

## **2. Classificazione**

2.1 Norme del primo tipo

2.2 Norme del secondo tipo

2.3 Norme del terzo tipo

2.3.1 Le scienze critiche

2.3.2 Le scienze speculative

## **3. Le clausole generali**

## **4. I principi**

## **5. La giurisprudenza normativa**

## **6. L'equità**

## **7. L'interpretazione**

7.1 L'art. 12, comma 1 Preleggi

7.2 I metodi di ermeneutica civilistica

7.3 Il metodo sistematico

7.4 Il metodo teleologico

7.5 La formalizzazione dell'interpretazione

## **2. Classificazione**

La classificazione delle norme può seguire molteplici criteri. Quello più rilevante per il metodo di analisi che si intende seguire nel *Sistema* attiene al contenuto.

Si è già detto della tripartizione delle disposizioni normative sulla base della legge di copertura.

Tale classificazione, di matrice epistemologica, può essere semplificata dal punto di vista del contenuto, individuando disposizioni:

- 1) descrittive, costruite tramite il ricorso a elementi empirici;
- 2) valutative, costruite tramite il ricorso ad elementi normativi determinati;
- 3) elastiche, costruite tramite il ricorso ad elementi normativi indeterminati.

Le norme del primo tipo sono autonomamente esplicative: configurano la fattispecie mediante termini immediatamente rappresentativi della realtà, siccome di senso comune o definiti da leggi di natura, sicché l'interprete può accertarne direttamente il significato.

Le norme del secondo tipo sono integrate da ordinamenti specialistici: configurano la fattispecie mediante termini definiti da fonti settoriali, sicché l'interprete per accertarne il significato deve fare riferimento a concetti tecnici.

Le norme del terzo tipo sono integrate da codici culturali: configurano la fattispecie mediante termini definiti da sistemi di tipo etico, sociale o religioso, sicché l'interprete per accertarne il significato deve effettuare giudizi di valore.

## 2.1 Norme del primo tipo

Nel diritto civile, il cui oggetto principalmente sono rapporti giuridici, le norme puramente descrittive non sono frequenti (es. art. 812, comma 1 c.c.: “*Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo*”), ma un substrato naturalistico è presente in tutte le disposizioni, talvolta in misura preponderante.

L'identificazione dell'oggetto nelle norme descrittive deriva da un'inversione della tradizionale nozione di queste disposizioni, imperniata sull'immediata percepibilità del significato della fattispecie da parte dell'interprete, di cui l'impiego di concetti empirici sarebbe la spia. In base a tale impostazione una norma sarebbe descrittiva in quanto utilizza termini di comune esperienza, tali essendo quelli che non necessitano per la loro comprensione di un sapere specialistico<sup>1</sup>.

La definizione coglie alcuni aspetti, ma risulta approssimativa. Così impostata, infatti, la questione diventa di tipo soggettivo: è il patrimonio delle conoscenze collettive a qualificare la natura della fattispecie, piuttosto che il taglio della realtà identificato dal legislatore.

All'opposto, è corretto affermare che il carattere della fattispecie dipende dalla natura del rapporto giuridico, cioè dalle leggi sottese alla sua definizione. Norme descrittive sono quelle che, appunto, descrivono la realtà, cioè quelle che fanno riferimento alle leggi di natura: è il dominio gnoseologico cui appartiene la norma penale a qualificarla, non già la percezione collettiva del testo normativo.

Dunque, più che essere la norma descrittiva la fonte di una fattispecie naturalistica, è la previsione di una fattispecie naturalistica a richiedere una norma descrittiva. Il carattere descrittivo della norma è il postulato della struttura empirica del rapporto giuridico, che a sua volta è predicato dell'inerire ad un fenomeno governato da una legge di natura.

Le leggi di natura sono studiate dalle scienze ‘pesanti’: scienze che si affidano a modelli matematici, come matematica<sup>2</sup>, informatica, fisica, chimica. Sono scienze esatte, poiché elaborano leggi dotate

---

<sup>1</sup> Dietro questa tesi si cela un equivoco: la conoscenza umana procede per constatazione (esperienza diretta) e per inferenza (ragionamento). Ma la constatazione non produce di per sé conoscenze, quanto informazioni. L'oggetto osservato resterebbe non identificato se l'osservatore non lo inquadrasse in categorie generali, sicché non v'è dato di comune esperienza che sia tale senza l'applicazione di una legge, e le leggi che attribuiscono significati universalmente accettati alle cose sono le leggi scientifiche.

<sup>2</sup> Aritmetica, algebra, geometria, analisi, logica.

di natura universale. Queste, a loro volta, costituiscono la base di altre scienze, che pure presentano un elevato grado di formalizzazione, come la statistica, la biologia, l'astronomia, le scienze della terra. Le scienze applicate sono tutte le discipline scientifiche che trasformano i risultati della ricerca pura in tecnologia. A titolo esemplificativo vi rientrano la medicina, l'ingegneria, l'architettura, la scienza delle costruzioni.

Nel diritto dei rapporti patrimoniali, le norme non hanno direttamente ad oggetto fatti governati dalle scienze naturali, ma fenomeni economici, rispetto ai quali le leggi scientifiche definiscono i presupposti materiali (es. i contratti aventi ad oggetto la prestazione di beni o servizi il cui adempimento implica l'uso di tecnologie, come l'appalto d'opera e le prestazioni medico-chirurgiche).

Anche nei fatti illeciti, che pure sono costituiti per lo più da comportamenti materiali, le norme direttamente sono formulate in termini tecnici e non naturalistici (es. art. 2043: "*fatto doloso o colposo*"; "*danno ingiusto*").

Nel diritto delle persone, più spesso le norme hanno ad oggetto fatti governati dalle scienze naturali, in particolare biologia e medicina, come settore del c.d. biodiritto (procreazione assistita, cellule staminali, fine vita, vaccini, ogm).

In materia di filiazione vengono in rilievo anche le neuroscienze: ad esempio è stato affermato che nel giudizio di modifica delle condizioni di affidamento dei figli minori, la decisione che basi le sue statuizioni sulle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio incorre in vizio di motivazione se l'elaborato recepito si avvalga di teorie non ancora consolidate sul piano scientifico e se il giudice non risulti avere esposto in modo puntuale le ragioni della propria adesione alla consulenza tecnica, né abbia verificato il fondamento scientifico della medesima o ricorrendo a proprie cognizioni ovvero avvalendosi di idonei esperti. Il rilievo secondo cui nelle scienze della psiche, anche a causa della variabilità dei casi e della natura induttiva delle ipotesi diagnostiche, il processo di validazione delle teorie, in senso popperiano, può non risultare agevole, non deve indurre a una rassegnata rinuncia, potendosi ben ricorrere alla comparazione statistica dei casi clinici<sup>3</sup>.

## **2.2 Norme del secondo tipo**

Simmetrico al rapporto tra norme descrittive e fattispecie naturalistiche è quello tra norme valutative e fattispecie tecniche.

L'identificazione dell'oggetto delle norme valutative deriva da un'analisi che segue la stessa linea di quella tracciata al paragrafo precedente: se il carattere della fattispecie dipende dal dominio

---

<sup>3</sup> Cass. I sez. n. 7041/13.

gnoseologico cui appartiene, norma valutativa è quella che si fonda su discipline specialistiche, i cui concetti consistono, appunto, in valutazioni della realtà.

Nelle fattispecie tecniche il nucleo essenziale è rappresentato tramite elementi normativi definiti da leggi specialistiche, in quanto il rapporto giuridico disciplinato, pur avendo un presupposto naturalistico, consiste in un qualcosa di più, che ne illumina il significato. Questo qualcosa di più è configurato grazie alla mediazione di un concetto tecnico, che, per il tramite di uno schema valutativo, qualifica sotto una certa angolazione sociale l'accadimento fenomenico.

Le discipline specialistiche si collocano nel settore delle scienze sociali (o umane), dove il concetto di scienza è utilizzato in senso più generico rispetto alle scienze naturali, per connotare un sapere organizzato e razionale, cioè un sistema di conoscenze generato tramite l'acquisizione e l'analisi dei dati, trattati secondo un protocollo uniforme, che sfocia nella elaborazione di teorie, alle quali però difetta una piena verifica sperimentale.

Nell'ordinamento civile un ruolo preponderante ha l'economia, che è la scienza che studia l'organizzazione dell'utilizzo di risorse scarse attuata al fine di soddisfare al meglio i bisogni umani e il sistema di interazioni che garantisce un tale tipo di organizzazione. Il legislatore descrive i rapporti patrimoniali attraverso riferimenti alle leggi economiche (es. la nozione di compravendita, che evoca lo schema dello scambio, tipico dell'economia di libero mercato).

