



& Diritto Avanzato

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Attività notarile ed interpretazione della legge¹

Contributo di Francesco FELIS

(Notaio in Genova)

¹ Il presente contributo rappresenta la trascrizione della relazione tenuta dal Notaio Francesco Felis in occasione del [3rd Congress On Predictive Justice: Jurimetrics and interpretation of law through mathematical models](#), 2-3-July 2020.

Noi Notai siamo meno soggetti all'impatto delle sentenze che si susseguono in modo impetuoso e molto spesso contraddittorie. Magari cerchiamo di ragionare, certe volte, sulla base di principi o per lo meno siamo stati abituati, più che a inseguire la sentenza, i principi. Io, in questo mio intervento, vorrei partire da tre aspetti, rappresentati da tre noti filosofi del diritto, per poi arrivare a dimostrare come invece l'articolo 12 delle preleggi costituisce un punto saliente, fondamentale nell'attività di ogni giurista, Avvocato e Notaio, perché permette di essere un faro che, si lega strettamente con la separazione dei poteri. L'articolo 12 delle preleggi orienta l'attività professionale sia dei Giudici che degli Avvocati, ma anche soprattutto dei Notai, che molto spesso devono applicare delle leggi che non hanno ancora nemmeno delle sentenze a supporto che ne possano giustificare il loro comportamento o orientare i loro comportamenti. Faccio un esempio banalissimo. Esce nel 2005 una legge che riguardava i parcheggi, gli spazi per parcheggi, e sembrava che con questa legge, il legislatore volesse dire, che si possono alienare i cosiddetti parcheggi ponte, nati dalla legge Ponte, indipendentemente dall'appartamento a cui sono collegati. Perché la legge del 2005 diceva esplicitamente così, possono essere oggetto di atti separati. Per cui una serie di professionisti, cominciando anche dai Notai, leggendo il testo letterale della legge, potevano dire il legislatore ha voluto cambiare la normativa di prima. Dopo un anno escono delle sentenze della Cassazione, anche a Sezioni unite, che invece ribadiscono che praticamente, interpretando questa legge, basando sul fatto se sia retroattiva o non retroattiva questa nuova norma, praticamente per tutta una serie di parcheggi, cosiddetti ponte, non è cambiato assolutamente nulla. Tutti gli atti fatti nell'anno prima che si basavano legittimamente, anche sulla base di pareri, sul fatto che la situazione giuridica fosse stata modificata da questa legge, a questo punto diventavano tutti atti fatti a rischio perché la nostra categoria, in molti casi, deve operare prima che si sedimentino, prima che intervengano, anche delle sentenze e quindi operare sulla base di una legge che è stata magari emanata 15 giorni prima. E quindi bisogna anche operare sulla base di principi, oltre che di sentenze. Ora, venendo a noi, c'era il vecchio filosofo del diritto, vecchio per modo di dire, Hans Kelsen, che – cosa diceva – nella sua opera "Il primato del Parlamento": il positivismo giuridico che fa si

che lo Stato sia uno Stato di leggi. Stato di leggi significa certezza del diritto perché evidentemente la certezza del diritto porta, prima di tutto, a basare le situazioni giuridiche di un paese sulla legittimità e la calcolabilità delle funzioni statali. Quindi, se ci sono le leggi, c'è la calcolabilità e la legittimità di funzioni statali, da questa legittimità e calcolabilità di queste funzioni statali può creare degli organi di controllo. E' questo un elemento essenziale di fondo. Se non c'è calcolabilità e legittimità delle funzioni statali, possono venire anche meno o comunque essere molto più difficile la stessa istituzione di organi di controllo e questo è un elemento essenziale per la democrazia. Ma proseguendo in questa rapidissima panoramica, che per me è di principi di filosofia del diritto, io mi ricordo le nozioni che ho appreso da Herbert Hart, un altro filosofo del diritto, in questo caso di ambiente anglosassone. In un recente saggio, che è stato ripubblicato, lui si poneva di fronte alla giurisprudenza anglo-americana e si poneva con sgomento. Il saggio si intitola "La giurisprudenza americana attraverso gli occhi di un inglese. Incubo e nobile sogno". Infatti, lui cosa diceva, a proposito del nobile sogno e dell'incubo. Il nobile sogno era quello di un giurista esperto, dotto, imparziale, esperto gestore del diritto, e invece l'incubo era quello che poteva caratterizzare spesso il processo giudiziale statunitense che lo vedeva accomunato, essenzialmente di produzione legislativa che non era regolato dal diritto. E Hart, in questa sua opera, richiama espressioni che erano contenute in un vecchio testo del 1909 dove un vescovo, il vescovo Hoadly, diceva che chiunque abbia un'autorità assoluta di interpretare un precedente o una legge, quindi non è questione tra precedenti o leggi, chiunque abbia un'autorità assoluta - l'elemento essenziale è nell'avverbio assoluta - di interpretare una legge o un precedente è praticamente il vero legislatore, indipendentemente che abbia promulgato per la prima volta la legge o il precedente. E questo quindi lo sgomentava, tanto è vero che arrivava poi a concludere che l'idea che il giudice doveva esercitare la sovrana prerogativa della scelta poteva essere un'idea, secondo lui, confusa e ambigua. Il giudice non ha la possibilità, in se sosteneva, di elaborare un criterio di valutazione che fosse valido all'interno della comunità. Il giudice che pretende di giudicare secondo la coscienza sociale o in base a clausole generali fa opera di legislatore. Che cos'è la coscienza sociale, si domandava? E' quello

