

Che cosa sarebbe successo se, viceversa, fosse stato applicato il parametro precedentemente utilizzato dalla giurisprudenza (e difeso ancora oggi come congruo dalle sezioni unite), se cioè avessimo fatto ricorso alla disciplina di cui all'art. 1526 c.c.? Per ipotizzare un qualche risultato, si deve aggiungere un dato ulteriore: il valore corrispondente all'equo compenso per l'uso del bene. Se lo si stima, con poca fantasia, a euro 55.000, e lo si assume al valore residuo, che abbiamo detto attestarsi a euro 45.000, si arriva a un totale di euro 100.000, in un ambito che (senza neppure metter nel conto gli eventuali danni, che nella circostanza potrebbero essere calcolati sulla base della differenza del costo del credito a cinque e a dieci anni, salvo scontare le opportunità di reimpiego, le quali potrebbero azzerare la partita), traghettata già nell'orbita di quella situazione che la giurisprudenza tradizionale ha esecrato e condannato a colpi di riduzione della clausola penale in odore di eccessività.

Ovviamente, cambiando i valori numerici nell'esempio potremmo approdare a risultati diversi, al limite più netti. Ma su una cosa sembra difficile dissentire (44): che, come abbiamo anticipato, se si pretende di ravvisare nell'orientamento previgente un «bias» a favore dell'utilizzatore, bisogna riconoscere che un pregiudizio di segno contrario grava sulla quantificazione operata alla stregua del ripetuto comma 138. Niente, a conti fatti, che somigli a quella virtù conciliativa di opposti interessi che si vorrebbe spacciare come soluzione ultima, indefettibile e comunque equa.

Sulla base di quanto osservato, sembra lecito opinare che quella divisa dal legislatore non sia la risposta asettica alle tensioni che si registrano nell'area del leasing finanziario. No, è vero, alle clausole di confisca, perché l'ordinamento le bandisce; ma via libera a ciò che maggiormente vi si approssima, senza incorrere nei fulmini dell'ordine pubblico economico. Perché, si suggerisce implicitamente (per indorare la pillola), la razionalizzazione della fase patologica riduce i costi sociali e, quindi, alla fine della fiera, gli oneri a carico degli utilizzatori. Ma che la circostanza vada davvero festeggiata, non è punto ovvio. E il netto rifiuto — questo sì, inequivoco — delle sezioni unite di accreditare una logica immanente, di sistema, senza bisogno di appigli da «black letters», conferma la sensazione che, con i suoi molti limiti da eccesso di flessibilità, la trama derivata dall'art. 1526 c.c. si prestasse, se oculatamente gestita, a risultati più allettanti.

LUIGI LA BATTAGLIA - ROBERTO PARDOLESI

\* \* \*

#### Interpretazione storico-evolutiva, analogia diacronica, e altri esperimenti di alchimia interpretativa.

01. - *Premessa.* La sentenza 2061/21 della Corte di cassazione, in rassegna, sezioni unite civili, presenta alcuni notevoli elementi di interesse dal punto di vista della teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione: ed è facile che sia così, visto che la corte si è trovata ancora una volta a decidere su una materia, il contratto di leasing, la cui impalcatura normativa è stata disegnata, per decenni, esclusivamente dagli interpreti.

Nella specie, la corte ha messo un po' d'ordine in un panorama di soluzioni interpretative che, paradossalmente, negli ultimi anni aveva preso ad ingarbugliarsi. Dico paradossalmente perché l'ingarbugliarsi di posizioni interpretative è avvenuto a valle di un intervento normativo che, finalmente, aveva inteso mettere ordine e anche semplificare la discipli-

il capitale residuo (da rimborsare) ammonta a euro 38.639,77; se poi, seguendo l'indicazione di cui *supra* circa l'inconferenza del prezzo di riscatto, lo togliessimo dal giro, quel valore scende a euro 36.707,07, con costo del credito ridotto a euro 17.410,75. I numeri non mentono.

