



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
CATALDO FRANCESCO PULPITO

L'attualità della categoria delle norme minus quam perfectae

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Cataldo Francesco Pulpito

L'ATTUALITÀ DELLA CATEGORIA DELLE NORME
*MINUS QUAM PERFECTAE**

| ABSTRACT | |
|--|---|
| Attraverso il richiamo alle norme <i>minus quam perfectae</i> si coglie il ruolo creativo che l'attività processuale può svolgere in presenza di norme che stabiliscono precetti ma non prevedono sanzioni o conseguenze predeterminate ricollegabili alla violazione. Nel giudizio vengono così adottate le soluzioni adatte al caso concreto. In questo modo, il giudizio garantisce conseguenze a seguito di violazione del precetto e, allo stesso tempo, assicura il rispetto per i principi generali dell'ordinamento. | Through the appeal to <i>minus quam perfectae</i> norms, we catch the creative role that procedural activity can do due to norms that establish precepts but does not consider sanction or predetermined consequences linked to breach of law. Thus, judgment adopts solutions that are conform to concrete accident. In this way, judgment guarantees consequences in front of violation of rule and, at the same time, ensures the respect for general principles of institution. |
| Norme <i>minus quam perfectae</i> – attività processuale – principi generali | <i>Minus quam perfectae</i> norms – procedural activity – general principles |

SOMMARIO: 1. I casi di norme *minus quam perfectae* nelle pronunce della Suprema Corte. – 2. Le conseguenze della violazione di disposizioni senza sanzioni e i rimedi per evitare l'impunità e assicurare il rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

1. - Nell'indagare e cercare di scorgere la spinta creativa dell'esperienza giuridica romana nei riguardi del diritto contemporaneo, guardando alle sentenze delle Corti, nel quadro della progressiva formazione del diritto europeo¹ e dello sviluppo dell'ordinamento interno del nostro paese, colpisce quanto si legge in una serie di recentissime decisioni della Sezione Tributaria della Cassazione (del 20.5.2014 n. 10996, n. 10995, n.10994, n. 10993, n. 10903 e del 19.5.2014, n. 10900), nelle quali

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ V. di recente P. CERAMI, *L'interpretazione delle sentenze delle Corti europee*, in «Teoria e storia del diritto privato», V (2012). V. anche A. ARNESE, *L'utilità della comparazione e l'appello al diritto romano: dai giudici italiani alle Corti europee*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto» (2011), p. 784.

si descrive l'art. 7² dello Statuto del contribuente (L. 212/2000), in connessione con l'art. 21 *octies* della L. 241/1990³, come una norma *minusquamperfecta*: «La L. n. 241 del 1990, art. 21 *octies*, dopo aver ribadito, al co. 1, che il provvedimento amministrativo è annullabile se 'adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza', ha disposto per quanto qui interessa, al co.2, che 'non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato'. Il carattere generale della disposizione della L. n. 241 del 1990, art. 21 *octies*, ne comporta l'applicabilità agli atti tributari, anche per quanto attiene la mancata indicazione del responsabile del procedimento, proprio in quanto l'art. 7 dello Statuto del contribuente è norma *minus quam perfecta*, perché priva di sanzione, di guisa che la ricostruzione del suo regime non può essere operata che facendo leva sui precetti generali (v. sentenza del 2013 n. 17251)». Non si tratta di una linea giurisprudenziale formatasi all'improvviso. Già in precedenza, infatti, la Suprema Corte si era pronunciata in senso analogo (v. Cass. Civ., Sez. Trib., 6 novembre 2013, n. 20519⁴) e non solo nel settore tributario.

² «(Chiarezza e motivazione degli atti): 1. Gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'articolo 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama. 2. Gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione devono tassativamente indicare: a) l'ufficio presso il quale e' possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l'organo o l'autorità amministrativa presso i quali e' possibile promuovere un riesame anche nel merito dell'atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa cui e' possibile ricorrere in caso di atti impugnabili. 3. Sul titolo esecutivo va riportato il riferimento all'eventuale precedente atto di accertamento ovvero, in mancanza, la motivazione della pretesa tributaria. 4. La natura tributaria dell'atto non preclude il ricorso agli organi di giustizia amministrativa, quando ne ricorrano i presupposti».

