazioni dovrebbero non tanto e solo toccare, nel merito, il contenuto intrinseco dell'apparato funzionale della custodia, immaginato nella sua applicabilità alla fattispecie degli animali selvatici, ma anche e soprattutto, come si è insistito, rivedere, nel metodo, la possibilità concreta di far passare la custodia nella veste di misura qualificante della condizione dominicale, che compete al proprietario dell'animale in ordine alla responsabilità derivabile. Giova richiamare sul punto gli scritti di W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 741 ss. e C. BELFIORE, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Anche se, come si è detto e visto, la configurazione di un'appartenenza di tipo dominicale, ascrivibile alla fauna selvatica come complesso di animali economicamente utilizzabili e utilizzati in nome di un interesse rilevante della collettività nazionale, farebbe venir meno per molti versi la questione individuativa dei contenuti della custodia esperibile nel frangente specifico, visto il tenore delle discipline dettate dall'art. 2052 c.c. sul conto della responsabilità del proprietario: cfr. per tutti ancora W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 745.

⁽¹⁶⁸⁾ Gli animali selvatici hanno attualmente, ai sensi di legge, un proprietario e, fatta eccezione per il prelievo venatorio che, sotto determinate rigorose condizioni, è attività permessa a fronte della quale il titolare dell'appartenenza rinuncia temporaneamente al proprio diritto di proprietà per consentire legalmente ad altri la legittima occupazione dei capi abbattuti, non possono, se non in presenza di necessità particolari, essere indiscri-

custodia, invero, non può, per quanto di ragione, nel suo riferimento all'appartenenza proprietaria di cui parla l'art. 2052 c.c., essere ritenuta semplicemente come l'espressione tonificante di un controllo effettivo, ma assume ben giustificatamente anche l'aspetto più estensivo e parimenti percorribile di un'astratta possibilità di vigilanza, ragionevolmente rimproverabile a chi, sotto la veste praticabilissima di una responsabilità aggravata suggerita dal contesto normativo nella sua convergente articolazione, del bene sia in senso tecnico, sia in senso giuridico dispone ⁽¹⁶⁹⁾. Non per niente, a questo punto, in quanto sinergico con la segnalata opportunità di tale revisione, è da invocare pure un ritocco dei contorni del concetto di utilizzazione economica, la quale non può esclusivamente vedersi come mirata al conseguimento continuo di esiti patrimoniali diretti e immediatamente misurabili, ma può e deve anche saper esplorare combinazioni in cui si producano corpose ricadute indirette, in grado di giustificare la convenienza «lucrativa» di un'appartenenza solo apparentemente priva di valutabilità su quel piano ⁽¹⁷⁰⁾.

minatamente uccisi o ridotti nel numero: cfr. sul punto R. PRELATI, *op. cit.*, p. 416 ss. La cronaca quotidiana ha di recente riportato la notizia che in un Paese scandinavo si stanno attuando piani di sterilizzazione della selvaggina, nel caso specifico lo storno, per limitare, attraverso la riduzione della consistenza di quella popolazione ornitica, i danni alle colture agricole ed ai parchi cittadini. È sconcertante ed increscioso, e comunque indegno di una nazione civile, autorizzare l'uso di mezzi subdoli e non rumorosi, per ottenere, senza l'«impopolare» ricorso alle doppiette, l'eliminazione di fauna che viene in un determinato momento storico indebitamente definita nociva.

⁽¹⁶⁹⁾ Si verifichino, in proposito, nel loro contenuto d'insieme, le già citate leggi 968/77 e 157/92 circa i modi di concepire il prelievo venatorio, e si constati come il meccanismo delle cosiddette deroghe di caccia influisca notevolmente sul potere di disposizione e sul suo esercizio: si vedano per tutti sul punto P. DI CIOCCIO, *Deroghe: la Toscana resta al palo*, in *Il cacciatore italiano*, settembre 2001, p. 29 ss. e G. PETTINÀ e M. CALVI, *Deroghe alle Regioni, il sì del Senato, ivi*, marzo 2002, p. 6 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Ritenere scontata l'assenza di valori patrimoniali collegati o collegabili all'appartenenza in discorso significa operare deliberatamente una scelta di fondo a favore di un sistema risarcitorio puntato sulla colpa, accettando l'implicita notoria conseguenza che esso non offre, sia in generale sia in particolare, larghe garanzie di risultato, a differenza di quanto, invece, accade all'interno di un sistema fondato sul rischio. Con la prima scelta si tende però a lasciare a carico della vittima le perdite dovute alla lesione, mentre sarebbe da perseguire l'obiettivo opposto, pretendendo, laddove possibile, come nel caso che ci occupa, di accollare le conseguenze del danno in capo a chi il danno ha provocato. Si tratta, ad evidenza, di una scelta di metodo consapevole, foriera degli esiti che le competono: d'altra parte, non si può negare che da sempre, in un ordinamento che può

Risulta chiaro però che la scelta della Corte Suprema sul tema specifico si mostra in buona misura allineata su ragioni di politica del diritto che sono, pur se non dichiaratamente, rivolte a circoscrivere, almeno nella fattispecie di stretto riferimento, quanto più possibile il novero dei danni che concretamente si rivelino risarcibili: e ciò in omaggio ad una tendenza che sembra opportuno definire ligia alla tradizione ⁽¹⁷¹⁾. Ci si affida, così facendo, ad una tecnica di selezione degli interessi informata all'identificazione della posizione qualificativa del danneggiante e corrispettivamente del danneggiato, per trarne dei segnali di orientamento e dei parametri di misura da inserire nel conseguente giudizio di responsabilità, in modo da investire tutte le questioni rapportabili all'imputazione del danneggiante e da contornare, di rimessa, l'ambito di operatività della norma che si assume e si indica pressoché apoditticamente come violata ⁽¹⁷²⁾. È lecito richiedere, pertanto, una nuova scelta di metodo ⁽¹⁷³⁾ nell'approccio con la materia in oggetto ⁽¹⁷⁴⁾, tenendo a mente che nel corredo genetico del si-

dirsi non completamente influenzato dall'esigenza di mirare alla cosiddetta efficienza economica, le regole di gestione della proprietà e di determinazione della responsabilità civile sono fattori che piegano il dato giuridico verso strumenti per la distribuzione più o meno razionale e costruttiva delle risorse. Va ribadito, ad ogni buon conto, che in testa al proprietario, quale figura intesa in senso stretto e tipizzato, è in ogni frangente possibile riscontrare gli estremi di un'utilizzazione economica, in potenza o in atto, insita nella stessa natura giuridica e nello stesso contenuto sociale del diritto medesimo: si rinvia per questo ancora una volta alle considerazioni di ordine generale svolte da W. VENTRELLA, *op. cit.*, p. 747, senza problemi estensibili al potere dominicale della pubblica amministrazione.

⁽¹⁷¹⁾ Eppure il «ripensamento» auspicato non implicherebbe un ribaltamento di posizioni, già comunque entrambe espressamente favorevoli alla risarcibilità, né tanto meno uno stravolgimento dell'ordito dei dogmi tradizionali.

⁽¹⁷²⁾ Si allude, è chiaro, all'art. 2043 c.c., la cui applicazione viene invocata, nelle fattispecie coinvolgenti i danni da selvaggina, senza l'indicazione di parametri discriminatori soddisfacenti rispetto alle praticabilità di pur presenti alternative, aggirando per quanto possibile il denso sfondo problematico palpabile nel contesto. Per una panoramica di questioni collocabili su di un piano di stretta analogia, affrontate, seppure da altro punto di vista, con specifico riguardo al metodo logico adottato per il confezionamento delle decisioni giudiziali, si veda G. OBERIO, *op. cit.*, p. 778 ss.

⁽¹⁷³⁾ Punto di partenza, o meglio, punto di riavvio della rinnovata riflessione dovrebbero avvertibilmente essere i più recenti approdi giurisprudenziali che hanno coerentemente aggiunto alla materia all'esame nuovi «colpi ad effetto», come, ad esempio, ha fatto la già citata Cass., Sez. un., n. 12901/98.

⁽¹⁷⁴⁾ Corre l'obbligo di ricordare, con qualche ausilio da parte di P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 75, come il principio di cui all'art. 2052 c.c., strutturalmente e vocazionalmente applica-

stema aquiliano è possibile rintracciare senza sforzo i suggerimenti per un riassetto delle concezioni relative alla funzione che sul punto la responsabilità civile dovrebbe essere utilmente convocata a svolgere ⁽¹⁷⁵⁾.

Come si è visto, il quadro augurabilmente sondabile dall'interprete, una volta prese le debite distanze dai calcolati «pregiudizi» che potrebbero falsare, irrigidendola, l'indagine, per altro inaggrabile, sugli aspetti solo apparentemente complementari della questione ⁽¹⁷⁶⁾, risulta all'esito meno complesso di quanto si potrebbe assumere in prima analisi, a patto che non si perda aprioristicamente di vista un obiettivo di linearità metodologica assolutamente indispensabile nel caso in discorso ⁽¹⁷⁷⁾. Tramite l'im-

bile a qualunque tipo di animale, sia piegato a patire un'eccezione, quando ad essere implicata sia la selvaggina. L'opportunità di una riconsiderazione del quadro giurisprudenziale, delineatosi in sede di legittimità, non può che puntare sul fatto che la mancanza o l'insufficienza di elementi probatori giochi un ruolo «troppo» determinante e speculare in ordine vuoi all'impostazione complessiva dell'indagine, vuoi al risultato finale dell'adossamento degli oneri risarcitori, a seconda che si calchi la pista di una valutazione soggettiva oppure di quella oggettiva.

⁽¹⁷⁵⁾ Soprattutto se si rivedono le posizioni concernenti il non previsto compito di indole dirimente affidato al concetto di custodia all'interno della relazione che lega proprietà e responsabilità nel fenomenologia del danno prodotto da animali, concetto che, viceversa, trova una sua collocazione attributiva in certa misura di presupposti di imputazione, quando il coinvolgimento si rivolge non già al padrone, bensì all'utente dell'animale.

⁽¹⁷⁶⁾ Il nodo basilare della dibattuta vicenda sembra toccare da vicino l'aspetto relativo alla presenza, nell'ambito del conflitto di interessi che si ingenera nel contatto con la fauna selvatica, della pubblica amministrazione, presenza che rischia di condizionare non poco il piano di indagine, nella misura in cui apre il campo ad un esame impostato quasi rassegnatamente dal lato dell'eccezione, mentre è dato cogliere senza equivoco l'esistenza di spazi per un ricamo giuridico attestato sul terreno della normalità dei dettagli di riferimento.

⁽¹⁷⁷⁾ In realtà, per come si è più volte fatto notare, esistono tutti gli elementi per procedere in materia alla sdoganamento dello schema dell'art. 2052 c.c.: basta mettere da parte ogni suggestione pregiudiziale relativa alla pretesa e solo supposta originalità del quadro, che si presenta all'osservazione e che spinge a valutare preventivamente la condizione giuridica del proprietario e la natura tecnica del rapporto di appartenenza, prima di decidere quale debba essere il grado di esposizione alla responsabilità per danni. Si vedano indirettamente le considerazioni svolte, sul verdetto di responsabilità espresso giudizialmente in capo all'apicoltore, quale proprietario e custode di insetti «produttivi» oggetto di allevamento da C. MARTORANA, *op. cit.*, p. 468; da questo manifestamente traspare la critica verso ipotesi di riepilogo soggettivo della responsabilità e al tempo medesimo la preferenza verso altre mirate ad una ricostruzione oggettiva della disciplina che regola l'addebitamento, soprattutto in considerazione del fatto che non si può credi-

piego di una tecnica giuridica che attinga, di più agli elementi sostanziali che non a quelli formali ⁽¹⁷⁸⁾, è consentito giungere sul punto a conclusioni decisamente diversificate e tendenzialmente più appropriate di quelle calcate dalla giurisprudenza di legittimità: se si segue, invero, il filo conduttore di quanto si è fin qui venuto esponendo, si nota a colpo d'occhio come tutti gli interrogativi riguardanti l'appartenenza della fauna selvatica ⁽¹⁷⁹⁾, sia nella prospettiva, certamente primaria, della disponibilità proprietaria e dell'utilizzazione economica ⁽¹⁸⁰⁾, sia in quella, altrettanto

bilmente sostenere che le api, in grazia della loro innegabile particolare natura fatta essenzialmente di mobilità e di dinamismo, siano in senso dominicale comunque («non controllabili», atteso che il potere di «disposizione» e «utilizzazione» del proprietario allevatore delle stesse può in ogni caso e momento diventare passibile di concreto rimprovero soltanto con riguardo all'atto in cui si verificano danni arrecati «anonimamente» da quegli insetti ai vicini.

⁽¹⁷⁸⁾ Va da sé come la scelta dell'atteggiamento metodologico sia rimessa alla sensibilità del giudicante, nella viva speranza che venga superata ogni spinta a rendere ideologizzata la galassia della responsabilità civile, così come rammentato da C. SALVI, *Il danno ecc.*, cit., p. 295.

⁽¹⁷⁹⁾ E questo si esige che sia un dato acquisito, sulla scia della nozione codicistica profilata dall'art. 832 c.c., non solo per quanto possa tecnicamente riguardare la figura esteriore del soggetto che si candida come titolare di questa specifica appartenenza, ma anche per ciò che debba caratteristicamente concernere la qualità interiore del rapporto proprietario preso in considerazione.

⁽¹⁸⁰⁾ Senza voler con ciò incidere sulle questioni più o meno condivise di irregimentazione dell'attività venatoria, ma semplicemente con l'intento di voler sottolineare uno dei tanti momenti di disponibilità utilizzatoria della selvaggina, merita segnalare che è pendente un disegno di legge nazionale, che, se venisse approvato, oltre a ripristinare l'uccellazione, renderebbe di nuovo praticabile, in aggiunta a quanto già permesso, l'abbattimento di fringuelli, peppole, verdoni ed altri uccelli simili. Alcune Regioni hanno già anticipato detto disegno di legge, il quale prende spunto da una direttiva europea sulla conservazione degli uccelli selvatici, direttiva di cui si reclama da più parti la piena ricezione; tale direttiva prevede, difatti, a precise condizioni e sul principio che non siano adottabili soluzioni alternative parimenti soddisfacenti, deroghe al regime generale di protezione, come quando siano rigorosamente in gioco ragioni di salute e sicurezza pubblica, di sicurezza aerea, di prevenzioni di danni alle colture, al bestiame, ai boschi, alla pesca e alle acque, o come quando siano invocabili fini di ricerca o di insegnamento, e necessità operative per la reintroduzione di specie. L'applicazione materiale delle deroghe, attuative di prelievi e abbattimenti, era stata affidata, sin dal tempo in cui la direttiva in parola era stata inizialmente attivata, l'anno 1991, ed in omaggio allo spirito della stessa, la Commissione europea ha di recente deciso di promuovere nei confronti della Repubblica Italiana una procedura formale per infrazione, essendo stata consentita per diverse stagioni venatorie sul territorio nazionale la caccia, con prelievo, quindi, generalizzato,

significativa, dei criteri di custodia e di controllo ⁽¹⁸¹⁾, siano apertamente suscettibili di essere sciolti sulla scorta di assunti che, dati argomentativi alla mano, incontrano il duplice conforto di un impulso teorico e di un riscontro pratico.

Si può senza complicazioni ribadire, in sintesi ultimativa, che, immettendo una situazione di responsabilità all'interno delle ipotesi governate dalla colpevolezza della condotta, si amplia notevolmente, soprattutto in alcuni casi, il margine di «superiorità immunizzata» del soggetto attivo di quella condotta, rendendo, di rimando, più vaga la «speranza» di un risultato concreto per ogni iniziativa risarcitoria promossa da parte del soggetto passivo leso ⁽¹⁸²⁾: infatti, in queste ipotesi l'ampiezza e la scopribilità della responsabilità non dipendono, come in altre circostanze strutturate in modo da risultare più favorevoli per il danneggiato, da un oggettivo collegamento tra la condotta ed il danno, ma unicamente, e più probabilmente, dalla possibilità soggettiva di connettere eziologicamente il danno ad una condotta passibile di un comprovato rimprovero di colpevolezza, con ciò dilatandosi la sfera di «libertà» di chi quella condotta è di fatto autorizzato a tenere, e contestualmente non poco comprimendosi la posizione di chi dovrebbe giudizialmente contrastarla. Si ha così la conferma, neanche tanto indiretta, che, alla luce di un'opzione restrittiva verso la risarcibilità concreta e verso la praticabilità del successo risarcitorio, la scelta di un'icona specifica della responsabilità, pur davanti alle alterna-

«in deroga» alle specie passera comune, passera mattugia e storno. Indipendentemente da tutto, pare proprio che questo sia per ogni verso uno dei tanti modi di «manipolare» utilitaristicamente la selvaggina: si veda per un riscontro sull'argomento P. DI CIOCCIO, *op. ult. cit.*, p. 28 ss., dall'esposizione del quale si coglie con pienezza il senso di come il potere pubblico possa disporre della selvaggina medesima, consentendone o meno il prelievo venatorio e contorcendosi nella circostanza in mille acrobazie tecniche e giuridiche, le quali, indipendentemente dagli esiti positivi o negativi che possano avere a livello pratico sull'esercizio della caccia, denunciano in maniera lampante come vi sia la possibilità di svolgere in concreto attività di gestione su un bene di cui pare si voglia, in fin dei conti, utilizzare qualunque aspetto economico e paraeconomico, che a ciò più o meno facilmente si presti.

⁽¹⁸¹⁾ Sul merito delle metodologie, di cui si è detto, adottate per «razionalizzare» il controllo numerico delle specie, c'è infine da sottolineare quanto il potere di disposizione da parte della pubblica amministrazione sopra il mondo selvaggio si esalti e si esponga con pienezza davanti all'attuazione di queste particolarissime pratiche.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. per tutti in generale G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 331 ss., nonché P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 37 ss.

tive proposte dal sistema aquiliano, implica irreversibilmente la volontà di un risultato che incide con energia sulla scelta di riferimento, per buona parte condizionandone, in senso positivo o in senso negativo, i vari protagonisti.

Non resta che attendere, alla luce di non impossibili «sviluppi» applicativi ⁽¹⁸³⁾, che gli aspetti fondamentali di questa tematica, tutta avvolta intorno al giudizio sul grado di responsabilità per danni prodotti da selvaggina, venga ulteriormente sottoposta a vaglio nelle sedi deputate ed ottenga in maniera tempestiva trattamenti adeguativi alle esigenze, di cui le circostanze di fatto e gli spunti di diritto illustrati fanno risaltare non poco la portata.

⁽¹⁸³⁾ Non va esclusa neanche l'opportunità di un intervento legislativo che disegni i precisi contorni di una materia, che vede coinvolto in alterne vicende un passaggio «sensibile» della responsabilità extracontrattuale e che della certezza del diritto dovrebbe fare una bandiera.

RAFFAELLA RINALDI

BUONA FEDE, LIMITI AI POTERI
DELL'IMPRENDITORE E PARITÀ DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Clausola della buona fede e limiti ai poteri dell'imprenditore. — 3. Filone pubblicistico con utilizzo della figura dell'interesse legittimo e abuso di potere. Critica a questa teoria. — 4. Filone privatistico: utilizzo della clausola di buona fede e correttezza. — 5. Indirizzo costituzionalista. — 6. Sentenza 103/1989: analisi. — 7. Evoluzione giurisprudenziale del principio della parità di trattamento. — 8. Buona fede e parità di trattamento. — 9. Limiti ai poteri imprenditoriali oltre la legge e la contrattazione collettiva: esistono? — 10. Contenuto della clausola della buona fede: conclusioni.

1. — Il rapporto di lavoro è stato da sempre un laboratorio nell'ambito del quale si sono sperimentate soluzioni, talvolta addirittura eversive, precedentemente teorizzate dalla dottrina civilistica. In questa specifica dimensione, le clausole generali — in particolare la clausola della buona fede, salutata da alcuni come «la clausola generale per eccellenza»⁽¹⁾ — hanno goduto di alterne fortune, talvolta esaltate da dottrina e giurisprudenza come strumenti in grado di estendere i confini dell'ordinamento positivo⁽²⁾, talvolta duramente osteggiate⁽³⁾ o addirittura dimen-

⁽¹⁾ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29.

⁽²⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, in cui a p. 30 dice: «Nelle clausole generali vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire» e poi continua: «Oggi, in una società pluralista, la clausola generale come norma di rinvio dovrebbe tradursi nella possibilità di attingere, quando l'ordinamento statale si riveli non autosufficiente, da ordinamenti non statuali».

⁽³⁾ M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 135 che, soffermandosi sul problema dell'utilizzo delle clausole generali nel campo lavoristico afferma: «Il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andata oltre l'esibizione di formule verbali o di stile ha, assai spesso consentito soltanto di fornire una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto fondate esclusivamente su preconcetti ideologici».

ticate ⁽⁴⁾.

In particolare, un autore ⁽⁵⁾ assimila le clausole generali ⁽⁶⁾ ad un fenomeno carsico, proprio a sottolineare come esse, per lunghi periodi, vengano trascurate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per poi «riaffiorare», a cadenza quasi ciclica, in particolari momenti temporali e creare accesi dibattiti e discussioni.

Abbiamo essenzialmente tre momenti in cui tali strumenti legislativi hanno suscitato l'interesse di numerosi autori non solo del nostro paese, ma anche del resto d'Europa: la prima fase si ha agli inizi del secolo scorso, la seconda negli anni '60, mentre la terza negli anni '80 ⁽⁷⁾.

Per quanto concerne la prima fase, ci troviamo agli albori del mo-

⁽⁴⁾ Cfr. A. GUARNIERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, 1988, p. 411, il quale afferma che la nostra giurisprudenza, per lungo tempo, si è dimostrata poco incline all'utilizzo delle clausole generali e ha considerato «... gli appelli della dottrina ad esse favorevoli tamquam non esset».

A conferma di quanto detto dal Guarnieri, vedi Cass., 12 febbraio 1963, I, c. 1769, sentenza più volte citata in cui si statuisce che la violazione dei doveri generici di lealtà e correttezza è fonte di responsabilità per danni solo quando concreti la violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme.

⁽⁵⁾ A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 3: «... il tema della buona fede oggettiva che ha vissuto momenti di alterna fortuna sia nell'alveo elettivo – il diritto delle obbligazioni e dei contratti – sia nella specifica dimensione regolativa del rapporto di lavoro subordinato, laddove la clausola generale ha assunto le sembianze di un fenomeno carsico, dal flusso talvolta sotterraneo, talvolta più visibile e consistente».

⁽⁶⁾ Il termine «Clausole generali» è stato per la prima volta utilizzato dal tedesco Hedemann, autore di un'opera dal titolo «Die Flucht in die Generalklauseln», la fuga verso le clausole generali, Tübingen, 1933, cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, p. 305 in nota. Per una approfondita analisi della nozione «clausole generali», vedi L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., in cui si dice: «Le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni». Sul problema definitorio delle clausole generali si è soffermato anche C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 105-106, il quale, prendendo spunto nella sua analisi da rilievi svolti da K. ENGISCH, nella sua *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, sottolinea che nel *Bedeutungskern*, nel nucleo concettuale della categoria in esame rientrano due elementi: *l'elasticità e l'indeterminatezza*. Sempre sulla definizione dei concetti-valvola vedi anche: PARESCHE, *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 236; A. GUARNIERI, *Clausole generali*, cit., p. 403.

⁽⁷⁾ La felice intuizione di questa ripartizione in tre fasi dell'operatività della clausola della buona fede nell'ambito del diritto del lavoro è di A. PERULLI, *op. cit.*, p. 3.

derno diritto del lavoro ⁽⁸⁾, periodo in cui manca del tutto una disciplina organica della materia in esame: il codice del 1865 dedica soltanto qualche scarna disposizione al rapporto di cui si tratta ⁽⁹⁾, di conseguenza, le clausole generali assolvono ad una specifica funzione, ovvero creare il tessuto normativo del contratto di lavoro ⁽¹⁰⁾. La clausola della buona fede viene più volte richiamata nelle sentenze per coprire con una veste giuridica «de metodologie composite e piuttosto disinvolve» ⁽¹¹⁾, con le quali la giurisprudenza crea diritto a fronte del modesto quadro istituzionale dell'epoca.

La seconda fase in cui risorge l'interesse per le cosiddette norme in bianco ⁽¹²⁾, si ha negli anni '60, prima delle incisive riforme che, qualche tempo dopo – verso la fine degli anni '70 – rivoluzioneranno lo stesso modo di concepire il contratto di lavoro ⁽¹³⁾. In questo periodo, la disci-

⁽⁸⁾ Per una disamina sull'utilizzo della clausola della buona fede agli albori del diritto del lavoro cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.

⁽⁹⁾ Le uniche disposizioni del codice del 1865 che fanno riferimento al contratto di lavoro sono quelle contenute negli articoli 1627 e 1628. L'art. 1627 precisava che vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1° quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2° quella dei vetturini si per terra come per acqua, che si incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3° quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo. Solo la disposizione contenuta nel punto 1° fa riferimento al lavoro subordinato, mentre la successiva elencazione è da riferire al lavoro autonomo. L'art. 1628 stabiliva che «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa», vietando dunque di porre in essere contratti senza un termine, anche se, per aggirare la suddetta norma, era invalsa la prassi di stipulare contratti *sine die*. Su questo tema vedi E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, p. 52.

⁽¹⁰⁾ Vedi L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 10, il quale, parlando della disposizione contenuta nell'articolo 1124, afferma che la stessa permette «di rinsanguare un istituto giuridico, non cristallizzandolo in un minuzioso regolamento legislativo, che rispecchia solo i bisogni e le condizioni di un dato punctum temporis, ma lasciando che vi penetri la corrente fresca e vitale della corrispondenza perenne alla vita».

⁽¹¹⁾ È una espressione di L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. rel. industr.*, 2001, p. 239.

⁽¹²⁾ Varie sono le locuzioni adottate per indicare il concetto di clausole generali, alcuni autori hanno tentato di operare una distinzione tra la suddetta locuzione e espressioni analoghe, quali quelle di *concetti normativi, concetti elastici o indeterminati, concetti discrezionali*, vedi ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 96 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. L. MONIUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, pp. 139-140.

plina legale del contratto all'esame si è rafforzata rispetto al passato — questo naturalmente grazie alle disposizioni contenute nel codice del 1942 — ma i limiti che vengono posti al potere imprenditoriale non riguardano direttamente il momento dell'attuazione del rapporto di lavoro e i poteri decisionali dell'imprenditore appaiono impenetrabili ⁽¹⁴⁾. A fronte delle considerazioni sopra svolte, non è immaginabile, in questo periodo, un uso delle clausole generali, da parte della dottrina e della giurisprudenza del tempo, che sia diverso da quello di integrare e completare il contenuto del rapporto di lavoro. Fare delle norme in bianco lo strumento per limitare le scelte in campo organizzativo e produttivo dell'imprenditore avrebbe significato contravvenire a tutti i principi che avevano animato la dottrina degli anni '60.

Il campo di operatività dei concetti-valvola è sì quello della fase di realizzazione del programma contrattuale, ma in funzione di specificazione e di arricchimento degli obblighi che conseguono all'obbligazione principale. In particolare, la dottrina dell'epoca, subendo il fascino delle costruzioni elaborate dagli scrittori tedeschi, ha enucleato vari obblighi integrativi, scaturenti dalla clausola della buona fede, catalogati sulla base di vari criteri di classificazione, cui fanno riferimento molti dei nostri autori ⁽¹⁵⁾. Più precisamente voglio ricordare una distinzione proposta da Mancini ⁽¹⁶⁾ tra doveri integrativi di protezione-sicurezza e doveri integrativi preparatori dell'adempimento.

Nell'ambito della prima categoria rientrano il dovere, gravante sul datore di lavoro, di provvedere all'integrità fisica e morale dei dipendenti (ex art. 2087), i doveri di informazione ⁽¹⁷⁾ e di comunicazione, l'obbligo di fedeltà ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 23-24.

⁽¹⁵⁾ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 285; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 95 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 87 ss.

⁽¹⁶⁾ G.F. MANCINI, *op. cit.*, p. 88.

⁽¹⁷⁾ Una definizione di doveri di informazione si trova in U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I, 25, in cui si dice: «Sono doveri la cui funzione consiste nell'assicurare alle parti la piena conoscenza delle circostanze nelle quali l'attuazione del rapporto si svolge, in modo da consentire a ciascuna di adottare tempestivamente le misure ritenute più convenienti».

⁽¹⁸⁾ Cfr. G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982.

Nell'ambito della seconda categoria, possiamo enucleare, invece, il dovere del datore di lavoro che è tenuto a porre il debitore in condizioni di adempiere, consentendone l'ingresso nei locali dell'impresa o fornendogli gli strumenti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa, nonché gli obblighi di custodia della materia prima e degli strumenti di lavoro ⁽¹⁹⁾, incumbenti sul prestatore di lavoro.

Un'ultima considerazione prima di passare alla disamina della terza fase: come bene mette in evidenza Perulli ⁽²⁰⁾, la buona fede, impiegata dalla dottrina degli anni '60 per estendere gli effetti derivanti dal rapporto di lavoro, nonostante teoricamente, debba operare in via bilaterale, comportando degli obblighi aggiuntivi in capo ad entrambe i contraenti, nella pratica viene ad incidere esclusivamente sulla sfera giuridica del prestatore di lavoro, imponendogli obblighi aggiuntivi rispetto a quelli derivanti dall'obbligazione principale. In questa prospettiva, la clausola generale viene ad operare proprio a discapito del contraente più debole, in conformità all'ideologia di fondo propugnata dal codice del '42 che continuava a permanere negli anni '60, ovvero che né il legislatore, né tanto meno l'interprete — utilizzando le norme in bianco — possono in qualche misura limitare i poteri del datore di lavoro nella fase esecutiva del contratto, lasciata alla sua libera discrezionalità ⁽²¹⁾.

2. — Siamo dunque giunti ad esaminare la terza fase di emersione della clausola generale della buona fede e della correttezza, fase coincidente con il periodo che sta a cavallo tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80. Il quadro giuridico-sociale rispetto alla fase antecedente è completamente mutato: come già in precedenza si è accennato, la svolta nella regolamentazione del rapporto di lavoro viene compiuta con la legge 604/1966, con la quale si ha un superamento della concezione secondo cui i poteri del datore di lavoro sono intangibili. In sostanza, cade il dogma per il quale il datore di lavoro-creditore viene ritenuto «titolare di una discrezionalità assoluta ed incondizionata in ordine alla determinazione delle forme e modalità di prestazione della stessa attività creditoria

⁽¹⁹⁾ Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1976, p. 230.

⁽²⁰⁾ A. PERULLI, *op. cit.*, p. 7.

⁽²¹⁾ Vedi F. LISO, *op. cit.*, p. 21 ss.

di cooperazione, cioè, più in generale, di una libertà di azione essenzialmente indiscriminata in relazione alla sfera giuridica del prestatore» (22). Pur tuttavia, la legge 604/66, a parere unanime della dottrina, anche se introduce un elenco tassativo di cause giustificative dei licenziamenti individuali, non intacca l'effettività del potere riconosciuto al datore di lavoro, poiché prevede che quest'ultimo, anche quando il licenziamento risulta essere illegittimo, possa liberarsi del lavoratore pagando una certa indennità, mediante un meccanismo di monetizzazione. Soltanto il licenziamento discriminatorio viene qualificato nullo e dunque sottratto al meccanismo che prima si è visto in ragione del suo maggiore disvalore (23).

Il vero e proprio salto di qualità, nel senso di un cambiamento di ottica in materia di poteri imprenditoriali, si ha con lo Statuto dei lavoratori, nel quale si sono raccolte «le nuove rivendicazioni del movimento dei lavoratori emerse nella grande crisi delle relazioni industriali degli anni 1968-1969, fortemente impregnata dello spirito della lotta di classe e segnata dalla revoca del consenso operaio all'organizzazione del lavoro secondo i criteri della razionalità capitalistica» (24). Con lo statuto dei lavoratori si ha un intervento sull'organizzazione del lavoro ed i pilastri di questa operazione si rinvengono nelle norme contenute negli artt. 13 e 18. La prima di queste due norme è tesa ad introdurre limiti sostanziali allo *ius variandi* e al potere di trasferire i dipendenti (25), la seconda conferisce, invece, natura reale ai vincoli già introdotti dalla legge 604/66 in materia di potere di licenziamento, sostituendo, nel caso di licenziamento illegittimo, al principio della monetizzazione quello della reintegrazione nel posto di lavoro.

(22) Sono parole di E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 696.

(23) In tal senso vedi C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, p. 139 ss., nonché F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 24 ss.

(24) Vedi M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 1 ss.

(25) L'importanza della disposizione contenuta nell'art. 13 St. Lav., che rivoluziona l'originaria formulazione codicistica dell'art. 2103 c.c., si coglie considerando la circostanza che il concetto di equivalenza di mansioni introdotto dal legislatore statutario tutela una nozione di professionalità del lavoratore intesa non soltanto in senso statico (come espressione di un modello *fordista-taylorista* di organizzazione del lavoro), ma soprattutto intesa in senso dinamico come potenziale capacità professionale. Cfr. M. BROILLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1997, p. 150 ss.

Oltre alla legge, in materia di introduzione di vincoli ai poteri imprenditoriali, un ruolo cardine è esercitato dalla contrattazione collettiva, che si è sempre più affidata al meccanismo della «procedimentalizzazione» dei poteri imprenditoriali per istituire un sistema di controllo sugli stessi. La procedimentalizzazione consiste, secondo una brillante definizione elaborata da Romagnoli (26), nel vincolo, gravante sull'imprenditore di rispettare, nell'esercizio delle sue prerogative, procedimenti in cui intervengono i destinatari dell'atto finale o i loro rappresentanti, allo scopo di costringerne l'autore a tener conto dei loro interessi.

Questa procedimentalizzazione in altri termini si sostanzia in obblighi di informazione ed in obblighi di esaminare, congiuntamente con la controparte sindacale, determinati provvedimenti.

Dal quadro appena tratteggiato, emerge come, durante tutto il corso degli anni '70, le prerogative spettanti al datore di lavoro, in qualità di capo dell'impresa (e dunque ai vertici della gerarchia aziendale) e di organizzatore dell'attività produttiva, subiscano una progressiva opera di delimitazione *ab externo* (27), portata innanzi tanto dal legislatore quanto dal

(26) ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1049.

(27) Numerosi autori della dottrina adottano un criterio di ripartizione dei limiti ai poteri imprenditoriali distinguendo tra limiti esterni e limiti interni, utilizzando il primo termine per identificare i limiti introdotti dalla legge e dai contratti collettivi, il secondo per individuare i limiti che si vorrebbero porre alle prerogative aziendali mediante l'uso delle clausole generali. Vedi M. PERSIANI, *ult. op. cit.*, p. 2: «[...] Una parte della dottrina giuslavoristica, sensibile alle esigenze di tutela dell'uomo che lavora ma spesso anche orientata da scelte ideologiche che esaltano interessi parziali, ha da tempo prospettato, e continua a prospettare, l'esistenza di limiti interni ai poteri del datore di lavoro e ne afferma l'assoggettamento a un controllo giudiziario di merito». Questo autore, in ultima analisi, nega l'esistenza di limiti interni. In senso opposto invece abbiamo A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992. Una impostazione particolare è quella di C. ZOLI, *op. ult. cit.*, p. 154 ss., il quale enuclea vari criteri di classificazione dei limiti ai poteri imprenditoriali e attribuisce un significato particolare alla distinzione tra limiti interni e limiti esterni, in base alla quale «i primi sono quelli introdotti a protezione dell'interesse che l'ordinamento prende in considerazione quando conferisce il potere: sono, in altre parole, connessi al fine proprio del potere, cioè al soddisfacimento de "l'interesse d'impresa"; i secondi, invece, sono posti a tutela di interessi diversi da quelli per i quali il potere è attribuito». L'A., però, contesta questa classificazione, schierandosi contro l'idea, presupposta dalla suddetta distinzione, circa l'esistenza di un interesse privatistico superindividuale che rappresenti la sintesi degli interessi del datore e dei prestatori di lavoro, quale "l'interesse d'impresa". Sempre Zoli, invece, accoglie la distinzione tra limiti intrinseci ed estrinseci. I secondi sono esplicitamente sanciti dall'ordinamento, mentre i

l'autonomia collettiva, che «hanno posto criteri di validità di taluni atti unilaterali del datore di lavoro»⁽²⁸⁾. Contestualmente, viene, però, avvertita l'esigenza di sottoporre a controllo le scelte del datore di lavoro, in quell'area in cui «il potere gestionale era tradizionalmente considerato libero o deregolato, in quanto espressione della condizione di preminenza economica dell'imprenditore e della conseguente facoltà di indirizzare l'attività d'impresa a fini produttivistici o anche di puro e semplice profitto». In altri termini, quella parte di dottrina e giurisprudenza più sensibile alle istanze del contraente più debole nel rapporto di lavoro, verso la fine degli anni '70, ha avvertito la necessità di affiancare, ai limiti tracciati dalle previsioni esistenti, altre forme di controllo dei poteri imprenditoriali in zone franche, lasciate tradizionalmente alla libera discrezionalità del datore di lavoro, ma in cui era altrettanto facile scivolare verso un impiego arbitrario del potere aziendale. Dice a riguardo Balletti: «... Non è sufficiente che l'esercizio concreto della posizione di supremazia sia formalmente in linea con il dettato legislativo positivo: è difatti avvertita l'esigenza di un controllo più penetrante e qualitativamente più articolato, che si estenda alle tecniche e modalità concretamente adottate nell'esercizio della situazione di autorità specifica»⁽²⁹⁾. È proprio in questa fase in cui si registra un rinnovato interesse per le clausole generali, anche se l'impiego delle stesse è in chiave del tutto antitetica rispetto al passato. Mentre negli anni '60, abbiamo visto, si afferma una funzione integrativa delle norme in bianco, essenzialmente finalizzata ad ampliare gli obblighi incombenti sul prestatore di lavoro, in questa fase si registra un flusso in senso inverso, a favore del prestatore di lavoro, perché la buona fede e la correttezza costituiranno gli strumenti messi a punto da dottrina e giurisprudenza per evitare un esercizio arbitrario dei poteri riconosciuti all'imprenditore, anche nelle aree lasciate scoperte dal legislatore e dall'autonomia collettiva⁽³⁰⁾.

A questo riguardo è opportuno sottolineare come, a fronte di questa esigenza di delimitazione delle prerogative imprenditoriali, dottrina e giu-

primi sono deducibili dalla natura e dalle ragioni per cui è stato riconosciuto un determinato potere.

⁽²⁸⁾ A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, cit., p. 11.

⁽²⁹⁾ E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali*, cit., p. 699.

⁽³⁰⁾ In tal senso sempre PERULLI, *op. cit.*, p. 11.

risprudenza non si siano rivolte subito alle clausole in esame per attuare tale finalità, ma hanno ideato varie costruzioni per dare fondamento giuridico a questa opera di progressivo logoramento delle prerogative aziendali. In particolare, sono state create prospettazioni in cui vi è stato il richiamo alla figura dell'interesse legittimo e all'abuso di potere. Per fare ordine tra tutte queste teorie ed indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, ci affidiamo ad una distinzione ideata da Ferraro⁽³¹⁾, il quale parla di tre diversi filoni: un filone di stampo «pubblicistico», uno di stampo «privatistico», un terzo di stampo «costituzionalistico».

3. — Il primo indirizzo che andiamo ad analizzare è quello fondato, secondo i rilievi di Ferraro⁽³²⁾, su «una assimilazione del potere imprenditoriale al potere pubblico, nella prospettiva di recuperare le forme classiche di sindacato giudiziario nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Le categorie all'uopo utilizzate sono allora essenzialmente quelle dell'interesse legittimo da una parte e dell'eccesso di potere o abuso di diritto dall'altra».

La nozione di abuso di diritto, come mette in evidenza Rescigno⁽³³⁾, si presenta di primo acchito, intimamente contraddittoria: infatti, diritto — in particolare diritto soggettivo — significa libertà garantita all'individuo, ma accostare a questo termine quello di abuso, sta a significare che questa libertà garantita dalla norma, questo potere accordato dalla legge, può dar luogo a responsabilità. Il concetto di abuso di potere si è formato nell'ambito della dottrina amministrativistica, che già verso la fine del secolo scorso, aveva elaborato la nozione di sviamento di potere qualificandolo come vizio dell'atto pubblico, apprezzabile sotto il profilo funzionale. Successivamente, si è cercato di esportare la categoria in esame dal suo «ecosistema» originario nell'ambito privatistico, questo essenzialmente per una ragione. Sebbene si tratti di una nozione tipica delle teorie pubblicistiche, la dottrina è pressoché unanime nell'affermare che anche l'ordinamento privatistico conosce il fenomeno dell'au-

⁽³¹⁾ G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Padova, 1992, p. 168.

⁽³²⁾ G. FERRARO, *op. cit.*, p. 169.

⁽³³⁾ Cfr P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 206.

torità⁽³⁴⁾, in particolare, il rapporto di lavoro è difficilmente inquadrabile secondo la logica privatistica della rigorosa uguaglianza e parità reciproca delle parti contrattuali, ma è proprio questa una delle sedi in cui è possibile parlare di «poteri privati»⁽³⁵⁾. Rileva Patrizia Tullini⁽³⁶⁾: «Mentre nel tipico schema obbligatorio, il conflitto degli interessi privati trova una puntuale composizione ed una precisa definizione in termini di diritto e di obbligo, l'esercizio del potere non appare correlabile, sul piano giuridico, a posizioni soggettive normalmente prefigurate secondo modelli paritetici di normale corrispondenza e di reciproco controllo». In questi rapporti contrattuali caratterizzati dalla sostanziale disparità socio-economica delle parti e dalla presenza di posizioni soggettive di supremazia, è possibile ravvisare una certa analogia con l'attività svolta dai pubblici poteri.

A fronte di tale analogia, alcuni autori⁽³⁷⁾ hanno ritenuto opportuno, se non auspicabile, mutuare dal diritto amministrativo alcune figure quale appunto l'abuso di potere, attraverso la quale, è possibile individuare gli scopi che giustificano l'esistenza di poteri privati nel diritto civile, riducendone l'arbitrio e consentendo un sindacato giudiziale esteso anche al merito. Mediante il richiamo alla teoria dell'abuso, si attua una vera e

⁽³⁴⁾ Cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 87 ss.; M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 4. In particolare per quanto concerne il potere imprenditoriale, vedi L. MONTUSCHI, *Potere imprenditoriale e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, p. 106 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio delle imprese*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 346.

⁽³⁵⁾ Cfr. E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali*, cit., p. 703, in cui si dice che varie possono essere le ragioni che inducono ad ammettere una deroga alla logica scambistica cui è strutturato il diritto delle obbligazioni. In primo luogo, il riconoscimento di un potere privato da parte del legislatore può essere giustificato dall'esigenza di intervenire a salvaguardia dell'interesse del soggetto che all'esercizio di tale potere viene ad essere vincolato (è il caso dei genitori che esercitano la patria potestà sui figli). Poi, il fenomeno di soggezione del singolo alle decisioni di un altro soggetto lo rinveniamo nell'ambito dei fenomeni dei gruppi organizzati, in cui il singolo deve assoggettarsi al volere dell'organismo assembleare. Infine, una situazione di supremazia privata può essere disposta in sede legale anche in funzione dell'interesse dello stesso soggetto cui è riconosciuto il potere: è il caso dell'autorità dell'imprenditore nei confronti dei prestatori di lavoro.

⁽³⁶⁾ P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990, p. 125.

⁽³⁷⁾ Sono favorevoli ad estendere il concetto di abuso del diritto anche al campo privatistico MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, XVII, Torino, 1939, p. 77.; BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 79 ss.

propria «funzionalizzazione» dei poteri dell'imprenditore ad un fine sociale superiore in vista del quale l'ordinamento riconosce al suddetto soggetto delle prerogative. Se ne deriva che il potere privato non è libero, ma presenta un carattere «discrezionale» — qui si fa riferimento ad un concetto di discrezionalità amministrativa, intesa come congrua ponderazione di tutti gli interessi in gioco⁽³⁸⁾ — nel senso che ad esso sono apposti dei vincoli funzionali direttamente dall'ordinamento giuridico.

Questo ordine di idee non è condivisibile proprio nella misura in cui si parla di un potere «funzionalizzato»: in tal senso il potere sarebbe, infatti, meglio qualificabile come potestà, perché finalizzato all'attuazione di una finalità superindividuale. Senza entrare nel merito della polemica che per anni ha coinvolto una fitta schiera di studiosi, sottolineo che la negazione della teoria della funzionalizzazione dell'impresa costituisce ormai un dato acquisito non solo per la dottrina giuslavoristica, ma in generale per gli studiosi di diritto civile. Infatti, come mette bene in evidenza Zoli, se questa ipotesi poteva essere accolta in un ordinamento, quale quello corporativo, in cui l'impresa veniva considerata «un organismo vincolato al fine pubblico della produzione nazionale»⁽³⁹⁾, lo stesso non può essere affermato a fronte dell'emanazione della Costituzione repubblicana, propensa a considerare l'iniziativa economica come espressione di libertà⁽⁴⁰⁾.

Nell'ambito dello stesso filone «pubblicistico», si era peraltro sviluppata, parallelamente e specularmente alla teoria dell'abuso di diritto, l'idea di riconoscere in capo al lavoratore un interesse giuridicamente protetto a che l'imprenditore esercitasse i propri poteri in conformità agli obiettivi per i quali tale potere gli era stato riconosciuto dall'ordinamento. In altri termini, era stata prospettata l'idea di ammettere l'esistenza della figura dell'interesse legittimo nell'ambito del diritto del lavoro, per cercare di delimitare i poteri imprenditoriali. L'interesse legittimo viene elevato al rango di posizione giuridica soggettiva riconoscibile e tutelabile in ogni

⁽³⁸⁾ Vedi B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da Santaniello, III, Padova, 1993, p. 28 ss.

⁽³⁹⁾ C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, p. 108 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per un ulteriore approfondimento della tematica vedi MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 619 ss.

settore dell'ordinamento, oltre i confini del suo terreno di elezione, ovvero il diritto amministrativo ⁽⁴¹⁾. Varie sono le costruzioni mediante le quali la dottrina ha cercato di legittimare la propria operazione estensiva ed esse sono essenzialmente riconducibili a due linee guida: la tesi dell'occasionalità della tutela dell'interesse individuale e quella della rilevanza di una discrezionalità nel diritto privato.

A quanto ci dice Zoli ⁽⁴²⁾, il fondatore della teoria dell'occasionalità dell'interesse individuale fu Zanobini ⁽⁴³⁾. Questo autore basa la sua articolata costruzione sulla tradizionale concezione dell'interesse legittimo quale posizione tutelata di riflesso rispetto all'imposizione di un dovere. Tutela di un interesse legittimo significa in altri termini «tutela di un interesse proprio del soggetto cui il dovere è imposto, oppure di soggetti distinti tanto da questo quanto da colui alla cui tutela il potere sembra rivolto [...]». In questi casi al dovere non corrisponde un diritto individuale, ma un interesse protetto solo indirettamente o occasionalmente». Anche nel diritto privato, secondo il nostro autore, è possibile individuare «rapporti giuridici in cui sia rintracciabile un dovere stabilito nell'interesse immediato di alcuni soggetti o della generalità e che indirettamente la sua imposizione dispieghi effetti protettivi sugli interessi di altri, ma questa ipotesi viene circoscritta ai casi in cui la tutela indiretta degli interessi individuali si presenti come la conseguenza di una norma stabilita nell'interesse generale o obbiettivo dell'intero ordinamento, quindi una norma di ordine pubblico». Questa costruzione non può essere avallata per il fatto che essa fa riferimento ad una concezione dell'interesse legittimo che è stata ormai abbandonata anche nel campo pubblicistico. La configurazione dell'interesse legittimo, quale posizione protetta occasionalmente o «di riflesso» rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, riflette un rapporto tra cittadino ed amministrazione pubblica che risente della concezione autoritaria dello Stato ed appare nettamente squilibrata a favore di quest'ultimo ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, cit., p. 3.

⁽⁴²⁾ ZOLI, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁽⁴³⁾ ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, p. 345.

⁽⁴⁴⁾ Altri autori che appoggiano la tesi dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto sono: RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica ammi-*

La seconda costruzione teorica volta ad elevate gli interessi legittimi al rango di categoria generale fa leva sulla sussistenza di una discrezionalità nell'ambito del diritto privato. Due sono gli autori che sviluppano in modo completo ed esaustivo questa teoria: Lina Bigliuzzi Geri e Lucio Iannotta.

Complessa e articolata è la costruzione della Bigliuzzi Geri ⁽⁴⁵⁾, secondo la quale si può parlare di interessi legittimi in tutti i casi in cui (e dunque anche in ambito privatistico), la realizzazione dell'interesse non dipende «dall'assunzione di un dato comportamento da parte dell'altro soggetto del rapporto», ma dipende dalla condotta discrezionale di questi, che «si determina costantemente in base ad un particolare indice di riferimento», rappresentato in alcuni casi dall'interesse di un soggetto diverso, in altri da fini fondamentali prefissati dalle norme. Comunque, in entrambe le ipotesi, l'interesse altrui riduce il margine di scelta del soggetto agente, imponendo a questi di tener conto della necessaria realizzazione di tale interesse.

Iannotta ⁽⁴⁶⁾, invece, nel definire la categoria dell'interesse legittimo, mette in evidenza il carattere pretensivo e relazionale della figura soggettiva in esame, posizione che, per quanto contribuisca a realizzare l'interesse pubblico, viene riconosciuta in funzione dell'interesse materiale del privato e che si differenzia dal diritto soggettivo perché non può mai usufruire del bene in esame se non per il tramite dell'esercizio del potere e in quanto questo glielo consenta. È possibile configurare l'esistenza di interessi legittimi anche nell'ambito privatistico, purché questi ultimi vengano messi in correlazione a poteri «discrezionali».

Questi orientamenti non possono essere condivisi per vari ordini di ragioni.

In primo luogo, nell'ambito del settore privatistico la figura dell'interesse legittimo verrebbe a confondersi con quella di diritto di credito, dal momento che entrambe consistono in una pretesa, il cui soddisfacimento

strazione, Milano, 1934, p. 150 ss.; VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1954, pp. 126 ss., 573 ss.; RESTA, *La giustizia amministrativa*, Bari, 1950, p. 23 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 160 ss.

⁽⁴⁵⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 291.

⁽⁴⁶⁾ L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, cit., p. 347.

dipende dall'adempimento altrui ⁽⁴⁷⁾.

In secondo luogo, nella concezione della Bigliuzzi Geri in tema di applicazione della posizione soggettiva dell'interesse legittimo all'ambito privatistico, è possibile porre in luce varie contraddizioni. Questa autrice, in particolare, effettua una *summa divisio* tra i concetti di discrezionalità tecnica e di discrezionalità amministrativa, riconducendo a quest'ultima categoria nozioni quali quelle di «giusta causa» e di «giustificato motivo», che sembrano più facilmente riconducibili al concetto di discrezionalità tecnica, poiché vincolano il comportamento del datore di lavoro a criteri obiettivi e dunque soggetti ad un normale sindacato di legittimità. L'autrice distingue dunque dai casi ora accennati (ricondotti nell'alveo della discrezionalità amministrativa), i casi in cui si propende per l'esistenza di una mera discrezionalità tecnica, ad esempio nell'ipotesi di valutazione dei candidati in sede di concorso, in cui i lavoratori sono considerati titolari di diritti soggettivi. In realtà, queste conclusioni contrastano notevolmente con gli esiti cui giungono tanto dottrina quanto giurisprudenza inclini all'utilizzo della figura dei diritti soggettivi nell'ambito del diritto privato, dal momento che catalogano entrambi i casi cui si è fatto riferimento nell'ambito della categoria dell'interesse legittimo.

Questo intersecarsi di classificazioni mette in evidenza semplicemente un dato: in un settore quale quello privatistico, in cui non vi sono poteri funzionalizzati ad interessi superiori, a tali situazioni mal si addicono vesti diverse da quelle del diritto soggettivo e dunque la categoria dell'interesse legittimo mal si adatta a questo settore ⁽⁴⁸⁾.

Per quanto concerne la giurisprudenza, devo, infine, mettere in rilievo che, nella ricostruzione dell'indirizzo in esame, un riferimento d'obbligo è alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite 5688/1979 ⁽⁴⁹⁾, che costituisce un vero e proprio caso-spartiacque rispetto alla giurisprudenza precedente. In questa sentenza, le Sezioni Unite riconoscono al lavorato-

⁽⁴⁷⁾ Alla luce di tale considerazione appare non esatta la distinzione tracciata da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XIV, vol. I, Milano, 1974, secondo il quale l'interesse legittimo, a differenza del diritto di credito, «*giudica una situazione in cui il soddisfacimento dell'interesse del soggetto non dipende dal comportamento del suo titolare, ma da quello di un soggetto diverso*».

⁽⁴⁸⁾ In tal senso vedi C. ZOLI, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁽⁴⁹⁾ Cass., Sez. un., 2 novembre 1969, n. 5688, in *Foro it.*, I, c. 2548.

re l'interesse legittimo ad un corretto esercizio del potere imprenditoriale in ordine all'espletamento di una procedura di promozione a scelta, mettendo in evidenza le simmetrie rispetto al sindacato del giudice amministrativo: «il sindacato giurisdizionale non può non atteggiarsi [...] in modo analogo rispetto a quello cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico e non può non estendersi anch'esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere».

È necessario, a questo punto, precisare alcuni aspetti di questa pronuncia, la cui importanza si coglie considerando la circostanza che la stessa ha costituito un modello, un caso guida, dando origine ad un vero e proprio indirizzo giurisprudenziale.

Anzitutto, il caso in esame prende in considerazione la materia delle promozioni a qualifica superiore dei dipendenti di un ente pubblico economico; si discute se, a fronte del potere preminente dell'ente pubblico economico di procedere alle promozioni dei propri dipendenti, vi fosse o meno in capo al singolo, una qualche posizione soggettiva tutelabile. Si fa dunque ricorso alla figura degli interessi legittimi con esclusivo riguardo a particolari datori di lavoro, benché venga proposta la possibilità di estendere lo schema in esame anche ai rapporti di lavoro con imprenditori privati ⁽⁵⁰⁾.

Come già prima è stato sottolineato, la pronuncia si propone lo scopo di contrapporre al potere privato – ovvero un potere collegato a fenomeni di organizzazione di collettività ⁽⁵¹⁾ – la figura dell'interesse legittimo «come posizione protettiva dell'interesse dei soggetti passivi del potere».

Numerose sono le sentenze che hanno fatto seguito a tale pronuncia e hanno adottato questa concezione «para-pubblicistica», animata dall'intento di estendere l'interesse legittimo al diritto privato in una veste di tendenziale similitudine con il settore pubblico ⁽⁵²⁾ e in una di esse, si par-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 346.

⁽⁵¹⁾ Questa è la definizione di potere privato riportata dalla sentenza sopra citata, Cass., Sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit.

⁽⁵²⁾ Vedi ad esempio Cass., Sez. un., 30 novembre 1979, n. 6274, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 817; Cass., Sez. un., 29 ottobre 1980, n. 5800, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 524; Cass., Sez. un., 5 gennaio 1981, n. 1, *ivi*, 1981, I, p. 753; Cass., 14 aprile 1981, n. 2250, in *Foro it.*, 1983, I, p. 116.

la esplicitamente di «eccesso di potere»⁽⁵³⁾. Questo indirizzo non può essere considerato prevalente nell'ambito della giurisprudenza del tempo, dal momento che è possibile riscontrare in un altro gruppo di sentenze, sempre di quegli stessi anni, un riferimento ad una diversa costruzione in luogo di quella sinora analizzata⁽⁵⁴⁾.

Questa seconda concezione è incentrata sull'uso della «tecnica giuridica del rapporto»⁽⁵⁵⁾, tecnica caratterizzata dall'attribuzione alle parti di situazioni attive e passive pariteticamente contrapposte, in virtù della quale «l'attività dell'imprenditore è concepita come oggetto di un'obbligazione [...] verso il lavoratore in conflitto di interessi con lui e/o con gli altri aspiranti alla promozione»⁽⁵⁶⁾. La differenza tra queste due concezioni si coglie se, con riferimento alla tematica delle assunzioni e delle promozioni, andiamo ad esaminare i rimedi riconosciuti ai lavoratori ingiustamente sacrificati ed esclusi.

Qualora si ritenga di operare nell'ottica della «tecnica del rapporto», si deve riconoscere al lavoratore dipendente l'azione tendente al risarcimento dei danni, mentre non si potrà parlare di forme di invalidazione degli atti. Qualora, viceversa, si aderisca alla concezione «parapubblicistica», la sanzione applicabile sarà quella dell'invalidità dell'atto posto in essere dal soggetto cui l'ordinamento abbia conferito il potere, configurandosi un'ipotesi di abuso o sviamento di potere, di erronea ed omessa valutazione dei fatti, di inosservanza di norme interne, ecc.

Nonostante questi diversi esiti cui può dar luogo l'accoglimento di una delle due teorie che ho illustrato, la giurisprudenza non ha sempre tenuto conto di questa antitesi, poiché, molto spesso, la stessa invoca la tecnica del rapporto per poi applicare i rimedi dell'annullamento degli atti

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass., 27 maggio 1983 n. 3675, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2267, con nota di MEUCCI.

⁽⁵⁴⁾ Le sentenze qui citate, pur facendo riferimento a situazioni in cui ricorre una autorità privata non si richiamano alla figura dell'interesse legittimo, anzi, in alcuni casi, ne negano, l'estensibilità al diritto civile: Cass., 17 dicembre 1979, n. 6564, in *Foro it.*, 1980, I, c. 53; Trib. Roma, 17 luglio 1982, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2020; Pret. Livorno, 28 giugno 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 684.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. ZOLI, *La tutela*, cit., p. 96; e in tal senso vedi anche A. DI MAJO, *Limiti ai poteri*, cit., p. 354.

⁽⁵⁶⁾ A questa concezione è fatto il suddetto accenno nella sentenza 5688/1979, cit. e in tal senso anche Cass., Sez. un., 5 gennaio 1981, n. 1, cit.

compiuti⁽⁵⁷⁾. A riguardo, vorrei concludere con una opinione espressa da Di Majo⁽⁵⁸⁾ che non si può non condividere: «L'adozione dell'una visuale è incompatibile con l'altra. Impasti tra le due visuali non sono consigliabili».

4. — Il secondo indirizzo individuato da Ferraro viene definito «privatistico» e si fonda sull'utilizzo delle clausole della buona fede e della correttezza, per modulare i poteri riconosciuti al datore di lavoro. Questo impiego delle clausole generali in chiave «dimitativa» delle prerogative datoriali aveva raccolto, già in precedenza, numerosi sostenitori, tra cui voglio ricordare Bianca⁽⁵⁹⁾.

In questo senso, la buona fede esplica la funzione di riequilibrare i rapporti di forza esistenti tra datore di lavoro e lavoratore e non è un semplice mezzo di integrazione del regolamento contrattuale, come sostenuto dalla dottrina giuslavoristica degli anni '60. In realtà, come mette in evidenza la Tullini, «la linea di confine tra l'uno e l'altro tipo di impiego (integrazione e/o limite) appare tutt'altro che rigida e impenetrabile, anche perché sovente l'imposizione di un obbligo accessorio è sostanzialmente finalizzata non tanto all'arricchimento del piano dell'obbligazione ma alla limitazione e al controllo sull'esercizio del potere»⁽⁶⁰⁾.

A fronte del totale naufragio della teoria dell'abuso di diritto, le clausole generali sono apparse lo strumento più adeguato e consono, in virtù della loro connaturale genericità ed elasticità, per apporre dei limiti alle prerogative dell'imprenditore nell'esercizio dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento.

I poteri imprenditoriali appartenendo, infatti, alla categoria dei poteri privati, risultano essere refrattari rispetto ad ogni «tipizzazione» che voglia sintetizzare tutte le possibili ipotesi di esercizio improprio dell'autorità datoriale, catalogandole preventivamente⁽⁶¹⁾. Le clausole generali, invece, per la loro connaturale duttilità, si adeguano ad ogni fattispecie

⁽⁵⁷⁾ Vedi C. ZOLI, *op. cit.*, p. 100 ed ivi riferimenti, soprattutto in nota 214.

⁽⁵⁸⁾ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 355.

⁽⁵⁹⁾ M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., pp. 214-215.

⁽⁶⁰⁾ P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990, p. 201.

⁽⁶¹⁾ In questo senso vedi E. BALLETTI, *op. cit.*, p. 724.

concreta in cui sia necessario verificare se il potere imprenditoriale sia scaduto in abuso o arbitrarietà.

A questo punto, si rende necessario specificare quali siano gli ambiti in cui le clausole generali vengano ad operare, operazione che può essere posta in essere attraverso un'analisi casistica della giurisprudenza e dalla suddetta analisi sarà possibile comprendere quali siano gli obblighi desumibili dalla clausola di correttezza e buona fede.

Il primo campo di applicazione del principio della buona fede è quello dei concorsi privati e delle promozioni, in cui sia richiesta l'effettuazione di una valutazione di ordine comparativo, tra più individui, ai fini dell'individuazione del destinatario della singola determinazione datoriale⁽⁶²⁾. In questa circostanza, la clausola della buona fede opera nel senso di specificare la motivazione richiesta a seguito della scelta datoriale, che si differenzierà a seconda dei diversi meccanismi di selezione⁽⁶³⁾. Nell'ipotesi di un meccanismo di selezione basato sulla «pura» scelta dell'imprenditore, mi attengo a quanto sancisce la sentenza 1431/1988, in cui si dice che è sufficiente la sola dimostrazione dell'osservanza dei criteri prestabiliti, senza alcuna comparazione tra i vari soggetti⁽⁶⁴⁾. In un sistema comparativo di promozione, si richiede una motivazione giustificativa della singola posizione dei candidati nella graduatoria ovvero un'e-

⁽⁶²⁾ Cfr. F. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., p. 172.

⁽⁶³⁾ In questa circostanza, per ovvie ragioni di tempo, non intendo soffermarmi sul dibattito relativo alla natura del bando per l'assunzione del dipendente, cui, invece, fa riferimento C. ZOLI, *op. ult. cit.*, p. 252 ss. Questo autore si richiama alla sentenza 191/1985 (Cass., 19 gennaio 1985, n. 191, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, p. 299), in cui si dice che la natura del bando per l'assunzione dipende dal tenore delle sue previsioni. Se esso dispone che il rapporto si intende costituito con il primo in graduatoria, deve considerarsi come offerta al pubblico ex art. 1336 e «il contratto di lavoro è concluso automaticamente nei confronti dei candidati che siano in posizione utile in graduatoria». Si tratterà, invece, di una semplice promessa al pubblico ex art. 1989, se il bando si limiti a prevedere che l'ente provvederà ad assumere i suddetti candidati, «e ciò richiede un'ulteriore manifestazione di volontà da parte del proponente e il rapporto di lavoro si costituirà dopo che l'ente avrà espresso tale volontà nel momento in cui il candidato, presentandosi al lavoro, nel giorno e nel luogo indicati, avrà accettato tacitamente la proposta». Infine, qualora il bando sia finalizzato a creare una graduatoria che l'ente si impegnerà a rispettare in occasione di eventuali, future assunzioni, avremo un invito ad offrire che diverrà giuridicamente tutelabile come diritto all'assunzione, solo nel momento in cui l'ente abbia l'esigenza di assumere nuovo personale.

⁽⁶⁴⁾ Cass., 10 febbraio 1988, n. 1431, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, p. 344; in tal senso anche Cass., 23 giugno 1987, n. 5226, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1513.

strinsecazione dei criteri oggettivamente predefiniti necessari per l'assegnazione del punteggio agli stessi, nonché di quegli elementi di giudizio discrezionali che si ricavano dal raffronto dei valori attribuiti a più candidati⁽⁶⁵⁾. Questa motivazione assume un rilievo fondamentale, dal momento che va a delimitare il futuro e potenziale *thema decidendum* su cui si andrà a pronunciare il giudice per verificare l'adeguatezza e la non contraddizione dei criteri adottati nell'attribuzione del punteggio, dal quale si possa desumere una eventuale illegittimità della procedura di concorso o della scelta⁽⁶⁶⁾.

Altro importante campo in cui la giurisprudenza ha impiegato le clausole di correttezza e di buona fede, è il cosiddetto «settore dell'emergenza e della crisi». Infatti la situazione di crisi economica che il nostro Paese ha attraversato nel corso di tutti gli anni '80 determinò l'avvio della legislazione dell'emergenza e della crisi che, per utilizzare parole di Montuschi, «ha moltiplicato le occasioni di esercizio forte dei poteri e la necessità di garantire un uso imparziale degli stessi, per non penalizzare alcuni lavoratori, avvantaggiandone altri, senza una ragione plausibile. Com'era accaduto per le c.d. promozioni a scelta (terreno originario ed elettivo di questa giurisprudenza) anche per la collocazione in cassa integrazione guadagni (con relativa sospensione del rapporto di lavoro) e per i licenziamenti collettivi s'è posto il problema del controllo *ex post*, quanto

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass., 27 maggio 1983, n. 3675 in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2267, con nota di MEUCCI.

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, vedi P. TULLINI, *op. ult. cit.*, p. 251. Non ritengo invece di poter aderire all'ulteriore proposta formulata dall'autrice che, dopo aver illustrato con dovizia di particolari quale sia il contenuto della suddetta motivazione, si chiede se non sia il caso di adottare anche in campo privatistico la regola vigente in campo pubblicistico, tale per cui «il provvedimento di assunzione o di promozione non esige un apposito enunciato contenente la motivazione, ma la stessa può desumersi per relationem con riferimento ai verbali di scrutinio». Già in precedenza, con riferimento alla teoria dell'abuso di diritto, si è dimostrata l'impossibilità di traghettare al campo privatistico istituti nati nel settore del diritto pubblico. In questo caso particolare, quelle esigenze di economia e di efficienza che contraddistinguono l'attività della pubblica amministrazione e che la Tullini richiama per giustificare la propria tesi, non possono essere invocate nel settore privato, dal momento che all'imprenditore è data preventivamente la possibilità di scegliere il meccanismo attraverso il quale selezionare il nuovo personale (a scelta pura o a comparazione). Nel caso di una scelta a comparazione, che richiede una motivazione più articolata, l'imprenditore era già preventivamente a conoscenza delle formalità da espletare in sede di compilazione della motivazione.

alla fase cruciale della scelta dei lavoratori»⁽⁶⁷⁾.

In particolare, l'aspetto che più ci interessa di questa legislazione della «crisi» riguarda l'individuazione dei criteri di scelta per selezionare i lavoratori da porre in cassa integrazione o i destinatari di un provvedimento di licenziamento collettivo. A questo punto, mi sembra opportuno procedere, a livello metodologico, dapprima ad una analisi della legislazione, per poi considerare, in un secondo momento, come la giurisprudenza abbia concorso a determinare questi criteri di scelta, basandosi sull'applicazione delle clausole della correttezza e della buona fede.

Partendo dall'istituto della cassa integrazione guadagni, la legge 223 del 1991⁽⁶⁸⁾, all'art. 1, comma 7 stabilisce: «I criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere nonché le modalità della rotazione prevista nel comma 8 devono formare oggetto di comunicazione e dell'esame congiunto previsto dall'art. 5 della l. 20 maggio 1975, n. 164». Nel comma 8 si dice poi: «Se l'impresa ritiene, per ragioni di ordine tecnico-organizzativo, connesse al mantenimento dei normali livelli di efficienza, di non adottare meccanismi di rotazione tra i lavoratori che espletano le medesime mansioni e sono occupati nell'unità produttiva interessata dalle sospensioni, deve indicarne i motivi nel programma di cui al comma 2 [...]».

Per comprendere la portata di queste norme è necessario compiere un salto nel passato, nel periodo antecedente a questa legge del '91. A riguardo, bisogna considerare che il fenomeno delle eccedenze di personale – e questa considerazione vale non solo per la cassa integrazione ma anche per i licenziamenti collettivi – è stato per lungo tempo «dimenticato» dal legislatore e, a fronte di questa lacuna legislativa, i giudici del lavoro si sono impegnati in una faticosa attività di supplenza, che ha dato i

⁽⁶⁷⁾ L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 141.

⁽⁶⁸⁾ La legge in esame provvede ad una risistemazione normativa dell'istituto della cassa integrazione guadagni, nel suo intervento straordinario, che nel corso degli anni '70 era divenuto un vero e proprio surrogato del trattamento di disoccupazione, riconducendolo alla sua originaria funzione, che è appunto quella di integrare il salario dei lavoratori, per i quali sia stata decisa una temporanea sospensione dal lavoro. Trattasi di una misura strumentale, decisa discrezionalmente da un organismo pubblico per sostenere quelle imprese che siano in una fase transitoria di ristrutturazione industriale per adattarsi ai nuovi meccanismi di mercato. Cfr. M. D'ANTONA, M.T. SALIMBENI, *Glossario giurisprudenziale della cassa integrazione guadagni*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2204.

suoi frutti – anche se non sono mancate incertezze e contraddizioni – tanto che alcuni autori hanno parlato di una «disciplina giurisprudenziale», di un «glossario giurisprudenziale della cassa integrazione guadagni»⁽⁶⁹⁾. Numerosi sono stati i contributi tanto della giurisprudenza quanto della dottrina, ed in particolare volevo ricordare la sentenza della Cassazione n. 1876 del 1986, sentenza che ha portato a termine la complessa vertenza dell'Alfa Romeo, un caso che ha fatto scuola⁽⁷⁰⁾. La suprema corte, nell'ambito di questa sentenza pone alcuni fondamentali principi, coerenti con la tesi già espressa dal tribunale di Milano.

In primo luogo, si esclude che possano essere applicati, nella scelta dei dipendenti da «cassaintegrare», i criteri posti in materia di licenziamenti collettivi, dal momento che la sospensione dell'attività lavorativa (con l'espressa previsione del rientro in azienda) e la cessazione del rapporto di lavoro sono istituti che rispondono ad una ratio completamente diversa.