(44) Sembra farlo, tuttavia, Boiti, *op. cit.*, 110 ss., salvo poi cercare soluzioni più adeguate a colpi di proporzionalità e ragionevolezza.

IL FORO ITALIANO — 2021.

na del leasing. Ma andiamo con ordine, tenendo presente che questa breve nota si concentrerà solo sugli aspetti relativi al percorso argomentativo tracciato dalla corte, lasciando sullo sfondo il merito e gli aspetti strettamente tecnico-giuridici delle questioni affrontate nella decisione (1).

1. - *La vicenda, (molto) in breve.* La questione portata all'attenzione delle sezioni unite riguarda la disciplina della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing (con successivo fallimento dell'utilizzatore), per fattispecie verificatesi anteriormente all'entrata in vigore della l. 124/17, art. 1, commi 136-140, che ha disciplinato la materia.

Come la corte ricorda puntualmente, la disciplina della risoluzione del contratto di leasing è stata per circa un trentennio plasmata da un diritto vivente affatto consolidato, e sostanzialmente unanime, all'insegna della distinzione tra leasing di godimento (finalizzato a consentire all'utilizzatore il godimento di un bene messo a disposizione da un concessionario, a fronte di un canone periodico) e leasing traslativo (che contempla anche la possibilità di trasferire la proprietà del bene oggetto del contratto, dopo il periodo di godimento del bene stesso). La giurisprudenza ha valorizzato questa distinzione soprattutto in funzione della disciplina della risoluzione del contratto: nel caso di leasing di godimento, infatti, il diritto vivente rinviava alle regole generali in materia di risoluzione di cui agli art. 1453 ss. c.c.; nel caso di leasing traslativo, invece, la disciplina veniva ricavata per analogia dall'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva di proprietà. La scelta veniva giustificata non solo in termini di somiglianza rilevante tra le fattispecie (come è indispensabile in un argomento per analogia), ma anche sulla base di più profonde scelte di valore attinenti alla giustizia contrattuale, consentendo l'art. 1526 c.c., anche grazie alla sua clausola generale in termini di «equo compenso», di evitare che la risoluzione del contratto si traducesse in un ingiustificato arricchimento del concessionario.

Questo assetto interpretativo (qualcuno preferirebbe parlare di «costruzione giuridica», visto che qui la giurisprudenza, a lungo, si è mossa in assenza di un'espressa disciplina legislativa) (2) è stato dapprima intaccato da alcuni interventi legislativi di settore: nel 2006, in tema di scioglimento del contratto a seguito di fallimento; nel 2015, in tema di scioglimento del contratto a seguito di concordato preventivo; ancora nel 2015, in tema di leasing di immobile da destinare ad abitazione principale. Quindi, nel 2017, come già detto, è finalmente intervenuta una disciplina legislativa più ampia, che ovviamente include anche la fattispecie della risoluzione per inadempimento (art. 1, commi 136-140, l. 124/17). Il tratto saliente di questi interventi legislativi, per quanto qui interessa, è che essi elidono del tutto la distinzione giurisprudenziale tra leasing traslativo e di godimento, dettando invece una disciplina unitaria (dunque anche in tema di risoluzione del contratto).

(1) Sul merito delle questioni di diritto affrontate e risolte dalla corte, v. la nota di L. LA BATTAGLIA-R. PARDOLESI, *Sulla reductio ad unum del leasing finanziario: disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore e resilienza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2021, I, ..., che precede. Per non appesantire il testo, ometto altresì di riportare dettagliati riferimenti giurisprudenziali relativi alla vicenda decisa dalla corte, che possono essere adeguatamente rinvenuti sia nella decisione delle sezioni unite, sia nell'ordinanza interlocutoria 5022/20 (*Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*) con cui la terza sezione civile ha rimesso la questione alle sezioni unite.

