

CARLOS DE CORES

DIRITTO CONCORSUALE E DIRITTI FONDAMENTALI
DELLA PERSONA

SOMMARIO. 1. *Introduzione. Il caso.* 2. *Il contesto.* 3. *La sentenza.* 4. *La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato.* 5. *Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto.*

1. *Introduzione. Il caso.*

Il tema della mia relazione riguarda un caso giurisprudenziale che, avendo sollevato forti discussioni in Uruguay, ho ritenuto fosse in grado di segnalare ai giuristi europei motivi di riflessione ed arrivare forse a porre in dubbio qualcuno dei loro schemi.

La vicenda ha ad oggetto una banca ammessa ad un concordato preventivo, omologato dal tribunale, nel quale era prevista la postergazione nel tempo del pagamento dei depositi; pagamento che sarebbe così dovuto avvenire a rate.

Va premesso che in Uruguay, il concordato, quale vicenda concorsuale, è sorretto dal c.d. principio della parità di trattamento, non essendo ammissibili altre eccezioni oltre a quelle espressamente previste per legge (i crediti privilegiati)¹.

¹ L'art. 2372, allora vigente, stabiliva: "*los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295). La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios*". I privilegi sono stati stabiliti espressamente dalla legge in ogni ipotesi, come ad. es. nel caso dei crediti dei lavoratori.

Successivamente al caso in esame è stata approvata in Uruguay una nuova legge fallimentare (legge n. 18.387 del 15 ottobre 2008) che modifica l'art. 2372 CC citato. L'art. 55 della nuova legge, rubricato "*Composición de la masa pasiva*", stabilisce che: "*todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán com-*

Una cliente della banca, affetta da una malattia terminale, chiede di poter prelevare i suoi depositi, nonostante la dilazione e le rate stabilite dal concordato.

Come accade ovunque, le malattie terminali non sono state espressamente considerate dalla legge concorsuale uruguayana come fattispecie legale di privilegio².

prendidos en la masa pasiva del concurso, siendo representados por el síndico o el interventor y alcanzados por los efectos del concurso, sin más excepciones que las establecidas en la presente ley.

Se otorgará un tratamiento igualitario a todos los acreedores pertenecientes a una misma clase, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas en la ley”.

Bisogna poi considerare le seguenti norme della stessa legge concorsuale:

Articolo 108. (*Clases de créditos*). - *Los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasificarán en créditos privilegiados, créditos quirografarios o comunes y créditos subordinados.*

Por su parte, los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

Artículo 109. (*Créditos con privilegio especial*). - *Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.*

Los créditos con privilegio especial deberán estar inscriptos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

Artículo 110. (*Créditos con privilegio general*). - *Son créditos con privilegio general, en el orden planteado:*

Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos en la forma prevista en el artículo 62, hasta por un monto de 260.000 UI (doscientos sesenta mil unidades indexadas) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo.

No gozarán del privilegio previsto en el inciso anterior, los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán naturaleza de quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 201.

Los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso.

El 50% (cincuenta por ciento) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% (diez por ciento) de la masa pasiva. Estos privilegios se establecen sin perjuicio del derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercitado acciones en interés de la masa.

² Si precisa che né con la precedente, né con la nuova stesura delle norme approvate in Uruguay, il caso oggi esaminato è disciplinato espressamente.

Il tribunale decide però di accogliere la domanda e la sentenza viene confermata dalla corte di appello.

Com'era prevedibile, si è subito aperta in dottrina una accesa discussione: da un lato vi è chi ha lodato la sentenza, ritenendo che soddisfacesse l'interesse tutelato del diritto alla vita, alla salute e a la dignità della persona umana, prevalente rispetto ai diritti patrimoniali. Diritti questi che la nostra cultura riconosce come subordinati a quelli della personalità. Dall'altro chi ha criticato la pronuncia, rilevando che i giudici avevano dinanzi a loro una norma molto chiara, che non poteva essere ignorata con il pretesto della protezione di diritti forse più nobili ed elevati, ma anche più sottili e nebulosi³.

Il tema da discutere sarà dunque quello della relazione fra i diritti fondamentali della persona, di rango costituzionale, la legge, il contratto, il giudice e l'interpretazione.

Si tratta infatti di temi centrali per ogni operatore del diritto e quindi suscettibili di far assurgere questo caso, concreto ed originale, ad oggetto di speculazione in qualsiasi ambito accademico, americano o europeo che sia. Si tratta di una situazione limite che ci porta a riflettere e magari anche a riconsiderare i fondamenti della nostra concezione del diritto⁴.

2. *Il contesto.*

Se dobbiamo parlare di persona e mercato, prendiamo le mosse dal mercato.

L'attività bancaria, nella maggior parte dei paesi, è soggetta alle leggi economiche del mercato, che riguardano soggetti privati con interesse di lucro, sottoposti al libero gioco dell'offerta e della domanda e che entrano ed escono del mercato secondo le regole del diritto concorsuale.

Le banche sono dunque imprese come le altre e nel caso in cui non siano idonee a creare valore (così che consumino più valore di quello

³ Il dibattito dottrinario in Uruguay si è prolungato anche successivamente al convegno urbinato. Si può rinviare a diversi articoli pubblicati nell'*Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomo XXXIX* nell'anno 2009 e specialmente a O. SARLO, "Derechos fundamentales y proceso concursal. A propósito de dos fallos en el concordato preventivo del Banco de Galicia (2003)", pp. 869 a 883, e A. CASTRO, "Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias, A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable", p. 842 a 853.

⁴ O. SARLO, *op. cit.*, p. 883.

che creano) sono fatalmente destinate a perdere il loro patrimonio ed a fallire.

Un problema è tuttavia posto dalla c.d. specialità delle imprese bancarie, che, per le peculiari caratteristiche del loro passivo (elevato numero di depositanti) e la loro funzione nell'area del credito, hanno un ruolo importante nello sviluppo dell'economia e, in caso di fallimento, provocano un danno diffuso e rilevante.

È appunto per questa ragione che in generale la crisi bancaria ha sue regole speciali che consentono di parlare di regime a sé stante; la tendenza globale è nel senso di regolare in forma speciale questo tipo di crisi imprenditoriale.

Le banche raccolgono il risparmio senza offrire garanzie ai depositanti o, meglio, con l'esclusiva garanzia del loro patrimonio. In caso di fallimento, i risparmiatori sono fortemente colpiti. Per altro verso, nel procedimento concorsuale, i commissari liquidatori cancellano tutte le operazioni di credito, richiedendo ai clienti il rimborso immediato dei finanziamenti. Entrambi gli effetti premono sulla liquidità e sulla normale funzionalità dei sistemi di pagamento, con effetti negativi sull'economia nel suo complesso; in casi estremi, si verifica poi l'effetto c.d. di contagio, che determina la perdita di fiducia nelle banche; segue la corsa agli sportelli bancari, che può anche portare a un crollo sistemico.

Tutto ciò giustifica l'esistenza di una complessa organizzazione statale di controllo dell'attività bancaria⁵.

