

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FEDERICO ROSELLI

Categorie civilistiche e giudizio di legittimità



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.2
VINCENZO CERULLI IRELLI	
<i>Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione . . .</i>	p.5
FEDERICO ROSELLI	
<i>Categorie civilistiche e giudizio di legittimità</i>	p.49
FRANCESCO MACARIO	
<i>Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale . . .</i>	p.59
ANTONIO BRIGUGLIO	
<i>L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti</i>	p.89
STEFANO DELLE MONACHE	
<i>Profili civilistici della "negoziazione assistita"</i>	p.105
DANIELE VATTERMOLI	
<i>Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale.</i>	p.129
PIETRO ZANELLI	
<i>La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale</i>	p.155
ACHILLE ANTONIO CARRABBA	
<i>Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.)</i>	p.177

Categorie civilistiche e giudizio di legittimità

La crisi delle categorie civilistiche (o del tradizionale modo di intenderle), denunciata in modo incisivo nel recente libro del professor Nicola Lipari, induce ad un nuovo modo di argomentare nella motivazione delle sentenze, anche di legittimità, e, prima ancora, a definire nuovi criteri di formazione professionale degli operatori del diritto.

049

The crisis of the civil categories (or the traditional way to understand them), incisively denounced in the recent book by Professor Nicola Lipari, leads to a new way of arguing the grounds for judgments, also in law, and, even beyond this, to define new criteria for the vocational training of legal practitioners.

Sommario: 1. Il libro di Nicolò Lipari su “Le categorie del diritto civile”. – 2. Nuovo “modus operandi” dei giudici di legittimità. – 3. Le conoscenze del giudice. – 4. La formazione professionale.

1. - Il libro di Nicolò Lipari su “Le categorie del diritto civile”.

Alcuni anni or sono venne tradotto in italiano il primo volume della *Storia del diritto pubblico in Germania* di Michael Stolleis¹. Nei primi quattro capitoli l'autore narra dei problemi iniziati nel sedicesimo secolo e concernenti la sovranità, ossia i rapporti tra Impero e nuovi Stati oppure tra sovrano e soggetti a lui sottoposti; problemi affrontati dai giuristi con i testi del diritto romano, fino ad allora adoperati per le controversie tra soggetti privati. Per le necessità dell'epoca venivano applicati termini, massime ed istituti del diritto antico, attraverso la reinterpretazione e sovrapposizione in contesti del tutto nuovi (ad es. il contesto del potere monarchico ben sopportava un'analogia con la *patria potestas*)².

Occorrevano artifici interpretativi e disponibilità a trascurare aspetti inconciliabili per rispettare l'autorità del diritto romano ma era evidente che i vecchi imperi romano e tedesco medievale costituivano modelli politici del tutto diversi dall'impero dei secoli sedicesimo e diciassettesimo³. Il giurista, formatosi nell'università essenzialmente sul diritto romano, avvertiva la necessità di costruire *ex novo*, di essere cioè «avviato al diritto pubblico»⁴.

Le categorie consolidate, costruite in tempi diversi, venivano adattate ai bisogni nuovi, rimanendo svuotate dei contenuti originari e cedendo il passo a soluzioni solo apparentemente collegate con le concezioni antiche. Probabilmente si tratta di fenomeni che si riproducono nelle diverse epoche. Si susseguono ad intervalli più o meno lunghi i tempi in cui è necessario “voltar pagina” poiché la tradizione vulgata non corrisponde più alle esigenze effettive⁵.

¹ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1988, trad. it. di C. RICCA, Milano, 2008.

² M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., 29.

³ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., 53.

⁴ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., 143.

⁵ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2014, 48.

La crisi dello Stato è crisi delle istituzioni, scriveva Arturo Carlo Jemolo dopo la seconda guerra mondiale⁶, molto spesso contrassegnata dalla disapplicazione delle norme vigenti e dalla sostituzione ad esse di altre norme non scritte. E pochi anni prima il medesimo autore aveva detto: «penso che tra le tendenze comuni al nostro tempo, come una specificazione della reazione operantesi nel nostro secolo verso il secolo che lo ha preceduto, potrà esser segnata la tendenza diretta ad affermare il primato del fatto sul diritto»⁷. E Piero Calamandrei aggiungeva: «della crisi di trasformazione economica e sociale uno degli aspetti è, non soltanto in Italia, la crisi della legalità: la crisi del “giurista puro” e della pura logica giuridica»⁸.