Nella responsabilità civile, che integra il sistema economico ma ha per oggetto fatti e non rapporti, gli elementi normativi adattano i concetti naturalistici alla funzione delle norme giuridiche. Ad esempio il concetto di *circolazione stradale* di cui all'art. 2054 c.c., che per leggi della fisica dovrebbe riguardare solo il movimento dei veicoli. La giurisprudenza lo ha invece ritenuto comprensivo compresa anche delle posizioni sosta o di arresto del veicolo, sia in relazione all'ingombro da esso determinato sugli spazi addetti alla circolazione, sia in relazione alle operazioni eseguite in funzione della partenza o connesse alla fermata, sia ancora con riguardo a tutte le operazioni cui il veicolo è destinato a compiere e per le quali esso può circolare nelle strade<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cass. sez. un., n. 8620/15: «Ciò premesso, va, innanzitutto, rilevato che la nozione tecnico giuridica di circolazione stradale, quale assunta dall'art. 2054 cod. civ. (e, perciò, rilevante ai fini dell'operatività della garanzia assicurativa) ha una connotazione diversa e più ampia rispetto a quella che il termine "circolazione" assume nel linguaggio comune, sostanzialmente evocante l'idea dello spostamento o movimento, dovendo il concetto di "circolazione stradale", al di là dell'apparente incongruità lessicale, comprendere anche la "circolazione statica", e, cioè, anche in momenti di quiete dei veicoli, siccome costituenti un'utilizzazione della strada al pari del transito. Tanto risulta expressis verbis dal Codice della Strada, e segnatamente dalla definizione contenuta sub n. 9 dell'art. 3 (a tenore del quale si intende per circolazione «il movimento, la fermata e la sosta dei pedoni, dei veicoli e degli animali sulla strada»), nonché nell'art. 157 lett. c) (secondo cui «per sosta si intende la sospensione della marcia del veicolo protratta nel tempo, con possibilità di allontanamento da parte del conducente») e trova indiretta conferma dalla considerazione nel principio informatore dello stesso Codice sub art. 140 («Gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale»), giacché anche la situazione statica di ingombro da parte del veicolo della sede stradale interferisce con la circolazione. Ma anche al di là del riferimento alle norme del C.d. S. (che pure appare corretto, avuto riguardo all'origine storica dell'art. 2054 cod.civ.,

Nella materia dei rapporti non patrimoniali, che coinvolgono la persona come essere corporeo, gli elementi normativi spesso concorrono con quelli naturalistici. Ad esempio la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. A tale conclusione è giunta raffrontando il valore della genitorialità naturale con quello della genitorialità giuridica<sup>5</sup>.

### 2.3 Norme del terzo tipo

Norma elastica è quella che utilizza concetti indeterminati, che appartengono a sistemi di valore, più che sistemi della conoscenza, e perciò sono studiate dalle scienze morali, cui la l'epistemologia

---

che è una trasposizione di una norma del Codice della strada del 1933), è la stessa ratio legis della norma cit. che suggerisce una nozione “ampia” di circolazione stradale. [...] Se si cerca allora il “filo” che collega, sotto l'unica rubrica di «circolazione di veicoli», tutte queste ipotesi di responsabilità presunta e, nel caso dell'ultimo comma, di responsabilità oggettiva (cfr. Cass. 06 agosto 2004, n. 15179; Cass. 09 marzo 2004, n. 4754), questo va individuato nella pericolosità dei due elementi caratterizzanti tutte le ridette ipotesi e, cioè, vuoi della circolazione, vuoi del veicolo - non già singolarmente intesi, ma nella loro interazione - per la considerazione della prevedibilità del danno che ne può derivare a persone e cose.

[...]

Sotto l'aspetto operativo/funzionale va, poi, ribadito che le operazioni di carico o scarico del veicolo sono in funzione del suo avvio nel flusso della circolazione, così come qualsiasi atto di movimentazione di esso o delle sue parti (quale apertura, chiusura sportelli ecc), con la conseguenza che, quando avvengano sulla pubblica via, danno luogo all'applicabilità della normativa sull'assicurazione per la R.C.A. (cfr. Cass. 22 maggio 2008, n. 13239 in motivazione). Anche in tali situazioni il veicolo si trova in una situazione riconducibile al concetto di circolazione e il conducente deve essere costantemente in grado di intervenire per evitare danni o pericolo di danni, oppure deve porre in essere accorgimenti tali da escludere, nei limiti del prevedibile, la possibilità che tali eventi si verificino. Venendo, quindi, al punto nodale della questione proposta merita sottolineare che la pericolosità di un veicolo non si relaziona solo con gli eventi tipici della circolazione (marcia, sostanza, partenza ecc.), ma è correlato all'insieme delle specificità che lo caratterizzano e che, nella loro globalità - comprensiva, cioè, anche di speciali operazioni che ne caratterizzano la funzione - interferiscono con la presenza di cose e pedoCorte cost. n. 278/13: « Sul piano più generale, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla “genitorialità giuridica” può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla “genitorialità naturale”: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost. In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una “genitorialità giuridica”, con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla “genitorialità naturale”: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta»..

<sup>5</sup> Corte cost. n. 278/13: « Sul piano più generale, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla “genitorialità giuridica” può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla “genitorialità naturale”: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost. In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una “genitorialità giuridica”, con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla “genitorialità naturale”: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta»..

tradizionale nega lo statuto di 'scienza'.

Anche in giurisprudenza disposizioni che si avvalgono di concetti giuridici indeterminati sono, appunto, definite norme elastiche, che lasciano all'interprete un notevole margine di discrezionalità<sup>6</sup>.

Negli studi civilistici si approfondisce la distinzione tra concetto giuridico indeterminato e clausola generale, la quale ultima dà luogo a problemi interpretativi simili. Tale distinzione, che talvolta sfugge allo stesso legislatore<sup>7</sup>, è decisiva, perché i concetti indeterminati attengono al contenuto della norma, le clausole generali alla struttura della norma.

La clausola generale non esprime una classe di concetti, ma una direttiva per individuare classi di concetti. Essa autorizza il giudice ad un'attività che non è di accertamento del significato di un concetto indeterminato, ma piuttosto di individuazione della regola idonea nel caso concreto a definire la norma.

La distinzione si coglie sul piano logico-strutturale, in riferimento allo schema inferenziale delle disposizioni di legge (norma-fatto-effetto) e a quello di connessione normativa (fattispecie-effetto): sotto il primo profilo le clausole generali sono forme logiche della norma, precisamente norme a precetto incompleto<sup>8</sup>, i concetti giuridici indeterminati sono forme logiche del fatto, ossia modalità di qualificazione della realtà oggetto della norma; sotto il secondo profilo è stato osservato che «quando ricorre una clausola generale il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di

---

<sup>6</sup> Cass. sez. lavoro, n. 12489/2003: «In questo senso l'art. 2105 cod. civ. è stato fatto rientrare nell'ambito delle cd. "norme elastiche" [e di quelle (ad esse connesse ma con le stesse non confondibili) rientranti nella nozione di "clausola generale"], cioè delle norme il cui contenuto, appunto, elastico richiede giudizi di valore in sede applicativa, in quanto la gran parte delle espressioni giuridiche contenute in norme di legge sono dotate di una certa genericità la quale necessita, inevitabilmente, di un'opera di specificazione da parte del giudice che è chiamato a darvi applicazione [...]. Al riguardo deve precisarsi che l'applicazione delle disposizioni formulate in virtù dell'utilizzo di concetti giuridici indeterminati non coinvolge un mero processo di identificazione dei caratteri del caso singolo con gli elementi della fattispecie legale astratta e richiede, invece, da parte del giudice l'esercizio di un notevole grado di discrezionalità al fine di individuare nella specifica fattispecie concreta le ragioni che ne consentano la riconduzione alle nozioni usate dalla norma. Entro siffatta valutazione il giudice, oltre a risolvere la specifica controversia, partecipa in tal modo alla formazione del concetto (e, cioè, alla sua progressiva definizione in relazione al valore semantico del termine), con la precisazione che il significato adottato non può prescindere dalle convenzioni semantiche sussistenti all'interno di una data comunità in una certa epoca storica e, sotto concorrente profilo, dagli "attuali" principi generali (specie di rango costituzionale) propri dell'ordinamento positivo».

<sup>7</sup> L'art. 30 della legge n. 183/2010 stabilisce: «*In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente*». Senonché, in materia di lavoro subordinato i poteri dell'imprenditore sono fissati per lo più tramite concetti giuridici indeterminati, come nell'ipotesi emblematica del licenziamento per giusta causa.

Osserva correttamente A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, pp. 539-540, che le clausole generali «non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti indeterminati od elastici (es. inadempimento grave, licenziamento senza giustificato motivo o giusta causa) né con quelli normativi (diritto altrui, bene demaniale, danno ingiusto) ... sebbene per la maggior parte dei casi le clausole generali sono caratterizzate da un forte grado di indeterminatezza, così come esse fanno uso di valutazioni e non di descrizioni di fatti».

<sup>8</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986.

concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere del fatto concreto dell'elemento (elastico) indicato nella fattispecie. In questi termini la clausola generale viene ascritta agli effetti, i concetti indeterminati alla fattispecie».