In secondo luogo, la Corte sottolinea che la scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni straordinaria, pur essendo esplicazione del potere unilaterale dell'imprenditore, deve essere compiuta nel rispetto di determinati limiti. Tali criteri di scelta devono essere coerenti con la causa integrabile per la quale è stata concessa la cassa integrazione e, d'altro canto, devono essere rispettosi dei principi di non discriminazione, di correttezza e buona fede.

Inoltre, la cassazione si sofferma anche ad analizzare quali criteri di scelta siano conformi e coerenti con i principi di correttezza e buona fede, in particolare, prende in esame il meccanismo della rotazione del per-

⁽⁶⁹⁾ Vedi M. D'ANTONA, M.T. SALIMBENI, *op. ult. cit.*; cfr. anche L. GALANTINO, *La giurisprudenza della suprema corte in tema di criteri di scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 771, nonché F. FOCARETTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, II, in cui p. 319, si dice: «La disciplina legale dei licenziamenti collettivi introdotta con la legge 223 del 1991 è stata ampiamente sollecitata dalla necessità di riempire un vuoto normativo intorno al quale, nonostante il lungo lavoro interpretativo di dottrina e giurisprudenza si erano accumulate troppe incertezze e contraddizioni».

⁽⁷⁰⁾ Cass., Sez. lav., 18 marzo 1986, n. 1876, in *Riv. giur. dir. lav.*, 1986, p. 771; per le precedenti ordinanze emanate in sede di provvedimento d'urgenza dalla pretura di Milano nel 1982, relativamente alla vicenda Alfa, vedi *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 789 ss. Tali ordinanze sono state riunite e il Pretore di Milano si è pronunciato nel merito con la sentenza 23 novembre 1982, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 95.

sonale. Tale meccanismo sembra assicurare un'equa ripartizione degli svantaggi derivanti dalla situazione di crisi dell'impresa, tanto che alcuni autori ⁽⁷¹⁾, vedono in quest'ultimo «una diretta emanazione del principio costituzionale dell'uguaglianza, realizzando il massimo livello di applicazione concettuale ed applicativa del principio di parità di trattamento». In realtà, l'autrice citata, successivamente, corregge il tiro, mettendo in evidenza che sembra più opportuno collegare questo meccanismo di rotazione all'elaborazione derivata dall'utilizzo della clausola della buona fede e della correttezza.

Tornando alla sentenza in esame, la Cassazione non manca di evidenziare che vi sono alcune difficoltà che non sempre consentono il ricorso al criterio indicato. In particolare, per esigenze tecniche e aziendali, non tutti i lavoratori potranno essere coinvolti nella sospensione, inoltre i lavoratori che saranno interessati dalla rotazione dovranno svolgere mansioni intercambiabili e fungibili. D'altro canto, la periodicità degli avvicendamenti dei lavoratori dovrà avvenire secondo tempi brevi, poiché nel caso di un allontanamento del lavoratore per lungo periodo dall'azienda, si determinerà una obsolescenza di professionalità del lavoratore. Infine, si dice, il criterio della rotazione non è attuabile nelle ipotesi in cui la Cassa integrazione guadagni assuma la palese funzione di sostenere il reddito di lavoratori che sono formalmente in attesa di altra attività, ma potrà essere utilizzato quando la c.i.g. sia finalizzata alla ripresa dell'attività produttiva.

Dal raffronto tra la «disciplina giurisprudenziale» e le norme poste dal legislatore del '91, se ne ricava che quest'ultimo ha tenuto conto delle indicazioni date dalla giurisprudenza. Per quanto concerne propriamente la questione relativa al meccanismo di rotazione, come abbiamo già visto, questo viene esplicitamente indicato dal legislatore anche se con opportune controindicazioni. Partendo dall'ultima osservazione critica svolta dalla suprema corte nell'86 – ovvero che la rotazione può essere adottata solo quando la c.i.g. è finalizzata al risanamento dell'azienda – tale rilievo cade alla luce della risistemazione normativa dell'istituto, in virtù della quale l'intervento straordinario della c.i.g. può essere accordato dai pubblici poteri soltanto a fronte della presentazione e del rispetto di un pro-

⁽⁷¹⁾ Vedi P. TULLINI, *op. ult. cit.*, pp. 275-276.

gramma di risanamento aziendale ⁽⁷²⁾. L'altra perplessità sollevata dalla suprema corte in merito all'adozione di tale meccanismo di rotazione, relativa alla durata dei periodi di sospensione dall'attività lavorativa dei lavoratori, è ugualmente superata dalla previsione di un periodo massimo di durata di concessione dell'intervento e, conseguentemente, anche la periodicità della rotazione sarà osservata. Infine, la prima obiezione, che è sicuramente la più forte, concernente il fatto che non sempre le ragioni tecniche consentono l'alternanza nella sospensione dei lavoratori, viene ugualmente superata dal legislatore del '91, con un accorgimento normativo. Qualora, infatti, l'imprenditore ritenga, per ragioni tecniche, di non poter adottare un meccanismo di rotazione tra i lavoratori, dovrà spiegarne le ragioni nel programma di risanamento; in altri termini, l'alternanza tra i lavoratori da sospendere è la regola, ma a questa regola è possibile derogare qualora vi siano comprovate ragioni tecniche.

Di tutto questo ragionamento, l'aspetto che mi interessa sottolineare è che il legislatore nel porre come criterio quello dell'alternanza tra i lavoratori, non si è inventato *ex novo* il meccanismo di rotazione ⁽⁷³⁾, ma quest'ultimo è stato posto dalla giurisprudenza, nell'applicazione delle clausole di buona fede e correttezza che in questo caso si traducono nel principio dell'equa ripartizione dei sacrifici tra tutti i lavoratori. La buona fede, dunque, avalla l'opera creativa della giurisprudenza, proprio in un campo in cui il silenzio del legislatore avrebbe potuto pregiudicare i lavoratori, a seguito del riconoscimento in capo all'imprenditore di nuovi poteri di fatto che, se non regolamentati, avrebbero potuto avvantaggiare alcuni lavoratori a discapito di altri.

Per quanto concerne poi i licenziamenti collettivi, alcune delle considerazioni sopra svolte potrebbero essere riproposte in questa sede, a partire dalla circostanza che anche in questo campo vi è stato per lungo tempo un vuoto normativo, colmato dalla legge 223 del '91. La disciplina

⁽⁷²⁾ Cfr. art. 1, comma 2, l. 23 luglio 1991, n. 223.

⁽⁷³⁾ In materia di principio di rotazione dei lavoratori collocati in cassa integrazione cfr. Cass 9804/1998, in cui la suprema corte ha rilevato che, in carenza di contrari rilievi giustificativi da parte datoriale, l'omessa rotazione si qualifica, anche in assenza di un'esplicita previsione legislativa in tal senso – il caso all'esame fa riferimento ad un periodo antecedente alla legge 223/91 – come violazione dei cosiddetti obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto di lavoro.

normativa dei criteri attraverso i quali individuare i lavoratori che saranno destinatari di un provvedimento di licenziamento collettivo è ben sintetizzata da Focareta: «[...] l'imprenditore, una volta esaurita la procedura di consultazione disciplinata dall'art. 4, l. 223/91, ha la facoltà di collocare in mobilità i lavoratori eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso ⁽⁷⁴⁾. L'individuazione dei lavoratori deve però avvenire «in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'art. 1, comma 4, ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico-produttive ed organizzative. Anche in questo caso, come in tutta la l. 223, un ruolo significativo viene attribuito all'autonomia collettiva, con la previsione di due percorsi alternativi da seguire per individuare i lavoratori da licenziare. Nel primo dei quali è demandata alla contrattazione collettiva l'indicazione dei criteri di scelta. Solo in mancanza di accordi collettivi che disciplinano la materia entrano in gioco i criteri esplicitamente indicati dal legislatore, con la configurazione di un originale rapporto tra autonomia collettiva e legge, che affida a quest'ultima solo un ruolo suppletivo» ⁽⁷⁵⁾.

Quei criteri legali, che entrano in gioco solo in un secondo momento, sono gli stessi previsti esplicitamente dall'accordo interconfederale del 1965 e per lungo tempo la dottrina, dato che questi parametri risultano ispirati alla protezione sociale dei prestatori di lavoro, in forza dell'utilizzo delle clausole generali, si è impegnata a dimostrare la «tipicità sociale» degli stessi per estenderne l'applicazione oltre l'originario ambito operativo ⁽⁷⁶⁾.

Rispetto agli istituti della c.i.g. e dei licenziamenti collettivi e all'impiego delle clausole generali, riportiamo una considerazione svolta da Montuschi ⁽⁷⁷⁾: «Quelle che sembravano ieri esigenze solidaristiche da soddisfare con l'impiego delle clausole generali, possono dirsi oggi assor-

⁽⁷⁴⁾ L. 223/91 art. 4, comma 9.

⁽⁷⁵⁾ F. FOCARETA, *op. cit.*, p. 324.

⁽⁷⁶⁾ P. TULLINI, *Le clausole generali*, cit., p. 272 ss.; C. ZOLI, *La tutela*, cit., p. 274 ss.

⁽⁷⁷⁾ L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, cit., p. 736.

bite da esplicite norme la cui osservanza è soggetta ad un circoscritto controllo giudiziario ed è persino assistita da inedite sanzioni economiche (cfr. l'ipotesi della mancata ottemperanza al decreto ministeriale che abbia disposto l'adozione di un meccanismo di rotazione: art. 1, ottavo comma, legge n. 223 del 1991). In realtà, da questo meccanismo di «giuridificazione» dei limiti in materia di scelta dei lavoratori da «cassaintegrare» o da collocare in mobilità, è possibile desumere il processo storico di creazione di vincoli alle prerogative imprenditoriali, in virtù del quale, in una prima fase, tale delimitazione avviene ad opera della giurisprudenza, con l'ausilio delle clausole di correttezza e buona fede; successivamente, questi limiti (possono essere) vengono conglobati nelle norme dei contratti collettivi; infine essi vengono recepiti dal legislatore, che procede alla creazione di norme poste a presidio dei lavoratori per tutelarli contro un esercizio arbitrario di potere del datore di lavoro.

Altro ambito in cui è necessario accertare se sia possibile l'applicazione del principio della buona fede è quello relativo al trasferimento del lavoratore ⁽⁷⁸⁾. In sede di commento alla sentenza 9086/1996 della Cassazione, Niccolai ⁽⁷⁹⁾ sottolinea: «All'interno del diritto del lavoro, la materia del trasferimento del dipendente è senz'altro una di quelle in cui maggiormente si è manifestata una certa tendenza alla disaggregazione della norma ed alla sua ricomposizione con caratteristiche, se non incompatibili, sicuramente diverse rispetto all'originaria "versione" normativa: il legislatore ha dedicato all'istituto due striminzite righe nel corpo della disciplina del mutamento di mansioni; la giurisprudenza ha aggiunto più o meno surrettiziamente oneri procedurali e sostanziali assolutamente estranei al primitivo disegno normativo».

Dall'impiego della buona fede se ne deriva, anzitutto, l'obbligo di comunicazione dei motivi del provvedimento datoriale, che può essere portato a conoscenza del dipendente in qualsiasi forma. La suprema corte ha adottato questa soluzione, applicando analogicamente le disposizioni in tema di comunicazione dei motivi del licenziamento e, di conseguenza, la motivazione sarebbe subordinata ad un'esplicita richiesta da

⁽⁷⁸⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 738.

⁽⁷⁹⁾ A. NICCOLAI, *La metamorfosi dell'art. 2103 c.c.: trasferimento del lavoratore ed oneri «occulti»*, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, p. 204.

parte del lavoratore destinatario del provvedimento ⁽⁸⁰⁾. In virtù di questa analogia, il datore di lavoro dovrà provvedere, entro 7 giorni dalla richiesta da parte del dipendente, all'esternazione delle ragioni del provvedimento.

Altro obbligo che si vuol far derivare dall'impiego della buona fede e della correttezza è quello che la motivazione contenga una valutazione di ordine comparativo delle situazioni dei soggetti potenzialmente interessati dal provvedimento di trasferimento. In merito a questo problema, si confrontano due scuole di pensiero. Da una parte vi sono autori ⁽⁸¹⁾, secondo cui gli obblighi di correttezza e buona fede producono effetti parificatori a fronte di una situazione antagonistica venutasi a creare tra i lavoratori, nel senso che in quelle situazioni in cui il datore di lavoro deve compiere una scelta pregiudizievole per il lavoratore (come nel caso del collocamento in mobilità oppure nel caso di trasferimento), le clausole in esame intervengono per evitare che possano crearsi discriminazioni tra i possibili destinatari del provvedimento. Questo principio viene messo in pratica nel momento in cui, nella motivazione giustificativa del provvedimento, che esteriorizza i criteri di scelta adottati, sia contenuta una valutazione comparativa dei diversi interessi in gioco. Contraria a questa impostazione, è quella parte di dottrina ⁽⁸²⁾ e giurisprudenza ⁽⁸³⁾ che considera l'utilizzo della buona fede e della correttezza come strumento per operare una selezione ispirata a criteri di razionalità tra più lavoratori un uso distorto delle stesse clausole e conseguentemente, nel caso specifico del trasferimento, la motivazione non dovrà contenere alcun accenno alla valutazione comparativa dei lavoratori.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 15 luglio 1986, n. 4572, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, p. 389, nell'ambito della quale, però, si mette in evidenza che l'analogia con la disciplina dei licenziamenti non si è spinta fino all'estensione della forma scritta anche al provvedimento di trasferimento. In tal senso anche Cass., 21 agosto 1991, n. 9011, in *Arch. civ.*, 1992, p. 279, con nota di ALIBRANDI.

⁽⁸¹⁾ Cfr. M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1997, pp. 531-532. In tal senso si esprime anche G. AMOROSO, *Retribuzione e mansioni del lavoratore: obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e buona fede*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 186.

⁽⁸²⁾ Cfr. A. NICCOLAI, *La metamorfosi*, cit., pp. 211-212.

⁽⁸³⁾ Vedi Cass., 18 febbraio 1994, n. 1563, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 677 con nota di F. GIAMMARIA; ed inoltre Cass., 15 ottobre 1992, n. 11339 in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 61.

Altri autori, tra i quali ricordo Balletti ⁽⁸⁴⁾, incline ad un impiego in chiave limitativa dei poteri imprenditoriali della buona fede, hanno espresso perplessità sulla possibilità di utilizzare la suddetta clausola in materia di scelte comparative del datore di lavoro in ordine ai suoi dipendenti, dal momento che la clausola in esame non può essere identificata esclusivamente con il principio della «parità di trattamento».

Il problema della parità di trattamento verrà trattato ampiamente nel prossimo paragrafo; in questa sede, mi limito ad affermare che non si corre il rischio di ridurre la buona fede ad una pura applicazione del principio di uguaglianza o di parità di trattamento, se consideriamo che il tradizionale ambito in cui la buona fede viene a dettare regole non codificate è quello dell'esercizio del potere disciplinare, in cui l'unico interesse in gioco è quello del lavoratore soggetto alla sanzione disciplinare ⁽⁸⁵⁾. In questo contesto, la buona fede ha imposto i due principi dell'immediatezza e della tempestività tanto della contestazione degli addebiti, quanto dell'irrogazione della sanzione.

Il fatto che questi due principi, promananti dalla buona fede, vengano posti nell'interesse del lavoratore, è al di fuori di alcun dubbio, dal momento che una contestazione che segua di parecchi mesi la conoscenza dell'infrazione potrebbe rendere difficile l'esercizio del diritto di difesa e inoltre potrebbe ingenerare il falso affidamento che il fatto compiuto dal dipendente non abbia una rilevanza disciplinare. A fronte di un tardivo esercizio del potere disciplinare, si dovrebbe parlare di un esercizio scorretto del potere da parte dell'imprenditore, in quanto idoneo a deludere un legittimo affidamento dell'altra parte ⁽⁸⁶⁾.

5. — Infine ci rimane da analizzare l'ultimo indirizzo, definito dal Ferraro «costituzionalista», in quanto si fonda sul presupposto «della diretta operatività di taluni precetti costituzionali all'interno dei rapporti in-

⁽⁸⁴⁾ E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali*, cit., p. 709 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede*, cit., p. 731.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. P. TULLINI, *Clausole generali*, cit., p. 208 ss., che a questo riguardo richiama l'istituto della *Verwirkung*, utilizzato nel sistema tedesco, che «prevede una particolare forma di perdita o di estinzione del diritto, connessa alla prolungata inerzia del suo titolare». L'a., inoltre, a p. 218 nella nota 37, fa un'esemplificazione di sentenze in cui si sottolinea che l'inerzia del datore di lavoro è contraria a buona fede.

ter-privati – e segnatamente in quelli di lavoro – per trarne così precise indicazioni in merito alla delimitazione dell'attività organizzativa dell'imprenditore».

Questo filone si afferma nella nostra dottrina e giurisprudenza tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 ed, in definitiva, ha il proprio terreno elettivo in materia di principi di non discriminazione e di parità di trattamento.

È opportuno precisare, preventivamente, il significato di questi due principi, prima di attestare gli esiti della lunga discussione svoltasi in dottrina e in giurisprudenza relativa all'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di parità di trattamento.

Ad un quesito, pertanto, è necessario dare una risposta in questa prima fase: vi è una tendenziale coincidenza tra la parità di trattamento ed il divieto di discriminazione e dunque la parità di trattamento si esaurisce nel semplice divieto di porre in essere atti discriminatori?

A riguardo, è opportuno esaminare i contributi apportati alla discussione da alcuni autori: Luisa Isenburg, Edoardo Ghera e Luciano Ventura, Paolo Ichino.

La Isenburg, dopo aver condotto un'analisi finalizzata a comprendere quali rapporti intercorrano tra il principio costituzionale di eguaglianza ex art. 3 Cost. e il principio di parità di trattamento⁽⁸⁷⁾, viene ad esaminare le relazioni intercorrenti tra quest'ultimo e i divieti di non discriminazione. L'autrice afferma che i due precetti all'esame, pur essendo strettamente connessi tra loro, non si identificano⁽⁸⁸⁾; i divieti di discriminazione sono uno degli strumenti che il legislatore può adottare per garantire la parità di trattamento, ma questo risultato non è scontato o automatico: se, sul piano del diritto positivo, esiste solo un divieto di discriminazione, non necessariamente si avrà una parità di trattamento. Successivamente, si aggiunge: «In linea generale, la parità di trattamento, che deriva dal principio di uguaglianza, è un concetto più ampio della non discriminazione. I divieti di discriminazione non consentono disparità di trattamento in relazione a specifici motivi», mentre, il fatto che esista una regola di uguaglianza di trattamento, non sta a significare che qualunque discrimi-

⁽⁸⁷⁾ L. ISENBURG, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984, p. 9 ss.

⁽⁸⁸⁾ L. ISENBURG, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.

nazione sia vietata, ma solo quelle arbitrarie ed immotivate; dunque delle differenze di trattamento, purché giustificate, sono possibili.

Altri autori, invece, non condividono quest'ordine di idee e negano i nessi intercorrenti tra i due precetti. In particolare, Ghera⁽⁸⁹⁾ sostiene che: «il divieto di discriminazione, lungi dal derivare da una norma di parità di trattamento operante all'interno del rapporto di lavoro [...] trova il suo fondamento in una situazione obiettivamente esistente nella società». Ad analoghe conclusioni giunge Ventura⁽⁹⁰⁾ nell'ambito di un contributo del 1984, ma nel corso di un intervento successivo⁽⁹¹⁾ sembra ritornare sui suoi passi affermando che la non discriminazione e la parità di trattamento sono le due facce del principio di eguaglianza e pertanto non possono essere scissi con tanta facilità.

Ichino⁽⁹²⁾, infine, mette in evidenza che tra il principio di parità di trattamento e i divieti di discriminazione ricorre una differenza netta: sotto un profilo propriamente definitorio, dice il nostro autore, «il principio di parità di trattamento impone di trattare in modo uguale situazioni eguali, il divieto di discriminazioni impone di trattare in modo eguale situazioni differenti, impone cioè di ignorare la differenza». Nonostante tale distinzione, questi due precetti sono in rapporto osmotico e in stretta correlazione, dal momento che «a nulla varrebbe l'adempimento del precetto di ignorare la differenza, se esso non si accompagnasse al precetto di trattare in modo eguale le due situazioni che devono essere considerate come eguali». Da ciò si desume come nei divieti di non discriminazione sia già immanente una regola di parità, in altri termini il principio di non discriminazione è un'estrinsecazione del principio di parità e, ciononostante, il dibattito intorno a quest'ultimo è venuto alla ribalta in un

⁽⁸⁹⁾ E. GHERA, *Atti e trattamenti economici collettivi discriminatori*, in *Comm. Statuto lav.* diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975, I, pp. 409-410.

⁽⁹⁰⁾ L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984. Questo saggio si segnala anche per il fatto di aver negato l'esistenza di un principio di parità di trattamento in tutti i momenti e per tutti gli aspetti dell'attuazione del rapporto di lavoro. Vedi p. 267.

⁽⁹¹⁾ L. VENTURA, *Not. Giur. lav., suppl.*, n. 11, 1995, p. 44, intervento nella giornata di studio a Roma, 11 marzo 1994 presso la scuola di specializzazione in diritto del lavoro dell'Università degli studi "La Sapienza".

⁽⁹²⁾ P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, p. 297 ss.

momento successivo rispetto alla codificazione legislativa dei principali divieti di discriminazione. Questo può essere spiegato, secondo Ichino, considerando il fatto che la disparità di trattamento, fondata su motivi illeciti tassativamente indicati dal legislatore – che si risolve in definitiva nella violazione di norme di legge in cui si impone esplicitamente di ignorare le differenze ⁽⁹³⁾ – desta maggiore allarme sociale rispetto alla disparità di trattamento «immotivata», ovvero fondata su cause non espressamente sanzionate dal legislatore.

Cercando di tirare un po' le somme dopo lo svolgimento di questo excursus dottrinale, possiamo dire che l'affermazione di una differenza intercorrente tra la non discriminazione e la parità di trattamento, è un dato che accomuna tutti gli interventi esaminati. Particolarmente interessante è l'idea di quanti affermano che i precetti all'esame sono due facce della stessa medaglia e la non discriminazione rappresenta il profilo negativo di questo principio egualitario che ha forza espansiva nel nostro ordinamento ⁽⁹⁴⁾. D'altro canto, rispondere al quesito se esista o meno, nel nostro ordinamento, un principio di parità di trattamento, significa chiarire un interrogativo che per lungo tempo la giurisprudenza ha lasciato irrisolto: a fronte del rispetto dei minimi di trattamento economico e normativo per i lavoratori, fissati dai contratti collettivi, l'imprenditore, nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica, potrà riconoscere, soltanto ad alcuni dei propri dipendenti anche a parità di mansioni e di inquadramento con altri, dei trattamenti migliorativi e delle differenziate posizioni retributive ⁽⁹⁵⁾?

⁽⁹³⁾ Considera, a titolo di esempio, la disposizione sancita nell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori in cui si dice: «È nullo qualsiasi atto o patto diretto a [...] discriminare (un lavoratore) nell'assegnazione di qualifiche o mansioni [...] o a recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero». E poi continua: «Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso».

⁽⁹⁴⁾ Questa affermazione è contenuta anche in sentenze (antecedenti all'89) che pur negando l'esistenza di un principio di parità di trattamento lo celebravano come «un modello di sviluppo dell'ordinamento». Cfr. Cass., 11 gennaio 1976, n. 4177, in *Giur. it.*, 1977, I, p. 1916 e inoltre Cass., 28 luglio 1988, n. 2135, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, p. 153, con nota di NATOLI.

⁽⁹⁵⁾ A riguardo vedi SANTUCCI, *Parità di trattamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. Comm.*, VIII, Torino, 1993, il quale a p. 457 afferma: «Interrogarsi sull'operatività di un principio gene-

Qualora alla suddetta domanda rispondessimo affermativamente, implicitamente ammetteremmo che il principio di eguaglianza nel diritto privato viene tutelato semplicemente rispettando i divieti di non discriminazione operanti nelle ipotesi tassativamente contemplate, pertanto, limitandosi ad osservare le disposizioni normative la parità di trattamento potrebbe dirsi soddisfatta. La parità di trattamento sarebbe un altro nome del principio di non discriminazione.

Qualora, invece, al quesito sopra posto, dessimo una risposta negativa, non si potrebbe fare a meno di concordare con gli autori, le cui tesi sono state esposte sopra, i quali sottolineano che nel principio di parità di trattamento c'è qualcosa in più rispetto alla non discriminazione. In altri termini, ci troviamo nuovamente al punto di partenza, dal momento che la questione relativa all'operatività, nei rapporti inter-privati, di una parità di trattamento, è pregiudiziale rispetto all'individuazione di una differenza di significato rispetto alla non discriminazione. Ma questo dubbio amletico può essere sciolto soltanto esaminando la giurisprudenza.

Precedentemente al 1989, la questione relativa alla collocazione di lavoratori che svolgono uguali mansioni in livelli diversi di classificazione retributiva o professionale ha dato luogo a contrasti nella giurisprudenza ordinaria ⁽⁹⁶⁾, tale per cui possiamo enucleare diversi indirizzi.

Da una parte, la Cassazione ha escluso, con estrema fermezza, l'esistenza di una regola generale di parità di trattamento nei negozi intersoggettivi, tale da «precludere all'autonomia collettiva o individuale la possibilità di determinare – al di sopra di certe condizioni minime garantite dall'art. 36 della Costituzione e salvo limiti particolari – differenziate posizioni retributive e tale quindi da imporre l'attribuzione di identico trattamento economico, a parità di qualifica e mansioni, a tutti i lavoratori dipendenti da una stessa impresa» ⁽⁹⁷⁾. Questo indirizzo è stato elaborato

rale di parità di trattamento significa occuparsi del rapporto tra principio di eguaglianza, autonomia negoziale e libertà di impresa o, più in generale, tra eguaglianza e libertà».

⁽⁹⁶⁾ Questo contrasto viene attestato da E. GHERA, *Parità di trattamento e principio di correttezza nel rapporto di lavoro: un nuovo orientamento della Corte costituzionale?*, in *Giust. cost.*, 1989, p. 550, uno dei primissimi commenti alla sentenza 103/1989 della Corte cost.

⁽⁹⁷⁾ In tal senso vedi Cass., 11 giugno 1988, n. 4011, in *Not. Giur. lav.*, 1988, p. 792; Cass., 27 maggio 1987, n. 4766, in *Rep. Foro it.*, 1987, c. 946; Cass., 24 marzo 1987, n. 2853, in *Not. Giur. lav.*, 1987, p. 391; Cass., 29 gennaio 1985, n. 513, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 732; Cass., 25 gennaio 1982, n. 491, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 488.

nel rispetto dell'impostazione teorica tradizionale, secondo la quale: «la funzione essenziale della contrattazione collettiva si esaurisce nel fissare uno standard minimo di tutele al soggetto debole del rapporto individuale di lavoro, consentendo all'imprenditore di riconoscere trattamenti migliorativi intuitu personae (solitamente si tratta di superminimi individuali) che, ancora oggi, rappresentano veri e propri strumenti di una tecnica di gestione del personale»⁽⁹⁸⁾.

Dall'altra parte, però, affiorano dei segnali di inquietudine rispetto a quest'ordine di idee. Infatti, devono essere segnalate quelle pronunce che affermano un sostanziale obbligo di parità di trattamento, ricavato dall'art. 36 cost. o dall'art. 2103 c.c. (con particolare riferimento al principio dell'equivalenza professionale)⁽⁹⁹⁾, con conseguente illiceità di un inquadramento differenziato di lavoratori adibiti ad identiche mansioni. Inoltre, la stessa Cassazione, in determinate pronunce, ha assunto toni molto più morbidi: pur non avallando l'ipotesi estrema sopra esposta, ha ritenuto legittimo l'inquadramento in livelli diversi di mansioni astrattamente uguali, solo in presenza di specifici motivi oggettivi che giustificano la diversità di classificazione⁽¹⁰⁰⁾.

Nell'ambito di questo confronto tra indirizzi giurisprudenziali, si è inserita la sentenza n. 103 del 1989⁽¹⁰¹⁾ della Corte Costituzionale, che ha fatto molto discutere dottrina e giurisprudenza, apportando un contributo fondamentale al dibattito, anche se la stessa in molti punti appare oscura e non propriamente limpida nelle argomentazioni.

⁽⁹⁸⁾ Sono parole di G. BOLEGO, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 313 (nota alla sentenza Cass., 8 luglio 1994, n. 6448).

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Pret. Milano, 13 maggio 1975, in *Or. Giur. lav.*, 1975, p. 365 e Pret. Bologna, 9 gennaio 1977, *ivi*, 1977, p. 1070.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Cass., 21 giugno 1986, n. 4139, in *Not. Giur. lav.*, 1986, p. 630; Pret. Milano, 23 novembre 1984, in *Or. Giur. lav.*, 1985, p. 401, in cui si mette in evidenza che questi motivi oggettivi che giustificano la diversità di classificazione, sono gli elementi caratteristici della prestazione e i criteri di differenziazione previsti nelle dichiarazioni generali e nelle esemplificazioni dei profili professionali contenuti nei contratti collettivi.

⁽¹⁰¹⁾ Corte cost., 22 febbraio 1989, n. 103, in *Mass. Giur. lav.*, 1989, p. 127, con nota di SCOGNAMIGLIO; in *Foro it.*, 1989, I, c. 2105, con nota di DE LUCA; in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 389, con nota di MARIANI e nota di PERA, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*.

6. — Procediamo alla disamina della sentenza 103 dell'89. Trattasi di una sentenza interpretativa di rigetto, con la quale la corte respinge i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal giudice *a quo* relativamente agli articoli 2086, 2087, 2095, 2099, 2103 del c.c., in riferimento all'art. 41 Cost., nella parte in cui consentono all'imprenditore di attribuire ai dipendenti, a parità di mansioni, diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo, dal momento che, secondo il Pretore di Napoli, «sarebbe compresso il diritto dei lavoratori al rispetto della loro dignità umana, in ispregio ai limiti che il richiamato precetto costituzionale impone alla libertà di iniziativa economica».

Rileva Ghera⁽¹⁰²⁾, che in questa circostanza la tecnica delle sentenze interpretative di rigetto viene utilizzata con qualche improprietà poiché, nelle sentenze succitate, una esplicita individuazione della norma reinterpretata è contenuta nella motivazione, così come è contenuta una chiara interpretazione delle norme costituzionali, cui la Corte fa riferimento. In questa sentenza, questi due elementi mancano entrambi o quantomeno non sono espressi chiaramente e da ciò deriva l'incertezza sulla portata effettiva della pronuncia, ovvero se la stessa affermi l'esistenza o meno di un principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro⁽¹⁰³⁾. In merito a questo problema, la dottrina si è spaccata, poiché vi sono stati autori che «ne hanno esaltato la novità», altri che «hanno posto in luce il carattere confermativo di indirizzi e giudizi di valore normativo già interni all'ordinamento»⁽¹⁰⁴⁾. Cerchiamo, dunque, di ripercorrere i passaggi salienti della sentenza.

In primo luogo, il Giudice supremo sottolinea che «per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali», in particolare viene richiamato il precetto da cui deriva «il divieto di effettuare discriminazioni per ragioni di sesso, di razza, di lingua e di religione (art. 3 cost.), anche se sono tollerabili e possibili disparità e differenzia-

⁽¹⁰²⁾ E. GHERA, *Parità di trattamento*, cit., p. 551.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. PIERA, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 399: «(la sentenza) non è certo commendevole vuoi per difetto di chiarezza vuoi, soprattutto per i gravi interrogativi che pone sul piano della contrattazione collettiva».

⁽¹⁰⁴⁾ Sono parole di O. MAZZOLTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1795, nota alla sentenza Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031.

zioni di trattamento sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli».

Successivamente, la Corte costituzionale rivolge la propria attenzione all'art. 41 cost. e si sofferma in particolare sul concetto di «dignità umana», intesa «sia in senso assoluto che relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente». Proprio in virtù del disposto contenuto nell'art. 41 cost., la Corte afferma che: «il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana».

Infine, si conclude, «il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto».

Da quanto sinora detto, possiamo ricavare queste conclusioni in merito al ragionamento condotto dalla Corte costituzionale: una volta rispettati i divieti di discriminazione posti dalla disciplina inderogabile di legge e di contrattazione collettiva, il potere imprenditoriale non può essere esercitato in maniera arbitraria, ma deve esercitarsi in conformità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, tra i quali assume un particolare rilievo il rispetto della dignità umana ricavato dall'art. 41 cost. Il riferimento a questo precetto vieta, di regola, all'imprenditore disparità di trattamento tra i lavoratori ma le stesse sono ammissibili quando siano giustificate e la suddetta motivazione dovrà essere ragionevole. Infine, si attribuisce al giudice il potere di intervenire, in caso di trasgressione, con provvedimenti correttivi.

Sebbene la pronuncia non lo dichiara espressamente e numerosi autori cercano di ridimensionarne la portata⁽¹⁰⁵⁾, non possiamo non concordare con la tesi esposta dal Pera, secondo il quale: «la Corte afferma *apertis verbis* che codesto principio (la parità di trattamento) è già configu-

⁽¹⁰⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, *Parità e libertà di trattamento economico e inquadramento dei lavoratori*, cit., p. 161.

rabile nell'ordinamento, sia per principi costituzionali sia per previsioni reiterate di fonti d'origine internazionale recepite. [...] La Corte dice, in sintesi, che, *di massima*, ad eguale lavoro deve corrispondere trattamento eguale, per l'imperativo di rispettare la dignità umana».

A questo punto, però, è necessario sgombrare il campo da equivoci. Anzitutto, sostenere che nella sentenza 103 dell'89, il Giudice delle leggi ha affermato la vigenza nel nostro ordinamento del principio in parola, non significa per forza di cose, aderire alla tesi della corte. Anche perché l'aspetto, per il momento, che più mi interessa sottolineare è un altro: dalle argomentazioni della sentenza 103/89 se ne desume, come diretto corollario, che i limiti ai poteri imprenditoriali derivano direttamente dai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, immediatamente precettivi nei rapporti intersoggettivi. Queste regole, per essere operative all'interno del rapporto di lavoro, non abbisognano di alcuna mediazione ma esplicano la propria efficacia direttamente.

Vediamo adesso l'evoluzione giurisprudenziale seguente a questa storica sentenza.

7. — Le prime applicazioni dei principi enunciati dalla Corte costituzionale hanno determinato una spaccatura nella giurisprudenza della Cassazione⁽¹⁰⁶⁾. Da una parte, vi sono state delle sentenze che hanno negato la sussistenza nel nostro ordinamento del principio della parità di trattamento⁽¹⁰⁷⁾ oppure hanno respinto astratte affermazioni di principio o «di politica del diritto» per incentrare l'attenzione del giudice sulle specifiche fattispecie volta a volta esaminate⁽¹⁰⁸⁾. Dall'altra, invece, vi sono state delle sentenze assertive dell'esistenza del principio in esame, secondo le quali ai lavoratori va corrisposta una retribuzione oltre che conforme ai dettami di cui all'art. 36 cost. — e pertanto proporzionata e sufficiente — anche «uguale» a quella più elevata corrisposta ad altri la-

⁽¹⁰⁶⁾ cfr. L. PELAGGI, *Autonomia collettiva, individuale e parità di trattamento*, in *Not. Giur. lav.*, supplemento n. 11, 1995, p. 77.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Cass., 17 luglio 1990, n. 7300, in *Not. Giur. lav.*, 1990, p. 800; Cass., 28 gennaio 1992, n. 886, in *Not. Giur. lav.*, 1992, p. 352.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Cass., 26 gennaio 1991, n. 791, in *Not. Giur. lav.*, 1991, p. 23; Cass., 6 novembre 1990, n. 10648, *ivi*, supplemento n. 11, 1995, p. 166.

voratori svolgenti le medesime mansioni ⁽¹⁰⁹⁾.

Particolare attenzione bisogna porre nell'esaminare la sentenza 1888/90, che interpreta in chiave «estensiva» il *dictum* della Corte costituzionale. In questa pronuncia, la Cassazione non si limita a dichiarare esplicitamente la parità di trattamento come principio esistente nel nostro ordinamento ma, parlando dei poteri del giudice, afferma: «L'intervento che si prevede non è di tipo risarcitorio [...], ma di tipo dichiarativo, e perciò costitutivo, conseguente alla verifica della mancata inserzione di clausole che del principio di parità siano concreta esplicitazione». Secondo Guglielmucci ⁽¹¹⁰⁾, che riassume l'opinione più diffusa in dottrina, ciò si traduce nella pratica attraverso l'adozione, da parte del giudice, di un duplice meccanismo per riequilibrare la posizione del lavoratore non destinatario del trattamento più vantaggioso. Infatti, il giudice dovrà invalidare la clausola attributiva del trattamento differenziato ed estendere equitativamente lo stesso – per il tramite della clausola della buona fede – a tutti coloro che svolgono le stesse mansioni. Si giunge, dunque, all'estremizzazione degli spunti offerti dai giudici della Consulta.

A questo punto, un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione si rende indispensabile per dirimere l'insanabile contrasto venutosi a creare nella Sezione lavoro della stessa, a seguito dell'emanazione della sentenza 103/89 della Corte costituzionale ⁽¹¹¹⁾. In particolare, risulta particolarmente preoccupante lo spunto contenuto nella sentenza incriminata in cui si dice: «per tutte le parti, anche per quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali», combinato ad una successiva affermazione: «spetta al giudice ordinario l'accertamento ed il controllo sull'inquadramento attribuito ai lavoratori in base alle mansioni effettivamente svolte». In virtù del combinato disposto di queste due affermazioni, sembra ammettersi esplicitamente il controllo giudiziario sulle scelte dell'au-

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Cass., 8 marzo 1990, n. 1888, in *Not. Giur. lav.*, supplemento n. 11, 1995, p. 156; Cass., 8 luglio 1992, n. 8330, *ivi*, 1992, p. 634.

⁽¹¹⁰⁾ C. GUGLIEMUCCI, *Potere imprenditoriale, dignità dell'uomo lavoratore e parità di trattamento*, in *Dir. lav.*, 1997, p. 27 ss.

⁽¹¹¹⁾ Ricordiamo che l'interpretazione della Corte cost. non costituisce «diritto vivente», né tanto meno è vincolante *erga omnes* – soltanto per il giudice *a quo* –, comunque costituisce un precedente giurisprudenziale dotato di particolare autorità. In tal senso E. GHERA, *op. ult. cit.*, p. 551.

tonomia collettiva ⁽¹¹²⁾: si è così paventato il vaglio di razionalità su un'area riservata all'autonomia collettiva dall'art. 39 cost. Ciò ha determinato il deciso intervento delle Sezioni Unite ⁽¹¹³⁾ che sono «entrate» nel dibattito con le sentenze 6030, 6031, 6032, 6033 e 6034 del 1993, mediante le quali si è esclusa, a gran voce, la sussistenza nell'ordinamento lavoristico di un principio di parità di trattamento.

È la prima di queste sentenze, la n. 6030, ad occuparsi del problema dei rapporti intercorrenti tra autonomia collettiva e parità ⁽¹¹⁴⁾, in cui si dice che «è preclusa al giudice di merito la valutazione della razionalità del regolamento degli interessi posto dalle parti sociali, essendo questo riservato all'autonomia collettiva». Dice a riguardo Del Punta ⁽¹¹⁵⁾: «Il nucleo centrale della posizione della Cassazione è appunto quello di considerare l'autonomia collettiva come l'unico strumento capace di calare fattivamente il principio di uguaglianza sul terreno dei rapporti sociali». In altri termini, nei rapporti tra le parti sociali, la parità di trattamento si realizza mediante il contratto collettivo, poiché lo stesso adempie alla funzione di determinare regole uniformi per la disciplina dei rapporti di lavoro inerenti al medesimo settore di attività imprenditoriale, o relativi alla medesima impresa ⁽¹¹⁶⁾.

Altra pronuncia di fondamentale rilievo è la n. 6031/93 ⁽¹¹⁷⁾, che riassume tutte le decisioni succitate, dal momento che le stesse hanno contenuto analogo. Il nucleo concettuale della suddetta pronuncia consiste nell'asserzione, da parte delle Sezioni unite, dell'inesistenza di un principio di parità di trattamento nel nostro ordinamento, che non può essere

⁽¹¹²⁾ G. BOLEGO, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, cit., p. 314.

⁽¹¹³⁾ Dice A. PERULLI, *La buona fede*, cit., p. 13: «L'aver toccato le sfere più gelose delle prerogative imprenditoriali, trascinando verso un controllo di merito non solo gli atti unilaterali del datore di lavoro, ma anche la ragionevolezza di quelli adottati dall'autonomia collettiva, ha fatto gridare allo scandalo. La dottrina pressoché in blocco si è mobilitata e le Sezioni Unite si sono adeguate».

⁽¹¹⁴⁾ Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341, con nota di R. DEL PUNTA, *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*; anche in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 253.

⁽¹¹⁵⁾ R. DEL PUNTA, *Parità di trattamento ed autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 327, nota critica a sentenza Trib. Milano, 22 gennaio 1994.

⁽¹¹⁶⁾ In tal senso, vedi L. PELAGGI, *Autonomia collettiva*, cit., p. 80.

⁽¹¹⁷⁾ Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794, con nota di MAZZOTTA; anche in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 188.

attinto né dall'art. 3 cost., né dall'art. 41 cost., di conseguenza, le norme in essi contenute non possono spiegare direttamente la propria efficacia nei rapporti interprivati. L'argomentazione delle Sezioni Unite prende le mosse proprio dalla sentenza della Corte costituzionale, rispetto alla quale, si dice – dandone una lettura forzata e non veritiera – i giudici della Consulta non avrebbero affermato in assoluto l'esistenza di un principio di parità di trattamento, che vorrebbe essere un effetto della tutela della dignità umana, ma solo evocato una linea di tendenza dell'ordinamento. Altro punto nodale della decisione riguarda l'affermazione del principio di legalità: solo la legge può introdurre delle delimitazioni ai poteri imprenditoriali e non i c.d. «principi viventi dell'ordinamento». Il potere imprenditoriale è ontologicamente discrezionale, pertanto non assoggettato ad obblighi di estrinsecazione di motivazione. Infine, non spetta al giudice sindacare la libertà d'impresa e la libertà sindacale, valutandone la congruità rispetto ad un astratto principio desunto dall'art. 41 cost. A riguardo, le Sezioni Unite non mancano di mettere in evidenza l'assurda disparità che verrebbe a crearsi tra l'applicazione di rimedi per far fronte al mancato rispetto del principio di parità e i rimedi apprestati dall'ordinamento nel caso si verifichi una fattispecie discriminatoria prevista dalla legge. In quest'ultimo caso, la disciplina è quella prevista dagli art. 15 e 16 della l. 20 maggio 1970, n. 300, che consiste nella nullità degli atti discriminatori e, inoltre, è prevista l'applicazione della sanzione penale di cui all'art. 38 dello stesso Statuto dei lavoratori ⁽¹¹⁸⁾. Secondo l'ordine di idee avanzate dalla sentenza 1888/90, a fronte del mancato rispetto da parte dell'imprenditore del principio di parità, si dovrebbe estendere, ai soggetti «pregiudicati», il trattamento più favorevole e premiante, eventualmente concesso ad altri lavoratori, in virtù di patti individuali. Conseguenza palesemente assurda. Pertanto, per quanto concerne la posizione relativa

⁽¹¹⁸⁾ L'art. 16 St. lav., al comma 2, nel caso di erogazione da parte dell'imprenditore di trattamenti economici collettivi discriminatori prevede un particolare meccanismo di reazione consistente in una sanzione civile: il giudice, su domanda dei lavoratori nei cui confronti è stata attuata la discriminazione (o su domanda delle associazioni sindacali che abbiano ricevuto apposito mandato dai prestatori di lavoro), accertati i fatti, condanna il datore di lavoro al pagamento, a favore del Fondo pensioni dell'Inps, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo di un anno.

all'autonomia collettiva, non possiamo non concordare con le considerazioni contenute nella sentenza all'esame.

L'orientamento appena esposto delle Sezioni Unite appare meno granitico, se consideriamo una statuizione delle stesse di poco antecedente alla 6031/93. Si tratta della sentenza n. 9804/93 ⁽¹¹⁹⁾ che, anche se pubblicata successivamente alla 6031 (il primo ottobre 1993), è stata deliberata poco prima. Ciò che più ci interessa di questa sentenza – che affronta, in materia di concorsi privati e promozioni, il problema delle conseguenze che si riconnettono all'inadempimento dell'obbligo di attenersi alla procedura selettiva, nonché di conformarsi alle regole di buona fede e correttezza – è che le Sezioni Unite, in questa pronuncia, enunciano la regola della piena sindacabilità del potere imprenditoriale che non può intendersi come puramente discrezionale ⁽¹²⁰⁾. Nella sentenza si legge, infatti, con riferimento alla pronuncia «incriminata» della Corte costituzionale: «[la sentenza 103/89 della corte cost.] ha preso atto di quanto già ampiamente operato dalla giurisprudenza la quale, in molteplici occasioni [...] ha sempre escluso la sussistenza di una pura discrezionalità dell'imprenditore, ribadendo il potere correttivo del giudice, attraverso gli strumenti giuridici apprestati dall'ordinamento».

Ad esiti analoghi, pur muovendo da una formale adesione alle determinazioni espresse dalle Sezioni Unite, giungono sia decisioni di merito che altre decisioni del Supremo collegio ⁽¹²¹⁾. Nell'ambito di una di queste si evidenzia come, sebbene la previsione di differenziazioni retributive non costituisca una violazione delle regole della correttezza, questa violazione può «presumersi in totale assenza di ragioni addotte dall'imprenditore per giustificare l'esercizio dei suoi poteri discrezionali» ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Cass., Sez. un., 17 marzo 1993, n. 9804, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 265, con nota di MUGLIA, *Il principio della parità di trattamento: ovvero la resurrezione di Laszaro*.

⁽¹²⁰⁾ In questo senso, C. GUGLIELMUCCI, *Potere imprenditoriale, dignità dell'uomo lavoratore e parità di trattamento*, cit., p. 30.

⁽¹²¹⁾ Trib. Milano, 22 gennaio 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 322, con note di DEL PUNTA e LIEBMANN; Pret. Catania, 22 febbraio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1373.

⁽¹²²⁾ Cfr. Cass. 17 febbraio 1994, n. 1530, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 464, con nota di BELLOMO, *La problematica della parità di trattamento dopo l'intervento delle Sezioni Unite: alcune considerazioni*.

Per quanto concerne, poi, il problema della sindacabilità dell'autonomia collettiva, ad un anno dalla sentenza 6030/93, la Corte costituzionale ritorna sull'argomento con la sentenza n. 268 del 30 giugno 1994⁽¹²³⁾, nella quale viene affrontato il problema della legittimità dell'accordo collettivo stipulato ai sensi dell'art.5 della legge 223/91, per l'individuazione dei lavoratori da porre in mobilità in caso di crisi aziendale⁽¹²⁴⁾. Il nucleo concettuale della sentenza all'esame si rinviene nella seguente affermazione: «la determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art.15 St. lav., ma anche il principio di razionalità alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i connotati dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori. Come parametro del giudizio di razionalità e ragionevolezza possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione di personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato». Parafrasando quanto dice Montuschi a riguardo, si profila un vero e proprio braccio di ferro tra le Sezioni Unite della Cassazione e i giudici della Consulta: «mentre il controllo di razionalità viene escluso in *radice* dalla Cassazione, la Corte costituzionale pretende che anche l'accordo collettivo rispetti (al pari di quello individuale) alcune condizioni ritenute irrinunciabili: la razionalità dei criteri di scelta indicati nel patto collettivo». Secondo Persiani⁽¹²⁵⁾, le affermazioni contenute in questa sentenza «alterano sicuramente il significato della legge (223/91). Questa, avendo previsto dei criteri sussidiari, ha voluto che la loro determinazione, in via principale, fosse rimessa al libero esercizio dell'autonomia collettiva». Indipendentemente dalla correttezza delle valutazioni appena espresse da Persiani, una contrapposizione di visioni tra la Suprema corte e la Corte costituzionale è assolutamente innegabile.

D'altro canto, una certa insofferenza verso l'ordine di idee propugna-

⁽¹²³⁾ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 248, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 248.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 144.

⁽¹²⁵⁾ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 21.

to dalle Sezioni Unite si registra anche nella stessa Sezione Lavoro della Cassazione. In particolare, voglio ricordare la sentenza n. 11595/95⁽¹²⁶⁾, nella quale si sostiene: «il trattamento deteriore riservato ai singoli o a minoranze senza un'adeguata giustificazione rappresenta una discriminazione non consentita, perché i principi propri del diritto del lavoro non possono permettere l'arbitrio o il capriccio».

Inoltre, merita particolare attenzione la decisione n. 6448/94⁽¹²⁷⁾, che è particolarmente importante per la tematica trattata – il *modus operandi* delle clausole generali all'interno del rapporto di lavoro – dal momento che istituisce un vero e proprio ponte tra il principio di parità di trattamento e le clausole generali. Questa statuizione parte da un'affermazione in linea con l'insegnamento delle Sezioni Unite, asserendo che la corresponsione ai lavoratori subordinati di retribuzioni differenziate, non configura una violazione del principio di parità di trattamento, data l'inesistenza di questo nell'ordinamento giuridico. Tuttavia, l'assenza di giustificazioni, a fronte di disparità di trattamento retributivo tra i lavoratori, costituisce violazione degli obblighi di correttezza e buona fede. Alla violazione di questi obblighi consegue, per il datore di lavoro, un obbligo risarcitorio nei confronti del lavoratore, cui non sia stato concesso il beneficio. L'aspetto di questa pronuncia che ha destato maggiori perplessità e critiche in dottrina, riguarda il richiamo in essa contenuto alla teoria comunitaria, in virtù della quale «la posizione di ogni lavoratore risulta definibile non in sé stessa, ma in quanto posta in correlazione con quella degli altri lavoratori»⁽¹²⁸⁾. La Suprema Corte prosegue poi: «La stretta connessione dei rapporti induce a rifiutare opzioni ermeneutiche improntate ad una visione che, astraendo il lavoratore dalla comunità in cui opera, non faccia scaturire le necessarie conseguenze da scelte datoriali che senza criteri di razionalità alcuna, lo penalizzano rispetto ad altri membri della stessa comunità versanti in identiche condizioni, e finiscano per tra-

⁽¹²⁶⁾ Cass., 4 novembre 1995, n. 11515, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 979, con nota di NOGLER, *Razionalità e ragionevolezza della parte normativa del contratto collettivo*.

⁽¹²⁷⁾ Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1995, I, p. 81 con nota di DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito «egualitario» della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 304, con nota di BOLEGO, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*.

⁽¹²⁸⁾ Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 308.

dursi così in una lesione della sua persona. Nel rapporto, ogni lavoratore, infatti, impegna non soltanto le proprie energie, ma – in modo durevole e costante – anche la propria persona nei suoi interessi e nelle sue relazioni sociali».

Questa sentenza presenta molti pregi, primo fra tutti quello di svincolare il problema dell'esistenza di un principio di parità di trattamento, all'esigenza, divenuta ormai indefettibile, di trovare una valida giustificazione alle disparità di trattamento retributivo tra i dipendenti poste in essere dal datore di lavoro, in modo tale da «evitare che l'imprenditore possa esercitare un potere organizzativo privo di qualsiasi giustificazione sul piano sociale, e quindi improntato a pura discrezionalità od arbitrio»⁽¹²⁹⁾. In questo strenuo tentativo, la Corte pone l'accento su due aspetti: l'obbligo della motivazione, concepito come strumento per esteriorizzare i criteri delle scelte organizzative dell'imprenditore, in modo tale da consentire la sindacabilità delle suddette scelte; la valorizzazione degli obblighi di correttezza e buona fede al ruolo di regola generale di condotta del potere del datore di lavoro, nell'uso del proprio potere discrezionale.

Nonostante queste felici intuizioni contenute nella statuizione in esame, la dottrina ha visto in quel riferimento alla «comunità di impresa» il fantasma di quelle teorie della «funzionalizzazione» dell'impresa privata ad un fine superiore che, come abbiamo visto, non poteva essere accolta nel nostro sistema⁽¹³⁰⁾ e peraltro erano state utilizzate come argomento per negare la validità delle argomentazioni contenute nella sentenza 103/89 della Corte costituzionale⁽¹³¹⁾. Di conseguenza, la gran parte della dottrina guarda alla sentenza in esame come ad una statuizione «ribelle»⁽¹³²⁾ rispetto all'insegnamento propugnato dalle Sezioni Unite e finisce per bocciare inesorabilmente qualunque tesi voglia introdurre un controllo di

⁽¹²⁹⁾ G. BOLEGO, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, cit., p. 318.

⁽¹³⁰⁾ MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.

⁽¹³¹⁾ Cfr. G. SANTORO PASSERELLI, *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 913 ss.

⁽¹³²⁾ Usa questo termine A. MARESCA, *Parità di trattamento, equità e razionalità nel rapporto di lavoro*, in *Not. Giur. lav.*, supplemento n. 11, 1995, p. 95.

razionalità dei poteri imprenditoriali⁽¹³³⁾.

In linea con le idee espresse da questa parte di dottrina è il secondo intervento delle Sezioni Unite del 1996⁽¹³⁴⁾, resosi necessario a seguito del proliferare, all'interno della Sezione lavoro della Cassazione, di teorie difformi rispetto alla sentenza n. 6031 del 1993. In tale occasione le Sezioni Unite ribadiscono i principi già espressi precedentemente, sottolineando nuovamente l'inesistenza, nel nostro ordinamento, del principio della parità di trattamento e quindi l'intangibilità tanto dell'autonomia privata quanto dell'autonomia collettiva, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge. Però, come mette bene in evidenza Pellicani⁽¹³⁵⁾, mentre la chiusura in ordine alla sindacabilità delle scelte dell'autonomia collettiva è assolutamente categorica, questo atteggiamento intransigente non può ugualmente registrarsi in materia di controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata⁽¹³⁶⁾. Il ragionamento della Suprema Corte prende le mosse, come al solito, dal ribadire che il diritto alla parità di trattamento non esiste, né questo diritto può essere fatto derivare dal criterio della ragionevolezza ed in particolare dall'utilizzo delle clausole generali della correttezza e della buona fede. Queste ultime, prosegue la Cassazione, «attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto quale esso è» e non quale dovrebbe essere e dunque «non consentono di introdurre nel rapporto diritti e obblighi patrimoniali

⁽¹³³⁾ Cfr. M. PERSIANI, *op. ult. cit.*, p. 36: «In conclusione, un controllo dei poteri del datore di lavoro, che sia di merito, o se vuoi di razionalità, come quello postulato dai giudici costituzionali e auspicato da una parte della dottrina, condurrebbe inevitabilmente ad una grave limitazione dei valori costituzionali fondamentali, quali la libertà di iniziativa imprenditoriale ed una straordinaria dilatazione dei poteri giudiziari, che finirebbero per esercitarsi in maniera inevitabile soggettiva, relativa, variabile, contrastante».

⁽¹³⁴⁾ Cass., Sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1899, con nota di DEL PUNTA, *Parità di trattamento e clausole generali nel rapporto di lavoro: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*.

⁽¹³⁵⁾ G. PELLICANI, *La parità di trattamento fra i lavoratori nella giurisprudenza della suprema corte dopo il secondo intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 501 ss.

⁽¹³⁶⁾ È comunque necessario sottolineare come la dottrina maggioritaria propenda per un'interpretazione in chiave assolutamente restrittiva, nel senso di escludere qualsiasi tentativo di introdurre una qualche forma di controllo di ragionevolezza sulle determinazioni unilaterali del datore di lavoro. Cfr. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., p. 8; BIANCHI D'URSO, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 536; DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito egualitario «paritario» della Corte di Cassazione*, cit., p. 89.

che lo stesso non prevede o addirittura esclude». Senza soffermarci su queste ultime affermazioni, che sono ovviamente contestabili ⁽¹³⁷⁾, lo spiraglio di luce offerto da questa sentenza è costituito da un'affermazione in essa contenuta e rilevata dalla Castelvetti ⁽¹³⁸⁾: «il tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia individuale è rappresentato dalle clausole di correttezza e buona fede». L'aspetto sicuramente da chiarire, rispetto al quale le Sezioni Unite mantengono il massimo riserbo, è in che cosa consista questa verifica di ragionevolezza.

Prima di affrontare, nelle conclusioni, quest'ultimo passaggio, volevo sottolineare come la giurisprudenza successiva a questo intervento sia nuovamente spaccata, a testimonianza del fatto che, i fiumi di parole spesi da dottrina e giurisprudenza sulla parità di trattamento non sono stati sufficienti per mettere la parola fine a questa annosa questione. In particolare, ricordo due sentenze già analizzate da Pellicani ⁽¹³⁹⁾, le pronunce n. 6439/1997 e n. 1694/1997. La prima delle due accoglie l'orientamento maggioritario secondo il quale non esistono nel nostro ordinamento norme che fondano la regola della parità, ma solo disposizioni che vietano atti discriminatori; questa regola non può essere desunta né dall'art. 41 cost., né tanto meno dal richiamo ai principi di correttezza e buona fede. La sentenza n. 1694/1997, invece, richiamandosi ad una pronuncia precedente, ovvero la n. 6448/1997, sembra fare un implicito riferimento al principio di buona fede per operare un controllo giudiziale sull'autonomia privata. Dunque, le clausole generali rientrano nuovamente nella discussione relativa all'individuazione dei limiti alle prerogative imprenditoriali.

8. — Giunti alle conclusioni, ritengo sia opportuno tirare un po' le fila di quei discorsi che ho lasciato in sospeso nel corso dell'intervento. Sicuramente, una delle prime domande che il lettore potrebbe porsi, ri-

⁽¹³⁷⁾ Rileva, a riguardo, A. PERULLI, *La buona fede*, cit., p. 13: «La giurisprudenza semplicemente dimentica che la funzione propria della buona fede è proprio quella di generare obblighi integrativi o accessori del regolamento contrattuale — diretti dunque ad arricchire il contenuto dell'obbligazione — non di duplicare o assistere obblighi già esistenti e di per sé vincolanti».

⁽¹³⁸⁾ L. CASTELVETRI, *Principio di parità e clausole generali: le Sezioni Unite perdono un'altra occasione*, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 525.

⁽¹³⁹⁾ Si tratta delle sentenze: Cass., 15 luglio 1997, n. 6439, in *Guida al lav.*, n. 4, 14 ottobre 1997; Cass., 25 febbraio 1997, n. 1694, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, pp. 305-306.

guarda l'argomento cui ho dedicato il paragrafo precedente: il principio della parità di trattamento. In che modo la suddetta tematica si sposa con il problema delle clausole generali ⁽¹⁴⁰⁾?

In realtà, questo dubbio ingenerato nella mente dei lettori è, in un certo qual modo, voluto. Infatti, ripercorrendo l'exkursus giurisprudenziale del paragrafo precedente, ci si renderà conto che ho cercato di ridurre all'essenziale, nel tracciare la problematica della parità di trattamento, i riferimenti, pur numerosi, contenuti nelle pronunce, alle clausole generali e in particolare alla buona fede e alla correttezza. Ho fatto questo per evitare di far cadere il lettore in un errore che numerosi autori della dottrina, nonché le stesse Sezioni Unite della Cassazione, non hanno evitato: legare l'operatività delle clausole generali alle sorti del principio della parità di trattamento. In virtù di questo preconcetto, a fronte della totale negazione del principio in parola, il valore della buona fede e della correttezza viene del tutto sminuito e ricondotto ad una modalità di «generico comportamento delle parti» ⁽¹⁴¹⁾ o comunque ad una funzione di per sé pleonastica, limitandosi a duplicare obblighi già esistenti fissati nelle disposizioni di legge. Questo stato di cose viene colto acutamente dal Perulli ⁽¹⁴²⁾, quando afferma: «Il *de profundis* giurisprudenziale del principio di parità di trattamento ha trascinato con sé in un giudizio di disvalore lo stesso ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede come strumenti di controllo degli atti unilaterali del datore di lavoro». Il problema relativo all'esistenza del principio di parità di trattamento e l'operare delle clausole generali come strumento per modulare i poteri del datore di lavoro sono due questioni separate.

Il passaggio seguente è quello di comprendere perché vi sia stata questa commistione tra il precetto all'esame e le norme in bianco, che ha portato ad esiti totalmente negativi per l'impiego della buona fede e della

⁽¹⁴⁰⁾ In realtà una risposta a questa domanda è già contenuta nel capitolo precedente, dal momento che è la stessa giurisprudenza ad inserire la problematica delle clausole generali nel più ampio dibattito relativo all'esistenza del principio di parità di trattamento, cfr. Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341.

⁽¹⁴¹⁾ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 372, che afferma: «la buona fede rende esplicito quel che nell'impegno contrattuale è molto spesso implicito, poiché è immanente al vincolo in quanto tale piuttosto che al singolo obbligo».

⁽¹⁴²⁾ A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, cit., p. 13

correttezza. Questa interazione può essere spiegata, considerando la circostanza che una certa parte della giurisprudenza, nel tentativo di dare la cittadinanza al principio di parità di trattamento all'interno del nostro ordinamento, ha cercato di utilizzare le clausole generali come tramite ⁽¹⁴³⁾. Esaminiamo la sentenza «ribelle» – rispetto all'insegnamento delle Sezioni Unite contenuto nella sentenza 6030 del 1993 – n. 6448 del 1994 ⁽¹⁴⁴⁾. In essa si dice: «tale principio (la parità di trattamento), forse non ancora apprezzato in tutta la sua forza precettiva, [...] costituisce fonte di integrazione del rapporto di lavoro e configura nell'ambito del detto rapporto una clausola generale, capace di garantire ciascuna delle parti contro ogni possibile abuso». Alla luce di questa citazione, il passaggio logico compiuto da parte degli autori favorevoli alla tesi sopra esposta è il seguente: l'uso delle clausole generali nel regolamento negoziale, che si ispirano a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, è una spia del fatto che nel nostro ordinamento sussista un principio di parità di trattamento ⁽¹⁴⁵⁾. Ma, proprio a questo punto è necessario non confondere i piani. Secon-

⁽¹⁴³⁾ Cfr. A. MARESCA, *Parità di trattamento, equità e razionalità nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Not. Giur. lav.*, supplemento, 1995, I, p. 93 e segg., in cui l'autore si sofferma ad analizzare due meccanismi, adottati da parte della dottrina favorevole all'introduzione del principio di parità di trattamento, per rendere operativo questo principio nel nostro ordinamento: il primo che utilizza l'art. 2077, comma 2, e ricava dallo stesso «un limite all'autonomia individuale nella determinazione di trattamenti individuali più favorevoli al lavoratore rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo», il secondo che adopera, invece, le clausole generali di correttezza e buona fede. Il nostro a. è contrario ad impiegare entrambi questi due espedienti.

⁽¹⁴⁴⁾ Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Mass. Giur. lav.*, p. 514 con nota di GRAMACCIA.

⁽¹⁴⁵⁾ L'interpretazione riportata in questa sede della sentenza n. 6448/1994, è condivisa da altri autori, vedi, ad esempio, F. BIANCHI D'URSO, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 537: «... è accaduto che nel '94 la Cassazione, facendo leva sulle clausole di correttezza e buona fede, elaborasse una nuova edizione della parità, più sofisticata ma non per questo più persuasiva, con l'intento di aggirare surrettiziamente la pronuncia del '93, malgrado la dichiarazione di formale ossequio al dictum delle Sezioni Unite». Io non ritengo di poter condividere quest'ordine di idee. Nella sentenza in esame è affermato a chiare lettere l'inesistenza del principio della parità di trattamento, in ossequio all'insegnamento delle Sezioni Unite. Il fatto che la Cassazione, a fronte della mancata giustificazione di differenze retributive, ne faccia derivare una violazione delle clausole generali non significa far rivivere sotto veste diversa il principio della parità di trattamento, non si tratta di un «rigurgito paritario». Come ho avuto modo di sottolineare nel precedente capitolo, la Cassazione, in questa circostanza, è consapevole dei diversi piani su cui clausole generali e parità di trattamento si pongono.

do Santoni ⁽¹⁴⁶⁾, in numerosi casi di applicazione delle clausole generali, «la parità viene presupposta e coerentemente pretesa come razionale esercizio delle prerogative imprenditoriali». Se prendiamo in considerazione, ad esempio, il criterio della rotazione tra i lavoratori, quest'ultimo prima di essere codificato come meccanismo legale dalla legge 223 del 1991, veniva applicato dalla giurisprudenza, in conformità a quanto affermato dalla Corte costituzionale ⁽¹⁴⁷⁾: «è necessario che i criteri applicati dall'imprenditore siano dotati di obiettiva razionalità, non devono essere rispondenti a valutazioni arbitrarie o, comunque, assolutamente discrezionali o immotivati, ma devono essere controllabili e verificabili *ex post*». Ma l'aspetto che più ci interessa è che alcuni autori ⁽¹⁴⁸⁾, in merito a questo meccanismo di rotazione, hanno sostenuto la tesi che esso sia la diretta emanazione dei principi di solidarietà sociale e di uguaglianza, sanciti dagli art. 2 e 3 cost., poiché consente di operare un'equa ripartizione del sacrificio economico e/o professionale tra tutti i lavoratori occupati nell'impresa in crisi. D'altro canto, il fatto che il criterio in esame si ispiri ad un'idea di giustizia perequativa, non postula l'esistenza di un principio di parità di trattamento nel nostro ordinamento. Questa è, appunto, la tesi sposata dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale: «l'uso elastico delle norme di correttezza e buona fede può tutt'al più surrogare la mancanza della regola dell'eguale trattamento, ma non confermarne l'attuale esistenza». Di conseguenza, l'esistenza del principio di parità non può certo essere desunta dal *modus operandi* delle clausole generali.

A questo punto si tratta di affrontare un altro nodo cruciale della trattazione in esame: sussiste nel nostro ordinamento il principio della parità di trattamento e può ritenersi direttamente operativo nei rapporti interpretativi?

La conclusione cui sono giunta, attraverso la disamina dei contributi dottrinali e giurisprudenziali, è che un principio di parità di trattamento nel nostro ordinamento non esiste. Trattasi di un principio assistito da forti suggestioni ideali, cui è difficile negare dignità sul piano etico e so-

⁽¹⁴⁶⁾ SANTONI, *Parità di trattamento dei lavoratori nelle imprese private*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989, p. 74.

⁽¹⁴⁷⁾ Corte cost., 23 giugno 1988, n. 694, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2077.

⁽¹⁴⁸⁾ Vedi P. TULLINI, *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1239.

ziale e che ha catturato più volte dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di venire incontro alle esigenze di giustizia dei lavoratori. La parità di trattamento è, in primo luogo un precetto etico, come messo in evidenza da Rescigno ⁽¹⁴⁹⁾, che richiamandosi ad una concezione di Hueck, riconduce il fondamento della stessa ad un vincolo comunitario: l'unione di più persone in una comunità di diritto privato porta con sé, di regola, l'uguale trattamento dei membri che si trovano nella stessa in posizioni comparabili.

Però, il terreno sul quale dobbiamo misurarci è quello del diritto positivo e non quello delle astrazioni ideali: sotto questo profilo, non c'è nessuna norma di legge che abbia codificato il principio in esame. Un forte argomento a sostegno di questa tesi, che nega la cittadinanza al principio paritario, ci viene dall'art. 49, comma 2, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 ⁽¹⁵⁰⁾. Tale norma prevede che «le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti [...] parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori rispetto a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi». Dice Maresca a riguardo: «Il legislatore, nel momento in cui si apprestava a *privatizzare* il rapporto di pubblico impiego, non si è limitato a ribadire il principio dell'inderogabilità dei minimi di trattamento previsti dai contratti collettivi, ma ha avvertito la necessità di introdurre un principio con il quale ha reso operativa la parità di trattamento per i dipendenti pubblici». Di conseguenza non è possibile sostenere che lo stesso principio valga per i lavoratori privati non destinatari della stessa disposizione.

Molto suggestiva si presenta anche la tesi sostenuta da Foglia ⁽¹⁵¹⁾, che fa derivare la sussistenza della regola paritaria dal diritto comunitario. Il ragionamento di Foglia parte dalla considerazione che, secondo la tesi oggi prevalente, al di fuori delle ipotesi tipiche di discriminazione espressamente vietate dalla legge, non esiste un principio di parità di trattamento idoneo di per sé ad incidere su atti discrezionali eccedenti i limiti inderogabili. Ma, bisogna comunque considerare che, i divieti di discrimina-

⁽¹⁴⁹⁾ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Questo argomento testuale è riportato da MARESCA, *op. cit.*, p. 92.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. R. FOGLIA, *Il principio di parità di trattamento: nuovi spunti dal diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 189.

zione, previsti dalle nostre leggi, vanno integrati con il divieto di discriminazione per nazionalità, posto dal diritto comunitario. A questo riguardo, si richiama l'art. 48 del Trattato, nonché l'art. 7 del Regolamento n. 1612 del 1968, alla luce dei quali riservare un beneficio ai lavoratori di nazionalità italiana, con esclusione degli altri lavoratori comunitari, porterebbe ad una censura di nullità. Il nostro autore continua affermando che è vero che queste disposizioni si limitano a sancire un divieto di non discriminazione per ragioni di cittadinanza, ma è evidente che siffatto divieto «non possa non riflettersi su un piano, per così dire, interno e riguardare anche il confronto tra lavoratori di pari cittadinanza per non riprodurre una disparità di trattamento *a rovescio*, in danno, cioè, dei lavoratori nazionali». Trattasi di una ricostruzione della regola paritaria molto coraggiosa e piena di spunti interessanti, ma non sufficienti per affermare con certezza «la piena cittadinanza» del principio paritario nel nostro ordinamento. Non bisogna dimenticare, infatti, che lo stesso Foglia, all'inizio della sua trattazione sottolinea come i Trattati istitutivi delle Comunità europee non enunciano un principio paritario generale e onnicomprensivo, ma si soffermano ad enucleare una serie di specifici divieti di discriminazione basati su diversi criteri, mentre la parità di trattamento si consegue «per relationem». In un secondo momento, si mette in evidenza come, nella giurisprudenza comunitaria, sia in atto una tendenza a generalizzare la regola di non discriminazione, dalla quale si desume il teorema della parità di trattamento. A questo riguardo, Foglia cita la sentenza 16 febbraio 1978, n. 61/77 ⁽¹⁵²⁾, secondo cui «il principio di parità vieta non solo le discriminazioni palesi, fondate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che fondandosi su altri criteri di distinzione pervenga al medesimo risultato». Ma anche queste considerazioni possono essere superate considerando che, in ogni caso, stiamo parlando di linee di tendenza elaborate dalla giurisprudenza e non di principi codificati e di questo ne è consapevole anche Foglia, così come è testimoniato dalla domanda che da ultimo si pone: «Riusciranno tutti questi *imput* a fare breccia nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza?».