Nel periodo successivo diviene più intensa la lotta contro «Le geometrie logiche, impermeabili ed impeccabili nel loro formalismo ma astratte dai contesti storici sui quali sono pur sempre chiamate e proiettarsi (...) o (...) le definizioni inamovibili, le sistemazioni rigide e nettissime nei loro disegni»; contro «la cultura di “civil law”, inaridita e condannata alla sterilità delle sue dommatiche inalterate»⁹.

Lo sfasamento tra nuove istanze di tutela e certezze dogmatiche percorre si può dire tutta la dottrina civilistica più recente, anche se si continua a parlare di regole tradizionali nuovamente interpretate e ci si definisce ancora positivisti, distinguendo tra vetero e nuovo positivismo¹⁰.

Il libro del professor Lipari sulle categorie civilistiche non parla di vecchie e cristallizzate categorie adattate ai tempi nuovi ma prospetta un'inversione di metodo: non più le categorie come punto di partenza ossia come stampi o “caselle classificatorie”¹¹ alle quali debbano essere adattati i nuovi dati dell'esperienza per la soluzione dei problemi del diritto; bensì concrete soluzioni dei problemi – escogitate dai pratici sia pure sulle più o meno solide e utilizzabili basi teoriche tradizionali – come modelli di rappresentazione del diritto vivente.

051

⁶ A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 94.

⁷ A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, 1932, poi in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 27.

⁸ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., 161.

⁹ P. GROSSI, *Per Alessandro Giuliani*, in Id., *Nobilà del diritto*, cit., 141.

¹⁰ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

¹¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 3.

Non regole grammaticali ma lingua d'uso. «La sintassi, anzi la grammatica, non sono altro che stilistica raggelata» diceva Leo Spitzer¹².

Le tutele di interessi emergenti solo apparentemente vengono trovate «all'interno di radicati paradigmi concettuali»¹³, ma in realtà nascono da «una prassi sempre più restia a qualsiasi forma di schematizzazione»¹⁴, anche se pur sempre e necessariamente tendente verso l'uniformità e la coerenza.

Il sistema del diritto non è mai chiuso e definitivo ma soggetto continuamente a correzione, ampliamento e modificazione, sì che l'evoluzione dell'esperienza disintegra progressivamente le categorie concettuali tradizionali, già ritenute fondanti¹⁵. Ne deriva che il “sistema”, o se si vuole l'ordinamento giuridico, non è più presupposto, necessario e definitivo, dell'esperienza ma «un traguardo da perseguire, una prospettiva da coltivare, un esito da conseguire»¹⁶, o in altre parole «un punto di riferimento tendenziale, una prospettiva cui si deve necessariamente guardare vincendo una volta per tutte la tentazione che l'unico sistema pensabile e possibile sia quello assiomatico-deduttivo»¹⁷. Già Tullio Ascarelli diceva che «la coerenza logica del sistema e la compatibilità delle sue diverse premesse non attiene alla sua formazione storica, ma costituisce il frutto, e il frutto sempre transitorio, dell'opera dell'interprete»¹⁸.

Realtà verificata dal professor Lipari in tutti i campi del diritto civile.

L'esperienza e l'opera dell'interprete, contrapposte all'ordine chiuso dei codici, portano alla costruzione di soggettività non personificate, titolari di posizioni giuridiche al pari delle persone, nonché alla pluralità di statuti soggettivi «in funzione della specificità delle condizioni personali e sociali»¹⁹ e, ancora, alla configurazione di patrimoni autonomi e separati, capaci anche di conflitti di interessi con la persona che li ha costituiti.

¹² L. SPITZER, *Critica stilistica e storia del linguaggio*, Bari, 1954, 43, citato da C. CAFFI, *La pragmatica a venire di Leo Spitzer*, introduzione a L. SPITZER, *Italienische Umgangssprache*, 1922, trad. it. L. TONELLI, *Lingua italiana del dialogo*, Milano, 2007, 17.