Se la disposizione contiene un concetto indeterminato, il giudice non può evadere il limite semantico imposto dalle parole usate dal legislatore, mentre di fronte a clausole generali egli può percorrere la scala di valori offerta dalla clausola per arrivare alla soluzione più idonea nel caso concreto.

In conclusione, con il concetto indeterminato il legislatore individua pur sempre la legge di realtà sottesa alla norma, che però tocca al giudice precisare, in ragione della sua debolezza gnoseologica; mercé la clausola generale, invece, il legislatore demanda giudice di individuare la legge di realtà pertinente al tipo di rapporto e al contesto in cui il medesimo si svolge.

I concetti giuridici indeterminati sono espressi per lo più tramite *standard* morali, di costume, estetici, che sono la sedimentazione di usi, tradizioni, convincimenti, cui non è estraneo un procedimento di analisi del reale.

Il loro impiego è legato anche alla opportunità di adeguare automaticamente la norma alla realtà. Si tratta di un meccanismo di flessibilità, per aggiornare i precetti sensibili alle variazioni culturali nel tempo, senza nuovi interventi legislativi.

Emblematico è il concetto di *fedeltà*, la cui nozione originaria era, da un lato limitata alla dimensione fisica, dall'altro riferita principalmente alla donna, sia sul versante civile (cfr. l'abrogato art. 151, comma 2, c.c.), che su quello penale (cfr. l'art. 559, commi 1 e 2 c.p., dichiarato incostituzionale).

L'affermazione del principio di uguaglianza tra coniugi e l'evoluzione della morale laica hanno determinato la completa parificazione dei comportamenti dei due sessi e l'ampliamento del contenuto del dovere<sup>9</sup>, inteso come dedizione spirituale verso il *partner* (la giurisprudenza parla spesso di 'lealtà'), fino al punto da ravvisare la violazione del dovere nei casi di instaurazione di relazioni virtuali o a distanza, se tali da rompere l'esclusività affettiva verso il coniuge.

La dottrina ha segnalato il rischio di interpretazioni basta soltanto su una concezione etica del rapporto coniugale, suggerendo il ricorso a studi antropologici, psicologici, sociologici sui

---

<sup>9</sup>Cfr. GIACOBBE, *Il matrimonio*, Tomo I, *L'atto e il rapporto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2011, 701. In tal senso già ammoniva SANTORO PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN-OPPO-TRABUCCHI, Padova, 507, affermando che il termine fedeltà «(...) viene da fede, e non consiste soltanto, com'è stato rozzamente affermato, nell'astensione da rapporti sessuali, o anche soltanto da relazioni sentimentali, con persona diversa dall'altro coniuge, così che ad essa faccia riscontro un mero *ius in corpus* del coniuge a cui la fedeltà è dovuta. Fedeltà è dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro e dura quanto il matrimonio, non venendo certamente meno l'obbligo di fedeltà per limite di età o infermità o altro impedimento al debito coniugale dell'uno all'altro coniuge».

comportamenti relazionali e sessuali, come peraltro avviene nella giurisprudenza canonica<sup>10</sup>. Così, ad esempio, un giudice che ritenga infedele il comportamento di un uomo sposato che consumi abitualmente materiale pornografico *on-line* dovrà sforzarsi di individuare studi di psicologia del comportamento sessuale, capaci di segnalare un nesso di collegamento tra il consumo massiccio di materiale osceno e una carenza affettiva, sentimentale e sessuale nei confronti del *partner*, idonea a vulnerare l'esclusività in cui si sostanzia il rapporto coniugale<sup>11</sup>.

Il ricorso a valutazioni fondate sulle scienze umane vale a specificare i concetti giuridici indeterminati. Ad esempio, in ordine all'art. 15, comma 10 della legge 223 del 1990, secondo cui "È vietata la trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori", la giurisprudenza ha affermato che il concetto di "corretto, pieno, armonioso sviluppo psicofisico e morale del minore" appartiene, oltre che alla comune esperienza individuale e sociale, alla cultura tendenzialmente universale, fondata sulla considerazione del minore come persona e supportata dalle progressive e specifiche ricerche ed acquisizioni delle scienze sociologiche, psicologiche e pedagogiche<sup>12</sup>.

Talvolta, però, i concetti indeterminati si riferiscono a situazioni che non sono conoscibili mediante le scienze umane. Ad esempio, la fattispecie di revoca della donazione per "ingratitude", nell'ipotesi di "ingiuria grave" fatta dal beneficiario al donante (art. 801 c.c.), affonda il suo significato esclusivamente nella morale, caratterizzandosi per la manifestazione esteriorizzata, ossia resa palese ai terzi, mediante il comportamento del donatario, di un durevole sentimento di disistima delle qualità morali e di mancanza di rispetto della dignità del donante, contrastanti con il senso di riconoscenza che, secondo la coscienza comune, dovrebbero invece improntarne l'atteggiamento, e costituisce, peraltro, formula aperta ai mutamenti dei costumi sociali<sup>13</sup>. In tali casi a precisare la fattispecie, riducendo la discrezionalità del giudice, valgono le scienze formali: l'ingratitude si sostanzia in un comportamento che viola le regole dei giochi, causato, almeno nelle forme gravi, da

---

<sup>10</sup> Si considerino le parole di Giovanni Paolo II, *Allocutio Joannis Pauli II ad Romanae Rotae Auditores*, del 25 gennaio 1988, in A.A.S., Città del Vaticano, 1988, 1182 secondo cui «per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la incapacità, e non già la difficoltà di prestare il consenso per realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio (...) solo le forme più gravi di psicopatologia arrivano ad intaccare la libertà sostanziale della persona, (...) è di fondamentale importanza che, da una parte, l'individuazione di tali forme più gravi e la loro differenziazione da quelle leggere sia compiuta attraverso un metodo scientificamente sicuro e che, dall'altra, le categorie appartenenti alla scienza psichiatrica e psicologica non siano trasferite in modo automatico al campo del diritto canonico».

<sup>11</sup>In realtà l'operazione è già stata tentata dalla *Commission on Obscenity and Pornography* (più nota come Commissione Nixon), i cui risultati sono riportati FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 122, spec. nt. 150 (v. *infra* per un commento), il quale osserva che «I lavori della Commissione, pubblicati nel 1970 sotto la presidenza Nixon (...) sfociarono inaspettatamente in un risultato "esplosivo", proprio perché finivano con lo smentire il preconcetto di partenza, cioè che l'esposizione (anche consensuale) a materiale osceno cagionasse danni psichici ai consumatori». Tuttavia, obiezioni sulle metodologie della ricerca sono state avanzate dal rapporto sulla pornografia pubblicato in Inghilterra nel 1972 (*Pornography: The Longford Report*), cfr. FIANDACA, *op.cit.*, 126, per il relativo commento critico.

<sup>12</sup> Cass. I 6759/04.

<sup>13</sup> Cass. n. 22013/2016.

un difetto cognitivo, che impedisce al donatario di percepire il dovere di riconoscenza, degradandolo al rango di giocatore non razionale.

I giudizi di ordine morale spesso si avvalgono di valutazioni di ordine estetico, per la complementarità che esiste tra ‘bello’ e ‘bene’; tali valutazioni possono anche essere del tutto autonome da giudizi morali (es. il concetto di “bellezza naturale”).

L’estetica è una branca della filosofia, ma ispira la letteratura o le arti. Il costante richiamo alle diverse scienze morali, la cui decodificazione è meno sicura rispetto alle scienze naturali o sociali, ne suggerisce un breve trattazione.

[...]

## **7. L’interpretazione**

Il metodo scientifico pone al centro dello studio del diritto l’ordinamento positivo, dunque l’interpretazione delle norme è l’attività di gran lunga prevalente, che compete non solo al giudice, ma anche allo scienziato del diritto.

Nei paragrafi che seguono si esaminano:

- l’art. 12, comma 1 Preleggi;
- i metodi di ermeneutica civilistica;
- il metodo sistematico;
- il metodo teleologico;
- la formalizzazione dell’interpretazione.

### **7.1 L’art. 12, comma 1 Preleggi**

Nel procedimento interpretativo il giudice è vincolato – direttamente o indirettamente<sup>14</sup> – da una pluralità di disposizioni di legge.

Nell’ambito delle disposizioni che hanno ad oggetto l’interpretazione si distinguono quelle che riguardano l’attività interpretativa in generale da quelle che invece attengono all’interpretazione di una serie circoscritta di fonti, o di un singolo documento normativo, o di una singola disposizione, o di un singolo termine del discorso legislativo. Precisamente, nella prima categoria rientra l’art. 12, comma 1 Preleggi<sup>15</sup>, mentre sono ricondotti alla seconda tipologia di norme l’art. 14 Preleggi,

---

<sup>14</sup> La classificazione adottata è stata elaborata da GUASTINI, *cit.*, pag. 183 ss.