Al fine di valutare nel suo contesto la vicenda in oggetto, giova anche segnalare che il sistema finanziario uruguayano ha per molto tempo ricevuto rilevanti rimesse di denaro da parte dei non residenti, segnatamente argentini. Fino al gennaio del 2002, i depositi dei non residenti erano spesso collegati con le crisi e le turbolenze finanziarie dell'Argentina e ciò nel senso che ogni volta che la situazione argentina diveniva incerta, i depositi degli argentini presso le banche uruguayane subivano un incremento. Tale incremento si è verificato anche nella seconda metà dell'anno 2001, man mano che cresceva l'incertezza politica in Argentina. È così che, fra giugno e novembre del 2001, i nuovi depositi dei non residenti nelle banche uruguayane superavano i 1.100 milioni di dollari (determinando una crescita del 22% in cinque mesi).

Questa tendenza si interrompe in modo brusco nel dicembre del

⁵ E. HUPKES, *Insolvency. Why a special regime for banks*, IMF, 2003, pubblicato in Internet.

2001, quando due banche private, il “Banco de Galicia Uruguay”, e in minor misura il “Banco Comercial”, accusano una corsa ai depositi da parte dei non residenti.

Queste due banche, che fino al novembre del 2001 avevano aumentato la loro raccolta, erano le due maggiori banche uruguayane dal punto di vista del volume dei depositi. Oltre ad avere una esposizione elevata nei confronti dell’Argentina, appartenevano in tutto o in parte a istituzioni finanziarie argentine. Il “Banco de Galicia Uruguay” apparteneva al “Banco de Galicia y Buenos Aires” in Argentina. Il “Banco Comercial”, dal canto suo, era strettamente legato, tramite due noti banchieri, i fratelli Carlos e José Rohm, al “Banco General de Negocios” in Argentina.

Fra la fine di gennaio e la metà di febbraio del 2002, si verificano una serie di eventi all’esito dei quali l’uscita dei depositi – che fino ad allora colpiva soltanto i depositi dei non residenti – arriva anche ai conti dei residenti, generalizzandosi così una corsa agli sportelli nella totalità degli istituti di credito.

Il 23 gennaio 2002 il banchiere Carlos Rohm viene arrestato in Argentina e il 31 gennaio il pubblico viene a conoscenza di una truffa per oltre 215 milioni di dollari nel “Banco Comercial”⁶.

Il 13 febbraio la Banca Central dell’Uruguay decide la sospensione delle attività del “Banco de Galicia Uruguay” e il giorno successivo il debito pubblico del paese perde il suo *investment grade*.

A questo punto la crisi acquista un connotato sistemico e tutte le istituzioni finanziarie accusano forti prelievi di denaro. Verso la fine di luglio l’uscita dei depositi arriva a cifre record (quasi 600 milioni di dollari fra il 19 e il 26 di luglio). Il 29 luglio, viene sospesa ogni attività bancaria. Durante il giorno festivo (“feriado bancario”) si sottoscrive un nuovo accordo col FMI, e il Parlamento approva una legge che stabilisce una ri-programmazione dei depositi a termine nelle banche pubbliche.

Con un “*bridge loan*” del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti, si costituisce un Fondo di Stabilità del Sistema Bancario, per garantire il prelievo di tutti i depositi in conti correnti e di risparmio, cioè a dire, depositi a vista. Il 5 agosto si cancella la sospensione bancaria e le ban-

⁶ Si è dibattuto in parecchi processi ed arbitrati se e in quale misura la responsabilità della crisi del “Banco Comercial” potesse essere attribuita al suo stesso management o alle banche azioniste di maggioranza, JPMorgan Chase, Crédit Suisse First Boston e Dresdner Bank.

che riprendono la loro attività, tranne le banche Comercial, Montevideo-Caja Obrera e Crédito, la cui attività rimane sospesa.

Per evitare il collasso economico, lo Stato si accolla il pagamento dei conti correnti e dei conti di risparmio presso le banche chiuse.

Il costo diretto della crisi bancaria del 2002 per le finanze pubbliche arriva a 1.540 milioni di dollari: circa il 12% del PIB annuale.

Fortunatamente, l'attività economica ha avuto modo di risprendersi e oggi può dirsi che le conseguenze più nefaste della crisi sono state superate.

3. La sentenza.

I numeri parlano da soli; le crisi bancarie però non coinvolgono soltanto numeri; non ci interessa soltanto il mercato, ma il rapporto fra mercato e persona; il nostro spunto di riflessione è l'impatto della crisi d'impresa sulla persona, e il merito del nostro caso è la sua idoneità a rappresentare il problema dell'essere umano, che soffre nella sua propria esistenza le conseguenze delle crisi strutturali, talora in modo drammatico.

Volgiamoci al caso risolto dai giudici uruguaiani.

Primo grado.

La sentenza (del Tribunale fallimentare pronunciata in data 17.2.2003 dalla dott.ssa Teresita Rodríguez Mascardi, anche professoressa di diritto commerciale a Montevideo) dà conto dei seguenti fatti. L'attrice è moglie di un risparmiatore del "Banco de Galicia Uruguay" che aveva un conto per U\$S 123.194,10. La Signora ha sessantadue anni e vive a Buenos Aires dove è comodataria di un immobile. Negli ultimi venti anni, ha sofferto di una mastectomia sinistra e nel 1999 ha sviluppato un cancro con metastasi ossee ogni volta più gravi che hanno richiesto cure chemioterapiche accompagnate da farmaci per il controllo della grave anemia e per lenire gli intensi dolori che il cancro osseo provoca. La sua situazione si è aggravata con il deterioramento economico della Repubblica Argentina. La sua situazione è tale che proprio il "Banco de Galicia y Buenos Aires" argentino⁷ ha autorizzato prelevamenti dal suo conto senza applicare le regole del "corralito"⁸. Nell'ultimo mese, il suo stato di salute è andato

⁷ Capogruppo del Banco de Galicia Uruguay.

⁸ Locuzione colloquiale che allude con una metafora al divieto di ritiro dei fondi nelle banche in Argentina alla fine dell'anno 2001.

peggiorando e i suoi risparmi in Argentina si sono esauriti, per cui ha necessità di accedere ai fondi in Uruguay.

L'attrice fonda il suo diritto sul manifesto pericolo di perdere la vita in condizioni di sofferenza insopportabili, diritto alla vita che – ritiene – è un bene assoluto riconosciuto dall'art. 7 della Costituzione⁹ ed anche dalla Convenzione Interamericana dei diritti umani del 22.12.69. Osserva che non può nemmeno esserle negato il diritto di proprietà, tutelato anch'esso da norme di rango costituzionale.

Chiede quindi che sia applicato il diritto nella sua totalità, non soltanto nel suo aspetto meramente fallimentare.

Convenuta è la Banca Centrale dell'Uruguay, nella sua veste di interventore del "Banco de Galicia Uruguay". Nella sua comparsa di risposta essa manifesta che la sospensione dell'attività della banca deliberata dalla Banca Centrale dell'Uruguay il 13 febbraio 2002, ha come finalità quella di risolvere la situazione di crisi bancaria, in base al diritto di ognuno dei depositanti.