³ «(Annullabilità del provvedimento): 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

⁴ «A tal riguardo deve - per vero - osservarsi che la cartella esattoriale che ometta di indicare il responsabile del procedimento, se riferita a ruoli consegnati agli agenti della riscossione in data anteriore all'1.6.08 - come nella specie (anni 1989, 1991, 1992) - pur essendo in violazione della L. n. 212 del 2000, art. 7, co. 2, lett. a), non è affetta da nullità, atteso che il D.L. n. 248 del 2007, art. 36, co. 4 *ter*, convertito dalla L. n. 31 del 2008, ha previsto tale sanzione solo in relazione alle cartelle riferite ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dall'1.6.08. L'atto emesso prima della data suddetta, poi, non è affetto neppure da annullabilità, perché, essendo la disposizione di cui alla L. n. 212 del 2000, art. 7, priva di sanzione (norma c.d. *minus quam perfecta*), e non incidendo direttamente la violazione in questione sui diritti costituzionali del destinatario, trova applicazione la L. n. 241 del

In materia di pubblico impiego, ad esempio, a proposito dell'art. 59 del D.Lgs. 29/1993, come sostituito dall'art. 27 del D.Lgs. 80/1998, la Corte aveva stabilito che «il procedimento disciplinare instaurato da un soggetto o un organo dell'ente diverso dall'u.c.p.d. è illegittimo e, pertanto, la sanzione irrogata a seguito di un procedimento come dinanzi illegittimo è viziata di nullità in quanto il provvedimento è stato adottato in violazione di norma di legge inderogabile sulla competenza: in questa ipotesi, infatti, la norma determinatrice di competenza è espressione non solo di tecnica organizzativa, ma anche di una esigenza di giustizia (o almeno di garanzia della giustizia degli atti considerati), atteso che il legislatore ha stabilito che solo un determinato organo si trova nelle condizioni di poter rettamente iniziare e decidere in ordine ad un determinato provvedimento disciplinare, con la conseguenza che lo stesso provvedimento, se compiuto da altro organo o soggetto o struttura dell'ente, si connota di patente illegittimità ed i suoi effetti dovranno essere eliminati mediante il suo annullamento: non rientrando, infatti, la norma sulla competenza nell'ambito di una norma permissiva suppletiva o *minus quam perfecta*, il consequenziale accertamento della sua inderogabilità o imperatività non può che comportare l'applicazione del primo comma dell'art. 1418 cod. civ. (con 'rinvio' dall'art. 1324 cod. civ.) dell'atto o provvedimento adottato da organo o soggetto dell'ente *ex lege non competente*» (Cass. Civ., sez. lav., 5 febbraio 2004, n. 2168). E ancora, nel campo della contrattazione collettiva si è discusso della natura di norma *minus quam perfecta* dell'art. 8 della l. 223/1991 (Cass. Civ., sez. lav., 10 luglio 2000, n. 9174), mentre in tema di «benefici combattentistici» di quella dell'art. 6 della l. 824/1971 (Cass. Civ., sez. lav., 15 settembre 1990, n. 9501). Persino riguardo alla disciplina sanzionatoria della legislazione regionale del Trentino Alto Adige (L.R. 7 settembre 1964, n. 30) dedicata alla caccia e alla pesca è emerso il dubbio se «ci si trovasse sempre in presenza di una legge *minus quam perfecta*» (Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 1987, n. 4384, e Cass. Civ., sez. I, 23 aprile 1987, n. 3923).

2. - Ad interessare è l'esplicito richiamo da parte della Suprema Corte alla categoria delle *leges minus quam perfectae*, che insieme alle altre due, *leges perfectae* e *imperfectae*, compone la tripartizione che tradizionalmente si ricava da un passo, sebbene lacunoso, dei *Tituli ex Corpore Ulpiani*⁵:

2000, art. 21 *octies*, il quale, allo scopo di sanare con efficacia retroattiva tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa, prevede la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, come nel caso di cartella esattoriale, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cass. 4516/12, 3754/13). Per tali ragioni, la mancanza formale in questione non si traduce, pertanto, in un vizio dell'atto suscettibile di inficiarne la validità». Ma v. anche Cass. Civ., sez. trib., 12 luglio 2013, n. 1751, Cass. Civ., sez. trib., 15 febbraio 2013, n. 3754 e 3758, Cass. Civ., sez. trib., 21 marzo 2012, n. 4516.

⁵ Secondo M. TALAMANCA, in AA.VV. *Lineamenti di Storia del diritto romano*², Milano, Giuffrè, 1989, p. 234, la tripartizione «risale, però, alla giurisprudenza classica, e probabilmente allo stesso Ulpiano».

1.1-2 ... *prohibet, exceptis quibusdam cognatis, etsi plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est quae vetata liquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit et qui contra legem fecit: quails est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortis ve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadruple poenam constituit.*

Nel brano - dopo illacerto che si riferisce, con ogni probabilità⁶, alla *Lex Cincia de donis et muneribus*⁷, che aveva vietato le donazioni superiori ad un certo importo, e che viene citata come esempio di *lex imperfecta* - s'incontra l'accenno alla *lex minus quam perfecta*, il cui meccanismo è descritto anche attraverso il ricorso all'esempio della *lex Furia testamentaria*.