<sup>15</sup> Il secondo comma riguarda, invece, l’integrazione del diritto. Secondo l’orientamento della Corte di cassazione, mentre il comma 1 concerne l’interpretazione in senso stretto, cioè l’individuazione del contenuto della *regula iuris* da applicare, rimanendo nel limite massimo di significato delle espressioni formanti il testo legislativo, il comma 2

nonché le leggi di interpretazione autentica e le singole disposizioni legislative aventi natura interpretativa.

Tra le disposizioni che regolano solo indirettamente l'interpretazione spiccano l'art. 111, comma 6 Cost. (*“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”*) e l'art. 65, comma 1 della legge sull'ordinamento giudiziario (*“La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, od adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge”*).

In siffatto panorama è pacifico che la posizione dominante spetti all'art. 12, comma 1 Preleggi: *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”*.

Come qualsiasi disposizione di legge l'art. 12 deve essere a sua volta interpretato, onde stabilire lo scopo e i metodi dell'interpretazione.

La difficoltà più seria discende proprio dall'apparente commistione dei due profili: *“l'intenzione del legislatore”* compare come uno dei criteri interpretativi, eppure è accreditata in dottrina e giurisprudenza la tesi che attribuisce a tale espressione il compito di designare l'obiettivo dell'interpretazione (la *ratio legis*).

Prima di affrontare e risolvere tale problema è opportuno concentrarsi sull'analisi del testo, segnatamente sul riferimento al *“significato delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore”*.

Detta proposizione è scomponibile in tre segmenti.

Il riferimento al *“significato proprio delle parole”* fissa la prima direttiva per l'interprete, comunemente definita come criterio letterale. Tale criterio, secondo un costante orientamento del giudice di legittimità, consiste nella determinazione del significato dell'espressione legislativa in base al suo valore semantico, secondo l'uso linguistico generale<sup>16</sup>. In verità, come è stato osservato<sup>17</sup>, l'individuazione dell'uso linguistico non pone rilevanti problemi nelle ipotesi in cui si tratta di un termine proprio del linguaggio ordinario, dato che basta consultare un dizionario di lingua, così come nei casi in cui si tratti di un termine tecnico-giuridico, decifrabile mediante l'ausilio delle teorie dogmatiche. Diversamente è a dirsi per quei termini che possono contemporaneamente assumere un significato comune ed uno tecnico-giuridico. In tali casi si pone il problema se il significato debba essere ricostruito sulla base anche dell'uso linguistico ordinario o

---

riguarda l'integrazione delle lacune dell'ordinamento giuridico, cioè l'individuazione della *regula* andando oltre quel limite.

<sup>16</sup> Cass. n. 11359 del 1993; Cass. sez. un. n. 4400 del 1982.

<sup>17</sup> GUASTINI, *cit.*, pag. 187.

sia invece da ricondurre esclusivamente a quello tecnico-giuridico.

Il dilemma va sciolto ricordando che l'ordinamento giuridico disciplina la realtà e, quando utilizza il linguaggio, si presume che lo faccia nel modo più coerente con il tipo di realtà definita. Ne consegue che, se la realtà che forma oggetto della disposizione da interpretare si approssima a quella oggetto della normativa cui appartiene il termine impiegato, allora questo deve essere considerato nell'accezione che gli è propria. Altrimenti questa accezione costituisce il punto di partenza dell'analisi, ma occorre considerare il contesto di inserimento, onde stabilire se il suo significato debba essere adattato.

Più in generale, il significato letterale di un termine è strettamente collegato alla legge di copertura della disposizione che lo utilizza:

- nelle norme del 1° tipo il significato è quello ordinario (concetti di comune esperienza) o quello elaborato dalla leggi scientifiche (si pensi al concetto di causalità);
- nella norme del 2° tipo il significato è quello tecnico (concetti specialistici), salvo verificare se questo non deve essere adattato;
- nelle norme del 3° tipo il significato è quello ordinario, da ricostruire, però, alla luce degli *standard* sociali (concetti elastici).

Il riferimento a “*secondo la connessione di esse*” fissa la seconda direttiva per l'interprete, comunemente definita come criterio sistematico. Tale criterio impone di mettere in collegamento i vari enunciati linguistici che formano la disposizione normativa, che non si trovano in una relazione di mera giustapposizione, ma formano un complesso unitario, ispirato ad un principio di coerenza.

Il criterio di esegesi sistematica del testo va inteso nel senso più ampio: non solo parole vicine tra loro, in senso sintattico o logico, ma anche porzioni diverse del testo, pure separate da punteggiatura. È, insomma, l'intero corpo normativo da interpretare a dover essere considerato.

Il riferimento alla “*intenzione del legislatore*” fissa la terza direttiva per l'interprete, che è definito come criterio storico. Tale formula è astrattamente suscettibile di essere intesa in senso soggettivo o in senso oggettivo. Secondo la teoria soggettiva (Windscheid, Bierling) il significato di un testo normativo deve essere determinato attraverso la volontà reale del suo autore. Quest'ultima può essere ricostruita grazie all'ausilio dei lavoratori preparatori. Si tratta di un'opzione ermeneutica che trova tuttavia delle difficoltà pratiche di realizzazione alla luce del fatto che la maggior parte dei testi normativi sono emanati da organi collegiali, con il conseguente interrogativo su quale sia la volontà da ricercare, e che sono quasi sempre il frutto di un compromesso tra le varie forze politiche che hanno concorso alla sua produzione. Inoltre a questa teoria può muoversi l'obiezione che, se la volontà fosse quella dei suoi redattori, la norma sarebbe immobilizzata in un significato, come tale insensibile ai cambiamenti della stessa realtà che governa, sì che al legislatore non resterebbe che

abrogarla al primo segno di inadeguatezza.

In base alle premesse teoriche delineate nel *Sistema* la debolezza della teoria soggettiva è dimostrabile in modo più congruo: poiché ciascuna norma («legge formale») si fonda su una legge di copertura («legge sostanziale»), è evidente che la sua interpretazione è strettamente legata all'evoluzione della legge di copertura, che non può essere quella esistente al momento in cui la norma è adottata, ma quella esistente al momento in cui la norma è applicata.

La giurisprudenza aderisce alla teoria oggettiva (Binding, Kohler, Radbruch ed altri), che identifica la “*intenzione del legislatore*” nella volontà oggettivata nella legge, e non in un dato psichico o materiale.

L'adesione alla teoria oggettiva ripropone il problema della confusione tra scopo e metodo dell'interpretazione: se l'intenzione del legislatore è uno dei criteri dell'interpretazione, non può esserne il risultato. Per quanti sforzi si facciano tale assunto non è superabile, salvo a manipolare il significato dell'art. 12, comma 1, che però, essendo a sua volta una disposizione di legge, non può essere oggetto di modifiche ad opera dell'interprete.

Ne consegue che la *ratio legis* è un parametro dell'operazione ermeneutica, non già il suo esito. Il prodotto dell'interpretazione è solo la norma come precetto, sicché nel procedimento interpretativo la *ratio legis* assume il ruolo di concausa, mentre la norma è l'effetto.

Ciò posto, può stabilirsi la gerarchia e le modalità di funzionamento di ciascun criterio.

Il criterio letterale, cui è complementare quello sistematico-testuale, secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, è prioritario. Si ritiene – in applicazione del principio *in claris non fit interpretatio* – che l'interpretazione testuale, quando ha carattere piano e dichiarativo (*tam dixit quam voluit*), coincide con l'intenzione del legislatore, sicché è inutile procedere oltre per accertare il significato di un enunciato normativo.

Nella giurisprudenza di legittimità ricorre la massima per cui, se l'interpretazione letterale di una disposizione di legge è sufficiente a chiarire in modo univoco il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se l'esito di tale procedimento sia la modificazione della volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass. n. 5128 del 2001: «Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, sì che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo infine assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso eccezionale in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica in cui la norma stessa è intesa».

L'opzione ermeneutica incentrata sulla prevalenza del canone letterale accomuna l'art. 12, comma 1 Preleggi all'art. 1362 c.c. (sull'interpretazione del contratto). In entrambi i casi si limita l'attività creativa dell'interprete, evitando che si sostituisca al legislatore o alle parti contraenti. Nel caso dell'interpretazione della legge tale esigenza si ricollega al rispetto del principio di separazione dei poteri, nel caso dell'art. 1362 c.c. discende dal riconoscimento dell'autonomia negoziale.

L'esclusività del criterio letterale viene meno quando l'interpretazione, pur avendo carattere dichiarativo, non costituisce un esito pacifico, immediatamente ricavabile dal testo, ovvero quando l'interpretazione ha carattere estensivo (*minus dixit quam voluit*) o restrittivo (*plus dixit quam voluit*).