La sospensione dei pagamenti ed il concordato sopravvenuto impediscono i pagamenti isolati, implicando il concordato il rispetto del principio di parità di trattamento. L'attrice è creditrice della massa e come tale soggetta alle regole del processo; in gioco vi sono solo diritti patrimoniali e il singolo creditore avrà il diritto di incassare con le stesse modalità e nelle stesse proporzioni rispetto agli altri creditori; né più né meno.

I privilegi vengono stabiliti dal legislatore e non possono essere creati dal giudice o dall'amministratore. Se si verifica una violazione della Costituzione, prosegue la banca convenuta, è il Tribunale Supremo che può dirimere la questione. Non è neanche in gioco il diritto di proprietà – come invece si afferma nella domanda – ma un diritto di credito, perché il deposito bancario non ha natura di deposito regolare; il depositante

⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY – Artículo 7º. - Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 72. - La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 332. - Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

non consegna il denaro in custodia, bensì ne trasmette la proprietà, conservando un diritto di credito. Pagare il valore nominale del credito reca pregiudizio al principio d'uguaglianza allorché il concordato obbliga gli altri creditori ad incassare la totalità del valore nominale in nove anni.

Secondo le regole fallimentari uruguayiane di cui al Codice di commercio e alla legge fallimentare n. 2.230, il concordato è obbligatorio per tutti i creditori e nel caso di una impresa bancaria per tutti i titolari di contratti bancari che sono compresi nella categoria dei creditori concorsuali.

Anche nel regime fallimentare uruguayiano quindi vige il principio della *par condicio creditorum*, dell'uguaglianza fra i creditori tranne quelli che – per la natura dei loro crediti – il legislatore ha qualificato espressamente come creditori non concorsuali, legittimandoli ad agire con indipendenza rispetto al concorso (caso dei creditori con pegno o con ipoteca, o lavoratori, o privilegiati).

Quelli che seguono sono i passaggi argomentativi della sentenza di primo grado.

La questione, ritiene il Tribunale, consiste nello stabilire se la *par condicio* è assoluta, con divieto di ogni discriminazione fra i creditori o se invece sia consentito al giudice prendere in considerazione la situazione particolare di un depositante.

La specialità dell'impresa bancaria fa sì che il cliente bancario non sia in grado di conoscere le regole che regolano un'area così complessa come quella della attività creditizia, egli si affida pienamente alla banca, come un atto di fede. Il rapporto fra banca e cliente è contrattuale, il cliente è un consumatore e si applica nella specie il principio di protezione del consumatore. L'ordinamento costituisce una unità gerarchica. Il giudice deve interpretare armonicamente la costituzione e la legge. La Costituzione deve essere applicata direttamente. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali ha una sua particolare importanza al momento di interpretare l'ordinamento giuridico inferiore. In questo caso è in gioco il diritto alla vita tutelato all'art. 7 della Costituzione, che si riferisce non solo alla vita, ma anche ai diritti indispensabili di talché l'essere umano abbia accesso a tutti i beni e servizi necessari affinché la sua esistenza si sviluppi sul piano materiale, morale, spirituale e psichico in armonia con la dignità umana¹⁰.

¹⁰ GROSS ESPIELL, *Derechos Humanos*, UNAM CN de Derechos Humanos, Mexico, 1945, p. 41.

Perciò, ancorché la legislazione fallimentare non abbia previsto nulla in ordine alla situazione dei depositanti gravemente ammalati, deve essere applicata la regola costituzionale a difesa del diritto lesso. L'articolo 332 della Costituzione e l'art. 16 CC rendono sterile la discussione sulla applicazione diretta della Costituzione.

La *par condicio* nel caso di una impresa finanziaria non è assoluta, vale a dire che non vieta ogni discriminazione fra i creditori, quest'ultima è ammessa per approdare a un risultato più rispettoso del principio costituzionale d'uguaglianza, riconoscendo discriminazioni sempre che non siano arbitrarie ma ragionevoli e sottoposte al controllo del Tribunale.

Sulla base di tali ragioni, il magistrato accoglie parzialmente la domanda, ordinando alla banca di rimborsare parte del deposito.

In appello la Corte rileva che la convenuta è sottoposta ad un concordato stragiudiziale, ciò che comporta che l'accordo è obbligatorio per tutti i creditori ad eccezione delle ipotesi espressamente previste dalla legge (ipoteca, pegno, creditori lavoratori, privilegiati, etc.). Si intende, però, che una interpretazione razionale, contestuale e teleologica delle norme costituzionali ed anche sovranazionali, ma che possano essere considerate come appartenenti all'ordine giuridico nazionale, consentono di concludere senza fatica che il principio d'uguaglianza (la *par condicio creditorum*) non è assoluto e può essere piegato quando ci si trovi di fronte a situazioni eccezionali, quando il senso comune mostri che l'applicazione condurrebbe a una vera ingiustizia, soprattutto nel caso in cui si ha un'età avanzata e gravi problemi di salute; si ricorda che la banca ugualmente ammette eccezioni con una regolamentazione interna. Per cui la sentenza di primo grado viene confermata.

Si può facilmente comprendere perché la sentenza abbia sollevato un acceso dibattito in dottrina¹¹.

Una prima posizione critica rispetto alla sentenza è espressa da Santiago Carnelli¹², secondo il quale bisogna allontanarsi un po' dal caso concreto, perché altrimenti ci troviamo di fronte al paradosso di *Sancho*

¹¹ Cfr. O. SARLO, "Derechos fundamentales y proceso concursal". cit., pp. 869 a 883, e A. CASTRO, *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias*, cit., p. 842 a 853. Altri riferimenti sono stati presi dalla versione registrata in occasione dalla tavola rotonda tenutasi nei corsi di diritto Costituzionale e diritti umani, e sul diritto Contrattuale, nell'Aula Magna dell'Università Cattolica del Uruguay, in data 10 marzo 2009.

¹² Santiago Carnelli è professore ordinario di Diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza della Università della Repubblica e direttore dell'Annuario del Diritto Civile Uruguiano.

Panza fra la legge e la misericordia; la sensibilità ci spinge a favorire il disgraziato che sta per morire, ma così il problema è impropriamente impostato.

Il problema deve essere affrontato dal punto di vista giuridico, cioè come questione giuridica. Secondo Carnelli, nel diritto uruguayano, ove il controllo di costituzionalità è concentrato, la legge può essere disapplicata quando leda un principio costituzionale, ma soltanto se la lesione sia accertata dalla Suprema Corte di Giustizia¹³. Se la norma non lede la Costituzione o se la violazione non è stata accertata dalla Suprema Corte di Giustizia, il giudice deve senz'altro applicarla.

Carnelli rammenta che se la cultura occidentale – secondo Max Weber – si è separata da quella orientale, ciò è avvenuto esclusivamente per il rispetto della legge, di cui Socrate ci donò l'esempio preferendo morire piuttosto che violarla. Non è dunque ammissibile che il giudice, con il pretesto che una legge non ha previsto una certa situazione, plasmì una norma di legge, crei una soluzione che la legge non include, perché questo significa attribuire al giudice il compito del legislatore, ciò che non può essere.

Secondo Carnelli, ammettere una soluzione non prevista dal legislatore, determina una frattura del sistema costituzionale uruguayano.