È una domanda cui ancora non è possibile dare una risposta in senso affermativo, dal momento che le Sezioni Unite sono di tutt'altro avvi-

⁽¹⁵²⁾ La sentenza si può leggere in *Racc.*, 1978, p. 417.

so⁽¹⁵³⁾. Comunque, a questo riguardo, non si può non concordare con quanto affermato dalla Cassazione in un'epoca meno recente: «la parità di trattamento costituisce un obiettivo tendenziale del nostro ordinamento»⁽¹⁵⁴⁾.

9. — Vediamo adesso i corollari della tesi che porta all'esclusione della regola paritaria. La «capitolazione» della suddetta costruzione ha trascinato con sé anche l'idea che i precetti costituzionali fossero direttamente operativi e applicabili nei rapporti interprivati⁽¹⁵⁵⁾ e, dunque, l'intero filone «costituzionalista». Anche Ferraro⁽¹⁵⁶⁾ condivide quest'ordine di idee, infatti dice che l'indirizzo in esame è «una posizione ideologica, che eleva ad epicentro del sistema giuridico taluni diritti fondamentali della persona umana in una logica assolutistica estranea ai contesti reali in cui sono destinati a confrontarsi e ad operare». E poi continua: «In una società capitalistica, seppure con forti venature sociali, [...] la logica paritaria non può essere enunciata in maniera così parcellizzata ed oltretutto in un'ottica soltanto aziendalistica, che a dir poco si sperde in una realtà sociale contraddistinta da ingiustizie e disuguaglianze ben più significative ed intollerabili».

Il problema da porsi, a questo punto, è il seguente: il negare l'operatività diretta dei principi costituzionali, nella specie del principio di pari dignità umana ricavato dall'art. 41 cost., in funzione delimitativa delle prerogative del datore di lavoro, significa affermare che i poteri imprenditoriali non sono suscettibili di limitazione?

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 273; Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794, con nota di MAZZOTTA; Cass., Sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1899, con nota di DEL PUNTA.

⁽¹⁵⁴⁾ Cass., 11 novembre 1976, n. 4177, in *Not. Giur. lav.*, 1977, p. 114.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. C. GUGLIELMUCCI, *Potere imprenditoriale, dignità dell'uomo lavoratore e parità di trattamento*, in *Dir. lav.*, 1997, p. 42, è a favore della tesi della diretta operatività del principio della dignità dell'uomo lavoratore, quale diritto soggettivo di rango costituzionale, nel rapporto di lavoro per limitare il potere imprenditoriale, configurandosi come controllore dello stesso. Infatti si dice: «Il valore costituzionale — che assume struttura di diritto soggettivo tutelativo di un tratto essenziale della personalità del lavoratore nei confronti del suo storico antagonista — è idoneo senza altra mediazione — in particolare senza il ricorso a clausole generali — a segnare il limite del potere imprenditoriale».

⁽¹⁵⁶⁾ G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., p. 182.

Vi sono stati autori che hanno sostenuto quest'ordine di idee: vedi, ad esempio, Santoro Passerelli o Persiani, che ha affermato: «Un'ulteriore compressione della struttura autoritaria dell'impresa può avvenire esclusivamente ad opera del legislatore o dell'azione sindacale, non ad opera del giudice. A quest'ultimo non è consentito, sia pure invocando i principi consacrati nell'art. 41 cost., modificare il modello adottato dal legislatore per individuare limiti ai poteri del datore di lavoro che siano ulteriori rispetto a quelli previsti né, sopravvalutando il momento ideologico, assegnare a quei poteri funzioni che non hanno»⁽¹⁵⁷⁾. Questa asserzione può essere completata con quanto sostenuto da Santoro Passerelli⁽¹⁵⁸⁾, secondo il quale la prospettazione di un controllo di razionalità sui poteri imprenditoriali, anche se fondato sull'art. 41 cost., presuppone una concezione dei poteri dell'imprenditore in termini funzionali e conseguentemente «legittima il sindacato del giudice sui fini dell'impresa o sulla ragionevolezza delle scelte dell'imprenditore».

Non penso di poter condividere quest'ordine di idee. Se analizziamo con attenzione la costruzione sopra delineata, ci renderemo conto che l'assunto dal quale la stessa parte, è quello per cui un controllo sui poteri dell'imprenditore è possibile soltanto qualora si concepisca «l'attività di impresa finalizzata alla realizzazione di interessi superiori trascendenti rispetto a quelli egoistici del datore di lavoro»⁽¹⁵⁹⁾. Dal momento che la dottrina *in toto* respinge tale concezione, asserendo che l'attività di impresa è «un'attività libera nel fine»⁽¹⁶⁰⁾, coerentemente una delimitazione delle prerogative datoriali non è possibile. La mia concezione, invece, si sposa con quella di Ferraro⁽¹⁶¹⁾, che afferma: «l'iniziativa economica privata, seppure non ricostruita in termini di funzionalizzazione, deve esplicarsi all'interno di coordinate predeterminate che impongono anzitutto la trasparenza, in funzione di un controllo causale rilevante principalmente sul

⁽¹⁵⁷⁾ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, pp. 30-31.

⁽¹⁵⁸⁾ G. SANTORO PASSERELLI, *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 913.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990, p. 142.

⁽¹⁶⁰⁾ G. SANTORO PASSERELLI, *op. ult. cit.*, c. 915, in cui si aggiunge: «... per l'attività dell'imprenditore l'obbligo di motivazione sussiste solo nei casi in cui la legge, l'autonomia collettiva, l'autonomia individuale lo prevedano».

⁽¹⁶¹⁾ G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., p. 165.

versante della prova». Quindi, non è necessario affermare che l'attività d'impresa sia subordinata ad un fine superiore per legittimare un controllo sui poteri imprenditoriali. Questo perché i poteri riconosciuti agli imprenditori hanno in sé un pericolo immanente, ovvero quello di andare a pregiudicare la sfera soggettiva dei singoli lavoratori, andando a incidere su valori costituzionalmente protetti. L'idea appena espressa è condivisa da Di Maio ⁽¹⁶²⁾, che sottolinea «l'esigenza che non resti sguarnito il fronte degli interessi dei singoli verso quegli aspetti del potere privato che *impattano* frontalmente istanze e valori irrinunciabili». Ad esempio, la legislazione dell'emergenza contiene tale rischio, così come tutte le ipotesi in cui il lavoratore sia posto in una situazione di concorso-confronto con altri lavoratori ⁽¹⁶³⁾: l'imprenditore potrebbe esercitare i poteri riconosciutigli dall'ordinamento in modo lesivo del diritto del lavoratore a non subire trattamenti deteriori rispetto agli altri, pur rispettando la normativa antidiscriminatoria predisposta dall'art. 15 della l. 300/1970. Su questa stessa linea di pensiero troviamo Montuschi ⁽¹⁶⁴⁾: «Pur se è incontroverso che l'imprenditore possa legittimamente fruire di una discrezionalità tecnica, s'è individuato un nuovo spazio da governare in sede giudiziaria. La tutela contro gli atti discriminatori non è sembrata, infatti, sufficiente od esaustiva: anche perché la discriminazione è, per sé, finalizzata, cioè presuppone l'intento o lo scopo di ledere la libertà sindacale, politica, religiosa del lavoratore, e così via».

Di conseguenza, il controllo sulle prerogative datoriali non dovrebbe concernere soltanto il limite negativo della «tutela antidiscriminatoria» del singolo, «ma anche quello positivo di un uso di tale potere che sia tale da conciliarsi con il rispetto dei principi di *eguaglianza sostanziale e di proporzionalità dei sacrifici*» ⁽¹⁶⁵⁾.

Ulteriore passaggio da compiere è quello relativo alla individuazione

⁽¹⁶²⁾ A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 359.

⁽¹⁶³⁾ A questo riguardo potrebbero citarsi le ipotesi dei concorsi e delle promozioni, dei trasferimenti, oltre a quelle dei licenziamenti collettivi e del collocamento in Cassa integrazione guadagni.

⁽¹⁶⁴⁾ L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 140.

⁽¹⁶⁵⁾ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 359.

di una tecnica normativa in grado di supportare un controllo così delineato. A fronte del naufragio della teoria «para-pubblicistica» che utilizzava le figure dell'abuso di potere e dell'interesse legittimo ⁽¹⁶⁶⁾, nonché dell'indirizzo costituzionalista che prevede l'esistenza, all'interno del nostro ordinamento, di un principio di parità di trattamento, resta il cosiddetto «filone privatistico» con l'impiego delle clausole generali della correttezza e della buona fede quali «regole generali di governo della discrezionalità imprenditoriale» ⁽¹⁶⁷⁾. Le finalità – ovvero modulare i poteri imprenditoriali – per le quali vengono impiegate le suddette clausole la dicono lunga anche sul contenuto delle stesse: problema sul quale si sono confrontati numerosi autori, ma che sostanzialmente è rimasto ancora aperto.

10. — In merito al problema «definitorio», relativo al contenuto della clausola della correttezza e della buona fede, nei capitoli precedenti, si è fatto accenno ad un dibattito in corso tra i sostenitori della tesi, secondo cui la norma di correttezza contiene un riferimento ai principi costituzionali e, nello specifico, al dovere di solidarietà sociale che compare nell'art. 2 cost. e coloro che, invece, affermano che la solidarietà, cui si fa riferimento nell'art. 1175, deve essere intesa semplicemente come solidarietà contrattuale. Tra i sostenitori della prima tesi troviamo, tra gli altri ⁽¹⁶⁸⁾, Rodotà ⁽¹⁶⁹⁾, il quale asserisce che, per superare l'accusa di «vaghezza» riferita alle norme in bianco, è necessario specificare il contenuto delle stesse richiamandosi ai principi della costituzione. In particolare, relativamente alla buona fede afferma: «da buona fede è inserita in un sistema che subordina [...] la logica del mercato al rispetto di altri valori prevalenti, che non è possibile ignorare in sede di concretizzazione di quella clausola» ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ Vedi *retro*, § 4.

⁽¹⁶⁷⁾ E. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 740.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 727 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio delle imprese*, cit., p. 347; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, p. 226.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 168 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 272.

I propugnatori della teoria della cosiddetta «solidarietà contrattuale», partendo da un'affermazione di Mancini, secondo cui «non bisogna esagerare nelle qualificazioni di tale solidarietà»⁽¹⁷¹⁾, aggiungono che l'idea di fondo della solidarietà può giungere al massimo a comportare per l'imprenditore l'obbligo di esercitare i propri poteri «in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato conferito»⁽¹⁷²⁾ e, di conseguenza, la considerazione dell'interesse della controparte non può obbligare ad un eccessivo sacrificio del proprio. Vorrei soltanto aggiungere una considerazione della Castelvetti⁽¹⁷³⁾, una delle ultime seguaci della teoria della «solidarietà contrattuale»: «Per quanto riguarda, poi, il rapporto tra le parti del contratto, e in particolare il rapporto tra i soggetti individuali e collettivi dei due contratti che più ci riguardano (ossia il contratto individuale e quello collettivo di lavoro), esso non è certamente strumentale alla realizzazione di alcuna sorta di solidarietà o di progetto solidale, salvo si voglia accedere ad una logica comunitaria, attualmente priva di riscontri normativi. Il contratto in genere, e non solo le nostre due fattispecie, è solo strumento di provvisoria composizione di un conflitto o, almeno, di interessi antagonistici».

In realtà, la Castelvetti sembra aver dimenticato le argomentazioni di un'altra autrice, Patrizia Tullini, che ha sottolineato l'esigenza di superare l'etica individualistica sottesa allo schema obbligatorio tradizionale, derivata dal principio del *laissez faire*. In quest'ottica, l'utilizzo del criterio della buona fede deve essere letto quale strumento di contestazione di tale logica, in modo da introdurre nel regolamento contrattuale misure «perquisitive» a favore dei soggetti più deboli. Di conseguenza, il giudizio di buona fede sottende logiche diverse rispetto ai valori dell'economia c.d. quantitativa. Conclude l'autrice: «Ciò significa, in altre parole, abbandonare la comune tendenza ad interpretare la correttezza quale regola individualistica di *onestà, galantomismo, rispetto della parola data*, ossia alla stregua di un principio rafforzativo dell'indissolubilità del vincolo contrattuale.

⁽¹⁷¹⁾ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 83.

⁽¹⁷²⁾ M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 214.

⁽¹⁷³⁾ L. CASTELVETI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 240.

Occorre, in definitiva, sostituire ai valori codicistici dell'equo contemperamento degli interessi e dell'equilibrio di mercato, l'applicazione di un opposto criterio, che non implichi la realizzazione della mera *giustizia contrattuale* o commutativa, ma si espliciti anche sul terreno della giustizia distributiva»⁽¹⁷⁴⁾.

È difficile dissentire rispetto a quest'ordine di idee. Comunque, ciò che mi interessa più sottolineare, è che, indipendentemente dal modo di intendersi del riferimento alla solidarietà – ovvero come solidarietà contrattuale o solidarietà sociale – il criterio della buona fede e della correttezza implica una valutazione dell'esercizio dei poteri dell'imprenditore conforme al criterio della ragionevolezza. Questo riferimento alla ragionevolezza è contenuto anche nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 1989, che riconosce espressamente che «sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli».

Altro quesito lasciato in sospeso nel capitolo precedente è: in che cosa consiste questo giudizio secondo ragionevolezza? In realtà, a questa domanda abbiamo già dato una risposta nel corso dei capitoli precedenti, quando si è presa in esame tutta una serie di fattispecie, in cui la giurisprudenza ha previsto l'applicazione della clausola della buona fede, inoltre la soluzione è insita nella stessa sentenza della Corte costituzionale.

Dal tenore letterale della disposizione, contenuta nella sentenza 103/1989, se ne ricava che il nucleo tematico del criterio in esame è dato essenzialmente dall'obbligo di motivazione. In merito a tale obbligo di giustificazione, abbiamo già lungamente parlato nel corso del capitolo IV e in questa sede posso limitarmi a riportare una considerazione di un autore straniero⁽¹⁷⁵⁾: «Ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui, il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia diritto alle risorse maggiori di chi lo contesta».

Secondo quanto affermato dalla Tullini⁽¹⁷⁶⁾, la *ratio* di quest'obbligo di giustificazione degli atti imprenditoriali, è quella di garantire la certezza

⁽¹⁷⁴⁾ P. TULLINI, *op. ult. cit.*, p. 49.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. B.A. ACKERMAN, *La giustizia sociale nello stato liberale*, Bologna, 1984, p. 41 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit., p. 240 ss.

giuridica dell'atto, «diretta a tutelare l'interesse del lavoratore alla conoscenza dei provvedimenti che lo riguardano, essendo destinati a produrre effetti sulla sua sfera giuridica». Come dice la Cassazione, «il dovere di giustificazione delle prerogative imprenditoriali risponde all'esigenza di *esteriorizzazione* e di trasparenza delle decisioni adottate e consente ai lavoratori che vi sono assoggettati, di operare un controllo sull'osservanza delle norme legali pattizie che determinano l'effettivo concretizzarsi delle loro posizioni giuridiche» (177). D'altro canto, l'obbligo, a carico del datore di lavoro, di indicare le circostanze prese in considerazione ai fini decisionali, agevola l'esercizio del *ius defensionis* del lavoratore, consentendo una corretta instaurazione del contraddittorio in sede giudiziaria.

Questa interpretazione, in ambito lavoristico, del principio della buona fede e della correttezza come strumenti che consentono di conoscere le ragioni o i presupposti giustificativi dei provvedimenti dell'imprenditore, ha un riscontro anche in recenti orientamenti giurisprudenziali, basti pensare alla nozione di «giustificatezza» del licenziamento del dirigente. Tale nozione, che si differenzia profondamente dai concetti di giusta causa o giustificato motivo, è stata elaborata dalla Cassazione (178), in applicazione del principio della buona fede e della correttezza e testimonia una tendenza in atto nel nostro ordinamento: estendere l'applicazione dell'obbligo di motivazione.

Alla determinazione che, in definitiva, il principio della buona fede si specifica nella volontà di rendere «trasparenti» le scelte datoriali, giunge anche la Castelvetti. Quest'ultima, pur partendo da presupposti differenti (179), afferma che: «la ragionevolezza dell'agire imprenditoriale consisterebbe, semplicemente, nel saper fornire giustificazioni ragionevoli, ovvero oggettive e non arbitrarie o capricciose, bensì sorrette dalla necessità di adattare alle circostanze concrete il ruolo professionale di imprenditore» (180).

(177) Cass., 27 maggio 1983, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1983, c. 2267, con nota di MEUCCI; in tal senso anche Trib. Cosenza, 10 dicembre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 956.

(178) Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2000, n. 1591, in *Foro it.*, 2000, I, c. 752.

(179) Questa autrice, infatti, dalla disamina di un'opera di Criscuoli (CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984), ne deriva che la clausola della buona fede possa essere ottimamente sostituita dal criterio della ragionevolezza quale valvola di chiusura, da tempo utilizzata nelle corti inglesi.

(180) L. CASTELVETRI, *op. ult. cit.*, p. 247.

Conclusivamente, vorrei sottolineare come, in tutti i contributi dottrinali esaminati, indipendentemente dagli esiti cui giungono, si sottolinea il legame esistente tra clausole generali e criterio di ragionevolezza. Quest'ultimo, inteso quale criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di equilibrio di situazioni giuridiche sperequate, presuppone la specificazione dei motivi dell'agire imprenditoriale. Richiamando quanto affermato da Rodotà (181), «in una società a dinamiche forti e con valori confliggenti», la clausola della buona fede rappresenta il tentativo di dare risposte razionali e ponderate alla domanda di giustizia dei lavoratori, in un campo, quale quello del diritto del lavoro, governato molto spesso, più dalla ragione della forza che dalla forza della ragione.

(181) S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU e L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, 1998, p. 53.

ANDREA SASSI

EQUITÀ INTEGRATIVA E SQUILIBRI NEGOZIALI (IL CASO DEI CONTRATTI USURARI)

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e integrazione del contratto. — 2. Integrazione suppletiva e integrazione cogente: il disposto dell'art. 1374 c.c. — 3. Equità integrativa e clausola di buona fede. — 4. *Aequitas singularis* ed *aequitas constituta* nel pensiero giuridico moderno e contemporaneo: l'importanza di uno studio unitario della «triade» contemplata nell'art. 1374 c.c. — 5. I principi di diritto europeo dei contratti in tema di integrazione. — 6. L'equità integrativa quale strumento di tutela del contraente «debole»: i recenti interventi del compilatore. — 7. Le nuove disposizioni contro l'usura: considerazioni generali. — 8. La sanzione di non debenza degli interessi e la variabilità del c.d. tasso soglia. — 9. Il controllo del giudice sulla misura degli interessi convenzionalmente stabilita: usura ed anatocismo a confronto. — 10. La rilevanza d'ufficio della nullità: la corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato quale limite all'attività di controllo. — 11. La prevalenza delle esigenze del mercato sull'eteroregolamentazione negoziale: il d.l. 29 dicembre 2000, n. 394.

1. — La recente introduzione nel sistema di disposizioni a tutela di soggetti considerati «deboli», notevolmente ampliative dei poteri di intervento del giudice sul regolamento pattizio, inducono ad una riflessione in merito alle interrelazioni fra autonomia privata ed interventi eteronomi, con particolare riguardo all'applicazione della clausola generale di correttezza e buona fede in ambito contrattuale, che tanta importanza ha assunto di recente, anche alla luce dei principi contenuti in nuove fonti o nuovi strumenti ermeneutici ed integrativi che vanno sotto il nome di «Diritto privato europeo»⁽¹⁾. Del resto, il tema del «contratto giusto», in

⁽¹⁾ Sulla nozione e rilevanza di tale locuzione si veda N. SCANNICCHIO, *I presupposti per la formazione del diritto privato europeo*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, spec. p. 22; G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, 2ª ed., Padova, 2001, p. 159 ss.; e, in maniera più specifica riguardo all'argomento che ci occupa, C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in AA.VV., *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, II, Torino, 1999, p. 925 ss.

L'importanza di procedere all'individuazione di categorie e principi generali ed uniformi a livello europeo trova forti ascendenze nel pensiero di uno dei «padri» della cultura giuridica attuale, Vittorio Scialoja, il quale, nel 1932, affermava a tal proposito: «L'unità del diritto europeo è esistita. Il cosiddetto 'diritto comune' durato tutto il Me-

relazione ai principi di autonomia privata ha lungamente impegnato la dottrina⁽²⁾, la quale, anche alla luce dei dettami contenuti nelle varie carte

dioevo ed oltre, e che traeva la sua sostanza dal diritto romano, ha dato l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei. [...] Or quel ch'è stato, potrà e forse dovrà essere di nuovo. La grande lezione della storia civile non deve andare perduta. Perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche» (cfr. S. CAPRIOLI, *Introduzione al Seminario di studi "I problemi dei contratti"* - S. Marino, 8-9 settembre 1998, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, n. 6, settembre 2000, p. 10 s.). Se le affermazioni di Scialoja non hanno trovato riscontro negli accadimenti storici successivi, esse non sono tuttavia cadute nel vuoto; la dottrina più sensibile ha mostrato la rilevanza della storia, e quindi della storia del diritto, nell'elaborazione dei principi fondamentali della cultura giuridica europea (c.d. «permanenze»), poi recepiti nelle carte costituzionali e nei trattati dell'Unione: A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss., 117 ss.

⁽²⁾ «Il giurista desidera - ha sempre desiderato - che il contratto, pensato e regolato dal diritto, sia giusto. Egli respinge istintivamente l'idea di un contratto ad un tempo ingiusto ed efficace: con queste parole Rodolfo Sacco (in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 3) comincia la sua analisi sulla giustizia contrattuale nell'ambito dell'autonomia privata. E, più di recente, viene alla mente l'importante contributo di Ennio Russo (in E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2001, p. 69), il quale correttamente sottolinea come la storia della norma civile è la storia dei rapporti fra le regole poste dalla legge e le regole poste dall'autonomia privata; in questo senso, il pensiero di Russo trova forti ascendenze nelle affermazioni di chi, agli albori della seconda rivoluzione industriale, sottolineava come il contratto fosse sinonimo di libertà e, al tempo stesso, come le parti si dovessero muovere nell'ambito dei principi legali: E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in *Arch. giur.*, 1884, fasc. 1-2, ora in ID., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, 1889, p. 42 s. Sulle interrelazioni fra legge e autonomia privata cfr. già E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, spec. p. 184 ss.

Il tema del «contratto giusto» in contrapposizione a quello dell'«autonomia negoziale» ha polarizzato l'attenzione dei giuristi anche in precedenza, con particolare riguardo all'applicabilità del rimedio rescissorio: accanto a chi, come Grozio (1583-1645), De Luca (1614-1683), Pufendorf (1632-1694) e Averani (1662-1738), propendeva per l'idea di «aequalitas» fra le prestazioni nei contratti *onerati*, in quanto «natura aequalitatem imperat» (diversamente dall'«inaequalitas» nei *benefici*), vi erano coloro che, come Thomasius (1655-1728), ritenevano che il «iustum pretium» fosse quello convenuto fra le parti, non esistendo un prezzo «insitum rebus»: cfr. la preziosa analisi di S. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 933 ss., ora *Lineamenti della rescissione*, in ID., *Indagini sulla rescissione*, Perugia, 2001, spec. p. 203 ss. (ed ivi ampi richiami alle fonti). Su tali questioni, del resto, si fonda pure la dicotomia fra autonomia contrattuale ed equità (intesa, sebbene con dei limiti ben precisi, anche quale uguaglianza fra le parti), sviluppata dalla dottrina francese anteriormente all'emanazione del *code Napoléon*: cfr.

costituzionali del secolo scorso⁽³⁾, si è mossa sul difficile terreno del contrapposizione di interessi (almeno apparentemente) contrapposti, quali la libertà del mercato e della concorrenza, il potere di autodeterminazione del contenuto contrattuale e delle prestazioni ivi dedotte, la possibilità per l'ordinamento (essenzialmente attraverso l'attività giurisdizionale) di poter operare un controllo sul regolamento autonomo a tutela del soggetto considerato «debole»; interessi che sono diretta emanazione dell'«eterno» conflitto fra «individuo» e «Stato» e quindi, sotto il profilo che ci occupa, fra «mercato» e «Stato» (o meglio fra libero mercato e intervento statale nell'economia)⁽⁴⁾. E nell'analisi delle interrelazioni fra autonomia privata e limiti ad essa imposti dall'ordinamento una posizione preminente assumono le disposizioni dettate ai fini della prevenzione e repressione

l'importante contributo di G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. prin.*, 2000, p. 21 s.; ed ancora S. CAPRIOLI, *op. cit.*, spec. p. 210, il quale, in tema di rescindibilità del contratto, coglie nel pensiero di Pothier la sintesi fra il principio di «equità nelle convenzioni» e quello di «sicurezza negli scambi», con la conseguenza che la sola «desione enorme» imponeva di rimediare all'«iniquità».

⁽³⁾ Prima fra tutte quella della Repubblica di Weimar: artt. 151 ss.

⁽⁴⁾ Conflitto che talune teorie hanno tentato di superare a partire dagli anni trenta: ci si riferisce essenzialmente alla c.d. *Freiburger Schule*, sviluppatasi in Germania, grazie al celebre contributo di F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, e sulla quale cfr., da ultimo, la puntuale analisi di L. DI NELLA, *La Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in *Dir. econom.*, 1999, p. 171 ss., spec. p. 185 ss.; più in generale su tali questioni rimangono fondamentali le pagine di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, spec. pp. 12 ss., 76 ss., 85 s. Per un completo quadro delle problematiche affrontate anche di recente e delle soluzioni prospettate, si veda G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999. Le interrelazioni fra i concetti di uguaglianza, libertà, giustizia ed equità nell'ambito del mercato hanno impegnato la dottrina più sensibile anche sotto il profilo della filosofia del diritto: cfr., di recente, S.C. SAGNOTTI, *I diritti fra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Milano, 1998, spec. p. 122 ss.; ID., *Il mercato. Diritto, etica ed economia* (con saggi di R. Dworkin e B. Ackerman), Torino, 1999; ID., *Le teorie del mercato*, Torino, 2000, spec. p. 104 ss. Sulla rilevanza dell'etica nell'ambito del mercato e sull'influenza da questa esercitata sulla recente emanazione di disposizioni legislative in settori «chiave» dell'economia, si veda, da ultimo, anche gli importanti contributi di A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, cit., I, p. 311 ss., spec. pp. 345 ss., 362 ss., 368 ss., e di I. FERRANTI, *Etica del diritto privato commerciale*, ivi, II, p. 193 ss.

In prospettiva storica (la cui rilevanza per l'approccio del giurista è stata sottolineata dalla dottrina più autorevole: S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, spec. p. 31), le osservazioni ora richiamate trovano forti ascendenze nel pensiero dei glossatori e di taluni dottori medioevali, i quali, superando la distinzione fra *contractus bonae fidei* e *con-*

del fenomeno usurario, tema che da sempre ha focalizzato l'attenzione e stimolato la riflessione del giurista ⁽⁵⁾.

tractus stricti iuris, desunta dalle fonti romane, sottolineavano l'incidenza della buona fede (intesa quale sinonimo di *honestas christiana*) sul regolamento pattizio; buona fede che (in quanto *Deus est inspector cordis*) doveva però essere strettamente interrelata con la ricerca della intenzione delle parti, alla luce della quale il regolamento stesso andava esaminato: sul punto, si vedano le pregevoli pagine di E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritto di famiglia)*, Padova, 1939, p. 7 s., ed ivi richiami bibliografici, con particolare riferimento all'opera di Baldo degli Ubaldi († 1400), che tanta influenza ebbe sul pensiero giuridico europeo, assieme al di lui Maestro Bartolo da Sassoferrato († 1357) e a Cino da Pistoia († 1336), vero iniziatore della cultura civilistica e della c.d. *Scuola del commento*, che conobbe momenti di grande splendore proprio nello *Studium Perusinum*, in cui Cino insegnò dal 1326 al 1330 e dal 1332 al 1333 (anno in cui tornò definitivamente nella sua città natale); sul pensiero di Baldo in merito al concetto di *bona fides* interrelato a quello di *aequitas canonica*, si veda P. FEDELE, *Ricordo di Baldo degli Ubaldi. Rileggendo il suo commento al Cap. I Lib. XV «De pactis» delle Decretali di Gregorio IX*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni - La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, spec. p. 159 ss.; più in generale, sull'importanza dei *Commentatori* nel panorama culturale italiana di Santarelli e Fusco, coord. da Grossi, Milano, 1980, I, spec. p. 115 ss., il quale sottolinea come «solamente chi conosce le vite tormentate di queste personalità [...] è in grado d'apprezzare la misura e lo spirito del contributo ch'essi dettero alla cultura europea» (p. 117); l'influenza di tali personalità (con particolare riguardo a quella di Bartolo) sul pensiero giuridico europeo sino al settecento è evidenziata, fra gli altri, anche da R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato* (ed. italiana, con presentazione di M. Ascheri, di *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992), Bologna, 1995, pp. 79, 109; da J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale* (ed. italiana di *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, 1992), Bologna, 1996, p. 160 s.; da A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (ed. italiana di *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2ª ed., Lisboa, 1999), Bologna, 1999, p. 110 s.; e, da ultimo, da A. PALAZZO, *Diritto e processo nello Studio Perugino del XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2001, p. 1 s.; per un ampio quadro concernente l'opera e l'influenza culturale dei *Commentatori*, si veda M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, spec. p. 510 ss.

⁽⁵⁾ Numerosi sono i contributi che si occupano del fenomeno usurario: in tempi recenti, fra gli altri, oltre agli studi fondamentali di G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 273 ss. e, in prospettiva anche storica, di A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 61 ss.; ID., *Interessi permanenti*, cit., p. 48 ss., si vedano, dopo l'emanazione della l. n. 108/96, fra gli altri, G. ALPA, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *Contratti*, 1996, p. 181 ss.; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, *ibidem*, p. 223 ss.; G. MERUZZI, *Usura*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 768 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura e i suoi diversi volti*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 363 ss.; ID., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.; ID., *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 890 ss.; D. AMMIRATI, *Il delitto di usura*.

L'intervento eteronomo sul regolamento pattizio è legato anzitutto al fenomeno dell'integrazione del contratto ⁽⁶⁾.

Credito e sistema bancario (L. 7 marzo 1996 n. 108), Padova, 1997, con particolare riferimento al quadro economico in cui si è innestata la nuova normativa; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; A. MANNA, *La nuova legge sull'usura. Un modello di tecniche «incrociate» di tutela*, Torino, 1997; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 771 ss. e in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p. 441 ss.; C. BONORA, *La nuova legge sull'usura*, Padova, 1998; G. COLLURA, *La nuova legge sull'usura e l'art. 1815 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 602 ss.; U. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 231 ss.; B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso soglia della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 237 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss.; D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Napoli, 1999; e, anche in relazione alle problematiche di più recente applicazione, D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001; G. LA ROCCA, *L'usuraietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, Napoli, 2001; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 353 ss.; G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002.

⁽⁶⁾ La letteratura in tema di integrazione del contratto non può essere scissa da quella concernente la sua interpretazione, sussistendo fra le due figure strettissime interrelazioni (cfr. F. FERRERO, *La regola di buona fede nell'interpretazione dei contratti*, Torino, 1985, p. 115 ss., ed ivi riferimenti agli orientamenti dottrinari anche d'oltralpe) tanto che i temi vengono sovente trattati assieme (e non poteva essere altrimenti visto che in origine l'*interpretatio* per le fattispecie private, tanto nel testamento che nel contratto, valeva, in ossequio al limite soggettivo dell'autonomia, come integrazione dell'accordo ed in genere della dichiarazione, pur richiedendosi comunque di *intelligere* attraverso i *verba* ciò che avesse disposto la *voluntas* del privato: così S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 13 ss., ora *Lineamenti dell'interpretazione*, Perugia, 2002, spec. p. 26 s.); il panorama dottrinario risulta pertanto particolarmente vasto, essendo temi che da sempre hanno attratto l'attenzione del giurista: fra gli altri, anche ai fini dell'attuale indagine e senza pretesa di completezza, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (1938), rist. anastatica con appendice, Padova, 1983; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943; G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, ora in *Scritti giuridici*, V, *Diritti potestativi - Diritti facoltativi - Simulazione assoluta - Usura e negozio usurario - Interpretazione dei contratti*, Milano, 1948, p. 151 ss.; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corretta ed ampliata a cura di Crifò, Milano, 1990; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961; ID., *Negozio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 29 ss.; G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Varese, 1962; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; P. PERLINGIERI,

Con tale locuzione si suole individuare un complesso fenomeno che si concreta essenzialmente in un'attività tesa a consentire l'emersione dal contratto di tutte quelle conseguenze che gli appartengono e che si rinvencono nella normalità dell'operazione economica in esso espressa, nonché a completare la disciplina negoziale nelle ipotesi in cui questa presenti delle lacune (c.d. *integrazione suppletiva*), ovvero sia in contrasto con principi inderogabili (c.d. *integrazione cogente*).

L'inquadramento del fenomeno ora effettuato risulta necessariamente generico, in quanto l'individuazione degli esatti contorni della fattispecie e delle interrelazioni fra questa e altre figure risulta fortemente condizionata dall'orientamento accolto in merito alla nozione di integrazione del contratto. Ne è testimonianza l'acceso dibattito sorto in dottrina e giurisprudenza: dall'emanazione del codice attuale, si è ora enfatizzato l'elemento soggettivo, rappresentato dall'atto di autonomia privata e dalla volontà delle parti, ora l'elemento oggettivo, dettato dai rapporti fra fonte autonoma e fonti eteronome, accrescendo il rilievo del profilo dell'integrazione del regolamento contrattuale mediante elementi ad esso esterni (7).

Appunti di «teoria dell'interpretazione», Napoli, 1970; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1975, p. 749 ss.; ID., *L'integrazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 10, 2ª ed., Torino, 1995, p. 523 ss.; G. ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto*, I, *Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 1983; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1991; F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; ID., *L'interpretazione*, cit., p. 913 ss.; ID., *L'integrazione*, in *AA.VV., I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, II, cit., p. 1019 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, 65 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 357 ss.; A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit.; N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996; A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999; ALB. DONATI, *Il titolo di credito nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1999, p. 207 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 3 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, pp. 407 ss., 499 ss.; N. IRTI (a cura di), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, cit.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 225 ss.; A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, pp. 465 ss., 485 ss.

(7) Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1019 s.

Va immediatamente rilevato come una estremizzazione delle posizioni, che descrittivamente e riassuntivamente sono state ora enunciate, senza operare un contemperamento fra autonomia privata e ordinamento, presti il fianco a fondate critiche indipendentemente dalla soluzione accolta: se si aderisse al primo orientamento, si rischierebbe di ridurre l'integrazione ad un momento e ad un aspetto del complesso fenomeno dell'interpretazione del contratto, attraverso il quale la regola viene descritta ed individuata nella sua intera portata e fisionomia, con la conseguenza che, come sottolineato anche di recente dalla dottrina più autorevole (8), l'integrazione sarebbe deputata a far emergere dal contratto tutte quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica in esso espressa, configurandosi così come il momento finale dell'attività interpretativa; al contrario, se si aderisse al secondo orientamento, si potrebbe incorrere nel problema di attribuire scarso o nessun rilievo alla volontà dei contraenti e di dover spiegare le differenze fra integrazione del contratto e fenomeni quali, ad esempio, l'inserzione automatica di clausole o di prezzi di beni o di servizi di cui all'art. 1339 c.c., che assurgerebbe ad ipotesi tipica di integrazione del contratto (9).

Dalle suesposte considerazioni emerge sin d'ora un'esigenza fondamentale, consistente nel rispetto, per quanto possibile, della volontà dei contraenti e del regolamento da essi predisposto e accettato, poiché, in caso contrario, vi sarebbe con tutta probabilità *sostituzione* di quelle patuitazioni contrarie a principi inderogabili e non già *integrazione* del contratto, che è e rimane essenzialmente atto di autonomia privata (10).

(8) Per tutti, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 270 ss., spec. p. 281 s.; ID., *Il negozio giuridico*, cit., pp. 254, 256.

(9) Si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1028. In punto cfr. anche le osservazioni di G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Sacco - La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994, spec. p. 493 s., riguardo alle interrelazioni fra norme imperative e funzione suppletiva della volontà negoziale.

(10) Cfr. *infra*, § 4. A proposito dei recenti interventi della Cassazione in tema di contratti usurari e di usurarietà sopravvenuta, parte della dottrina ha parlato di vera e propria *sostituzione* della volontà delle parti: cfr. *infra*, nt. 98. Sul punto, vengono alla mente le parole di Rodolfo Sacco (in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 16 s.), secondo il quale «è del tutto svante, pensare ad una funzionalizzazione del contratto operata mediante controlli sul suo contenuto. Il contratto deve essere espressione del diritto spontaneo, che si sviluppa in quel sistema informativo-normativo che è il sistema

2. — Ciò detto, l'indagine in tema di integrazione non può che dipanarsi dall'analisi della norma dell'art. 1374 c.c., rubricata appunto *Integrazione del contratto*. Ed è proprio sul significato da attribuire a tale disposizione che si è sviluppato il dibattito attorno all'argomento che ci occupa.

Secondo la tesi che potremmo definire classica, in cui viene enfatizzato l'elemento soggettivo del fenomeno come in precedenza individuato, l'operatività della norma in questione sarebbe limitata alle sole ipotesi in cui il regolamento pattizio presenti delle lacune, presupponendo l'esistenza di una manifestazione negoziale carente (c.d. *integrazione suppletiva*): in tale prospettiva e secondo tale concezione, il fenomeno dell'integrazione è visto quale strumento posto a sostegno dell'autonomia pri-

economico». Del resto, l'attribuzione all'equità di una capacità di porsi anche *contro* il regolamento autonomo a presidio di principi superindividuali, al pari di norme imperative, ordine pubblico e buon costume, propugnata di recente da un'autorevole dottrina (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 8ª ed., Napoli, 2000, p. 773), è stata sottoposta a critiche: cfr. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 542 s., il quale correttamente sottolinea come l'equità, o potere equitativo del giudice, non significa discrezionalità dello stesso (né tanto meno — verrebbe da aggiungere — arbitrarietà); considerando l'ipotesi di valutazione equitativa del danno biologico (fondata sull'applicazione del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056, 1º comma c.c.), l'illustre Autore sottolinea l'incongruità di ridurre il fenomeno, sul quale la giurisprudenza è venuta costruendo un vero proprio modello di «diritto vivente», a mera espressione di discrezionalità del giudice, trattandosi, invece, di una costruzione fondata (anche là dove sia tradotta in apposite «tabelle») su criteri non meramente discrezionali, ma genuinamente equitativi.

In punto meritano di essere richiamate anche le osservazioni della dottrina processualciviltistica più moderna, la quale ha sottolineato come l'attività del giudice, anche quando decide secondo equità (c.d. *sostitutiva*), non è libera e non deriva soltanto dalla sua coscienza, ma si fonda su *norme sociali* facenti parte del sistema giuridico, secondo quanto è dato ricavare, fra l'altro, dal combinato disposto degli artt. 114 c.p.c. e 118, 2º comma, 2º periodo disp. att. c.p.c. («Nel caso previsto dall'art. 114 del codice [*Pronuncia secondo equità a richiesta di parte*] debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione»): cfr. M. BOVE, *Decisione secondo equità e ricorso in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 93 ss., ora in *Studi in memoria di Alessandro Giuliani — Diritto e processo*, III, Napoli, 2001, p. 69 ss., spec. p. 77 ss., il quale sottolinea (p. 79) che «nel momento in cui la legge dello Stato autorizza il giudizio secondo equità con ciò riconosce, ossia dà la sua forza a norme sociali, che, pur non diventando per questo norme dello Stato, tuttavia diventano vincolanti per il giudice allo stesso modo delle norme propriamente giuridiche». Su tali problematiche si veda, di recente, anche l'ampia indagine di G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001.

vata e dell'atto che da essa promana, per ovviare a carenze e lacunosità della regola dettata ⁽¹¹⁾.

Viceversa, soprattutto alla fine degli anni sessanta, quando la concezione sopra richiamata è stata sottoposta ad aspre critiche ⁽¹²⁾, si è sottolineato come l'integrazione del contratto si ridurrebbe ad un momento della pratica interpretativa della volontà delle parti per supplire alla lacunosità del regolamento autonomo e, soprattutto, si trascurerebbe l'elemento essenziale del fenomeno, laddove la fonte legale interviene indipendentemente dalla esistenza di lacune e con carattere di inderogabilità (c.d. *integrazione cogente*), fenomeno questo che ha subito una forte dilatazione negli ultimi decenni con la tendenza del legislatore (anche comunitario) a disciplinare in modo dettagliato ed autoritativo tutti i vari aspetti della realtà socio-economica: in tale ottica l'integrazione del contratto è vista quale limite all'autonomia privata ⁽¹³⁾.

A tale orientamento la dottrina più autorevole ha anche di recente replicato che detto approccio tende ad approfondire unicamente le ipotesi di integrazione c.d. cogente ⁽¹⁴⁾, cioè operata a mezzo di norme imperative, le quali rappresentano certamente l'aspetto più significativo del concorrere della legge alla costruzione del regolamento negoziale. Conseguentemente l'art. 1374 c.c. risulta totalmente svincolato dai criteri che presidono all'interpretazione del contratto avvicinandosi a quelli dell'art. 1339 c.c., che, come detto, in tale ottica costituisce l'ipotesi più significativa di integrazione.

⁽¹¹⁾ Per tutti, G. CIAN, *op. cit.*, p. 192 ss.; Cass., 17 giugno 1994, n. 5862, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 143, secondo la quale la regola dell'integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 c.c. opera esclusivamente in relazione a quegli effetti del contratto stesso in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo lacunoso ed ambiguo e va quindi esclusa quando, secondo l'insindacabile apprezzamento del giudice del merito, le parti abbiano compiutamente ed univocamente regolato gli effetti del contratto e il contenuto delle loro prestazioni.

⁽¹²⁾ S. RODOTÀ, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹³⁾ Sul punto, cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Sacco*, cit., p. 322.

⁽¹⁴⁾ Fra gli altri, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, spec. pp. 328 ss., 390 s.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 402 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, loc. cit.

Da tale soluzione, tuttavia, deriva l'applicazione dei principi di integrazione a fattispecie che le sono estranee, come conferma il tenore letterale dell'art. 1374 c.c., il quale non contiene quel principio di sostituzione, così esplicitamente enunciato nell'art. 1339 c.c., e si ridurrebbe ad una mera enunciazione di principio, essendo l'integrazione del contratto da fonte legale disciplinata in apposite norme ⁽¹⁵⁾.

3. — Da quanto sin ora si è rilevato emerge la necessità di tenere ben distinte le fattispecie di inserzione automatica di clausole e di integrazione del contratto come prevista dall'art. 1374 c.c., il quale sembra riferirsi essenzialmente alle singole fonti che assumono rilevanza in sede di costruzione del regolamento pattizio ⁽¹⁶⁾, stabilendo una gerarchia fra le stesse, laddove disposizioni di legge, usi ed equità assumono carattere suppletivo in mancanza della volontà delle parti.

In tale ottica, i principi dettati dall'art. 1374 c.c., secondo parte della dottrina ⁽¹⁷⁾, assumono particolare rilevanza nell'ipotesi di contratto atipico, dove le fonti in esso contemplate possono assumere valenza (almeno con riguardo all'equità ⁽¹⁸⁾): l'equità (appunto integrativa) si ritiene possa

⁽¹⁵⁾ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 403; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1029 s.

⁽¹⁶⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1031. Per l'applicazione delle fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. anche in tema di arbitrato irrituale, cfr. Cass., 29 gennaio 1996, n. 655, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1051, e in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 289, con nota di F.P. LUISO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*.

⁽¹⁷⁾ Cfr., fra gli altri, G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 331; ID., *Il negozio giuridico*, cit., p. 254 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1032.

⁽¹⁸⁾ L'applicazione degli usi risulta sempre più limitata e spesso è addirittura esclusa: si assiste in misura crescente ad un intervento in tal senso del legislatore (anche comunitario) a tutela del consumatore, mediante un espresso divieto di rinvio agli stessi: si vedano, ad esempio, la disciplina dettata in materia di intermediazione finanziaria (l. 2 gennaio 1991, n. 1 e d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 98), nonché quella relativa alla trasparenza bancaria (l. 17 febbraio 1992, n. 154 e d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385); cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 412; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 325; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1033; attribuisce più ampia rilevanza e considerazione agli usi F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 160 s. Non può tuttavia sottacersi come, nell'ambito del fenomeno che la dottrina più autorevole ha denominato «nuova *lex mercatoria*», gli usi del commercio internazionale (richiamati anche dall'art. 834, 2° comma c.p.c. in tema di norme applicabili al merito nell'arbitrato internazionale) abbiano assunto un ruolo sempre più rilevante, unitamente alla diffusione internazionale di pratiche contrattuali uniformi e alla giurisprudenza delle

nella specie configurarsi essenzialmente come tecnica di individuazione della disciplina di quei contratti non riconducibili ad un tipo legale o sociale, sempre sulla base della direttiva economica che i contraenti hanno voluto imprimere alla propria attività.

Ma l'equità, quale fonte di integrazione del contratto, merita di essere analizzata, anche in relazione ai rapporti fra questa e la buona fede di cui al successivo art. 1375 c.c. La clausola generale di buona fede, pur non essendo esplicitamente contemplata nella formulazione dell'art. 1374 c.c. fra gli strumenti integrativi del contratto, ha via via acquistato un ruolo di fondamentale importanza, tanto da essere considerata da alcuni come primario criterio di integrazione ⁽¹⁹⁾.

Le interrelazioni fra equità e buona fede (che trovano forti ascendenze nel diritto romano ⁽²⁰⁾), in cui la prima ha funzione di adjuvare e di supplire e la seconda quella di correggere, si risolvono nella realtà attuale in una netta prevalenza della seconda sulla prima, la quale ultima, di fronte all'affermarsi delle idee del positivismo giuridico e all'emanazione delle grandi codificazioni, ha perduto notevolmente di importanza ⁽²¹⁾.

camere arbitrali internazionali: per tutti, F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, 3ª ed., Bologna, 1993, p. 217 ss.; ID., *Diritto civile e commerciale*, I, 3ª ed., Padova, 1999, p. 89 ss.; con riferimento al giudizio arbitrale e all'art. 834, ID., *La soluzione arbitrale delle controversie commerciali*, in ID. (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, 4, Torino, 1997, p. 61 ss., spec. p. 82 ss. In questo senso i rilevi della dottrina attuale trovano forti ascendenze nel pensiero di coloro che, nella prima metà del secolo scorso, già sottolineavano l'importanza degli usi nella prassi commerciale e nel commercio internazionale, anche riguardo ai giudizi arbitrali: cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1919), rist. con presentazione di Salv. Romano, Milano, 1963, spec. p. 92 ss.

⁽¹⁹⁾ Di recente, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 500; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723 ss.; ID., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 221 ss.; cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti*, cit., spec. p. 159 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1039 s., il quale però sottolinea (p. 1042 s.) come non risulti persuasivo attribuire una funzione meramente integrativa alla buona fede, se non altro alla luce della lettera e della collocazione sistematica della norma, e della natura tassativa dell'elencazione delle fonti di cui all'art. 1374 c.c.; cfr. inoltre M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 544 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 148 ss.

⁽²⁰⁾ F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 543.

⁽²¹⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 556, il quale, richiamando il pensiero di Rodotà (*op. cit.*, p. 211) in merito all'equità e di Macario (*I diritti oltre la legge. Principii e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. e dir.*, 1997, pp. 191, 197) in ordine alla clausola di buona

In tale ottica, la clausola di buona fede è stata utilizzata dalla giurisprudenza in numerosi casi, alcuni dei quali di particolare rilevanza pratica.

Così, a proposito dell'obbligo della banca di consegnare la documentazione in suo possesso al cliente o al suo rappresentante, è stato riconosciuto il diritto ad ottenerla, in virtù del principio di buona fede, operante non solo in sede di interpretazione ed esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.), ma anche quale fonte di integrazione della stessa regolamentazione contrattuale (art. 1374 c.c.)⁽²²⁾.

Sempre in ambito bancario si è statuito, con particolare riferimento all'apertura di credito, che il recesso dell'istituto da un rapporto di durata,

fede, afferma che, a fronte della declinante fortuna dell'equità nei sistemi codificati si profila un rinnovato vigore del principio di buona fede nei contratti e una rivalutazione giurisprudenziale del suo ruolo; e ancora (p. 541), che è finito il tempo di parlare più spesso di equità e meno spesso di buona fede; nello stesso senso M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 89 ss.; ID., *Degli effetti*, loc. cit. Del resto, è stato evidenziato come il superamento anche a livello di «Diritto privato europeo» (cfr. *infra*, § 5) delle categorie tradizionali (quali causa, oggetto, ecc.), tese a costituire uno strumento di controllo della meritevolezza del contratto (e quindi della sua capacità di produrre effetti), imponga l'utilizzo, al loro posto, del principio di buona fede negli scambi, al fine di assicurare l'equilibrio e la correttezza nei rapporti commerciali: F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (Gross disparity), in *Riv. dir. priv.*, 1999, spec. pp. 56, 59 ss.

⁽²²⁾ Cass., 22 maggio 1997, n. 4598 e Trib. Napoli 23 gennaio 1997, entrambe in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 247, con note di A. D'ANGELO, *Diritto del curatore fallimentare alla esibizione bancaria* e di P. MATERA, *Diritto sostanziale del cliente alla consegna ed alla comunicazione della documentazione inerente le operazioni bancarie*, che, in virtù del principio di buona fede, operante non solo in sede di interpretazione ed esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.), ma anche quale fonte di integrazione della stessa regolamentazione contrattuale (art. 1374 c.c.), hanno ritenuto il diritto del curatore a richiedere la documentazione concernente i rapporti di conto corrente intestati al fallito, sul presupposto di non avere avuto la possibilità di procurarsela direttamente da quest'ultimo e per la necessità che la sua carica gli impone di conoscere le vicende del patrimonio del fallito stesso, con conseguente obbligo della banca alla trasmissione, sebbene a spese del richiedente, senza poter replicare di averla già trasmessa in precedenza; conf., da ultimo, Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Contratti*, 2002, p. 122, con nota di F. FIAMMA, *Diritto ad ottenere copia di documenti e principio di buona fede. È privo di fondamento il rifiuto della banca di consegnare al curatore fallimentare copia della documentazione inerente i rapporti contrattuali intrattenuti con il fallito*. In termini più generali, di recente, Trib. Napoli, 26 aprile 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 324, secondo il quale il fondamento dell'obbligo di consegna della documentazione gravante sulla banca risiede nel principio di buona fede contrattuale, in quel suo particolare risvolto rappresentato dal dovere di reciproca solidarietà fra i contraenti, quale fonte di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.

benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, non può essere messo in atto in modo imprevisto o arbitrario, poiché, in tale ipotesi, verrebbe violato il canone della correttezza e buona fede che sovrastende all'esecuzione del contratto⁽²³⁾.

Ancora, in tema di operatività della fideiussione *omnibus*, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, si è affermato più volte il principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, trasferendo così la tutela del garante dal piano della validità del contratto (determinabilità dell'oggetto *per relationem*) a quello dell'efficacia del medesimo, attraverso un controllo sul comportamento della banca, con particolare riguardo alla concessione di nuovi «fidi» al debitore principale⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3495, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2875, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479, con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Contratti*, 2000, p. 1111, con nota di F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Giur. it.*, 1998, 511, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 507, con nota di M. COSTANZA, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; sul punto, in relazione al concetto di «abuso del diritto», F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 18 ss.; da ultimo, anche in chiave comparatistica, M. BARALDI, *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, *ivi*, 2001, p. 927 ss.

⁽²⁴⁾ Tale orientamento è stato affermato dalla Cassazione in cinque notissime pronunce pressoché coeve: Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750, con osservazioni di R. PARDOLESI e note di A. DI MAJO, *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, e G. MARICONDA, *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede*; Cass., 20 luglio 1989, n. 3385 e Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, entrambe *ibidem*, c. 3100, con nota di G. MARICONDA, *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*; Cass., 20 luglio 1989, n. 3387, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1084, con nota di P. CARBONE, *Limiti alla clausola di esonero dall'osservanza dell'art. 1956 c.c.*; Cass., 20 luglio 1989, n. 3388, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 52; orientamento ribadito anche successivamente: Cass., 19 giugno 1997, n. 5481, in *Rep. Giust. civ.*, 1997, voce *Fideiussione*, n. 23; Cass., 20 febbraio 1997, n. 1567, in *Contratti*, 1997, p. 573, con nota di M. SPATARO, *Nullità della clausola di deroga all'art. 1956 c.c. prima e dopo la l. n. 154 del 1992*; Cass., 25 gennaio 1995, n. 888, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *cit.*, n. 15; Cass., 18 marzo 1991, n. 2890 e Cass., 15 marzo 1991, n. 2790, entrambe in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, II, p. 13; per la giurisprudenza umbra cfr. App. Perugia, 3 agosto 1998, in *Rassegna giuridica umbra*, 1999, p. 9, con nota di A. SASSI, *Fideiussione omnibus per obbligazioni indirette: oggetto della garanzia e applicazione della clausola di buona fede*; Id., 16 ottobre 1996, *ivi*, 1997, p. 163; Trib. Terni, 11 gennaio 1994, *ivi*, 1994, p. 374, con nota di ID., *Note in tema di fideiussione omnibus, ius superveniens e buona fede nell'esecuzione del contratto*; note cui ci permettiamo di rinviare per ulteriori riferimenti.

Anche in tema di rendiconto è stato ritenuto che il relativo obbligo è connesso al compimento di attività nell'interesse di altri e che tale connessione, quando manchi una espressa previsione legale o contrattuale, opera per effetto del principio di buona fede, intesa quale fonte di integrazione del contratto *ex art.* 1374 c.c. e non solo come regola di esecuzione ed interpretazione *ex artt.* 1375 e 1366 c.c. (25).

In ambito societario il principio di correttezza è stato utilizzato in un'importantissima pronuncia, che ha ritenuto l'illegittimità, ai sensi dell'art. 2377 c.c., di una delibera assembleare, formalmente regolare, ma in concreto preordinata ad assicurare un vantaggio ad alcuni soci in danno di altri (26).

Merita infine di essere segnalato come il principio di buona fede e correttezza abbia assunto un ruolo sempre più importante anche nei rapporti reciproci fra privato e pubblica amministrazione, trovando in tal senso una sempre più ampia attuazione pratica (27).

(25) App. Firenze, 5 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1139, con nota di D. AMADEI, *Questioni vecchie e nuove in tema di rendiconto*.

(26) Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 381, con nota di A. SCHIERMI, *In tema di eccesso di potere sulle deliberazioni assembleari delle società di capitali: considerazioni sull'ordinamento societario e sulla persona giuridica*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329, con nota di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo: un incontro?*, in *Società*, 1996, p. 295, con nota di D. BATTI, *Applicabilità del principio di buona fede alla materia societaria*, in *Vita not.*, 1996, p. 919, secondo la quale il principio di cui all'art. 1375 si applica anche ai contratti in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, con la conseguenza che non può dubitarsi dell'illegittimità di una delibera assembleare, la quale, per quanto formalmente regolare, risulti in concreto preordinata ad avvantaggiare alcuni soci in danno di altri. Conf., già Trib. Bologna, 20 dicembre 1993, in *Giur. merito*, 1995, p. 260.

(27) In punto la giurisprudenza ha fatto concreta applicazione di concetti espressi dalla dottrina più autorevole, le cui intuizioni si sono rivelate fondamentali (B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di Santaniello, III, Padova, 1993, spec. p. 460 s.; più di recente, cfr. l'ampia analisi di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«Alternanza»*, Milano, 2001, spec. pp. 199 ss., 271 ss.; e, prima, ID., *Buona fede e diritto pubblico*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, cit., p. 75 ss.): fra le altre, Cass., 28 marzo 2000, n. 3726, in *Danno e resp.*, 2000, p. 878; Cass., 8 febbraio 2000, n. 1369, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 1102, con nota di G. DE FRANCESCA, *L'elemento soggettivo della responsabilità aquiliana della P.A.*; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12706, in *Rep. Giust. civ.*, 1993, voce *Opere pubbliche*, n. 174; Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rass. avv. Stato*, 1990, I, p. 235; TAR Lombardia, 31 luglio 2001, n. 5130, TAR Abruzzo, 6 luglio 2001, n. 609, TAR Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, tutte

4. — L'attuale codice, all'art. 1374, sembrerebbe porre l'equità dopo la legge (28), ma lo studio unitario della «triade» di cui alla richiamata disposizione, come ha sottolineato la dottrina più autorevole (29), conduce a rilevanti interrelazioni fra equità integrativa e legge anche con riferimento al principio di buona fede contemplato dall'art. 1366 c.c. in tema di interpretazione del contratto. In particolare, è stato sottolineato come l'indicazione della legge quale primaria fonte di integrazione della norma autonoma significa coesistenza del procedimento interpretativo (sia esso estensivo, restrittivo o analogico) con quello equitativo diretto ad integrare e completare il contenuto del contratto (30).

in *Foro it.*, 2002, III, c. 2, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contratto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e di E. CASETTA e F. FRACCHIA, *Responsabilità da contratto: profili problematici*; TAR Umbria, 22 dicembre 1997, n. 594, in *T.A.R.*, 1998, I, p. 626 (s.m.); TAR Lazio, 4 luglio 1995, n. 1108, *ivi*, 1995, I, p. 3471. Sulla natura della responsabilità della P.A. e sui problemi ad essa connessi, si veda, da ultimo, l'ampia indagine di L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, spec. p. 139 ss., e, con specifico riferimento alle conseguenze della nullità dell'atto amministrativo, le puntuali osservazioni di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, spec. p. 313 ss.

(28) Al contrario, ponevano l'equità al primo posto fra le fonti di integrazione, sia il *code Napoleon* (art. 1135: Le convenzioni obbligano non solo a ciò che in esse è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, la consuetudine o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura; sulla genesi di tale norma, cfr. G. ALPA, *La completezza*, cit., p. 223 s.) che il codice del 1865 (art. 1124: I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano). Il carattere suppletivo di usi ed equità è stato evidenziato anche di recente dalla dottrina più autorevole: F. GALGANO, *Degli effetti*, cit., p. 66 s.

(29) A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 114 ss.

(30) Cfr. A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 115. La considerazione per la «triade» contemplata nell'art. 1374 c.c. è, del resto, diretta conseguenza dell'attenzione per l'altra «triade» equità-analogia-buona fede che accomuna la scienza giuridica dai dottori medioevali ai grandi tribunali del seicento, e che si riviene anche nelle opere di Giovan Battista De Luca (1614-1683) e di Gianbattista Vico (1668-1744): cfr. G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 574 ss.; A. GIULIANI, *Il binomio retorica-procedura giudiziaria nella filosofia retorica di Gianbattista Vico*, in *Scritti in onore di Elio Fazzolari*, I, *Introduzione alla giurisprudenza, Diritto privato, Diritto pubblico*, Milano, 1993, p. 69 ss.; A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 75 ss. In particolare, per il De Luca l'interprete doveva far riferimento in ordine di importanza ai seguenti criteri: a) *receptus stylus indicandi*, cioè a dire la giurisprudenza costante

E non a caso la dottrina più attenta ha messo nel giusto rilievo quello che dev'essere il contenuto dell'attività dell'interprete il quale si pone di fronte all'atto di autonomia negoziale e agli sviluppi del rapporto giuridico che in esso trova la sua fonte, sottolineando come, sia la norma autonoma, sia quella posta dalla legge concorrano a formare la regola ordinante il singolo rapporto giuridico: l'autonomia privata costituisce il rapporto e lo disciplina, ma i precetti da essa dettati si riferiscono (anche nelle pattuizioni più articolate) essenzialmente ad alcune sopravvenienze tipiche, mostrando così l'inefficienza della stessa a prevedere tutto lo svolgimento del rapporto e l'essenzialità della funzione *integrativa* e *suppletiva* della legge rispetto all'autonomia privata, al fine di fornire all'interprete nella loro interezza le norme (siano esse autonome o legali) regolatrici del rapporto stesso ⁽³¹⁾.

Le intuizioni cui ora s'è fatto cenno trovano puntuale conferma nella formulazione dell'attuale art. 1374 c.c., la quale evidenzia l'essenzialità nel sistema delle norme di autonomia privata e dell'atto dal quale queste provengono, prevedendo il concorso di altre fonti, ma soltanto in aggiunta a quanto espresso e stabilito dalle parti.

In sostanza, quindi, l'interprete deve valutare l'equivalenza fra il risultato cui mirano le parti con il regolamento, cui non è stata data completezza, e quello che egli raggiunge con il procedimento interpretativo. Ed è proprio in tale comparazione fra il risultato interpretativo secondo la legge nel caso concreto e quello cui mirano le parti che deve rinvenirsi il momento culminante e il fine ultimo dell'attività dell'interprete ⁽³²⁾.

del tribunale adito o dell'istanza ad esso superiore; b) giurisprudenza costante del tribunale su casi analoghi; c) orientamento giurisprudenziale dei più alti tribunali collegiali di tutte le nazioni: così M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, p. 92.

⁽³¹⁾ Ci si riferisce in particolare alle importanti pagine di Ennio Russo (*L'interpretazione delle leggi civili*, cit., p. 181; e in E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, cit., p. 446 ss., spec. pp. 447, 452), il quale rileva, fra l'altro, come le norme autonome mostrino la loro inefficienza a prevedere tutto lo svolgimento del rapporto, non riuscendo mai a costituirsi in sistema, al contrario della legge che è pensata come sistema organico dal quale sono desumibili regole omogenee e coerenti per ogni svolgimento del rapporto; ma si vedano già le preziose intuizioni di A. PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, in *Il Circolo giuridico*, 1960, p. 44 (estr.), ed ivi richiami anche alle esperienze straniere; e, prima ancora, lo studio di E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti*, cit., spec. p. 46.

⁽³²⁾ A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, loc. cit.

In tale analisi è tuttavia preliminare l'esatta conoscenza delle circostanze di fatto, della natura del negozio, delle qualità delle parti, che consentono una corretta valutazione del loro comportamento, cioè di quell'*aequitas singularis* che tanta influenza ha esercitato sul pensiero giuridico moderno, con riguardo anche agli ordinamenti di *common law* ⁽³³⁾.

L'*aequitas singularis* si sviluppa essenzialmente nel pensiero del giurista medioevale e, con i suoi fondamenti nella morale, sulla quale l'interprete deve fondare la decisione della controversia, si differenzia dall'*aequitas constituta*, che, scevra di riferimenti alla morale, segna nel XVI secolo il distacco del diritto dalla morale religiosa rivelata ⁽³⁴⁾. In tale ottica, si afferma la rilevanza delle prove legali al fine della soluzione della

⁽³³⁾ In punto rimangono fondamentali le pagine di F.W. MAITLAND, *L'equità* (ed. italiana di *Equity. A Course of Lectures*, 2ª ed., Cambridge, 1936), Milano, 1979, spec. p. 195 ss., e di P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. italiana di Maccioni, con presentazione di A. Giuliani e appendice di L. Moccia, Milano, 1981, spec. p. 146 ss.; ma si veda, da ultimo, l'ampia analisi di F. REALI, *Iustitia, bona fides ed aequitas: dal Decretum Magistri Gratiani al sistema giuridico angloamericano*, in questa *Rivista*, 2001, spec. pp. 288 ss., 302 ss., 312 ss., il quale sottolinea, attraverso il riferimento alle fonti, l'importanza negli ordinamenti di *common law* di concetti quali *aequitas, iustitia, fidelitas, bona fides* e *fiducia*, grazie anche all'importantissima opera dei canonisti anglo-normanni della seconda metà del sec. XII. Sulla rilevanza del diritto canonico e della canonistica nella formazione della cultura e della civiltà giuridica occidentale, cfr. anche A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, p. 81 ss.

⁽³⁴⁾ A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 63. Per il giurista medioevale l'*aequitas* è qualche cosa che preesiste alla *lex*; sta al di sotto delle forme giuridiche, le sorregge e conferisce loro forma indiscussa; è un complesso ordinato ed armonico di principi, regole e istituti che si può rinvenire, prestando attenzione, nella stessa natura delle cose; è insomma la valutazione del fondamento causale naturale dell'attività giuridica, cui, successivamente, il giurista tenta di fornire forma idonea tramite il procedimento analogico per assimilazione, a seconda della categoria di atti già regolati: P. GROSSI, *L'ordinamento giuridico medioevale*, Bari, 1995, pp. 138 ss., 169; A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione*, cit., spec. pp. 54, 61, 66; ID., *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 41 ss., il quale puntualmente argomenta attraverso l'analisi dei testi di Isidoro di Siviglia (vissuto fra il VI e il VII secolo), Giovanni di Salisbury († 1180) e Tommaso d'Aquino († 1274). Sull'importanza dell'*aequitas* nel pensiero giuridico medioevale cfr. anche F. CALASSO, *Equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 65 ss., ora in ID., *Storicità del diritto*, Milano, 1966, p. 363 ss., spec. p. 372 s.; M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, 1994, spec. pp. 255 ss., 446 ss., 549 ss. Ma i rapporti fra diritto e morale sono stati sempre oggetto di studio da parte della dottrina più attenta: oltre ai recenti contributi di Antonio Palazzo, vengono alla mente, fra gli altri, a proposito delle interrelazioni fra *legalità* e *moralità*, le pagine introduttive di E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 8ª ed., Firenze, 1908, p. 7 ss.

lite, con il trasferimento dalla prova testimoniale a quella documentale del fulcro su cui viene costituito e fondato l'impianto probatorio e conseguente decadenza del ruolo delle presunzioni ⁽³⁵⁾.

Ma nel diritto moderno e contemporaneo, pervaso dai principi del positivismo, a ben vedere, non è stata mai abbandonata l'idea dell'utilità ai fini del decidere di compiere un attento esame delle circostanze singole inerenti al fatto o all'atto specifico oggetto di lite: la stessa formulazione dell'art. 2721 c.c. (e delle disposizioni che seguono), pur evidenziando l'avversione del compilatore verso l'utilizzo della prova testimoniale (anche in relazione a quella documentale) nelle controversie di maggior valore (attualmente, a seguito dell'avvenuta svalutazione e del mancato adeguamento dell'importo, in tutte le controversie), attribuisce al giudice la possibilità di «consentire» la prova, tenuto conto della *qualità delle parti*, della *natura del contratto* e di *ogni altra circostanza*.

L'attività di valutazione delle singole circostanze attinenti alla fattispecie concreta risulta essenziale, non solo per procedere all'eventuale integrazione del negozio, ma anche con riferimento alla sua interpretazione e alla sua qualificazione. In tema di interpretazione del contratto la prima regola ermeneutica (art. 1362 c.c.) impone infatti all'interprete di ricercare la comune intenzione delle parti, che costituisce l'oggetto dell'attività interpretativa e la categoria ordinante ed unificante delle regole interpretative ⁽³⁶⁾; e per svolgere correttamente tale attività, è necessario avere esatta conoscenza di tutte le circostanze attinenti all'operazione negoziale e alle parti che la hanno posta in essere. Il riferimento alla comune intenzione e la centralità di questa nell'analisi dell'interprete è del resto confermata anche nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, predisposti

⁽³⁵⁾ A. GIULIANI, *Il declino del concetto «classico» di prova*, Appendice a ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 246 ss. Ciò si è verificato anche nei sistemi di *common law*: M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (ed. italiana a cura di Taruffo di *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997), Bologna, 2003, spec. p. 104.

⁽³⁶⁾ Cfr. V. RIZZO, *op. cit.*, spec. p. 62 ss.; N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., spec. p. 141 ss.; ALB. DONATI, *op. cit.*, p. 207; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, cit., p. 927 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, cit., p. 434, il quale correttamente sottolinea come l'art. 1362, 1° comma, c.c. ponga «la regola interpretativa generale e fondamentale propria dell'interpretazione dei discorsi documentali; consistente nel non 'frazionare' il discorso (che, in quanto tale, ha la sua unità) in unità semantiche discrete, ma di cogliere il significato complessivo del discorso, e attraverso questo 'tornare' al significato dei singoli enunciati».

dalla «Commissione per il diritto europeo dei contratti» (c.d. Commissione Lando), le cui norme generali in tema di interpretazione del contratto, in conformità alla maggioranza degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, accordano preferenza al criterio ermeneutico c.d. *soggettivo* (secondo il quale, in primo luogo, deve essere tenuta presente l'intenzione dei contraenti), rispetto a quello c.d. *oggettivo* (che concentra l'attenzione su elementi estrinseci e oggettivi, quali la ragionevolezza e la buona fede) ⁽³⁷⁾.

L'attività d'interpretazione, fondata sugli elementi ora richiamati e su un corretto procedimento ermeneutico, influenza anche quella che secondo l'opinione preferibile è la successiva e distinta operazione di qualificazione del negozio giuridico ⁽³⁸⁾, che consiste nell'individuazione del rife-

⁽³⁷⁾ Così l'art. 5:101 (*Regole generali di interpretazione*) recita: [1] Il contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti anche quando questa non è conforme al significato letterale delle parole. [2] Quando si è accertato che una parte ha inteso dare al contratto un determinato significato, e al momento della conclusione del contratto l'altra parte non poteva non essere a conoscenza della volontà della prima, il contratto deve essere interpretato nel senso in cui questa lo ha inteso. [3] Quando una intenzione secondo i commi 1 e 2 non può essere accertata, il contratto deve essere interpretato secondo il significato che persone ragionevoli e con le stesse caratteristiche delle parti darebbero ad esso nelle stesse circostanze: si veda C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. italiana, Milano, 2001, p. 319 ss. Sui *Principi di diritto europeo dei contratti*, si veda più diffusamente *infra*, § 5.