¹³ L. SPITZER, *Critica stilistica e storia del linguaggio*, cit., 3.

¹⁴ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 7.

¹⁵ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 72.

¹⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 156.

¹⁷ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 33.

¹⁸ T. ASCARELLI, Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, XIX.

¹⁹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 58.

Il modello monistico dell'art. 29 Cost. Si contrappone alla coesistenza di concetti diversi di famiglia, «tutti giuridicamente plausibili»²⁰. Beni appartenenti a collettività non definite²¹ nuovi beni immateriali, multiproprietà di abitazioni moltiplicano le figure e risultano dalla prassi prima che dalla legge.

Nei rapporti contrattuali tende a scomparire la volontà individuale, come già osservava Capograssi²². Si pensi al contratto di lavoro, in cui la volontà del prestatore si riduce ad una più o meno forzata adesione a modelli costruiti da altri soggetti, tanto da far preferire all'espressione "contratto" quella di "rapporto di lavoro".

La legge riduce il proprio campo d'azione. Il diritto sindacale nasce dalla prassi. I traffici vengono regolati da una *lex mercatoria* sovranazionale oppure da norme dell'Unione europea, e spesso sottostanno alle pronunce della Corte EDU. L'autonomia collettiva è ormai fonte del diritto nel senso dell'art. 1 delle preleggi²³. «(...) la giurisprudenza è fonte del diritto, anzi probabilmente la principale fonte»²⁴.

2. - Nuovo "modus operandi" dei giudici di legittimità.

053

Una rappresentazione siffatta della realtà del diritto costringe a riconsiderare anche il *modus operandi* dei giudici.

Non è il caso di riprendere i discorsi, ormai ben conosciuti anche nell'ambiente dei pratici, sulla funzione quasi creativa dell'interprete e quindi sull'irriducibilità del giudizio a nudo sillogismo.

Né occorre diffondersi sul controllo giudiziale di legittimità, non soltanto della Cassazione, che non consiste nel mero raffronto tra la disposizione di legge con l'atto sottoposto a sindacato, e perciò sulla motivazione della sentenza di legittimità fondata su una pluralità di argomenti di carattere retorico ossia idonei a persuadere e non a dimostrare *more geometrico*.

La rappresentazione del "sistema" giuridico non già quale presupposto

²⁰ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 151.

²¹ F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano, 2014, 157.

²² G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., 31.

²³ Cfr. art. 360, n. 3, c.p.c.

²⁴ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 95.

bensì quale risultato di un’esperienza in continua evoluzione sulla base non tanto di preesistenti enunciati formali o di definizioni quanto di mutevoli dati della realtà giuridica, economica, sociale, ecc. porta, in particolare, a ripensare struttura e funzione della motivazione della sentenza, anche di legittimità.

La natura in parte creativa dell’interpretazione avvicina (non identifica) l’opera del giudice a quelle del legislatore e dell’amministratore, mentre il dovere di motivare (art. 111, comma 6, Cost.) gli impone di palesare tutte le ragioni della decisione, anche attraverso argomenti non strettamente giuridico-formali, che, estranei al discorso basato sull’antica dogmatica, sembrano rendersi ormai ineludibili.

Le nuove visioni realistiche chiedono al giudice di conoscere i dati della realtà economica e sociale da cui hanno origine e su cui andranno ad incidere le sue – innegabili – scelte, e di rappresentarle nella sentenza, non più riducibile in termini di deduzione logica da preesistenti atti positivi. Il linguaggio del legislatore, oggi lontano dai limpidi periodi ipotetici dei codici e spesso caratterizzato da tecnicismi²⁵ o da clausole generali, costringe a giustificare le scelte interpretative con argomenti che in passato si preferiva lasciare sottintesi per non macchiare la purezza del discorso giuridico. Già allora una parte della dottrina notava però come anche negli ordinamenti continentali ci si avviasse verso modi anglosassoni, più completi e sinceri nel palesare le ragioni della decisione, e ormai preferibili poiché «la sincerità anche e forse principalmente negli organi dello Stato non può non giovare al progresso della democrazia e dello stesso costume sociale»²⁶.