Lo stesso dicasi con riferimento alla norma contrattuale. Quando la stessa lede una norma, il giudice la pone nel nulla. Ma non altrimenti.

Carnelli non condivide la sentenza, non essendo incline alla linea della sensibilità di proteggere il debole con pregiudizio del forte, perché quello è ciò che dà sicurezza a tutti.

Sempre in posizione critica di fronte alla creazione giurisprudenziale del diritto è Arturo Caumont, secondo il quale la risoluzione dei conflitti al vaglio del magistrato deve essere raggiunta sulla base dell'applicazione dei precetti preordinati all'adempimento del fine normativo, non per mezzo della creazione sostitutiva delle regole, originate dall'arbitrio valutativo del giudice¹⁴.

Secondo questo autore, i membri della comunità organizzata hanno

¹³ La Costituzione uruguayana prevede un controllo di costituzionalità: "*Constitución de la República, artículo 257. - A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas*".

¹⁴ A. CAUMONT, *La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el derecho objetivo. Infungibilidad del poder normativo*, in *Rev. Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, No. VI, p. 187 ss.

l'irrinunciabile diritto soggettivo di essere giudicati conformemente a regole oggettive, vigenti al momento dell'adozione di una determinata condotta e non tramite criteri creati fuori dal sistema e a posteriori della decisione del soggetto di assumere un determinato atteggiamento. Non è ammissibile la sostituzione della norma legale secondo un criterio di giustizia, perché questo non è compito di chi deve applicare il precetto. I criteri assiologici sulla giustizia come valore sono ontologicamente relativi, e per ciò non esiste la possibilità di predicare il proprio come vincolante rispetto a chi possa avere un altro criterio, così valido e rispettabile come il contrario. La tripartizione dei poteri ha per oggetto storico delineato ed istituzionalmente canalizzato, quello di fornire certezza nei rapporti fra i singoli membri della comunità e chiarezza nella linea divisoria fra liceità e illiceità.

Il diritto non deriva dal conflitto di interessi, piuttosto anticipa lo stesso. Il diritto opera verso il caso e non sorge dal caso.

Per questo autore si può dire che l'equità è vestigio obsoleto di un mondo estinto.

Per parte sua, il Professor Sarlo¹⁵ ritiene che il giudice deve fare giustizia, ma non esiste una giustizia assoluta. Se fossimo noi ad essere ammalati, sicuramente divideremmo la sentenza; forse no, se fossimo invece i creditori. Il dovere del giudice è di costruire la sentenza in maniera tale che i terzi che la leggono siano convinti della sua giustizia; per approdare a ciò, i giudici devono adempiere il loro compito fornendo le ragioni per cui arrivano alla decisione. Per l'autore, questo non equivale alla tesi deduttiva della vecchia dogmatica, che assimilava il giudice a una macchina che riproduce automaticamente la legge (*"la bouche qui prononce les paroles de la loi"*), perché nessuno indica al giudice da dove deve prendere le mosse. Questi ha un potere enorme; ma deve giustificare le ragioni della sua decisione. Non esiste divieto per scegliere il punto di partenza, ma poi egli deve procedere secondo il sistema e argomentare secondo le regole del ragionamento deduttivo (art. 198 del codice processuale uruguayano). La topica è la tecnica (o l'arte, la "invenzione") di capire le premesse e di giustificarle.

Come critico, Sarlo si pone il problema della cornice teorica nella quale si colloca la sentenza. Ovviamente essa non rientra nel modello tradizionale di provvedimento di tipo sussuntivo. Secondo tale modello, il provvedimento si costruisce sotto forma di sillogismo. La premessa mag-

¹⁵ In *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2009, t. XXXIX.

giore è la fattispecie legale; la premessa minore è la fattispecie concreta e la sentenza ne costituisce la conclusione.

Il liberalismo illuminista, dotato di una illimitata fiducia nella ragione e il positivismo legalista hanno contribuito all'applicazione di questo modello interpretativo.

Nella nostra prospettiva di indagine il ricorso a questa forma di sillogica interpretazione può essere criticato nella misura in cui ad essa si accenna solo nella parte finale della sentenza, ma non nella parte iniziale; non si spiega cioè perché e in quale modo il giudice abbia selezionato la premessa maggiore. Infatti, il punto di partenza del ragionamento non è unico, ma può essere scelto fra diversi possibili. La scelta fra una o un'altra delle premesse maggiori, anche restando ferma la premessa minore, ne altera le conclusioni, ovvero il provvedimento stesso.

Secondo Sarlo, il giudice ha un ampio potere di scelta della premessa maggiore; gli è soltanto richiesto:

- a. che provenga dallo stesso sistema;
- b. che sia gerarchicamente ordinata;
- c. che abbia carattere normativo;
- d. che abbia una ragionevole connessione semantica col tema;
- e. che sia plausibile¹⁶.

Come cornice teorica alternativa a quella positivista, Sarlo accenna poi:

- a. al neocostituzionalismo, che postula l'applicazione diretta della Costituzione. Ciò permette, nel caso concreto, di fare prevalere, per esempio, il diritto alla vita rispetto alle regole del diritto concorsuale;
- b. all'"umanitarismo giudiziale", all'immagine del "bon juge Magnaud";
- c. alla teoria critica chiamata "feminista", emersa nel sistema anglosassone e vincolata alla c.d. "*ethics of care*", di Carol Gilligan.

Quanto al contenuto, la sentenza pare al Sarlo plausibile. Ma in riferimento alla motivazione, questi si aspettava che una sentenza così innovativa, fosse più saldamente motivata.

Altra parte della dottrina, nonostante qualche nota critica, si è espressa in modo sostanzialmente favorevole.

In primo luogo Juan Blengio ha sostenuto che il problema dibattuto nelle sentenze ha come sfondo la questione dell'applicabilità diretta delle norme e dei principi costituzionali alle relazioni giuridiche orizzontali (fra i privati) generalmente conosciuta sotto il nome tedesco di *drittwirkung*.

¹⁶ O. SARLO, *op. cit.*, p. 871.

Nel nostro paese, tale questione ha preso le mosse da un articolo del medesimo Professor Blengio che esprimeva un'opinione decisamente favorevole ad una siffatta applicabilità. Le sue implicazioni – non solo con riferimento allo specifico problema discusso, ma specialmente nel campo del diritto civile – hanno alimentato un dibattito che continua ancor oggi¹⁷.

Secondo Blengio, la tesi – che ha molteplici punti di contatto con una parte importante della dottrina e della giurisprudenza tedesche – si fonda su una pluralità di ragioni: storiche, sistematiche e di ordine testuale, vincolate alle norme della Costituzione uruguaiana¹⁸.

Tra tali ragioni si segnala quella derivante dalla legge n. 16.011 che regola l'azione di Protezione (Amparo), volta alla tutela dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Costituzione che siano lesi o minacciati di modo manifestamente illegittimo, non solo da azioni od omissioni di un ente pubblico, ma anche privato.