(2) Sulla «costruzione giuridica», nozione che include una serie di operazioni non strettamente interpretative (tra cui la formulazione di norme inesprese da parte degli interpreti), v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011. La distinzione tra «costruzione» e «interpretazione», tuttavia, è problematica: v. in proposito G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. filosofia dir.*, 2013, 77-102; *Id.*, *Norme inesprese*, in *Analisi e dir.*, 2020, fasc. 1, 93-126.

Ebbene, questi interventi legislativi hanno dato la stura ad un orientamento interpretativo — verosimilmente minoritario rispetto al diritto vivente sopra menzionato, ma che ha comunque trovato avallò anche in Cassazione — incentrato su percorso argomentativo quantomeno singolare. L'idea è più o meno la seguente. La disciplina organica del leasing del 2017 sarebbe solo il punto finale di emersione di una direttrice di politica legislativa che aveva già iniziato a prendere forma con la riforma della legge fallimentare nel 2006: in effetti, alcune delle scelte contenute nella legge del 2017 — l'unificazione delle figure di leasing in un solo tipo contrattuale, il regime degli effetti della risoluzione del contratto — sembrano già anticipate nell'art. 72 *quater* l. fall. (3). Di conseguenza, secondo questo orientamento, per le fattispecie di risoluzione per inadempimento del contratto di leasing (seguite da fallimento dell'utilizzatore) verificatesi prima del 2017 si dovrà applicare per analogia il regime indicato dall'art. 72 *quater* l. fall., anziché quello indicato dall'art. 1526 c.c., e che risulta sostanzialmente in linea con la disciplina poi introdotta nel 2017.

Questa operazione, peraltro, non sarebbe una non consentita applicazione retroattiva della disciplina del 2017 (4), ma piuttosto una sorta di interpretazione evolutiva (o «storico-evolutiva»), o «analogia diacronica», della disciplina settoriale emanata frammentariamente a partire dal 2006, alla luce della disciplina del 2017. È come se, in altre parole, la disciplina (generale) del 2017 illuminasse di luce nuova la disciplina (settoriale) emanata a partire dal 2006, elevando quest'ultima al rango di epifenomeno di un principio generale ancora in parte latente e poi definitivamente emerso nel 2017; e consentendo così di giustificare applicazioni analogiche (nella specie, dell'art. 72 *quater* l. fall.) che prima del 2017 non sarebbero state ammissibili.

Veniamo adesso alla decisione delle sezioni unite. A fronte di questa evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale, la corte si è trovata, in sostanza, davanti ad un bivio costituito da due diverse analogie: da una parte l'art. 1526 c.c., dall'altra l'art. 72 *quater* l. fall. E ha scelto la strada dell'art. 1526 c.c., sulla base delle seguenti ragioni: 1) l'art. 72 *quater* l. fall. è norma speciale, dunque non suscettibile di applicazione analogica; 2) inoltre, esso riguarda una fattispecie (lo scioglimento del contratto su richiesta del curatore fallimentare) che è troppo diversa rispetto a quella della risoluzione per inadempimento; 3) la costruzione interpretativa dell'orientamento minoritario si risolverebbe (non solo nell'applicazione analogica di una norma speciale, ma anche e soprattutto) in una applicazione retroattiva della legge del 2017; 4) in assenza di una chiara statuizione legislativa in merito al regime intertemporale, la funzione nomofilattica attribuita alla Cassazione impone di continuare ad applicare alle fattispecie anteriori al 2017 la disciplina consolidatasi nel diritto vivente, al fine di tutelare la certezza e l'affidamento dei soggetti di diritto; 5) la soluzione mutuata dall'art. 1526 c.c. è tuttora quella in grado di assicurare un miglior equilibrio contrattuale (nonostante il legislatore abbia poi optato per una soluzione diversa).

2. - *Spigolando*. Ora, la vicenda giurisprudenziale che ho sinteticamente ricostruito fin qui può fornire lo spunto per alcune rapsodiche riflessioni in termini di analisi argomen-

tativa e teoria dell'interpretazione, in parte interne alla vicenda qui ricostruita, e in parte di rilievo più generale.