⁽³⁸⁾ Si vedano, fra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, p. 810 s.; ID., *Interpretazione della legge*, cit., p. 146 s.; A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 103; F. CARRESI, *op. cit.*, p. 41, nt. 1; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 3ª ed., Padova, 1999, p. 444; ALB. DONATI, *op. cit.*, p. 220 s., ed ivi richiami anche alla dottrina processualciviltica; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 410 s. Ritengono invece, sebbene con diverse sfumature, interpretazione e qualificazione come momenti di un'unica realtà, fra gli altri, C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 101 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 827 ss., ora in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 27 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991, spec. p. 236 ss.; ID., *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, p. 92 ss.; V. RIZZO, *op. cit.*, p. 132 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 22; in giurisprudenza le differenze fra interpretazione e qualificazione vengono in rilievo essenzialmente sotto il profilo del potere di controllo della sentenza da parte del giudice di legittimità, essendo soltanto la prima riservata al giudice del merito ed incensurabile in cassazione alla stregua di valutazioni di fatto, se il procedimento seguito è logico ed immune da vizi di motivazione: cfr. Cass., 26 marzo 2001, n. 4342, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, n. 586; Cass., 22 marzo 2001, n. 4085, *ibidem*, n. 543; Cass., 20 marzo 2001, n. 4009, *ibidem*, n. 534; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2478, *ibidem*, n. 283; Cass., 25 gennaio 2001, n. 1054, *ibidem*, n. 148; Cass., 2 dicembre 2000, n. 15410,

rimento normativo con cui dovrà essere misurata l'operazione posta in essere dai privati attraverso il confronto fra questa e tipo astratto previsto dal legislatore: la qualificazione data dalle parti ad un contratto assume rilevanza nel procedimento soltanto qualora essa corrisponda al significato giuridico della pattuizione che le parti stesse abbiano inteso esprimere, mentre, nel caso in cui sussista divergenza fra il significato della dizione adoperata ed il contenuto della statuizione, la qualificazione va desunta dalla materia dedotta nel patto contrattuale ⁽³⁹⁾.

Consegue che l'interprete può compiere in maniera corretta la propria attività ermeneutica e integrativa soltanto dopo aver proceduto ad un'analisi approfondita, essenzialmente tramite i mezzi di prova di cui

ivi, 2000, n. 538; Cass., 20 giugno 2000, n. 8384, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2577; Cass., 16 giugno 1997, n. 5387, in *Contratti*, 1998, p. 337, con nota di GIOV. PIAZZA, *Il rapporto tra interpretazione e qualificazione*, e in *Notariato*, 1998, p. 512, con nota di M. GRONDONA, *Interpretazione e qualificazione del contratto tra merito e legittimità*, Cass., 26 giugno 1996, n. 5893, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, n. 917.

⁽³⁹⁾ Cass., 13 dicembre 1994, n. 10646, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1250; Cass., 19 aprile 1990, n. 3212, in *Rep. Giust. civ.*, 1990, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 120; Cass., 1 dicembre 1988, n. 6514, *ivi*, 1988, voce *cit.*, n. 133; Cass., 6 febbraio 1986, n. 756, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 109; Trib. Napoli, 22 gennaio 1985, in *Dir. giur.*, 1986, p. 1025; assunto questo che, del resto, trova le sue ascendenze nel pensiero della giurisprudenza e dei dottori medioevali (poi ripreso dai grandi tribunali del seicento), secondo i quali «contractus non debet a verbis denominari sed a principali contrahentium intentione et ab illius effectus» e «verba sunt interpretanda eo modo quo non sint contra sed secundum naturam contractus» (che altro non è se non l'«intentio finalis disponentis» individuata da Baldo quale fonte di sussunzione della volontà delle parti nel metodo di interpretazione del contratto: le fonti identificate erano quattro e, precisamente, «a personis», «a forma verborum», «a facto seu materia» e, appunto, «ab intentione finali disponentis»); mentre è soltanto nell'ipotesi di dubbio insolubile che «contractus indicatur qualis a partibus denominatur»: così E. BUSSI, *op. cit.*, spec. pp. 8, 15 ss., ed *ivi* ampi riferimenti alle fonti. Le affermazioni di Baldo (e quelle del di lui Maestro Bartolo) si rinvengono anche nel pensiero di illustri giuristi vissuti in epoca successiva, fra i quali una posizione preminente assume F. Mantica (1534-1614): cfr. S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, cit., spec. p. 27 (il testo integrale del passo è riportato a p. 47 ss.), il quale sottolinea come l'autorevole uomo di curia (in *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, I, Roma, 1609, lib. I, tit. XVI, *Interpretatio quid sit et in quot species distinguatur*), evidenziava, mediante l'analisi dei testi e degli scrittori di scuola, l'esistenza di *descriptions* disposte secondo una scala ascendente: dall'*interpretatio* quale *aperta verborum significatio*, alla *sermonum difficultum et perplexorum expositio*, alla *ambiguae vel absconditae voluntatis declaratio*, fino alla *congrua quaedam adaptatio*; risultavano così cinque *species* di *interpretatio*, che egli denominava *declarativa*, *intellectiva*, *correctiva*, *extensiva*, *restrictiva*.

dispone, delle circostanze di fatto in cui si è svolto il procedimento contrattuale, della natura del negozio, delle qualità degli autori e della loro storia personale; procedimento che presuppone la conoscenza di tali elementi, poiché, soltanto con la chiara cognizione di questi, può valutarsi il comportamento degli autori del regolamento negoziale, dalla preparazione alla conclusione, sino alla esecuzione dello stesso ⁽⁴⁰⁾: in quest'ot-

⁽⁴⁰⁾ In tal senso A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione*, cit., p. 116; ID., *Interessi permanenti*, cit., p. 115. Le affermazioni ora compiute si rinvengono nel pensiero dei dottori medioevali, i quali attribuivano notevole importanza, nell'individuazione della effettiva volontà delle parti, al comportamento di queste nella fase di esecuzione del negozio: Baldo, come rilevato nella precedente nt., affermava «a facto seu materia»; tale principio incontrò notevole favore e larga applicazione allorché si voleva negare ingresso all'azione di simulazione proposta dalla parte che avesse dato corso al contratto sul presupposto che tale circostanza fosse dimostrazione bastevole delle serietà del volere e della «sincerità» del regolamento: cfr. ancora E. BUSSI, *op. cit.*, p. 17 s. ed *ivi* richiami ai testi di Baldo, Menochio, Surdo, Cravetta e Cefalo; ID., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazioni)*, Padova, 1937, p. 288, nt. 2. Si iniziava così a tracciare quel percorso della scienza giuridica caratterizzato dalla «triade» interpretazione-disposizione-storicità, in cui quest'ultima è venuta sempre più assumendo un ruolo di preminenza tale da riportare il diritto sul piano dell'esperienza umana, percorso sintetizzato nelle parole del Piacentino († 1192), accolte nella Glossa accursiana, «*author iuris homo, iustitiae Deus*»: sull'argomento si veda la pregevole analisi di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, spec. pp. 48 s., 186 ss. Tuttavia, è nel pensiero di coloro che nella seconda metà dell'ottocento permisero di incedere dalla giurisprudenza c.d. dei concetti, ispirata al concettualismo esasperato dei pandettisti, a quella c.d. degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), che le richiamate osservazioni trovano concreto riscontro: sul punto rimangono fondamentali le pagine di K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), ed. italiana con presentazione di Ventura, Milano, 1966, spec. p. 58 ss. In particolare, Rudolf von Jhering (1818-1892), *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, trad. italiana di Fusillo, Napoli, 1990, ampiamente riportato in A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 87 ss., sottolinea l'importanza di dare accesso «al momento dell'individualità del diritto»: questa affermazione – afferma testualmente l'illustre Autore italiano (p. 89) – significa attenzione al valore della persona, alla sua autorevolezza, e insieme riconoscimento della centralità dell'*aequitas singularis* per l'interpretazione dei fatti giuridici. Ma vedi anche le importanti intuizioni dello stesso Autore, in ID. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, cit., spec. p. 503 s., ove, in prospettiva più ampia, si osserva come il distacco della filosofia del diritto dalla morale, storicamente simboleggiato dal passaggio dall'*aequitas singularis* all'*aequitas constituta*, non ha eliminato il problema di fondo dell'individuazione dei possibili valori di riferimento del processo interpretativo, che, più in generale, ripropone il tema centrale del rapporto fra ermeneutica e metafisica, sottolineando l'importanza dell'aspetto normativo della filosofia morale nel dibattito contemporaneo sulle cc.dd. *etichette speciali* (etica pubblica, bioetica, etica dell'ambiente, etica della comunicazione, ecc.). Del resto, il fondamento di tali affermazioni si rinviene

tica, l'accertamento dell'esistenza del requisito della buona fede deve precedere la comparazione sopra descritta.

Così, la buona fede assume un ruolo di fondamentale importanza, realizzando una funzione che potremmo qualificare «protettiva» di tutti gli interessi in giuoco e quindi dell'«affidamento» che le parti ripongono nella realizzazione degli effetti dell'atto di autonomia e nel corretto comportamento di ogni partecipante all'accordo. In questo senso, essa rappresenta anche il *canone* a cui il giudice deve necessariamente attenersi nell'esercizio del potere, attribuitogli dalla legge, di controllo, attraverso l'equità integrativa, sul regolamento pattizio e sul rapporto conseguente⁽⁴¹⁾.

Se quanto sino ad ora rilevato è esatto, si deve ritenere che la funzione attuale dell'equità sia proprio quella di consentire all'ordinamento, mediante l'esercizio del potere giurisdizionale, di incidere sui rapporti fra privati e sulle regole, da questi dettate, che li disciplinano⁽⁴²⁾: le leggi civi-

anche nel pensiero di chi, nel lavoro di astrazione ed analisi dell'intelletto, individua la vera funzione della scienza giuridica, fra l'altro, nel mantenere vigile nell'esperienza il senso di se stessa, mediante la continua determinazione e dimostrazione della sua profonda e molteplice autonomia come forma dell'esperienza pratica, nonché la determinazione puntuale delle situazioni nelle quali l'esperienza si concreta e si caratterizza e del sistema delle connessioni nelle quali le situazioni stesse si trovano e vivono: G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, ed. 1962 a cura di Piovani, spec. p. 182 ss.; sui rapporti fra ermeneutica ed equità, si veda di recente l'approfondita analisi di G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 199 ss.

L'importanza dell'analisi delle singole circostanze attinenti al caso concreto è dimostrata dalla copiosa giurisprudenza formatasi di recente in materia di «lettere di intenti», di minuta o puntuazione e di c.d. formazione progressiva del contratto: cfr., da ultimo, la puntuale analisi di A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 175 ss., spec. p. 178 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. ALPA, *La completezza*, cit., p. 239 s. Sottolineano in ambito anglosassone la possibilità che uno sviluppo dei rimedi equitativi al di fuori di categorie e principi formali crei incertezza, P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici*, cit., p. 354 ss., ed ivi ampia casistica.

⁽⁴²⁾ In questo senso la funzione dell'equità trova forti ascendenze nel pensiero dei canonisti medioevali e degli esponenti più autorevoli della c.d. *Scuola del commento* (cfr. *retro*, nt. 4), i quali applicavano il procedimento equitativo in maniera sostanzialmente analoga, ma alla fonte «degale»; non solo essi si servivano dell'*aequitas* (anche *non scripta*) per colmare eventuali lacune del sistema, ma prima Bartolo e poi Baldo propendevano per un utilizzo tale da consentire di evidenziare la *ratio* effettiva della disposizione e di disapplicarla nel caso concreto, qualora risultasse che il fine voluto dal legislatore venisse disatteso nell'ipotesi di applicazione rigida del precetto; così, a proposito della previsione concernente la fattispecie in cui un soggetto spargeva sangue all'interno del Palazzo comunale (punita con la pena di morte) i due *Commentatori*, peraltro sviluppando con-

li sono dirette non solo e non tanto a porre doveri di comportamento dei cittadini fra loro, quanto a regolare e/o integrare ogni volontà o iniziativa di libertà, con le quali i soggetti privati regolano i loro rapporti⁽⁴³⁾. L'analisi della norma autonoma non esaurisce quindi l'attività dell'interprete che si pone dinanzi ad un regolamento contrattuale; al contrario, essa ne costituisce il punto di partenza (ma anche il fondamento), che gli consente di procedere, previa conoscenza delle circostanze concrete in cui è sorto e si è sviluppato il rapporto, delle qualità e del comportamento delle parti e di ogni altro elemento fattuale utile, all'individuazione (e all'eventuale applicazione al rapporto) di regole dettate o imposte dall'ordinamento, operando così un effettivo temperamento fra questo e il principio di autonomia privata.

Tale concezione consente, anche attraverso la prospettiva storica, di distinguere adeguatamente fra interpretazione, integrazione e clausola generale di buona fede, senza incorrere nel totale svuotamento e superamento della volontà delle parti che costituisce pur sempre l'essenza dell'atto negoziale.

cetti già espressi da Aristotele (*Etica Nicomachea*, V, 25, trad. italiana con intr. e note di Natali, 3^a ed., Bari, 2003, p. 215), secondo il quale la natura dell'«equo» è di essere correzione della legge, nella misura in cui essa «viene meno» a causa della sua formulazione universale, precisarono che, allorché il fatto avveniva, ad esempio, ad opera di un medico o di un barbiere-cerusco, nell'intento di salvare un malato, la *ratio legis* «veniva meno» e il precetto, e la relativa sanzione, non potevano trovare applicazione: sul punto, cfr. l'interessante analisi di P.G. CARON, *«Aequitas» romana, «misericordia» patristica ed «epicheia» aristotelica nella dottrina dell'«aequitas» canonica*, Milano, 1971, p. 74 ss., spec. p. 80 s.

Tale utilizzo del procedimento equitativo è stato ripreso anche in ambito anglosassone: cfr. le acute osservazioni di P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici*, cit., p. 143, i quali sottolineano l'importanza dell'equità nella formazione delle regole giuridiche: dopo aver richiamato la celebre affermazione di sir Henry Maine (che definì l'equità come un complesso di principi giuridici aventi – in virtù della loro estrinseca superiorità – il potere di sostituirsi alla vecchia legge), gli illustri Autori affermano che la funzione dei principi giuridici «è quella di contrastare le tendenze verso la rigidità e il legalismo, nel senso di attaccamento alla norma come fine a se stessa più che come mezzo per conseguire decisioni giuste. Vi è, pertanto, sempre un elemento di relatività nella nozione di equità. I principi che arrivano ad essere considerati come equitativi riguardano quegli aspetti del diritto che necessitano di modifiche. Man mano che il diritto si consolida, muta la funzione dei principi, che vengono ad essere impiegati in modo più marginale, solo per controllare l'applicazione delle norme in ordine a situazioni di fatti particolari».

⁽⁴³⁾ In tal senso l'importante contributo di Ennio Russo, in E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, cit., p. 447.

5. — Ciò posto, appare opportuno analizzare brevemente se l'introduzione nel sistema di nuove fonti o nuovi strumenti anche ermeneutici ed integrativi, che vanno sotto il nome di «Diritto privato europeo», imponga di pervenire a conclusioni difformi ⁽⁴⁴⁾.

Essendo le fonti legali volte essenzialmente a limitare direttamente o indirettamente l'autonomia delle parti a tutela dei soggetti deboli, per cui il problema si risolve essenzialmente nell'ottica dei principi in tema di gerarchia delle fonti, appare opportuno concentrare l'attenzione sugli sforzi compiuti per la costruzione di un diritto comune europeo dei contratti, che sembrano rafforzare la soluzione prospettata.

In proposito, la dottrina più autorevole ha sottolineato come, nella prospettiva della uniformazione delle legislazioni dei vari paesi europei, mutino concetti e categorie cari al civilista: si abbandona l'idea che l'ordine pubblico debba assicurare soltanto un controllo procedurale sulla formazione del consenso e cambia il rapporto contratto-legge-giudice, anche attraverso il richiamo alla clausola di correttezza e buona fede, la quale, unitamente all'ampliamento dei poteri del giudice sul regolamento negoziale, svolge una funzione di riequilibrio dell'assetto dei privati ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sulle interrelazioni fra integrazione del contratto e principi uniformi al livello europeo, M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., II, p. 656 ss.

⁽⁴⁵⁾ Così G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in ID. (a cura di), *Squilibrio*, cit., spec. p. 18 s. ed ivi riferimenti. Sulla «riconsiderazione» attualmente in corso di concetti e categorie essenziali, posti a fondamento del diritto privato dalla civilistica del secolo scorso, proprio alla luce del processo di integrazione e uniformazione in atto in Europa, fra gli altri, P. GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 281; ID., *Scienza giuridica e legislazione*, *ivi*, 1997, I, p. 178; C. CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti — codice o restatement?*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 1019; A. GAMBARO, «*Jura et Leges*» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, *ibidem*, p. 993; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. e impr. Europa*, 1998, p. 208; F. VOLPE, *I principi Unidroit*, cit., pp. 40 s., 49 ss., il quale sottolinea (p. 51) proprio come il punto di forza dell'esperienza dei «Principi di diritto europeo» sta proprio nell'abilità che essa ha avuto di ispirarsi ad una grande flessibilità in linea con i continui mutamenti della realtà economica, svincolandosi dal peso della «tradizione» giuridica; «tradizione» che, come abbiamo avuto modo di osservare in un settore «chiave» come quello delle garanzie (A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, spec. p. 82 ss.), sovente non riesce ad adeguarsi alle esigenze del mercato. Ma svincolarsi dal peso della «tradizione» non significa svincolarsi dai principi generali; già Bartolo e soprattutto Baldo (nel riprendere gli insegnamenti di Cino, secondo il quale *haec via est brocardica et ideo semper du-*

Così, per quanto concerne i *Principi di diritto europeo dei contratti*, l'art. 1:106 (*Interpretazione e analogia*), 1° comma, pone in posizione preminente l'esigenza di promuovere la buona fede e la correttezza, la certezza delle relazioni contrattuali e l'uniformità di applicazione, mentre l'art. 5:102 (*Circostanze rilevanti*) afferma che nell'interpretare il contratto si deve aver riguardo, in particolare, a: a) le circostanze nelle quali esso è stato concluso, comprese le trattative; b) il comportamento delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto; c) la natura e l'oggetto del contratto; d) l'interpretazione che le parti abbiano già data a clausole simili e le pratiche che hanno adottate nei loro rapporti; e) il significato dato normalmente alle clausole e alle espressioni nel settore di attività interessato, nonché l'interpretazione che clausole simili possano già avere ricevuto; f) gli usi; g) la buona fede e la correttezza. Il richiamo alla buona fede in senso oggettivo è significativo anche nell'art. 6:102 (*Clausole implicite*), che prevede l'esplicitazione di clausole implicite, sia con riferimento alla intenzione delle parti e alla natura e all'oggetto del contratto, sia attraverso il richiamo al principio di buona fede e correttezza; ma, soprattutto, nell'art. 4:109 (*Ingiusto profitto o vantaggio iniquo*), in cui si prevede (2° comma) che «il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza» ⁽⁴⁶⁾.

bia), sottolineando come il valore attribuito ai *generalia* fosse esagerato, affermavano che le *regulae* erano utili sempre che fossero tenute al loro posto, cioè a dire nell'argomento forense: in un'azione legale — si diceva — una parte che può citare una *regula* a suo favore è *prima facie* nel giusto; starà poi alla controparte cercare di dimostrare che la regola generale non può trovare applicazione al caso concreto, in quanto, ad esempio, esiste una regola speciale che deve essere applicata (così P. STEIN, *Principi generali nel pensiero dei glossatori e commentatori medievali*, in *Atti dei Convegni Lincei. I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 134).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. C. CASTRONOVO (a cura di), *op. cit.*, pp. 110 ss., 289 ss., 324 ss., 337 ss., ed ivi anche il resto delle norme citate. La versione italiana di *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, O. LANDO, H. BALE (eds.), The Hague-London-Boston, 2000, la si può leggere anche in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 253 ss. (a cura di C. Castronovo), e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 498 ss. (a cura di G. Alpa); i testi degli atti e delle disposizioni che concernono il diritto civile a livello europeo, con riguardo ai singoli contratti, sono stati da ultimo raccolti ed ordinati da V. SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002, p. 603 ss. L'importanza e la portata sostanzialmente innovativa delle disposizioni ora richiamate è compiutamente sottolineata da S. MAZZAMUTO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., p. 8 ss. Sull'art. 4:109 si vedano, da ultimo, i rilievi di C. CA-

Riguardo ai *Principi Unidroit*, sebbene si sia osservato come l'equità non sia mai espressamente menzionata, mentre la buona fede è elevata al rango di principio generale ⁽⁴⁷⁾, assumono particolare rilevanza l'art. 4.8, secondo il quale se le parti non si sono accordate su una clausola importante per la determinazione dei loro diritti ed obblighi, si intende inserita una clausola adeguata alle circostanze, l'art. 5.2, che ammette la possibilità di obbligazioni implicite che si desumono dalla natura e dallo scopo del contratto, dalle interrelazioni fra le parti, dalla buona fede e dalla ragionevolezza e, in relazione ai poteri del giudice di incidenza sul regolamento autonomo, l'art. 3.10, che consente al giudice stesso un «adattamento» del contenuto negoziale in modo da renderlo conforme «ai criteri ordinari di correttezza nel commercio» ⁽⁴⁸⁾.

6. — Chiarite le importanti interrelazioni che sussistono fra equità integrativa, buona fede e interpretazione del contratto, appare opportuno svolgere alcune considerazioni anche alla luce di recenti previsioni legali, che hanno notevolmente ampliato il potere di intervento del giudice sul regolamento contrattuale.

STRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, *ivi*, p. 52 ss., di A. ORESTANO, *I vincoli nella formazione del contratto: l'esperienza italiana e le prospettive di diritto europeo*, *ivi*, p. 186 s., e di M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, *ivi*, p. 309 ss., anche in relazione all'art. 3.10 dei *Principi Unidroit* (si veda *infra*, nt. 48). Per un richiamo sistematico alle norme che si ispirano al principio di buona fede e correttezza, L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto europeo dei contratti*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 699.

⁽⁴⁷⁾ M. FRANZONI, *Buona fede*, cit., p. 90; afferma la centralità del principio di buona fede in tale contesto anche G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 318.

⁽⁴⁸⁾ Sulla rilevanza dei *Principi Unidroit*, V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, 1997, ed *ivi* ampi riferimenti al dato normativo; la versione in lingua italiana dei *Principi Unidroit*, *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali* (Roma, 1995), la si può leggere in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 407 ss.; in merito all'argomento che ci occupa, C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1026; G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000, p. 1037 ss.; in chiave di squilibrio negoziale e forme di controllo degli abusi, con particolare riferimento all'art. 3.10 e alle sue possibili applicazioni, di recente, F. VOLPE, *I principi Unidroit*, cit., spec. pp. 49 ss., 66 ss. Per un quadro dell'applicazione dei *Principi Unidroit* da parte dei giudici nazionali e dei collegi arbitrali, M.J. BONELA, *I Principi UNIDROIT e il diritto transnazionale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., p. 60 ss.

Si tratta di un importante mutamento di prospettiva: basti ricordare che sino a qualche tempo fa, in applicazione del principio di autonomia negoziale, che si esplica anche in relazione alla (libera) scelta del tipo e alla (sempre libera) determinazione del contenuto del contratto, si riteneva la volontà delle parti assolutamente sovrana ed insindacabile da parte del giudice ⁽⁴⁹⁾, il quale poteva intervenire sul regolamento autonomo sol-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. F. VOLPE, *I principi Unidroit*, cit., p. 44 ss., ed *ivi* richiami alla *freedom of contract* e ai contributi di P.S. Atiyah. Sull'intervento eteronomo in materia negoziale cfr., fra gli altri, G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.; ID., *Rescissione (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 966 ss., 978 ss.; F. GALLAGANO, *Sull'aegritas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 420 ss.; A. DI MAJO, *Autonomia contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, *ibidem*, p. 35 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale*, cit., p. 534 ss.; A. RICCI, *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 985 ss. In prospettiva storica, sul pensiero di coloro che nel medioevo contribuirono alla rinascita degli studi romanistici, S. CAPRIOLI, *Lineamenti della rescissione*, cit., spec. p. 177 s.

La questione dell'intervento del giudice volto al riequilibrio del regolamento contrattuale ha ascendenze antiche e da sempre ha stimolato la riflessione del giurista. Già il Progetto di codice unico delle obbligazioni e dei contratti italo-francese attribuiva al giudice un considerevole aumento dei suoi poteri discrezionali in merito al contenuto negoziale: di sicuro interesse si rivelava la formulazione del capoverso dell'art. 178, ove, a proposito della possibilità per il debitore di effettuare un adempimento parziale, si affermava che «il giudice può tuttavia, avuto riguardo alle condizioni del debitore e usando di questa facoltà con grande moderazione, accordare modiche dilazioni per il pagamento di tutto o di parte del debito e sospendere l'esecuzione degli atti, restando imprejudicato ogni diritto»; ma particolarmente significativo era il disposto dell'art. 22, secondo il quale «se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto o alla prestazione dell'altro di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni» (corsivo nostro), previsione, quest'ultima, che suscitò le reazioni convinte della dottrina più autorevole, la quale la giudicò molto negativamente (nonostante nella Relazione si leggesse che con la norma si era voluto colpire l'usura nelle sue forme più varie), preoccupata che un aumento dei poteri discrezionali del giudice potesse portare ad una «perniciossissima incertezza del diritto»: in tal senso, per tutti, G. SCADUTO, *Osservazioni sul «Progetto di codice unico delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia»*, in *Il Circolo giuridico*, 1930, p. 11 ss., ora in G. SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Palazzo, Perugia, 2002, II, p. 1221 ss. (a cui si riferiscono le citazioni successive), il quale riportava in proposito anche il pensiero concorde del D'Amelio, del Rotondi e del Degni e sottolineava come la previsione inficasse il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge fra le parti (p. 1229 s.). L'illustre Maestro siciliano, tuttavia, in un celebre saggio di qualche anno successivo, censurando l'eccessivo individualismo su cui si fondava il codice del 1865 (reso evidente da «un'omissione, si può dire completa, di regolamentazione del contratto di la-

tanto in casi del tutto eccezionali previsti dalla legge (cfr. artt. 1384 e 1526 c.c. ⁽⁵⁰⁾); e, allo stesso modo, lo squilibrio fra le prestazioni, sulla scorta del

voro; un quasi completo disinteresse per la filiazione naturale; una tendenza all'esagerazione della pretesa assolutezza del diritto di proprietà; l'affermazione della illimitata autonomia della volontà delle parti in materia contrattuale; una libertà nella misura degli interessi, sia pure temperata da prescrizioni di forma; una libertà di contenuto della clausola penale; una possibile enorme sproporzione fra prestazione e controprestazione, salvo casi eccezionali; un troppo largo campo di esplicitazione della volontà testamentaria», esaltava le novità contenute nel nuovo codice, fra le quali una posizione preminente assumeva l'art. 7 delle Disposizioni preliminari del Progetto, il quale (sulla scorta dell'art. 2 cpv. del codice civile svizzero del 1907: sull'importanza nel panorama di inizi novecento del ZGB e sulla valenza in esso assunta dalle clausole generali, anche rispetto al BGB, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit., II, p. 207 ss., spec. p. 211 ss.) affermava: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto»; norma non riprodotta nel testo definitivo, ma della quale non si è inteso rinnegare il contenuto: cfr. G. SCADUTO, *Introduzione al I libro del nuovo codice civile*, in *Il Circolo giuridico*, 1940, p. 9 ss., ora in G. SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Palazzo, cit., II, p. 719 ss. Sui precedenti dell'art. 22, con particolare riferimento al codice eritreo (n. 589), S. CAPRIOLI, *Lineamenti della rescissione*, cit., p. 215 ss., spec. p. 225 ss.; F. ALUNNO ROSSETTI, *La rescissione dei contratti nell'esperienza sammarinese di questo secolo*, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, n. 5, luglio 1993, p. 76 ss., spec. p. 81 s.; il quadro storico è sintetizzato da L. CORSARO, *Rescissione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 629 s.

⁽⁵⁰⁾ Il requisito dell'adeguatezza della penale si pone attualmente anche in relazione al disposto dell'art. 1469-bis, 3° comma, n. 6 c.c.: cfr. F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 512 ss. È interessante notare che secondo l'opinione dominante, nella valutazione dell'opportunità di procedere alla eventuale riduzione, l'interprete deve tener presente l'interesse del creditore e l'incidenza della condotta del debitore sull'equilibrio e sulla «concreta situazione» negoziale, indipendentemente dalla rigida correlazione fra ammontare della clausola e danno sofferto: così A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, p. 68 s., ed ivi riferimenti.

Il problema dell'intervento del giudice sulla penale manifestamente eccessiva è tornato alla ribalta di recente allorché la Cassazione, con un'importante pronuncia (Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929, in *Arch. civ.*, 2000, p. 46, in *Riv. not.*, 2000, p. 488, in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 68, con nota di M. FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, e commentata da A. RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss.; ID., *Un obiter dictum della Cassazione in materia di clausole penali*, *ivi*, 2001, p. 550 ss.), ha riconosciuto, disattendendo il proprio consolidato orientamento, il potere di giudice di ridurre ex art. 1384 c.c., anche d'ufficio, l'importo della penale convenzionalmente stabilito, del resto in linea con il rinnovato interesse del legislatore alla repressione del fenomeno usurario inteso in senso lato (dai lavori preparatori - *Relazione al Re*, n. 35 - emerge che l'introduzione nel codice attuale della disposizione dell'art. 1384 era dettata dalla necessità di predisporre uno strumento di repressione dell'usura):

principio di parità formale delle parti, rilevava esclusivamente se sopravvenuto ed imprevedibile (artt. 1467 ss. c.c.) ⁽⁵¹⁾, con la conseguenza che, nella sostanza, l'equilibrio negoziale era generalmente insindacabile ⁽⁵²⁾.

sui rapporti fra clausola penale ed usura si veda l'approfondita analisi di S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 393 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 49 ss. Basterà accennare alla vicenda dei cc.dd. mutui in Ecu, che negli anni novanta occupò le cronache giudiziarie e che venne risolta pressoché unanimemente in termini favorevoli alle banche, essenzialmente sui presupposti dell'aleatorietà del contratto e dell'impossibilità di considerare evento straordinario ed imprevedibile la forte svalutazione della lira e l'uscita dell'Italia dallo SME: cfr., fra le altre, Trib. Roma, 22 maggio 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 193, con nota di U. MINNECI, *Sopravvenienza del mutuo in ECU e doveri di buona fede*, Id., 1 aprile 1997, Trib. Napoli, 10 febbraio 1997, Trib. Torino 15 ottobre 1996, tutte *ivi*, 1997, II, p. 446; Trib. Treviso, 26 agosto 1996, in *Foro it.*, 1997, I, p. 136.

⁽⁵²⁾ La possibilità di intervento del giudice e delle stesse parti è stata oggetto di attenzione anche con particolare riguardo alla determinazione del contenuto delle prestazioni dedotte e quindi dell'oggetto del negozio. In particolare, si è ritenuto possibile una determinazione successiva o una ridefinizione dell'oggetto del contratto già concluso soltanto nell'ipotesi in cui le parti ne avessero individuato i criteri nel regolamento stesso, ovvero questi siano legalmente predeterminati: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 361 s.; in giurisprudenza cfr. Cass., 25 febbraio 1987, n. 2007, in *Rep. Giust. civ.*, 1987, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 209; Cass., 25 maggio 1983, n. 3593, *ivi*, 1983, voce *cit.*, n. 240; Cass., 12 giugno 1981, n. 3813, *ivi*, 1981, voce *cit.*, n. 244. Cfr. inoltre Cass., 19 aprile 1992, n. 4474, *ivi*, 1992, voce *cit.*, n. 153, che esclude la possibilità di applicazione, ai fini della determinazione dell'oggetto del contratto, dell'art. 1362, 2° comma c.c., che consente di tener conto, nella ricerca della comune intenzione dei contraenti, del comportamento di questi successivo alla conclusione del contratto. Sul punto cfr. anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 129 ss., *ivi* ampia casistica sul problema della determinazione dell'oggetto successiva alla conclusione del contratto. Sulla controversa figura del c.d. arbitraggio di parte la dottrina più moderna si mostra maggiormente possibilista, specie se l'intervento sia parziale o concerna un singolo aspetto: sul punto cfr. la pregevole analisi di G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, p. 76 ss. ed ivi riferimenti; sui problemi connessi alla c.d. integrazione autonoma, si veda, più di recente, anche A. ORESTANO, *Accordo normativo*, cit., p. 88 ss., e le importanti pagine di V. ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2002, spec. p. 144 ss. Anche in merito all'intervento del giudice è stato rilevato che sarebbe in ogni caso una inammissibile ed ingiustificata violazione della libertà contrattuale la circostanza secondo la quale la determinazione dell'oggetto sia da questi effettuata secondo il suo prudente apprezzamento, a meno che le parti non si siano rifatte ad una risoluzione secondo equità, in modo che il giudice possa sostituirsi alla loro determinazione mancata (R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 361). Inoltre, F. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987, p. 235, sottolinea come l'intervento

Ma alcuni interventi del compilatore, di ampia portata, hanno contribuito a tracciare un percorso differente ⁽⁵³⁾: la buona fede assume un ruolo determinate nella valutazione dell'equilibrio o dello squilibrio contrattuale e funge da canone a cui il giudice deve attenersi nell'esercizio del suo potere di controllo sulla situazione sostanziale ⁽⁵⁴⁾.

dell'autorità giudiziaria possa integrare il contenuto del contratto soltanto nei casi stabiliti dalla legge, restando comunque preclusa alle parti la possibilità di determinare con successivo accordo il contenuto di un precedente negozio.

⁽⁵³⁾ La dottrina ha sottolineato come, a seguito dei recenti provvedimenti legislativi, la parte danneggiata dallo squilibrio negoziale è resa «arbitra» delle sorti del contratto, mediante l'attribuzione alla stessa, in via esclusiva, del potere di agire per ottenere una pronuncia di invalidità e/o inefficacia del regolamento pattizio o della parte di esso che determina lo squilibrio: G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 539; cfr. anche S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.

⁽⁵⁴⁾ Ulteriore ed importante questione, che tuttavia esula – almeno in termini generali – dal tema dell'attuale indagine, è quella delle conseguenze della violazione della clausola di buona fede sulla validità e sull'efficacia del negozio, nonché sull'esistenza del rapporto: autorevole dottrina ha affermato che dall'inosservanza del principio di buona fede non si può far dipendere l'invalidità totale o parziale di un contratto o l'esistenza di un rapporto obbligatorio, attenendo la buona fede al corretto svolgimento del rapporto stesso e non al fatto costitutivo di esso (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9, ora in AA.VV., *Il principio di buona fede. Giornata di studio – Pisa, 14 giugno 1985*, Milano, 1987, p. 5 ss.); ma si veda, di recente, l'attenta analisi di G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 42 ss. Il problema è stato dibattuto soprattutto con riferimento ai contratti bancari e, in particolare, in tema di inoperatività della fideiussione *omnibus* nell'ipotesi di comportamenti contrari a correttezza da parte dell'istituto di credito (con riguardo alla concessione di nuovi «fidi» al debitore principale), problema accennato in precedenza (cfr. § 3), su cui ci permettiamo di rinviare alla nostra *Note in tema di fideiussione omnibus*, cit., p. 383 ss.

Tuttavia, di recente, la clausola di buona fede è stata utilizzata come strumento integrativo non solo di disposizioni pattizie, ma anche di norme legali, divenendo così un mezzo per la creazione di nuove regole giuridiche da parte dell'interprete: sul punto, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, pp. 311 ss., 352 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 165 ss.; da ultimo, G. MERUZZI, *Funzione nomofilattica della suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 47 ss.; in giurisprudenza, cfr. essenzialmente il già richiamato intervento della S.C. in tema di riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva (Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.) e, soprattutto, l'importante pronuncia che ritiene l'inadempimento preordinato del promissario acquirente, il quale sin dalla conclusione dell'accordo non aveva intenzione di pagare il prezzo, causa di nullità del contratto per difetto dell'elemento causale: Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135, con nota di M. BALESTIERI, *La preordinata volontà di non pagare il corrispettivo come causa di nullità della compravendita*, provvedimento criticato dalla dottrina dominan-

A parte le rilevanti novità introdotte dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52 (contratti dei consumatori – artt. 1469-*bis* ss. c.c. ⁽⁵⁵⁾), merita di essere segnalata la l. 30 luglio 1998, n. 281, la quale, all'art. 1, riconosce come diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali; e l'art. 3 del medesimo provvedimento attribuisce al giudice, fra l'altro, il potere di adottare le misure idonee a *correggere* o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate ⁽⁵⁶⁾.

Anche il provvedimento legislativo, pressoché coevo, concernente la subfornitura nelle attività produttive (l. n. 192/98), sanziona l'abuso di dipendenza economica di un impresa cliente o fornitrice, abuso che la dottrina – in relazione al tenore del dato normativo – ha identificato nell'eccessivo squilibrio, contrario a buona fede, di diritti ed obblighi nei rapporti commerciali fra imprese ⁽⁵⁷⁾.

te: cfr. G. SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 614 ss., ed ivi ampi riferimenti. Va però osservato come anche nell'ambito dei principi di diritto europeo la violazione del principio di buona fede e correttezza non sia da sola in grado di condurre alla invalidità totale o parziale del negozio, ma occorra il concorso di altri elementi: C. CASTRONOVO (a cura di), *op. cit.*, p. XXXVI, ed ivi richiami agli artt. 4:103, 4:107 e 4:110.

⁽⁵⁵⁾ Per un ampio quadro sugli strumenti posti a tutela del consumatore si veda, fra gli altri e senza pretesa di completezza, V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore: la novella al codice civile*, Napoli, 1997; U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive: gli artt. 1469-*bis* ss. c.c. e i contratti del consumatore*, Milano, 1997; S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei «contratti del consumatore»*, Torino, 1998; E. GABRIELLI, A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000; G. GHIDINI, C. CESARINI, *Consumatore (tutela del) (diritti civili)*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 264 ss.

⁽⁵⁶⁾ Sulla portata effettiva di tali disposizioni la dottrina si è divisa fra chi ritiene l'esistenza in capo al consumatore, che abbia concluso un contratto ad un prezzo manifestamente eccessivo, di ottenere dal giudice la riduzione ad equità della propria prestazione: F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, spec. pp. 649, 684 ss.; o chi comunque afferma la rinnovata forza espansiva dell'equità: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 224; e chi invece è molto più cauto, riconoscendo in ogni caso il ruolo fondamentale di buona fede ed equità anche alla luce della direttiva 93/13/CEE, recepita dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52 (artt. 1469-*bis* ss. c.c.): F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 544 s. Per un'ampia analisi della normativa di cui alla l. n. 281/01 e successive modificazioni ed integrazioni (d.lgs. n. 224/01 e l. n. 39/02), anche nel quadro degli squilibri negoziali, cfr. S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in G. VIETTORI (a cura di), *Squilibrio*, cit., p. 113 ss.

⁽⁵⁷⁾ Il riferimento alla buona fede è stato effettuato, fra gli altri, da T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, spec.

Infine, anche il recentissimo d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 — *Attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* ⁽⁵⁸⁾, prevede rilevanti poteri di controllo a favore del giudice: esso trova applicazione in merito ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale (art. 1), cioè a dire in quei contratti, comunque denominati, fra imprese, ovvero fra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo (art. 2); alla scadenza del termine di pagamento si verifica la messa in mora automatica del debitore, il quale deve corrispondere un interesse pari a quello semestrale della Banca Centrale Europea, maggiorato di 7 o 9 punti percentuali (a seconda dell'oggetto della convenzione), salvo diversa pattuizione (artt. 4 e 5).

Ma ciò che più interessa l'interprete, anche ai fini dell'attuale indagine, risulta essere il disposto dell'art. 7, concernente la nullità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo, se questo risulti gravemente iniquo in danno del creditore, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza (1° comma): il giudice, *anche d'ufficio*, può dichiarare la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di

p. 345 s.; G. VETTORI, *Autonomia privata*, cit., p. 42; F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 549; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra le imprese*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibria*, cit., spec. p. 230 s.; con specifico riferimento al controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale, S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, *ivi*, p. 499 ss.; sugli effetti conseguenti alla violazione, da ultimo, E. QUADRI, «Nullità e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1180 ss. Per un quadro delle problematiche inerenti la subfornitura, da ultimo, C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002.

⁽⁵⁸⁾ Il provvedimento è stato pubblicato in *G.U.* 23 ottobre 2002, n. 249, ma il testo lo si può leggere anche in *Studium iuris*, 2002, p. 1539 s. Per un puntuale commento alla direttiva CE, L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.; sulla normativa interna, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di «lotta» contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1 ss., e, in ordine alle disposizioni processuali del richiamato d.lgs., E. VULLO, *Le disposizioni processuali del d.lgis. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *ibidem*, p. 19 ss.

cui al 1° comma, può applicare i termini legali ovvero *ricorrere ad equità* il contenuto dell'accordo medesimo (3° comma). Inoltre, in linea con il disposto dell'art. 3 dell'appena richiamata l. n. 281/98, si contempla la possibilità per le associazioni di categoria degli imprenditori di richiedere al giudice di adottare le misure idonee a *correggere* o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate (art. 8, lett. b).

Dall'analisi delle recenti disposizioni analizzate emerge tuttavia un dato importante: lo squilibrio contrattuale non rileva in sé, ma unitamente ad altri presupposti, quali la buona fede, l'equità o l'abuso della posizione o della situazione di vantaggio anche economico nei confronti della controparte.

Deriva la grande valenza nell'attuale sistema della clausola generale di buona fede, la cui corretta applicazione è comunque legata ad una esatta valutazione equitativa da parte dell'interprete di tutte le circostanze emergenti dal caso concreto, del comportamento delle parti, delle loro qualità e della natura del negozio stipulato, circostanze richiamate, come si è rilevato ⁽⁵⁹⁾, anche dai principi di diritto europeo dei contratti e che costituiscono il fondamento di quell'*aequitas* cui in precedenza si è fatto cenno ⁽⁶⁰⁾.

7. — Nel quadro di importanti innovazioni ora tracciato, si inserisce anche la l. 7 marzo 1996, n. 108, concernente *Disposizioni in materia di usura*, la quale, come è noto, ha mutato profondamente la disciplina, rimodellando sostanzialmente la fattispecie criminosa (art. 644 c.p.) e dettando alcune norme di coordinamento con le disposizioni del codice civile e del t.u. delle disposizioni bancarie e creditizie (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), oltre ad aver previsto vari strumenti volti alla prevenzione del fenomeno.

In particolare, la legge prevede due ipotesi di usura: la prima, *oggettiva*, in cui il saggio d'interesse è usurario per il solo fatto di superare il c.d. tasso soglia legalmente determinato, indipendentemente dalle circostanze di fatto che hanno portato alla stipulazione e dalla qualità dei contraenti ⁽⁶¹⁾;

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *retro*, § 5.

⁽⁶⁰⁾ Si veda *retro*, spec. § 4.

⁽⁶¹⁾ Art. 644, 3° comma, 1° periodo, c.p., come modificato dall'art. 1 l. 108/96: «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari».

la seconda, *soggettiva*, per la quale si configura la fattispecie vietata anche qualora il saggio sia inferiore al c.d. tasso soglia, ma gli interessi (o gli altri vantaggi o compensi), avuto riguardo *alle concrete modalità del fatto* e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultino in ogni caso *sproporzionati* rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria ⁽⁶²⁾.

L'estremo interesse della previsione legislativa anche ai fini dell'attuale indagine risulta di tutta evidenza, in quanto il compilatore, compiendo un esplicito riferimento al concetto di «sproporzione» fra le prestazioni, nonché alle «concrete» modalità del fatto, ha attribuito all'interprete, e, in particolare all'interprete-giudice, ampi poteri di valutazione del regolamento autonomo e in ordine agli effetti da questo prodotti ⁽⁶³⁾: il

⁽⁶²⁾ Art. 644, 3° comma, 2° periodo, c.p., come modificato dall'art. 1 l. 108/96: «Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite [cioè a dire al c.d. tasso soglia], e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

⁽⁶³⁾ Parte della dottrina attribuisce scarso rilievo al «pericolo» dell'attribuzione al giudice di ampia «discrezionalità», ritenendo che la disposizione troverà scarsa applicazione: R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 486; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 481; altri hanno invece ritenuto che le finalità della riforma debbano rinvenirsi proprio nella volontà del compilatore di ridurre l'area di discrezionalità riconosciuta al giudice mediante l'introduzione di un parametro obiettivo e rigido: G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta*, cit., p. 9, ed ivi riferimenti; occorre però chiarire sin d'ora che, come si vedrà meglio *infra*, spec. § 9 ss., la nuova normativa non ha limitato i poteri di controllo del giudice, i quali, semplicemente, si esplicano in maniera diversa e forse ancora più rilevante: in realtà, senza entrare nel merito del problema che esula dall'argomento dell'attuale indagine, con la nuova formulazione dell'art. 644 c.p. e la previsione del c.d. *tasso soglia* si è inteso essenzialmente superare le difficoltà oggettive di raggiungimento della prova in merito a tutti gli elementi costituenti la fattispecie criminosa p. e p. dai precedenti artt. 644 e 644-bis c.p., elementi individuati nel vantaggio usurario, nell'esistenza obiettiva dello stato di bisogno e nella consapevolezza di tale stato in capo al soggetto profittatore, che doveva agire con cosciente volontà; su tali profili, si veda, fra gli altri e senza pretesa di completezza, C.F. GROSSO, *Usura (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, spec. pp. 1142-1146; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia. Aspetti sostanziali e processuali*, con prefaz. di Padovani, Milano, 1998, p. 16 s.; M. BELLACOSA, *Usura*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, spec. pp. 146-148.

divieto dell'usura diviene, da principio di tutela della persona (e del suo patrimonio), regola di mercato del credito ⁽⁶⁴⁾.

Non può invece desumersi dal tenore delle disposizioni ora richiamate l'imposizione nel sistema di un principio di sostanziale equilibrio economico fra le prestazioni dedotte in contratto ⁽⁶⁵⁾, in quanto lo squilibrio contrattuale nei negozi usurari, o è tale da superare il c.d. tasso soglia, o rileva soltanto unitamente ad altri elementi, quali le concrete modalità del fatto, il tasso medio praticato per operazioni similari e le condizioni di difficoltà economica o finanziaria di chi ha dato o promesso gli interessi; ciò, del resto, in linea con altre disposizioni in precedenza richiamate (ll. nn. 192 e 198 del 1998 ⁽⁶⁶⁾) e con il disposto dell'art. 1469-ter, 2° comma c.c., secondo il quale il carattere vessatorio di una clausola non può attenersi né alla determinazione dell'oggetto, né *all'adeguatezza* del corrispettivo dei beni o dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Non appare quindi condivisibile l'opinione, sebbene autorevolmente espressa, che ha paventato l'introduzione nel sistema di una figura generale di *contratto a prestazioni squilibrate*, profilandosi la possibilità di controlli giudiziari diretti a sindacare «aprioristicamente» l'equilibrio economico di ciascuno scambio, per garantirne un'equità sostanziale, anche al di fuori o al di sopra delle valutazioni delle parti ⁽⁶⁷⁾. Ma se non può dirsi — almeno secondo il dato normativo — che il controllo del giudice sul regolamento negoziale possa avvenire in modo *aprioristico*, esso può senz'altro esplicarsi *a posteriori*, cioè a dire sulla base di una corretta valutazione e-

⁽⁶⁴⁾ In tal senso G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 535.

⁽⁶⁵⁾ G. MERUZZI, *Usura*, cit., p. 770 s.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *retro*, § 6.

⁽⁶⁷⁾ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, IV, c. 231; respingono una tale prospettazione G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 540 s., secondo il quale non si può dimenticare che, accanto a un principio di autonomia, vi è un principio, anch'esso costituzionale, di solidarietà; F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 550 s., il quale sottolinea come siffatta lettura delle norme contro l'usura non sia coerente con il sistema, non avendo senso distinguere tra clausole usurarie *ex lege* e clausole accertate come usurarie dal giudice se il criterio di valutazione fosse sempre e comunque la sproporzione in sé fra le prestazioni, come si evince dalla previsione contenuta nel novellato art. 644 c.p. (3° comma, 2° periodo), che costruisce la seconda categoria di clausole usurarie come fattispecie complessa in cui la sproporzione si combina con l'accertamento delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

quitativa delle circostanze riconducibili alla fattispecie concreta analizzata, del comportamento e delle qualità delle parti, della natura e delle finalità della pattuizione, in modo da operare un giusto temperamento di tutti gli interessi in giuoco, come ha dimostrato la dottrina più autorevole in settori fondamentali della realtà giuridica ed economica ⁽⁶⁸⁾. Deriva la grande importanza che assumono gli aspetti ora richiamati nella formazione del giurista e, in particolare, del giurista-giudice, aspetti che invece vengono sovente trascurati ⁽⁶⁹⁾.

8. — Ulteriore ed importante novità contemplata nell'art. 4 della l. n. 108/96, di notevole rilevanza per il civilista, è quella che introduce, nell'ipotesi di interesse usurario e conseguente nullità della clausola pattizia di previsione, l'ulteriore sanzione della non debenza di interessi, novellando il disposto dell'art. 1815, 2° comma c.c. ⁽⁷⁰⁾.

La richiamata disposizione della legge antiusura costituisce l'unico elemento di raccordo fra la stessa e la normativa civilistica, raccordo che tuttavia si esplica con le medesime modalità, sia per l'usura c.d. oggettiva, in cui la misura degli interessi convenzionalmente stabilita supera il tasso soglia, sia per quella c.d. soggettiva, ove, sebbene detta misura risulti inferiore a questo, sussista sproporzione e vi siano condizioni di difficoltà economica o finanziaria del mutuatario, suscitando così qualche perplessità in dottrina ⁽⁷¹⁾.

La normativa civilistica è contemplata unicamente nelle disposizioni

⁽⁶⁸⁾ Ci si riferisce essenzialmente ai fondamentali contributi di Antonio Palazzo in tema di atti gratuiti ed individuazione della causa di attribuzione: cfr. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2000, spec. pp. 75 ss., 119 ss.; ID., *Le donazioni*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, 2° ed., Milano, 2000, spec. pp. 10 ss., 559 ss.

⁽⁶⁹⁾ Problema, questo, del resto risalente, come dimostra l'avversione della dottrina civilistica italiana all'aumento dei poteri di controllo da parte del giudice sul regolamento autonomo e sulle modalità della sua attuazione previsto in alcune norme del «Progetto di codice unico per le obbligazioni per l'Italia e la Francia» messo a punto da una Commissione mista negli anni venti: per tutti, G. SCADUTO, *Osservazioni*, cit., spec. p. 1224 ss.; sul punto cfr. anche *retro*, nt. 49.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 4, l. n. 108/96 contiene il testo novellato del secondo comma dell'art. 1815 c.c. avente il seguente tenore: «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

⁽⁷¹⁾ G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 535.

concernenti il contratto di mutuo (art. 1815 c.c.), ma comunemente si ritiene l'applicabilità della stessa a tutte le operazioni finanziarie in cui sia stato pattuito un interesse ⁽⁷²⁾.

Diversamente, si esclude l'applicabilità della disposizione alla c.d. usura reale, certamente rientrante nella fattispecie contemplata nell'art. 644, 3° comma, 2° periodo, c.p., giusta l'estensione del carattere usurario e delle sue conseguenze a qualunque contratto corrispettivo (come testimonianza l'utilizzo di termini quali «altri vantaggi o compensi» o «prestazione di denaro o di altra utilità» ⁽⁷³⁾), ma in relazione alla quale non è evidentemente possibile rapportarsi al tasso soglia ⁽⁷⁴⁾. Certamente questo dell'usura reale è un problema che va coordinato anche con altre disposizioni, in quanto sovente l'intento che la legge si propone in senso lato di

⁽⁷²⁾ In dottrina è stato sottolineato che «per evitare un'applicazione incostituzionale della l. n. 108, è necessario estendere il più possibile l'opzione dell'art. 1815 cpv.»: F. VANORIO, *Il reato d'usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 500, 531; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 79 s.; F.M. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, II, p. 1448; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario*, cit., p. 156 s.; anche G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, loc. cit., ritiene che il principio debba valere per ogni rapporto produttivo di interessi. Nello stesso senso, sottolineando l'esigenza di guardare all'operazione economica usuraria e non al tipo negoziale prescelto per raggiungere il risultato, G. LA ROCCA, *L'usura sopravvenuta*, cit., spec. p. 88 s.; i risultati raggiunti dalla dottrina attuale, trovano forti ascendenze nel pensiero di coloro che, all'indomani dell'emanazione del codice Rocco, già sottolineavano l'esigenza di applicare il divieto ad altre fattispecie anche traslative: G. MESSINA, *Usura e negozio usurario*, in *Foro della Lombardia*, 1937, fasc. 7-8, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., p. 146 s. In giurisprudenza cfr., fra le altre, Cass., 22 gennaio 1997, n. 628, in *Giur. it.*, 1998, p. 926. In prospettiva storica, si veda S. CAPRIOLI, *Iniquitas rei. Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune*, I, *I casi di rescissione*, in *Annali Fac. Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia*, II, Padova, 1976, ora in ID., *Indagini sulla rescissione*, cit., p. 138 s.

⁽⁷³⁾ G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 538; e già prima A. MANNA, *La nuova legge*, cit., p. 72 ss.

⁽⁷⁴⁾ O comunque tale operazione sarebbe estremamente complicata: A. MANNA, *La nuova legge*, cit., p. 74 s., ipotizza il caso in cui il giudice si potrebbe affidare ad un perito per la determinazione della prestazione e del «saggio d'interesse» in termini monetari, sottolineando però come, se così fosse, ci si allontanerebbe dalla fattispecie concreta introducendo elementi di valutazione artificialmente creati: sul punto cfr. inoltre R. TETTI, *Profili*, cit., p. 486; G. MERUZZA, *Il contratto*, cit., p. 481; S.T. MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1345; B. CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 80 ss.; *contra*, A. RICCIO, *Le conseguenze*, cit., p. 1027 ss.

sanzionare viene raggiunto mediante l'impiego di più negozi funzionalmente collegati: abbiamo già avuto modo di evidenziare le importanti interrelazioni, ma anche le differenze, che sussistono fra usura e divieto del patto commissorio, per l'applicazione del quale il vantaggio economico potrebbe addirittura mancare, e di analizzare le conseguenze che derivano dall'illiceità della convenzione commissoria in merito al contratto di mutuo, sottolineando come la questione vada risolta essenzialmente in base all'applicazione dei principi in tema di collegamento negoziale; in particolare, era stata prospettata l'esistenza di due ipotesi aventi funzione e finalità sostanzialmente differenti: l'una essenzialmente di finanziamento e di garanzia dell'obbligazione, in cui la nullità colpiva il patto commissorio ma non il contratto di mutuo collegato; l'altra principalmente volta a consentire l'approfittamento del creditore, allorché la previsione del saggio di interessi e dei tempi di restituzione della somma configurassero una situazione molto gravosa a carico del debitore, con conseguente nullità dell'intera operazione negoziale (75). La soluzione allora prospettata sembra trovare conferma nell'attuale quadro normativo (e nella sua applicazione da parte degli interpreti), ove vengono sanzionate le situazioni di eccessivo squilibrio in relazione a circostanze concrete. Ma oltre che nelle fattispecie di garanzia in cui potenzialmente potrebbe verificarsi una situazione di abuso in danno di un soggetto «debole», una lettura particolarmente ampia del disposto dell'art. 644, 3° comma, 2° periodo, c.p., potrebbe rilevare anche nell'ipotesi di negozio solutorio, in relazione al quale tradizionalmente è esclusa ogni tutela a favore del debitore (76), non essendo possibile applicare nemmeno il rimedio rescissorio concernente esclusivamente i contratti a prestazioni corrispettive (77); corrispettività incompatibile con la funzione solutoria della dazione (78): si consi-

(75) Cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., spec. pp. 252 ss., 429 ss., 437 ss.

(76) Sul punto, per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1987, spec. p. 243 s.

(77) Cfr., fra gli altri, G. MARINI, *Rescissione (dir. vigente)*, cit., p. 969; B. CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 43 ss., spec. pp. 43, 46 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 683.

(78) Deve considerarsi ormai superata la tesi sostenuta essenzialmente in ambito germanico dal Larenz, che costruiva la figura come contratto a prestazioni corrispettive in cui, a fronte della prestazione ricevuta, il creditore rinunzierebbe al credito, essendo stato correttamente rilevato come non vi sia alcuna rinunzia, ma esattamente l'opposto,

deri l'ipotesi di *datio in solutum* in cui un soggetto trasferisca al proprio creditore (*solvendi causa*) un bene di valore notevolmente superiore all'ammontare del debito, magari per evitare il compimento di atti pregiudizievole che comporterebbero l'immediata chiusura degli «affidamenti» bancari e il conseguente precipitare di una situazione finanziaria già difficile.

Indipendentemente da tali profili, è indubbio come la legge abbia attribuito al giudice un significativo potere di controllo e di intervento sul regolamento pattizio, dall'uso del quale possono derivare rilevanti conseguenze economiche: attraverso l'accertamento dell'usurarietà del tasso di interesse, il creditore perde i vantaggi che con tutta probabilità lo avevano indotto alla stipulazione del contratto, divenendo, nella sostanza, il prestatore da oneroso, gratuito (79).

L'applicazione concreta dell'art. 1815, 2° comma c.c. nella sua nuova formulazione è comunque legata all'esistenza dei presupposti previsti per la configurabilità della fattispecie criminosa, come individuati dal novellato art. 644, 3° comma c.p. (80), presupposti fra i quali una posizione pre-

cioè a dire la realizzazione del credito — e quindi l'estinzione del rapporto obbligatorio — mediante una diversa prestazione: cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1993, spec. p. 436 ed ivi riferimenti.

(79) Cfr., fra gli altri, G. COLLURA, *La nuova legge*, cit., p. 613 ss.; A. RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione per lesione ultra dimidium?*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1038; ID., *Il contratto usurario*, cit., p. 117 s.; B. INZITARI, *Il mutuo*, cit., p. 260 s.; G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta*, cit., p. 90 ss.; *contra*, D. BUZZELLI, *Mutuo usurario*, cit., pp. 82 s., 113 s. Si tratta, nella sostanza, di un'applicazione di quella che è stata denominata *equità correttiva*, essendo il giudice chiamato ad esercitare un vero e proprio «potere di controllo» dell'autonomia privata: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit., p. 158 ed ivi riferimenti. Sulle diverse accezioni e sul differente impiego del termine *equità*, cfr. G. ALPA, *La completezza*, cit., p. 234 s.

(80) Sembra preferibile ritenere che alla luce della nuova normativa l'individuazione della fattispecie possa e debba essere compiuta sulla base della qualificazione del fatto operata dalla legge penale, essendo la sanzione (civile) della non debenza di interessi subordinata all'accertamento dei requisiti oggettivi contemplati nel 3° comma dell'art. 644 c.p. Appare tuttavia pertinente il rilievo, autorevolmente avanzato (G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., pp. 535, 539 s.), che, pur riconoscendo l'influenza della (tipica) illiceità penale sulla sanzione civile, rivendica l'«autosufficienza» della norma civilistica, sulla base della considerazione che l'unico presupposto per l'applicazione dell'art. 1815 cpv. c.c. sia la pattuizione di un interesse usurario «nella misura», indipendentemente dall'accertamento della condotta criminosa in sede penale, della quale potrebbe difettare l'elemento soggettivo costituito dal dolo; rilievo tanto più pertinente se si considera che l'efficacia della sentenza penale (di condanna o di assoluzione) nel giudizio civile, ai sensi dell'art. 654

minente assume l'individuazione del tasso soglia, la cui misura è tuttavia soggetta a continue variazioni sulla base dei parametri e secondo le modalità stabilite dall'art. 2, l. n. 108/96: di conseguenza, non solo si profila il problema della validità delle convenzioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore della nuova legge che legittimamente prevedevano un saggio d'interesse superiore a quello soglia, ma anche gli interessi pattuiti dopo la sua entrata in vigore potrebbero divenire successivamente usura-

c.p.p., concerne esclusivamente l'accertamento dei fatti materiali, senza che possa incidere sul giudizio civile un'eventuale assoluzione dell'imputato per mancanza del dolo (la giurisprudenza ritiene che, in base al nuovo c.p.p., il quale non contiene una norma analoga a quella dell'art. 25 c.p.p. del 1930, il giudicato penale è idoneo a produrre effetti preclusivi nel giudizio civile solo quando contenga un effettivo, specifico e concreto accertamento circa l'insussistenza del fatto o l'impossibilità di attribuire questo all'imputato: cfr., di recente, Cass., 30 marzo 1998, n. 3330, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2913; conf. Cass., 26 febbraio 1999, n. 1678, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, n. 414; dello stesso avviso il giudice amministrativo per quanto concerne la responsabilità contabile degli amministratori pubblici: cfr. Corte dei conti, Sez. riun., 2 dicembre 1994, n. 1010/A, in *Riv. Corte conti*, 1994, p. 83, in *Riv. giur. scuola*, 1995, p. 825; Corte dei conti, Sez. giurisdiz. Toscana, 28 dicembre 1999, n. 1516, in *Riv. Corte conti*, 1999, p. 122; sul punto, di recente, si veda l'ampia analisi di M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, spec. p. 371 ss.). Di sostanziale subordinazione della norma civilistica alla disciplina contenuta nel codice penale parla la maggior parte della dottrina: fra gli altri, E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura e i suoi diversi volti*, cit., p. 365; S.T. MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura*, cit., p. 1339; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 773; U. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 235; F. VANORIO, *op. cit.*, p. 503. Viceversa, altri ribadiscono la sostanziale autonomia della norma civile rispetto alla fattispecie penale, in quanto l'applicazione di entrambe risulta subordinata all'elemento autonomo, e ad esse sovraordinato, costituito dal tasso soglia: V. CARBONE, *Usura civile: individuato il «tasso soglia»*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 510; R. TETI, *Profili civilistici*, cit., p. 486; G. GIOIA, *Usura: nuovi ritocchi*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 817; G. MERUZZI, *Il contratto usurario*, cit., p. 479; V. PANDOLFINI, *Sopravvenuta usurarietà del tasso di interesse e tutela civilistica dell'usura: incertezze e questioni di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 964; tuttavia, va osservato come il tasso soglia sia uno degli elementi essenziali della fattispecie criminosa, previsto e richiamato dall'art. 644, 3° comma, 1° periodo, c.p.: «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari»; inoltre tale presupposto potrebbe anche non rilevare, allorché trova applicazione l'altra ipotesi in cui l'accertamento dell'usurarietà del tasso è rimesso al giudice sulla base della valutazione delle circostanze di fatto, al tasso medio praticato per operazioni similari e alle condizioni di difficoltà economica o finanziaria del mutuatario (art. 644, 3° comma, 2° periodo, c.p.). Sottolinea l'opportunità di evitare «scorrette sovrapposizioni di piani» fra normativa civile e penale, pur esistendo fra esse «punti di contatto e interferenze», G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta*, cit., pp. 46 ss., 74 ss.

ri qualora il tasso soglia si abbassasse oltre la misura contrattualmente prevista ⁽⁸¹⁾.

Dottrina e giurisprudenza si sono interessate esclusivamente della prima ipotesi, concernente i contratti conclusi anteriormente al 2 aprile 1997: tale data segna il limite temporale di efficacia della vecchia normativa, essendosi verificato in quel giorno il presupposto di cui agli artt. 2 e 3, l. n. 108/96 per l'applicazione della legge, consistente nella pubblicazione della prima rilevazione trimestrale sui tassi di mercato praticati dagli operatori bancari e finanziari, contenuta nel d.m. 22 marzo 1997 ⁽⁸²⁾.

Già nell'imminenza di tale pubblicazione, l'A.B.I., con circolare 20 marzo 1997 ⁽⁸³⁾, aveva evidenziato i problemi di applicazione della nuova normativa, problemi pressoché totalmente risolti dalla successiva emanazione del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in l. 28 febbraio 2001, n. 24 ⁽⁸⁴⁾. La richiamata circolare aveva distinto, da un lato, fra rapporti posti in essere prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo sistema e, dall'altro, fra operazioni a tasso fisso e operazioni a tasso variabile: per quanto concerne i rapporti sorti anteriormente, nell'ipotesi di operazioni a tasso fisso o a tasso indicizzato sulla base di parametri oggettivi prestabiliti, la nuova normativa doveva considerarsi inapplicabile, in virtù del

⁽⁸¹⁾ L'opinione dominante tende ad equiparare l'ipotesi di contratto concluso anteriormente all'entrata in vigore della novella a quella in cui la pattuizione sia stata stipulata in epoca posteriore, ma il saggio sia divenuto usurario successivamente alla stipula a seguito dell'abbassamento del tasso soglia: fra gli altri, V. CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. n. 108/1996*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 437; B. INZITARI, *Il mutuo*, cit., p. 261 ss.; F. VANORIO, *op. cit.*, p. 505; V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 960.

⁽⁸²⁾ Pubblicazione avvenuta in *G.U.* n. 76.

⁽⁸³⁾ Il testo della circolare si può leggere in *Sole-24 ore*, 27 marzo 1997, p. 23.

⁽⁸⁴⁾ Sul punto, cfr. *infra*, § 11. Il testo del d.l. lo si può leggere in *Guida al dir.*, 2001, n. 1, p. 84, con commento di E. SACCHETTINI, *Usura: sanatoria per i mutui a tasso fisso soglia «ancorata» alla media dei btp. Quella difficile missione del Parlamento per ridurre i tanti dubbi e le incertezze*, e in *Contratti*, 2001, p. 316, con commento di V. FARINA, *Gli interessi «usurari» alla luce del D.L. n. 394/2000 convertito in Legge n. 24/2001*. Per un sintetico ma preciso quadro della situazione anche alla luce dei numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono succeduti nel tempo cfr. C. SILVETTI, *I contratti bancari in generale*, in V. CALANDRA BONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, VI, Padova, 2001, p. 416 ss.; più ampiamente, da ultimo, G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione autentica*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio*, cit., p. 29 ss.

principio di irretroattività della norma penale di cui all'art. 2 c.p., mentre in relazione alle operazioni a tasso variabile ad iniziativa dell'intermediario, la nuova normativa veniva reputata applicabile per le variazioni da apportare dopo la sua entrata in vigore; con riferimento ai rapporti posti in essere dopo l'entrata in vigore della l. n. 108/96, invece, si sosteneva, nel caso di operazioni a tasso fisso o a tasso indicizzato sulla base di parametri oggettivi prestabiliti, la necessità di far riferimento alle condizioni patuite al momento della stipula (e non, invece, al momento della riscossione finale del credito o delle singole rate) e, in merito alle operazioni a tasso variabile ad iniziativa dell'intermediario, l'applicabilità senz'altro delle nuove disposizioni ⁽⁸⁵⁾.

La giurisprudenza, che si è occupata della questione anteriormente all'emanazione del richiamato d.l. n. 394/00, aveva fornito soluzioni differenti, legate anche alla qualificazione della natura istantanea o permanente del reato di usura e alla necessità di contemperare le esigenze del debitore con quelle del creditore-banca, in relazione al quale l'applicazione della sanzione civile della non debenza di interessi, prevista dalla nuova formulazione dell'art. 1815, 2° comma c.c., era di regola sentita come eccessivamente penalizzante ⁽⁸⁶⁾.

Così, l'opinione dominante (c.d. *teoria del tasso soglia*) riconosceva in ogni caso la debenza degli interessi nella misura massima consentita dalla nuova normativa e quindi l'applicabilità della stessa anche ai contratti in corso, sebbene con diverse sfumature: da un lato, si rilevava come, essendo la disciplina introdotta dalla l. 108/96 immediatamente applicabile anche ai contratti di mutuo stipulati prima della sua entrata in vigore (integrando la richiesta e la ricezione di interessi, divenuti usurari secondo la nuova disciplina, gli estremi del reato di usura), la clausola contrattuale, che prevedeva interessi usurari secondo i nuovi criteri era affetta da nullità

⁽⁸⁵⁾ Cfr. G. MERUZZI, *Il contratto*, cit., p. 486 ss., spec. nt. 142.

⁽⁸⁶⁾ G. MERUZZI, *Il contratto*, cit., p. 489, nt. 143. Per un'ampia e dettagliata analisi delle varie teorie, con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza, si veda D. BUZZELLI, *Mutuo usurario*, cit., p. 141 ss.; G. GIUSTI, *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 114 ss.; G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta*, cit., p. 22 ss.; V. PANDOLFINI, *Applicabilità della legge n. 108 del 1996 ai rapporti in corso, legittimità costituzionale della legge n. 24 del 2001 e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 96 ss.

parziale sopravvenuta ⁽⁸⁷⁾, con la conseguenza che doveva essere sostituita, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c., con la prescrizione legale della misura massima degli interessi consentiti e non con quanto previsto dall'art. 1815, 2° comma c.c., nella sua nuova formulazione, giacché la convenzione sugli interessi, essendo intervenuta prima della modifica legislativa, non era vietata dalla legge ⁽⁸⁸⁾; dall'altro, pur non richiamando espressamente la nullità delle clausole contenute in contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della l. 108/96, con le quali erano stati convenuti interessi in misura superiore al c.d. tasso di soglia vigente al momento della decisione, in applicazione dei criteri ermeneutici della conservazione del contratto e della buona fede, gli interessi maturati in epoca successiva alla definizione della soglia usuraria venivano ad essere ridotti al tasso massimo consentito ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ La questione della configurabilità della complessa e controversa figura della nullità parziale sopravvenuta è risalente alla fine dell'ottocento: F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, IV, Torino, 1889, p. 629 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, I, Torino, 1930, pp. 264 ss.; in tempi più recenti cfr., fra gli altri, C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755 ss.; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 368; F. FERRO-LUZZI, *Prologomeni in tema di «validità sopravvenuta» (considerazioni a margine delle modifiche al Testo Unico Bancario in tema di anatocismo)*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 881 ss., anche se con differente angolo di visuale; e, da ultimo, anche con specifico riferimento all'argomento che ci occupa, A. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 628 ss., spec. p. 634 ss., ed ivi ampi riferimenti.