La condivisione di tale dottrina coinvolge sia il modo di leggere ed interpretare il diritto, sia il modo di risolvere i conflitti normativi (soprattutto fra principi o valori che tali principi esprimano), come quelli emersi nelle sentenze in esame. Implica anche una espansione dei poteri del giudice, atteso che nella risoluzione dei conflitti, il giudice non opererà solo come un mero automa, limitato al ruolo di *bouche de la loi*; in tale prospettiva, l'interpretazione, partendo dalle norme e dai va-

¹⁷ *La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de Igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, Ed. FCU, Montevideo, 1997, p. 412 ss. Per un esame critico della tesi, vedi: *El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 31, Montevideo, Ed. FCU, Montevideo, 2001, p. 597 ss. Le critiche sono state ribadite in due successivi articoli dello stesso Blengio: *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Primera Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, Ed. FCU, Montevideo, 2002, p. 571 ss; e *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Segunda Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXIII, Ed. FCU, Montevideo, 2003, p. 481 ss. Come si è già detto, la discussione persiste tuttora.

¹⁸ J. BLENGIO, *La aplicabilidad de los principios derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad*, in *Constitucionalización del Derecho Privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*, Ed. Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, prima ed. agosto, 2007, Bogotá, Colombia, p. 425 ss.

lori costituzionali, viene concepita come un lavoro creativo che culmina in un atto di volontà del giudice che sceglie fra diverse possibilità interpretative.

Nella risoluzione dei conflitti – dice Blengio – gioca un ruolo fondamentale la ponderazione. Questa, come insegna Alexy¹⁹, ha un “nucleo costituito da una relazione che, quando si tratta di diritti fondamentali, può descriversi come il nesso tra l’intensità dell’invenzione e il peso delle ragioni che la giustificano”.

La formula sarebbe del tipo “quanto più...tanto più” e includerebbe sia i diritti di difesa, sia quelli di protezione e, secondo l’Autore tedesco, potrebbe enunciarsi così: “quanto più forte è il grado di non soddisfazione o di artificiosità di uno dei principi, tanto più importante deve essere la soddisfazione dell’altro”.

Perciò sarà necessario considerare una scala, che deve avere due livelli (lieve e grave). Alexy suggerisce che sia di tre: lieve, medio e grave, per la sua praticità e perché sarebbe la scala che, a suo parere, “si adatta bene ai fatti della vita quotidiana, delle istituzioni e della prassi giuridica”²⁰.

Secondo Blengio, è palese che il risultato al quale ci porta la ponderazione non poteva essere diverso da quello ammesso dai giudici, perché indubbiamente nel caso concreto i benefici di una tale soluzione (che sono per certo evidenti e che coinvolgono la vita di una persona) sono più importanti rispetto agli svantaggi che si arrecano al principio della *par condicio creditorum*, che verrebbe solo minimamente colpito dato il carattere palesemente eccezionale del caso.

Allo stesso risultato avrebbero condotto sia l’applicazione del criterio della ragionevolezza e dell’arbitrarietà (che Blengio propone per determinare quando il principio d’eguaglianza è violato²¹), sia la tesi che sostiene che i conflitti come quello esaminato, devono risolversi, considerando il peso dei principi in gioco²².

¹⁹ R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 65.

Sulla c.d. ponderazione esistono numerosi lavori, tra i quali merita di essere segnalato lo studio di Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdiccional*, Ed. Renovar, São Paulo, 2005.

²⁰ *Tres escritos...* cit. p. 65 ss.

²¹ *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit., p. 410 ss.

²² Cosí R.L. VIGO, *Los principios jurídicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 87.

Blengio ritiene che non si tratta di negare l'applicabilità della legge²³ perché contraria alla Costituzione, bensì di risolvere un conflitto normativo e che il risultato della ponderazione (o degli altri criteri riferiti) determina in ultima analisi che i confini del principio della *par condicio creditorum* vengano arretrati in favore di quelli di un altro principio. Sottolinea l'Autore che questo risultato si può anche raggiungere ricorrendo al concetto di lacuna del diritto, specialmente se si ammette la c.d. lacuna assiologica²⁴.

Anche il Dr. Leslie Van Rompaey, Magistrato della Corte Suprema uruguaiana, difende la sentenza, sostenendo l'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti fra i privati. Van Rompaey prende in considerazione le posizioni di Gascòn y García de Enterría, secondo le quali, allorché c'è un conflitto di principi, il caso deve essere risolto mediante la ponderazione. Se il risultato della ponderazione dà prevalenza al principio costituzionale posposto al principio che fonda la regola legale, si farà eccezione alla regola legale nel caso concreto.

Si tratta di un mezzo che ammette la disapplicazione della norma nel caso concreto, quando la rigida applicazione della regola approda a risultati gravemente lesivi di un altro bene o principio costituzionale. In questo caso, il processo d'incostituzionalità non sarebbe stato adeguato, perché la *par condicio creditorum* non lede la Costituzione. "Mi pare un'eccellente sentenza", conclude Van Rompaey.

Da ultimo accenniamo alla posizione della Professoressa Alicia Castro, Magistrato della Corte di appello e anche professoressa di Filosofia del Diritto²⁵. Secondo quest'ultima siamo di fronte ad un caso molto interessante, quasi paradigmatico, che ha sollevato un salutare dibat-

²³ Anzi, Blengio parla di una presunzione di regolarità o legittimità della legge (vedi il suo recente lavoro *Reflexiones sobre una sentencia del Tribunal Constitucional Chileno que declara inconstitucional la normativa que permite el uso de la "píldora del día después" in Revista de Direito Sanitário, vol. 10, N.2 Jul./Out. 2009, Ltr, Editora Limitada, Sao Paulo, 2009, p. 28*). L'articolo si segnala perché presenta non pochi punti di contatto con il caso commentato.

²⁴ J. BLENGIO, *Algunas reflexiones sobre interpretación e integración del derecho y el rol que en ésta corresponde a la doctrina*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, Ed. FCU, Montevideo, 1981, p. 109 ss.

²⁵ Anche questa autrice ha affidato le sue riflessioni ad un articolo edito nell'ultima edizione dell'*Anuario*, intitolato *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias, A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable*, p. 842 a 853.

tito che tocca profili fondamentali come la teoria dell'argomentazione, il costituzionalismo ed anche, se si vuole, la possibilità dell'esistenza di un positivismo di tipo legale. Secondo la Castro, la sentenza affronta il problema del conflitto di principi e opera una ponderazione per stabilire quale principio scalzi l'altro nella ricerca della soluzione. È il procedimento con cui si risolve questo tipo di casi. I principi formano parte del diritto positivo, sono principi di rango costituzionale, perché la *par condicio creditorum* è un corollario del principio di uguaglianza, che, così come il diritto alla vita, assurge a rango costituzionale. La decisione muove verso il valore considerato più importante, che è il diritto alla vita.

Forse, se un deficit argomentativo può essere rilevato, esso sta in ciò, che l'opzione argomentativa sulla base della quale si decide in favore del diritto alla vita, sovrapponendo quest'ultima all'uguaglianza, non è sufficientemente motivata nella sentenza²⁶.