In tutte queste ipotesi il divario tra testo e norma rende inevitabile l'effettuazione di una scelta da parte dell'interprete, che deve avvenire sulla base dei criteri indicati: se il testo consente una pluralità di significati possibili, il procedimento interpretativo non si traduce in un'attività di pura conoscenza, ma implica un giudizio, fisiologicamente discrezionale, ma la cui discrezionalità (in tal senso definibile «tecnica») è conformatata da parametri giuridici prefissati.

Senonché emerge come l'art. 12, comma 1 Preleggi non contenga altri criteri oltre a quello relativo all'intenzione del legislatore. Si è pertanto assunta tale formula come una clausola generale, idonea a comprendere ogni criterio diverso da quelli già espressamente previsti. Così trovano ingresso il criterio logico, quello sistematico extratestuale, quello teleologico.

Il criterio logico è, a rigore, non già un metodo dell'interpretazione, quanto la struttura formale che l'interpretazione, come qualsiasi ragionamento, deve rispettare. Tuttavia, nella tradizione esso è stato impiegato per definire tutte quelle argomentazioni rispondenti ai postulati della logica giuridica – la filosofia classica e quella medioevale hanno elaborato un'ampia casistica – che valgono a integrare l'esegesi letterale, adeguandola alla *ratio legis* (es. argomento *per absurdum*, argomento *a contrario*, argomento *per implicitum*, argomenti *a priori* ed *a fortiori*, argomenti *a maiori* ed *a minori*).

Occorre peraltro osservare come questo criterio, quando sia espressione dei tre principi fondamentali della logica classica (identità, non contraddizione, terzo escluso), è immanente al procedimento interpretativo e non può essere collocato nella prospettiva che separa il testo dalla *ratio* della norma, essendo piuttosto un metodo volto a coordinare l'interpretazione letterale con il sistema.

Il criterio sistematico extratestuale postula la connessione tra diverse disposizioni o parti autonome della stessa disposizione. In tal ultimo caso l'indice del collegamento è già fornito dall'appartenenza alla medesima disposizione; nel primo caso, invece, è l'interprete che deve cogliere i nessi, per associazione o dissociazione, con le altre disposizioni. Non sempre è chiaro cosa si intende per

«sistema». In primo luogo è chiaro che ci si riferisce agli ordinamenti positivi (sistemi intrinseci), e non a quelli metapositivi (sistemi estrinseci), siano pure essi quelli elaborati dalla dogmatica giuridica: una legge non può mai essere interpretata in funzione di una determinata ricostruzione della scienza giuridica, la quale può solo essere di supporto nell'esegesi di termini tecnici. Ristretta ai sistemi ordinamentali, non vi è motivo per un'aprioristica opzione, tesa ad escludere singoli settori dell'ordinamento cui appartiene la disposizione da interpretare e neppure ordinamenti diversi. Ciò che rileva è la capacità di un'altra disposizione, perché regola una fattispecie interferente con quella regolata dalla norma sotto scrutinio, di illuminarne il significato. Il che può accadere, sia tra disposizioni che appartengono a settori diversi dello stesso ordinamento, sia – più raramente – ad ordinamenti diversi

Il criterio teleologico è quello più aderente all'espressione "*intenzione del legislatore*", perché designa il metodo che fa leva sullo scopo della norma, cioè sulla finalità economica, sociale o di altro tipo che il legislatore persegue. Giungendo all'identificazione del concetto di «scopo della norma» con quello di «*mens legis*» in Germania si affermò una corrente di pensiero (Jhering) che guardava alla realtà sociale sottostante alla norma come al dato fondamentale per la comprensione dell'entità giuridica. Questa corrente, a seguito di un'evoluzione contrassegnata dal passaggio da una generica nozione di scopo, ad una più specifica di interesse, sfociò nella cd. giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*). Il postulato fondamentale della scuola è che le leggi non sono soltanto destinate «a delimitare interessi, ma sono esse stesse il prodotto di interessi, come tutti gli altri comandi attivi», risultando dagli «interessi di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico, che in ogni comunità giuridica si affrontano e lottano per essere riconosciuti». Da ciò consegue l'opportunità metodologica «di riconoscere in maniera storicamente esatta gli interessi reali, che hanno provocato la legge e di prendere in considerazione gli interessi riconosciuti nella decisione del caso concreto». Questa formulazione può oggi dirsi assorbita dalla concezione teleologica generale, che si propone di indagare lo scopo della norma alla luce delle peculiarità del sistema giuridico cui appartiene.

Un criterio di ermeneutica che non trova menzione nell'art. 12, comma 1 Preleggi, ma che deriva dal principio di gerarchia delle fonti, è quello dell'interpretazione conforme a Costituzione (o «costituzionalmente orientata»), che mira a prediligere tra i vari significati possibili quello più rispondente alle norme costituzionali. Si tratta pur sempre di un criterio sussidiario, che interviene solo se il testo non si presenta univoco.

Allo stesso principio è ispirato il criterio dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale, che mira a prediligere tra i vari significati possibili quello più rispondente alle norme UE o del diritto internazionale.

È, invece, un criterio di ermeneutica prioritario, anzi il primo in assoluto, quello dell'interpretazione adeguatrice, che obbliga il giudice a scegliere tra i vari significati possibili l'unico compatibile con la Costituzione e, in mancanza (se cioè esiste un solo significato, incompatibile con la Costituzione, o più significati, tutti incompatibili con la Costituzione), a eccepire l'illegittimità costituzionale della disposizione.

## 7.2 I metodi di ermeneutica civilistica

La presenza nel nostro ordinamento di una disposizione di legge qual è l'art. 12, comma 1 Preleggi indica come sia fortemente avvertita la preoccupazione di limitare la scelta dell'interprete. Il vincolo nascente dai criteri legali di ermeneutica avvince sia l'attività che estrae dal testo il precetto normativo, sia la sua giustificazione, svolgendo il duplice ruolo di orientamento e controllo dell'applicazione della legge da parte del giudice.

Questo duplice vincolo si esprime allo stesso modo nella materia civile, che non è – diversamente da quella penale – regolata da principi specifici.

L'interpretazione testuale – letterale e sistematica – è certamente prioritaria, ma spesso non risolutiva, attesa la distanza tra testo e norma. Ne consegue che il primato del criterio letterale, ancorato al principio *in claris non fit interpretatio*, non può essere visto in termini assoluti.

Vi è una riflessione da svolgere in ordine alla portata del criterio letterale, per quanto attiene alla sua componente logica.

L'ermeneutica letterale fa riferimento al significato proprio delle parole<sup>19</sup>, oppure all'argomento *a contrario* nella variante non produttiva<sup>20</sup>. Tale ultima tecnica postula che i casi non previsti dal testo non sono espressamente disciplinati, ma neppure esclusi dalla rilevanza giuridica, e come tali è sempre possibile ricondurli alla norma in virtù di opzioni interpretative non letterali. In tale ipotesi,

---

<sup>19</sup> GUASTINI, *cit.*, p. 142, il quale – muovendo dalla dicotomia tra tecniche di interpretazione letterale e tutte le altre (più o meno riconducibili al criterio sotteso all'espressione “intenzione del legislatore”), ritiene che l'interpretazione letterale non abbia nell'uso comune un significato univoco. In particolare, vengono evidenziati cinque possibili modi di intendere tale espressione. In un primo senso può individuarsi come interpretazione letterale un'interpretazione “*prima facie*” (frutto di comprensione irriflessa del significato) contrapposta ad un'interpretazione “tutto considerato” (frutto di problematizzazione del significato *prima facie*). In un secondo senso per interpretazione letterale può intendersi quella non contestuale (che si limita ad applicare le regole semantiche e sintattiche senza rivolgersi ad elementi extra-testuali) che contrapposta ad un'interpretazione contestuale (che tiene invece conto di elementi esterni al testo oggetto di interpretazione). In un terzo senso per interpretazione letterale può intendersi un'interpretazione non correttiva, talvolta denominata “dichiarativa” (che non estende il supposto significato letterale ed oggettivo di un termine), contrapposta all'interpretazione correttiva che può essere o restrittiva o estensiva. In un quarto senso l'interpretazione letterale è quella che si astiene dalla costruzione di norme inesprese. In un ultimo senso per interpretazione letterale si intende quella che riproduce la disposizione interpretata senza parafrasarla o riformularla con l'aggiunta, sostituzione o l'eliminazione di qualsiasi parola.

<sup>20</sup> *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

qualora il significato testuale sia univoco e si escluda che la norma preveda casi diversi da quelli identificati in base a tale significato, potrà farsi luogo all'analogia.

Non sempre l'interpretazione testuale consente l'individuazione di un significato univoco, con la conseguente necessità di utilizzare gli altri criteri, storico, sistematico e teleologico.

Il criterio storico opera nella misura in cui il procedimento di produzione delle fonti, in particolare della legge parlamentare, sia in grado di evidenziare la volontà del legislatore sottesa all'atto normativo; esso, comunque, è marginale.