2.1. - *Interpretazione evolutiva?* Cominciamo dalla nozione di interpretazione evolutiva così come impiegata in questa vicenda giurisprudenziale. Balza subito agli occhi, da questo punto di vista, che sia l'orientamento «minoritario», sia, di rimando, l'ordinanza interlocutoria e le sezioni unite sembrano utilizzare come sinonime le espressioni «interpretazione evolutiva» e «interpretazione storico-evolutiva». Questo accostamento, tuttavia, può essere fuorviante, perché quantomeno nelle più accreditate ricostruzioni tipologiche degli argomenti ermeneutici l'interpretazione evolutiva e l'interpretazione storica sono due tecniche (non solo diverse ma) antitetiche (5). L'interpretazione evolutiva, per così dire, guarda al futuro (rispetto al tempo in cui la disposizione da interpretare è stata emanata), mentre l'interpretazione storica guarda al passato (nuovamente, rispetto al tempo in cui la disposizione da interpretare è stata emanata). Si fa interpretazione evolutiva quando una nozione (fattuale o giuridica), presente nel testo da interpretare, viene intesa non (o non esclusivamente) nel senso che poteva avere al momento in cui quel testo è stato promulgato, ma nel senso che essa potrebbe avere nel momento in cui il testo viene interpretato o applicato (6). Si fa interpretazione storica, di contro, quando per interpretare un certo testo normativo si trae ispirazione dagli antecedenti storici di quel testo, vale a dire dal modo in cui la fattispecie in questione era disciplinata prima che entrasse in vigore il testo da interpretare (7).

Come che sia, il modo in cui in questa vicenda è stata utilizzata l'interpretazione evolutiva è piuttosto interessante. Infatti, l'uso più ovvio dell'interpretazione evolutiva consiste nell'adeguare un testo normativo ad una nuova realtà economica, tecnologica, o perfino ad una mutata sensibilità sociale. In questo caso, invece, ciò a cui il testo viene adeguato, facendolo «evolvere», è un nuovo quadro normativo. In questa specifica declinazione, cioè, l'interpretazione evolutiva diventa in sostanza un tipo di interpretazione sistematica. Niente di sconveniente in ciò, ovviamente: è del tutto fisiologico che sia in teoria che in pratica gli argomenti interpretativi presentino varie forme di ibridazione rispetto ai cataloghi più o meno rigidi predisposti dai teorici dell'interpretazione (l'esempio più ovvio è l'argomento dell'intenzione del legislatore, che nelle sue varianti «oggettive» diventa un argomento teleologico, il quale a sua volta può diventare un'argomentazione «per principi», che a sua volta può essere considerata un tipo di argomento sistematico).

Tuttavia, ci si può chiedere se, nella vicenda giurisprudenziale in rassegna, l'orientamento minoritario abbia davvero esperito una interpretazione evolutiva. E la risposta è negativa. Il risultato cui tende tale orientamento, al di là delle declamazioni, è l'applicazione analogica, alla fattispecie della risoluzione del leasing per inadempimento, del meccanismo previsto dall'art. 72 *quater* l. fall., in quanto quest'ultimo meccanismo «è del tutto coerente [...] con la particolare disciplina della risoluzione dettata dalla nuova normativa [cioè quella del 2017, n.d.r.]» (8). Non si vede in che modo, qui, il disposto dell'art. 72 *quater* l. fall. sia stato fatto «evol-

(5) Sull'interpretazione «storica», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 367-369. Sull'interpretazione evolutiva, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 131 ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 119 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 178 s.

(6) Così, si fa interpretazione evolutiva quando una vecchia legge, che disciplina la circolazione stradale delle carrozze a cavallo, viene intesa a ricomprendere anche la circolazione degli autoveicoli.

(7) Così, si fa interpretazione storica quando si interpreta un articolo del codice civile del 1942 alla luce del corrispondente articolo del codice civile del 1865.