In ogni operazione di ponderazione, però, un principio sposta l'altro, ma fino ad un certo punto. Il primo non viene totalmente escluso dal secondo, perché si tratta di colpire il principio inferiore (anch'esso meritevole di tutela) nella minore misura possibile. È per questo che la domanda non è stata integralmente accolta, ma soltanto in forma parziale. Questo è un ragionamento tipico di ponderazione.

Un altro profilo da rilevare è la chiara opzione per posizioni costituzionaliste, perché si parla della Costituzione come fonte del diritto, come valore normativo ed il giudice interpreta l'ordinamento dal punto della Costituzione.

Si tratta di due principi costituzionali, né l'uno, né l'altro sono cancellati, si stabilisce la misura in cui devono convivere.

È il tipico ragionamento dei casi costituzionali.

“Io – conclude Alicia Castro – non appoggerei la soluzione nel senso che il giudice può disapplicare le norme positive, ma penso che la soluzione della sentenza sia plausibile. Una soluzione semplice sarebbe stata quella di rigettare la domanda perché la legge non consente al giudice di dare una soluzione giusta. A mio avviso, il problema del principio d'uguaglianza è erroneamente impostato. Nel senso giuridico, l'uguaglianza

²⁶ Sul rapporto fra principi e norme è frequentemente citata in Uruguay l'opera di M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

non è mai stata incompatibile con la diversità. Sono state da sempre ammesse le differenze di trattamento normativo, sempre che siano sorrette da una giustificazione ragionevole. Talora sarebbe anche irragionevole non fare discriminazioni. È dunque possibile, anche necessario, creare categorie: la questione è se il fondamento delle categorie sia ragionevole o meno”.

Mi permetto qui di aggiungere che nel diritto fallimentare la tendenza è verso una flessibilizzazione delle categorie. Penso che ne sia esempio la recente legge fallimentare italiana, che ammette un trattamento diverso dei creditori, secondo categorie la cui delimitazione non viene rigidamente disegnata dalla legge, ma è lasciata alla prassi.

Secondo questa impostazione, il giudice si sarebbe limitato ad accertare l'esistenza di una lacuna nella definizione legale delle categorie, ravvisandone una nuova come risultato di una applicazione del principio costituzionale, ma anche legale d'uguaglianza (nel caso concreto, quello che prevede appunto l'uguaglianza dei creditori), stabilendo semplicemente che la distinzione fra creditori gravemente malati e creditori sani è ragionevole²⁷.

4. La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato.

Il problema dell'incidenza delle norme costituzionali nella risoluzione dei conflitti di interessi riferiti al diritto privato sorge palesemente dalle argomentazioni della sentenza in esame.

È nota la propensione a riconoscere alla Costituzione una efficacia di-

²⁷ Interessa qui accennare alle recenti norme approvate dal legislatore italiano nella recente riforma della legge concorsuale (d.l. n. 5 del 16 gennaio 2006), Riforma organica delle procedure concorsuali, il cui articolo 124 stabilisce che la proposta di concordato può prevedere:

a. la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi omogenei;

b. trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati ai medesimi;

Si può osservare che il legislatore italiano, seguendo un'impostazione a mio avviso corretta, non ha tipizzato in forma rigida le classi, ma anzi ne ha fornito una definizione astratta, richiedendo però che le classi siano formate in relazione ad interessi omogenei, con necessità di indicazione delle ragioni o dei criteri della suddivisione, che ovviamente debbono essere ragionevoli.

retta nei rapporti fra i privati. Van Rompaey²⁸ accenna alle principali caratteristiche del costituzionalismo moderno: più principi che regole; più ponderazione che sussunzione; più giudici che legislatori e più Costituzione che legge.

È agevole rilevare che la possibilità di applicare direttamente la Costituzione fornisce al giudice un ampio margine di discrezionalità.

Secondo Pietro Perlingieri, vi sono “situazioni soggettive esistenziali” con rilievo costituzionale²⁹. Una concezione esclusivamente patrimonialistica non risponderebbe ai valori ai quali s’ispira un ordinamento moderno. Vi sono interessi che non hanno carattere patrimoniale, ma sono pur sempre giuridicamente rilevanti e tutelati dall’ordinamento. Vi sono d’altro canto situazioni patrimoniali che, per lo stretto legame con il libero sviluppo della persona, assumono rilevanza esistenziale. La tutela della persona non può essere frazionata in singole fattispecie, in situazioni autosufficienti, ma deve essere prospettata come problema unitario, data l’unitarietà del valore della persona che ne costituisce il fondamento.

Significativa è la posizione secondo la quale “rispetto ai diritti sociali non esiste l’uomo generico; esistono situazioni diverse da uomo a uomo, secondo il sesso, l’età e le condizioni fisiche, che richiedono protezioni diverse e differenziate”. Nella stessa prospettiva civile-costituzionale, sarebbe restrittiva anche la concezione del diritto alla salute come diritto dell’uomo all’assistenza sanitaria, intesa come posizione giuridica nei confronti dell’apparato burocratico dello Stato. La salute ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi, quale parametro della liceità e della illiceità e della meritevolezza dell’attività in senso lato del uomo. La persona si manifesta nella sua unitarietà psicofisica come un mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali, economiche, sì che diventa impossibile separare il bene salute dal valore complessivo della persona; questa assume una concreta realizzazione nel rispetto della sua storicità.

Secondo questi cenni, sarebbe quindi possibile, nel caso in esame, invocare la Costituzione a sostegno della tesi dell’attore.

²⁸ L. VAN ROMPAEY, *La jurisprudencia constitucional en el Uruguay*, in Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 550 pp., spec. pp. 318 ss.

Vi sarebbe tuttavia uno svantaggio: l'incertezza o la non prevedibilità derivanti da tale maggiore discrezionalità del giudice.

5. Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto.

Il passaggio osmotico fra il diritto costituzionale ed il diritto privato ci pone di fronte ad un problema centrale del diritto contemporaneo, quello del controllo sui metodi di interpretazione della legge, del contratto e della posizione istituzionale della magistratura³⁰.

La *vexata quaestio* tratteggia la portata che deve essere attribuita alla discrezionalità del giudice. Ciò consente di fare un cenno all'evoluzione del ruolo del giudice. Come è stato detto, uno dei cardini della discussione è il ruolo del giudice, il suo vincolo al testo della legge e le sue possibilità di manovra per mezzo dei principi generali del diritto.

A questo punto giungiamo ad una constatazione curiosa: il diritto italiano e quello uruguayano, si avvicinano eccezionalmente (il che non è strano, se si tiene in conto che i processi di codificazione dei due paesi – quello italiano riferito al codice civile del Regno d'Italia del 1865, antecedente all'attuale del 1942, e quello uruguayano, che approda al codice civile del 1867 – erano coetanei). I lavori di codificazione nell'Uruguay si sviluppano fra il 1860 ed il 1867, data in cui è stato promulgato il nostro codice civile.

Nonostante nel 1867 fosse già stato approvato il codice unitario italiano del 1865, la fonte più sicura delle norme uruguayane è il codice albertino del 1837, la cui fonte, a sua volta, risale al codice austriaco del 1811. Il che giustifica dal punto di vista dei giuristi italiani e uruguayani, considerare in modo particolare il significato di queste norme. Rinveniamo dunque un punto di coincidenza dei nostri interessi accademici.