Ora, *lex perfecta* è quella che vieta un atto e come conseguenza della violazione dispone la nullità e l'eliminazione degli effetti. La *lex imperfecta* pur contenendo un divieto non stabilisce la nullità (e la caducazione degli effetti che ne conseguono) dell'atto posto in essere malgrado la proibizione, né irroga una qualche pena pecuniaria o multa a colui che si renda autore della violazione. La *lex minus quam perfecta*, invece, si colloca per così dire a metà strada fra le altre due categorie e, pur vietando un atto, non ne dispone la nullità, sicché gli effetti e la validità rimangono fermi, ma a carico di chi ha violato il divieto sancito dalla norma è irrogata una pena pecuniaria o una multa.

Ebbene, già il tema della definizione della *lex* «ha impegnato ... il pensiero giuridico – filosofico romano»⁸ e quello della distinzione delle leggi in tre tipi è pure assai delicato ed abbraccia il rapporto fra *leges* e *mores*. Tocca, in particolare, il problema se una legge potesse o meno abrogare una norma consuetudinaria e ha dato

⁶ V. per tutti M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma – Bari, Laterza, 1987, p. 84.

⁷ Sulla legge, v. F.P. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, Jovene, 1960, *passim*.

⁸ Così L. FASCIONE, *Manuale di diritto pubblico romano*², Torino, Giappichelli, 2013, p. 100. Gellio, nelle *Notti Attiche*, 10.20.2, ricorda una prima definizione ascrivendola ad Ateio Capitone: *Atteius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid lex esset hisce verbis definivit: lex, inquit, est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu*. Gaio, nelle *Institutiones*, in 1.3, ne offre un'altra: *Lex est, quod populus iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt*.

Le *Definitiones* di Papiniano, in un passo tratto dal primo libro e conservato nel *Digesto*, 1.3.1, ne contengono ancora un'altra: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae sponsio*.

Anche se «dal punto di vista sostanziale può considerarsi *lex* ogni deliberazione comiziale che non comporti designazione di un candidato o pronuncia giudiziaria criminale, “siffatta” definizione, oltre ad essere basata su di un criterio meramente negativo, risulta altresì di difficile applicazione di fronte a provvedimenti comiziali che conglobano l'istituzione di nuove magistrature e l'elezione del primo loro titolare ovvero importano l'irrogazione di nuove pene»: A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*³, Torino, UTET, 2005, pp. 92 ss.

luogo a diverse «posizioni di pensiero» nella moderna letteratura romanistica⁹. E l'orientamento tradizionale della dottrina vede la sostanziale differenza fra *leges perfectae*, da un lato, e *leges imperfectae* e *minus quam perfectae*, dall'altro, rispettivamente nel disporre e nel non prevedere da parte di una legge la nullità di degli atti compiuti in violazione dei precetti in essa contenuti¹⁰. Più di recente è stato tuttavia segnalato che le *imperfectae* e *minus quam perfectae* conducono, nella loro applicazione, alla creazione di rimedi «tecnicamente diversi da quelli della nullità (o dell'annullabilità)», elaborati dal pretore nel processo: «vengono infatti in discussione la *denegatio actionis*, la *manus iniectio* e l'*exceptio*»¹¹. Così, la concreta attuazione del divieto avveniva sul «piano del *ius honorarium*»¹².

Emerge, dunque, la forza creativa che può riconoscersi all'attività processuale in presenza di norme che, pur stabilendo precetti, non prevedono sanzioni o conseguenze predeterminate qualora vi sia una violazione. Di qui l'esigenza di trovare, nel giudizio, le soluzioni adatte al caso concreto, ma sempre per far sì che il mancato rispetto della statuizione non rimanga priva di conseguenze e i principi generali dell'ordinamento siano mantenuti ben saldi. L'eco della cultura giuridica romana, con i meccanismi creativi che la caratterizzavano, continua a risuonare ancor'oggi.

⁹ Cfr. T. MASIELLO, *Corso di Storia del diritto romano*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 60 ss. e già BREONE, *op. cit.*, pp. 84 ss.

¹⁰ M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbots widrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, Verl. d. Osterr. Akad. d. Wiss, 1977, pp. 9 e 12. Ultimamente sul tema v. D. TUZOV, *La nullità per legem nell'esperienza romana. Un'ipotesi in materia di leges perfectae*, in *RIDA*.56 (2009), pp. 158 ss.

¹¹ M. BREONE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 85 e nt. 65 (ivi lett.).

¹² M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 234.