⁽⁸⁸⁾ Trib. Campobasso, 3 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, c. 333, con nota di A. PALMIERI, *Ascesa (giurisprudenziale) e declino (per decreto) dell'usurarietà sopravvenuta*, Trib. Firenze, 10 giugno 1998 (ord.), in *Corr. giur.*, 1998, p. 805, con nota di G. GIOIA, *Usura: nuovi ritocchi*, cit., in *Giur. it.*, 1999, p. 528, con osservazioni di G. PENGUE; in senso sostanzialmente conforme Trib. Milano, 28 giugno 2000 (ord.), in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 110, con nota di G. GIUSTI, *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, cit.

⁽⁸⁹⁾ Trib. Velletri, 30 aprile 1998 (ord.), in *Foro it.*, 1998, I, c. 1607, con osservazioni di M. GRANIERI e nota di A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato?*, in precedenza, Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, *ibidem*, e in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 510, con note di U. MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e ... usurario sopravvenuto*, e di P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente alla entrata in vigore della l. n. 108 del 1996*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 192, con nota di G. GIOIA, *Interessi usurari: rapporto in corso e ius superveniens*; conf., Trib. Cagliari, 4 febbraio 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2000, p. 431, con nota di C. CHESSA, *A proposito dell'efficacia temporale delle nuove disposizioni in materia di usura*, Trib. Avellino, 12 aprile 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 916, con nota di G. LANDOLFI,

Altra concezione (c.d. *teoria rigorista*) riteneva la novella immediatamente ed integralmente applicabile ai contratti in corso, con la conseguenza che l'usurarietà sopravvenuta comportava l'applicazione dell'art. 1815, 2° comma c.c. nella sua nuova formulazione e quindi la non debenza di interessi; essa ha trovato scarsissimo seguito: l'unica decisione che sembrerebbe nella parte motiva accogliere tale principio, ne stempera poi le conseguenze, riconoscendo la debenza degli interessi nella misura legale ⁽⁹⁰⁾.

A conclusioni opposte (c.d. *teoria garantista*) pervenivano coloro che sostenevano in ogni caso il carattere non usurario dei tassi pattuiti anteriormente al 2 aprile 1997, non possedendo le nuove norme alcuna efficacia retroattiva: il debitore era quindi tenuto alla corresponsione degli interessi nella misura convenzionalmente stabilita anche se questa risultava superiore al tasso soglia ⁽⁹¹⁾.

Brevi note in tema di interessi usurari «sopravenuti» ai sensi della legge n. 108 del 1996; Trib. Roma, 22 giugno 2000, in *Foro it.*, 2001, I, c. 333, con nota di A. PALMIERI, *Ascesa (giurisprudenziale) e declino (per decreto) dell'usurarietà sopravvenuta*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1607, con osservazioni di M. GRANIERI e nota di A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato?*, cit., in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 516, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435, con nota critica di V. CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. n. 108/1996*, cit., e criticata da U. MORERA, *op. cit.*, p. 418: secondo tale pronuncia è nulla la clausola, contenuta in un contratto di leasing stipulato anteriormente alla entrata in vigore della l. 108/96, con la quale sia stata pattuita a carico dell'utilizzatore la corresponsione di interessi in misura superiore al c.d. tasso di soglia vigente al momento della decisione e da considerare, pertanto, usurari; ne consegue che, sulle somme oggetto del finanziamento, gli interessi vanno riconosciuti nella misura legale.

⁽⁹¹⁾ Trib. Perugia, 9 dicembre 1998 (ord.), in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 739, con osservazioni di A. SASSI; Trib. Roma, 4 giugno 1998 (ord.), in *Foro it.*, 1998, I, c. 2557, con nota di A. PALMIERI, *Appunti sulla valutazione del carattere usurario degli interessi tra norme imperative, sanzioni e ragioni economiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 502, in *Corr. giur.*, 1998, p. 806, secondo il quale non hanno carattere usurario gli interessi pattuiti in un contratto di mutuo stipulato anteriormente alla entrata in vigore della l. n. 108/96, ancorché il tasso convenuto risulti superiore a quello di soglia vigente al momento della restituzione del prestito; ne consegue che: a) l'obbligazione di corrispondere gli interessi non è soggetta ad estinzione per sopravvenuta impossibilità giuridica dell'oggetto della prestazione; b) il contratto non può considerarsi affetto da nullità parziale o suscettibile di integrazione per contrasto con successive norme imperative; e Trib. Lodi, 30 marzo 1998, *ibidem*, p. 810, che sostiene il carattere non usurario dei tassi di interesse concordati in un contratto di mutuo stipulato anteriormente alla entrata in vigore della l. 108/96, se in linea con quelli praticati da tutti gli istituti di credito; nel medesimo senso, cfr.

9. — Nel quadro di incertezza ora delineato, in cui i giudici di merito avevano optato per soluzioni sostanzialmente differenti, interveniva la Cassazione con tre importanti ed uniformi pronunce in cui si affermava il potere del giudice di incidere in maniera sostanziale sul regolamento autonomo, anche se stipulato anteriormente al 2 aprile 1997 ⁽⁹²⁾, sul presupposto che la nuova normativa, sebbene non retroattiva, fosse di immediata applicazione ai rapporti non esauriti, limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso ⁽⁹³⁾.

Trib. Torino, 27 novembre 1998, *ivi*, 1999, p. 454; Trib. Roma, 10 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 343. Per l'irretroattività delle nuove disposizioni, cfr. anche Trib. Salerno, 27 luglio 1998, in *Contratti*, 1999, p. 589, con nota di R. ZORZOLI, *Interessi usurari e mutui stipulati anteriormente alla legge 108/1996*.

⁽⁹²⁾ Data in cui, come rilevato (*retro*, § 8), è divenuta efficace la l. n. 108/96.

⁽⁹³⁾ Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126 (Sez. III, est. Lucertini), Cass., 22 aprile 2000, n. 5286 (Sez. I, est. Verucchi), Cass., 17 novembre 2000, n. 14899 (Sez. I, est. Verucchi), tutte in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 620, con nota di A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/96*; Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126 e Cass., 22 aprile 2000, n. 5286 si possono leggere anche in *Contratti*, 2000, p. 685, con nota di A. MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*; Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, si può leggere anche in *Riv. not.*, 2000, II, p. 1445, con nota di F.M. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, cit., e in *Guida al dir.*, 2000, n. 17, p. 52, con nota di P. MORESCHINI, *La banca non può riscuotere interessi «usurari» anche se concordati prima della nuova legge. Al momento della ricezione del denaro deve essere sempre rispettato il tasso-soglia*, ed è commentata da G. BISCONTINI, *Conversione legale e rapporti usurari: a proposito di una recente giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 518 ss.; Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, si può leggere anche in *Guida al dir.*, 2000, n. 44, p. 39, con nota E. SACCHETTINI, *Banche: può essere rilevata d'ufficio dal giudice la nullità degli interessi sui mutui non esauriti. Il rischio di dover restituire le somme incassate potrebbe far saltare l'intero sistema creditizio*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 133, 678 (s.m.), con nota di GIUS. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Vita not.*, 2001, p. 292, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 71 con nota di V. PANDOLFINI, *Applicabilità della legge n. 108 del 1996 ai rapporti in corso, legittimità costituzionale della legge n. 24 del 2001 e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, cit., e di A. NIUTTA e P. JOVINO, *Ancora sulla nullità degli interessi «usurari» nei mutui stipulati prima della L. n. 108/1996*, e commentata da A. NERVI, *L'impatto della legge n. 108/1996 sui preesistenti contratti di mutuo: fra diritti acquisiti, nullità sopravvenuta e regolamentazione del mercato creditizio*, *ibidem*, I, p. 299 ss. Il problema di attribuire valenza, non solo al momento costitutivo del rapporto, ma anche alla fase esecutiva di esso ha ascendenze antiche: già Bartolo, a proposito della rescissione dei contratti «a tratto successivo», sottolineava come, protraendosi la loro esecuzione nel tempo, fosse equo, al fine di accertare la sussistenza della lesione, aver riguardo sia al momento della stipula del contratto, sia a quello in cui esso riceveva esecuzione: sul punto, E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, cit., p. 43 s., ed *ivi* riferimenti, oltre che agli scritti del grande Maestro dello *Studium Perusinum* (*Opera omnia*,

Gli interventi del giudice di legittimità ora richiamati si innestavano nel solco tracciato qualche tempo prima in tema di anatocismo dallo stesso giudice, il quale aveva ritenuto illegittima la prassi bancaria di elevare interessi passivi nei confronti dei clienti con capitalizzazione trimestrale, ribaltando il proprio precedente consolidato orientamento⁽⁹⁴⁾.

Venetis, 1590, ad l. 11 § 5, D. 39, 4), anche a quelli del Mantica (*De tacitis et ambiguis*, cit., lib. III, tit. XV, n. 25).

Cass., 2 aprile 2000, n. 5286, cit., si è occupata anche del problema dell'applicabilità della nuova normativa antiusura agli interessi moratori, risolvendolo in senso affermativo, sul presupposto che la legge non pone alcun limite in tal senso (conf. Trib. Campobasso, 3 ottobre 2000, cit.; Trib. Roma, 10 luglio 1998, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1022). Di contrario avviso la dottrina dominante, che ha posto l'attenzione sulla diversità di funzione fra l'interesse corrispettivo e il moratorio, il quale ultimo trova la sua causa nell'inadempimento e nel danno ad esso conseguente (cfr. V. CARBONE, *Usura civile*, cit., p. 508; G. OPPO, *Lo «squilibrio»*, cit., p. 534; F.M. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1455 s.; *contra*, da ultimo, D. BUZZELLI, *Mutuo usurario*, cit., p. 161 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario*, cit., p. 119 ss.); orientamento, questo, che appare condivisibile anche alla luce dell'opportunità di scoraggiare qualsiasi ritardo nell'adempimento delle obbligazioni e, in particolare, delle obbligazioni pecuniarie, opportunità sentita anche a livello europeo: il d.lgs. n. 231/02, emanato in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, si propone di sanzionare i termini contrattuali eccessivi e i ritardi di pagamento, che sono visti come un ostacolo sempre più grave al buon funzionamento del mercato unico (cfr. *retro*, nt. 58); certamente il legislatore, in attuazione della richiamata direttiva, poteva escludere espressamente l'applicabilità della l. n. 108/96 agli interessi moratori.

Del resto, l'interesse moratorio è sempre stato trattato in maniera difforme dal compensativo: anche nel medioevo, ove come è noto il prestito ad interessi era vietato, moralisti e glossatori ritenevano che l'obbligo per il debitore inadempiente di corrispondere gli interessi di mora non contrastasse con il divieto delle *usurae*, avendo tale obbligo la sua *causa naturalis* nell'inadempimento e collocandosi quindi su un piano del tutto diverso e svincolato (perfettamente *compossibile*) da quello in cui operava il richiamato divieto: così U. SANTARELLI, *Società commerciali, credito e mercatura*, in AA.VV., *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo, 1992, p. 92, nt. 5; A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione*, cit., p. 66 s.; ID., *Interessi permanenti*, cit., p. 51 ss.; concetti ribaditi dalla dottrina, ad esempio, anche alla fine del XIX secolo: E. CIMBALI, *Sulla prescrizione degli interessi moratori*, in ID., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, cit., p. 526 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, e Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, entrambe in *Corr. giur.*, 1999, p. 561, con nota di V. CARBONE, *Anatocismo ed usi bancari: la Cassazione ci ripensa*; Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, si può leggere anche in *Contratti*, 1999, p. 437, con nota di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un «revirement» della Cassazione?*, conf., in tema di interessi moratori, Cass., 17 aprile 1999, n. 3845, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1429, e da ultimo, nell'appalto, Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, n. 9653, in *Danno e resp.*, 2002, p. 135, con nota di M. ROSSETTI, *Criteri di computo degli interessi moratori in caso di ritardato pagamento delle somme spettanti all'appaltatore*. L'orientamento precedente riteneva la legittimità dell'ap-

Tali pronunce sono di sicuro interesse anche ai fini dell'attuale indagine, confermando la tendenza, manifestatasi negli ultimi tempi, volta a

plicazione di interessi anatocistici e della capitalizzazione trimestrale, rappresentando un uso costante nella prassi bancaria (fra le altre, Cass., 18 dicembre 1998, n. 12675, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, n. 2610, sebbene implicitamente; Cass., 17 aprile 1997, n. 3296, *ivi*, 1997, n. 526; Cass., 20 giugno 1992, n. 7571, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 358; Cass., 30 maggio 1989, n. 2644, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3127; Cass., 5 giugno 1987, n. 4920, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, p. 578; App. Torino, 14 giugno 1996, *ivi*, 1997, II, p. 136; App. Cagliari, 8 maggio 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1987, p. 659; Trib. Grosseto, 13 febbraio 1996, in *Toscana giur.*, 1996, p. 671; Trib. Milano, 2 dicembre 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 358; Trib. Milano, 27 febbraio 1992, *ivi*, 1993, II, p. 191; Trib. Torino, 22 gennaio 1987, *ivi*, 1989, II, p. 91; *contra*, Trib. Monza, 23 febbraio 1999, in *Contratti*, 1999, p. 440, con nota di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un «revirement» della Cassazione?*, cit., e in *Corr. giur.*, 1999, p. 565, con nota di V. CARBONE, *Anatocismo ed usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, cit.; Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2997; Trib. Vercelli, 21 luglio 1994, *ivi*, 1995, I, c. 1662, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 408, con nota di B. INZITARI, *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto d'anatocismo ex art. 1283 c.c.*, poi riformata da App. Torino, 14 giugno 1996, cit.; sull'inapplicabilità degli usi bancari al consumo, cfr. Pret. Bologna, 26 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1680; dopo gli interventi della S.C., per l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale, App. Lecce, 22 ottobre 2001, in *Contratti*, 2002, p. 367, con nota di A.C. VACCARO BELLUSCIO e C. PIANA, *Interessi «a caso piazzati», anatocismo trimestrale e commissione di massimo scoperto*; tanto più che l'esistenza del requisito della forma scritta previsto dall'art. 1284 c.c. per la determinazione del saggio di interessi superiore alla misura legale si riteneva essere soddisfatto anche *per relationem*: cfr., di recente, Cass., 21 novembre 2000, n. 15024, in *Guida al dir.*, 2001, n. 4, p. 76 (s.m.); Cass., 11 agosto 1998, n. 7881, in *Giur. it.*, 1999, p. 996; Cass., 23 giugno 1998, n. 6247, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 508; Cass., 10 novembre 1997, n. 11042, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, n. 2118; Cass., 29 novembre 1996, n. 10657, in *Danno e resp.*, 1997, p. 389; Cass., 18 maggio 1996, n. 4605, in *Contratti*, 1997, p. 37, con nota di A. FONDRIESCHI, *Conto corrente bancario e tassi di interesse*; Trib. Trani, 27 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2566; Trib. Milano, 30 giugno 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 680; è comunque esclusa la natura vessatoria della clausola che prevede interessi ultralegali: da ultimo, Cass., 23 novembre 2001, n. 14912, *Contratti*, 2002, p. 329, con nota di A. ADDANTE, *Patruizione di interessi ultralegali e vessatorietà ex art. 1341 c.c.* Per un'ampia disamina del problema, A. RICCIO, *È, dunque, illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi praticata dalle banche sulle somme prestate al cliente*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 317 ss.; più in generale, anche in relazione ai principi di trasparenza bancaria e al requisito di forma, rimangono fondamentali le osservazioni di A. DI MAJO, *Forma del tasso ultralegale di interessi nei rapporti bancari*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., p. 121 ss., spec. p. 128 ss.; sulla *ratio* del disposto di cui all'art. 1284, 3° comma, c.c. cfr. P. TARTAGLIA, *La forma del patto di interessi in misura ultralegale*, *ivi*, p. 785 ss.

Del resto, esiste una lunga tradizione contraria all'anatocismo anche nel diritto romano postclassico, che pure sancì definitivamente la possibilità del ricorso al prestito ad interessi prevedendo addirittura deroghe al principio di gratuità del mutuo (cfr. *infra*, nt. 130), ove risulta applicato con rigore il divieto di cumulo di interessi: per tutti, V. GIUF-

consentire un sempre più penetrante controllo da parte del giudice sul regolamento autonomo, al fine di evitare squilibri negoziali in danno di soggetti considerati meritevoli di tutela: la prassi della capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti a debito del cliente era in uso da quasi cinquant'anni⁽⁹⁵⁾. Una posizione preminente ha assunto nel ragionamento della S.C. il riferimento al fenomeno usurario, inteso in senso lato, e alla prevenzione dello stesso, anche alla luce degli ultimi interventi del compilatore⁽⁹⁶⁾. Significativo, in particolare, risulta il richiamo

FRÈ, *Mutuo (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 438, ed ivi riferimenti; divieto ribadito anche in testi dell'alto medioevo, come le cc.dd. *Exceptionis Petri* (fatte risalire al periodo della Scuola bolognese, ma in realtà formate dalla fusione di due opere ben più antiche, note come il *Libro di Ashburnham* e il *Libro di Tubinga*), che escludevano il cumulo di interessi: cfr. P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirmeriano*, Bologna, 1933, p. 256.

⁽⁹⁵⁾ Essa era stata prevista per la prima volta dalle n.b.u. predisposte dall'A.B.I. in materia di conto corrente di corrispondenza e servizi connessi con effetto dal 1 gennaio 1952; per un ampio esame degli usi bancari in tema di anatocismo, B. INZITARI, *Il mutuo*, cit., p. 272 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Dell'anatocismo; del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 201 ss.; sul problema della validità delle n.b.u. e delle convenzioni stipulate fra banche e clienti che le recepiscono in relazione alla disciplina antitrust in materia di concorrenza di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato CE, si veda, di recente, App. Torino, 27 ottobre 1998, Trib. Torino, 16 ottobre 1997 e Trib. Milano, 25 maggio 2000, tutte in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 87, con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti «a valle» per contrasto delle «norme bancarie uniformi» con la disciplina antitrust*; e, in precedenza, Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449, con nota di A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*; Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, p. 152, con nota di GIOV. TUCCI, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 212, con nota di G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle «norme bancarie uniformi»*, e commentata da A. BORTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui «contratti a valle»: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, ivi, 1997, IV, c. 345 ss.; Banca d'Italia, provv. 3 dicembre 1994, n. 12, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 393, con nota di N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*; in dottrina, fra gli altri, L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, p. 98 ss.; ID., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1997, p. 415 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, spec. p. 79 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento*, cit., p. 52 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. la più volte richiamata l. n. 108/96, contenente disposizioni contro l'usura e la l. 17 febbraio 1992, n. 154 (*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*), la quale ultima vietava le clausole contrattuali di rinvio agli usi (art. 4, 3° comma): la previsione, abrogata dal d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), è stata in esso trasfusa (art. 117, 6° comma).

alla natura imperativa e al carattere eccezionale del disposto dell'art. 1283 c.c., nonché alla finalità della norma, individuata nell'attenzione ai fenomeni d'abuso, attenzione testimoniata anche dalla valenza attribuita alla volontà del debitore, il quale può consentire alla stipula dell'apposita convenzione soltanto in un momento successivo alla scadenza degli interessi, cioè a dire quando è in grado di conoscere i maggiori costi derivanti dal protrarsi del suo inadempimento e l'esatto ammontare del debito⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁷⁾ In Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, cit., si legge, fra l'altro: «Le finalità della norma sono state identificate, da una parte, nella esigenza di prevenire il pericolo di fenomeni usurari, e, dall'altra, nell'intento di consentire al debitore di rendersi conto del rischio dei maggiori costi che comporta il protrarsi dell'inadempimento (onere della domanda giudiziale) e, comunque, di calcolare, al momento di sottoscrivere l'apposita convenzione, l'esatto ammontare del suo debito. Richiedendo che l'apposita convenzione sia successiva alla scadenza degli interessi, il legislatore mira anche ad evitare che l'accettazione della clausola anatocistica possa essere utilizzata come condizione che il debitore deve necessariamente accettare per poter accedere al credito» (ciò, del resto, in linea con le modifiche introdotte in tema di fideiussione *omnibus* dalla l. n. 154/92, art. 10, che prevede l'invalidità della rinuncia preventiva del fideiussore ad avvalersi della liberazione di cui all'art. 1956 c.c. e sulle quali ci permettiamo di rinviare alle nostre *Note in tema di fideiussione omnibus*, cit., p. 382 ss.). «Finalità, va anche detto» — prosegue la sentenza — «che lungi dall'apparire anacronistiche, per quanto riguarda gli intenti antiusurari, sono di grandissima attualità, perché la lotta all'usura ha trovato in tempi recenti nuove motivazioni e nuovi impulsi e ha portato all'approvazione della l. 7 marzo 1996, n. 108».

In tale quadro, venutosi a delineare con il mutamento di rotta della giurisprudenza di legittimità, aveva ritenuto di intervenire il legislatore, sulla spinta dell'ABI fortemente preoccupata dal possibile innesto di un vasto contenzioso sul punto: con l'art. 25, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 432, veniva modificato l'art. 120 del richiamato d.lgs. n. 385/93, demandando al CICR di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi e facendo salvi gli effetti delle clausole contenute nei contratti stipulati sino alla emanazione del prescritto regolamento (art. 120, ult. comma, d.lgs. n. 385/93, come novellato dall'art. 25, d.lgs. n. 432/99): per un commento alla normativa, F. FERRO-LUZZI, *Prologomeni in tema di «validità sopravvenuta»*, cit., 879 ss., S. RIZZINI BISINELLI, *Le novità in tema di raccolta del risparmio, mutui fondiari e anatocismo*, in *Contratti*, 1999, p. 1140 ss. La deliberazione CICR (*Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio di attività bancaria e finanziaria*) veniva emanata in data 9 febbraio 2000 e pubblicata in *G.U.*, 22 febbraio 2000, n. 43, *Serie gen.* (la deliberazione si può leggere anche in *Contratti*, 2000, p. 281). Le disposizioni in essa contemplate facevano comunque riferimento quasi sempre alle modalità e ai criteri di determinazione contenuti nei singoli contratti; per i contratti in corso si prevedeva l'adeguamento alla deliberazione entro il 30 giugno 2000, con effetti dal 1 luglio (art. 7). La disposizione, come si vedrà (*infra*, nt. 117), ha sollevato forti dubbi di legittimità costituzionale ed è stata rimessa dinanzi alla Consulta che ne ha dichiarato l'incostituzionalità. Per un quadro analitico del fenomeno anatocistico e degli interventi giurisprudenziali e legislativi che si

Ma è sicuramente con le pronunce in tema di applicabilità della nuova normativa antiusura a tutti i contratti di mutuo che non avevano ancora esaurito i propri effetti, che la Cassazione ha sancito la preminenza del controllo eteronomo sulla volontà delle parti precedentemente espressa: in più passi delle parti motivate si è sottolineata la presenza, nell'ambito della fattispecie analizzata, di un concorso fra «autoregolamentazione pattizia» ed «eteroregolamentazione normativa», concorso che dev'essere risolto a favore di quest'ultima, «dovendosi tener conto del maggior spessore della eteroregolamentazione nell'ambito della contrapposizione tra autonomia contrattuale ed imperatività della norma»⁽⁹⁸⁾.

Attraverso il ricorso all'*integrazione*, il contenuto contrattuale, stabilito dalle parti mediante previsioni perfettamente lecite al momento della loro stipulazione, veniva quindi ad essere completamente stravolto dall'intervento successivo del giudice, il quale, per il perdurare dell'obbligazione di corrispondere, oltre la somma capitale (c.d. «sorte»), anche gli interessi, doveva appurare se sussistesse o meno la nullità (sopravvenuta) della clausola pattizia, correlando il tasso di interessi convenuto alla nuova

sono succeduti nel tempo, P. PISANI, *In tema di anatocismo bancario*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio*, cit., p. 253 ss.; A. RICCIO, *L'anatocismo*, Padova, 2002, 364 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., riprendendo e sviluppando concetti già espressi dalle precedenti Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, cit., e Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126, cit., afferma: «Premesso che una pattuizione di interessi intervenuta prima dell'entrata in vigore della l. 108/96 non può, stante il principio dell'art. 25, 2° comma cost., essere ritenuta penalmente rilevante sol perché detti interessi risultino superiori alla soglia fissata, questa Corte ha osservato che, pur dovendosi ritenere in via di principio che il giudizio di validità vada condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto, tuttavia, verificandosi un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed eteroregolamentazione normativa, diviene insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419, 2° comma, c.c. all'antioriorità della legge rispetto al contratto, perché l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni non ancora eseguite, in tutto od in parte». Precisa poi la Corte «con riferimento allo specifico tema del contratto di mutuo, che merita di essere condito l'orientamento dottrinario secondo cui l'ampia dizione degli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c. consente non solo la sostituzione automatica di clausole con altre volute dall'ordinamento, ma anche la semplice eliminazione di clausole nulle senza alcuna sostituzione, dovendosi tener conto del maggior spessore della eteroregolamentazione nell'ambito della contrapposizione tra autonomia contrattuale ed imperatività della norma». Di vera e propria sostituzione della volontà delle parti nelle pattuizioni intercorse fra banche e clienti parla F. GAMBINO, *I mutui usurari tra logica interpretativa ed analisi economica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 644.

normativa. Tale potere di intervento, come si è fatto cenno e come si analizzerà approfonditamente tra breve, è venuto meno a seguito dell'emanazione del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394⁽⁹⁹⁾.

10. — L'intervento della Cassazione in ordine all'applicazione della l. n. 108/96 anche ai contratti preesistenti alla sua entrata in vigore ma ancora in corso di esecuzione assume notevole valenza anche sotto altro profilo, cui però non sembra si sia dato il giusto risalto: intendiamo riferirci all'annosa questione della rilevabilità d'ufficio della nullità in relazione alla corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

Secondo la prevalente giurisprudenza, l'assunto contenuto nell'ultima parte dell'art. 1421 c.c., che consente la rilevabilità d'ufficio della nullità di una convenzione, trova un importante temperamento nel principio di cui agli artt. 99 e 112 del codice di rito (c.d. *principio dispositivo*), con due ordini di conseguenze: la nullità non può essere rilevata sulla base di motivazioni differenti da quelle addotte dalla parte⁽¹⁰⁰⁾; la rilevabilità d'ufficio è circoscritta al solo caso in cui si agisca per l'esecuzione del negozio nullo, con esclusione delle ipotesi in cui si domandi l'annullamento, la rescissione o la risoluzione⁽¹⁰¹⁾. Viceversa, la dottrina dominante corretta-

⁽⁹⁹⁾ Sul quale si veda *infra*, § 11.

⁽¹⁰⁰⁾ Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Giur. it.*, 2000, p. 907, in *Contratti*, 2000, p. 547, con nota di U. CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*; Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, n. 488; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1378, *ibidem*, n. 435; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *ibidem*, n. 29; Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, c. 715; Cass., 7 aprile 1995, n. 4064, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 208; Cass., 9 gennaio 1993, n. 141, *ivi*, 1993, voce *cit.*, n. 171; Cass., 20 agosto 1992, n. 9711, *ivi*, 1992, voce *Lavoro (controversie individuali)*, n. 159; Cass., 15 febbraio 1991, n. 1589, *ivi*, 1991, voce *Procedimento civile*, n. 38; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7402, *ivi*, 1986, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 134; Cass., 29 novembre 1985, n. 5958, *ivi*, 1985, voce *cit.*, n. 114; Cass., 24 gennaio 1984, n. 596, *ivi*, 1984, voce *cit.*, n. 127; Cass., 8 ottobre 1981, n. 5294, *ivi*, 1981, voce *cit.*, n. 219.

⁽¹⁰¹⁾ Fra le altre, Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, cit.; Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, c. 611; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, e Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, entrambe *ivi*, 1989, I, c. 1936, con nota di G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*; Cass., 23 febbraio 1987, n. 1903, in *Rep. Giust. civ.*, 1987, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 194; Cass., 12 ottobre 1985, n. 4955, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 719; Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 175; Cass., 23 aprile 1981, 2413, *ivi*, 1981, voce *cit.*, n. 220; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1907, con osservazioni di A. PROTO PISA-

mente ha osservato come le pronunce di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto presuppongano necessariamente la validità e l'efficacia del contratto stesso, fondandosi la pretesa sul titolo negoziale ⁽¹⁰²⁾.

Nel quadro ora delineato si innesta la sentenza della S.C. n. 14899 del 2000, in precedenza richiamata, la quale, pur attribuendo valenza in via generale all'orientamento consolidato, dà ingresso alla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità anche nell'ipotesi di domanda volta ad ottenere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, sul presupposto che, per il tramite di tale domanda, era stata in realtà contestata l'esecuzione del contratto, soprattutto con riferimento alla pattuizione degli interessi ⁽¹⁰³⁾. Il giudice di legittimità si è quindi reso

NI, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 633, *ivi*, 1971, I, c. 742, con nota di N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 444, con nota di F. AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, p. 22. *Contra*, Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 169; Trib. S. Remo, 13 dicembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1401; a conclusioni sostanzialmente difformi perviene anche Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2459, con nota di G. VIDIRI, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 120, con nota di G. DE FAZIO, *Cause d'impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*.

⁽¹⁰²⁾ N. IRTI, *Risoluzione*, cit., c. 742 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 628 s.; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 276 ss. *Contra*, G. FILANTI, *Nullità I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 10. Sul punto, cfr. anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 528 ss., e, di recente, l'ampia analisi di S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 237 ss., il quale sottolinea l'utilità di applicare, nel caso di specie, il disposto dell'art. 183, 2° comma c.p.c., che consente al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (spec. p. 280 ss.): abbiamo già avuto modo di rilevare come l'assunto sia di difficile applicazione pratica, poiché, sovente, il giudice analizza nel dettaglio la controversia soltanto al momento in cui la stessa viene trattata per la decisione (A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 427, nt. 790). Un quadro in chiave critica, con particolare riferimento alla disciplina della locazione, degli interventi giurisprudenziali è stato da ultimo delineato da G. GABRIELLI, *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 29 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., secondo la quale «è fuor di dubbio che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto o di una clausola di esso, ai sensi dell'art. 1421 c.c., vada coordinato con il principio della domanda ex artt. 99 e 112 c.p.c. (tra le ultime Cass. 123/00 e 1811/99): nel caso di specie, tuttavia, la corte falsamente non ha fatto buon governo di tale principio, essendo evidente che, per il tramite della domanda principale di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, era stata contestata l'esecuzione del contratto, soprattutto con riferimento

conto delle conseguenze cui avrebbe portato nella fattispecie concreta oggetto di controversia un'applicazione rigida dei principi in precedenza accolti, cioè a dire alla reiezione della domanda per il solo fatto che la parte «danneggiata» dalla pattuizione potenzialmente usuraria (o meglio il suo difensore) avesse richiesto la risoluzione del contratto senza prospettarne la nullità: egli ha compiuto un'operazione *integrativa* della domanda proposta, affermando che dalla stessa potesse implicitamente ricavarci la volontà (processualmente rilevante) di contestare l'efficacia, e quindi l'esecuzione del contratto ⁽¹⁰⁴⁾.

Il notevole sforzo «ermeneutico» ed «integrativo» compiuto dalla Cassazione dimostra come la conclusione cui perviene la giurisprudenza non appaia soddisfacente, né sotto il profilo logico-giuridico, né sotto quello dei risultati pratici che ne derivano, come abbiamo avuto modo di rilevare anche in altre occasioni ⁽¹⁰⁵⁾.

Relativamente al primo aspetto, va osservato come la tesi si scontri irrimediabilmente sia con il dato normativo, che non prevede limitazioni di sorta, sia con il principio secondo il quale il contratto nullo non pro-

alla pattuizione degli interessi, tant'è che la stessa corte territoriale non ha posto in discussione tale aspetto, limitandosi a rilevare che occorre indagare sul carattere usurario degli interessi (in particolare, sullo stato di bisogno dell'obbligato e sul consapevole sfruttamento di detto stato da parte della banca), perché non poteva trovare applicazione la novella del 1996 in tema di usura, il contratto essendo del 1993». Attribuisce il giusto risalto e coglie la portata realmente innovativa dei principi enunciati dalla S.C. V. PANDOLFINI, *Applicabilità*, cit., p. 115 ss., spec. p. 121 s.

⁽¹⁰⁴⁾ È pacifico in giurisprudenza che il giudice non può limitarsi ad un'analisi superficiale e letterale della domanda, ma deve procedere all'«interpretazione» della stessa, al fine di individuare, per quanto possibile, la effettiva volontà della parte, con la conseguenza che l'esatto contenuto della domanda stessa può essere implicitamente o indirettamente desunto dal complesso delle argomentazioni difensive della parte e dal tenore dell'atto introduttivo: cfr., fra le tante, Cass., 5 luglio 2001, n. 9058, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, n. 1331; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2908, *ibidem*, n. 339; Cass., 18 dicembre 2000, n. 15907, *ivi*, 2000, n. 2615; Cass., 28 gennaio 2000, n. 961, *ibidem*, n. 162; Cass., 22 ottobre 1999, n. 11861, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p. 75; Cass., 29 settembre 1995, n. 10272, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1997, p. 327, con nota di R. TRIOLA, *Due questioni in tema di prelazione agraria*, Cass., Sez. lav., 20 aprile 1990, n. 3289, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 320; Cass., Sez. lav., 24 marzo 1987, n. 2857, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 3. Per la giurisprudenza umbra, cfr. Trib. Spoleto, 3 aprile 1997 (n. 87) e Id., 18 gennaio 1997 (n. 11), entrambe inedite (est. Sassi).

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 426 ss.

duce effetti, salvo i peculiari e specifici casi previsti dalla legge ⁽¹⁰⁶⁾; al contrario, ritenendo esatto l'assunto giurisprudenziale, si dovrebbe concludere che, nel caso di specie, il contratto sia produttivo di effetti, i quali, attraverso la pronuncia di annullamento, rescissione o risoluzione, vengono rimossi, o, addirittura, soltanto parzialmente rimossi nell'ipotesi di contratti di durata, ove lo scioglimento non si estende alle prestazioni già eseguite (art. 1458 c.c.).

Sul piano pratico, poi, si rischia di giungere a risultati paradossali, in quanto la tutela approntata dal sistema si rivelerebbe parziale ed insufficiente; si commina la nullità di un regolamento pattizio, magari perché contrario a una norma imperativa dettata a tutela di un determinato interesse (come nella fattispecie del contratto usurario che ci occupa ⁽¹⁰⁷⁾), e poi si limita il potere del giudice di rilevare la nullità e sanzionare il regolamento stesso. Si prenda ad esempio il caso di alienazione commissoria che assuma le vesti di un lease-back: qualora il *lessor* convenga in giudizio l'utilizzatore per ottenere la risoluzione del contratto e la restituzione della cosa, il giudice deve accogliere la domanda nel caso in cui non venga formalmente eccepita la nullità, o l'utilizzatore rimanga contumace, anche se appaia del tutto evidente l'invalidità della convenzione per contrasto con la proibizione di legge.

È quindi palese il controsenso in cui la giurisprudenza cade allorché tende ad estendere in misura sempre crescente l'ambito del proprio intervento sul regolamento pattizio anche mediante l'impiego di norme imperative, ma poi, in applicazione dei principi esposti, si vede costretta a limitare la sua funzione di controllo della legalità del regolamento medesimo e della tutelabilità dell'interesse da esso espresso rispetto ai valori formali e sostanziali del sistema ⁽¹⁰⁸⁾. In tal modo, si viene a privare di efficacia l'istituto che individua il momento di maggiore e «più insanabile» incompatibilità fra regolamento pattizio e sistema positivo ⁽¹⁰⁹⁾, ritenen-

⁽¹⁰⁶⁾ Si vedano, fra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, 2ª ed., Torino, rist. 1955, p. 475; R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 888 s.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 632 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Individua in tale ipotesi il fine della nullità nella tutela del «contraente debole» E. QUADRI, *«Nullità» e tutela*, cit., p. 1190 s.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 880.

⁽¹⁰⁹⁾ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 60.

do, in sostanza, che l'illiceità di una stipulazione è legata all'attività, o meglio all'inattività, processuale delle parti e al limite delle domande proposte nel processo. Del resto, la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto in tutte le ipotesi in cui lo stesso venga fatto valere in giudizio, non si scontra con il principio dettato dall'art. 112 del codice di rito, che limita la corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato alle sole eccezioni proponibili dalle parti, avendo il legislatore riservato soltanto a queste il potere di prospettare in giudizio, in determinate situazioni, l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto che si assume violato ⁽¹¹⁰⁾.

11. — Come in precedenza accennato, il potere di intervento eteronomo sul regolamento pattizio, che aveva assunto una notevole portata a seguito delle pronunce del giudice di legittimità in tema di applicabilità della l. n. 108/96 ai contratti che non avessero esaurito i propri effetti ⁽¹¹¹⁾, ha subito un fortissimo ridimensionamento con l'emanazione del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394. Con tale provvedimento il Governo, fortemente preoccupato dei riflessi sul sistema creditizio dell'orientamento accolto in giurisprudenza ⁽¹¹²⁾, ha dettato una norma di interpretazione autentica che

⁽¹¹⁰⁾ Sul punto, per tutti, V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 102 ss.; R. ORIANI, *op. loc. cit.*; cfr. anche G. FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 2. L'assunto trova ulteriore conferma nell'attuale formulazione dell'art. 180, 2° comma c.p.c.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *retro*, spec. § 9.

⁽¹¹²⁾ Significativo e abbastanza singolare (esiste, tuttavia, qualche precedente, come il d.l. 7 giugno 1993, n. 181, reiterato con dd.l. 6 agosto 1993, n. 282 e 5 ottobre 1993, n. 400, conv. con mod. in l. 4 dicembre 1993, n. 494, finalizzato a porre nel nulla gli effetti di TAR Lazio, Sez. III, 5 ottobre 1992, n. 1456) che il Governo nel preambolo del provvedimento, per giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, faccia riferimento proprio agli effetti prodotti dalla sentenza n. 14899/00 della Cassazione: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di tassi d'interesse usurari, anche in considerazione degli effetti che la sentenza della Corte di cassazione 14899/00 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale». Sotto lo specifico profilo della carenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza di cui all'art. 77, 2° comma cost., era stata sollevata questione di legittimità costituzionale da Trib. Benevento, 2 gennaio 2001 (ord.), in *Guida al dir.*, 2001, n. 2, p. 57, con nota di G. BUSIA, *Per il decreto legge di sanatoria dei mutui ricorso «lampo» alla Corte costituzionale. Con toni polemici non si aiutano i consumatori*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 332, con nota di A. PALMIERI, *Assenza (giurisprudenziale) e declino (per decreto) dell'usurarietà sopravvenuta*, cit., questione dichiarata infondata da Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Guida al dir.*, 2002, n. 9, p. 55, con nota di O. FORLENZA, *Mutui: per la sostituzione dei tassi usurari sempre valida la data di*

risolve in radice, non solo il problema transitorio degli interessi pattuiti in epoca anteriore all'aprile del 1997, divenuti usurari a seguito della pubblicazione delle rilevazioni trimestrali, ma ogni altra questione riguardante il superamento della soglia nel corso di ogni rapporto creditizio, per effetto della riduzione dei tassi globali medi ⁽¹¹³⁾, individuando il momento rilevante ai fini dell'accertamento dell'usurarietà del saggio in quello in cui l'interesse viene promesso o comunque convenuto, indipendentemente dal giorno del pagamento ⁽¹¹⁴⁾.

Ma il richiamato d.l. ha introdotto speciali disposizioni (art. 1, 2° e 3° comma), concernenti i mutui a tasso fisso «in essere» alla data della sua entrata in vigore, nelle quali si prevede, «in considerazione dell'eccezionale caduta dei tassi di interesse avvenuta in Europa e in Italia nel biennio 1998-1999, avente natura strutturale», una sostituzione *ex lege* dei tassi convenzionalmente stabiliti per le rate con scadenza successiva al 2 gennaio 2001, secondo i criteri fissati dal d.l. e successivamente modificati dalla l. di conversione. In punto è interessante notare come la sostituzione operi di diritto senza necessità di rinegoziazione dei tassi e la misura del saggio dipenda anche dall'oggetto del mutuo e dalla valutazione di circostanze attinenti alla singola fattispecie concreta ⁽¹¹⁵⁾.

stipula del contratto. Legittima la riforma di interpretazione autentica, restano i dubbi sul momento consumativo del reato, in Dir. giur., 2002, n. 10, p. 20, con nota di A. GENTILI, Il DI sui tassi non è irragionevole ma i limiti di applicabilità irrazionali. L'elemento perequativo deve coincidere con la stipula, in Contratti, 2002, p. 545, con nota di O.T. SCOZZAFAVA, Interpretazione autentica della normativa in materia usura e legittimità costituzionale, in Rass. giur. umbra, 2002, p. 1, con nota di F. GAREGGIA, L'usurarietà dei mutui al vaglio del giudice delle leggi, l'intervento della Consulta, come si vedrà fra breve, ha sostanzialmente confermato l'impianto del d.l. n. 394/00 e della legge di conversione (l. n. 24/01).

⁽¹¹³⁾ Così, testualmente, C. SILVETTI, *op. cit.*, p. 428.

⁽¹¹⁴⁾ Il testo dell'art. 1, 1° comma è il seguente: «Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento». In dottrina è stato rilevato come la norma in questione risponda essenzialmente ad una logica penalista legata anche al momento di consumazione del reato: G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta*, cit., spec. p. 16 s.

⁽¹¹⁵⁾ La legge di conversione (l. n. 24/01) ha stabilito che il tasso di sostituzione è pari al 9,96%, ridotto all'8% per i mutui (o le quote dei mutui, nell'ipotesi in cui l'importo è suddiviso fra più soggetti, come, ad esempio, nelle cooperative edilizie) di importo originario non superiore a 150 milioni di lire, contratti per l'acquisto o la co-

L'impianto del d.l. n. 394/00 e della relativa legge di conversione n. 24/01 sembra essere pervaso, piuttosto che da una coerenza logica e sistematica con i principi dettati dalla l. n. 108/96, da un'esigenza di tutela di due interessi potenzialmente confliggenti: da un lato, quello del mercato del credito e dei soggetti che vi operano stabilmente (art. 1, 1° comma); dall'altro, quello di categorie di soggetti ritenuti particolarmente «deboli» (anche in considerazione delle reazioni delle associazioni dei consumatori alla «sanatoria» a favore delle banche introdotta dal Governo: art. 1, 2° e 3° comma) ⁽¹¹⁶⁾; tale impianto è stato confermato dalla Consulta, la quale (a differenza di quanto avvenuto in tema di anatocismo e fideiussione *omnibus* ⁽¹¹⁷⁾) ha dichiarato inammissibili o infondate le que-

struzione di abitazioni non di lusso adibite ad abitazione principale. A seguito della conversione, è sparito il riferimento compiuto dal d.l. (art. 1, 2° comma) all'ulteriore agevolazione a favore delle persone fisiche che agivano per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Sui criteri di calcolo dei tassi, si veda C. SILVETTI, *op. cit.*, p. 431; sulla rilevanza delle circostanze di fatto attinenti alla fattispecie concreta, F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 646 s.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. C. SILVETTI, *op. cit.*, p. 430, il quale definisce tale previsione come il «prezzo», rincarato in sede di conversione, richiesto alle banche per «placare» le reazioni delle associazioni dei consumatori e della minoranza parlamentare.

⁽¹¹⁷⁾ Come in precedenza accennato (nt. 97), in relazione alla norma che «salvava» le clausole concernenti interessi anatocistici contenute nei contratti conclusi anteriormente all'emanazione del regolamento contemplato nel nuovo art. 120, d.lgs. n. 385/93 erano stati sollevati dubbi di costituzionalità; e la Consulta (Corte cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Guida al dir.*, 2000, n. 40, p. 36, con nota di M. BARBUTO, *No al «salvataggio» dell'anatocismo bancario per i contratti anteriori alla delibera del CICR*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 734, con nota di P. FERRO-LUZZI, *«Le opzioni ermeneutiche dell'ambito semantico»; l'anatocismo arriva alla Corte costituzionale*) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 25, d.lgs. n. 342/99. Tuttavia, come è stato segnalato (M. BARBUTO, *op. cit.*, spec. p. 47 s.), la lettura integrale della sentenza consente di ridimensionare la portata dell'intervento del giudice delle leggi, il quale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma essenzialmente per ragioni tecniche prescindendo «da ogni considerazione sulla ragionevolezza intrinseca della norma denunciata»; in sostanza, la Corte ha «sanzionato» l'operato del Governo (artt. 76-77 Cost.) esclusivamente sotto il profilo del «mancato rispetto della delega», senza entrare nel merito della questione.

Più significativo appare invece il raffronto con l'intervento del giudice delle leggi in tema di applicabilità della normativa dettata con la richiamata l. n. 154/92 alle fideiussioni *omnibus* stipulate anteriormente al 9 luglio 1992 (data che, come è noto, segna il momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni): Corte cost., 27 giugno 1997, n. 204, in *Corr. giur.*, 1998, p. 31, con nota di G. LOMBARDI, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla dibattuta questione della fideiussione omnibus*, in *Giur. it.*, 1998, p. 4, con nota di A. NICOLA, *La sorte delle fideiussioni omnibus contratte anteriormente alla entrata in vigore della legge*

stioni di legittimità costituzionale da più parti sollevate in merito al decreto e alla legge di conversione ⁽¹¹⁸⁾.

L'emanazione degli ultimi provvedimenti legislativi in tema di usura evidenzia comunque, e a prescindere da ogni valutazione sull'opportunità dell'intervento, un dato importante e significativo: l'eteroregolamentazione negoziale e la tutela del contraente considerato «debole» incontrano un limite nel rispetto dei principi che governano il corretto funzionamento del mercato (nel caso che ci occupa del mercato del credito), che influenzano in maniera rilevante le scelte di politica normativa compiute dal compilatore ⁽¹¹⁹⁾, il quale, nel caso che ci occupa, con l'emanazione della legge interpretativa, ha chiarito la propria intenzione di voler escludere l'applicabilità di qualunque tasso soglia «sopravvenuto» ai contratti in corso di esecuzione ⁽¹²⁰⁾. E tale scelta ha trovato avallo nelle affermazioni

n. 154/1992; tramite una sentenza interpretativa di rigetto, si è ritenuta non fondata la questione di legittimità, sul presupposto che le fideiussioni preesistenti potessero validamente azionarsi soltanto con riguardo alle obbligazioni principali sorte anteriormente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, mentre non potessero garantire quelle successive alla novella.

⁽¹¹⁸⁾ Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, cit., si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale di un aspetto marginale delle nuove disposizioni, cioè a dire quello concernente la decorrenza della sostituzione *ex lege* del tasso di interesse convenzionalmente stabilito con quello più favorevole al cliente fissato dal d.l. e dalla l. di conversione, decorrenza indicata al 3 gennaio 2001 (per «salvare» le rate di mutuo in scadenza al 31 dicembre 2000) dall'art. 1, 2° e 3° comma, d.l. n. 394/00; tasso che, a seguito dell'intervento del giudice delle leggi, trova applicazione immediata dal giorno stesso dell'entrata in vigore del d.l. (31 dicembre 2000); sulla questione di legittimità costituzionale di tali disposizioni, da considerarsi però ormai superata giusta la richiamata pronuncia della Consulta, cfr. anche Trib. Roma, 18 settembre 2001 (ord.), Trib. S. Angelo dei Lombardi, 4 agosto 2001 (ord.), Trib. Napoli, 3 agosto 2001 (ord.), Trib. Brindisi, Sez. dist. di Fasano, 26 giugno 2001 (ord.), tutte in *Contratti*, 2002, p. 275, con nota di L. PANZANI, *Interessi usurari, ius superveniens e questioni di costituzionalità*.

⁽¹¹⁹⁾ È sicuramente corretta l'osservazione secondo la quale l'attività umana e quindi l'atto di autonomia privata è giuridicamente rilevante nei limiti, per le ragioni e agli effetti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico, con la conseguenza che il mercato è disciplinato dalle leggi vigenti (cfr. M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 6, Torino, 1982, p. 9; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento*, cit., spec. p. 137); ma è pur vero che il compilatore, nelle scelte di politica legislativa dirette ad incidere normativamente sulla realtà mercantile, deve tenere ben presenti gli elementi prodotti da tale realtà e gli interessi economici in essa immanenti.

⁽¹²⁰⁾ Esula dal tema dell'attuale indagine la questione dell'opportunità di emanare leggi interpretative e del loro utilizzo (spesso improprio) nell'ambito delle fonti norma-

della Consulta, la quale ha ritenuto la piena compatibilità della norma di interpretazione autentica rispetto alla norma interpretata, nonché la ragionevolezza dell'opzione ermeneutica imposta dalla prima ⁽¹²¹⁾. Del resto, la differente soluzione adottata dal giudice di legittimità, che riteneva l'applicabilità del tasso soglia «sopravvenuto» a tutti i rapporti in corso di esecuzione, comportava, di fatto, l'inutilizzabilità del contratto di mutuo a tasso c.d. fisso, potendo anche in questo caso (almeno teoricamente) la misura degli interessi variare a seguito dell'introduzione, posteriore alla stipula del contratto di prestito, di un tasso soglia più favorevole al mutuatario; ciò, con ovvie ripercussioni sul mercato del credito e sulla facilità di accesso al medesimo.

tive: sul punto, fra gli altri e senza pretesa di completezza, oltre al fondamentale contributo di C. LAVAGNA, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, I, Roma, 1942, si veda, più di recente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 116 ss., spec. p. 117 s.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1980, p. 241 ss., spec. pp. 248 ss., 278 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, p. 286 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1998, p. 185 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, p. 29 ss.

⁽¹²¹⁾ Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, cit., in relazione all'eccezione sollevata sul punto da Trib. Benevento, 2 gennaio 2001 (ord.), cit., secondo il quale l'art. 1, 1° comma, d.l. n. 394/00 attribuisce un'efficacia irrazionalmente sanante della nullità (o inesigibilità) derivante dalla natura (divenuta) obiettivamente usuraria di rapporti contrattuali intercorrenti con gli istituti di credito, tale da porsi in contrasto, sia con il generale canone di ragionevolezza, sia con il principio di eguaglianza, sia con il diritto di difesa, sia, infine, con il principio di favore per l'accesso del risparmio popolare alla proprietà della casa di abitazione, ha affermato che «siffatta impostazione appare peraltro viziata nelle sue premesse. / Va anzitutto considerato che secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte non può ritenersi precluso al legislatore adottare norme che precisino il significato di precedenti disposizioni legislative, pur a prescindere dall'esistenza di una situazione di incertezza nell'applicazione del diritto o di contrasti giurisprudenziali, a condizione che l'interpretazione non collida con il generale principio di ragionevolezza». E, prosegue la Corte, l'art. 1, 1° comma, d.l. n. 394/00 «nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 c.p. e 1815, secondo comma, c.c. trovano applicazione alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone – tra le tante astrattamente possibili – un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza».

La valenza esercitata dal mercato e dai gruppi portatori di interessi economici che in qualche modo lo influenzano, non è certo cosa nuova e segna fortemente le interrelazioni che intercorrono fra rapporti civili e rapporti commerciali e fra le regole che li governano. E non a caso la dottrina più autorevole ha colto le importanti differenze esistenti fra diritto civile e commerciale, nonché il diverso atteggiarsi dei rapporti negoziali e dell'autonomia privata in tali ambiti ⁽¹²²⁾.

In particolare, sono state sottolineate le diversità fisionomiche fra rapporti civili e commerciali: i primi maggiormente caratterizzati dall'elemento personale in cui l'autonomia si esplica con pienezza e varietà per il tramite di un'effettiva contrattazione tesa ad individuare contenuto e modalità dell'accordo; i secondi contraddistinti da anonimata e ripetitività, ove sovente l'autonomia (di una parte) si riduce alla semplice alternativa fra concludere o non concludere il negozio, aderendo al modello unilateralmente predisposto (dall'altra parte) ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ Sulle interrelazioni e differenze fra diritto civile e commerciale nella realtà giuridica attuale la letteratura è particolarmente vasta e composita: in merito alle questioni attinenti all'attuale indagine, senza pretesa di completezza, risultano fondamentali i contributi di G. FERRI, *L'unificazione legislativa del codice civile e del codice di commercio*, in *Dir. prat. comm.*, 1941, I, p. 3 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, spec. p. 19; ID., *Revisione del codice e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, p. 96 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 22 ss., spec. p. 27 s.; ID., *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 921 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 45 ss., spec. p. 48 s.; e di F. GALAGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 21 ss.; ID., *Diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 79 ss.; nella prospettiva di analisi dei rapporti fra autonomia negoziale, contrattazione per adesione e tutela del contraente «debole», anche nell'ottica del principio di libertà della concorrenza, di A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, spec. p. 51 ss.; ID., *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Scritti in onore di Sacco*, cit., p. 681 ss.; di U. RUFFOLO, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, Milano, 1985, spec. p. 8 ss.; di S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato*, cit., di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, spec. p. 162 ss., e di E. RUSSO, *La direttiva comunitaria 13/1993 e la «costruzione» della tutela del consumatore*, *ivi*, p. 315 ss., spec. pp. 320, 332. Cfr. anche le importanti analisi di C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1995, p. 183 ss.; e di G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996.

⁽¹²³⁾ Cfr. N. IRITI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 22 s.; e, in precedenza, ID., *Autonomia privata e forma di Stato (Intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Dir. cult.*, 1994, n. 1, p. 15 ss. In punto vengono alla mente anche gli importanti contributi di A. PALAZZO, *Atti gratuiti*, cit., p. 109 s.; ID., *Le donazioni*, cit., spec. p.

Nel campo commerciale è dunque, da sempre, essenzialmente il mercato a determinare i rapporti di forza fra le parti e il contenuto del con-

599 s., in cui a proposito di atto gratuito e gratuità strumentale si sottolinea, richiamando anche il pensiero della dottrina economica (G. SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, Milano, 1999, p. 110 ss.), la centralità nel sistema del consumo dello scambio di mercato, che è impersonale ed istantaneo: «merce contro merce e moneta contro moneta»; a questo si contrappone lo scambio di non mercato che è personale e talvolta affettivo. Le menzionate differenze erano state colte anche dalla dottrina più autorevole dei primi anni del secolo scorso (B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1914, p. 481), la quale risolveva i rapporti fra autonomia e giustizia contrattuali riproponendo, sebbene in chiave moderna, la richiamata distinzione medioevale fra *contractus bonae fidei* e *contractus stricti iuris* (cfr. *retro*, nt. 4): premesso che nel diritto civile tutti i contratti sono di buona fede, l'autorevole Studioso affermava l'esistenza nel diritto commerciale di «una tal quale figura di contratti, in cui il giudice deve rigorosamente attenersi all'esplicito contenuto di essi» (corsivo nostro); su posizioni in parte differenti altra dottrina: a proposito della forte svalutazione conseguente alla partecipazione dell'Italia alla prima guerra mondiale, in merito ai contratti stipulati dalla «Fiad» nel 1919 con obbligo di consegna nel 1920, il Ramella (*La funzione dell'equità nel campo di esecuzione dei contratti*, in *Dir. comm.*, 1922, I, p. 65 ss.), sottolineando l'esistenza di una categoria di «operazioni industriali» (comunque distinte da quelle «commerciali»), sosteneva in tale ambito la possibilità per il debitore di essere liberato in seguito al deprezzamento monetario, richiamandosi ai principi della buona fede, della morale e dei «buoni costumi», alle leggi sull'usura e alla proporzionalità economica delle prestazioni in relazione al rimedio rescissorio; per una critica puntuale a tale ultima impostazione sulla base della legislazione allora vigente, cfr. G. SCADUTO, *I debiti monetari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, ora in ID., *Diritto civile* a cura di Palazzo, cit., I, p. 488 ss.; del resto, proprio riguardo alla misura e alla decorrenza degli interessi esisteva una diversa disciplina a seconda della natura «commerciale» o «civile» del credito: sul punto, si veda l'ampia analisi di G.C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, ed. 1932, spec. pp. 21 ss., 228 ss., 266 ss.

Le tesi della dottrina ora richiamate trovano forti ascendenze, sia nel diritto romano ove nei commerci, ad esempio, era praticata la *pecunia traehicia* (o *nautica*), denominata in seguito *foenus nauticum* con allusione alla particolarità degli interessi più elevati (V. GIUFFRÈ, *Mutuo (storia)*, cit., p. 425), derivata dalla prassi commerciale marittima delle città greche (sulla quale U.E. PAOLI e A. BISCARDI, *Prestito a cambio marittimo (dir. greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 749 ss.), ripresa anche nell'alto medioevo come dimostra il richiamo contenuto nelle citate (*retro*, nt. 94) *Exceptiones Petri* (cfr. P.S. LEICHT, *Il diritto privato*, cit., p. 257 s.), sia, soprattutto, nel pensiero di Bartolo, il quale, a proposito del diritto commerciale, figlio di esigenze sociali nuovissime ed in relazione al quale mal si atteggiavano i principi dello *ius commune*, fondato sul diritto romano-giustiniano, affermava: «è noto come nei tribunali dei mercanti si debba giudicare secondo equità, omesse la solennità del diritto [romano-giustiniano]» (così A.M. HESPANIA, *Introduzione alla storia*, cit., p. 141 s. ed *ivi* richiami anche agli studi di F. Calasso); ma, in generale, in tutta l'Europa continentale i mercanti avevano le loro giurisdizioni, il loro mercato e le loro corti marittime, ove si applicavano le norme consuetudinarie del diritto commer-

tratto ⁽¹²⁴⁾: e tale tendenza, come dimostra la vicenda dei mutui usurari, può essere nella realtà pratica moderatamente contrastata, ma non elimi-

—
 ciale (fra le quali una posizione preminente assumeva la c.d. *lex Rhodia* – dal nome della celebre isola del Dodecaneso e della comunità di mercanti ivi insediata – costituente il corpo del diritto consuetudinario del Mediterraneo, meglio conosciuta come *lex Rhodia de jactu*, in quanto regolava anche la responsabilità per danni cagionati dallo scarico a mare delle merci al fine di evitare l'affondamento dello scafo); le consuetudini commerciali non erano scritte, ma delle compilazioni ne furono fatte a Genova (a partire dal 1154), a Venezia (dal 1205 al 1229, con il governo del doge Ziani) e a Barcellona (c.d. *Consolato del mare* che si fa risalire al 1370): cfr. l'importante indagine di R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica*, cit., p. 109 ss. Le intuizioni di Bartolo trovarono fecondo sviluppo nel pensiero di coloro che, da Baldo a Pothier, operavano un temperamento fra i principi di equità contrattuale e sicurezza negli scambi e quindi stabilità del mercato (cfr. ancora *retro*, ntt. 2, 4), disattendendo così gli assunti autorevolmente espressi dal Galilei e ripresi dall'Averani, secondo i quali la «proporzione geometrica» andava considerata come regolatrice dei «negozi mercantili» ed unico mezzo per tendere all'eguaglianza fra i consociati: si veda S. CAPRIOLI, *Lineamenti della rescissione*, cit., spec. pp. 205, 209; in punto, vengono alla mente anche le acute osservazioni di U. SANTARELLI, *Mercanti e società di mercanti*, 2ª ed., Torino, 1992, p. 22 ss.; ID., *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica. Modalità ed esiti di un «trapianto»*, in *Riv. storia dir. it.*, 1993, spec. p. 52, secondo il quale «l'autonomia del *ius mercatorum* resta pur sempre fatto centrale e caratterizzante di tutta l'esperienza giuridica europea, dal Basso Medioevo ("mercantile", per l'appunto e comune) fino ai moderni sistemi codificati, anche in quegli ordinamenti nei quali il diritto commerciale ha perso la sua antica autonomia legislativa, come è accaduto in Italia».

Anche nei paesi anglosassoni il diritto commerciale (*law merchant*) era in origine distinto dal *common law*, e ciò anche sul piano processuale: dalla fine del medioevo la competenza a conoscere in molte materie concernenti i rapporti commerciali era appannaggio della *Court of Staple* (per le materie prime) e della *Court of Admiralty* (per le cause marittime), la quale ultima era costituita da giudici che ben conoscevano le raccolte di consuetudini marittime internazionali e i proutuari che circolavano nella comunità dei mercanti (come la appena richiamata *lex Rhodia*); ed è soltanto con la seconda metà del sec. XVIII che venne compiuto lo sforzo decisivo per uniformare il sistema: in tal senso si veda la pregevole analisi di P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici* (ed. italiana a cura di De Vita, Panforti e Varano di *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984), Milano, 1987, p. 275 ss.; sul punto, di fondamentale interesse risultano anche H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (ed. italiana di *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983), Bologna, 1998, p. 332 s.; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 193.

⁽¹²⁴⁾ L'importanza del mercato sul principio di autonomia contrattuale è sottolineata, sebbene in diversa e specifica prospettiva, da M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale*, cit., p. 324 s. L'incidenza del mercato sull'attività negoziale è anche acutamente evidenziata, con riferimento al modello contrattuale inteso in senso classico, da A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 11 ss.,

nata ⁽¹²⁵⁾. In particolare, è necessario che le parti, e soprattutto la parte «imprenditore», conoscano *ab origine* i «limiti» del proprio potere impositivo e l'incidenza delle fonti eteronome sul regolamento negoziale, senza che – sebbene spinti da lodevoli intenti, quale quello della tutela del contraente «debole» – si possa stravolgere legalmente *a posteriori* le condizioni pattuite e i rapporti di forza fra i contraenti, a meno di non voler introdurre condizioni di «aleatorietà» economica strutturali, estranee al sistema ⁽¹²⁶⁾: e, in questo senso, l'intervento operato con il d.l. n. 394/00, avallato dal giudice delle leggi, appare condivisibile.

—
 spec. p. 12 s., 21 ss., e, nella specifica ottica dell'attività concorrenziale e della tutela dei bisogni della persona, da V. MENESINI, *Il diritto al mercato come nuovo diritto della persona*, in questa *Rivista*, 2001, p. 159 ss.

⁽¹²⁵⁾ Come rilevato da autorevole dottrina, la possibilità che una parte possa perdere e l'altra guadagnare è insita in un sistema fondato sulla libertà negoziale e sul principio di autonomia privata, il quale ultimo, tuttavia, non è assoluto, essendo limitato a tutela della concorrenza e a garanzia della correttezza e trasparenza delle operazioni commerciali (L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., spec. p. 19 s.), né può essere considerato un dogma, ma una nozione che si ricava da regole e principi vigenti (P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 344; e già ID., *Note critiche sul rapporto negoziale e autonomia*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., p. 572 s.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991, spec. p. 138 s.); sull'argomento, anche in relazione agli interventi a tutela del «consumatore», si veda inoltre G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 67 ss., spec. p. 124 ss.; e, da ultimo, G. VETTORI, *Squilibrio e usura*, cit., spec. p. 2 s.

⁽¹²⁶⁾ Sul punto cfr. anche G. GUIZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito (Ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio*, cit., p. 452, il quale sottolinea come un intervento eteronomo che porti ad una rideterminazione del saggio d'interesse convenzionalmente stabilito si risolverebbe in una modifica autoritativa dei criteri di distribuzione dell'alca contrattuale concordati dalle parti, accollandoli interamente ad una sola di esse. Con quanto ora affermato, ovviamente, non si vuole mettere in discussione la legittimità e/o l'opportunità dell'intervento del legislatore a tutela ed in favore del soggetto-contraente considerato «debole» (intervento la cui rilevanza è stata sottolineata anche di recente al fine di ridurre gli squilibri di un mercato in cui le regole di condotta sono dettate in misura sempre crescente dagli uffici legali e dai consulenti delle grandi multinazionali: cfr. G. CRISCUOLO, *L'antodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2001, spec. p. 75 ss.): come osservato anche da ultimo dalla dottrina più attenta (ALB. DONATI, *Giustizialismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano, 2002, p. 337), la libertà della domanda, cui corrisponde la libertà dell'offerta, svolge un ruolo «costituzionale» nell'economia di mercato; ma essa, in tanto può svolgere la sua funzione, in quanto il consumatore sia libero. E va da sé che tale principio mal si concilia con la posizione di soggezione in cui versa il contraente «debole».

Dalle considerazioni che precedono emerge la necessità di operare un contemperamento fra l'esigenza di certezza oggettiva del diritto e dei rapporti commerciali e quella di un'attenta valutazione degli elementi e delle circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta⁽¹²⁷⁾; contemperamento che l'attuale disciplina antiusura, di cui alla l. n. 108/96 e successive integrazioni e modificazioni, sembra compiere allorché contiene la previsione di due ipotesi: l'una c.d. *oggettiva* (art. 644, 3° comma, 1° periodo, c.p.), in cui il saggio d'interesse è usurario per il solo fatto di superare una certa soglia predeterminata, indipendentemente da ogni ulteriore valutazione; l'altra c.d. *soggettiva* (art. 644, 3° comma, 2° periodo), ove invece l'attività dell'interprete assume un ruolo fondamentale nel vagliare equitativamente tutti gli elementi di cui viene a conoscenza in relazione ad una data fattispecie concreta: egli potrà cioè ritenere l'usurarietà del saggio che non supera il tasso soglia, tenendo presente tutte le circostanze emergenti, il comportamento delle parti e le loro qualità, le finalità del

La tutela da parte dell'ordinamento di soggetti e categorie emergenti o comunque in grado di esercitare una certa influenza sulle istituzioni, non è del resto cosa nuova: nel medioevo (in cui Bartolo qualificava come «divino» il governo popolare) i ceti mercantili e artigianali riuscirono in alcune realtà (a difesa dell'*aequalitas*) a far introdurre provvedimenti «antimagnatizi», cioè a dire una serie di leggi che nei Comuni maggiori tesero a limitare legalmente il prepotere di fatto dei magnati: così M. ASCHERI, *Istituzioni medievali. Una introduzione*, Bologna, 1994, spec. pp. 274 s., 348.

⁽¹²⁷⁾ Tale è del resto anche l'insegnamento della dottrina più autorevole, la quale, anche da ultimo, a proposito del controverso principio di proporzionalità nei contratti e dei delicati equilibri del mercato, ha sottolineato la rilevanza delle singole circostanze attinenti alla fattispecie concreta: P. PERLINGHIERI, *Equilibrio normativo*, cit., spec. p. 355 s.; cfr. anche F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 378 ss.; in merito agli strumenti di garanzia e comunque a quelle situazioni finalizzate al soddisfacimento del creditore, anche in relazione ai principi di solidarietà e buona fede, si veda N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marziano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, spec. pp. 160 ss., 174 ss., 199 ss.; in prospettiva di un'indicazione della buona fede come criterio di valutazione dello squilibrio negoziale in relazione al principio di proporzionalità fra le prestazioni, si veda l'analisi di G. VIETTORI, *Squilibrio e usura*, cit., spec. p. 15 ss.

Va altresì ricordato che la dottrina più attenta ha da tempo sottolineato, riguardo allo studio del requisito causale del negozio, la valenza di esercitare un controllo incisivo sulla distribuzione del rischio che tenga conto del carattere complesso delle forme di esercizio dell'autonomia contrattuale, nonché della necessità per l'interprete di non sottovalutare l'analisi della situazione concreta in cui si dispiega l'atto di autonomia, in rapporto alla reale posizione contrattuale delle parti: A.A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, spec. pp. 112 ss., 132 ss.

prestito (contratto, ad esempio, per provvedere ad indifferibili bisogni della famiglia, piuttosto che a fini speculativi⁽¹²⁸⁾), le modalità ed i tempi di restituzione della somma, la presenza di garanzie accessorie (che abbassano il rischio economico dell'operazione) ed ogni altra situazione che appare assumere rilievo.

Il ricorso all'analisi delle circostanze concrete nella valutazione dell'usurarietà del saggio d'interesse (cui la dottrina più autorevole attribuisce il giusto valore⁽¹²⁹⁾) ha ascendenze antiche, nel pensiero di coloro che nel medioevo avevano compreso l'importanza di incoraggiare la rinascita dei traffici e la ripresa del mercato: già Tommaso d'Aquino distingueva fra un prestito che potremmo definire ordinario, accordato tramite la stipulazione di un mutuo (avente effetti reali), e un prestito concesso al mercante o all'artigiano, in cui il mutuante condivideva in qualche modo il «rischio d'impresa» e poteva legittimamente chiedere una parte del profitto⁽¹³⁰⁾. Tali intuizioni, unitamente al mutare del quadro economico (il

⁽¹²⁸⁾ Sul punto, cfr. F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 649.

⁽¹²⁹⁾ G.B. FERRI, *Interessi usurari*, cit., p. 273 ss.