(8) Così Cass, 8980/19, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Fallimento*, n. 292, al § 4.9.

vere», cioè applicato a situazioni nuove che si presentano come in linea di continuità, come lo sviluppo (da un punto di vista sociale, tecnologico, o normativo) con quelle precedentemente regolate (9). E peraltro non sembrerebbe molto corretta, in astratto, una simile operazione evolutiva fatta prendendo a parametro una norma che non era ancora esistente al momento dei fatti.

In definitiva, tutto ciò corrobora il sospetto, avanzato dalle sezioni unite, che dietro il paravento di una dichiarata interpretazione evolutiva, e di un'applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall., in realtà si sia cercato di far luogo ad una applicazione retroattiva della legge del 2017 a fattispecie verificatesi anteriormente alla sua entrata in vigore.

2.2. - *Applicazione analogica vs. applicazione retroattiva.* Le sezioni unite sembrano fare un po' di confusione e di sovrapposizione tra applicazione analogica e applicazione retroattiva di una norma — forse anche a causa dell'aleggiare in questa vicenda della singolare categoria, introdotta dall'ordinanza interlocutoria, della «analogia diacronica» (10).

Si presti attenzione al modo in cui si articola l'argomentazione delle sezioni unite (§§ 4.1.2.2-4.6). Si inizia proclamando che l'interpretazione giudiziale ha carattere essenzialmente «dichiarativo», mirando essa a disvelare il significato corretto del testo normativo — e già questa suona come una sgrammaticatura, non solo perché ormai (quasi) nessuno più crede al carattere dichiarativo dell'interpretazione (11), ma soprattutto perché la vicenda in questione è stata segnata sin dall'origine dal carattere creativo del diritto vivente in materia di leasing, che ha operato a lungo in totale assenza di disposizioni legislative. Poi si passa ad affermare che tale carattere dichiarativo dell'interpretazione richiede quantomeno che vi sia un testo da interpretare, il quale appunto preesista all'interpretazione. E ciò vale anche per quel particolarissimo tipo di «interpretazione» (sempre che lo si possa davvero qualificare come interpretazione) che è il procedimento per analogia: così, la corte afferma che per poter applicare analogicamente la norma Nx, che disciplina la fattispecie Fx, alla fattispecie (non regolata) Fy, occorre quantomeno che Nx esista al tempo in cui Fy si verifica (12). Diversamente, non si tratterà di analogia ma di (indebita) applicazione retroattiva di Nx.

Il punto però è che, in questo passaggio, a fungere da Nx è la legge del 2017, la quale — al netto delle questioni di diritto intertemporale — disciplina direttamente, e non per analogia, la fattispecie della risoluzione del leasing. La corte si è dunque imbarcata in un ragionamento astruso e declamatorio (la faccenda del carattere dichiarativo dell'interpretazione, l'interpretazione che trova il suo limite naturale nel testo disvelandone il significato corretto ...) in maniera del tutto inutile, perché il vero argomento, qui, riguarda la questione se si possa assegnare valore retroattivo alla legge del 2017 (cosa che la corte esclude, con argomenti alquanto efficaci, ai §§ 4.3.2-4.3.2.1, e 4.5.1-4.5.1.1).

(9) A questo proposito non sembra irrilevante che l'art. 1, comma 140, l. 124/17 disponga che «restano ferme le previsioni di cui all'art. 72 *quater* [...]»: in che modo la legge del 2017 farebbe «evolvere» il contenuto dell'art. 72 *quater*, al tempo stesso statuendo che quanto esso dispone «resta fermo»? Al di là del gioco di parole, la legge del 2017 sembra in tal modo confermare il carattere speciale dell'art. 72 *quater*, il che ne preclude ogni applicazione al di fuori dei casi che espressamente prevede (art. 14 preleggi).

(10) L'ordinanza interlocutoria, peraltro, sembra a sua volta mostrare un certo scetticismo verso questa nozione.