Il tema dell'ampiezza dei poteri del giudice e il ricorso ai principi generali del diritto è regolato in Uruguay nell'art. 16, che dice così:

“Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los prin-

³⁰ A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, in *Il diritto nella storia*, Collana diretta da Umberto Santarelli, Giappichelli, Torino, 2002.

cipios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso".

Facciamo il raffronto con l'art. 7 ABGB.

“Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate”.

Secondo Sciumè, la codificazione austriaca si propone come modello di una ideologia giuridica contrapposta al volontarismo positivista, di cui il codice napoleonico è fenomeno paradigmatico³¹. Proprio grazie alla previsione del ricorso ai principi, essa valorizza con particolare evidenza la figura del giudice e la sua opera di interprete in considerazione di una voluta limitatezza intrinseca delle capacità predittive, e quindi prescrittive del codice, che non può sempre compiacersi di avere esaurito tutti i casi che possono accadere. In un certo senso, il giudice era chiamato a “prolungare”, ad estendere la produzione normativa del legislatore ... per dare forma razionale alla materia dei rapporti economici e sociali dei consociati³².

Il ricorso al diritto naturale espressamente previsto nel testo, ci porta a una prospettiva eterointegrativa del diritto.

Orbene, il codice civile unitario (1865) già dal suo primo progetto risalente al 1860, disciplina la vicenda all'art. 13, che appare identico all'articolo 15 del codice albertino, salvo talune minime differenze formali³³. La decisione di sostituire la formula “principi del diritto naturale” con quella “principi generali del diritto”, scaturita nel corso della redazione del codice albertino nel 1833 e trasferita poi nel codice civile risorgimentale (ed anche al codice uruguaiano, come si sopra visto) assume, secondo Sciumè, il carattere di mediazione fra le posizioni antitetiche dei sostenitori di idee autointegrative ed eterointegrative.

La formula definitiva “principi generali del diritto”, utilizzata in entrambi modelli, italiano e uruguaiano, appare come la saldatura del diritto prodotto dagli interpreti rispetto alla volontà del legislatore, mortificando così la loro vocazione di produttori autonomi di diritto.

³¹ SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 42 nota 41.

³² SCIUMÈ, *op. cit.*, 43.

³³ SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 109.

Il passaggio dai principi del diritto naturale ai principi generali del diritto non si colloca nel segno di un “climax” positivista ma esprime, piuttosto, il desiderio di individuare come realtà di per sé sussistente in via autonoma la produzione giuridica del sovrano e di rendere il giudice esecutore organico del diritto dello Stato³⁴.

Al giurista italiano interessa considerare la deroga all’art. 13 del codice civile unitario tramite l’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942 col ricorso ai “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”, che presentava una modifica significativa del precetto legislativo e non un semplice maquillage della formula che il codice de 1865 aveva mutuato dal codice albertino. Questa indagine, però, ci allontana dagli interessi comuni perché il diritto uruguayano non ha avuto una evoluzione simile.

Giova invece svolgere alcune ulteriori considerazioni sul testo del codice austriaco, fonte comune del diritto italiano e uruguayano.

Alla fine del secolo XVIII, l’amministrazione della giustizia si svolgeva in modo ben diverso rispetto a quello attuale. Il giudice, più che applicare la legge amministrava l’equità, godendo di un ampio margine di discrezionalità.

Deve qui accennarsi al modello delle *rationes* che aveva caratterizzato la tecnica interpretativa dei giuristi medievali, che implicava una pluralità di fonti. La funzione giurisdizionale medievale si fondava su un adagio gnoseologico tomista: *adequatio intellectus ad rei*, e su uno strumento interpretativo: *arbitrium y equitas*³⁵. L’epoca medievale, infatti, non conosce ancora i modelli del primato della legge, del principio di legalità, delle codificazioni, del costituzionalismo moderno. Non conosce cioè il diritto positivo, così come lo percepiamo oggi.

Secondo Massimo Meccarelli³⁶, *l’arbitrium super iam statuta* rappresenta “un primo tipo di presenza di potere arbitrario nel campo normativo. Esso consente di derogare alla norma statutaria. Il presupposto è che tale potere sia *specialiter* accordato dallo stesso statuto o sia esercitato in

³⁴ SCIUME, *op. cit.*, p. 98.

³⁵ SCIUME, *op. cit.*, p. 80.

³⁶ *Statuti, potestas statuendi e arbitrium: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale* [A stampa in *Gli statuti delle città: l’esempio di Ascoli nel secolo XIV* (Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della XII edizione del Premio internazionale Ascoli Piceno; Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998), a cura di E. Menestò, Spoleto 1999, pp. 87-124 – Distribuito in formato digitale da “Reti Medievali”].

ragione di una *iusta causa*. Questa deroga alla rigidità statutaria viene sfruttata con intelligenza dai giuristi”.

Il giudice, tramite l'*arbitrium*, interagisce con il processo di produzione del diritto associando alla *scientia* la *conscientia*.

Come spiega A. Barbazza [*Consiliorum sive responsorum*, Venezia, 1558, lib. II, cons. 36, n. 8] “*in iudice debent adesse duo sales, sal conscientiae et scientiae: et quia in iudice debet esse sal iustitiae et scientiae, est insipida illa sua conscientia si in eo est sal conscientiae et non scientiae*”³⁷.

Secondo Meccarelli, il principale tipo di enucleazione di *iusta causa* è la cosiddetta “*causa correctionis de novo*”. Essa costituisce una giusta causa di deroga ogni qual volta si presenti una situazione che le norme statutarie non hanno previsto. Sono gli stessi statuti talvolta a prevedere un meccanismo di questo tipo. Ma c’è di più; per i nostri giuristi la ‘novità’ va intesa nel suo significato più ampio; essa comprende anche la “*causa antiqua de novo manifestata*”. Questo vuol dire che il titolare dell'*arbitrium super casibus novis*, qualora accerti l’inadeguatezza della disciplina giuridica di una situazione già regolata nello statuto, può legittimamente intervenire sulla norma esistente. La norma esiste, ma la disciplina prevista è inadeguata, la *causa antiqua* della norma si manifesta *de novo* e dunque chiede di essere nuovamente concepita come diritto concreto. Dunque, secondo Meccarelli, per un interprete abituato alle categorie del ragionamento giuridico medievale, il caso non disciplinato si presenta anche quando la legge non offra una soluzione che all’interprete appaia adatta, giusta, opportuna. In questo modo una norma esistente, per il solo fatto di non rispondere più a certe esigenze, viene considerata manchevole.

Nel sistema del diritto medievale la lacuna era quindi un grimaldello che serviva a legittimare le incursioni creative dei giuristi nel sistema.