Entro la visione di un diritto in cui nessuna scelta, quale che ne sia il livello, è legittima se non ragionevolmente argomentabile²⁷ meno lontane nel tempo appaiono le osservazioni del professor Mengoni sull’«argomentazione orientata alle conseguenze»²⁸: «Il positivismo attribuiva alle considerazioni di scopo una funzione soltanto secondaria, subordinata al

²⁵ S. Micossi, *L’insostenibile opacità delle leggi italiane*, in *la Repubblica - Affari e finanza*, 6 ottobre 2014.

²⁶ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1359.

²⁷ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

²⁸ L. MENGONI, in *Scintillae juris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, 1994, 447.

canone logico-sistematico per la risoluzione dei dubbi interpretativi»²⁹, mentre «oggi il giudice deve frequentemente integrare la fattispecie normativa o trovare da sé la regola di decisione, mediante bilanciamento di beni e interessi»³⁰ anche guardando alle «conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale»³¹. Il giudice, diceva ancora Mengoni, recepisce ed elabora *informazioni provenienti dall'ambiente circostante al sistema giuridico* circa le possibili o probabili ripercussioni sociali della decisione.

Anche le corti di legittimità possono contribuire alla creazione del diritto «solo mantenendo e rafforzando i legami con le concrete vicende umane e sociali cui dà luogo l'interpretazione della norma»³².

Ma le informazioni provenienti da àmbiti diversi dal sistema giuridico possono ridursi a massime d'esperienza? I «modelli statistici, economici o sociologici scientificamente accreditati», a cui il Mengoni fa riferimento³³, sono facilmente attingibili da tecnici del diritto, e in particolare dai giudici di legittimità?

055

3. - Le conoscenze del giudice.

Si arriva così al nucleo del problema, che è quello delle conoscenze del giudice, e più in generale di chi esercita una professione giuridica.

Per la chiarezza bastino due esempi.

Sempre più spesso nelle controversie del lavoro o della sicurezza sociale, e specialmente in quelle cosiddette seriali, l'argomento usato dai difensori dei datori di lavoro o degli enti di previdenza è quello dell'insostenibilità economica dell'eventuale decisione giudiziale sfavorevole.

È poi ben nota l'insistenza dei mezzi di comunicazione di massa sull'assetto nesso tra regime dei licenziamenti dei lavoratori subordinati e propensione degli operatori economici agli investimenti.

²⁹ L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 454.

³⁰ L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 453.

³¹ L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 450.

³² A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 1360.

³³ L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 456.

Ma il fenomeno della pressione dei detti mezzi di comunicazione sull'attività giudiziaria si può estendere a tutti i rapporti giuridici che riguardino vasti strati della popolazione (ad es. le locazioni).

Verificare le informazioni e valutare la plausibilità degli argomenti adoperati per lo più al di fuori del processo e difficilmente riconducibili al notorio è impossibile ad un giudice sfornito di non minime nozioni economiche e statistiche. Né egli potrebbe giovarsi di una consulenza tecnica, necessariamente relativa alla fattispecie concreta da riportare alla previsione normativa. Tanto meno verifica e valutazione sono possibili nel giudizio di cassazione.

Perciò la vita della norma nella realtà non è rilevabile attraverso la lettura dei repertori giurisprudenziali o delle sentenze.

Si parla, oggi assai più che in passato³⁴, di motivazione della legge quale segno di attenuazione della sovranità del legislatore³⁵. Questo, manifestando i suoi scopi politici, influirebbe sull'interprete fornendogli non più il mero enunciato precettivo³⁶. Ma in alcune giurisdizioni straniere si pratica un'attività istruttoria finalizzata ad un giudizio di pura legittimità. I comparatisti ci informano dei *Brandeis briefs*, con i quali la Corte suprema statunitense raccoglie sulla controversia, in genere di costituzionalità, argomenti non (o in minima parte) giuridici ma soprattutto di carattere sociale o economico (l'avvocato Brandeis presentò nel 1908 un *brief* in materia di riduzione delle ore di lavoro femminile)³⁷.