⁽¹³⁰⁾ Sul punto cfr. l'ampia analisi di A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 49 ss. ed ivi puntuali riferimenti alle fonti; sulle ragioni della costruzione del mutuo come contratto reale ad effetti reali, cfr. R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, 2001, p. 322 ss. Del resto, anche nel diritto romano il ricorso al prestito ad interessi era generalmente ammesso: le *usurae* furono trattate in maniera difforme da altri strumenti di potenziale abuso, quale la *lex commissoria*, e cioè, essenzialmente, in base alla circostanza che, anteriormente al divieto contenuto nella costituzione costantiniana del 324 d.C., quest'ultima non era stata oggetto di specifica regolamentazione, con la conseguenza che, non essendovi alcun limite o controllo sul suo impiego, il creditore poteva facilmente abusare della sua posizione: e l'abuso doveva essere diffuso, se Costantino, senti l'esigenza di utilizzare termini oltremodo negativi riguardo alla *lex commissoria* e di attribuire eccezionalmente efficacia retroattiva al divieto (vengono usati i termini «*captiones*» ed «*asperitas*» che denotano rispettivamente la frode e il danno per il debitore: V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 16 s.); al contrario, nell'ambito delle *usurae* si imposero sin dai tempi più antichi limiti ben determinati all'ammontare massimo del tasso degli interessi, ammontare che venne progressivamente ridotto: il limite venne fissato per la prima volta dalle Dodici Tavole (cosiddetto *fenus unciarum*); la misura di tale limite è tuttavia incerta: sul punto, G. ROTONDI, *Vecchie e nuove tendenze nella repressione dell'usura*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 239 ss.; G. CERVENCA, *Usura (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1126 ss.; lo stesso Costantino, in una costituzione del 325 d.C., pressoché coeva a quella in cui vietava la *lex commissoria*, riconobbe la liceità del saggio di interessi non superiore al dodici per cento (cosiddette *usurae centesimae*), ma tale limite non trovava applicazione in tutti i tipi di prestiti,

divieto delle *usurae*, essenzialmente fondato sulla necessità di evitare l'ap-profittamento e sorto in un contesto economico-sociale di tipo feudale in

in quanto nell'ipotesi di mutuo di derrate Costantino stabilì un limite massimo del cin-quanta per cento, di evidente ispirazione greca: sull'argomento, per tutti, G. CERVENCA, *Usura (dir. romano)*, cit., p. 1125 ss.; sui rapporti fra *mutuum* e *stipulatio usurarium* cfr. V. GIUFFRÈ, *Mutuo (storia)*, cit., p. 427 ss., il quale, a proposito del mutuo di derrate, sotto-linea (p. 437) come anche in precedenza la figura avesse ricevuto una regolamentazione peculiare: in un rescritto del 223, ad esempio, Settimio Severo sancì per essa l'eccezione al principio di gratuità del mutuo; principio connaturato alla natura giuridica di tale con-tratto, che, tuttavia, sotto il profilo etico e socio-economico era usualmente considerato capace di produrre interessi, sebbene attraverso la previsione di una *stipulatio usurarium*: cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *Obbligazioni ed azioni - Diritto ereditario - Do-nazioni*, 2ª ed., Roma, 1928, p. 254; V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui». Prospettive romane e mo-derne*, Napoli, 1989, p. 76; G. CERVENCA, *Usura (dir. romano)*, cit., p. 1126; *stipulatio* rite-nuta successivamente non più necessaria per taluni tipi di mutui: Giustiniano aveva fini-to con l'attribuire rilevanza alle qualità personali delle parti, ammettendo che il semplice patto rendesse esigibili le *usurae* in caso di mutui contratti da banchieri (P.S. LEICHT, *Il diritto privato*, cit., p. 254). Anche nel diritto longobardo era riconosciuto il principio se-condo cui il mutuo fosse, di regola, produttivo di interessi (ID., *op. loc. ult. cit.*, ed ivi riferimenti alla l. 19 di Liutprando), e, in generale, nell'alto medioevo nella realtà quoti-diana veniva praticato il mutuo fruttifero: ne sono testimonianza i contenuti della c.d. *Summa perusina (Aduotationes Codicum domini Iustiniani)*, conservate in un manoscritto del-l'Archivio capitolare della città di Perugia, fatte risalire ai secoli VII-VIII a causa dei «barbarismi» del suo linguaggio e in cui l'autore, confrontando la disposizione giustinia-nea con la realtà del momento, più volte ne trasforma il testo riadattandolo ai tempi: F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, spec. p. 287 s.), ove si ammetteva la esigibilità delle *usurae* fissate con semplice patto verbale, nonché le richiamate *Excep-tiones Petri* (cfr. *retro*, nt. 94), che imponevano un limite legale al saggio di interesse: su tali aspetti cfr. ancora la pregevole analisi di P.S. LEICHT, *Il diritto privato*, cit., p. 253 ss.

Tuttavia, nel diritto intermedio la situazione si presentava in maniera ben diversa: come abbiamo già avuto modo di osservare (A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., spec. p. 160 ss.) la concezione accolta in relazione all'*usura* (intesa come tutto ciò che accede al ca-pitale prestato) risentiva del giudizio severo della dottrina cristiana sulla capacità del danaro di produrre altro danaro, basato essenzialmente su un passo del Deuteronomio, XXIII, 20-21, che vietava il prestito ad interesse fra gli appartenenti al popolo ebraico: G.B. FERRI, *Interessi usurari*, cit., p. 273 s.; più controversa la portata di un passo di Luca, che, nella tra-duzione latina di Gerolamo, sembrerebbe vietare in maniera assoluta le *usurae*: «*mutuum date nihil inde sperantes*»; sul punto, da ultimo, si veda la pregevole analisi di A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 48 ss., ed ivi ulteriori riferimenti, il quale compie un puntuale *excursus* sulle varie tendenze degli studiosi cristiani. L'*usura* venne così vietata, prima ai chierici e poi ai laici. Peraltro, già il primo Concilio ecumenico di Nicea del 325, convocato dallo stesso Costantino essenzialmente per risolvere le questioni legate alla diffusione del-l'arianesimo, vietò al clero di accettare prestiti ad interesse (F. ANDREANI, *Delle leggi contro l'usura*, Perugia, 1888, p. 18). La proibizione venne in seguito estesa anche ai laici; un

cui il denaro circolava scarsamente, mal si attagliava ad una società di mercanti⁽¹³¹⁾, consentirono il progressivo riconoscimento della liceità del prestito ad interessi, e l'attenzione degli studiosi si concentrò essen-zialmente sullo stato soggettivo del creditore (abuso, che si contrappone-

capitolare di Carlo Magno del 789 spiega in modo inequivocabile il divieto: «È assolu-tamente proibito a tutti di prestare a interesse»; derivava che ogni caso in cui il presta-tore avesse ricevuto più di quello che aveva prestato era trattato come usura, e quindi come peccato (in tal senso R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica*, cit., p. 229; sull'ar-gomento si veda inoltre M. BOARI, *Usura (dir. interm.)*, cit., p. 1136 s.). Anche successi-vamente i principi ecclesiastici vennero recepiti dalla legislazione laica (si veda, ad esem-pio, l'ordinanza pronunciata da Baldovino IX, conte dell'Hainaut e di Fiandra, nel 1199: cfr. ancora R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica*, loc. cit., ed ivi riferimenti anche all'o-pera in cui è possibile rinvenire il testo della richiamata ordinanza, W. PREVENIER, *De oorkonden der graven van Vlaanderen (1191 - aanvang 1206)*, in *Comm. royale d'histoire. Actes des princes belges*, 5, II, n. 124, Bruxelles, 1964, pp. 276-278); e, ancora alla fine del XVII secolo, J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, ed. italiana accompagnata dalle osservazioni relative alle nuove leggi delle Due Sicilie di A. Lancellotti, III, Napoli, 1819, p. 102 ss., affermava: «l'usura non solo è ingiusta pel divieto della legge divina, e perché si oppone alla carità, ma dippiù perché naturalmente è illecita, violando i più giusti principj e più sicuri della natura delle convenzioni, su i quali è fondata la giustizia del profitto in tutti i commercj» (p. 102); «il creditore adunque se dice di aver dato a mutuo per far piacere, non dee da questa sua volontà ricavar altra conseguenza se non di dover dare a mutuo gratuitamente; se nol fa con questa condizione inseparabile, serbi per se il suo denaro, o ne faccia qualche altro uso» (p. 105). Il risultato fu la tendenza ad attribuire validità a figure negoziali atte ad aggirare il divieto dell'*usura* (sulle quali si veda S. CICALA, *Il delitto di usura*, Milano, 1929, spec. p. 60, nt. 1; M. BOARI, *Usura (dir. interm.)*, cit., p. 1138 s.; R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica*, cit., p. 230), come il *contractus mobatrae*, introdotto nel diritto intermedio e mutuato dal diritto arabo, ove pure il prestito ad interessi era verosimilmente vietato: esso constava di due negozi collegati; con il primo il «mutuante» vendeva un bene di sua proprietà al «mutuatario», che pagava il prezzo in un momento successivo o a rate; con il secondo il «mutuante» riacquistava immediatamente il bene ad un prezzo inferiore; la differenza costituiva il corrispettivo del prestito (*usurae*): sul pun-to, ampiamente E. BUSSI, *Contractus mobatrae*, in *Riv. storia dir. it.*, 1932, p. 501 ss.

(131) Si veda U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984, p. 85. È soltanto con i testi risalenti all'XI secolo che si venne affermando l'utilità della figura del mercante (presentato come pericoloso per i beni ecclesiastici sin dal IX secolo) edificatrice della prosperità pubblica, purché questi operasse nel rispetto della Chiesa; celebre è il contributo di Umberto di Silvacandida († 1061), che esercitò notevole influenza sull'opera di riforma di Gregorio VII († 1085), ove la positività del-l'attività mercantile dei laici rispettosa delle chiese si contrapponeva alla negatività dei commercianti simoniaci di beni sacri: in tal senso il pregevole contributo di G. TODD-SCHINI, *I mercanti e il tempo. La società cristiana e il circolo virtuoso della ricchezza fra Medioevo ed Età Moderna*, Bologna, 2002, spec. p. 60 ss.

va all'*bonesta utilitas* ⁽¹³²⁾), nonché sulla misura degli interessi stessi: come si è affermato, il problema dell'età nuova era quello di distinguere nettamente fra mutuo al bisognoso, in relazione al quale andava conservata la regola della gratuità, e negozio di mercatura al quale tale regola non poteva essere applicata ⁽¹³³⁾.

⁽¹³²⁾ L'*bonesta utilitas* è un momento costitutivo dell'idea medioevale del diritto; il valore dell'utile non è autonomo, ma in un rapporto di distinzione/connessione con quello del giusto e dell'onesto: così A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, cit., p. 84; sull'identificazione dei concetti di *utile* ed *etico*, cfr. anche G. TODESCHINI, *I mercanti*, cit., p. 425 ss., spec. p. 448 s.

⁽¹³³⁾ U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure*, cit., p. 66. Sul punto cfr. anche M. BOARI, *Usura (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1139 s., ed ivi riferimenti all'opera dei *Commentatori*, fra i quali, sull'argomento, una posizione preminente assunsero Bartolo e Baldo, che, pur ribadendo il richiamato giudizio di riprovevolezza fornito dalla dottrina canonica in merito al prestito ad interessi (e non poteva essere altrimenti: cfr. *retro*, nt. 130), tentarono di conciliare il divieto con talune situazioni in cui la capacità produttiva del danaro appariva fondata su di un reale interesse: ciò portò dapprima a limitare il concetto di *usura* a ciò che accadeva unicamente al contratto di mutuo, e, in seguito, a ritenere che non tutto ciò che si esigeva in occasione del mutuo potesse essere considerato *usura*, ma soltanto il c.d. «duro ulteriore al legittimo interesse»; cfr. G. SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e civilisti italiani dei secoli XIII e XIV*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, II, Napoli, 1906, spec. pp. 269 ss., 274 ss.; e ancora U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure*, cit., spec. p. 70 s. Le affermazioni dei *Commentatori* in merito al prestito fruttifero si ponevano in linea con il rinnovato interesse della Chiesa per la tutela del commercio *licito*, cioè a dire volto alla soddisfazione dei bisogni legittimi e fondato sulla buona fede, che si contrapponeva a quello *illicito*, basato sul mero interesse personale, sulla frode e sull'avarizia: H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 319 s. (cfr. *retro*, nt. 131).

La legalizzazione del profitto derivante dall'attività di mercatura (e quindi dell'impiego del danaro in tale ambito) si ritrova, fra gli altri, anche nel pensiero di Bernardino da Siena (1380-1444), pure in relazione alla possibilità di addivenire alla cessione di crediti e alla compravendita di rendite, e, soprattutto, in quello di Tommaso d'Aquino, di Lorenzo de' Ridolfi († 1442), giureconsulto fiorentino che tenne la cattedra di diritto nello Studio fiorentino e fu più volte console dell'arte dei giudici, priore e gonfaloniere, e, in generale, di tutta la Scolastica, essenzialmente sulla base dell'intenzione acclarata del mercante di non destinare il danaro principalmente al prestito: sul punto, si veda ancora l'ampia analisi di G. TODESCHINI, *I mercanti*, cit., spec. pp. 69 s., 432 ss., 441 ss., il quale (p. 444 s.) evidenzia come, in particolare nell'opera di Lorenzo de' Ridolfi (*Tractatus de usuris et de materia Monti*), si addiveniva ad una «sottolineatura forte tanto della licità di essere compensati per i danni ricevuti, secondo un criterio che nell'*interesse* legge il mezzo per mantenere e conservare o restituire una *indemnitatis* (il recupero della condizione patrimoniale precedente al dono/mutuo/pagamento, coatto o meno, ma intesa in tutto lo spessore delle eventualità di guadagno da essa implicate), quanto l'enfaticizzazione della legittimità etica e giuridica di *desiderare* questa compensazione ma anche ogni com-

Si riafferma in tal modo, secondo il percorso tracciato dai grandi Maestri che si sono succeduti nell'insegnamento del diritto civile nello *Studium Perusinum* sino ai giorni nostri ⁽¹³⁴⁾, la necessità per l'interprete di porre attenzione alle singole circostanze emergenti dal caso concreto, cioè a dire a quell'*aequitas* la cui rilevanza ed importanza si è tentato in questa sede di mettere in luce e di farne concreta applicazione alle più recenti tendenze, al fine di giungere ad una costruzione in termini giuridici di una realtà in cui le qualità personali delle parti e le caratteristiche di ogni singola fattispecie possano assumere un rilievo tale da dare accesso (anche) «al momento dell'individualità del diritto» ⁽¹³⁵⁾.

penso derivante da obbligazioni legittimate da logiche della pubblica utilità, e pertanto di agire per conseguirli».

⁽¹³⁴⁾ Oltre al pensiero di Baldo (cfr. nt. 4), il quale fu fra i primi assertori dell'applicazione al procedimento ermeneutico dell'*aequitas singularis* e del principio di buona fede, in tempi più recenti si vedano gli importanti contributi di Gioacchino Scaduto (*Sull'identificazione dei principii generali di diritto*, in *Annali della R. Università di Perugia*, VII, 1926, p. 11 ss., e in *Scritti in memoria del prof. Francesco Innamorati*, Perugia, 1932, p. 189 ss., ora in G. SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Palazzo, cit., II, p. 667 ss.; *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 225 ss., ora in G. SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Palazzo, cit., II, p. 691 ss.: come ha acutamente osservato Antonio Palazzo – in A. PALAZZO, F. SCAGLIONE, *Gioacchino Scaduto e la scienza del diritto civile nel XX secolo*, in G. SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Palazzo, cit., I, p. 11 ss. – in tali scritti, entrambi del 1926, si possono cogliere le premesse di quel delicato passaggio dalla giurisprudenza dei concetti a quella degli interessi – sul quale *retro*, nt. 40 – che la dottrina italiana compirà sulle orme di quella tedesca) e di Antonio Palazzo (*Storicità e interpretazione*, cit., spec. pp. 48-111; *L'interpretazione della legge*, cit., p. 501 ss.; *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 37 ss.).

⁽¹³⁵⁾ Si veda A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione*, cit., spec. p. 106 ss.; ID., *Interessi permanenti*, cit., p. 87 ss.; nonché gli importanti studi sull'atto gratuito e causa dell'attribuzione (ID., *Atti gratuiti*, cit., spec. pp. 75 ss., 119 ss., 224 ss., 347 ss.; ID., *Le donazioni*, cit., spec. pp. 10 ss., 74 ss., 555 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.), ove proprio l'analisi delle singole circostanze concrete consente di cogliere la vera «sostanza» dell'operazione negoziale, contemperando tutti gli interessi in giuoco, attraverso l'individuazione della effettiva causa di attribuzione *praeterita*, *praesens* o *future*, realizzata anche attraverso l'utilizzo di più negozi funzionalmente collegati; si porta così a compimento – come dimostra il cammino intrapreso anche a livello di «Diritto privato europeo», cui in precedenza s'è fatto cenno (cfr. *retro*, § 5, e nt. 21) – il percorso iniziato con l'incedere alla giurisprudenza degli interessi (cfr. *retro*, nt. 40), attraverso il superamento di una rigida concezione della causa, intesa quale funzione economico-sociale del singolo contratto, sovente utilizzata dalla giurisprudenza, soprattutto in tema di atto gratuito, come strumento di controllo sulla meritevolezza dell'attribuzione e quindi sull'efficacia del contratto.

GIUSEPPE SEVERINI

MUSEI PUBBLICI E MUSEI PRIVATI:
UN GENERE, DUE SPECIE (*)

1. — Le discipline che si occupano del museo e del suo allestimento, la museologia e la museografia, sono in crescente espansione, quanto nell'esperienza pratica lo sono i musei. L'indagine giuridica però non corrisponde a questa fenomenologia e poco ha indagato su questo tema.

Per il giurista, infatti, quella di *museo* è nozione che continua a non essere recepita, sin nei fondamentali: non è pacifico nemmeno se sia cosa, o insieme di cose, od organizzazione, o altro. Si arriva, per suggestione di quelle discipline, ad avanzare la tesi che sia soggetto, o quasi soggetto di imputazioni giuridiche. Il mondo del diritto, in questi anni, si è dedicato — molto la legislazione, specie regionale; meno la giurisprudenza, poco comunque la dottrina — a stabilire a chi dovessero spettare le competenze sui musei, o quali frammenti del museo o dei servizi museali si potessero trasferire ai soggetti della sussidiarietà, o cosa dell'autonomia museale fosse da dare e cosa da prendere: insomma, ha trattato di ciò che è intorno al museo, ma non del museo. I legislatori regionali hanno legiferato come se il concetto fosse pacifico e spesso presupponendo una sorta di soggettività del museo che in realtà è ben lungi dall'essere acquisita.

Tutto questo è avvenuto essenzialmente perché la regolamentazione del museo, e di ciò che si svolge al suo interno, è stata oggetto di rivendicazioni e di spostamenti di competenze tra Stato e regioni. Ma, quanto al significato intrinseco e alle sue derivazioni, l'attenzione è stata minima, almeno fino all'art. 99 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 — *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, che ha introdotto una definizione del museo (statale) come «*struttura comunque denominata organizzata per la conservazione, la valorizzazione e la fruizione pubblica di raccolte di beni culturali*».

(*) Il presente scritto è un'elaborazione della relazione dal titolo *Fondazioni e musei privati*, tenuta al convegno organizzato dalla *Fondazione Festival dei due Mondi* a Spoleto l'11 e 12 ottobre 2002, su *Le fondazioni nella cultura e nell'economia*.

2. — Nelle incertezze che ne discendono, si può comunque partire da una constatazione schematica: in questo panorama, la quantitativamente poca elaborazione dottrinarie che c'è segue la museologia nel passare da una *concezione reale* a una *concezione soggettiva* del museo.

Si era infatti partiti, in passato, dall'identificare il museo con la sua raccolta, una semplice *universitas facti* ⁽¹⁾. Tesi che si contrapponeva a quella che guardava, grazie all'eventuale vincolo, verso l'*universitas iuris* ⁽²⁾.

Altri autori ⁽³⁾, avuto riguardo all'imprescindibile dimensione organizzativa, avevano invece parlato di *istituto*, o di *istituzione*, precisando da un lato che questa è costituita di «*un complesso di cose mobili, coordinate fra loro da uno scopo comune ed, in relazione a questo, ordinate e classificate*»; da un altro indicandone le funzioni, cioè «*raccolgere, conservare e far conoscere*» tali complessi di cose.

Recentemente in dottrina è emersa una tendenza ⁽⁴⁾ che, pur senza percorrere le scorciatoie cui si è accennato, ha comunque voluto sottolineare, seguendo la *museologia*, il profilo *soggettivo* o *organizzativo* del museo, contrapponendo un concetto avanzante di *museo/organizzazione* rispetto ad uno, ormai recessivo, di *museo/universalità di cose*.

È un fatto dunque che oggi anche in diritto l'attenzione si sta spostando da una *concezione oggettiva o reale* (le cose raccolte nel museo, o la stessa raccolta) ad una *concezione soggettiva o istituzionale* (l'*istituzione* museale).

3. — L'attenzione degli studiosi si trasferisce così sulla dimensione organizzativa, innegabilmente in crescita, d'attenzione come di risorse, umane e finanziarie: è perciò corretto parlare di tendenza alla *soggettivizzazione* del museo. Nondimeno resta — e non può non restare — nella realtà giuridica la coesistenza di un elemento soggettivo e di un elemento oggettivo; del resto così, seppure in misura diversa, concettualmente è sempre stato con il differenziarsi stesso, sul finire del sec. XVIII, dell'idea

⁽¹⁾ JUSO, *Pinacoteca e museo*, in *Novss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 105.

⁽²⁾ M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose d'interesse storico o artistico*, Padova, 1953, p. 137.

⁽³⁾ G. SANTANIELLO, *Gallerie, pinacoteche e musei*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 433; T. ALIBRANDI, *Musei*, in *Enc. giur. Truccani*, XX, p. 1.

⁽⁴⁾ M. AINIS, *Lo statuto giuridico dei musei*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 393; G. SCIULLIO, *Le innovazioni legislative, in Museo contro museo. Le strategie, gli strumenti, i risultati*, Prato, 2001, p. 15.

di museo da quella di collezione o galleria: si pensi ai *conservatori*, nati con l'idea stessa di museo.

Va puntualizzato, tuttavia, che questa tendenza, per quanto descrittiva di *trend* significativi dal punto di vista dei musei *pubblici*, può essere foriera di confusioni che è bene allontanare.

In particolare:

A) Anzitutto, è bene tenere presente che questa tendenza è strumento ideale dell'affermazione della c.d. *autonomia museale*: un concetto organizzativo, come si vedrà, riferito ai musei *pubblici*, con il quale s'intende veicolare il principio per cui è opportuno che il museo — soprattutto se è di particolare importanza — sia gestito con un'amministrazione e una contabilità autonoma rispetto all'ente di appartenenza. È in realtà a questi riguardi che è corretto parlare di *tendenza alla soggettivizzazione* dei musei.

Per i musei *privati*, però, questo concetto è giuridicamente fuori luogo perché è inutile, dato che non si tratta di garantire né una pubblica funzione né un servizio pubblico, e comunque dato che la libertà di cui godono i soggetti che ne sono titolari già rappresenta ben più che l'autonomia. Le articolazioni organizzative interne delle strutture private sono esplicazione della libertà organizzativa privata e non v'è alcuna sufficiente ragione di interesse pubblico perché questa debba essere limitata con l'imposizione di una siffatta eteronomia.

Tra i musei *pubblici*, per i musei *statali* è espressione di questo obiettivo l'*«autonomo esercizio delle attività»* museali, che è uno degli elementi che debbono caratterizzare, a norma dell'art. 150, comma 4, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 il *trasferimento* a regioni ed ad enti locali *della gestione di musei statali*, da compiere in virtù dell'art. 17, comma 131 della l. 15 maggio 1997, n. 127. Prima ancora ne è espressione la possibile attribuzione di speciale autonomia organizzativa ai musei prevista dall'art. 8, comma 2, d. lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, istitutivo del nuovo Ministero per i beni e le attività culturali: norma primaria in base alla quale, con il conseguente regolamento di organizzazione ministeriale di cui al d.P.R. 29 dicembre 2000, n. 441, art. 12, comma 1, è stato previsto che «*sono organi periferici del Ministero*», tra gli altri, «*b) i musei [...] dotati di autonomia*»; così sono state istituite, con dd.mm. 11 dicembre 2001, alcune soprintendenze speciali per i poli museali di Roma, Firenze, Venezia e Genova, e sono state previste gestioni autonome di altri musei.

Analogamente procede la legge 12 luglio 1999, n. 237 nell'istituire alcuni nuovi musei: il Centro per la documentazione e la valorizzazione delle arti contemporanee, sede del Museo delle arti contemporanee, con il Museo dell'architettura e, nell'ambito della Discoteca di Stato, il Museo dell'audiovisivo, nonché il Museo della fotografia; figure che, dice l'art. 1 della legge, «hanno autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e finanziaria». Il loro ordinamento interno è stabilito con un regolamento ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Coerentemente alla prospettiva dell'art. 150, quello della *autonomia museale* (sub specie di autonomia gestionale, finanziaria e contabile) è uno dei temi identificati dall'Atto di indirizzo ministeriale (d.m. 10 maggio 2001) con cui, a norma del comma 6 di quello stesso articolo, vengono approvati per i musei statali così trasferiti i «criteri tecnico-scientifici e gli standard minimi da osservare nell'esercizio delle attività trasferite, in modo da garantire un adeguato livello di fruizione collettiva dei beni, la loro sicurezza e la prevenzione dei rischi» predisposti dall'apposita Commissione paritetica Ministero-enti territoriali: atto sostanzialmente partecipato sull'asse Stato-Regioni-autonomie (codecisione di regole ordinamentali applicativa del principio di leale cooperazione). Si tratta di condizione *sine qua non* del trasferimento della gestione per compensare il rischio tecnico che in esso è implicito. Malgrado il tenore letterale di certi passaggi interni a questo atto, va considerato che, in ragione della fonte che lo legittima e dell'apporto esclusivamente pubblico alla sua elaborazione, tali criteri non possono essere riferiti che ai soli musei statali trasferiti, e tutt'al più, comunque, ai soli musei dei soggetti *pubblici* i cui rappresentanti hanno partecipato alla sua elaborazione.

B) In secondo luogo, che è ciò che più conta per quanto stiamo esaminando, questa tendenza può portare alla confusione tra *museo* e *istituzione di appartenenza del museo*. Non si deve invece dimenticare che v'è un distinto rapporto giuridico, che è quello del museo con il suo ente di riferimento. Si tratta di un rapporto che non è di *identificazione*, ma di *appartenenza*: la confusione fa slittare invece verso l'*identificazione*. Confusione in cui ad es. cade – tra le non poche sue debolezze in diritto, pari alle pretese di innovazione legislativa – il ricordato Atto di indirizzo ministeriale nella parte (indebitamente: non è un *criterio tecnico-scientifico* né uno *standard minimo*, a parte che non c'è la minima partecipazione privata alla elaborazione

zione delle regole «codecise») dedicata allo *status giuridico*, che con pesanti interferenze sul Codice civile pretende di regolare, dimentico del principio di legalità, anche per i *musei privati*.

4. — Per mettere ordine in questo panorama piuttosto confuso, occorre andare senz'altro e prima di tutto al cuore del problema, il *quid est* del museo.

Come si è rilevato, l'art. 99, comma 2, lett. a) del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*) afferma che, ai fini del comma 1 dello stesso articolo – cioè ai fini della regolamentazione ministeriale della apertura al pubblico dei musei, dei monumenti, delle aree e dei parchi archeologici *statali*, degli archivi di Stato e delle biblioteche pubbliche *statali* – si intende per «*museo*» una «*struttura comunque denominata organizzata per la conservazione, la valorizzazione e la fruizione pubblica di raccolte di beni culturali*».

La definizione è data per i musei statali, ma, dato che non contiene riferimenti alla loro specificità, è valevole per ogni specie di museo, pubblico o privato che sia, purché contenga raccolte di beni culturali.

È stato osservato che questa definizione realizza un abbandono definitivo della concezione reale del museo⁽⁵⁾. A meglio vedere, però, l'utilità della definizione legislativa – che dà voce al diritto vivente – sembra porsi proprio sul versante opposto: essa consiste infatti nel far giustizia della confusione indotta dal qualificare il museo senz'altro come *istituzione*.

La definizione dell'art. 99 chiarisce infatti che *il museo non è un soggetto, è solo una struttura*: come tale non può che appartenere ad un soggetto. Giuridicamente, *il museo è oggetto, non soggetto, di diritti*: questo lo distingue dal soggetto (fondazione, persona fisica, società) che ne è titolare. Non è distinzione da poco, perché refluisce sulla natura e sul regime.

Essendo un *oggetto*, il museo è *organizzato* dal soggetto cui appartiene, secondo i modi di questo: il che significa che, in principio, non ha uno *status* uniforme e tanto meno unitario.

Nemmeno, dal punto di vista amministrativo, si può affermare che il museo è soggetto ad un regime unitario per ciò che attiene la tutela dei

⁽⁵⁾ L. NIVARRA, *Commento all'art. 99*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali* a cura di M. Cammelli, Bologna 2000, p. 327.

beni culturali. Spesso infatti sfugge all'attenzione che *il museo non è un bene culturale*, perché non è di suo una *testimonianza materiale avente valore di civiltà* (secondo la nota definizione della Commissione Franceschini). Ciò che sono, se dichiarate tali, beni culturali sono *le cose* conservate ed esposte nel museo: e può esserlo, per il valore aggiunto dell'insieme, la raccolta delle cose. Ma *il museo è solo un modo di organizzazione della raccolta, della conservazione e della fruizione di beni culturali*. Dunque è il teatro di attività materiali che possono essere al tempo stesso azioni di tutela e mezzi di valorizzazione di beni culturali, non è esso stesso un bene culturale. A questa conclusione si giunge indifferentemente sia che si muova dalla ricordata concezione di *bene culturale* della Commissione Franceschini, sia che si muova dalla concezione reale e normativa recepita dal Testo unico dei beni culturali e ambientali.

Dunque, grazie all'art. 99 si è sgombrato definitivamente il campo dall'idea che il museo, giuridicamente, sia un istituto o un'istituzione, nel senso di persona giuridica.

L'art. 99 parla di una *struttura* e di alcune *attività*.

Gli elementi essenziali della «*struttura*» sono rintracciabili nella *sede*, nella *raccolta*, nei *rapporti giuridici esterni*, nell'*organizzazione*, nell'*amministrazione*. Tutti questi elementi ci dicono che il museo è, al contempo, un bene materiale e immateriale.

Quanto alle *attività* tipiche essenziali, senza le quali non può parlarsi di vero e proprio *museo*, la definizione le mette nel corretto ordine, antepo- nendo il polo della tutela a quello della valorizzazione secondo il principio generale codificato dall'art. 97 del Testo unico. Il museo, infatti, è ordinato anzitutto alla *costituzione e conservazione* delle raccolte e, quindi, alla loro *fruizione* pubblica. Le attività di collezione, ambientazione, restauro, catalogazione, inventariazione precedono in questo corretto ordine non solo logico, ma anche di importanza – e dunque di priorità di intervento – l'attività di esposizione. Mentre la conservazione, come il restauro, è attività da raccordare alla funzione generale della *tutela*, il risultato dell'esposizione, che mette in valore le cose raccolte e potenzia l'efficacia culturale della visita museale, è attività da raccordare alla funzione generale della *valorizzazione*. Il museo svolge infatti sia attività di tutela che attività di valorizzazione di beni culturali (come dimostra, del resto, il pur regionalista trasferimento alle regioni e agli enti territoriali dei musei sta-

tali a norma del ricordato art. 150 d.lgs. n. 112 del 1998, che al comma 4 si preoccupa comunque di precisare che restano «*salve le funzioni e i compiti di tutela riservati allo Stato*»).

Dalla ricognizione di queste attività tipiche deriva un'importante considerazione: che non sono essenziali al museo i c.d. *servizi aggiuntivi* museali, o come oggi dice l'art. 112 del Testo unico dei beni culturali e ambientali, quelli di *assistenza culturale* e di *ospitalità per il pubblico: divulgazione, accoglienza e supplementari*. Questi offrono utilità didattiche, scientifiche, commerciali e pratiche che sul museo si basano, ma non ne fanno parte intrinseca. La dizione «*aggiuntivi*» ha il pregio di indicare che si aggiungono, come un supplemento, alle attività essenziali, che sono quelle appena ricordate. Un museo è tale, in altre parole, anche se è privo di questi servizi: ciò che è indefettibile, per essere definito museo, è che svolga quelle attività essenziali. Per i musei pubblici (solo per i musei pubblici) la disciplina fondamentale dei servizi aggiuntivi è stata posta dalla c. d. *legge Ronchey* (legge 14 gennaio 1993, n. 4), incentrata sul principio di affidabilità in concessione a privati di questi servizi: i musei privati provvedono a loro piacimento, o direttamente o affidandoli a terzi di loro fiducia.

5. — Le identità tra le due figure, *museo pubblico* e *museo privato*, si arrestano dunque alla descrizione della struttura e delle funzioni. E non può non essere così, perché si tratta a ben vedere di un unico genere, che comprende le due specie. Il resto è differenza.

Come si vedrà, questo dato è di grande importanza e serve a dissipare equivoci e confusioni.

Appena infatti si approfondisce la questione, appare chiaro che sotto la generica espressione di «*museo*» si presentano – malgrado l'eguale denominazione, le analogie di struttura e le simiglianze di fatto – due categorie giuridicamente non omogenee né simmetriche, soggette a regimi affatto diversi: i *musei pubblici*, che – in prima approssimazione – sono quelli le cui raccolte sono appartenenti ad una pubblica amministrazione, e i *musei privati*, che sono quelli le cui raccolte sono appartenenti a soggetti privati o ad enti ecclesiastici. Diverso è lo *statuto* delle due categorie e diverso ne è il *regime*.

Ma procediamo con ordine. La confusione è indotta dalla crescente incertezza dei confini tra queste due specie.

6. — L'esperienza degli ultimi anni insegna che la polarizzazione tra le due categorie tende a sfumare. Sta sorgendo, sul versante dei musei pubblici, un'ampia varietà di situazioni intermedie, che richiede ormai un regolamento di confini, una codificazione dei tratti distintivi. Se da un estremo c'è il museo senz'altro pubblico e dall'altro c'è il museo senz'altro privato, la crescente varietà intermedia di figure più o meno miste innesta elementi privati su elementi pubblici. Il museo *pubblico* non sempre è più, come in passato, a totale connotazione pubblicistica, per *appartenenza*, per *gestione*, per *servizi*. La strumentazione normativa e la prassi mostrano oggi un'ampia gamma di ibridazioni; con un crescendo che va da modelli che sono stati detti di *esternalizzazione di servizi collaterali* a modelli di *collaborazione pubblico-privato*, a ipotizzati modelli di affidamento globale in gestione.

A tentare un catalogo delle possibili ibridazioni dei musei pubblici già presenti nella normativa statale vigente, è possibile ad oggi rilevare:

a) la *concessione a privati dei servizi museali aggiuntivi*, cioè quelli di assistenza e ospitalità per il pubblico (art. 113 TUBC, già art. 4, commi 3 e 4 del decreto-legge 14 novembre 1992, n. 433, conv. dalla legge 14 gennaio 1993, n. 4: c.d. legge Ronchey; art. 3 legge 8 ottobre 1997, n. 352);

b) la *concessione in uso a privati di singole cose* contenute nei musei pubblici (art. 114 TUBC, già art. 4, comma 5-ter, della stessa legge Ronchey);

c) la *concessione per la gestione* di funzioni museali, a privati o a soggetti *ad hoc* dalle forme privatistiche ma a partecipazione, totale o parziale, pubblica. Le norme sono ambigue, caratterizzate come da un'inespressa riserva mentale del trasferimento di funzioni museali essenziali, non solo cioè aggiuntive. L'art. 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 (di istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59) prevede varie forme di «*accordi e forme associative*»; tra queste:

i) a norma della lett. b), il Ministero «*ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni, e in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali*»⁽⁶⁾ può, oltre che stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati, «*costi-*

⁽⁶⁾ Ma oggi, a seguito della modifica introdotta dall'art. 80, comma 52, lett. a) della legge 27 dicembre 2002, n. 289, ai fini della «*gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale individuati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettere b) e c), del regolamento di cui al decreto del presidente della Repubblica 7 settembre 2000, n. 283*».

tuire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società» (e come precisato dalla modifica introdotta dall'art. 4 della legge 29 dicembre 2000, n. 400: «*secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400*»). Con d.m. 27 novembre 2001, n. 491 è stato approvato il regolamento sulla costituzione e la partecipazione a *fondazioni* (fondazioni di partecipazione, dunque, secondo una nota recente formula elaborata dalla pratica notarile) da parte del Ministero, che disciplina siffatte fondazioni: queste sono, dice il regolamento, soggetti «*aventi personalità giuridica di diritto privato*», l'atto costitutivo e lo statuto «*si conformano alle disposizioni di legge e del presente regolamento*», hanno ben sei organi, sono sottoposte alla *vigilanza* e a pesanti poteri di *ingerenza* del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e sono destinate a «*perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni e, in particolare, la gestione e valorizzazione dei beni culturali e della promozione delle attività culturali*»; per esse è possibile la *partecipazione ministeriale* anche mediante «*conferimento in uso di beni culturali*», e svolgere direttamente i servizi aggiuntivi museali. Si è tentato di abbozzare con queste formule l'idea di un possibile affidamento di attività museali, in quanto queste siano riconducibili alla «*valorizzazione dei beni culturali*». L'ambiguità della formula, tuttavia, non giungeva ad essere tale da consentirne una reale praticabilità. Il tentativo è rimasto dunque incompiuto. Va considerato che sullo schema di analogo regolamento per le *società*, di cui parla lo stesso art. 10 d.lgs. n. 368 del 1998, il recente parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1794/2002 del 26 agosto 2002 ha affermato che il Ministero non ha più questa competenza a regolamentare, trattandosi di *valorizzazione* e questa ormai, dopo la riforma del Titolo V Cost., competendo alle Regioni: sicché oggi si versa, sul tema, in una situazione di incertezza normativa.

ii) a norma della lett. b-bis), introdotta dall'art. 33 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, «*dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico*»⁽⁷⁾ ... «*secondo modalità, criteri e garanzie definiti con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400*». Si precisa che il regolamento dovrà stabilire «*le procedure di affidamento dei servizi*» mediante licitazione privata e «*i rispettivi compiti dello Stato e dei concessionari riguardo alle questioni relative ai restauri e all'ordinaria manutenzione dei beni oggetto del servizio, ferma restando la riserva statale sulla tutela dei beni*», e che dovrà sta-

⁽⁷⁾ Ma oggi, a seguito della modifica introdotta dall'art. 80, comma 52, lett. b) della l. 27 dicembre 2002, n. 289, i «*servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale*».

bilire «i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali», attenendosi ai principi stabiliti all'articolo 2, comma 1 dello Statuto dell'*Internationale Council of Museums*. Si aggiunge che lo stesso regolamento fissa i meccanismi per la determinazione della durata della concessione, almeno quinquennale, e del canone⁽⁹⁾. Dal tenore definitivo della disposizione, per quanto ridondante con le precedenti, si argomenta che la concessione può invece riguardare soltanto i servizi aggiuntivi.

iii) la legge 6 luglio 2002, n. 137 (*Delega per la riforma dell'organizzazione del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché di enti pubblici*), all'art. 10 (*Delega per il riassetto e la codificazione in materia di beni culturali e ambientali, ecc.*) attribuisce al Governo la delega per il riassetto e la codificazione delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali; tra i principi e criteri direttivi, prevede l'aggiornamento, tra l'altro, degli strumenti di conservazione e protezione dei beni culturali, «anche attraverso la costituzione di fondazioni aperte alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati»; e «riorganizzare i servizi offerti anche attraverso la concessione a soggetti diversi dallo Stato mediante la costituzione di fondazioni aperte alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati, in linea con le disposizioni di cui alla lettera b-bis) del comma 1 dell'articolo 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, e successive modificazioni». Anche qui, come si vede, si ripropone lo strumento della fondazione di partecipazione.

Per tornare al nostro tema, la pratica dirà come tali «fondazioni» siano compatibili con lo schema offerto dal Libro I, Titolo II del Codice civile, cui rinvia un'apposita clausola (art. 2, comma 3, seconda parte: «Per la definizione di ogni altro rapporto giuridico con le fondazioni, si applicano le disposizioni di legge e del codice civile») del regolamento di cui al d.m. 27 novembre 2001, n. 491, e dell'autentica natura, pubblica (di cui già si dubita in dottrina) o privata, di questi soggetti. Ma che un siffatto soggetto sia qualificato, come testualmente afferma all'art. 1 la normativa regolamentare ricordata, «personalità giuridica di diritto privato», poco muta circa la natura del museo. Il museo, infatti, è la struttura, non il soggetto giuridico cui essa appartiene o che esso gestisce.

⁽⁹⁾ Osserva S. FOÀ (*Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal Ministero per i Beni e le Attività culturali*, in www.aedon.it, n. 1/2002) che la formula del disegno di legge lasciava prevedere il trasferimento dell'intera attività di valorizzazione ai privati, e non solo della gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione.

Non è dunque di queste particolari fondazioni che qui ci si vuole occupare, ma dei musei cui si riferiscono. La distinzione è importante, perché ben può essere che il museo resti pubblico anche se è gestito da un soggetto privato.

7. — In sintesi, da queste considerazioni si può trarre una conclusione: che per quanto in prima approssimazione si possa propendere per una distinzione (tra museo pubblico e museo privato) in base alla titolarità della gestione, la varietà delle forme e delle modalità in cui questa si esplica e la progressiva integrazione tra pubblico e privato che essa vede, sia organizzativa che funzionale, rendono difficile ancorare ad un tale profilo i fondamenti di questa divisione concettuale che, per le conseguenze che comporta, può ricordare quella tra enti pubblici e persone giuridiche private.

Certo, nella forma per così dire pura, la gestione potrebbe rappresentare un sufficiente indice di riconoscimento, considerato anche che alla gestione pubblica non può che corrispondere una raccolta, almeno in modo dominante, di appartenenza pubblica: sicché il dire che un museo che contiene una raccolta appartenente ad un ente pubblico e gestita da questo è un museo pubblico è senz'altro esatto, quasi lapalissiano.

Ma l'affacciarsi di queste figure di concessioni (totali o parziali, costitutive o traslative, dirette o a figure miste) che riguardano musei in origine pubblici, o che comunque vengono istituiti per contenere raccolte di appartenenza pubblica, sta comportando un coinvolgimento del privato nel pubblico, nel momento dell'esercizio, che rende il criterio della gestione, proprio laddove più è necessario identificare il corretto regime da applicare in concreto, del tutto insoddisfacente per dare certezze.

Si delinea ormai, insomma, un ampio spettro intermedio tra la forma pura del museo pubblico e la forma pura del museo privato che impone verifiche ed approfondimenti.

8. — Il criterio che offre maggiori certezze per la distinzione è quello che muove da principi e norme fondamentali dell'ordinamento, contenuti nel Codice civile e nelle leggi, in tema di beni.

Esso affonda sulla configurazione dominicale delle raccolte contenute nei musei: corrisponde a quella, riguardante il diritto su di esse, tra i

fondamentali demanio e proprietà. Per gli artt. 822 e 824 c.c., infatti, «*le raccolte dei musei*», quando appartengono allo Stato o ad un altro ad un ente locale, fanno parte del demanio e sono soggette al relativo regime giuridico. Come ha definitivamente chiarito il d.lgs. n. 490 del 1999 sulle oscillazioni giurisprudenziali⁽⁹⁾, trattandosi di beni culturali appartengono al «*demanio storico, artistico e archivistico*» e «*sono assoggettati al regime proprio del demanio pubblico*» (art. 54), pertanto «*sono destinati al godimento pubblico*» (art. 98). Quando invece appartengono ad altri soggetti, in specie ai privati, esse sono in piena proprietà, e dunque in godimento e disponibilità, del loro titolare. Quando appartengono ad enti pubblici non territoriali, sono beni del loro patrimonio indisponibile.

La demanialità consiste nell'attitudine di un bene ad esplicitare interessi di natura generale inerenti all'attività dello Stato o dell'ente pubblico che ne è titolare. Nella demanialità è insita l'effettiva necessaria destinazione del bene alla soddisfazione di interessi generali, secondo l'attitudine del bene, e l'accesso o uso generale, *uti civis*, al bene e l'incommerciabilità. Le ricordate disposizioni del Testo unico non fanno altro che codificare questi principi immanenti alla natura demaniale.

La caratterizzazione di un museo verso il pubblico o il privato è data dalla *prevalenza* (in termini quantitativi o qualitativi) tra le cose esposte nel museo, dell'una o dell'altra *appartenenza*. Questa è la prospettiva con cui la questione va esaminata: si distingue partendo dal basso, vale a dire dalle cose, per risalire al museo; non dall'alto, partendo dal soggetto gestore, per scendere al museo. L'elemento fondamentale, la ragion d'essere di questa struttura che è il museo, per quanto se ne possa esaltare la dimensione organizzativa, è e resta *la raccolta*. Questa, a sua volta, è appunto soggettivamente caratterizzata dall'appartenenza principale per qualità e quantità.

⁽⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 1988, n. 568 nel senso della perdurante vigenza della alienabilità *ex art.* 24 l. n. 1089 del 1939; Cons. Stato, Ad. gen., 13 luglio 1989, n.59, in *Foro it.*, 1990, III, c. 335 nel senso della inalienabilità come conseguenza del regime demaniale. Cass., 6 aprile 1966, n. 898 aveva affermato l'innovatività del regime demaniale dettato dal codice civile e dunque la sua prevalenza su quello della legge Bottai. La disciplina del d.P.R. 7 settembre 2000, n. 283, emanato in attuazione dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, regolamentando con una rigorosa disciplina l'alienabilità dei soli immobili statali, ha implicitamente ribadito l'inalienabilità delle cose mobili di queste raccolte.

Tutto ciò fa sì che *un museo pubblico possa custodire secondariamente, senza mutare natura, cose private come che, viceversa, un museo privato possa custodire secondariamente cose facenti parte di raccolte demaniali provenienti da musei e pinacoteche pubblici* (ad es., per concessione in uso).

Tornando alla rassegna di figure *ibride* cui sopra si è detto, ne deriva una conseguenza importante: che *non sono privati, ma pubblici a gestione privata, i musei di contenenti raccolte di appartenenza pubblica affidate, con quello che è stato chiamato un modello di esternalizzazione, in concessione, per la gestione, a privati veri e propri o a soggetti a regime privato ma emanazione di enti pubblici*. Poco importa, da questo punto di vista, che si tratti davvero, o meno, di «*persone giuridiche private*», come vorrebbe il regolamento ricordato.

Quanto ai musei affidati a enti a costituzione o a partecipazione mista, come ad es. quelli statali affidati in gestione alle fondazioni di partecipazione, o ad associazioni o società ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 368 del 1968, essi saranno da considerare pubblici o privati a seconda della *prevalenza* o meno della appartenenza pubblica della raccolta: anche qui la natura del soggetto in cui questa partecipazione si istituzionalizza, e che gestisce il museo, non è dirimente. È il caso di sottolineare che, nell'ipotesi in cui l'appartenenza pubblica della raccolta sia non prevalente, non per questo viene meno il regime demaniale che la riguarda.

Insomma, se si volesse parlare di *indice di riconoscimento* del museo pubblico, esso sarebbe rappresentato dalla configurazione dominicale della parte prevalente, quantitativamente o qualitativamente, delle raccolte.

La considerazione centrale è che così si mette in luce un rapporto tra tre diversi livelli, che non sempre possono coincidere quanto a natura: *ente - museo - raccolta*. È la *condizione proprietaria* dell'ultimo, del più «basso» di questi tre a determinare lo *status* di quello intermedio, non, per così dire dall'alto, la natura (pubblica o privata) del primo.

9. — Lo statuto demaniale della raccolta evidenzia un altro elemento essenziale: che il museo pubblico realizza necessariamente un *servizio pubblico*. Alla demanialità corrisponde un regime e il vincolo di destinazione delle cose, che caratterizza il regime del demanio, esiste in quanto l'appartenenza della raccolta è di un ente territoriale. È per questo che *il museo pubblico è un servizio pubblico* (in senso soggettivo, in quanto la sua raccolta è appartenente ad un ente pubblico) e non può non essere tale, per-

ché la forma «museo» è il modo di organizzare conservazione, valorizzazione e fruizione pubblica delle raccolte demaniali di beni culturali, vale a dire il modo per assicurare il loro necessario uso generale.

Da questa condizione proprietaria deriva la più importante delle conseguenze, che caratterizza il museo pubblico rispetto al museo privato: *il museo pubblico è un servizio pubblico, e si contrappone al museo privato, che è una libera esplicazione di attività (un servizio privato)*.

Si è detto: servizio pubblico in senso soggettivo; ma occorre fare alcune precisazioni.

La relazione tra i tre elementi (ente, museo, raccolta) è di appartenenza, a titolo vario: proprietà, concessione, ecc. L'appartenenza della raccolta è da tenere distinta dall'appartenenza, se di ciò si può parlare, del museo.

Per quanto interessa la distinzione tra museo pubblico e museo privato, non è risolutivo che il museo (vale a dire: gli elementi immateriali in esso strutturalmente organizzati) appartenga, direttamente o indirettamente, ad un ente pubblico. *Ciò che conta, e che qualifica il museo, è l'appartenenza della parte prevalente (quantitativamente o qualitativamente) dell'altro elemento strutturale, quello materiale, quello che costituisce la sua ragion d'essere, la raccolta*. Il museo non è pura espressione di ricerca o di didattica, senza la raccolta non esiste ed è naturale che questa ne resti comunque l'elemento qualificante.

Prima conseguenza di una tale qualificazione è che gli immobili in cui è contenuto il museo dello Stato o dell'ente locale, essendo «*destinati a un pubblico servizio*», vanno qualificati come beni del patrimonio indisponibile a norma dell'art. 826, ultimo comma, c.c. Non solo: la stessa qualificazione riguarda, a norma dell'art. 830, secondo comma, c.c., la condizione dei musei appartenenti ad enti pubblici diversi dallo Stato e dagli enti locali, essendo del pari «*destinati ad un pubblico servizio*».

Altra conseguenza di non poco significato è che il rapporto concessorio, nelle figure ibride che si sono dette, sarà sempre di *concessione di servizio pubblico*. Con tutto quello che ne deriva.

Circa i c.d. *servizi aggiuntivi* ai musei pubblici (riproduzione e vendita di beni culturali, di cataloghi, di materiale informativo; caffetteria, ristorazione, guardaroba), si tratta di elemento accessorio eventuale e facoltativo (cfr. art. 112, comma 1, TUBC) la cui natura non si riverbera sul

principale, cioè sul museo stesso; e nemmeno ne è mutuata: correttamente dunque l'attività dei concessionari è stata definita dal Consiglio di Stato come di natura privatistica e commerciale⁽¹⁰⁾: questo, ma solo questo, non è un servizio pubblico.

La circostanza che i *servizi aggiuntivi* siano svolti in forma privata (cfr. art. 112 TUBC) corrisponde dunque alla loro reale natura. Altro è che sia svolta in forma privata l'attività dei *servizi culturali*, a mente dell'art. 113-bis del *Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 introdotto dall'art. 35, comma 15, della legge finanziaria 28 dicembre 2001, n. 448, che consente di assegnare mediante affidamento diretto i *servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale* (comma 1) o i *servizi culturali* (comma 3).

Eguale dicasi per gli *altri servizi annessi* (accoglienza, informazione, guida, gestione di centri di incontro; vigilanza, biglietteria, organizzazione di mostre ed altre iniziative promozionali), di cui all'art. 112, comma 2, lett. g) e 113, comma 2, TUBC: già art. 47-*quater* decreto-legge 23 febbraio 1995, n. 41, conv. dalla legge 22 marzo 1995, n. 85).

In sintesi, la costituzione e l'esercizio di un museo non è un *servizio pubblico* se non in termini meramente *soggettivi* e lo è solo per ciò che attiene alle attività essenziali del museo.

10. — Per contro — rispetto a quello che si è detto per i musei pubblici — nel caso di un *museo privato* l'attività è una *libera attività* organizzata, economica o non economica, rivolta al pubblico, espressiva della libertà della cultura (art. 33 Cost.) o del diritto di impresa (art. 41 Cost.). Benché privata, questa attività realizza una finalità che, in quanto riguardante la tutela, promozione e la valorizzazione di beni culturali quando non anche la promozione della cultura e dell'arte, l'ordinamento definisce di *utilità sociale*, e segnatamente di *solidarietà sociale*, perché immanentemente «eterodestinata» a beneficio della collettività diffusa (art. 10 d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale); è un'attività che si iscrive dunque a pieno titolo, per l'espresso riconoscimento della sua meritorietà, nel c.d. *privato sociale*, o *terzo settore*: collocazione che da giusto conto della corrispondenza tra spontanea destinazio-

⁽¹⁰⁾ Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 1995, n. 1532, in *Foro it.*, 1996, III, c. 405.

ne alla fruizione pubblica e costituzione di una nuova utilità generale, con evidenti implicazioni concettuali – che non è qui il caso di trattare – riguardo al sostenimento anche pubblico dei costi e alle agevolazioni pubbliche. Se comunque, dimenticando quest'originaria spontaneità, si pretendesse invece di qualificare tale attività *servizio pubblico* al pari di quella dei musei pubblici, si raggiungerebbero conseguenze paradossali: i comportamenti degli amministratori dei *musei privati* sarebbero assoggettati al regime penale degli incaricati di pubblico servizio; le loro controversie sarebbero sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; i loro contratti sarebbero assoggettati alle disposizioni in tema di evidenza pubblica; ecc.

L'indagine giuridica si è, ad oggi, concentrata sui *musei pubblici*, che sono quelli di gran lunga più importanti, e tra questi sui *musei statali* o sui *musei degli enti locali*. Le leggi, del resto, è di questi che quasi sempre si occupano, perché per i *musei privati*, espressione della libertà di iniziativa, provvede essenzialmente, quando necessario, *l'autonomia privata* colmando quello spazio vuoto di norme (poste dall'esterno) che è loro riservato.

Ma di tale naturale spazio vuoto da un lato, e dalla genericità del riferimento dall'altro, *non di rado si è equivocato per ricondurre i musei privati alla disciplina di quelli pubblici*. Così, le leggi di talune regioni, portando un apodittico *obiter dictum* della giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 28 luglio 1988, n. 921⁽¹⁾) oltre l'obiettivo, che era quello meramente *organizzativo* di definire l'ambito della (allora) competenza legislativa regionale (alle regioni spettava, per il precedente testo dell'art. 117 Cost., di legiferare in via concorrente in materia di «*musei e biblioteche degli enti locali*»), usano della formula «*musei degli enti locali e di interesse locale*» per omologare quanto a disciplina sostanziale i musei dei privati a quelli degli enti locali, come se l'attribuzione di una competenza legislativa implicasse l'identità di natura e di disciplina dei suoi oggetti: si veda la l.r. Umbria 3 maggio 1990, n. 35 (*Norme in materia di musei degli enti locali e di interesse locale*); e la l.r. Marche 24 marzo 1998, n. 6 (*Nuove norme in materia di salvaguardia e di valorizzazione del patrimonio culturale delle Marche e di organizzazione in sistema del museo diffuso*).

Queste azioni di omologazione o di assimilazione di disciplina, costi-

⁽¹⁾ In *Foro it.*, 1991, I, c. 731.

tuzionalmente discutibili, inducono a riserve e a doglianze che ormai si spingono fino a reclamare che la naturale libertà in cui opera il museo privato sia legislativamente riconosciuta e garantita con un'apposita normativa. Indicative, ad es., sono le recenti valutazioni della Giunta Esecutiva dell'ICOM-Italia sulla nessuna considerazione della «*esistenza, minoritaria, ma tutt'altro che insignificante, di musei 'privati' – sul piano della proprietà quanto dello status giuridico – i cui operatori hanno faticato non poco a riconoscersi in un dibattito apparso sovente forzato e aprioristico*»⁽²⁾.

11. — È opportuno analizzare le specificità della specie *minoritaria e autoregolata*, i musei privati, per poi mettere ordine ai rami principali di questo albero di concetti.

I *musei privati* differiscono profondamente dai musei pubblici, non solo per *appartenenza*, ma anche per *natura giuridica* e, conseguentemente, per *regime*. Le identità e le similitudini tra i due tipi di museo, che constatiamo nella pratica, si svolgono sul piano del fatto, non del diritto: non sono cioè *doverose*.

Il fondamento della diversità di natura muove dal dato pregiudiziale.

A questo fine è utile una breve digressione su un'analogia che troppo spesso viene prospettata, quella tra *museo* e *azienda*. Non è infrequente, nel quasi silenzio dei giuristi attorno al concetto di museo, assistere a considerazioni di non giuristi (o di atti particolari, come il ricordato *Atto di indirizzo* ministeriale) che la evocano, e che vedono nella prospettiva che questa analogia sembra comportare, un elemento risolutivo, quasi connaturale alla declamata *autonomia museale*. Concetto, questo, che si è detto nascere come riferito ai musei pubblici: il principio che ne deriva, che il museo sia gestito con una gestione e una contabilità autonoma rispetto all'ente di appartenenza, comporterebbe come osservato una soggettivizzazione, anche formale, dei musei pubblici. E, implicitamente, si profila la tesi che una gestione «aziendale» dei musei pubblici ne comporterebbe l'assoggettamento ad un regime depubblicizzato: vale a dire privato.

Il ragionamento è strumentale a questioni organizzative di assetto interno alla pubblica amministrazione (esso è alla base di nuove figure

⁽²⁾ In *Considerazioni sulla situazione dei musei italiani*, in *Nuova museologia*, n. 6/2002, p. 3.

amministrative statali) e, in termini sostanziali e assoluti, non può essere condiviso: l'analogia con l'azienda è del tutto inutile a definire il museo privato; a maggior ragione è inutile a suffragare uno spostamento di regime del museo pubblico verso il privato.

Il definire il museo come struttura distinta da un soggetto, il parlare di appartenenza del museo sono gli elementi che possono effettivamente indurre a comparazioni con l'azienda e la sua appartenenza. Si può convenire che dire che un museo appartiene ad un soggetto significa dire che gli elementi immateriali strutturalmente organizzati in museo (essenzialmente, i rapporti giuridici che ad esso fanno capo) sono imputabili a quel soggetto. Ma questo è quanto, perché per il resto l'analogia giuridica non riesce: non c'è *eadem ratio*, ad es., per quel che riguarda le vicende dell'azienda (trasferimento, divieto di concorrenza, successione nei contratti, sorte dei crediti e dei debiti, continuazione dei rapporti di lavoro con l'acquirente).

Diversamente, poi, da quanto avviene in tema di azienda (dove i fattori produttivi materiali non sono, di solito, beni demaniali), in tema di musei la qualificazione di *servizio pubblico soggettivo* discende non dal tipo di attività esercitata (servizio pubblico in senso oggettivo), né dalla natura dell'ente cui questa è imputabile (servizio pubblico in senso soggettivo quanto ad ente), ma dal *vincolo di destinazione delle cose* (servizio pubblico in senso soggettivo quanto ad appartenenza della raccolta), di cui è composta la struttura.

Ma l'analogia con l'azienda non regge prima e sopra di tutto per quanto riguarda ciò che di essenziale c'è in un'azienda, la struttura e la funzione economica, il *risultato economico*. A parte l'eventuale ritorno di immagine per l'eventuale impresa, istituire ed esercitare un museo privato è sempre, finanziariamente, un'operazione in perdita: i costi superano sempre, e di molto, i ricavi, e tanto basta a sciogliere il tema dell'analogia, senza mettere mano all'aspetto dell'indisponibilità dei beni che si vorrebbero «aziendali».

Semmai è da dire, e con riguardo ai musei privati, che questa passività economica consapevole fa della *datio* che presiede alla loro esposizione alla fruizione pubblica un'operazione socialmente virtuosa (non solo culturalmente, ma anche economicamente, per via delle esternalità che crea). Curare e valorizzare una raccolta rappresenta la non dovuta creazione di

una ricchezza intellettuale, di una nuova utilità che viene spontaneamente offerta al pubblico dei fruitori, che ne beneficia in arricchimento di conoscenza. È insomma una forma di liberalità (donazione) offerta al pubblico dei fruitori, un moderno mecenatismo a destinazione (non individuale, ma) sociale. Questo trasferimento di nuova utilità dal privato alla collettività giustifica gli eventuali interventi pubblici di aiuto e sostegno.

12. — Abbandonata la via di improprie assimilazioni, si deve tornare al vero tema giuridico, che è quello non della forma giuridica del soggetto, o del modo di organizzazione dei mezzi, ma della oggettiva natura del *servizio* offerto, e lì esaminare le differenze.

Dalla connotazione proprietaria discende, come s'è detto, che un museo pubblico costituisce una forma di *servizio pubblico*, un museo privato rappresenta una forma di *servizio privato*. Mentre il *servizio pubblico* corrisponde ad un'attività amministrativa di una pubblica amministrazione, e dunque è necessaria, doverosa e vincolata, imposta com'è dalla generalità del prelievo tributario, il *servizio privato* — che è invece una manifestazione individuale dell'*iniziativa privata* e del *rischio* che le è immanente — corrisponde, per quanto come si è detto di *utilità sociale*, ad un'attività spontanea e facoltativa di un soggetto privato, che in principio è *libera* per esistenza, modalità di esercizio, destinatari, ricavi. Un *museo privato* dunque, come può aprire se e quando vuole, altrettanto può chiudere, darsi a piacimento organizzazione e orari, assumere personale, selezionare i suoi visitatori, al contrario di un museo pubblico. Il museo privato *risponde solo a se stesso*, o meglio al soggetto privato cui appartiene, in base al principio di libertà, che implica l'*autodeterminazione* e l'*autoresponsabilità*. Per questo, malgrado le apparenze di fatto e l'eguale denominazione di «museo», le due categorie non sono omologabili.

Nemmeno un museo privato deve necessariamente essere conformato ai «*criteri tecnico-scientifici e standard minimi*» approvati con l'*atto di indirizzo* di cui al decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 10 maggio 2001. Infatti questi criteri, come si è ricordato, sono previsti dalla legge nel quadro del trasferimento a regioni ed ad enti locali della gestione di musei statali, in funzione di garanzia del livello tecnico da rispettare da parte di regioni ed enti locali per adeguatamente gestire quei musei: pertanto, checché si dica nel documento che li accompagna (che li vorrebbe

estesi ai musei privati), non sono obbligatori per i musei privati. Se il museo privato si adegua ad essi, lo fa volontariamente e senza esservi tenuto. Questo a tacere del fatto che alcuni di questi criteri, calibrati come sono sui musei delle pubbliche amministrazioni, sono per loro natura inadattabili alla figura del museo privato, come quello che prevede uno statuto o regolamento del museo.

Per i *musei privati* vale dunque più che mai il principio generalissimo che tutto ciò che non è vietato o limitato è libero. La sola limitazione che li può riguardare è quella derivante dall'eventuale vincolo storico-artistico sulle sole loro *collezioni*, a norma dell'art. dell'art. 5 della legge 1 giugno 1939, n. 1089, oggi art. 1, comma 1, lett. c) e 21, comma 3, d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), per il quale dette collezioni non possono essere smembrate senza l'autorizzazione ministeriale. Per il resto, tutto è libero sia quanto a proprietà sia quanto ad attività.

A differenza allora di quanto avviene per i musei pubblici, per questi musei privati, che espongono beni di proprietà privata (quand'anche singolarmente, o come raccolta, vincolati) e la cui benemerita vicenda di offerta al pubblico godimento è del tutto spontanea, l'autoresponsabilità rappresenta la migliore garanzia del livello di qualità. Il fruitore troverà in questo la sua soddisfazione. Il che testimonia come lo sviluppo della cultura sia anzitutto un fatto sociale. Ove si dubitasse di questo, si dubiterebbe della sua stessa libertà.

STEFANIA STEFANELLI

L'ATTIVITÀ DI IMPRESA DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA

SOMMARIO: 1. Imprenditorialità ed economicità nell'attività delle fondazioni di diritto privato. — 2. Per la configurabilità di un'impresa «sociale»: la tesi della neutralità delle forme. — 3. Le ragioni storiche dell'ibridismo delle Casse di Risparmio. Le fondazioni bancarie come enti *non profit* con fini di *sympathy*. — 4. Le imprese strumentali all'intervento delle fondazioni nei settori rilevanti. — 5. L'imprenditorialità come diretto sostegno allo sviluppo economico locale. — 6. Sul concetto di strumentalità e marginalità. Ipotesi di studio sulla sanzionabilità dell'obbligo di prudente amministrazione. — 7. Sul «controllo» delle imprese strumentali: per l'ammissibilità di una fondazione-holding *non profit*. — 8. La nozione di «controllo» accolta dal d.lgs. 153 del 1999. Alcune rilevanti antinomie. — 9. La nozione di «controllo» adottata dal T.U. bancario. — 10. Conclusioni.

1. — L'art. 2 della legge n. 461 del 1998 e l'art. 3, comma 1°, del d.lgs. n. 153/1999, che ammettono le fondazioni bancarie allo svolgimento di attività di impresa, ancorché direttamente strumentale ai fini statutari, nei settori ammessi, costituiscono senza dubbio il luogo di più chiara emersione e di recepimento normativo dell'opinione ormai diffusa in dottrina e condivisa dalla giurisprudenza che ammette gli enti senza scopo di lucro all'esercizio di attività di impresa.

Tanto, a dispetto della tralatizia affermazione per cui la distinzione tra società ed enti disciplinati dal I libro del codice civile riposerebbe essenzialmente sulla natura altruistica di tali enti e della loro attività, incompatibile con il carattere di economicità tipico della gestione di impresa, a sua volta inscindibilmente legato allo scopo della ripartizione degli utili. Da tale impostazione consegue che, essendo la società l'unica forma di esercizio non individuale dell'attività di impresa conosciuta nell'ordinamento italiano, ogni associazione o fondazione che svolgesse tale attività, dovrebbe essere assoggettata alla disciplina del libro V del codice civile, con disapplicazione del decreto presidenziale di riconoscimento e declaratoria di sussistenza di una società di fatto esercente at-

tività commerciale ⁽¹⁾.

Lo studio dei rapporti di compatibilità tra fondazione e impresa introduce, così, all'essenza degli enti del primo libro, per i quali sarebbe necessaria la presenza di uno scopo socialmente utile, o di pubblica utilità, non tanto per la disciplina speciale delle fondazioni, quanto per il disposto dell'art. 699 c.c., che ammette la validità della disposizione testamentaria che destini perpetuamente erogazioni a favore di persone appartenenti ad una famiglia determinata, solo ove le attribuzioni siano destinate a «premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento ad una professione o ad un'arte, opere di assistenza, o per altri *fini di pubblica utilità*».

La *ratio* della norma, eccezionale rispetto al divieto di sostituzione fidecommissaria in quanto ammette l'erogazione di annualità successive a soggetti determinati o determinandi solo ove ciò realizzi al tempo stesso uno scopo di pubblica utilità, conduce ad affermare la necessaria sussistenza dell'identico scopo nel negozio di fondazione, che realizza il medesimo risultato in termini di perpetuità dell'erogazione, e che, nel caso della fondazione di famiglia di cui all'art. 28, ult. cpv., c.c., è assolutamente speculare, destinando i vantaggi a favore di una o più discendenze determinate. Argomentazione rafforzata dalla previsione della scarsa utilità dello scopo quale causa di estinzione o di trasformazione dell'ente ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. A. FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 987 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica, I soggetti*, Milano, 1990, p. 315, esclude che una fondazione sia legittimata all'esercizio di un'impresa commerciale, neppure ove il profitto venga utilizzato per scopi altruistici.

⁽²⁾ Cfr. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1969, p. 182 e ss., considera antecedente dell'art. 28 c.c. l'art. 2 della l. 17 luglio 1890, n. 6972, che escludeva dalla disciplina delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza le «fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie determinate» ove non realizzassero al contempo fini di sostegno ai rami poveri di quelle stesse discendenze. La dottrina maggioritaria si spinge fino ad ammettere la fondazione ad uno scopo non individuale ma quantomeno di «utilità collettiva, se non necessariamente pubblica, intendendosi per utilità collettiva non necessariamente una collettività estesa»: v. M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni*, in *Tratt. dir. priv. dir.* da Rescigno, vol. 2, t. 1, Torino, 1999, p. 450. Cfr. anche F. LOFFREDO, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2001. In contrario, però, oltre a quanto si dirà più avanti in tema di neutralità delle forme, si può obiettare che il medesimo risultato di segregazione di un patrimonio e destinazione a beneficiari determinati si può legittimamente ottenere attraverso un *trust*, e pertanto viene meno la ragione del-

Per la medesima ragione, non sarebbe ammissibile costituire una fondazione perché gestisca un'impresa con lo scopo di devolverne gli utili al fondatore finché sia in vita e, successivamente, ai suoi eredi, realizzandosi così, nei termini della moderna società industriale, l'analoga funzione di immobilizzazione della ricchezza che il fedecommesso ha svolto nell'economia fondiaria.

Va dunque richiamata quale base di riferimento dell'indagine l'analisi condotta in dottrina circa gli scopi perseguibili dalle fondazioni, per la cui meritevolezza si giustifica la concessione legislativa di privilegi e deroghe ai principi comuni, tipicamente discendenti dalla personalità giuridica di diritto privato ⁽³⁾, qui implementati, in considerazione della sociale meri-

l'esclusione di una fondazione avente caratteristiche funzionali identiche, e che si differenzia dal *trust* unicamente per la costituzione di una distinta soggettività giuridica. Sull'evoluzione delle funzioni delle fondazioni cfr. A.A. CARRABBA, *Fondazione e impresa*, in *Fondazione e impresa. Atti del XXV Congresso nazionale del Notariato* a cura di P. Rescigno, Roma, 1996, p. 3 ss., e in particolare ntt. 9 e 15; ID., *Scopo di lucro e autonomia privata*, Napoli, 1994, p. 305 ss.; a proposito del dibattito sugli scopi ideali delle fondazioni v. anche P. RESCIGNO, *Premessa*, in *Fondazione e impresa*, cit., p. XV.

⁽³⁾ Cfr. la compiuta analisi tracciata da F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 16 ss., che risolve la funzione del concetto di persona giuridica nell'occultare l'esistenza di discipline speciali, quale «strumento concettuale che permette di ricondurre agli schemi del diritto comune la disciplina speciale cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo [...]». Riconoscere al gruppo la personalità giuridica significa, tecnicamente, concedere ai suoi membri l'esenzione dal diritto comune». Per una precedente elaborazione cfr. F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss. Sulla nozione di «privilegio» si veda anche P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss., e ora in *Persona e comunità*, Bologna 1966, p. 379 ss.; che, sulla scorta della tradizione anglosassone, lo identifica quale forma di immunità o esenzione dal diritto comune.