L’eliminazione dell’arbitrio costituisce uno degli obiettivi prioritari della codificazione del diritto. Secondo Sciumè, il giurista piemontese Sclopis, che ha avuto grande influenza nel processo d’elaborazione del codice albertino, era esplicito nel ricordare le ingiustizie prodotte dall’arbitrio di una giurisprudenza priva di saldi indirizzi legislativi. “L’avvolgere le leggi fra le tenebre, l’applicarle come se si trattasse di riti arcani

³⁷ Secondo Meccarelli il concetto è ribadito da A. CRAVETTA, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Lugduni, 1559, pars I, arg. *Quid dicatur antiquum in materia probationis*, n. 57: “*iudicem enim sales duos habere oportet, unum sapientiae, ne sit insipidus, alterum rectae conscientiae, ne sit diabolicus*”. Concorda quasi letteralmente Giason del Maino, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590, l.*Rem non novam*, tit.*De iudiciis*, n. 1 in fine, facendo riferimento alla riflessione di Baldo.

custoditi dai giudici, è voler pugnare coll'intento primo di ogni provvida legislazione, che sta nel proteggere i diritti di tutti i sudditi e nel porli in condizione di ottenere con certezza e senza difficoltà quello che a ciascuno di essi appartiene”³⁸.

Gli abusi conseguenti sicuramente portarono ad una reazione contro il sistema. È nota la frase “*Dieu nous garde de l'équité des parlements*”. Il diritto nuovo s'innalza sulle fondamenta di una legislazione generale, astratta ed ugualitaria nella forma, per approdare a una “*reductio ad unum*” delle fonti del diritto.

Nondimeno, la distinzione fra casi semplici e casi difficili resta attuale. Si tratta di quello che già i latini chiamavano *casibus perplexis*. Nei casi dubbiosi, la legge romana diceva ai giudici “*facturus quod eis visum fuerit justus et aequus*”. Se ricordiamo qui quello che diceva Alicia Castro, nel senso che il giudice autore della sentenza di primo grado aveva dovuto sentire che non si trattava di un “caso facile”.

La distinzione fra casi semplici e casi difficili (*hard cases*) diventa allora fondamentale.

Si vede chiaramente l'importanza di questo tema nel fatto che esso rappresenta uno dei principali temi di discussione fra due grandi autori del positivismo negli Stati Uniti, Hart e Dworkin³⁹. Infatti, nella tesi di Dworkin, la critica del positivismo di Hart si basa sul fatto che questo non spiega il modo in cui i giudici trovano la soluzione dei casi difficili. È palese la valorizzazione del ruolo dei principi, come via per la quale si reintroduce la morale nel diritto. I principi sarebbero, secondo questa impostazione, la prospettiva morale che guida le decisioni del giudice⁴⁰.

Il discorso positivista radicale non pare dunque avere una base ferma.

A ben vedere, neanche gli autori del codice francese, che, secondo un autore⁴¹, sarebbe “l'epifenomeno paradigmatico del volontarismo positivista”, consente una lettura meccanicista del ruolo del giudice. Nel «*Discours préliminaire du premier projet de code civil, présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prèameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*», si vede chiaramente che l'impo-

³⁸ SCIUMÈ, p. 49.

³⁹ Il problema è così impostato anche da ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, citato *ut supra*.

⁴⁰ O. SARLO, *Principios jurídicos y positivismo inclusivo*, Rev. UCUDAL, 2006, M. ATIENZA *et al.*, *Las piezas del derecho*, cit.

⁴¹ SCIUMÈ, *op. loc. cit.*

stazione del Portalis, autore della Relazione al codice Napoleon, era ben più ricca ed articolata, consentendo al giudice un potere di apprezzamento molto ampio ⁴².

⁴² A questo punto pensiamo che sia utile la lettura di alcuni commi della relazione del Portalis, sul quale abbiamo sottolineato le idee che riteniamo più applicabili.

«À l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout.

Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre.

Nous nous sommes ... préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des évolutions, ou à la pente insensible des moeurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen.

Forse abbiamo svolto un cenno storico troppo articolato. Ma, come dice Meccarelli, sembra che la Storia possa dare il suo contributo alle ansie attuali per il futuro, ansie che tendono a cercare risposte rassicuranti nelle *origini lontane e locali* dell'identità collettiva. Di qui possiamo cogliere il grande insegnamento della Storia intesa come esperienza: non essere nostalgici per i gloriosi tempi andati, non ripetere e riprodurre mondi dimenticati, ma avere memoria di ciò che si è stati per essere effettivamente creativi in un futuro che è ancora tutto da scrivere.

Anche da noi in Uruguay si discute oggi del nuovo profilo del giudice, talvolta riferito a spunti specifici della dogmatica civilista, talvolta a un orizzonte più ampio. Secondo Sarlo, le aperture del sistema universitario, una magistratura con un grado più ampio di protagonismo e l'influsso della globalizzazione, permettono di concludere che i giudici hanno una grande libertà nelle loro decisioni, ma devono disporsi a fornire una adeguata giustificazione⁴³.

Se dopo questo itinerario, mi fosse chiesto un personale parere, valido *"in utroque iure"* ed espresso in brevi parole, suggerirei – come vuole Meccarelli – di fare come l'Ulisse: ricordare Itaca, cioè ricollegarci alle origini. E secondo me, le origini sono rinvenibili in quegli articoli iniziali del Digesto, là dove si fornisce la definizione stessa del diritto.

Il primo passo (Giustiniano, Digesto, Parte Prima, Libro Primo, Titolo I.1.) insegna come la parola diritto, in latino, "ius", deriva da "giustizia" ("iustitia"), poiché, come elegantemente lo definisce Celso, "il diritto è l'arte del buono e del giusto, e per tale motivo alcuni ci chiamano sacerdoti; in effetti noi rendiamo culto alla giustizia e professiamo il sapere del buono e del giusto, separando il giusto dall'ingiusto, discernendo il lecito dall'illecito, anelando a migliorare gli uomini, non solo mediante il timore dei castighi, ma anche attraverso lo stimolo dei premi, dedicati, se non erro, a una vera e non simulata filosofia."

Da un canto, la rinuncia al compito di non rimanere soddisfatti dal testo della legge, ma cercare sempre la giustizia, mi pare sia la negazione della propria essenza giuridica. Ma dall'altro, ritengo che l'essere consapevoli della nostra dignità non può farci dimenticare che non siamo dei, ma uomini mortali e fallibili e che nessuno conosce la verità. La legge fatta dagli organi democraticamente eletti gode in principio della presunzione di trasporre la giustizia, forse meglio di ciascuno di noi. L'equilibrio fra la consapevolezza della nostra dignità e l'umiltà che discende dai

⁴³ O. SARLO, *op. cit.*, p. 880.

nostri limiti, è delicato e instabile. È il “diritto flessibile” di Carbonnier, potremmo dire anche nel nostro caso che è il “diritto sensibile”. Perciò sono convinto che il messaggio più diretto per noi, giuristi, è quello contenuto nella relazione dello stesso codice francese articolata dal Portalis. Perché secondo lui, la soluzione – ed, aggiungo io, la responsabilità – si trova “in questa classe di uomini che dedica la vita alla scienza del diritto, al vaglio delle leggi, alla raccolta degli usi, delle massime e delle regole, perché ecco quello che garantisce ciò che si è giudicato ieri, si giudicherà domani, è che il giudice non dimentichi che niente è lasciato al suo puro capriccio e volontà”.

Capiremo insomma, come dice il Portalis, che l’abito della scienza e della ragione che abbiamo scelto per vocazione è anche più forte della regola del potere.