Un'istruttoria viene qualche volta compiuta dalla nostra Corte costituzionale quasi fin dall'inizio del suo funzionamento³⁸ secondo regole contenute negli artt. 13 e 22, l. n. 87 del 1953 ed in alcune Norme integrative, novellate il 7 ottobre 2008³⁹.

E una previa attività conoscitiva, anche attraverso organi amministrativi degli Stati che sono parti in causa, viene talora svolta dalla Corte EDU (ad

³⁴ Vedi già V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 1937, 415.

³⁵ M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, cap. II.

³⁶ S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008, 406-414.

³⁷ Vedi F. DE FRANCHIS, *Brandeis brief e Brief*, in *Dizionario giuridico inglese- italiano*, Milano, 1984, 399 e 401.

³⁸ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997, 15-18.

³⁹ In G.U. 7 novembre 2008, n. 261, artt. 7, comma 2, 12, 13, 14.

es. sent. 15 aprile 2014, *Stefanetti ed altri c. Italia*, parr. 59 e 62, in cui si fa riferimento a dati statistici raccolti dall’Inps e ad osservazioni del Comitato europeo dei diritti sociali).

Quanto alla Corte di cassazione, non è dubbio che la consapevolezza degli effetti economici di larga portata, ossia trascendenti il caso singolo, dei principi di diritto enunciati gioverebbe alla giustizia delle decisioni, ma la persistente fedeltà alle tradizionali concezioni giuridico-formali ha forse impedito la costituzione di un ufficio (inserito in quello del Massimario?) a cui affidare indagini conoscitive magari attraverso la nomina di un *amicus curiae* e sempre nel rispetto del contraddittorio tra le parti. Il maggiore pericolo dell’*amicus curiae* è il difetto d’imparzialità⁴⁰.

4. - La formazione professionale.

Questo discorso si lega necessariamente alla questione della formazione professionale di avvocati e magistrati, basata sulle antiche categorie dell’insegnamento universitario. Se si concepisce il diritto come risposta ai reali problemi e bisogni della società, e si ha la presunzione di conoscere questi problemi e bisogni nonché di saperli graduare e bilanciare, allora è necessario «un approccio all’educazione giuridica nuovo e molto più articolato [dell’approccio concettualistico], volto a preparare giuristi non semplicemente tecnici irresponsabili e neutrali ma, in una certa ed inevitabile misura, quali a loro volta *policy-makers*, il che significa educarli ad acquisire consapevolezza dell’impatto – economico, culturale, in una parola, politico – della loro azione sulla società»⁴¹. Il Mengoni parlava di nuovo problema organizzativo della giustizia: quello della riforma dei modi di preparazione e dei modelli di reclutamento dei giudici⁴² e di «spostamento degli interessi della dottrina verso la teoria dell’argomentazione giuridica e l’analisi critica della motivazione delle sentenze»⁴³. «Economia» e «sociologia» sono le parole d’ordine odierne, anche se l’argomentazione

⁴⁰ H. MUIR WATT, *La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence: systèmes de common law*, in N. MOLFESSIS (a cura di), *Les revirements de jurisprudence*, Parigi, 2005, 69.

⁴¹ M. CAPPELLETTI, *Il futuro dell’educazione giuridica in una prospettiva comparativa*, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 151.

⁴² L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 456.

⁴³ L. MENGONI, in *Scintillae juris*, cit., 454.

orientata alle conseguenze dovrebbe aver riguardo anche alle conseguenze morali dell'interpretazione giuridica, d'onde la necessità che le conoscenze economiche e sociologiche si integrino nella formazione umanistica⁴⁴. Ma sulla didattica non mi esprimo per difetto di competenza.

Giudicare l'amministrazione è amministrare, si diceva una volta. Si dirà ora che giudicare secondo criteri diversi da quelli tradizionali rende più difficile la distinzione tra decisione giuridica e decisione politica?

Il problema non è recente⁴⁵ ma il saggio del professor Lipari lo ripropone in più chiare lettere. Forse il regolamento dei confini tocca ai giuristi più giovani.

⁴⁴ G.B. FERRI, *Hans Kelsen, Arnaldo Volpicelli e il corporativismo fascista*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 181.

⁴⁵ *Ex multis*: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.