Il criterio sistematico si presenta assai significativo, attesa la vocazione sistematica del diritto civile, sia sul piano normativo, essendo costruito intorno al codice civile, sia sul piano dogmatico, attesa la centralità che hanno le categorie giuridiche a presidio dei diversi libri in cui il codice civile sia articola.

Il criterio teleologico è valorizzato dalla giurisprudenza che aderisce alla concezione secondo cui l'interpretazione ha un forte tasso di creatività, perché permette di adattare il significato della disposizione al sentire della comunità. In diritto civile – diversamente che in diritto penale – le entità assiologiche non sono scolpite dalla stessa norma in 'beni giuridici', sicché è compito dell'interprete rilevarli. Al riguardo vi è una dialettica tra i valori obiettivi o 'funzioni' di una disciplina normativa e gli interessi meritevoli di tutela dei soggetti destinatari di quella disciplina, che viene composta in virtù del giudizio su tali interessi, che il più delle volte – venendo in rilievo rapporti – è frutto di un bilanciamento. La ricerca dei parametri del bilanciamento avviene a seconda dei casi attraverso le fonti costituzionali, le fonti internazionali, l'analisi sociale, l'analisi economica.

Volendo semplificare, i metodi dell'interpretazione (cui aggiungere l'interpretazione costituzionalmente orientata e quella conforme al diritto sovranazionale) sono tre:

- letterale;
- sistematico;
- teleologico.

Nell'art. 12, comma 1 Preleggi il primo è esplicitamente enunciato, gli altri due sono contenuti nel riferimento alla "*intenzione del legislatore*".

Dell'interpretazione letterale si è già ampiamente trattato, legandola alla legge di copertura della disposizione normativa. Occorre, invece, approfondire gli altri due.

[...]

## **7.5 La formalizzazione dell'interpretazione**

Anche l'interpretazione, pur attenendo ai contenuti e non alla struttura della norma giuridica, è un'operazione che può essere formalizzata<sup>21</sup>.

Emblematica al riguardo una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria, volta a dirimere il contrasto giurisprudenziale sugli effetti, ai sensi dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010, della cessione di un ramo d'azienda sul possesso della qualificazione per gli appalti pubblici<sup>22</sup>.

Sul punto si contrapponevano due orientamenti: per la tesi formalistica, la cessione del ramo aziendale determinava automaticamente la perdita della qualificazione ad esso riferita; per la tesi sostanzialistica la perdita non era automatica, dipendendo dalla consistenza dei beni aziendali ceduti.

La Plenaria ha preferito questa tesi: *«l'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento»*.

Per motivare la soluzione il massimo Collegio anticipa che «procederà dunque ad analizzare la fattispecie sulla base dei tre metodi comunemente impiegati nell'ermeneutica giuridica:

- letterale (*sub* 3.1);
- logico-sistematico (*sub* 3.2);
- teleologico (*sub* 3.3)».

In tutte e tre le parti indicate vi è ampio ricorso a modelli matematici (l'enfasi nelle citazioni contenuta nel testo delle note che seguono individua i singoli passaggi).

In primo luogo nell'esegesi testuale<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. DIRITTO E SCIENZA S.R.L. *L'interpretazione della legge con modelli matematici*, convegno in Bari, 6 ottobre 2017; nonché LUIGI VIOLA, *L'interpretazione della legge con modelli matematici*, II edizione, Diritto Avanzato, Milano, 2018.

<sup>22</sup> Cons Stato, Ad. Pl, n. 3 del 2017.

<sup>23</sup> «3.1 Punto di partenza dell'indagine non può che essere la disposizione interessata, che conviene esaminare con riferimento anche alle disposizioni immediatamente precedenti. Stabilisce l'art. 76 D.P.R. n. 207/2010, commi 9-11:

“9. In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni.

10. Nel caso di cessione del complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l'attestazione presenta alla SOA perizia giurata redatta da un soggetto nominato dal tribunale competente per territorio.

11. Ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

Il comma 9 disciplina le operazioni che comportino il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, fissando la regola secondo cui il nuovo soggetto può utilizzare i requisiti di qualificazione dei soggetti da cui ha preso vita (“...imprese che ad esso hanno dato origine”). In tal caso il passaggio dei requisiti in capo all'acquirente è un corollario, oltre che

---

del trasferimento d'azienda, della successione soggettiva. Invece, nell'ipotesi di affitto d'azienda (almeno) triennale, la *ratio* di tale effetto è nella continuità della gestione aziendale.

Già da qui si comprende come la portata dell'effetto traslativo dei beni aziendali non deve essere enfatizzata, giacché questo non è condizione né necessaria (affitto d'azienda), né sufficiente (fusione societaria o altra operazione di successione tra enti), della trasmissione dei requisiti di qualificazione.

Il comma 10 disciplina la sola ipotesi di cessione dell'intera azienda, o di un suo ramo, "pura" (non derivante cioè da modifiche della compagine societaria), ponendo a capo del soggetto che richiede l'attestazione a seguito del trasferimento (quindi, chiaramente, il cessionario) un onere probatorio qualificato.

Il comma 11, al primo periodo, disciplina il rilascio dell'attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell'azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito. Se l'automatismo è escluso dalla parte del cessionario, non può non esserlo da quella del cedente, poiché lo schema negoziale fondato sul principio del consenso traslativo postula la reciprocità degli effetti, per cui se chi acquista non riceve, chi cede non dà.

La portata soggettiva degli effetti traslativi è regolata da un **sillogismo**: premessa minore è il contratto traslativo, premessa maggiore è la biunivocità dell'effetto traslativo; conclusione necessaria è il prodursi contemporaneo dell'effetto di acquisto e di quello di perdita. Nei casi in cui un contratto traslativo non produce *ipso iure* l'acquisto del diritto in capo all'avente causa (perché, evidentemente, occorre un elemento aggiuntivo), non può produrre *ipso iure* la sua perdita in capo al dante causa. È logicamente impossibile dissociare i due effetti, e quando questo avviene è perché, in realtà, l'effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica; nella fattispecie in esame, infatti, l'efficacia traslativa tipica riguarda l'azienda, non le qualificazioni, poiché non necessariamente le parti hanno inteso disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione ed in ogni caso, appunto, l'effetto traslativo dei requisiti è condizionarlo ad ulteriori elementi estranei alla volontà delle parti.

Il comma 11, al secondo periodo, disciplina la stessa ipotesi dal lato inverso, prevedendo che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione. La tesi formalistica gioca molto su tale disposizione, ritenendo che essa dimostri come la cessione aziendale comporti la perdita della qualificazione. In verità si omette di considerare che la richiesta di nuova attestazione si riferisce ai "requisiti oggetto di trasferimento", quindi presuppone – e non già implica – che tali requisiti siano stati trasferiti. Effetto che non si produce automaticamente, altrimenti non sarebbe stato precisato, men che meno con la formula "oggetto di", la quale sottintende che l'effetto è disposto dal negozio e non dalla legge. In definitiva, la disposizione non stabilisce (neppure implicitamente) la perdita delle qualificazioni come effetto della cessione aziendale, ma prevede l'ipotesi in cui tale perdita si sia verificata.

Trattandosi dell'argomento principale della tesi formalistica, il Collegio ritiene di utilizzare una dimostrazione che consente di superare ogni incertezza, legata più che alla formulazione testuale (invero chiara), alla incompletezza della disposizione: l'assunto secondo cui la disposizione sottintende l'automatismo cade in una fallacia dell'argomentazione, nota come **affermazione del conseguente**.

Un esempio di codesta fallacia è la proposizione: "Se sono a Venezia, allora sono in Veneto. Sono in Veneto, perciò sono a Venezia". Si critica questa fallacia mostrando come l'implicazione permette la conclusione solo se è una doppia implicazione, cioè se p e q si equivalgono, laddove "sono in Veneto" non necessariamente equivale a "sono a Venezia"; (esempio di equivalenza: "Se sono a Roma (p), allora sono nella capitale d'Italia (q). Sono nella capitale d'Italia (q), perciò sono a Roma (p)"). Solo così affermando p si può derivare q. In simboli  $[(p \leftrightarrow q) \wedge q] \rightarrow p$ .

Ebbene, nel caso in esame la tesi formalistica legge la proposizione come se dicesse: "Se vi è una cessione di ramo d'azienda e sono trasferiti i requisiti di qualificazione, allora l'impresa cedente può chiedere una nuova attestazione. Se l'impresa cedente può chiedere una nuova attestazione, allora la cessione di ramo d'azienda determina la perdita dei requisiti di qualificazione": appunto l'affermazione del conseguente.

La facoltà prevista dall'art. 76, comma 11, secondo periodo per l'impresa cedente di chiedere una nuova attestazione SOA per i requisiti oggetto di trasferimento non può essere trasformata nella previsione della automatica decadenza all'atto della cessione, tanto più che essa non sarebbe sufficiente ad evitare il venir meno della qualificazione durante la gara, atteso che la richiesta di nuova attestazione può avvenire "esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo".