L'argomento impone di accennare alla dogmatica della personalità giuridica degli enti morali, per i soli aspetti che qui interessano, ed in particolare alla magistrale opera di riconduzione a sistema delle diverse situazioni a base personale nel diritto romano, condotta da R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Milano, 1959, p. 10 ss., che non nasconde come le differenti tesi, che — da Sinibaldo de' Fieschi, a Bartolo, a Heise, a F. von Savigny, fino a Hauriou e a Santi Romano — hanno indagato gli enti astratti qualificandoli *personae fictae*, ovvero rinvendendovi una realtà tangibile nel mondo delle relazioni umane, o una istituzione avente i caratteri dell'ordinamento, abbiamo la comune aspirazione — e l'aspettativa — alla costruzione di un concetto unitario, in cui subsumere ogni possibile figura di persona giuridica.

L'A. ritiene, invece, che, per potersi discutere di «fondazioni» nel diritto romano si debba piuttosto utilizzare il concetto pubblicistico di «centro di riferimento di diritti e obblighi», che, solo nei casi in cui la destinazione dei beni ad uno scopo sia assicurata

tevolezza degli scopi, dall'esenzione dallo statuto dell'imprenditore commerciale, non solo per l'acquisto della personalità giuridica attraverso

attraverso un'organizzazione giuridica considerata come centro di riferimento dei beni stessi, potrebbero qualificarsi, in termini moderni, quali soggetti autonomi, pur essendo discutibile se si trattasse di personificare i beni, lo scopo, la collettività dei beneficiari, una combinazione di interessi protetti, un'amministrazione ad uno scopo, o una forma giuridica.

Per tali motivi, l'A. conclude (p. 22 ss.) per la necessaria dipendenza del concetto di persona giuridica dall'ordinamento che la riconosca o la costituisca quale realtà, finzione o istituzione, per attribuirle uno statuto speciale: considerazioni, queste, particolarmente interessanti per chi si occupi di analizzare la natura privatistica o pubblicistica delle fondazioni bancarie, aderendo al dettato normativo, pur se qualificandole quali enti privati di diritto speciale — come è in U. RUFFOLO, *Le fondazioni nel mutato contesto sociale*, Relazione al Convegno "Le fondazioni nella cultura e nell'economia", Spoleto 11-12 ottobre 2002, in corso di pubblicazione, in conformità al dettato dell'art. 2, l. 15 giugno 2002, di conversione del d.l. 15 aprile 2002, n. 63; cfr. anche F. GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. e impresa*, 1996, 824 ss. — ovvero ritenendo prevalente la sostanza sulla forma legis, come è nella dottrina pubblicistica, per cui, tra gli altri B. CAVALLO, *La natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 417 ss.

Cfr. da ultimo M. CONSULICHI, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato: due questioni di fine secolo*, Milano, 2002; A. BOMPANI, *Le fondazioni bancarie: profili organizzativi, civilistici, gestionali e di bilancio*, Milano, 2000; L. FILIPPINI (cur.), *Economia delle fondazioni: dalle Piae causae alle fondazioni bancarie*, Bologna, 2000.

Sulle ormai non più recenti tendenze riduzionistiche del concetto di persona giuridica si sono confrontati i più grandi maestri nel secolo scorso: si ricordi in particolare la censura di «deggerezza, se non ignoranza» che S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1969, p. 141, riservava alle tesi di F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi per Ascarelli*, Milano, 1969, e ID., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1990, e dello stesso F. Galgano, ritenendo che la persona giuridica «non è finzione, non vice personae fingitur, ma è individualità tra le altre individualità, nella quale si realizzano fini e valori che trascendono la breve vita dell'individuo». Concorde G.L. PELIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 559. Ribatteva F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 85 ss., la necessità di abbandonare la giurisprudenza dei concetti, il concettualismo, il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e l'ossequio alla volontà del legislatore.

Il concetto di persona giuridica ha dunque, per l'A., l'indubitabile vantaggio di semplificare il ragionamento dei giuristi, riconducendo tutti i problemi degli enti collettivi alla «premessa secondo la quale l'ente collettivo è, in quanto persona giuridica, soggetto distinto dalle persone dei suoi membri, i quali sono terzi rispetto ad esso. Un vantaggio di economia di pensiero», oltre che tecnico-giuridico e politico-ideologico, cui corrispondono dei costi «rovinosi», trattandosi di uno strumento rigido che rende meccanicistici i ragionamenti dei giudici e «li induce ad accogliere, come inevitabili e 'fatali' soluzione che contrastano, assai spesso, con i più elementari principi di equità e, non di rado, con lo stesso senso comune».

un provvedimento amministrativo, ora ai sensi del d.P.R. n. 361 del 10 febbraio 2000, quanto soprattutto per la soggezione alla vigilanza pubblica, e, ai fini che più interessano nell'economia di questo studio, per la discussa esclusione dalla fallibilità.

La questione è tutt'altro che peregrina, specie in considerazione delle notevoli capacità finanziarie e dei rilevanti patrimoni che le fondazioni bancarie potrebbero destinare, con metodo economico, alla creazione o al potenziamento di opere e infrastrutture, specie per la promozione dello sviluppo economico sociale.

Ciò, comunque, con rilevanti economie, anche fiscali, stante la spettanza del beneficio della riduzione dell'aliquota IRPEG previsto dall'art. 6 del d.P.R. n. 601/1973 anche per i redditi provenienti da attività strumentali, e anche dalla stessa amministrazione delle partecipazioni nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria ⁽⁴⁾.

Si ricordino, a questo proposito, le pagine di G. ARANGIO RUIZ, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952, spec. p. 55 ss., cui l'ordinamento attribuisce la titolarità di situazioni soggettive, distinte da quelle degli individui collegati all'ente morale, il cui statuto, oltre a stabilire uffici e competenze, determina anche i terzi aventi diritto ai servizi.

Non può che concordarsi con la nozione che di ente morale diede O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1963, quale fatto limitativo di responsabilità, nei limiti della destinazione del patrimonio ad uno scopo, che si realizza compiutamente nelle persone giuridiche assolute (fondazioni e società per azioni), ed in modo imperfetto per quelle relative. Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, p. 82 ss., e, per alcune applicazioni: D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione» dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 101 ss., per il quale dato, funzionalmente caratterizzante della destinazione di beni è l'autonomia patrimoniale, cui il concetto di soggettività collettiva non introduce significati determinanti; P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1308 ss., che riconosce come il principio di separazione patrimoniale abbia valore autonomo ed assoluto rispetto alle categorie proprietarie, «e si mostra indifferente rispetto alla ordinarie coordinate del regime della proprietà», e ne analizza le applicazioni ai trusts istituiti per la gestione di patrimoni mobiliari.

⁽⁴⁾ Sulla controversa questione è intervenuta da ultimo Cass., 9 maggio 2002, n. 6607, in *Corr. Tributario on line* (www.ipsoa.it), con nota di commento di P. ANELLO, *Secondo la Corte di cassazione la riduzione dell'aliquota IRPEG spetta alle fondazioni bancarie*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 2309 ss., a smentire quanto già contrariamente deciso con sentenza 20 novembre 2001, n. 14574, in *Foro it.*, 2002, I, c. 47 ss., su cui cfr. P. ANELLO, *Secondo la Suprema Corte alle fondazioni bancarie non spetta l'esonero da ritenuta*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 386 ss., che aveva negato l'esonero dalla ritenuta sui dividendi ai sensi dell'art. 10-bis della l. 29 dicembre 1962, n. 1745, in quanto le fondazioni non avrebbero scopo esclusivo

Contro l'equiparazione tra economicità della gestione imprenditoriale e scopo di lucro soggettivo, si è obiettato che quest'ultimo costituisce connotato normale ma non indispensabile né essenziale dell'impresa sociale commerciale, tanto che non sussiste nelle sue forme a carattere mutualistico, soprattutto perché la nozione di imprenditore si autoreferenzia secondo il criterio dell'economicità gestoria, raggiunta ogni volta in cui non sia in ipotesi esclusa la copertura dei costi di realizzazione con i ricavi dell'alienazione⁽⁵⁾.

E del resto, anche chi ritiene necessario lo scopo di lucro, puntualizza che, ad eccezione delle società diverse da quelle a scopo mutualistico, essenziale è non l'intento soggettivo di appropriarsi degli utili conseguiti, quanto l'aver svolto l'attività secondo modalità oggettivamente ed astrattamente lucrative, secondo il metodo della realizzazione di ricavi eccedenti i costi (metodo c.d. lucrativo), ovvero secondo il metodo detto del tornaconto, volto al conseguimento del massimo guadagno col dispendio minimo di mezzi.

In altri termini, è sempre possibile conciliare lo scopo di lucro immediato con gli scopi ultimi dell'ente, qualificando il primo come scopo intermedio per la realizzazione dei secondi, di natura ideale.

Il nodo sta, ovviamente, nella enucleazione delle ipotesi nelle quali tale requisito è soddisfatto, e l'esercizio dell'attività imprenditoriale è

di utilità sociale. Nel merito cfr. Comm. trib. prov., sez. II, Trento, 6 novembre 2000, n. 54, in *Bollettino trib.*, 2001, p. 155 ss.; Comm. trib. prov., sez. VI, Firenze, 8 febbraio 2000, n. 387, in *Giur. merito*, 2001, p. 1450 ss.; Comm. trib. reg., sez. XVI, Venezia, 19 luglio 1999, n. 71, in *Tributi*, 1999, p. 1442 ss.; Comm. trib. prov., sez. I, Reggio Emilia, 24 settembre 1998, n. 101, in *Riv. dir. trib.* 1999, II, p. 471, e in *Giur. it.*, 1999, p. 1760 ss.

⁽⁵⁾ G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, in *Fenomeno associativo e attività notarile* a cura di Fuccillo, Napoli 1995, p. 111 ss.; ID., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, Torino, 1992, pp. 34-37; W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 43 ss.; P. RESCIGNO, *v. Fondazione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, e oggi in *Persona e comunità*, II, Padova 1988, p. 7 ss., nel senso della progressiva dissociazione tra le forme giuridiche ed i contenuti economici che in esse vengono versati; G. PONZANELLI, *Fondazione di impresa, fallimento e mondo «non profit»*, nota a Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3544 ss.; ID., *Fondazioni, non profit e attività di impresa: un decennio di successi*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 185 ss.; M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.* 1999, I, 305 ss.; G. IORIO, *Le persone, le persone giuridiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, Padova, 2000, p. 395; A. SANTUARI, *Le ONLUS. Profili civili, amministrativi e fiscali*, Padova, 2000, p. 189 ss.

compatibile con lo scopo statutario, anche ai fini dell'applicazione dei benefici fiscali connessi, secondo la dottrina e la prevalente giurisprudenza di merito, alle finalità di interesse pubblico o di utilità sociale dell'ente⁽⁶⁾.

Sono fuori discussione i casi di imprese rivolte precisamente alle attività alla cui promozione si dirige lo scopo dell'ente – ipotesi definite di «strumentalità funzionale» – mentre più problematiche sono le fattispecie in cui l'attività imprenditoriale costituisce strumento di sostegno finanziario per l'esercizio delle attività statutarie⁽⁷⁾, da cui si ricavano i mezzi necessari ad assolvere alle finalità altruistiche.

L'impresa così gestita può essere individuale, e far capo alla persona giuridica, o più spesso sociale, ed in tali fattispecie si pone la questione dell'imputabilità alla fondazione della qualifica di imprenditore, al fine di applicarne lo statuto, per discutere quindi della fallibilità degli ammini-

⁽⁶⁾ Cfr. Comm. trib. prov. Ancona, 14 dicembre 1998, n. 628; Comm. trib. prov. Ancona, 14 dicembre 1998, n. 629; Comm. trib. prov. Ferrara, 18 maggio 1999, n. 300; Comm. trib. prov. Salerno, 22 giugno 1999; Comm. trib. prov. Perugia, 10 marzo 1999, n. 81; Comm. trib. primo grado Trento, 14 dicembre 1998, n. 171, in *Corr. trib.*, 1999, p. 1674; Comm. trib. prov. Sassari, 5 maggio 1999, n. 224; Comm. trib. reg. Marche, 15 novembre 1999, n. 138; Comm. trib. reg. Umbria, 18 maggio 1999, n. 192; Comm. trib. reg. Umbria, 10 maggio 2000, n. 279; in dottrina v. E. NUZZO, *Fondazioni bancarie: possesso di partecipazione di maggioranza ed attività commerciale*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 1042; ID., *Agevolazioni fiscali e fondazioni bancarie: gestione del patrimonio e scopi perseguiti*, *ivi*, 1997, p. 429; P. ROSSI, *Sull'applicabilità dell'agevolazione prevista dall'art. 6 d.p.r. 601/1973 alle Casse di Risparmio conferenti le aziende bancarie: gestione del patrimonio e scopi perseguiti*, *Dir. prat. trib.*, 1997, I, p. 912.

⁽⁷⁾ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario Scialoja Branca*, Libro I, *Delle persone e della famiglia (artt. 36-42)*, Bologna Roma, 1976, 88; ID., *Le associazioni le fondazioni i comitati*, Padova, 1996, p. 25. Si veda la distinzione, proposta da PLEIMES, *Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht, Forschrift zur Privatrechtsgeschichte*, I, Münster-Köln, 1954, e adottata da P. RESCIGNO, *Fondazione, cit.*, p. 35 e p. 43 ss., tra *Hauptgeldstiftung*, fondazioni erogatrici, e *Anstaltstiftung*, che istituiscano un separato ente che svolga le attività necessarie al raggiungimento degli scopi della fondazione o costituisca le rendite necessarie all'integrazione del suo patrimonio, anche attraverso imprese strumentali. Sulla scorta della dottrina economica, si esclude la qualificabilità della *Hauptgeldstiftung* come ente economico ai sensi dell'art. 2082 c.c., per definirlo «ente sociale». La fondazione di impresa è soggetta, pertanto, all'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2201 c.c., al pari degli enti pubblici aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale, coi quali però non condivide l'esenzione dallo statuto dell'imprenditore commerciale medio-grande, stante l'eccezionalità della norma in questione.

stratori e di quanti abbiano agito in nome dell'ente. A tanto giunge parte della giurisprudenza attraverso la tesi del superamento della persona giuridica, in considerazione del carattere diretto o indiretto, principale o accessorio, dell'attività economica esercitata, ogni volta in cui ipostatizza nella fondazione il mezzo attraverso cui un gruppo di persone fisiche – non palesatosi come tale, e costituito da quanti hanno speso il nome dell'ente – svolge un'attività economica di per sé idonea a realizzarne direttamente, in tutto o in parte, lo scopo, e pertanto integra una società semplice di fatto, i cui membri sono imprenditori illimitatamente responsabili⁽⁸⁾. Il criterio distintivo degli enti collettivi del libro primo del codice

⁽⁸⁾ Cfr. Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. it.*, 1999, c. 1678 ss., in *Fall.*, 1999, p. 445 ss., con nota di L.A. RUSSO, *Può fallire una fondazione (impresa)?*, che ha ritenuto assoggettabile a procedura concorsuale la fondazione che eserciti professionalmente un'attività economica organizzata che, per le modalità con cui viene svolta, le dimensioni che raggiunge e i risultati cui perviene, non appare più strumentale al perseguimento dei fini dell'ente, divenendo assorbente e predominante rispetto agli stessi, ed ha esteso la pronuncia anche a coloro che hanno manifestato all'esterno la volontà dell'ente, degradato ad associazione non riconosciuta ex art. 38 c.c. Si ritiene, pertanto, che gli enti *non profit* assumerebbero la qualifica di imprenditori commerciali solo allorché l'attività di impresa, rientrando in quelle di cui all'art. 2195 c.c., costituisca l'oggetto esclusivo o principale, esaurendo l'attività dell'ente o comunque prevalendo sulle altre eventualmente esercitate. In caso contrario, stante il disposto dell'art. 2201 c.c., l'ente sarebbe sottratto all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese e, per questa via, alla fallibilità. Nello stesso senso Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3544 ss., con nota di G. PONZANELLI, e in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 283 ss., con nota di S. SANZO, *Insolvenza della fondazione-impresa: brevi appunti sulle conseguenze problematiche di diritto fallimentare*, che ritiene assoggettabile a fallimento anche l'imprenditore collettivo «non sociale», che devolve obbligatoriamente ed intenzionalmente gli utili a fini altruistici umanitari; Trib. Palermo, 7 aprile 1989, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 61 ss. V. anche Trib. Roma, 6 aprile 1995, in *Giur. merito*, 1995, p. 911, e in *Foro pad.*, 1995, I, c. 268; Trib. Treviso, 25 marzo 1994, *Giur. merito*, 1995, p. 912. Conforme anche la giurisprudenza di legittimità: si vedano tra le altre Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Ginst. civ.*, 1994, I, p. 65 ss., e in *Foro it.*, 1994, I, c. 3505, con nota di G. PAYANÉ, che prescinde dagli scopi altruistici eventualmente perseguiti per dichiarare il fallimento dell'associazione che eserciti un'attività imprenditoriale che esaurisca l'oggetto principale dell'ente, o sia comunque assolutamente prevalente rispetto alle altre attività, con la conseguente estensione del fallimento, ex art. 147 l.f., agli associati che siano illimitatamente responsabili secondo la disciplina di cui all'art. 38, 1° comma c.c. Contraria P. MORANDI, *La fallibilità degli enti non profit*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 336 ss., che contesta la presunta correlazione tra obbligo di iscrizione nel registro e commercialità dell'impresa, nonché l'applicabilità dell'art. 2201 c.c., perché fondato non sulla natura altruistica degli scopi perseguiti dagli enti pubblici, ma sulla sussistenza di controlli amministrativi alternativi alla registrazione, e principalmente

rispetto a quelli del libro quinto starebbe, dunque, semplicemente nel *non distribution constraint*, ossia nell'obbligatoria ed intenzionale esclusione della distribuzione degli utili prodotti dall'attività imprenditoriale, da destinarsi invece a scopi altruistici⁽⁹⁾.

Nell'alternativa, parte della dottrina⁽¹⁰⁾ sostiene l'assoggettabilità di amministratori e gestori alla responsabilità aquiliana verso i creditori dell'ente, individuando il nucleo del lamentato abuso nei profitti patrimoniali da essi conseguiti a danno dei creditori, per aver condotto un'attività imprenditoriale in presenza di una dotazione patrimoniale insufficiente, con distorsione delle finalità sottese all'attribuzione della personalità giuridica⁽¹¹⁾.

Da ultimo, le fondazioni di impresa, si caratterizzano per esaurire il proprio scopo nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, spesso anche quale alternativa alla divisione testamentaria di un così specializzato patrimonio, e comunque per conferire all'azienda una direzione unitaria e

obietta come ad integrare la fattispecie di cui all'art. 2082 c.c. non occorra che l'attività economica professionalmente esercitata abbia carattere di unicità o esclusività. Sull'abuso della personalità giuridica la letteratura e la giurisprudenza è sconfinata, per quanto qui interessa si ricordino G. LEVI, *Le formazioni sociali*, Milano, 1999, p. 110 ss., nonché p. 105 ss. per il confronto tra gruppo sociale e *trust*, per un precedente relativo ad una *Anstalt*, ove si è ritenuto di non poter superare lo schermo della personalità giuridica per giungere a riferire ai soci il patrimonio sociale si veda Cass., 15 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, p. 846 ss., con nota di E. CIVERRA.

⁽⁹⁾ Contrari P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 812 ss., e oggi in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 55 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 26 ss.; S. SANTINI, *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss., che sul principio della neutralità delle forme giuridiche hanno fondato l'appassimento della rilevanza causale dello scopo di lucro oggettivo per la caratterizzazione delle società, per concludere nel senso dell'abbattimento di qualsiasi distinzione tra le organizzazioni collettive del primo libro e quelle del quinto, atteso che tutte le forme giuridiche colà previste possono costituire valido strumento per l'esercizio di qualsiasi attività economica.

⁽¹⁰⁾ L. CAVALAGLIO, *Il fallimento della fondazione titolare di impresa: sottocapitalizzazione e abuso della personalità giuridica*, in *Nuova giur. civ. com.*, 1999, I, p. 240 ss. Cfr. anche *infra*, nt. 10.

⁽¹¹⁾ Si obietta in contrario (F. LOFFREDO, *op. loc. cit.*) che tale teoria non ottiene i risultati sperati, in termini di tutela dei terzi, spostando in capo ai creditori l'onere di provare l'elemento soggettivo ed il nesso di causalità tra il comportamento abusivo ed il danno subito dai terzi.

permanente, anche oltre il tempo della vita umana ⁽¹²⁾: in ogni caso, sarebbe essenziale la destinazione a fini altruistici dell'attività lucrativa esercitata, per le considerazioni che sopra abbiamo svolto sulla disciplina della trasformazione per scarsa utilità dello scopo, di cui all'art. 28 comma 1 c.c., e su quella riservata alla fondazione di famiglia.

In tale genere andrebbero annoverate le fondazioni *holding*, per le quali l'esercizio dell'impresa è scopo immediato, ed i risultati in tal maniera prodotti sono impiegati per ulteriori attività non economiche che realizzano lo scopo ultimo ⁽¹³⁾, fattispecie nella quale l'attività imprenditoriale è quella principale dell'ente, perché idonea di per sé a soddisfare gli obiettivi del fondatore, ed essenziale per il loro perseguimento.

Si intende, in questi termini, respingere il criterio quantitativo che fonda la distinzione tra attività principali e secondarie sulla entità prevalente dei proventi derivanti dalle molteplici attività dell'ente, per preferire quello qualitativo anche perché di più agevole verifica, in quanto fondato sulla valutazione di dati antecedenti al concreto esercizio dell'attività ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Su tale applicazione della forma fondazionale si è interrogata con particolare sensibilità la dottrina tedesca, citata in P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., p. 47, nt. 68, e particolarmente G. STRICKRODT, *Die Stiftung als neue Unternehmensform*, Brunschweig, 1951. Sull'utilizzo della fondazione, cui si conferisca il patrimonio aziendale e la sua amministrazione, ovvero venga incaricata della gestione fiduciaria di patrimoni mobiliari, cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, 2ª ed., Milano, 2000, I, p. 115 ss.; F. SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, Napoli, 1999.

⁽¹³⁾ F. GALGANO, *Le associazioni*, cit., p. 414 ss.; la stessa «amministrazione» della partecipazione azionaria nella società cui è stata conferita l'impresa bancaria non può considerarsi attività imprenditoriale, tant'è che la lettera della norma si guarda dal discutere di «gestione», in armonia con le finalità della riforma che ha voluto distinguere l'esercizio del credito dalla proprietà dell'azienda, per attribuire all'ente conferente fini propri e distinti. Così S. CASSESE, *La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti*, in *Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, ACRI, 1991. Mancherebbe, infatti, per la configurabilità di un'attività di impresa la spendita del nome della fondazione e la produzione in favore della società controllata di vantaggi economici derivanti dall'appartenenza ad un gruppo di unitaria gestione.

⁽¹⁴⁾ M. FAGGIANO, *Commento all'art. 2, co. 1, lett. d., l. 461/98*, in *Le fondazioni bancarie*, a cura di M. Nuzzo, Napoli, 2000, p. 123 ss., e ivi nt. 10; così anche P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., p. 812; ID., *Fondazione*, cit., p. 50. Tale criterio rimane essenziale, secondo Cass., 9 maggio 2002, n. 6607, cit., per l'applicazione dei benefici fiscali di cui all'art. 6 del d.P.R. n. 601/1973, in combinato disposto con l'art. 87 del d.P.R. n. 917/1986, perché l'esercizio esclusivo o principale di attività di impresa eliminerebbe ab origine il presupposto dell'agevolazione.

2. — Il vasto panorama tracciato, oltre le peculiarità dei casi, pone comunque in evidenza l'amplificazione degli scopi concretamente perseguibili da un ente *non profit* attraverso l'attività imprenditoriale direttamente o indirettamente esercitata, e ne esce rafforzato il principio di «progressiva neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici» ⁽¹⁵⁾, di cui sono espressione l'art. 2249 c.c., nella parte in cui consente l'adozione dello schema delle società commerciali anche per l'esercizio in forma collettiva di attività diverse, e l'art. 2620 c.c., che ammette la costituzione di società consortili, irriducibili alla nozione di cui all'art. 2247 c.c.

Soprattutto rileva da un lato la compatibilità della forma giuridica di organizzazioni non lucrative con l'esercizio di imprese commerciali, e dall'altro l'utilizzo dello strumento societario per attività caritative, assistenziali o comunque con scopo socialmente utile, che trova la propria peculiare attuazione nell'impresa cosiddetta sociale, modello operativo di ente privato in grado di produrre professionalmente e di vendere sul mercato beni e servizi di interesse collettivo, caratterizzata dall'equilibrata presenza di risorse di mercato derivanti da ricavi di vendite, risorse non di mercato prodotte dalla redistribuzione, e risorse non monetarie provenienti da contributi volontari ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., p. 832, e oggi in *Persona e comunità*, II, 1988, p. 55 ss., qualifica la fondazione titolare di impresa come espressione del pluralismo sociale, strumento tra i più significativi per la razionalizzazione dell'attività imprenditoriale, resa stabile rispetto agli egoismi proprietari. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 1 ss., sottolinea come la fondazione costituisca una possibile forma giuridica attraverso cui costruire la limitazione della responsabilità dell'imprenditore individuale. Altra dottrina utilizza tale principio per derivarne che «se l'ordinamento non vieta espressamente che un certo risultato — o una data attività — sia raggiunto utilizzando una data forma, qualunque forma deve considerarsi idonea al perseguimento dello scopo. Poiché nessuna norma impone che la società sia la forma esclusiva per l'esercizio dell'impresa collettiva privata, deve ritenersi che anche altri soggetti collettivi siano imprenditori», in sede di esegesi della ricordata pronuncia del Trib. Milano, 17 giugno 1994: C. RIMINI, *Il problema del fallimento della fondazione: la vicenda dell'Istituto Sieroterapico Milanese*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 581 ss. Commenta la sentenza anche F. GALGANO, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, *ivi*, 1994, II, p. 1045 ss.

⁽¹⁶⁾ LA VILLE e GARDIN, *L'impresa sociale. Una nuova realtà europea*, in *Impr. Soc.*, 1997, n. 32, p. 28; S. LEPRI, *Le imprese sociali oggi in Italia*, in *Imprenditori sociali. Secondo rapporto sulla cooperazione sociale in Italia*, a cura del Centro Studi CGM, 1998, p. 21; M. RAGNO, *Fondazioni bancarie e attività di impresa*, in *Banca impresa soc.*, 2000, 439 ss. Secondo C. BOR-

Il legislatore delegante e quello del d.lgs. n. 153 del 1999 hanno dunque esplicitamente riconosciuto la compatibilità col sistema di cui agli articoli 2082 e seguenti del codice civile di una «fondazione titolare di impresa», negando alle fondazioni di origine bancaria la facoltà di costituire «imprese di fondazione».

Ed in particolare, la prima espressione viene ulteriormente qualificata secondo la distinzione tracciata in dottrina⁽¹⁷⁾ tra l'ipotesi di esercizio dell'impresa in rapporto di strumentalità diretta con gli scopi della fondazione, e quella in cui l'esercizio dell'impresa è in rapporto solo indiretto con i fini ultimi dell'ente, perché strumentale allo svolgimento di attività ulteriori, non economiche che realizzano gli scopi dell'ente⁽¹⁸⁾.

La gestione dell'impresa da parte della fondazione in ipotesi potrebbe poi essere indiretta, ed ottenuta attraverso la partecipazione a società di capitali, o diretta, a sua volta distinguibile in una prima fattispecie nella quale la fondazione esercita un'attività di impresa strumentale e finalizzata al conseguimento del proprio scopo istituzionale, ed in una seconda in cui lo scopo della fondazione si esaurisce nella gestione dell'impresa, di cui è esempio la figura della fondazione *holding*.

3. — L'origine storica delle fondazioni dalle Casse di Risparmio e dai Monti di pietà⁽¹⁹⁾, mostra come sia nel codice genetico delle fondazioni

ZAGA, *Verso un modello di impresa sociale europea*, in *Impr. soc.*, 1995, n. 23, p. 6, l'impresa sociale si distingue da altre organizzazioni non lucrative svolgenti attività economica per la centralità della dimensione produttiva e per il coinvolgimento degli *stakeholders* nell'attività istituzionale. L'impresa sociale è oggetto in questi dell'attenzione del ministero guidato dall'on. Maroni, nella prospettiva della stesura di un disegno di legge delega. A tale proposito il Forum del Terzo settore, consultato in sede di concertazione dell'articolo normativo, ha proposto la previsione di un adeguato equilibrio tra il riconoscimento dei soggetti imprenditoriali, prime tra i quali le cooperative sociali, e di quelli associativi e promozionali, con adeguati sistemi di partecipazione di lavoratori e beneficiari. Cfr. sul punto, *Vita non profit magazine*, n. 6, 8 febbraio 2002, p. 26, nonché il sito internet: www.forumterzosettore.it.

⁽¹⁷⁾ F. GALGANO, v. *Fondazione*, cit., n. 7.1

⁽¹⁸⁾ Cfr. E. MOSCATI, *Fondazioni e gestione di imprese*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Personae, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 604 ss.; A. PAVONE LA ROSA *Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale*, in *Banca borsa tit. credito*, 2000, I, pp. 1-11.

⁽¹⁹⁾ Comunemente ricondotta alla spontanea destinazione, nella prima metà del secolo diciannovesimo, di patrimoni privati, specialmente borghesi, alla costituzione di un

originare dalla loro privatizzazione, da sempre, questa natura ibrida di enti *for profit*, orientati tuttavia non solo a massimizzare il profitto come differenza tra costi e ricavi, quanto anche ad una differente funzione, di natura obiettiva o pubblica in senso lato.

Le fondazioni di cui ci occupiamo hanno ereditato questo ermafroditismo, e anzi l'hanno accentuato, tanto che furono definiti da Giuliano Amato – padre della riforma del 1992 che aveva avuto il proprio ascendente nella riforma voluta da Carlo Azelio Ciampi, attuale Presidente della Repubblica Italiana – in maniera assai viva e simbolica come novelli Frankenstein, essere composito originato dall'ingegneria genetica di un non troppo improbabile futuro.

Essi non partecipano, infatti, delle caratteristiche che gli economisti riconoscono agli enti pubblici, per i quali il risultato positivo è dato dal consenso della collettività e non è patrimonializzabile, sicché dal punto di vista finanziario non è determinante il fondo di dotazione, quanto il flusso di reddito, e l'attività è retta da regole di economicità piuttosto che di profitto.

Eppure, perseguendo fini individuali, sono tesi ad un successo che matura a risultato di esercizio nullo, ma a consenso sociale massimo.

Si tratta di quelli che Adam Smith, nella *«Theory of Moral Sentiments»* del 1759⁽²⁰⁾ riconosce come aventi fini di *sympathy*, nell'accezione letterale di presenza a fianco di altri.

fondo destinato a sovvenzionare le attività economiche e commerciali nascenti, per affrancarle dal peso dell'usura. Si trattava, con buona approssimazione, di associazioni tra privati cittadini, per la gestione, in forma di associazioni, di attività bancaria di raccolta del risparmio tra i ceti popolari.

Altre banche erano opere pie, ossia fondazioni, dotate unicamente di un organo amministrativo; altre ancora, sorte originariamente come associazioni, subirono una trasformazione statutaria per diventare fondazioni a struttura corporativa, mantenendo un organo assembleare avente potere di eleggere una parte degli amministratori. F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 735, sottolinea come che le Casse di Risparmio «sono di origine diversa, e si trovano in diversi stadii di sviluppo», sorgendo abitualmente come *corporazioni altruistiche d'un numero chiuso di cittadini*, che le creano, dotandole d'un patrimonio iniziale, e trasformandosi col tempo in *istituti autonomi* che in ricordo della loro fondazione *sono retti e amministrati dal gruppo degli ex-soci fondatori*, o dei loro successori, talora perdendo l'originaria traccia corporativa, divenendo *pure istituzioni*.

⁽²⁰⁾ Cfr. A.K. SEN, *On Ethics and economics*, Oxford, 1987, trad. it. *Etica ed economia*, Bari, 1988, p. 22 ss., a proposito dell'interesse personale e del comportamento razionale,

In termini moderni si discuterebbe di enti *non profit*, con un condizionale obbligato dalle perduranti dispute che la definizione in discorso introduce. Limitandoci ad un approccio volutamente generalizzante, dobbiamo ricordare che tali enti non massimizzano il risultato differenziale tra ricavi e costi, né costruiscono una politica per la massimizzazione del consenso, ma agiscono secondo principi di solidarietà e reciprocità, non regolati né da meccanismi di scambio né politici in senso tecnico (ossia di rappresentanza di interessi), i cui moventi sono estranei al paradigma tradizionale dell'operatore economico come egoista razionale, largamente criticato dalla moderna dottrina sulle orme di A.K. Sen, che ha dimostrato come l'altruismo sia un bene capace di incrementarsi da solo e senza costi, particolarmente quando il tessuto sociale è fortemente differenziato.

Eppure anche questo inquadramento non va esente da critiche, discutendosi delle fondazioni bancarie come di un elemento aggiunto, ma effettivo, del settore dell'economia *non profit*, della quale sono indirizzati a divenire il finanziatore strutturale ⁽²¹⁾.

4. — Nella specie, ricordiamo che l'art. 2, lett. d), della legge delega consente l'esercizio, con contabilità separate, di imprese direttamente

che sottolinea come la prudenza sia l'unione delle due qualità della ragione e comprensione da una parte, del dominio di sé dall'altra, in alcun senso coincidente con l'interesse personale, quanto invece come interesse della vasta comunità della natura, cui l'individuo appartiene, ed al quale «egli dovrebbe essere ben lieto di sacrificare il suo piccolo interesse personale». Cfr. anche più di recente A.K. SEN, *Development as Freedom*, 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2002, p. 260 ss., spec. p. 269 s., a proposito di prudenza, simpatia ed impegno quali alternative al comportamento economico strettamente egoistico. Sulle ascendenze storiche dei termini e della sintassi concettuale dell'economia occidentale si veda anche G. TODESCHINI, *I mercanti e il tempio*, Bologna, 2002, spec. p. 35 e ss., sul concetto agostiniano di avere e discernimento, nel senso di autocontrollo economico, in opposizione all'*aviditas*, quale mancanza di disciplina nel desiderio e nella valutazione delle ricchezze.

⁽²¹⁾ Si mostra pessimista quanto all'effettiva rilevanza del ruolo svolto dalle fondazioni di origine bancaria nel settore *non profit*, M. MESSORI, *Banche e fondazioni bancarie*, in *Il governo delle banche in Italia*, a cura di F. RIOLO e D. MASCIANDARO, Roma 1999; ID. e U. INZERILLO, *Le privatizzazioni bancarie in Italia*, in *Le privatizzazioni italiane*, a cura di S. DE NARDIS, Bologna, 2000; ID., *Le fondazioni e Bankitalia*, in *La Repubblica*, 10 dicembre 2001. Cfr. anche G.P. BARBETTA, *Ruolo delle fondazioni bancarie nell'ambito del settore non profit in Italia*, in *Le fondazioni casse di risparmio* a cura di F.A. Roversi Monaco, Rimini, 1998, p. 22 ss.

strumentali ai fini statutari, esclusivamente nei settori rilevanti, originariamente indicati dal d.lgs. 153 del 1999 nella ricerca scientifica, istruzione, arte, conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, sanità e assistenza alle categorie sociali deboli, ed oggi individuati dagli statuti nel novero di quelli ammessi di cui alla lettera *c-bis* del novellato art. 1 del decreto ⁽²²⁾.

Tale principio di «strumentalità diretta», ribadito dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 153 del 1999 — non modificato — che si giustifica per l'intento di prevenire il fenomeno della «progressiva deviazione della fondazione dai propri scopi istituzionali» ⁽²³⁾ ben conosciuto dall'esperienza nordamericana, e per l'esigenza di evitare l'operatività in settori estranei alle finalità tipicamente sociali delle organizzazioni *non profit*, con effetti distortivi della concorrenza, è tanto più rafforzato ove si sottolinei che è esclusa la partecipazione ad imprese strumentali al fine, pur esso contemplato tra quelli perseguiti dagli enti a norma del citato art. 2, lett. a) della legge delega, della promozione dello sviluppo economico.

5. — Ciò perché, posto che è attività di sostegno allo sviluppo economico anche l'esercizio diretto di qualsiasi attività imprenditoriale, la partecipazione a imprese strumentali a tale scopo finirebbe per riaprire agli enti ex conferenti la possibilità di intervenire con assai ampia discrezionalità nel tessuto produttivo, e così reimpiegare il patrimonio derivato dalle banche conferitarie.

⁽²²⁾ Se ne indicano alcuni esempi con riferimento a quelli contenuti nella relazione Ciampi al disegno di legge delega, ricordando «la facoltà delle Fondazioni Bancarie di "gestione di compendi sanitari, musicali, scolastico-formativi", cui possono aggiungersi anche esempi di gestione di imprese che curano il restauro o la conservazione di edifici di interesse storico, o, in relazione all'intervento a favore di categorie sociali deboli, la partecipazione o la costituzione di imprese che si occupino di costruire alloggi da assegnare alle popolazioni terremotate»: A. PALAZZO, *Le fondazioni di origine bancaria dopo l'Emendamento Tremonti. Relazione al Seminario di diritto dell'economia del 7 febbraio 2002*, Roma, in corso di stampa; ID., *Le fondazioni di origine bancaria nel sistema delle persone giuridiche*, in *Vita Not.*, 2001, 2, p. 581 ss.; S. LA PORTA, *Fondazioni bancarie e partecipazioni di controllo nelle società bancarie*, in *Dir. economia*, 2001, p. 53 ss.; cfr. anche V. MARICONDA, *Fondazioni bancarie: controriforma?*, in *Corr. giur.*, 2002; per l'analisi dell'emendamento Tremonti cfr. anche L. MEZZASOMA, *Alcune riflessioni sulla costituzionalità della vigente disciplina in materia di fondazioni bancarie*, in *Vita not.*, 2001, p. 1000 ss.

⁽²³⁾ G. PONZANELLI, *Commento alla l. 23 dicembre 1998, n. 461*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 413.

Eppure, si badi che né il decreto legislativo né l'Atto di Indirizzo del Ministro Amato specificano lo «scopo di promozione dello sviluppo economico», silenzio che potrebbe rivelarsi provvidenziale perché scopi di promozione economica dovrebbero essere perseguibili non solo attraverso attività di ricerca e progettazione, ma anche attraverso «concrete realizzazioni, capaci di promuovere lo sviluppo economico o di concorrervi»⁽²⁴⁾. Sempre, però che si tratti di partecipazioni non di controllo (art. 6.1 e art. 26 d.lgs. n. 153 del 1999), essendo esclusa la sovvenzione a enti con fini di lucro e a «imprese di qualsiasi natura», ad eccezione di quelle strumentali: ciò in ossequio ad un sistema legislativo che intende la partecipazione azionaria non maggioritaria a imprese non strumentali «in una logica essenzialmente finanziaria, cioè [realizzata] seguendo criteri di diversificazione del rischio e di adeguata redditività del patrimonio», a norma dell'art. 7 comma 1 del d.lgs. 153/1999⁽²⁵⁾, nell'intento di massimizzare gli obiettivi di erogazione nel lungo periodo, con risultati costanti nel tempo⁽²⁶⁾.

6. — Anche nell'ambito dei settori ammessi, inoltre, si affaccia l'esigenza di evitare deviazioni dai fini istituzionali, di prevenire l'investimento del patrimonio della fondazione in iniziative troppo rischiose, e di escludere l'utilizzo indiscriminato dello strumento imprenditoriale da parte di soggetti destinatari di significative agevolazioni tributarie, con l'effetto di falsare il gioco della concorrenza⁽²⁷⁾.

Tali occorrenze sono soddisfatte dai requisiti della connessione tra

⁽²⁴⁾ G. OPPO, *Ancora sulle fondazioni (ex) bancarie. Una strana vicenda legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 568.

⁽²⁵⁾ M. CLARICH e C. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, 2001, p. 114; M. CLARICH e C. PISANESCHI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amministrativo*, 2002, p. 334 ss.

⁽²⁶⁾ G. LUSIGNANI, *La scelta del modello di gestione del patrimonio delle fondazioni dopo l'approvazione del D. Lgs. 153/99*, in *Banca, impresa società*, 2000, p. 146. Cfr. anche G. ALPA, *Il patrimonio delle fondazioni bancarie*, in S. AMOROSINO e F. CAPRIGLIONE, *Le fondazioni bancarie, dalle legge 218/90 al D. Lgs. 153/99*, Padova, 1999; R. LOCATELLI, *Scelte legislative in tema di gestione del patrimonio e di attività istituzionale delle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 2000, fasc. 1, pp. 149-153.

⁽²⁷⁾ M. FEZZA, *Intervento*, in *Le fondazioni bancarie. Atti del Convegno di studio tenutosi a Salerno il 16 ottobre 1998*, Milano, 1999, p. 64.

l'esercizio dell'impresa e il perseguimento degli scopi statutari, e dalla marginalità dell'attività di impresa, da indirizzarsi secondo quei «criteri prudenziali di rischio» che regolano l'amministrazione del patrimonio per conservarne il valore ed ottenere una redditività adeguata (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 153/1999).

Marginalità che escluderebbe i possibili effetti distorsivi della concorrenza⁽²⁸⁾ e di turbativa della stabilità del patrimonio.

Obiettivi la cui tutela è amplificata se si accetta la tesi secondo cui la violazione dei detti criteri prudenziali comporterebbe la responsabilità degli amministratori della fondazione ai sensi dell'art. 18 del codice civile, anche nei confronti dei potenziali beneficiari delle attribuzioni e dei creditori dell'ente, per lesione del diritto all'integrità del patrimonio⁽²⁹⁾, sanzionabile con l'obbligo del risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.

Nel caso di specie, l'ingiustizia del danno è configurabile appunto nella violazione di obblighi legislativamente imposti, con norma inderogabile, che esplica pienamente i propri effetti sia sotto il profilo interno alla tutela delle ragioni dell'ente, sia nei confronti dei terzi potenziali beneficiari delle provvidenze secondo gli statuti, la cui tutela realizza ad un tempo anche l'interesse della fondazione alla conservazione del suo patrimonio.

Pacifica appare, poi, la riconducibilità della posizione dei creditori

⁽²⁸⁾ M. RAGNO, *Fondazioni bancarie e attività di impresa*, cit., 433.

⁽²⁹⁾ Fattispecie di danno concordemente accolta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, sulla scorta del *leading case* De Clirico, in cui la terza sezione civile della Cassazione, con sentenza 4 maggio 1982, n. 2765, riconobbe la risarcibilità del danno conseguente alla lesione del diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti di cui all'art. 41 Cost.), facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni, da chiunque rese, comunque concernenti quella attività. Si tratta, senza dubbio, di applicare il richiamato principio ben oltre i confini segnati dalla pratica, ma comunque in accordo con le clausole generali di tutela dell'affidamento incolpevole, la cui rilevanza quale parametro dell'ingiustizia dei danni lamentati ex art. 2043 c.c. viene riconosciuta anche in giurisprudenza: cfr. Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n. 5247, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 751, in tema di affidamento fondato sull'erronea comunicazione della propria posizione contributiva; Cass., sez. III, 14 giugno 1999, n. 5888, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1022, sulla responsabilità del datore di lavoro verso i terzi che abbiano fatto legittimo affidamento sulla persistenza del rapporto di subordinazione, ed abbiano così derivato danni dall'attività dell'ex dipendente.

della fondazione a quella tradizionalmente protetta dall'azione revocatoria, sussistendone tutti i presupposti di ammissibilità.

Ulteriore rafforzamento della previsione obbligatoria, è l'aver imposto la medesima relazione di reciproca funzionalità e coerenza tra attività commerciale e scopo della fondazione contenuta nella disciplina civilistica, anche a fini fiscali per il godimento dell'agevolazione di cui all'art. 6 del d.P.R. 601/1973.

7. — Nella stessa ottica, alle fondazioni è consentito anche di detenere partecipazioni di controllo in enti e società che «abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali» (art. 6 d.lgs. n. 153 del 1999), così costituendo una holding *non profit* ⁽³⁰⁾.

L'opzione offerta dal legislatore all'impegno delle fondazioni in attività imprenditoriali si rivela fondamentale non solo per la coerente programmazione delle erogazioni degli enti, ad evitarne una caduta a pioggia ben difficilmente compatibile con gli standard di legge, ma anche per il reperimento delle risorse necessarie al finanziamento degli enti.

In contrario si è argomentato ⁽³¹⁾ che la previsione di un rendimento minimo incentiverebbe le fondazioni a investire il proprio patrimonio in attività finanziarie diversificate e ad utilizzare i redditi per attività di erogazione, dato che un investimento diretto nell'esercizio di attività di impresa coerenti con il perseguimento di finalità altruistiche non consente di norma ottenere rendimenti in linea con il mercato finanziario. E che la fondazione non rappresenterebbe il migliore assetto proprietario per

⁽³⁰⁾ G. OPPO, *Ancora sulle fondazioni (ex) bancarie*, cit.; ANOLLI e LOCATELLI, *Obiettivi e vincoli nella gestione dell'attivo delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa soc.* 1999, p. 462. Si vedano in particolare, per l'approfondita e analitica ricerca, attenta alle esperienze straniere, i risultati del progetto comunitario *Digestus, Verso l'impresa sociale*, Roma, 2000, ricerca comparativa promossa dall'Unione europea, che ha coinvolto Belgio, Francia, Germania, Italia e Spagna, su cui si veda F. CAFAGGI, *L'impresa a finalità sociale*, in *Politica del diritto*, 2000, p. 595 ss., ove anche una completa bibliografia, e di quella curata dal Gruppo di lavoro Mercato sociale del CNEL e diretta da A. Zoppini, *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, presentata a Roma il 12 maggio 2000, su cui A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva ad una proposta per l'impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2000, p. 335. v. anche A. SANTUARI, *L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti non profit)*, in *Dir. fam. e persone*, 2000, p. 895 ss.

⁽³¹⁾ G. FIORENTINI, *Pubblico e privato nel nuovo Welfare*, Bologna, 2000, p. 174.

un'impresa, perché si esporrebbe al rischio che la gestione diretta di attività venga proseguita anche in condizioni di inefficienza, mancando il controllo di chi debba rispondere ad altri del rischio, si tratti di privati o di enti che attraverso il meccanismo della rappresentanza politica sono esposti al controllo degli elettori ⁽³²⁾.

Le obiezioni sono superabili se si pone nel dovuto rilievo il sistema di *governance* prescelto dal legislatore in analogia a quello societario, ispirato all'efficienza gestionale e a criteri di economicità, che garantisce il controllo degli organi di governo non solo attraverso l'attività della costituenda Autorità di Vigilanza sulle fondazioni e oggi del Ministro del Tesoro, quanto soprattutto attraverso la previsione del canone di «sana e prudente gestione», che trova espressione anche nell'obbligo di tenere una contabilità separata per le partecipazioni in imprese strumentali, «con lo specifico scopo di una corretta e trasparente rilevazione dei risultati dell'attività imprenditoriale», sì da «consentire una costante verifica, sia da parte della fondazione che delle autorità amministrative sugli esiti delle imprese esercitate e sulla loro incidenza sulla redditività patrimoniale» ⁽³³⁾.

8. — Non può passarsi, tuttavia, sotto silenzio quello che da più parti è stato censurato come un margine di ambiguità del decreto legislativo ⁽³⁴⁾, che ha specificato la nozione di partecipazione di «controllo diretto o indiretto», di cui alla legge delega, facendo riferimento alla «partecipazione di controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile» (art. 4, comma 1, lett. b), ritenendo che sussiste influenza dominante quando «a) la Fondazione, in base a accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea straordinaria», «b) ha il potere, in base a accordi stipulati in qualsiasi forma con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori», o infine «c) sussisto-

⁽³²⁾ C. BORZAGA e F. CAFAGGI, *Introduzione*, in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Catanzaro-Roma, 1999, p. 12.

⁽³³⁾ F. VELLA, *La «missione» delle fondazioni bancarie e gli investimenti culturali: vincoli e opportunità del nuovo ordinamento*, in *Banca borsa tit. credito*, 2001, I, p. 463.

⁽³⁴⁾ M. CLARICH e G. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 115

no rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire alla Fondazione i poteri i diritti di cui alle lettere a) o b)» (art. 6, comma 3).

Di fatto tale formulazione non tiene conto di tutte le partecipazioni azionarie che determinano forme di controllo derivanti da un potere di veto o da un potere di controllo congiunto che non passino per la nomina della maggioranza degli amministratori, o di patti di sindacato che non si risolvano nel potere di esprimere il gradimento, con l'effetto per cui, nell'originaria formulazione, era legittimo che più fondazioni detenessero il controllo congiunto di imprese non strumentali, ed in particolare di imprese bancarie, o godessero comunque di un potere di indirizzo determinante in esse ⁽³⁵⁾.

Antinomia, quest'ultima, superata dall'innovativa previsione di cui al comma 5-bis dell'art. 6, che, occupandosi unicamente del controllo di aziende di credito, dispone che «una società bancaria o capogruppo si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni *in qualunque modo o comunque sia esso determinato*». Conforme è il dettato dell'art. 7 del regolamento applicativo approvato con d.m. n. 217 del 2 agosto 2002, che risolve anche le antinomie che sorgevano rispetto alla definizione di controllo dettata dagli art. 22 e 23 del t.u. bancario, facendo espresso rinvio a tali disposizioni per l'individuazione di forme di controllo «ulteriori».

9. — L'art. 6 non prevedeva, infatti, nell'originaria formulazione, le ipotesi di controllo ricorrenti in caso di «sussistenza di rapporti, anche tra

⁽³⁵⁾ V. MELI, *La riforma delle fondazioni bancarie: aspetti problematici per un corretto assetto concorrenziale dei mercati*, in *Concorrenza e mercato*, 7/1999, p. 289 ss.; sorgevano dubbi anche sulla costituzionalità del citato art. 6 per carenza di delega, stante il rinvio operato dall'art. 4, lett. b, della l. n. 461 del 1998 al solo art. 2359 c.c., dubbi da risolversi in considerazione del margine di discrezionalità da riconoscersi nella legislazione delegata, alla luce dei principi dettati da Corte cost., 27 aprile 2000, n. 126: cfr. S. LA PORTA, *Fondazioni bancarie e partecipazione di controllo nelle società bancarie*, cit., p. 57, il quale alla luce dei lavori preparatori della legge delega, che fanno emergere, in negativo, il divieto di ampliare la nozione di controllo, ritiene sussistere la violazione dell'art. 76 Cost. La questione è oggi superata alla luce del dettato dell'art. 11, comma 10, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (c.d. emendamento Tremonti).

soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle azioni o dalle quote possedute; d) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta di amministratori e dei dirigenti delle imprese» o di «assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi».

In altri termini, non era sufficiente per il decreto 153 del 1999 che gli indicati rapporti fossero atti a conseguire la trasmissione degli utili e delle perdite, com'è per il Testo Unico Bancario, essendo richiesta l'idoneità degli stessi ad attribuire alla fondazione il potere di nominare la maggioranza degli amministratori, di disporre della maggioranza nell'assemblea ordinaria, o di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori.

10. — Ne derivava un sistema certamente ambiguo, che si apriva tuttavia all'utilizzo del capitale delle fondazioni in attività produttive efficienti, e che, anche nella formulazione oggi ridimensionata, se rettamente inteso troverebbe nel criterio di sana e prudente gestione il canone da cui derivare la chiave di volta di un'innovazione legislativa che rischia, per altri versi, di ingabbiare eccessivamente le fondazioni, a scapito dell'effettiva realizzazione degli obiettivi statutari e di quelli avuti di mira dal legislatore della riforma.

In ipotesi, l'attività imprenditoriale condotta non nei settori ammessi, anche attraverso partecipazioni che pur non investendo il livello di controllo ben potrebbero qualificarsi rilevanti, è strumento efficiente per la programmazione sia dell'attività di investimento che di quella di erogazione, secondo i criteri di efficienza tracciati dal legislatore, per così riuscire a realizzare la funzione di sovvenzionatore privilegiato del settore *non profit* oltre che di acceleratore dello sviluppo economico ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Sul ruolo delle fondazioni bancarie, specie con riferimento al terzo settore, cfr. da ultimo G.P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria: «Merchant bankers» del settore non profit italiano?*, in *Non profit*, 2001, p. 211 ss.; interessanti spunti anche nel saggio di F.

Ciò senza timore di esporre le fondazioni al rischio di perdere il valore del proprio patrimonio, vincolo rafforzato dall'emendamento Tremonti dall'espressa previsione, all'art. 5 comma 1, secondo cui il patrimonio stesso deve essere «gestito in modo coerente con la natura delle Fondazioni quali enti senza scopo di lucro che operano secondo principi di trasparenza e moralità».

Altrettanto infondati appaiono i presagi di turbative del mercato prodotte dall'intervento diretto nell'economia di questi enti, non semplicemente per la sospensione delle agevolazioni fiscali originariamente accordate per le operazioni di cessione del pacchetto di controllo delle aziende bancarie, ma soprattutto per la previsione di un adeguato sistema sanzionatorio, che importa la caducazione di tali benefici ove venga a mancare la relazione di reciproca funzionalità e coerenza tra attività commerciale e scopo ultimo della fondazione.

Di sicura rilevanza è, comunque, la prevista applicabilità del regime agevolativo di cui all'art. 6 del d.P.R. n. 601/1973 per i redditi provenienti da attività strumentali, e anche dalla stessa amministrazione delle partecipazioni nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria⁽³⁷⁾, che parrebbe contraddire la *ratio* dei recenti interventi incentivanti la cessione delle partecipazioni bancarie, e si apre ad aspetti di assoluta delicatezza, in termini di influenza sugli equilibri concorrenziali, da risolvere in considerazione degli scopi cui si dirige l'attività delle fondazioni nel suo complesso, ed in cui si inserisce l'attività di impresa.

Il legislatore della riforma delle fondazioni bancarie non ha preso posizione nell'indirizzare i nuovi enti verso la politica *operating* o quella *grant-making*, fissando unicamente il vincolo della destinazione prioritaria del reddito delle fondazioni agli interventi nei settori rilevanti.

L'art. 8 del decreto n. 153 del 1999 indica, a tale proposito, l'ordine di destinazione del reddito ricordando dapprima le spese di funzionamento, quindi gli oneri fiscali e le riserve obbligatorie determinate dal-

LEONE, *Fondazioni e Internet: scenari, obiettivi e nuove potenzialità*, in *Bancaria*, 10/2002, p. 92 ss., in particolare sui vantaggi che dall'utilizzo della rete possono derivare i sistemi di selezione dei destinatari dei *grants*, gli investimenti finanziari delle fondazioni, nonché per la raccolta e la canalizzazione delle risorse economiche per il *non profit*.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., 9 maggio 2002, n. 6607, cit., e in *Diritto e giustizia*, 2002, fasc. 22, p. 70 ss., e la dottrina cit. *supra*, nt. 4.

l'autorità di vigilanza, per riservare «almeno il cinquanta per cento del reddito residuo o, se maggiore, l'ammontare minimo di reddito stabilito dall'Autorità di vigilanza ai sensi dell'art. 10, ai settori rilevanti», ricordando per la restante parte la destinazione ad altri eventuali fini statuari, ulteriori a quelli indicati per legge.

Gli statuti fin ora approvati si sono limitati a ribadire la lettera della norma, senza vincolare l'amministrazione alla politica delle erogazioni o a quella dell'intervento diretto dei settori rilevanti, così attuando la previsione dell'Atto di indirizzo del 5 agosto 1999 che, al punto 5, riteneva «sufficiente, almeno quale prescrizione minima, che lo statuto richiami la disposizione dell'art. 8 del d.lgs. n. 153, che contiene anche la definizione del concetto di reddito valida per l'ordinamento di settore».

L'una o l'altra opzione, del resto, appaiono praticabili ed efficienti in termini di soddisfazione degli scopi dell'ente, purché siano comunque adottati sistemi di selezione degli investimenti e delle erogazioni basati su una programmazione sistematica e, per quanto possibile, di medio o lungo periodo, per evitare che si realizzino interventi «a pioggia» per soddisfare il vincolo di destinazione del reddito, tradendo gli scopi fondamentali dell'ente.

È pertanto interessante indicare, quale metro di paragone, l'evoluzione recentemente subita dalle fondazioni negli Stati Uniti, ove tale forma di intervento privato «sociale», spontaneamente sorta e solo successivamente disciplinata, ha ricevuto maggiore applicazione, ispirata com'è al precetto morale puritano dell'obbligatoria destinazione della ricchezza privata a servizio della comunità, fatto proprio, tra gli altri dal *Gospel of Wealth* Andrew Carnegie, fondatore dell'omonima fondazione e teorizzatore del ruolo sociale della filantropia. Rileva in particolare ricordare come, dall'originaria diffusa convinzione dell'estraneità del governo, specie federale, rispetto alle problematiche sociali collettive, si assista, specie dopo la Grande Depressione, all'ingresso nel settore *non profit* dell'autorità centrale, intervento dapprima limitato, poi notevole per mole degli interventi e per selezione dei destinatari e delle politiche di sostegno.

I problemi sociali generati dalla disoccupazione di massa degli anni '30, il massiccio incremento delle funzioni e del ruolo del governo federale introdotto dal *New Deal* di Roosevelt, innescarono un indirizzo poi ampli-

ficato dalla Seconda Guerra Mondiale, che segna il culmine, mai più raggiunto, dal settore pubblico nell'economia americana.

Assimilata così, di fatto, l'opinione dell'inevitabilità della presenza del governo federale nella vita collettiva e nelle questioni sociali, non può negarsi che «*the New Deal led to a new conventional wisdom that redefined the meaning of American liberalism*»⁽³⁸⁾, e da allora «completare il *New Deal*» è diventato fino agli anni '60 un obiettivo permanente del Partito Democratico, dando l'avvio al *welfare state* statunitense, sviluppatosi ulteriormente negli anni '60 attraverso la *War on Poverty* di Johnson, in un clima di generale ottimismo e fiducia nella capacità dell'intervento pubblico di risolvere i problemi della società, ed in particolare la povertà, la discriminazione razziale, il decadimento delle aree urbane, l'esclusione di settori consistenti della popolazione dall'accesso a livelli qualitativamente accettabili di istruzione e assistenza sanitaria.

In questo quadro radicalmente mutato, le fondazioni furono costrette a ridefinire il proprio ruolo: superato quello di supplenza dell'intervento pubblico svolto nei primi anni soprattutto nell'area del sociale, in continuità con la tradizionale funzione della filantropia privata⁽³⁹⁾, la nuova grande e visibile iniziativa federale condannava all'estinzione una molteplicità di piccoli interventi con le stesse finalità precedentemente sponsorizzati da fondazioni.

Ne derivava la necessità di scegliere aree di intervento, per mantenere un impatto sulla società, evitando il rischio di fallire in quelle situazioni in cui lo Stato avesse già subito analoga sorte, e che pertanto rivestivano al tempo stesso particolare rilevanza in termini di visibilità ma anche ingenti difficoltà, economiche e sociali, di realizzazione⁽⁴⁰⁾: la fondazione si

⁽³⁸⁾ A. NAGAI, R. LERNER e S. ROTHMAN, *Giving for Social Change: Foundations, Public Policy, and the American Political Agenda*, Chicago, 1999, p. 23.

⁽³⁹⁾ Secondo C. WEISSERT e J. KNOTT, *Foundations' Impact on Policy Making: Results from a Pilot Survey*, in *Health Affairs*, 1995, vol. 14, n. 4, nel 1991 i contributi delle fondazioni per la sanità ammontarono a 817 milioni di dollari, che corrisponde a circa lo 0,4% della spesa federale per la sanità. Negli anni '20, la spesa delle fondazioni private per la sanità era invece pari a quasi il 90% della spesa federale. Un altro esempio spesso citato è quello del *Peace Corps*, il corpo di volontari mandati nei paesi in via di sviluppo, una delle prime iniziative dell'amministrazione Kennedy, tuttora esistente.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. J. DOUGLAS e A. WILDAVSKY, *The Knowledgeable Foundations*, in *Future of Foundations*, in New Rochelle: Change Magazine Press, 1978, p. 252, le fondazioni sarebbero

proposte allora come «*agent of social change*», etichetta che giustifica un insieme assolutamente eterogeneo di interventi, non motivati dall'esigenza di supplire al deficiente intervento pubblico o privato, bensì dall'obiettivo della promozione di processi di radicale cambiamento sociale, *in primis* la difesa dei diritti del cittadino contribuente o consumatore, la promozione della democrazia nei Paesi in via di sviluppo, le sovvenzioni alle televisioni non commerciali, il sostegno alle campagne per i diritti politici delle minoranze.

Alcuni episodi di contaminazione tra le fondazioni e frange estremistiche di movimenti politici e sociali, insieme all'inevitabile rivalità con il potere politico condussero, in questo clima, a indagini federali sull'attività delle fondazioni, e costituirono infine la giustificazione politica del *Tax Reform Act* del 1969, ispirato alla decisa penalizzazione le attività politiche in senso lato, attraverso il divieto di qualsiasi *political or propagandistic activity*.

Contemporaneamente, scaduta la fiducia della collettività nella capacità dello Stato di intervenire in maniera proficua sui problemi sociali più gravi⁽⁴¹⁾, si diffuse la consapevolezza del ruolo determinante svolto dalla spesa pubblica o privata, non tanto in dipendenza del valore assoluto delle risorse impiegate, quanto piuttosto delle strategie di intervento, che si dimostravano più efficienti e meglio realizzabili attraverso la contemporanea presenza, diffusa sul territorio ed a favore delle differenti classi bisognevoli, di attori sociali diversi, pubblici e privati.

Il sistema italiano di intervento obbligatorio delle fondazioni bancarie nel c.d. terzo settore sembra dunque giungere al medesimo risultato, in termini di sussidiarietà e poi di alternative dell'intervento privato rispetto a quello delle pubbliche amministrazioni, pur muovendo da presupposti antitetici rispetto al sistema filantropico statunitense, perché prende le mosse dall'intervento autoritativo del legislatore della riforma degli enti pubblici di credito, ispirato senza dubbio alle loro origini storiche e giustificato dal dovere di solidarietà economica e sociale di cui al-

sempre di fronte al paradosso: «*foundations are superfluous if they act like government, and damned if they do not*». Cfr. anche M. HODGSON, *Trust, Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures*, Cheltenham, 2002.

⁽⁴¹⁾ Tanto che R. Reagan, nel suo discorso di insediamento nel 1981, ebbe a dire: «*We used to think that government was the solution to all problems. Today, government is the problem*».

l'art. 2 Cost. ⁽⁴²⁾. Alla luce della convergente evoluzione dei due sistemi, è dunque evidente la progressiva accentuazione dei profili di rilevanza dei sistemi di selezione dei beneficiari, delle forme attraverso cui garantire loro tutela rispetto alle determinazioni degli enti e, prima ancora, delle forme di intervento delle fondazioni, in termini di efficacia allocativa, in particolare nella forma della *operating foundation*, direttamente impegnata nella prestazione di servizi di pubblica utilità, quali potrebbero essere ospedali o istituti di istruzione e ricerca, attività da svolgersi specialmente in forma imprenditoriale, diretta o indiretta.

⁽⁴²⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 2000, p. 11 e ss., spec. p. 52 ss.; ID., *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, p. 362 ss.

GOFFREDO ZUDDAS

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GESTORE DI UN CAMPEGGIO

SOMMARIO: 1. Le attività «simili» a quella dell'albergatore. — 2. La responsabilità del gestore di un campeggio in dottrina e giurisprudenza. — 3. Il contratto di campeggio. — 4. Le parti. — 5. Il campeggio. — 6. La prestazione del gestore e quella del cliente. — 7. La responsabilità contrattuale del gestore. — 8. La responsabilità extracontrattuale del gestore. — 9. Il rimessaggio nei periodi di chiusura del campeggio. — 10. La responsabilità per danni arrecati alla persona.

1. — Secondo l'art. 1786 c.c. le norme dettate in tema di deposito in albergo (artt. 1783-1785 *quinquies*), «si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili».

Una volta ammesso che tale elencazione non è tassativa, ma solo esemplificativa ⁽¹⁾, gli interpreti hanno cercato di stabilire in virtù di quali principi giuridici le varie attività possano essere considerate «simili» a quella dell'albergatore, giungendo alla conclusione che gli elementi caratterizzanti una tale attività sono i seguenti:

- a) che si tratti di un'attività organizzata (embrionalmente o meno) ad impresa con carattere professionale e, nella maggior parte dei casi, speculativo ...;
- b) che la predetta attività importi la frequenza di pubblico nell'ambiente ad essa proprio;
- c) che la natura delle prestazioni rese sia tale da richiedere al cliente di di-

⁽¹⁾ In tal senso Cass., 12 aprile 1978, n. 1740, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1194, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2810; App. Roma, 28 gennaio 1981, in *Foro it.*, 1982, I, c. 828, in *Tem. rom.*, 1981, p. 39, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 432. In considerazione di questa scelta legislativa si è fatto riferimento a un fenomeno di «detipizzazione», nel senso che l'art. 1786 c.c. rinvia a una serie differenziata di imprese configurata come serie aperta, resa omogenea da un semplice legame di similarità: B. INZITARI, *La responsabilità dell'imprenditore per i danni ai clienti nei locali dell'impresa*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, p. 409.

staccarsi, sia pur per breve tempo, da alcune delle cose portate al seguito, con l'esigenza ch'esse siano protette e vigilate in modo da liberare l'utente da ogni preoccupazione sulla loro sicurezza e conservazione. In questo requisito deve considerarsi connaturato quello di una certa permanenza sul luogo, perché è conseguenza di questa la necessità di liberarsi provvisoriamente delle cose (indumenti, valigie, ecc.) da tutelare e proteggere»⁽²⁾.

L'art. 1786 c.c. farebbe cioè riferimento ad esercizi in cui il frequentatore ha la necessità di portare con sé alcuni beni per i quali si ponga l'esigenza di una loro sorveglianza in considerazione di un periodo minimo di permanenza durante il quale sia necessario privarsi degli stessi all'interno della struttura ricettiva⁽³⁾.

Muovendo da queste premesse, sono state considerate «attività simili» a quella dell'albergatore quella di una parrucchiera⁽⁴⁾, del gestore di una sala da ballo provvista di buffet⁽⁵⁾, del gestore di un circolo sportivo⁽⁶⁾, di un'impresa di produzione ed esercizio di teatri pubblici e privati per la custodia del materiale contenuto nei camerini⁽⁷⁾, di gestione di una palestra⁽⁸⁾.

⁽²⁾ Così V. GERI, *Albergatore (Responsabilità dell')*, in *Noviss. Dig. it.*, App. I, Torino, 1980, p. 217. Si tratta di principi puntualmente recepiti dalla giurisprudenza: v., in particolare, Pret. Pietrasanta, 14 marzo 1960, in *Giur. tosc.*, 1961, p. 244.

⁽³⁾ Cass., 9 novembre 1987, n. 8268, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 712; Cass., 12 aprile 1978, n. 1740, cit., che sottolineano l'importanza per l'utente di liberarsi da ogni preoccupazione per la custodia delle proprie cose affidandole all'organizzazione dell'esercizio. Secondo C.A. FUNAIOLI, *Deposito, Sequestro convenzionale, Cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Torino, 1961, p. 98, rientra tra le attività «simili» quella di teatri, cinema, piscine e palestre, mentre non vi rientra quella di biblioteche, studi professionali, pasticcerie e negozi. Conf. F. MASTROPAOLO, *Il deposito in albergo*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 568.

⁽⁴⁾ Cass., 27 febbraio 1984, n. 1389, in *Dir. prat. ass.*, 1985, II, p. 130, con nota di M. ANTINOZZI, *La responsabilità del gestore di un negozio di parrucchiere circa gli indumenti dei clienti*; App. Roma, 28 gennaio 1981, cit.

⁽⁵⁾ Cass., 12 aprile 1978, n. 1740, cit.

⁽⁶⁾ Cass., 14 aprile 1944, n. 256, in *Foro it.*, 1944-46, I, c. 142, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 24; Trib. Trieste, 24 marzo 1943, *ivi*, 1943, II, p. 172, in *Foro it.*, 1943, I, c. 609; Conc. Roma, 14 dicembre 1971, in *Temi rom.*, 1971, p. 226.

⁽⁷⁾ Cass., 7 novembre 1992, n. 12051, in *Resp. civ. priv.*, 1993, p. 544, con nota di E. JORATTI, *Responsabilità dell'albergatore e degli imprenditori ad esso assimilati: considerazioni sul soggetto tutelato*.

⁽⁸⁾ Pret. Venezia, 16 ottobre 1996, in *Foro pad.*, 1998, I, c. 271.

Si è per converso negato che vi rientrino quella svolta dall' esercente di un bar⁽⁹⁾ e di un'autorimessa pubblica⁽¹⁰⁾, poiché in entrambi i casi il cliente, per fruire della prestazione, non deve privarsi delle sue cose affidandone la custodia ad altri.

2. — Nell'ambito delle «attività simili» viene compresa anche quella di gestione di un campeggio, giacché in essa ricorrono gli stessi principi sui quali riposa la responsabilità dell'albergatore, ovvero il «deposito necessario» da parte degli utenti e l'organizzazione ad impresa del gestore del campeggio⁽¹¹⁾. Il cliente si trova infatti nella necessità di dover momentaneamente abbandonare la custodia delle proprie cose in casa d'altri, per cui il gestore è tenuto a prestare un sistema di sorveglianza per offrirgli la necessaria sicurezza circa la custodia e la vigilanza sulle cose da lui portate al seguito⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Pret. Trieste, 26 ottobre 1950, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1453, con nota di V. RANDEGGER, *In tema di interpretazione dell'art. 1786 cod. civile*.

⁽¹⁰⁾ App. Trieste, 24 dicembre 1980, in *Foro pad.*, 1980, I, c. 1320.