che pensa la maggioranza di una comunità? Ma come si fa a elaborare una regola di giudizio che individui qual è la maggioranza in un certo ambiente sociale? Richiamandosi anche ad altri concetti espressi da economisti, di recente, infatti qual è la maggioranza di un certo ambiente così vasto come la società e come fa il giudice a, quindi, sapere qual è la coscienza sociale. In realtà, molto spesso, decide in base alla sua realtà sociale non alla coscienza sociale. Venendo al terzo filosofo del diritto, a me ben caro, è quello italiano Norberto Bobbio. Norberto Bobbio, distinguendo tra positivismo estremista e positivismo cosiddetto moderato, aderisce alla tesi del positivismo etico moderato. E cosa dice, qual è la funzione del diritto? Il diritto ha una funzione di essere un mezzo e quindi un ha un valore strumentale. Un mezzo, dice, per instaurare l'ordine. Il diritto ha un valore non in quanto giusto o perché è stato emanato male. Ma perché è un mezzo per instaurare l'ordine. Lui, per instaurare l'ordine, intende ordine sociale, cioè il diritto è un sistema perché costituisce un mezzo per cui si assicura la garanzia dell'ordine sociale, regole giuridiche che regolano i rapporti tra ceti e persone. La massima latina "*suum cuique tribuere*" significa attribuire a ciascuno, secondo l'ordine giuridico, certi diritti e certi doveri. La massima latina "*neminem laedere*" significa che nessuno può eccedere i limiti posti dall'ordinamento per, diciamo, in qualche modo andare oltre i diritti suoi e ledere quelli altrui. E quindi le due massime latine in cui si individua l'essenza del diritto "*suum cuique tribuere*" e "*neminem laedere*" significano proprio instaurare l'ordine e mantenere l'ordine cioè garantire l'ordine. E' questa la funzione del diritto. Se questa è la funzione del diritto cioè strumentale alla instaurazione ed al mantenimento dell'ordine, certe tesi, anche sostenute da certi filosofi, faccio riferimento al genovese Tarello, per cui l'interpretazione non è altro che una attribuzione di un significato ad una disposizione normativa che in realtà prima dell'interpretazione non ne avrebbe di significato sono sbagliate. Evidentemente possono portare all'influenza - e anche all'arbitrio - delle concezioni personali, di gusto, di sentimento del giudice. Perché il problema non è solamente la predittività, intesa anche come ripetitività delle sentenze. E' evidente che l'operatore economico ma tutti i cittadini preferiscono che siano delle sentenze più possibili uniformi in modo tale che possono prevedere quali possono essere i loro comportamenti. Anche

il giudice Holmes della Corte Suprema America nel 1932 con la teoria del *bad man*, cioè l'uomo cattivo, che non ha altri limiti che quello di vedere quali sanzioni potrebbe andare incontro se per caso tiene certi comportamenti, si poneva il problema della predittività. Ma il problema non è quindi solamente quello della uniformità delle sentenze – perché io metto anche in conto il valore dell'eresia per cui un giudice si discosta da quello che è l'orientamento evidentemente prevalente – ma il tema è quello appunto che il diritto serve per instaurare e mantenere l'ordine. E quindi l'articolo 12 delle preleggi che lega il giudice alla lettera della legge è un elemento per instaurare e mantenere l'ordine perché poi la novità, l'eresia può anche essere fatta dal legislatore. Allora il giudice va, come eresia, sulla base della norma emanata dal legislatore. Quindi l'articolo 12 delle preleggi diventa un elemento essenziale sia per quello che dice ma sia anche per la graduatoria, per come lo dice. Perché, ultimo criterio è quello, per esempio, di fare riferimento ai principi generali dell'ordinamento dello Stato ma è un secondo criterio, prima viene la lettera della legge anche prima della interpretazione teleologica. Si può ricorrere all'interpretazione teleologica, cioè quando vi è un dissidio tra la lettera della legge e principi dell'ordinamento giuridico, ma non semplicemente quando, per esempio, si ritiene, che sulla base della lettera della legge, certe categorie sociali o certi interessi che si ritiene siano meritevoli di protezione, non trovano nella lettera della legge adeguata protezione. Questa è un'opera e un compito del legislatore, eventualmente se a certe categorie o a certi interessi o a certi rapporti, se la lettera della legge non prende adeguatamente in considerazione per prestare una tutela. Compito del legislatore che nel dibattito legislativo, nel dibattito della contrapposizione tra i vari interessi delle forze politiche, determinerà una norma. Non è compito dell'interprete sovvenire a questo perché altrimenti si sovverte un principio, che è appunto quello che ho detto, della separazione dei poteri, e l'articolo 12 richiama esplicitamente – e concludo – l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, dove si diceva che una società aveva una costituzione perché venivano dati dei diritti e delle garanzie ai soggetti, ma nello stesso tempo c'era la separazione dei poteri. Se non c'è la separazione dei poteri il giudice fa anche di fatto il legislatore e viene meno anche la

garanzia dei diritti dei cittadini che lo stesso articolo 16 della dichiarazione del 1789 prevedeva. Ed evidentemente i due elementi – separazione dei poteri e quindi funzioni – organi diversi che hanno dei pesi e dei contrappesi, dei limiti, non sono solo formalmente diversi ma sono sostanzialmente diversi, si legano con la necessità di garantire i diritti dei cittadini perché appunto nell'articolo 16 i due aspetti venivano intimamente collegati e connessi.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Ilaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