Ne discende che non automaticamente in caso di trasferimento del ramo d'azienda sono trasferiti anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione.

Se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono».

Poi nell'interpretazione sistematica<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> «3.2 Il dato testuale è confermato da quello logico-sistematico.

Stabilisce l'art. 1376 c.c. (*genus dei contratti traslativi*): “*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*”.

La tesi formalistica riposa su un enunciato che, sebbene non esplicitato, costituisce il fondamento dell'intero ragionamento volto a ravvisare nella stipulazione del contratto di cessione la pietra tombale sulla qualificazione per il cedente: il consenso al trasferimento del ramo d'azienda implica il trasferimento – e dunque la perdita – della qualificazione.

È lo stesso appellante che richiama i passaggi decisivi in proposito delle citate pronunce: «*Vero è che possono esistere situazioni di fatto in cui, ceduto un ramo d'azienda, la cedente mantenga comunque requisiti sostanziali tali da sorreggere ancora la qualificazione inerente al compendio ceduto, indipendentemente da ulteriori acquisizioni. E in questo senso può essere corretto il dubbio se, occorrendo, non sia possibile dare dell'art. 76 un'interpretazione non strettamente letterale, tale da consentire la nuova attestazione anche allo stato dei requisiti, cioè a prescindere da acquisizioni successive alla cessione. Quella che è invece insostenibile è l'interpretazione inversa, e cioè che si possano dare cessioni di rami d'azienda senza perdita di diritto dell'attestazione relativa. E ciò perché un'interpretazione di questo segno sarebbe in contrasto con l'impianto di fondo della normativa vigente alla strenua del quale la qualificazione non è autocertificata dalla parte interessata, ma “viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta”.*».

In definitiva, ancorché si ammette che l'impresa cedente possa mantenere i requisiti sostanziali, si nega che possa conservare la correlata qualificazione, la quale sarebbe persa *ipso iure* all'atto del trasferimento aziendale.

L'assunto è doppiamente infondato.

In primo luogo perché viola il **principio logico di identità**.

Infatti, i requisiti di qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010 dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse. Ciò per il semplice motivo che un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda: Cass. sez. un., n. 5087/14), altro sono i requisiti di qualificazione. Quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo che le richiami, resta che nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua come requisiti speciali di qualificazione i seguenti:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- d) adeguato organico medio annuo.

Pur trattandosi di elementi afferenti all'organizzazione produttiva dell'impresa (capitale e lavoro), essi sono dotati di autonomia concettuale, che i commi successivi dell'art. 79 articolano con riferimento a una pluralità di indici per ciascuna voce.

Ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga.

Ciò è coerente con la previsione secondo cui le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Poiché il contratto è “*l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”, sicché il rapporto giuridico costituito non può che comprendere tutte le posizioni che sono oggetto del negozio (e ciò vale a maggior ragione per i negozi traslativi, in cui opera un meccanismo derivativo-costitutivo), se il cessionario può non acquistare taluni requisiti, il cedente può non perderli.

In secondo luogo la tesi formalistica postula che la qualificazione del negozio di cessione debba farsi sulla base della causa in astratto. Infatti, solo considerando esclusivamente la funzione socio-economica del modello negoziale adottato può pervenirsi all'affermazione che il trasferimento d'azienda implichi il trasferimento – e dunque la perdita in capo al cedente – dei requisiti di qualificazione, ancorché, in concreto, il negozio non persegua siffatto scopo.

La teoria della causa in astratto, già da tempo abbandonata dalla dottrina maggioritaria, è stata superata anche in giurisprudenza, in favore della teoria della causa in concreto, quale sintesi degli interessi reali delle parti.

Data la notorietà del tema, il Collegio non ritiene di trattarsi in argomento.

Merita, invece, di essere precisato come, in verità, la dicotomia causa astratta/concreta, riducendo la nozione di causa, rispettivamente, al tipo normativo o allo specifico contratto, incappa in una **doppia fallacia di argomentazione**:

- *definizione troppo stretta*: la definizione esclude elementi che dovrebbero essere inclusi. Per combattere la fallacia di definizione troppo stretta – che è una fallacia deduttiva – occorre confrontare il termine definito con l'ambito di definizione, mostrando che esso dovrebbe essere ampliato;

Infine nell'analisi funzionale<sup>25</sup>.

---

- *causa complessa*: l'effetto è causato da un numero di eventi maggiore di quelli presentati nell'argomento. Per evidenziare la fallacia di causa complessa – che è una fallacia causale – occorre individuare tutte le cause che, complessivamente, contribuiscono all'effetto.

Poiché il rapporto contrattuale si produce secondo lo schema fatto-norma-effetto, dove il fatto è dato dal singolo contratto e la norma dalla disposizione di legge che lo contempla, la causa, quale elemento del contratto, non può che riferirsi all'uno come all'altro.

Il contratto sarà tipico, allorché la causa concreta (ossia la causa del singolo contratto) sarà riconducibile a quella astratta (ossia la causa del tipo contrattuale), operando il procedimento logico di sussunzione del fatto nella norma. Altrimenti sarà atipico. Ma, anche in tal ultima ipotesi, in base al metodo tipologico, costantemente seguito dalla Corte di cassazione, esisterà pur sempre una causa tipica (o una pluralità di cause tipiche) che fungeranno da paradigma nella definizione del contratto atipico.

In definitiva, entrambe le nozioni di causa hanno ragion d'essere, poiché esse, a ben guardare, si riferiscono ad entità diverse: il tipo legale ovvero il contratto storicamente stipulato.

Volendo pervenire a una nozione unitaria deve guardarsi all'art. 1321 c.c., in cui la causa è nella particella “*per*” (“*il contratto è l'accordo per costituire ... un rapporto giuridico patrimoniale*”), essendo ciò che giustifica la produzione degli effetti giuridici per atto di autonomia privata, ossia, in sostanza, la legge di copertura del contratto e, più precisamente, del meccanismo di causalità giuridica che lega l'accordo al rapporto cui dà vita.

Ciò premesso, si intuisce come tale legge appartenga alla realtà sociale ed economica, e il legislatore si limiti a codificarla nell'ordine giuridico. Ne discende che l'autorizzazione alla produzione di effetti giuridici e il tipo di effetti prodotti dipendono dalla valutazione degli scopi concretamente (cioè nella realtà) perseguiti dalle parti, ancorché ancorata in larga misura a parametri preventivamente definiti dall'ordinamento.

Allora, è fuori luogo sostenere che la cessione dei beni aziendali comporti di per sé il trasferimento delle qualificazioni, occorrendo considerare quale sia l'interesse pratico sotteso all'operazione e il suo effettivo contenuto e se l'eventuale interesse pratico possa realizzarsi senza il concorso di elementi esterni al contratto, come nel caso gli adempimenti ulteriori di competenza SOA».

<sup>25</sup> «3.3 Milita nel senso indicato anche l'analisi del profilo funzionale dell'istituto.

Il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8) costituisce al tempo stesso fondamento e limite degli oneri posti all'impresa partecipante a una gara di appalto in materia di documentazione del perdurante possesso dei requisiti di qualificazione.

Ha osservato la Plenaria nel citato precedente che «*Invero, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006. Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A.*».

Se la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda.

La perdita automatica delle qualificazioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta, che, non soltanto non è esplicitata dalla legge, ma si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza costituzionale in materia, la quale in numerose circostanze ha affermato il principio generale secondo cui «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*» (Corte costituzionale, sentenze n. 139 del 1982, n. 333 del 1991, n. 41 del 1999, n. 225 del 2008, n. 139 e 265 del 2010, n. 231 e 164 del 2011, n. 172 del 2012, etc.).

In questa giurisprudenza spicca – e sono significative proprio al fine di superare il convincimento che la tesi dell'automatismo sia giustificata dalla tutela dell'interesse pubblico – il gruppo di pronunce che hanno progressivamente cancellato persino le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere aggiunte dal legislatore a quella originaria, prevista in relazione al reato di cui all'art. 416-bis del codice penale:

Anche sul secondo complementare principio di diritto enunciato («*In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità*») la Plenaria trova modo di porre a fondamento del postulato un argomento squisitamente matematico<sup>26</sup>.

---

È stata così dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui prevede che sia obbligatoriamente applicata la custodia cautelare in carcere quando sussistono esigenze cautelari e gravi indizi di colpevolezza in ordine:

- ai delitti di cui agli articoli 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo 575 del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309;
- al delitto di cui all'articolo 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del codice penale;
- ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;
- al delitto di cui all'articolo 630 del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo 609-octies del codice penale;
- al delitto di cui agli artt. 110 e 416-bis del codice penale.

In tutte le pronunce la Corte ha osservato che la presunzione di adeguatezza ha ragion d'essere solo in relazione al delitto di associazione di tipo mafioso, che presenta quelle caratteristiche fenomeniche (accreditate su base generale da leggi socio-criminali o massime d'esperienza) tali da far ritenere la misura carceraria unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente criminale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità.