(11) ... a volte neanche la stessa Corte di cassazione: v. ad es. l'insistenza sul carattere «creativo» dell'interpretazione in sez. un. 23675/14, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Procedimento civile*, n. 146.

(12) La corte in realtà dice: «nel momento in cui il giudice si trova a dover[la] applicare». Ma lo si può considerare un *lapsus calami*.

IL FORO ITALIANO — 2021.

Diversamente starebbero le cose, invece, se a fungere da Nx fosse l'art. 72 *quater* l. fall.: questa sarebbe in effetti una questione di analogia propriamente intesa e non di retroattività (la disposizione era pacificamente in vigore al momento dei fatti) (13). La corte considera anche questa possibilità (§ 4.6.1), e conclude — correttamente, a parere di chi scrive — che non vi sono i presupposti per operare in via analogica, a causa della diversità tra le fattispecie e del carattere speciale della normativa fallimentare (14).

Dunque, qui non c'è alcuna analogia diacronica (qualunque cosa questa formula significhi): c'è solo l'alternativa tra una applicazione analogica (dell'art. 72 *quater* l. fall.) e una applicazione retroattiva (della legge del 2017).

2.3. - «Analogia iuris». Le sezioni unite non approfondiscono, e a malapena menzionano, una specifica questione pure presente nell'ordinanza interlocutoria: se l'applicabilità della nuova disciplina ai rapporti di leasing già risolti possa avvenire in via di *analogia iuris*, anziché in via di *analogia legis*. Il quesito, invero, non era chiarissimo (15). E le sezioni unite finiscono per risolverlo negativamente, in maniera un po' sbrigativa, assorbendo anche questo aspetto nella generale questione dell'irretroattività della legge del 2017. Ma in realtà sarebbe stato possibile riformulare questo punto in un modo che ne può far emergere una maggiore rilevanza. Vediamo.

L'*analogia iuris* consiste nel ricavare la disciplina di un caso, non specificamente disciplinato, da un principio generale del diritto. Ciò richiede, a sua volta, che il principio in questione venga «trasformato» in una regola, per via di concretizzazione. Questa sarà necessariamente una regola inespresa (cioè non espressamente codificata nelle fonti): viceversa si ricadrebbe nell'*analogia legis*. In altre parole, la differenza tra *analogia legis* e *iuris* è che l'*analogia legis* consente di applicare ad una fattispecie non disciplinata una regola esistente, ma che ha ad oggetto fattispecie diverse (e considerate simili alla fattispecie non disciplinata sotto qualche aspetto rilevante) (16); mentre l'*analogia iuris* con-

(13) Sembra però esservi una discrasia tra l'ordinanza interlocutoria e la sentenza delle sezioni unite circa l'applicazione del principio, o criterio, del *tempus regit actum*. La prima infatti sembra sostenere, con affermazioni che tornano più di una volta (v. ad es. §§ 7.1 e 8, il che porterebbe a escludere che si tratti di un refuso), che il momento rilevante per individuare la disciplina applicabile al contratto di leasing sia quello della stipula (nel caso di specie avvenuta nel 2002). La seconda invece, in linea con l'orientamento assolutamente prevalente, separa il momento genetico del rapporto dalle sue vicende successive, e sostiene che le singole vicende del rapporto (come la risoluzione) sono regolate dalle norme vigenti al momento in cui esse si verificano, anche se non ancora vigenti al momento della stipula del contratto.

(14) L'analogia è, in generale, uno strumento scivoloso. Per funzionare si basa sulla presenza di somiglianze rilevanti, e sull'assenza di diversità rilevanti, tra la fattispecie non regolata, e la fattispecie regolata. E per stabilire cosa conti come «simile» e «diverso», e quando la somiglianza e la diversità siano rilevanti o no, è necessario spezzettare le fattispecie nelle loro proprietà elementari (anch'essa un'operazione non banale, visto che questa operazione in teoria può proseguire *ad libitum*): un'operazione delicata, che in ultima analisi dipende da giudizi di valore. Per l'idea che il giudizio di somiglianza, ai fini del ragionamento per analogia, passi attraverso la scomposizione delle proprietà indicate nella fattispecie della norma, L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in *Id.*, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 159, 161.