⁽¹¹⁾ Si tratta di un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato accolto da Cass., 21 giugno 1993, n. 6866, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1110, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1827, con nota di G. TASSONI, *Contratto di rimessaggio, contratto di campeggio ed obblighi del gestore*; Cass., 8 febbraio 1990, n. 882, in *Rep. Giur. it.*, 1990, voce *Alberghi*, n. 11; Cass., 14 gennaio 1988, n. 213, in *Dir. prat. ass.*, 1989, II, p. 113; Cass., 24 febbraio 1984, n. 1321, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2840, in *Dir. prat. ass.*, 1985, II, p. 129, con nota di M. ANTINOZZI, *La responsabilità del gestore di campeggi*, in *Resp. civ. priv.*, 1985, p. 78, con nota di D. BUSCARINI, *Richiami in tema di responsabilità del gestore di parchi da campeggio*; Cass., 7 novembre 1982, n. 6480; App. Bari, 13 febbraio 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 474, con nota di C. NOTARSTEFANO, *La responsabilità civile del gestore di campeggi*; App. Milano, 22 maggio 1962, in *Foro it.*, 1963, I, c. 205, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, p. 188, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 726; Trib. Firenze, 23 febbraio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2673; Trib. Milano, 16 ottobre 1958, in *Mon. trib.*, 1959, p. 180, con nota di L. D'ORSI, *Deposito in albergo e parchi di campeggio*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, II, p. 253, con nota di G.C.M. RIVOLTA, *Contratto di campeggio e responsabilità del gestore*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 258, con nota di G. LEVI, *La responsabilità del gestore di parchi per campeggio*, in *Nuovo dir.*, 1959, p. 576; Pret. Carrara, 4 aprile 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2721, con nota di A.V. VENDITTI, *Sulla responsabilità del gestore di camping*, in *Foro pad.*, 1964, II, c. 398, in *Arch. resp. civ.*, 1964, p. 307, in *Nuovo dir.*, 1964, I, p. 195, in *Mon. trib.*, 1964, p. 42.

⁽¹²⁾ In dottrina, oltre agli autori citati nella nota che precede (ad esclusione di Rivolta), cfr. V. GERI, *Albergatore (Responsabilità dell')*, cit., p. 217; M. NOVITÀ (V. NAPOLITANO - E.M. BARBIERI - M. NOVITÀ), *I contratti reali*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1979, p. 301; M. ANTINOZZI, *La responsabilità civile del gestore di un campeggio*, in *Dir. prat. ass.*, 1981, II, p. 513; G. ZUDDAS (G. CIURNELLI - S. MONTICELLI - G.

Dal momento che il rischio professionale del gestore del campeggio è assimilabile a quello di un comune albergatore, sorgono due tipi di responsabilità: quella per le cose depositate (c.d. custodia diretta) o portate dal cliente (c.d. custodia indiretta) e quella per danni alla persona del cliente. Tali responsabilità discendono dalla violazione di specifici obblighi del gestore che si compendiano nell'assicurare al cliente con la propria organizzazione aziendale le prestazioni del campeggio e la sicurezza alle cose di sua proprietà ⁽¹³⁾.

Al cliente, si afferma, deve essere garantita un'adeguata sorveglianza sulle cose che ha portato con sé o che ha affidato all'organizzazione del campeggio. La violazione di tale specifico obbligo rende il gestore responsabile verso il cliente e tenuto a risarcirgli il danno in quanto il campeggiatore ha posto la tenda all'interno del campeggio proprio per potersi muovere liberamente, senza temere di non trovare più nulla del proprio bagaglio al ritorno da gite e passeggiate. Se egli non avesse sentito questa necessità avrebbe preferito evidentemente impiantare la propria tenda, anziché all'interno di un campeggio, in un bosco o in un prato ⁽¹⁴⁾.

ZUDDAS), *Il contratto d'albergo - Il contratto di viaggio - I contratti del tempo libero*, Milano, 1994, p. 56; R. PREDEN, *Albergo (contratto di)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 62; M. COSTANZA, *La responsabilità civile in materia di deposito*, in *La responsabilità civile* a cura di P. Cendon, IV, Torino, 1998, p. 485; D. MANTUCCI, *Responsabilità dell'albergatore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 236; M. LA TORRE, *Il deposito in albergo*, in *Manuale del diritto del turismo*, a cura di V. Franceschelli e G. Silingardi, Torino, 1999, p. 338 s.; S. BALZARETTI, *La responsabilità dell'albergatore*, Torino, 2001, p. 105.

⁽¹³⁾ M. ANTINOZZI, *La responsabilità civile del gestore di un campeggio*, cit., p. 513. È indubbio che chi esercita attività assimilate a quella alberghiera è tenuto, per un'esigenza d'ordine economico-pratico, a sopportare oltre al rischio generico, proprio della gestione di qualunque impresa, anche il rischio (precipuo all'esercizio delle imprese in questione) della sottrazione, perdita, deterioramento delle cose introdotte dai clienti nel suo stabilimento: così G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, c. 258. Secondo altri tale esigenza di fatto non esiste, per cui un'eventuale responsabilità per custodia del gestore di campeggio può riposare su un fondamento diverso dal rischio d'impresa, e precisamente in quei doveri di protezione che, contrapponendosi per la loro diversa rilevanza giuridica ai doveri di prestazione, si accompagnano a questi per tutelare contrattualmente la situazione giuridica delle parti: U. MAJELLO, *op. cit.*, c. 728.

⁽¹⁴⁾ Testualmente G. LEVI, *op. cit.*, c. 262, la quale evidenzia che, di solito, il bagaglio del campeggiatore è più cospicuo di quello che un viaggiatore porta con sé in albergo perché il campeggiatore è normalmente provvisto, oltretutto della tenda e degli effetti personali, anche di un sacco a pelo, di una branda, di un mezzo di trasporto (automobile o motocicletta), e in genere di tutto ciò che può rendergli più confortevole il soggiorno

Soltanto qualcuno ha assunto una posizione diversa, affermando che il campeggio non è assimilabile all'albergo in quanto il primo, a differenza del secondo, si concretizzerebbe in un'area aperta, spesso priva di recinzione e liberamente accessibile da chiunque. In tal senso, una sorveglianza efficace da parte del gestore sarebbe estremamente più gravosa se non praticamente impossibile e comunque non paragonabile a quella cui è tenuto l'albergatore ⁽¹⁵⁾.

3. — Nonostante il consenso di cui gode, l'assimilazione del campeggio all'albergo — per quanto entrambe le figure riguardino i modi più diffusi di soggiornare sul territorio nel tempo libero — non pare del tutto convincente e merita una più attenta riflessione ⁽¹⁶⁾.

Occorre intanto premettere che i pochi approfondimenti in tema di contratto di campeggio risalgono agli anni '60 e si riferiscono a una realtà che non esiste più. La visione pionieristica del viaggiatore che si sposta con tenda e sacco a pelo per trovare una sistemazione all'aria aperta è tramontata da un pezzo in quanto il campeggio libero è ormai vietato ovunque per ragioni di igiene e di sicurezza ⁽¹⁷⁾. Il moderno campeggiatore è dotato di attrezzature che gli permettono di usufruire delle medesime comodità delle quali gode nella sua abitazione in quanto la stessa legislazione ha regolamentato il fenomeno prevedendo la fornitura di nume-

all'aria aperta. Evidentemente quindi, più di ogni altro viaggiatore, il campeggiatore è interessato a che il proprio bagaglio sia al sicuro.

⁽¹⁵⁾ Così G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 253 ss.

⁽¹⁶⁾ Occorre sottolineare che appartengo alla folta schiera di autori (tra i quali, ultima in ordine di tempo, D. MEMMO, *Del deposito in albergo*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Cendon, Aggiorn. II, Torino, 2002, p. 1294) i quali, occupandosi del contratto d'albergo, hanno recepito con riguardo al contratto di campeggio l'orientamento giurisprudenziale tradizionale senza neppure tentare di sottoporlo ad alcuna revisione critica. Un'attenta analisi del più ristretto problema specifico, difficile da compiersi in un'indagine di più ampio respiro quale è quella sul contratto d'albergo, mi pare che possa condurre all'accoglimento di conclusioni diverse.

⁽¹⁷⁾ Il divieto è espresso in termini abbastanza chiari da tutte le legislazioni regionali: v. ad es. l'art. 1 legge Regione Calabria, 18 luglio 1986, n. 43. Di conseguenza appare inutile ogni considerazione in merito al campeggio (abusivo o meno) cosiddetto «libero», ovvero al di fuori di aree a ciò specificamente predisposte, rispetto al quale si è sempre negata l'assimilazione agli alberghi, in quanto tale figura non esiste più. Si può al più rimarcare che esistono forme di campeggio semilibero, tutte legate a periodi brevissimi di soggiorno, nelle quali sono comunque previsti come obbligatori dei servizi igienici minimali.

rosi servizi per cui oggi, entrando in un campeggio, si ha la certezza di poter contare su un'accoglienza che non ha niente di spartano.

Il contratto di campeggio, al pari di quello d'albergo, è stato oggetto del medesimo singolare trattamento da parte del legislatore il quale non ha regolamentato né l'uno né l'altro, limitandosi a disciplinare il deposito in albergo e la nozione di campeggio. Il legislatore regionale dal canto suo ha regolamentato gli standard che ogni campeggio deve offrire in ragione della sua classificazione per cui una parte del contratto — quella relativa alle prestazioni a carico del gestore — è sottratta all'autonomia delle parti essendo stata fissata dalle leggi regionali che, dettando regole spesso assai diverse tra loro, finiscono col condurre a un contratto che, per certi aspetti, varia da regione a regione, rendendo problematica una ricostruzione unitaria della figura.

Fatte queste precisazioni, secondo l'insegnamento tradizionale, il contratto di campeggio è un contratto innominato in virtù del quale il gestore, dietro corrispettivo di una somma di denaro (di solito modica), consente al turista di sostare, introducendovi un proprio mezzo di trasporto e installandovi tende ed altre attrezzature provvisorie, in un'area all'uopo destinata e per lo più dotata di taluni indispensabili impianti igienici⁽¹⁸⁾.

4. — Passando ora all'esame del problema secondo lo schema indicato in premessa, occorre osservare, con riguardo al punto a), che gestore di un campeggio potrebbero essere sia una persona fisica che una società, di persone o di capitali, ma anche un'associazione o una fondazione, così come un ente pubblico, non essendo lo scopo di lucro essenziale⁽¹⁹⁾; si pensi a un Comune che gestisca campeggi estivi a favore dei suoi dipendenti e dei loro familiari. È certo peraltro che un'organizzazione — più o meno complessa a seconda dell'importanza della struttura — appare indispensabile, per cui correttamente si annovera quello di campeggio tra i

⁽¹⁸⁾ G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, c. 253, il quale afferma che questo contratto resterebbe dunque soggetto alle regole relative ai c.d. contratti innominati, trovando pertanto regolamentazione oltre che nelle disposizioni generali del titolo II libro IV, c.c. (cui sono sottoposti indistintamente tutti i contratti, tipici o atipici che siano), nella volontà contrattuale delle parti, nonché, una volta che si siano formati, negli usi giuridici.

⁽¹⁹⁾ R. MICCIO, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 1959, p. 37.

contratti d'impresa, visto che il gestore deve essere considerato immanabilmente come imprenditore commerciale.

Alcuni autori, anche se con riguardo al contratto d'albergo che presenta gli stessi spunti ricostruttivi, ritengono invece indispensabile lo scopo di lucro⁽²⁰⁾, ma il fatto che gestore sia un ente privo di lucro non muta alcunché, perché l'espressione «imprenditore di» contenuta nell'art. 1786 c.c. intende semplicemente fare riferimento ad un soggetto che abbia i requisiti contemplati dall'art. 2082 c.c., anche se poi, in ipotesi, non possa essere soggetto a fallimento⁽²¹⁾.

Di conseguenza, può essere considerato gestore di un campeggio soltanto chi eserciti «professionalmente», e cioè in modo sistematico e durevole (anche se stagionale), tale attività predisponendo e coordinando i mezzi di produzione necessari⁽²²⁾.

Considerato che diversi aspetti del contratto d'albergo sono senza dubbio comuni anche al contratto di campeggio, possono in questa sede essere riproposte tutte le considerazioni svolte sul concetto di cliente⁽²³⁾,

⁽²⁰⁾ C.A. FUNAIOLI, *op. cit.*, p. 99; A. ANTONINI, *L'ambito soggettivo di applicazione delle norme sulla responsabilità dell'albergatore*, in *Resp. civ. prev.*, 1987, p. 377; M. ANTINOZZI, *La responsabilità civile del gestore di un campeggio*, cit., p. 513.

⁽²¹⁾ R. MICCIO, *op. cit.*, p. 37; G. LEVI, *op. cit.*, c. 261; G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, c. 259; A.V. VENDITTI, *op. cit.*, p. 2721.

⁽²²⁾ Così, con riguardo all'attività alberghiera e a quelle assimilate, Cass., 14 aprile 1944, n. 256, cit.; Trib. Trieste, 24 marzo 1943, cit.; M. BUSSOLETTI, *Albergo (contratto di)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 11; G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, c. 257. Sulla figura dell'albergatore cfr. G. ZUDDAS, *op. cit.*, p. 45 ss.

⁽²³⁾ V. in vario senso Cass., 8 luglio 1981, n. 4468, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1004, con nota di P. RUSSO, *Responsabilità dell'albergatore e del gestore di ristorante verso il cliente ed il suo ospite*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2950, in *Dir. prat. ass.*, 1982, p. 691, con nota di M. GIAMMARINO, *Definizione di «cliente d'albergo» e sua rilevanza ai fini della responsabilità limitata dell'albergatore*; L. MEZZASOMA, *La responsabilità civile dell'albergatore*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 533; R. MICCIO, *op. cit.*, p. 32. V. inoltre le osservazioni di B. INZITARI, *La responsabilità dell'imprenditore per i danni ai clienti nei locali dell'impresa*, cit., p. 412, il quale osserva che, tenendo conto delle modalità di svolgimento di determinate attività, anche il concetto tradizionale di cliente andrebbe rivisto. Occorre ancora puntualizzare che i visitatori non possono ritenersi né parti né clienti: così Cass., 27 marzo 1956, n. 878, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1050; A. FIORENTINO, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1962, p. 103. In merito al visitatore la contrattualistica è alquanto severa in quanto il suo ingresso non solo deve tempestivamente essere segnalato al gestore, ma dopo un soggiorno che superi le due ore, egli è tenuto a versare una

e quelle relative alla conclusione del contratto di campeggio e ai vari vincoli preparatori (prenotazione, dazione di caparre, ecc.)⁽²⁴⁾.

Da quanto precede appare evidente che i punti *sub a)* e *b)* indicati in premessa (esistenza di un ente con scopo di lucro ed esercizio di un'attività aperta al pubblico) non sono affatto risolutivi ai fini della presente indagine, per cui solo l'analisi del profilo *sub c)* consentirà di trovare la corretta chiave di interpretazione del problema, come è avvenuto in altre occasioni⁽²⁵⁾.

5. — Secondo la normativa nazionale attualmente in vigore «i campeggi sono esercizi ricettivi, aperti al pubblico, a gestione unitaria, attrezzati su aree recintate per la sosta ed il soggiorno di turisti provvisti, di norma, di tende o di altri mezzi di pernottamento»⁽²⁶⁾.

Dall'insieme delle leggi regionali esistenti emerge come il gestore

tariffa ridotta, e dopo sei ore il corrispettivo pari ad un'intera giornata, diventando così cliente a tutti gli effetti.

⁽²⁴⁾ Per tale disamina cfr. G. ZUDDAS, *op. cit.*, p. 22; M. FRAGALI, *Albergo (contratto di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 974.

⁽²⁵⁾ Intendo riferirmi alla responsabilità del gestore di un bar, imprenditore che gestisce un esercizio aperto al pubblico, rispetto al quale, come si è visto, si nega trattarsi di «attività simile» proprio perché il cliente non deve temporaneamente disfarsi della propria roba per godere della prestazione che gli viene offerta. V. *retro*, nt. 9.

⁽²⁶⁾ V. l'art. 6 legge 17 maggio 1983, n. 217 (*Legge quadro per il turismo e interventi per il potenziamento e la qualificazione dell'offerta turistica*), che non è stato modificato dalla l. 29 marzo 2001, n. 135 (*Riforma della legislazione nazionale del turismo*). In precedenza l'art. 1 della legge 21 marzo 1958, n. 326 aveva stabilito in modo analogo che «sono campeggi, i parchi attrezzati per la sosta di turisti provvisti di tenda o di altri mezzi di pernottamento autonomi ed accessoriamente dotati di mensa o spaccio». In modo più puntuale l'art. 4 del d.P.R. 20 giugno 1961, n. 869, aveva in seguito precisato che «i campeggi devono essere allestiti in località salubri a conveniente distanza da opifici, ospedali, case di cura, colonie, chiese, caserme, cimiteri, da valutarsi in sede di istruttoria della domanda di autorizzazione. I campeggi devono disporre di adeguate recinzioni ed eventuali schermature della zona adibita a campeggio, di particolari installazioni igienico sanitarie, nonché di accorgimenti e di impianti per la prevenzione ed estinzione degli incendi. In particolare, devono possedere i seguenti requisiti: almeno ottanta metri quadrati per ogni installazione (tenda ed auto), ovvero almeno quaranta metri quadrati per ogni tenda, compreso lo spazio adibito ai servizi comuni; strada di accesso carrozzabile; punti d'acqua potabile nel campo; lavabi e gabinetti al riparo (almeno un gabinetto per ogni venti persone); impianti adeguati di docce; impianto per lo scolo delle acque; illuminazione delle parti comuni; raccoglitori di immondizie; cassetta di pronto soccorso congruamente attrezzata; impianti antincendio».

debba disporre di un'area recintata più o meno grande⁽²⁷⁾, suddivisa in piazzole di sosta contrassegnate numericamente⁽²⁸⁾, e di aree comuni nelle quali vengono offerti una serie di servizi che dipende dal livello del campeggio il quale viene classificato dagli uffici turistici con stelle (da una a quattro) in modo analogo agli alberghi.

L'insieme delle prestazioni poste a carico del gestore del campeggio possono quindi così riassumersi: *a)* una prestazione principale, consistente nell'assicurare al cliente il godimento esclusivo di una piazzola attrezzata numerata (munita di presa per l'energia elettrica, presa d'acqua, allaccio ai servizi igienici, ecc.); *b)* una serie di prestazioni accessorie — servizio lavanderia, custodia valori in cassette di sicurezza o in cassaforte, piscina, maneggio, ormeggio, ecc. — che il cliente è libero di utilizzare o meno, dovendo pagare di regola un costo aggiuntivo per la loro fruizione; *c)* la predisposizione di misure di protezione, consistenti nell'adozione delle cautele necessarie per la sicurezza del cliente e delle sue cose (illuminazione e segnaletica stradale, recinzioni, corrimano, ecc.)⁽²⁹⁾.

6. — Il gestore del campeggio è dunque tenuto a fornire una prestazione principale consistente nell'assicurare il godimento esclusivo di una piazzola attrezzata al cliente il quale, dal canto suo, ha il diritto di occuparla portando con sé, oltre alle attrezzature necessarie per il soggiorno (brandine, tavolini e seggiole, ecc.), una tenda, una *roulotte*, un *camper*, eventualmente un'imbarcazione, e un'automobile⁽³⁰⁾, pagando un corrispettivo per ognuno di tali beni e per le persone ospitate.

⁽²⁷⁾ L'art. 1 legge Regione Abruzzo, cit., stabilisce ad es. che deve trattarsi di un'area non inferiore a 10.000 mq.

⁽²⁸⁾ Anche l'ampiezza delle piazzole è legata alla categoria del campeggio e al tipo di veicolo che deve ospitare. Giusto per fornire qualche indicazione, la superficie minima è di 10 mq. per una tenda a 4 posti; di mq. 30 per un *camper*; di mq. 50-60 per una *roulotte*.

⁽²⁹⁾ È infatti pacifico che le parti espongono le proprie sfere giuridiche al pericolo che dall'attività dell'una possa derivare un danno alla persona o al patrimonio dell'altra: F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 223.

⁽³⁰⁾ Ciò ha indotto qualcuno ad affermare che l'attività del gestore del campeggio è simile a quella dell'albergo «sebbene l'alloggio debba esservi inteso nel senso affatto particolare di disponibilità di un'area nella quale l'utente possa installare un proprio riparo»: così G. GENTILE, *Adeguamento monetario del limite di responsabilità degli albergatori e imprenditori assimilati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1978, p. 1466.

In un simile contesto il gestore non solo non ha obblighi di sorta relativamente al godimento del cliente (non deve quindi far effettuare le pulizie, il cambiamento delle lenzuola, ecc.), ma addirittura gli è preclusa la possibilità di accedere alla piazzola della quale il cliente ha, da quel momento, la più completa disponibilità, visto che al gestore non vengono consegnate le chiavi con cui si è provveduto alla chiusura di tenda, roulotte, camper e altri veicoli del cliente.

Si delinea quindi una sostanziale differenza rispetto all'albergo e alle figure simili visto che l'albergatore, il gestore del ristorante, della casa di cura e della discoteca, hanno un pieno potere di accesso e di controllo nello spazio in cui il cliente gode delle loro prestazioni, a differenza di quanto avviene nel campeggio dove il cliente ha il godimento esclusivo della piazzola che gli è stata assegnata. Il gestore è privo di ogni potere di intromissione, indispensabile invece perché l'albergatore e tutti gli esercenti indicati dall'art. 1786 possano adempiere⁽³¹⁾, visto che il loro cliente deve privarsi delle sue cose personali per poter ricevere la prestazione che gli viene offerta, esponendosi così ai rischi di vario genere derivanti dal fatto che abbandona le sue cose in luoghi accessibili a tutti.

Tutto ciò non avviene nel campeggio ove il cliente vanta sulla piazzola occupata un diritto personale di godimento che gli consente di escludere chiunque dalla sua fruizione e, al contempo, di esercitare da sé un potere di controllo sulle attrezzature che ha introdotto nel campeggio, visto che dispone di mezzi (tenda, auto, camper e roulotte) nei quali può agevolmente riporre per poi provvedere alla loro chiusura ermetica.

Per negare un tale stato di cose occorre ipotizzare un cliente munito del solo sacco a pelo il quale perderebbe, nel momento in cui si allontana dal campeggio, ogni potere di controllo sulle sue attrezzature che non verrebbero riposte dentro un veicolo, ma abbandonate all'interno della piazzola, ma una simile sistemazione deve considerarsi vietata per ragioni

⁽³¹⁾ In realtà sarebbe opportuno che l'attenzione degli studiosi si soffermasse non sull'interpretazione dell'aggettivo «simili» contenuta nell'art. 1786 c.c., ma sulle attività espressamente menzionate in tale articolo che, a ben vedere, non sono affatto simili a quella dell'albergatore. Basta analizzare la situazione dei cinema o degli stadi (locali per pubblici spettacoli) nei quali giammai lo spettatore si priva delle sue cose per godere della prestazione che gli viene offerta.

di decoro, di igiene e di sicurezza⁽³²⁾.

Resta il fatto che, se è vero che le attrezzature sono debitamente custodite dal cliente all'interno dei vari mezzi, questi ultimi debbono a loro volta essere protetti durante l'assenza del cliente dagli atti violenti di terzi (danneggiamenti, furti, incendi, ecc.). Tra le varie ragioni per cui il turista munito di un camper – e cioè di un'unità per certi versi del tutto autonoma – si reca in un campeggio anziché pernottare in un'area pubblica, v'è non solo quella che gli consente di ottenere una serie di servizi, ma anche l'esigenza di una certa sicurezza che la sosta in un luogo aperto al pubblico non assicura. Proprio per garantirsi questa tranquillità nei luoghi pubblici i vari conducenti di camper formano sovente dei piccoli gruppi collocandosi a distanza ravvicinata.

Si pone allora il problema di stabilire se il gestore debba provvedere alla custodia o quanto meno garantire la sicurezza di tali beni che rappresentano i «contenitori» delle attrezzature dei clienti.

A ben vedere, le problematiche relative al campeggio più che a quelle dell'albergo, sembrano essere simili a quelle riguardanti il c.d. posto barca, che si trova di solito in un'area portuale debitamente recintata e sorvegliata alla quale possono accedere solo gli equipaggi delle imbarcazioni all'ormeggio.

La figura si realizza mediante la messa a disposizione, a favore di un natante, di uno specchio d'acqua di una certa estensione con relativo approdo alla banchina e la possibilità di fruire di una serie di servizi accessori (acqua, energia elettrica, rifornimento di carburante, ecc.), dietro pagamento di un corrispettivo⁽³³⁾.

Si tratta, secondo la Suprema Corte, di un contratto atipico misto nel quale convergono più figure contrattuali: la locazione per la messa a disposizione dell'area marina; la somministrazione per i vari servizi offerti;

⁽³²⁾ Le varie leggi regionali prendono infatti in considerazione un cliente che si rechi al campeggio munito di una «adeguata attrezzatura» che, all'occorrenza, gli potrebbe essere concessa in locazione dal gestore il quale deve destinare all'uopo specifiche piazzole. V., ad es., l'art. 26 n. 3 legge Regione Umbria, 14 marzo 1994, n. 8; l'art. 2 legge Regione Marche, 31 agosto 1999, n. 23; l'art. 3 legge Regione Lombardia, 10 dicembre 1981, n. 71; l'art. 3 legge Regione Abruzzo, 16 novembre 1979, n. 57.

⁽³³⁾ Così Trib. Udine, 31 maggio 1984 e App. Trieste, 27 maggio 1988, in *Trasporti*, 1989, p. 202, con nota di A. ANTONINI, *Contratto di ormeggio*.

il deposito per la custodia dello scafo⁽³⁴⁾. Più precisamente, il contratto di ormeggio, pur rientrando nella categoria dei contratti atipici, è sempre caratterizzato da una struttura minima essenziale (in mancanza della quale non può dirsi realizzata la convenzione negoziale), consistente nella semplice messa a disposizione ed utilizzazione delle strutture portuali con conseguente assegnazione di un delimitato spazio acqueo; il suo contenuto può, peraltro, estendersi anche ad altre prestazioni (sinallagmaticamente collegate al corrispettivo), quali la custodia del natante e/o quella delle cose in esso contenute⁽³⁵⁾.

La situazione è dunque identica a quella che si verifica nel campeggio, ma la disciplina giuridica del fenomeno è assai diversa da quella tradizionalmente accolta per quest'ultima figura.

7. — Accogliendo l'indirizzo prevalente, che addossa la medesima responsabilità dell'albergatore al gestore del campeggio, questi finirebbe con l'essere quasi esonerato da qualsiasi responsabilità giacché, secondo l'art. 1785-*quinquies*, le norme sul deposito in albergo non si applicano ai veicoli ed alle cose lasciate negli stessi.

Poiché la figura del campeggiatore munito del solo sacco a pelo, in sé vietata, appare comunque un caso di scuola — specie perché i campeggi, per ovvii motivi, si trovano in località lontane dai centri urbani, e, di conseguenza, dalle stazioni ferroviarie — deve ritenersi normale che il cliente sia sempre dotato quantomeno di un'auto, ovvero, più verosimilmente, anche di una *ronlotte* o di un *camper* all'interno dei quali egli trasporta tutte le attrezzature che gli servono per il soggiorno, che non sem-

⁽³⁴⁾ Così Cass., 21 ottobre 1994, n. 8657, in *Ginst. civ.*, 1994, I, p. 3059, con nota di M. GRIGOLI, *Sulla qualificazione del contratto di ormeggio*, in *Vita not.*, 1996, p. 77, con nota di T.V. RUSSO, *Il contratto di ormeggio tra atipicità contrattuale, tipizzazione social-giurisdizionale e interpretazione di buona fede*, in *Dir. mar.*, 1996, p. 714, con nota di R. DE MEO, *Il contratto di ormeggio e l'autonomia contrattuale*, secondo la quale il contratto atipico di ormeggio non può essere assunto *ipso iure* nella categoria del contratto di deposito, potendo avere ad oggetto la semplice messa a disposizione ed utilizzazione delle strutture portuali (caso in cui detto contratto è assimilabile alla locazione) ovvero estendersi alla custodia dell'imbarcazione (caso in cui detto contratto è assimilabile al deposito). In senso conforme L. VALLE, *Il contratto di ormeggio*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, II, Torino, 1995, p. 1827.

⁽³⁵⁾ Cass., 2 agosto 2000, n. 10118, in *Rep. For. it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 304.

pre costituiscono una pertinenza del bene veicolo.

E siccome non può dubitarsi che tali mezzi siano dei veicoli ai sensi del vigente codice della strada⁽³⁶⁾, tutto ciò che li riguarda e che essi contengono (tavolini, macchine fotografiche, sedie a sdraio, ecc.) non è oggetto di una specifica responsabilità del gestore del campeggio. E il tentativo di ovviare alla gravità di questa situazione affermando che il cliente è «obbligato» a introdurre nel campeggio un *camper* o una *ronlotte*, che rappresentano il suo letto⁽³⁷⁾, appare solo una forzatura delle norme.

E dunque sostenere che il gestore del campeggio eserciti un'attività simile a quella dell'albergatore significa attribuirgli potenzialmente una responsabilità contrattuale pressoché irrilevante, perché egli finirebbe per rispondere solo limitatamente alle tende, che non sono veicoli, mentre accogliendo l'opinione contraria essa sarebbe ben più gravosa e potrebbe comportare per lui obblighi risarcitori che non incontrano il limite previsto per l'albergatore.

Dalla locazione della piazzola di sosta, che senza dubbio rappresentava lo schema minimale assunto inizialmente dalla figura⁽³⁸⁾, si è giunti ad uno schema contrattuale più ricco e complesso che trasforma in atipico il paradigma negoziale originario, in considerazione della rilevanza delle prestazioni offerte⁽³⁹⁾. Per alcuni servizi aggiuntivi, richiesti di volta

⁽³⁶⁾ Secondo l'art. 46, d.lgs. 10 settembre 1993, n. 360, si intendono per veicoli tutte le macchine di qualsiasi specie che circolano sulle strade guidate dall'uomo. Precisa l'art. 56 lett. e) che i caravan sono rimorchi aventi speciale carrozzeria ed attrezzati per essere adibiti ad alloggio esclusivamente a veicolo fermo. La stessa norma (cfr. lett. f) annovera tra i veicoli i rimorchi per trasporto di attrezzature turistiche e sportive (imbarcazioni). Singolarmente App. Bari, 13 febbraio 1991, cit., ha stabilito che il furto di un gommone lasciato incustodito all'interno di un campeggio non è fonte di responsabilità del gestore, ai sensi dell'art. 1785 *quinquies* c.c., trattandosi di un veicolo. L'affermazione pare poco convincente proprio alla luce della definizione appena vista, perché un veicolo sarà, al più, il rimorchio che lo trasporta, ma non certo il gommone cui manca del tutto l'idoneità alla circolazione stradale.

⁽³⁷⁾ Si tratta dell'ipotesi formulata dalla G. TASSONI, *op. cit.*, c. 1830, la quale pone non pochi problemi interpretativi giacché non appare chiaro in virtù di quali principi l'ingresso del veicolo (che perde la sua natura) sia atto necessario.

⁽³⁸⁾ Sul punto è d'accordo anche G. TASSONI, *op. cit.*, c. 1830.

⁽³⁹⁾ Una conferma di tale affermazione discende dalla possibilità di stipulare contratti annuali per il godimento delle piazzole e dal fatto che tali contratti prevedano il versamento di una cauzione a garanzia del rilascio, al termine del rapporto, della piazzola

in volta, si ha infatti una vera e propria somministrazione di beni e/o di servizi per la quale viene corrisposto un corrispettivo specifico, esattamente come avviene in albergo per il telefono, la lavanderia o il garage che si pagano a parte ⁽⁴⁰⁾.

Si può allora affermare che il contratto di campeggio è un contratto atipico misto nel quale il gestore è tenuto ad eseguire una prestazione principale, consistente nel mettere a disposizione del cliente una piazzola attrezzata (dotata cioè di alcuni servizi minimali: wc, corrente elettrica, lavatoi, ecc.), ed alcune prestazioni accessorie consistenti nella somministrazione di servizi di varia natura (lavanderia, ristorante, maneggio, ecc.). Nell'esecuzione di tali prestazioni il gestore è tenuto a porre in essere, in esecuzione dei doveri di protezione che gravano su di lui in considerazione dell'attività svolta, una serie di adempimenti collaterali consistenti nell'adozione di misure volte a consentire al cliente una più agevole fruizione delle prestazioni a suo favore ⁽⁴¹⁾.

In conclusione, la risposta al punto *sub c)* posta in premessa appare negativa, per cui deve affermarsi che quella svolta dal gestore del campeggio, per quanto affine, non è però «simile» a quella svolta dall'albergatore.

In caso di inadempimento del gestore la sua responsabilità non è quindi quella dell'albergatore, ma quella di qualsiasi debitore, per cui essa verrà determinata — unitamente al danno da risarcire — tenendo conto dei parametri fissati dagli artt. 1218 ss. c.c.

Al fine di accertare l'esistenza di un inadempimento potranno di volta in volta essere applicate in via diretta, a seconda delle circostanze, le norme dettate in tema di locazione (con riguardo al godimento della piazzola), di somministrazione (per i servizi idrici, di energia elettrica e simili), del deposito (per le cose consegnate al gestore o delle quali egli

libera da cose e pulita. Irrilevante mi pare, invece, la circostanza che nei contratti predisposti sia ricorrente l'espressione «locazione di piazzola».

⁽⁴⁰⁾ E v., in questa prospettiva, le considerazioni di R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, spec. p. 24 ss. È la via seguita da M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 485, la quale, trascurando così la prestazione principale, osserva che non è il campeggio in sé a costituire un luogo assimilabile all'albergo, ma i servizi che in esso possono utilizzarsi.

⁽⁴¹⁾ L'obbligo di assicurare una situazione di sicurezza al cliente costituisce un presupposto per lo stesso svolgimento dell'attività contrattuale nei locali dell'impresa, ma quest'obbligo di sorveglianza non implica certamente quello di custodia delle singole cose del cliente: B. INZITARI, *op. cit.*, p. 391 s.

abbia espressamente assunto la custodia).

La violazione dei doveri di protezione, nei limiti in cui consenta di configurare un inadempimento, sarà altresì causa di responsabilità del gestore, fermo restando che, ai fini della risoluzione del contratto, dovrà essere valutata l'importanza dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c.

8. — Accanto a una responsabilità contrattuale del gestore del campeggio, potrebbe essere ipotizzata una sua responsabilità extracontrattuale.

L'esercizio di un campeggio non può essere considerato attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. ⁽⁴²⁾, mentre tale è ritenuta la gestione di una piscina che eventualmente si trovi all'interno del campeggio ⁽⁴³⁾.

Una specifica responsabilità del gestore può derivare anche dal danno cagionato da cose in custodia (art. 2051 c.c.), sia per la loro intrinseca natura, sia nel caso in cui esse, pur non avendo alcuna attitudine a cagionare il danno, in quanto sfornite di un dinamismo proprio, lo diventino per l'insorgere di un agente dannoso (ad es. incendio, caduta di rami di albero, di neve dai tetti, infiltrazioni d'acqua, insidie stradali, ecc.) che si inserisce nella loro struttura, in modo da alterarne la natura provocando un'intrinseca attitudine lesiva.

Con riguardo ai danni a terzi (altri clienti o visitatori) derivanti dalle cose dei clienti collocate nelle piazzole, presupposto della responsabilità sancita dall'art. 2051 c.c. è che vi sia un effettivo potere fisico che implica il governo e l'uso della cosa custodita da cui derivi l'esigenza e l'onere di vigilare affinché dalla cosa stessa, per sua natura o per particolari contingenze, non derivi ad altri un danno. Tale situazione non si verifica a carico del gestore, perché il cliente conserva la piena e totale disponibilità, in via esclusiva, delle sue cose, per cui sarà a lui attribuibile ogni responsabilità derivante, ad es., dallo scoppio di una bombola di gas ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Cass., 21 dicembre 1968, n. 4043, in *Resp. civ. prev.*, 1969, p. 238; Cass., 30 luglio 1958, n. 2778, in *Rep. Giur. it.*, 1958, voce *Albergo*, n. 11.

⁽⁴³⁾ App. Firenze, 24 novembre 1964, in *Resp. civ. prev.*, 1965, p. 194; Trib. Montepulciano, 5 giugno 1962, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 249; Trib. Roma, 27 marzo 1957, in *Tem. rom.*, 1958, p. 30.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Aosta, 15 aprile 1988, in *Arch. civ.*, 1989, p. 291, con riguardo ad un incendio sviluppatosi all'interno di una *roulotte* parcheggiata all'interno di un campeggio, ha affermato che la consegna delle chiavi del mezzo introdotto nel campeggio potrebbe as-

Altra particolare fonte di responsabilità può essere il fatto illecito commesso dai dipendenti del gestore (art. 2049 c.c.); la vendita di generi alimentari e di bevande (art. 2043 c.c.); quella per danni cagionati da animali di proprietà del gestore o anche in uso (art. 2052 c.c.)⁽⁴⁵⁾.

9. — Il problema deve essere trattato in modo diverso nell'ipotesi in cui il campeggio, non essendo aperto per tutto l'anno, provveda al rimessaggio di *roulottes*, *camper*, imbarcazioni, ecc., nel periodo di chiusura, coincidente, di solito, con la stagione invernale.

In caso di c.d. «rimessaggio invernale», non si ha alcun collegamento con la permanenza del campeggiatore all'interno della struttura, per cui l'affidamento del mezzo darebbe luogo ad un semplice contratto di deposito, da cui sorge per il gestore l'obbligo della custodia (parametrato alla diligenza del buon padre di famiglia) e quello di restituzione, con conseguente applicazione delle norme dettate dagli artt. 1766 ss. c.c.

Di conseguenza, anche la giurisprudenza ritiene che la permanenza durante la stagione invernale di una *roulotte* in un'area destinata a campeggio nella stagione estiva non dia luogo ad un contratto assimilabile al deposito in albergo ai sensi dell'art. 1786 c.c., ma ad un semplice contratto di deposito che, qualora non sia stato pattuito un corrispettivo anche per il periodo invernale, deve qualificarsi come deposito gratuito⁽⁴⁶⁾.

Nel periodo di chiusura stagionale di una *roulotte* in un'area destinata a campeggio il gestore risponde quindi per omessa custodia della perdita del bene (*roulotte*, *camper* e simili) e delle pertinenze relative al veicolo depositato, e cioè le normali attrezzature in questa contenute (tende, frigorifero, ecc.), mentre non risponde della sottrazione di cose eventual-

sumere rilievo determinante: in un caso in cui ai gestori del campeggio non era stata consegnata la chiave della *roulotte* (cosicché essi non avevano di fatto e non erano stati neppure incaricati, dai proprietari, del governo e della vigilanza del mezzo), è stata esclusa la loro responsabilità, ai sensi dell'art. 2051 c.c., essendo essi tenuti ad una generica vigilanza esterna, che non si estendeva fino ad un controllo interno alla *roulotte*.

⁽⁴⁵⁾ Cass., 27 febbraio 1980, n. 1376, in *Arch. civ.*, 1980, p. 452; Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2089.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 21 giugno 1993, n. 6866, cit.; App. Trieste, 24 dicembre 1980, in *Foro pad.*, 1980, I, c. 320. In dottrina v. D. MEMMO, *op. cit.*, p. 1294.

mente lasciate all'interno del veicolo se non in presenza di una pattuizione specifica in proposito⁽⁴⁷⁾.

Sul presupposto che in detta ipotesi si applica la disciplina relativa al contratto di deposito è stato riconosciuto carattere vessatorio a quelle clausole che escludano la responsabilità per la custodia del mezzo, in quanto al contratto di rimessaggio in un campeggio turistico durante la sua chiusura si applica la disciplina generale del contratto di deposito⁽⁴⁸⁾.

10. — Oltre alle forme di responsabilità per violazione degli obblighi assunti specificamente nel contratto appena illustrate, il gestore può incorrere in responsabilità per danni alla persona del cliente, a prescindere da ogni impegno assunto in precedenza. L'incolumità della persona umana è infatti un bene talmente grande, che non è necessario assumere specifici obblighi al riguardo⁽⁴⁹⁾.

Certamente il gestore non ha alcun obbligo di sorveglianza sui propri clienti al fine di dissuaderli dal tenere un comportamento pericoloso, che essi sono liberi di assumere, ma deve provvedere perché le cose immobili e le relative pertinenze che formano la ricezione del campeggio (strade, alberi, attrezzature sportive, giochi per i ragazzi, piscina, ecc.) non arrechino danni o costituiscano un'insidia per i clienti del campeggio. Qualora un fatto colposo o doloso dovesse cagionare danno, sorge

⁽⁴⁷⁾ App. Perugia, 2 agosto 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1995, p. 25, secondo il quale nel contratto di deposito la consegna della cosa ed i relativi obblighi di custodia e di restituzione non rimangono limitati alla cosa, ma si estendono, salvo patto contrario, a tutte quelle cose che, pur mantenendo una propria autonomia, siano destinate in modo durevole al suo servizio ed ornamento, costituendone pertinenza e cioè, nella vicenda considerata, tende, veranda, frigorifero, tavoli e sedie, pentolame, sacchi a pelo, ecc., che costituivano la normale attrezzatura della quale il veicolo (una *roulotte*), era dotato. In senso contrario è stata affermata l'applicabilità della disciplina del deposito in albergo alla fattispecie del ricovero di motociclo durante il periodo invernale in area destinata a campeggio, con la conseguenza che, in caso di mancata consegna delle chiavi da parte del depositante, non ricorre la responsabilità del gestore del campeggio: così Trib. Firenze, 23 febbraio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2673.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 21 giugno 1993, n. 6866, cit., secondo la quale deve considerarsi vessatoria, e perciò inefficace se non approvata specificamente per iscritto, la clausola del regolamento del campeggio che esclude la responsabilità per la custodia del mezzo.

⁽⁴⁹⁾ M. ANTONOZZI, *Aspetti assicurativi del campeggio*, in *Assicurazioni*, 1982, I, p. 173, che si richiama alla disciplina dell'art. 2043 c.c.

una responsabilità extracontrattuale che prescinde, appunto, da ogni precedente obbligo assunto in contratto, e viene riconosciuta per la violazione del principio generale del *neminem laedere* ⁽⁵⁰⁾.

Generalmente è il danneggiato che deve fornire la prova della condotta colposa o dolosa del danneggiante, del danno e del nesso di causalità fra la prima e quest'ultimo. All'interno del campeggio, però, per alcuni tipi di attività quali l'esercizio di una piscina o di un circolo ippico, può sussistere una presunzione di colpa a carico del gestore il quale dovrà fornire una prova liberatoria per essere esonerato da responsabilità ⁽⁵¹⁾.

Sono infine estensibili al gestore del campeggio quegli obblighi che rientrano nei generici doveri di prudenza incombenti sull'albergatore, in quanto anche il gestore del campeggio deve, per rendere più sicuro e confortevole il soggiorno, apprestare idonee misure di sicurezza (corrimano, luci, ringhiere, cartelli ecc.), che consentano ai clienti di evitare danni e li mettano comunque sull'avviso in merito all'esistenza di eventuali pericoli ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ M. ANTINOZZI, *Aspetti assicurativi del campeggio*, cit., p. 173.

⁽⁵¹⁾ M. ANTINOZZI, *La responsabilità civile del gestore di un campeggio*, cit., p. 512.

⁽⁵²⁾ G. ZUDDAS, *op. cit.*, pp. 65 ss. e 79 ss.

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

DIRETTIVA 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002, relativa ai contratti di garanzia finanziaria (in *Gazz. uff. Com. europea* L 168, 27 giugno 2002), art. 6 — *Contratti di garanzia finanziaria e divieto del patto commissorio*.

La recente introduzione della Direttiva 2000/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria apre nuovi scenari in tema di patto commissorio.

Va preliminarmente osservato come l'ambito di valenza del provvedimento incontri limiti soggettivi ben precisi, trovando applicazione unicamente in quelle situazioni giuridiche in cui beneficiario e datore della garanzia rientrino entrambi in una delle categorie individuate nell'art. 1, 2° comma, fra le quali una posizione preminente assumono quelle di cui alla lettera c) punto i), cioè a dire gli enti creditizi come definiti dalla Direttiva 2000/12/CE — art. 1, 1° comma (imprese la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto, ovvero istituti di moneta elettronica) e art. 2, 3° comma (banche centrali, uffici dei conti correnti postali, Cassa depositi e prestiti) —, e alla lettera e), cioè persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese ed associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito alle lettere da a) a d). La Direttiva assume quindi rilevanza nel settore del credito qualitativamente e quantitativamente più importante.

Come è noto, il nostro ordinamento, al pari di quelli degli altri paesi europei che discendono dal diritto romano postclassico e giustiniano, non ritiene meritevole di tutela (almeno in linea di massima) il trasferimento della proprietà di un bene in funzione di manleva del credito, prevedendo quali strumenti di garanzia reale pegno ed ipoteca, che contemplano un meccanismo solutorio differente, rappresentato dalla vendita del bene e conseguente attribuzione del ricavato, con prelazione, al creditore garantito.

Tuttavia, recenti interventi della dottrina (per tutti, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto mariano. Proporzionalità e*

legittimità delle garanzie, Napoli, 2000) hanno mostrato l'idoneità della causa di garanzia a sorreggere l'effetto traslativo e addirittura l'opportunità di diffondere una tale forma di manleva, pur con i dovuti accorgimenti tesi a tutelare l'alienante.

Si è già avuto modo di osservare (A. SASSI, *op. cit.*, spec. pp. 82 ss., 99 ss., 276 ss.) che tutto il sistema delle garanzie approntato dall'ordinamento non risulta più al passo con i tempi, come dimostra il fiorire negli ultimi anni di numerose forme di garanzie atipiche, le quali presentano indubbi vantaggi giuridico-economici rispetto a quelle tradizionali (improntate ad un certa rigidità nel funzionamento e afflitte dal problema della dilatazione dei tempi di realizzazione), consentendo all'operatore un più facile accesso al mercato legale del credito, ove le imprese bancarie, anche in considerazione dell'impiego di danaro dei risparmiatori, debbono contenere, per quanto possibile, i rischi relativi al finanziamento, con conseguente richiesta di costituzione di garanzie che assistano l'erogazione. Infatti, le garanzie reali tipiche debbono necessariamente avere ad oggetto beni determinati ed accedere soltanto a debiti già liquidi al momento della loro costituzione (cfr. gli artt. 2787, 3° comma, 2809, 2838 e 2839 c.c.); esse impongono notevoli spese per la loro costituzione (per perizie tecniche, professionisti, imposte e quant'altro occorrente).

Inoltre, dalla peculiare struttura del pegno, costruito anche dall'attuale compilatore come un contratto reale, discende la difficile utilizzabilità della figura a garanzia dei debiti dell'impresa, che si dovrebbe spossessare dei suoi beni strumentali, cioè nel settore ove il ricorso agli strumenti di finanziamento è più importante e significativo. Per tali ragioni si è tentato di costruire nuove forme di garanzia (c.d. *pegno anomalo*), che presentino maggiore duttilità di funzionamento e prescindano dallo spossessamento del debitore, cui tuttavia il legislatore ricollega il diritto in capo al creditore garantito del diritto di essere preferito nella fase solutoria, senza il quale la valenza della garanzia reale viene svuotata di contenuto: ai fini dell'efficacia della destinazione soddisfattiva del bene, e quindi della garanzia, occorre necessariamente prevedere un meccanismo idoneo allo scopo.

In tale ambito, non si vede perché anche il patto commissorio non debba svolgere una valida funzione nell'ordinamento, naturalmente con la previsione di determinati meccanismi che escludano con sicurezza la possibilità, anche teorica, dell'abuso del contraente debole, magari tipizzando il meccanismo previsto nel cosiddetto patto marciano (sul quale, di recente, si veda l'importante analisi di N. CIPRIANI, *op. cit.*, spec. p. 11 ss.), così come del resto già si prevede per il pegno irregolare a garanzia di anticipazione (art. 1851 c.c.), e che, nel contempo, tutelino efficacemente l'affidamento dei terzi e la posizione degli altri creditori.

Un intervento normativo, che sarebbe in linea con quanto avvenuto in altre realtà (l'alienazione in garanzia è stata tipizzata in altri ordinamenti: nel diritto brasiliano la figura è stata introdotta con l'art. 66, l. 14 luglio 1965, n. 4728, secondo il quale l'alienazione fiduciaria in garanzia trasferisce al creditore la proprietà risolvibile e il possesso indiretto della cosa mobile alienata, indipendentemente dalla consegna effettiva del bene, diventando l'alienante o debitore possessore diretto [= detentore] e depositario, con tutte le responsabilità civili e penali che ne derivano: sull'argomento, M.C. DE CICCO, *Alienazione fiduciaria in garanzia. Il modello brasiliano*, Napoli, 1996; in merito alle dinamiche del «diritto europeo», si veda ancora N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 216 ss.), appare come la sola strada percorribile per attribuire diffusione alla figura, attraverso la certezza dell'efficacia dell'attribuzione, escludendo così il ricorso alla costituzione di garanzie reali tradizionali, ormai inadeguate alla realtà imprenditoriale, le quali comportano per il soddisfacimento del creditore la messa in atto di procedure giudiziarie costose e lunghissime, vista l'attuale situazione del sistema giudiziario, che, fra l'altro, ricaverebbe un notevole giovamento dall'uso della convenzione commissoria, superando così i problemi in precedenza evidenziati: va da sé che i costi della procedura sono generalmente a carico del solo debitore, ma si è correttamente osservato come il ricorso alle normali procedure di espropriazione forzata immobiliare, producendo un'oltremodo tardiva, e spesso solo parziale, soddisfazione del credito, fanno crescere a dismisura le posizioni poste a «sofferenza» e non valgono a scoraggiare i temerari utenti mutuatari: E. MARROCCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 980 s.

Inoltre, la figura in esame, al contrario delle garanzie reali tipiche, che, come detto, per loro struttura accedono soltanto a debiti liquidi, potrebbe efficacemente garantire anche esposizioni non esattamente determinate all'atto della sua costituzione e che possono oscillare nel tempo, attraverso l'attribuzione di un bene di valore superiore alla misura del primo finanziamento erogato, fermo restando naturalmente l'obbligo per il creditore di corrispondere la differenza fra il valore del bene e l'ammontare dell'esposizione debitoria: il patto commissorio potrebbe nella sostanza divenire il corrispondente della fideiussione *omnibus* nelle garanzie reali, potendo avere la medesima diffusione.

Del resto, non potrebbe ostare alla legalizzazione della figura la prospettiva di un ipotetico pregiudizio alle ragioni degli altri creditori estranei al patto che verrebbe arrecato da una diffusione della figura in esame, in quanto la funzione dei negozi di garanzia è proprio quella di porre il singolo creditore in posizione poizore rispetto agli altri (cfr. A. SASSI, *op. cit.*, spec. pp. 28 ss., 89 ss.), i quali certamente non trovano giovamento dalla situazione giuridica venutasi a creare, ma possono sempre ricorrere ai mezzi di conservazione della garanzia

patrimoniale messi a disposizione dall'ordinamento per la tutela dei loro diritti e, in particolare, all'azione revocatoria: è innegabile che anche con la costituzione di un'ipoteca su determinati beni, la garanzia patrimoniale generica subisce di fatto una notevole riduzione in danno degli altri creditori, in maniera perfettamente lecita.

Tuttavia, al fine di assicurare sul piano pratico il corretto funzionamento dell'attribuzione in garanzia, realizzando nel contempo un pieno rafforzamento della posizione del creditore e un'efficace tutela degli interessi del debitore adempiente, è necessario procedere anche all'adeguamento delle disposizioni concernenti la pubblicità degli atti, contemplando la possibilità di poter evidenziare nella nota di trascrizione la funzione strumentale e precaria del trasferimento a scopo di garanzia: in tal modo, fra l'altro, si risolverebbero i problemi sorti in ordine alla trascrivibilità di figure, mutate da altri ordinamenti, ma che ormai hanno trovato riconoscimento e disciplina anche nel nostro, quali il *trust*, svincolando l'opponibilità ai terzi dell'attribuzione strumentale dal meccanismo condizionale, attualmente l'unico sicuramente idoneo allo scopo.

Il legislatore comunitario del 2002 sembra andare nella giusta direzione, in particolare con la previsione di cui all'art. 6 della Direttiva in commento:

Articolo 6 – *Riconoscimento dei contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà.*

1. Gli stati membri assicurano che un contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà possa avere effetto in conformità ai termini in esso stabiliti.
2. Se un evento determinante l'escussione della garanzia si verifica mentre resta ineseguito l'obbligo del beneficiario della garanzia di trasferire una garanzia equivalente in virtù del contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà, detto obbligo può fare oggetto di una clausola di compensazione per *close-out*.

La norma ora riportata sembrerebbe quindi imporre agli Stati membri la predisposizione di strumenti in grado di realizzare la funzione di garanzia attraverso il trasferimento della proprietà di un bene in capo al creditore, superando così in maniera definitiva la concezione dominante nella realtà giuridica italiana nella prima metà del secolo scorso, che riteneva la causa fiduciaria inidonea a giustificare l'effetto traslativo, concezione che tanta influenza ha avuto sulla giurisprudenza italiana, la quale ha sempre costruito il negozio fiduciario (anche in funzione di garanzia) come fattispecie complessa formata da due negozi collegati: l'uno, solitamente individuato nel contratto di vendita, ad effetti reali, l'altro, *pactum fiduciae*, ad effetti meramente obbligatori, teso ad imporre al fidu-

ciario l'utilizzo del bene oggetto del contratto traslativo esclusivamente per gli scopi concordati (sul punto, A. SASSI, *op. cit.*, p. 115 ss., ed ivi riferimenti).

Ciò posto, si deve rilevare come per il corretto funzionamento dell'attribuzione fiduciaria in garanzia vada necessariamente previsto un meccanismo di tutela del garante, che spesso opera in condizioni di soggezione economica.

L'estensione del meccanismo del patto marciano, con conseguente obbligo per il creditore di restituire il supero, è stata ritenuta dalla dottrina più moderna insita nel funzionamento dell'attribuzione in garanzia, soprattutto con riferimento agli effetti del contratto di leasing, in quanto direttamente desumibile dalle regole generali che mirano ad assicurare l'equilibrio oggettivo delle prestazioni e da quelle in tema di attuazione delle garanzie reali, ritenute applicabili alla fattispecie in esame pure in difetto di espresso riferimento, con la conseguenza che l'obbligo di corrispondere l'eccezione del valore della cosa attribuita rispetto all'ammontare del credito deriverebbe direttamente dalla funzione di garanzia dell'attribuzione, anche in assenza di specifica convenzione (F. ANELLI, *op. cit.*, p. 458 ss.; si veda anche P. SCHLESINGER, *Leasing: la risoluzione non investe i canoni pagati*, in *Corr. giur.*, 1986, p. 858; V. ZENO ZENCOVICH, *L'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 247; D. PURCARO, *Struttura del contratto di locazione finanziaria ed effetti della sua risoluzione*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 360; D. CHINDEMI, *L'art. 1526 c.c. non è applicabile al contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 733; in giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 7 settembre 1992, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 250, con nota di R. CLARIZIA, *La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria*; Trib. Milano, 6 dicembre 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 651, con nota di E. LUCCHINI, *Risoluzione del contratto di locazione finanziaria: un'interessante soluzione del Tribunale di Milano*).

Si deve tuttavia osservare che un simile criterio non può dirsi insito nella funzione di garanzia, in quanto tale: infatti, sebbene sia incontestabile che in tale ipotesi l'ordinamento detti regole ben precise per evitare l'abuso del contratto debole, non può ritenersi dimostrata l'esistenza del criterio sopra richiamato, poiché, in caso contrario, il patto commissorio non sarebbe ipotizzabile o lo sarebbe soltanto qualora le parti abbiano espressamente escluso la restituzione del supero, mentre l'illiceità della pattuizione commissoria rileva indipendentemente dalla valutazione delle circostanze concrete che sorreggono l'operazione. È poi evidente come l'esatta determinazione della somma da restituire da parte del creditore presenti problemi insormontabili, allorché oggetto dell'attribuzione in garanzia siano beni diversi dal danaro, in quanto, in tale ipotesi, occorre necessariamente prevedere contrattualmente strumenti idonei ad escludere l'approfittamento, avendosi in caso contrario una determinazione successiva dell'oggetto del contratto, senza che le parti ne abbiano individuato i criteri o que-

sti siano legalmente predeterminati. L'obbligo di restituzione del supero potrebbe al più ritenersi intrinseco allorché l'attribuzione in garanzia abbia ad oggetto un credito pecuniario, in quanto, nella specie, l'utilizzazione del meccanismo compensativo previsto per il pegno di crediti agli artt. 2803 e 2804 c.c., consente di determinare esattamente quanto spettante al creditore, eliminando pericoli di abuso.

Ma è certo che sino a quando non vi sarà un chiaro intervento del legislatore nazionale in materia, anche in attuazione dell'art. 6 della Direttiva in commento, l'applicazione di una regola tanto discutibile rende insicuro, e quindi innattuabile sul piano pratico, il meccanismo del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia. [ANDREA SASSI].

RECHTSVERORDNUNGEN Nr. 5 und 6 des 17. Januar 2003 (dd.lgss. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6) — Die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts.

Mit der definitiven Verabschiedung der Rechtsverordnung Nr. 6 des 17. Januar 2003 (*Decreto Legislativo 17 Gennaio 2003 n. 6*) und der Veröffentlichung in der *Gazzetta Ufficiale* hat das neue italienische Kapitalgesellschaftsrecht Gesetzeskraft erlangt und ist Bestandteil der italienischen Rechtsordnung geworden. Ohne Zweifel handelt es sich um ein Ereignis von historischer Tragweite.

Die Rechtsverordnung 6/2003 über die «organische Reform der gesetzlichen Regelung der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften» betrifft die substanziellen Normen des *Codice Civile* und stellt somit den Kern der Neuerung dar. Dieser wird von der Rechtsverordnung Nr. 5 vom 17. Januar 2003 (*Decreto Legislativo 17 Gennaio n. 5*) begleitet, die prozessrechtliche *Ad-Hoc*-Bestimmungen für Verfahren im Bereich des Gesellschaftsrechts, der Finanzvermittlung, sowie auf dem Gebiet des Banken- und Kreditwesens vorsieht. Mittels dieser beiden Gesetzgebungsakte, deren Inkrafttreten für den 1. Januar 2004 bestimmt ist, hat die Regierung die in dem Ermächtigungsgesetz Nr. 366 des 3. Oktober 2001 (*Legge Delega 3 Ottobre 2001 n. 366*) festgelegten Prinzipien umgesetzt.

Die Reform, die auf einen langen und in der vorangegangenen Legislaturperiode begonnenen Vorbereitungsweg zurückblickt, ist ein entscheidender Teil

einer allgemeinen Wirtschaftspolitik, die sich zum Ziel gesetzt hat – unter anderem durch Schaffung eines entsprechenden gesetzlichen Rahmens – «Gründung, Wachstum und Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen» (Art. 2, a) des Ermächtigungsgesetzes) zu fördern. Mittelbare Ziele der Neuerung stellen somit wirtschaftliche Anreize und Überlegungen bezüglich der Konkurrenzfähigkeit der Volkswirtschaft dar.

Einer der Leitgrundsätze ist die Vereinfachung, die vor allem in der Phase der Gesellschaftsgründung geboten erschien, um u.a. durch Relevanzminderung eventueller Fehlerhaftigkeiten höhere Rechtssicherheit sowohl für die endo- als auch für die extrasozietären Rechtsverhältnisse zu erreichen, und um des weiteren auch ausländischen Investoren das Ermitteln der «Gesellschaftsidentität» zu erleichtern. Hierbei ist der Gesetzgeber jedoch nicht so weit gegangen, ein der deutschen Vor-AG entsprechendes Konstrukt einzuführen.

Äußerst interessant ist des weiteren die Strukturierung der prozessrechtlichen Verfahren, die – angesichts des bekannten wie schwerwiegenden Problems der notorisch überlangen Prozessdauer durchschnittlicher italienischer Zivilprozesse – durch gezielte und punktuelle Vereinfachung voraussichtlich eine deutliche Beschleunigung und Effizienzsteigerung erzielen wird. Obwohl nur für eingegrenzte Rechtsstreitigkeiten bestimmt, bieten sich die erarbeiteten Lösungen prinzipiell für eine generelle Reform der italienischen Zivilprozessordnung an.

Um kurz auf einige weitere Aspekte der Reform hinzuweisen, ist zu erwähnen, dass die Mehrzahl der Gesellschafter als Voraussetzung der beschränkten Haftung aufgehoben wurde, womit die auf EG-Ebene ausgesprochenen Empfehlungen und Vorschriften bezüglich der Einführung der Einpersonen-Aktiengesellschaft umgesetzt wurden. Hat der einzige Aktionär die festgelegten Einlage- und (wie auch von § 42 AktG vorgesehenen) Öffentlichkeitspflichten, d.h. Eintragung seiner Daten, erfüllt, besteht nun die begrenzte Haftung.

Die Typologie der Aktien, die die Gesellschaft ausgeben kann, ist erweitert worden, und die Einlagebestimmungen, speziell auch das Verhältnis der Einlagen zur Anzahl der Aktien (über das die Gesellschafter nun verfügen können) haben eine Modifizierung erfahren.

Mit der den sog. Zweckvermögen hat der Gesetzgeber außerdem ein neues Rechtsinstitut eingeführt.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat eine komplett neue und eigenständige Physiognomie erhalten, und ist somit nicht mehr, wie bisher, grundsätzlich und in Ermangelung spezifischer Einzeldispositionen durch Verweise auf die gesetzlichen Bestimmungen der Aktiengesellschaft reglementiert.

Die Phasen der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft sind beschleunigt, vereinfacht und klarer gestaltet, Umwandlungen, Fusionen und Spaltungen der Gesellschaften sind erleichtert worden.

Die Zielsetzung bei der Neustrukturierung der Genossenschaften ist, deren Konkurrenzfähigkeit auch über verbesserte Marktzugängigkeit, Hervorheben des Unternehmenscharakters, Vereinfachung der Reglementierung sowie Erweiterung der Statutautonomie zu steigern. Bedeutend ist die neue systematische Positionierung der «Genossenschaften Vorwiegender Gegensätzlichkeit» (*Cooperative a Mutualità Prevalente*) sowie die Definition der Beziehungen dieser zu anderen Genossenschaften.

Eine grundsätzliche Neuordnung wurde hinsichtlich der Ungültigkeit der Versammlungsbeschlüsse, sowie der Regelung der dagegen einlegbaren Rechtsmittel vorgenommen, wobei die Tatbestände der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, deren Konfiguration sich durch den Eingriff der Rechtsprechung sehr vom Gesetztext entfernt hatte, vollkommen neu strukturiert wurden. Für die nicht zur Anfechtung befugten Gesellschafter ist als Rechtsschutzmittel die Möglichkeit der Schadensersatzforderung eingeführt worden.

Des Weiteren hat eine Interessensponderation zwischen individuellen Rechten der Gesellschafter einerseits und der Kontinuität und Stabilität der Gesellschaft und ihrer Aktionen andererseits zu einer bevorzugten Regelung des Gesellschafteraustritts gegenüber der Anfechtung der bezüglichen Beschlüsse geführt.

Das klassische Schutzinstrument der Minderheiten gegenüber Unregelmäßigkeiten bei der Geschäftsführung, die gerichtliche Überprüfung, hat ebenfalls eine Neugestaltung erfahren, die sich in die Gesamtstruktur der Reform einfügt.

Um eine effizientere Funktionalität der Gesellschaftsaktivitäten zu ermöglichen, rationalisiert und präzisiert die Reform die Aufgaben der Hauptversammlung (auch in Hinsicht auf die Einberufung, Quorum, Intervention, Gesellschaftervertretung, *et cetera*) und erweitert gleichzeitig die leitenden Kompetenzen der Geschäftsführer.

In bezug auf die Voraussetzung für die Haftung der letztgenannten hat der Reformgesetzgeber die unglücklich gewählte Generalklausel der Sorgfaltspflicht des Mandatars mit einer (§ 93, Absatz 1, AktG ähnelnden) speziellen Berufssorgfaltspflicht ersetzt, deren Verletzung, wie auch nach deutschem Recht, die Gesamtschuldnerhaftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auslöst.

Eines der wichtigsten *Corporate-Governance*-Instrumente, das bislang ausschließlich der Vertragsautonomie überlassen war, hat endlich auch eine spezi-

fische gesetzliche Regelung erhalten: die gesellschaftsähnlichen Verträge (*Contratti Parasociali*), die sich als vom Gesellschaftsvertrag getrennte aber zugehörige Übereinkünfte definieren lassen, mittels derer zwei oder mehr Gesellschafter wechselseitige Verpflichtungen bezüglich der Ausübung ihrer auf den Gesellschaftsanteilen basierten Rechte (Abstimmungsverhalten, Aktienveräußerungen, usw.) eingehen, um die Eigentums- und Regierungsverhältnisse zu stabilisieren. Für diese Verträge sind eine gesetzliche Höchstgeltungsdauer und (für Gesellschaften, die auf dem Risikokapitalmarkt tätig sind) Öffentlichkeitspflichten festgelegt worden.

Das zentrale Thema der Reform sind jedoch die Systeme zur Führung und Kontrolle der Gesellschaft. Wie ebenfalls auf der Ebene der EG-Rechtsangleichung durch Art. 38 des Statutes der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, «SE»), Gemeinschaftsverordnung Nr. 2157/2001, vorgesehen, hat sich der Gesetzgeber eine entsprechende in der Rechtslehre vertretene Meinung zu eigen gemacht und bestimmt, dass die Aktiengesellschaft alternative *Corporate-Governance*-Modelle wählen kann. Die Entscheidung, deren rechtspolitische Gründe auf Überlegungen der Ökonomischen Analyse des Rechts basieren, ist Ausdruck der Ablösung einer jahrzehntelang gültigen *Communis Opinio*, die besagte, dass das Gesellschaftsrecht angesichts der vielzähligen involvierten Interessen, vor allem des Gemeininteresses, durch zwingende und durch die Vertragsautonomie nicht abdingbare Normen geregelt werden müsse.

Grundsätzlich findet in Ermangelung gegensätzlicher Satzungsbestimmungen das «traditionelle» italienische System Anwendung, das die Trennung zwischen einem Leitungsorgan (einem Alleingeschäftsführer oder einem Verwaltungsrat) und einem Aufsichtsorgan, dem sog. *Collegio Sindacale* vorsieht. Letzterem ist jedoch vom Reformgesetzgeber die Buchprüfung entzogen und einem externen Bilanzprüfer zugeteilt worden, wobei die *Summa Divisio* zwischen Gesellschaften, die auf den Risikokapitalmarkt zugreifen, und solchen, die dies nicht tun, auch in diesem Fall eine Ausnahme vorsieht: die letztgenannten Gesellschaften können die Kontrolle auch weiterhin vom Aufsichtsorgan durchführen lassen. Die durch die Auslagerung der Bilanzkontrolle bedingte Kostenerhöhung erscheint durch die Notwendigkeit, dem Risikokapitalanleger die größtmögliche Transparenz und Vertrauenswürdigkeit der Bilanz zu garantieren, gerechtfertigt.

Der Gesetzgeber hat somit ausdrücklich die Option vorgesehen, alternativ zum traditionellen und in jedem Fall bevorzugten «lateinischen» System zwei weitere Aufbauformen zu wählen: die «dualistische» Struktur nach deutschem Vorbild (seit 1966 auch in Frankreich angewandt) und den «monistische» Aufbau der angelsächsischen Rechtstradition.

Die Entscheidung ist jedoch seit Anbeginn sehr umstritten. So wird vielerseits die Meinung vertreten, die akritische Reproduktion im Ausland erprobter Modelle sei von zweifelhaftem Nutzen und sogar gefährlich, weil diese sich schlecht in die bestehende Rechtstradition einfügten und sich – speziell in bezug auf das monistische System, wie zuletzt durch die Börsenskandale in den USA verdeutlicht – alles andere als unfehlbar erwiesen hätten.

Wie das traditionelle «lateinische» System sieht auch der «dualistische» Aufbau nach deutschem Vorbild die Bipartition in ein Leitungs- und ein Kontrollorgan vor. Ersteres entspricht im dualistischen Alternativsystem dem *Vorstand* deutscher Gesellschaften, kann aber, anders als im traditionellen italienischen Modell, nicht durch eine Einzelperson besetzt sein. Der Hauptunterschied zwischen den beiden genannten Modellen besteht jedoch im Ernennungsmodus des Leitungsorgans: Der «lateinische» Aufbau sieht die Ernennung des Leitorgans durch die Hauptversammlung vor, wogegen dieses nach deutschem Aufbau (§ 84 AktG) vom Aufsichtsorgan bestimmt wird.

Im Mittelpunkt des zweiten Alternativmodells, des «monistischen» Aufbaus, steht die Unterteilung des Verwaltungsorgans in ein Leitungs- und ein vom Verwaltungsorgan bestimmtes Aufsichtsorgan. Mindestens ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsorgans muss die für die Aufsichtsratsmitglieder nach «lateinischem» Modell vorgesehenen Kriterien erfüllen, und nur diese Mitglieder können in das Aufsichtsorgan bestimmt werden. Die Einführung dieses angelsächsischen Modells ist aufgrund der als gefährlich eingestuften Vermischung der Leit- mit der Kontrollfunktion, die beide innerhalb des Verwaltungsorgans ausgeübt werden, starker Kritik ausgesetzt.

Als Schlussbemerkung lässt sich festhalten, dass es angesichts eines Gesetzestextes, der profunde Modifikationen des Systems vollzieht und einige Interpretationsfragen klärt, unausweichlich aber auch viele neue aufwirft, von entscheidender Bedeutung ist, dass zügig durch den unersetzlichen Beitrag von Rechtsprechung und Rechtslehre ein Rahmen der Rechtssicherheit geschaffen wird. [ROLAND ARLT].

*Stampato nell'anno 2003 a cura della
"Tipolitografica Pievese" di Sgoifo Franco
Strada Prov.le di Maranzano, 11
Città della Pieve – Perugia*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e processo a cura di Antonio Palazzo

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64 (in preparazione).