Ancor più evidente, muovendo dal campo del diritto penale alla fattispecie in esame, è che dunque le presunzioni assolute debbano avere un fondamento empirico, il che esclude che esse possano legarsi esclusivamente a regole astratte quale l'art. 1376 c.c.: se si prescinde dall'analisi del fatto concreto viene meno la connessione tra il fatto tipico (la cessione del ramo d'azienda) e l'effetto giuridico (la perdita delle qualificazioni), perché manca o è insufficiente la regola che a tale connessione provvede, ossia la regola di inferenza. Tale regola (legge scientifica, legge statistica, massima di esperienza) è quella che attiva l'**operatore logico** (o nesso di implicazione) e giustifica razionalmente il passaggio dalla premessa minore alla conclusione.

Se il divieto di presunzioni assolute è stato affermato in settori dove le politiche di sicurezza trovano massima giustificazione, sarebbe incomprensibile che non operasse in materia di appalti pubblici. L'elevato tasso di infiltrazione criminale e di corruzione che caratterizza questo settore non può condurre a semplificazioni concettuali, che finirebbero per danneggiare la libertà di impresa e la stessa concorrenza nel mercato, senza neppure giovare al contrasto della delinquenza economica.

L'analisi del dato funzionale non può prescindere da un cenno ai profili di diritto UE, atteso che la tesi formalistica o della discontinuità si pone in tensione con il principio di proporzionalità, con il diritto della concorrenza e con le libertà economiche garantite dal Trattato sul funzionamento UE. La regola secondo cui ogni trasferimento aziendale, ancorché minimo, genera di per sé la perdita delle qualificazioni, con effetti anche sulle gare in corso, per importi di gran lunga superiori al valore dei beni trasferiti, sarebbe:

- una misura eccessiva, anche alla luce della presunzione di idoneità di cui all'art. 52, commi 3 e 4 della direttiva 2004/18/CE;
- tale da alterare lo svolgimento delle competizioni, implicando l'esclusione dell'impresa cedente dalla gara, ancorché i requisiti di qualificazione non siano stati effettivamente persi;
- una restrizione indiretta alla libertà di stabilimento, alla libertà di circolazione dei capitali, alla libera prestazione di servizi.

Gli effetti distorsivi della concorrenza si avverterebbero in particolare modo per i grandi gruppi societari (nazionali e non), i quali più frequentemente ricorrono a operazioni aziendali di minima rilevanza rispetto al fatturato globale (come nel caso in esame), ed ai quali deve essere garantita, in ciascuno Stato membro, la piena possibilità di operare sul mercato con trasformazioni ed operazioni societarie cui non si riconducano per effetto presuntivo conseguenze pregiudizievoli o disincentivanti».

<sup>26</sup> «Il ruolo di vigilanza dell'ANAC nei casi in cui la SOA confermi il possesso della qualificazione concorre a confutare una delle ragioni dell'orientamento formalistico, ossia la pretesa funzione della regola dell'automatismo di contrastare meccanismi di elusione della normativa anticorruzione (e, più in generale, della legislazione in materia di appalti pubblici) fondati sulla cessione dei beni aziendali. Si ritiene, infatti, che la perdita *ipso iure* della qualificazione

Un esempio della possibilità di individuare le soluzioni attraverso modelli matematici è ricavabile dalla pronuncia della Adunanza Plenaria sulla disciplina transitoria dei vincoli paesaggistici<sup>27</sup>.

Il punto 4.1 della motivazione si sofferma sull'interpretazione letterale dell'art. 157 d.lgs. n. 42/2004 (Codice del paesaggio), che si trascrive.

*“1. Conservano efficacia a tutti gli effetti:*

*a) le dichiarazioni di importante interesse pubblico delle bellezze naturali o panoramiche, notificate in base alla legge 11 giugno 1922, n. 778;*

*b) gli elenchi compilati ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497;*

*c) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497;*

*d) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi dell'articolo 82, quinto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, aggiunto dall'articolo 1 del decreto legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431;*

*d-bis) gli elenchi compilati ovvero integrati ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490;*

*e) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (6);*

*f) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490;*

*f-bis) i provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 1-ter del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431.*

*2. Le disposizioni della presente Parte si applicano anche agli immobili ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, sia stata formulata la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico”.*

Nella prevalente giurisprudenza questa disposizione era interpretata nel senso di sancire la permanenza del vincolo paesaggistico preliminare derivante dalla proposta di vincolo il cui procedimento non si fosse concluso nei termini di legge alla data di entrata in vigore del Codice (tesi della continuità).

---

disincentivi trasferimenti fraudolenti o cessioni di comodo, e tale *ratio* sia coerente con l'opposta necessità di una verifica in concreto sui requisiti trasferiti ai fini dell'acquisto delle qualificazioni da parte del cessionario.

Premesso che anche questo ragionamento incappa in una **fallacia di argomentazione** (*definizione circolare*: si pretende di definire un termine utilizzando una proposizione che lo contiene), il potere di intervento dell'Autorità neutralizza il rischio che l'impresa cedente continui a operare sulla base di un'illegittima (o mancata) conferma dell'attestazione da parte della SOA. Ed in effetti, nella fattispecie, a sgombrare il campo da ogni ipotetico dubbio su finalità elusive della cessione, non solo la SOA ha certificato, ma l'ANAC ha validato il possesso continuativo in capo a SIRAM dei requisiti».

<sup>27</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., n. 13 del 2017.

Altro orientamento sosteneva, invece, il contrario (tesi della discontinuità), sulla base dell'argomento secondo cui le proposte, diversamente dagli atti definitivi, perdono efficacia.

L'Adunanza Plenaria aderisce alla tesi della discontinuità, ma smentendo l'argomento letterale su cui poggiava, che, stabilendo un rapporto di consequenzialità necessaria tra (perdita di) efficacia delle proposte e (perdita di) efficacia del vincolo preliminare sul bene che ne costituisce oggetto, esponeva detta tesi alla confutazione da parte dell'orientamento prevalente (posto che, indubitabilmente, il comma 2 dell'art. 157 postula la conservazione di efficacia delle proposte).

La dimostrazione della falsità di questo modo di argomentare, condotta dalla Plenaria nei termini classici del ragionamento giuridico, poteva essere ottenuta attraverso gli strumenti della logica formale, dimostrando come la proposizione incorre in due fallacie deduttive.

1) *Conclusiones irrelevantes*: si argomenta una conclusione diversa da quella che avrebbe dovuto essere raggiunta. Questa fallacia si neutralizza dimostrando che la conclusione del ragionamento è irrilevante rispetto all'argomento sviluppato.

Nel caso in esame la conclusione secondo cui la proposta di vincolo perde efficacia è irrilevante rispetto all'argomento secondo cui i provvedimenti impositivi di vincolo conservano efficacia.

2) *Negazione dell'antecedente*: La negazione dell'antecedente è un'errata applicazione del *modus tollens*, che è la regola di inferenza secondo cui  $[(p \rightarrow q) \wedge \neg q] \rightarrow \neg p$ . Dove  $p$  è l'antecedente,  $q$  è il conseguente,  $\neg$  indica la negazione,  $\neg p$  e  $\neg q$  indicano il contrario (si legge *non p* e *non q*). Inoltre  $p$  è condizione sufficiente per  $q$ ,  $q$  è condizione necessaria per  $p$ .

Esempio:

- *Se è giorno, c'è luce* (se  $p$ , allora  $q$ )
- *Ma non c'è luce* (non  $q$ )
- *Quindi non è giorno* (non  $p$ )

Non è invece corretto affermare  $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p] \rightarrow \neg q$ .

Esempio:

- *Se sono a Venezia, non sono in Lombardia* (se  $p$ , allora  $q$ )
- *Non sono a Venezia* (non  $p$ )
- *Quindi sono in Lombardia* (non  $q$ )

Questa fallacia si confuta dimostrando che tra  $p$  e  $q$  non vi è una doppia implicazione.

L'argomentazione svolta dalla tesi della discontinuità può essere così descritta:

- *Se prima dell'entrata in vigore del Codice è stato adottato un provvedimento definitivo, [la proposta] non perde efficacia* (se  $p$ , allora  $q$ )
- *Non è stato adottato un provvedimento definitivo* (non  $p$ )
- *Quindi [la proposta] perde efficacia* (non  $q$ )

È proprio la negazione dell'antecedente.

In sostanza la tesi della discontinuità utilizza l'argomento *a contrario* nella sua variante produttiva (prevedere la conservazione dell'efficacia per i provvedimenti definitivi, implica negarla per le proposte), senza che ne esistano i presupposti.

Qual è l'utilità di tale dimostrazione?

Evitare oscillazioni (ed errori) dei giudici: quando di una stessa disposizione esistono due interpretazioni opposte, una di esse è falsa. L'impiego dei modelli matematici consente di stabilire con certezza qual è.