(15) Nell'ordinanza interlocutoria sembra che l'*analogia iuris* venga riferita all'art. 72 *quater* l. fall., qualificata come norma inesistente al momento dei fatti. Ma questo sconta la peculiare configurazione del regime intertemporale — riferita alla stipula e non alla risoluzione — contenuta nell'ordinanza (v. *supra*, nota 13).

(16) Più precisamente: alla fattispecie non disciplinata si applicheranno le conseguenze giuridiche previste da una regola esistente e che ha diversa fattispecie. Sull'analisi della norma giuridica in base allo schema fattispecie/conseguenze, cfr. G. Pi-

sente di applicare ad una fattispecie non disciplinata una regola non esistente, e ricavata dall'interprete tramite concretizzazione di un principio generale.

Il principio generale, a sua volta, può essere esplicito o implicito. Soffermandoci sui principi impliciti, che come vedremo sono quelli che rilevano maggiormente nel nostro discorso, essi vengono individuati tramite un procedimento «abduuttivo» (o di «inferenza alla spiegazione migliore»), che consiste nel partire dall'osservazione di singole norme esistenti e ipotizzarne la possibile *ratio* giustificativa, o comunque la *ratio* che le possa giustificare meglio di altre possibili: questa *ratio* sarà esattamente il principio generale che si assume essere presente nell'ordinamento («generale» perché di solito questo procedimento risulta tanto più solido quante più norme particolari riesce a giustificare; ma nulla esclude che un principio generale venga trovato anche a partire da una sola norma particolare) (17).

Ebbene, venendo al caso di specie, la questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria (forse in termini non del tutto precisi) potrebbe essere riformulata così: è possibile ipotizzare che dietro i singoli, specifici, interventi normativi succedutisi in materia di leasing a partire dal 2006 si riesca a scorgere un principio generale, alla luce del quale risolvere per *analogia iuris* le fattispecie non (ancora) oggetto di esplicita disciplina legislativa? E che tale principio generale in effetti richieda di qualificare le fattispecie non regolate nella stessa direzione poi accolta dalla legge del 2017?

Messa così, la domanda non appare del tutto peregrina. Le sezioni unite, pur offrendo alcuni spunti per risponderle, non hanno ritenuto di affrontare la questione, che effettivamente presenta qualche margine di opinabilità (18). Questa omissione, tuttavia, non inficia necessariamente la decisione delle sezioni unite: l'art. 12 preleggi configura il ricorso alla *analogia iuris* come succedaneo rispetto all'*analogia legis*; e dunque, una volta che le sezioni unite abbiano ritenuto di aver trovato un sicuro aggancio nell'art. 1526 c.c. per effettuare una *analogia legis*, non sarebbe stato necessario esplorare oltre la possibilità di una *analogia iuris*.

2.A. - *A futura memoria?* Un'ultima osservazione, infine, riguarda quello che sopra (§ 1) ho identificato come il punto 5), del percorso argomentativo delle sezioni unite, e che è piuttosto significativo. Si può notare, infatti, che le sezioni unite avrebbero potuto dirimere la questione portata alla loro attenzione muovendosi esclusivamente su un asettico piano logico-giuridico: il carattere di norma speciale dell'art. 72 *quater* l, fall., la diversità delle fattispecie in questione, l'assenza di un esplicito regime intertemporale nella legge del 2017 sembrano argomenti più che sufficienti per accantonare la tesi proposta dall'indirizzo minoritario.

A questi argomenti, però, le sezioni unite hanno voluto accompagnare anche due ulteriori argomenti «di principio». Uno è il richiamo alla sicurezza giuridica e alla tutela dell'affidamento, che sta ormai diventando una sorta di clausola di stile nelle sentenze della Cassazione (in particolare per valorizzare la funzione stabilizzatrice del precedente): qui ovviamente è usato per escludere la possibilità di applicazione retroattiva — sia esplicita, sia mascherata — delle nuove norme in materia di leasing. L'altro argomento di principio è il richiamo alla maggiore giustizia contrattuale assicurata dalla soluzione previgente (di matrice giurisprudenziale) ri-

no, *Teoria analitica del diritto*. I. *La norma giuridica*, Pisa, 2016, cap. II.

(17) Per questo modello di elaborazione dei principi impliciti, v. G. CARCATERRA, *Indizi di norme*, in *Sociologia dir.*, 2002, fasc. 3, 123-139; Id., *Sulla logica della costruzione dei principi generali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, I, 499 ss.; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2009, fasc. 1, 131-159; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. IV.

(18) Il procedimento di individuazione di un principio generale è scivoloso tanto quanto l'analogia, se non di più.

IL FORO ITALIANO — 2021.

petto a quella derivante dalla legge del 2017: che potrebbe suonare non solo come una rivendicazione della persistente preferibilità, dal punto di vista valoriale, dell'assetto degli interessi risultante dal diritto vivente rispetto a quello imposto dal formante legislativo, ma forse anche come un monito — per il legislatore, per i giudici di merito, per gli operatori del settore.

Impossibile, ovviamente, dire se tale monito finirà per essere solo velleitario, o se è destinato a condizionare il modo in cui la giurisprudenza interpreterà e applicherà in futuro la disciplina del leasing come dettata dalla legge del 2017.

GIORGIO PINO

I

**CORTE DI CASSAZIONE**; sezione VI civile; ordinanza 28 gennaio 2021, n. 1961; Pres. IOFRIDA, Rel. PAZZI, P.M. (non indicato); Civetta (Avv. BARATTA, BRAVI) c. Fall. soc. Cerbiatto due. *Cassa Trib. Roma, decr. 11 ottobre 2018 e decide nel merito.*

**Fallimento — Concordato preventivo — Inammissibilità — Crediti professionali — Prededuzione** (R.d. 16 marzo 1942 n. 267, disciplina del fallimento, art. 111, 161).

*I crediti per le prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la presentazione della domanda di concordato preventivo sono prededucibili, anche se la proposta di concordato è stata dichiarata inammissibile. (1)*

II

**CORTE DI CASSAZIONE**; sezione I civile; sentenza 15 gennaio 2021, n. 639; Pres. CRISTIANO, Est. FIDANZIA, P.M. DE MATTEIS (concl. diff.); Sambuchi (Avv. PELLICCIA) c. Fall. soc. Cose di lana (Avv. DI CECCO). *Conferma Trib. Arezzo 26 luglio 2017.*

**Fallimento — Concordato preventivo — Inammissibilità — Crediti professionali — Prededuzione — Esclusione** (R.d. 16 marzo 1942 n. 267, art. 111, 161).

*I crediti per le prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la presentazione della domanda di concordato preventivo non sono prededucibili, se la proposta di concordato è stata dichiarata inammissibile. (2)*

I

Cass., ord. 28 gennaio 2021, n. 1961

*Rilevato che:* 1. - il giudice delegato al fallimento di Cerbiatto due s.r.l. ammetteva al passivo della procedura il credito professionale vantato dal dott. Mario Civetta, il quale aveva curato la redazione dell'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano concordatario ex art. 161, 3° comma, l. fall., ma negava il riconoscimento della prededuzione richiesta, in mancanza di utilità della prestazione sotto il profilo dell'adeguatezza funzionale agli interessi della massa, stante l'inammissibilità della domanda di concordato, e non essendosi la procedura rivelata utile per il ceto creditorio, dato che nessuna liquidità aggiuntiva era scaturita a seguito degli effetti protettivi del concordato;