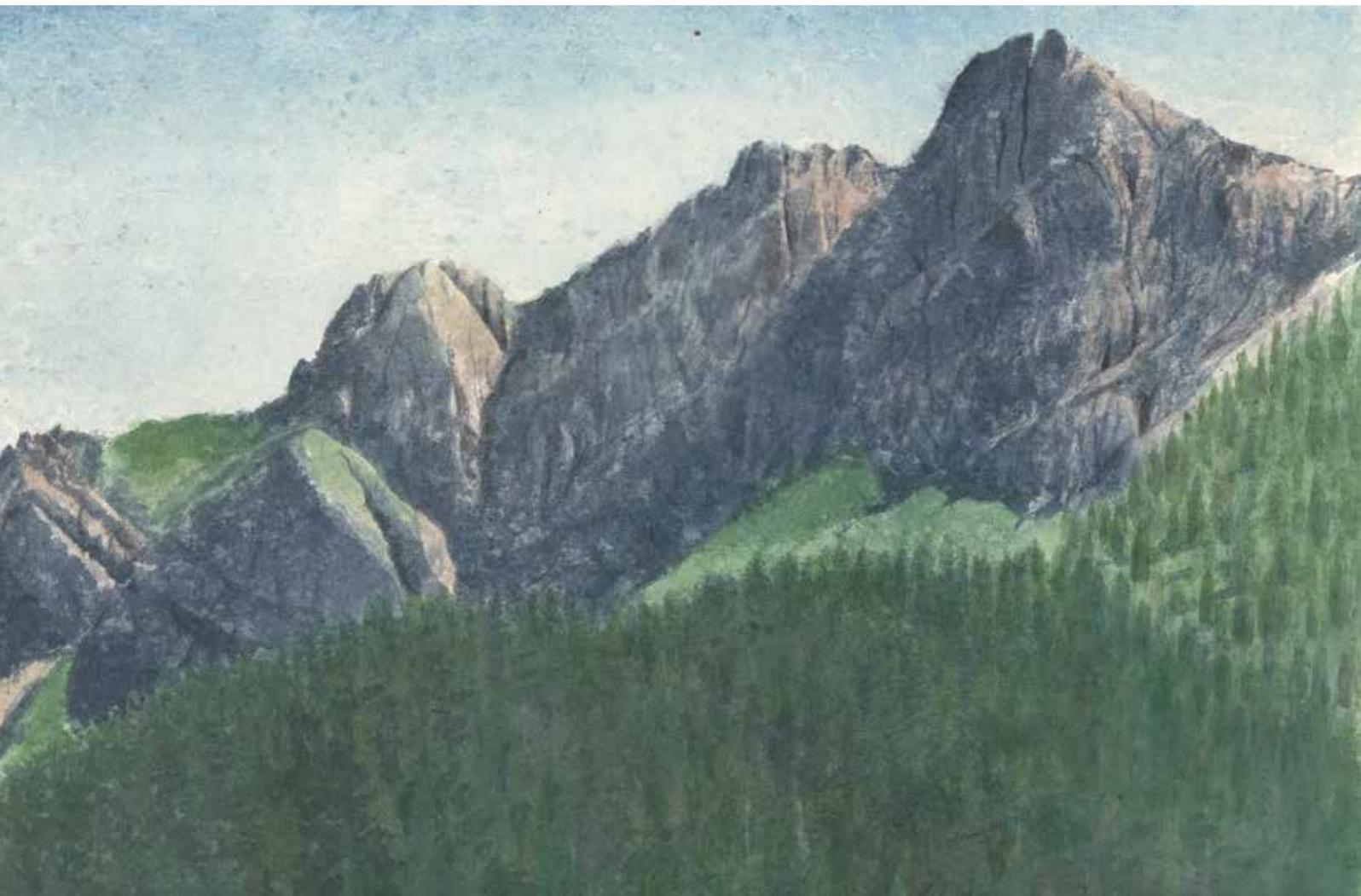


Lambaradan

SUPPLEMENTO AL N. 1-2014
DE LAMBARADAN

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in Abbonamento Postale - 70% NE/VR.



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Supplemento al n. 1-2014 de LAmbaradan
Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

| | |
|-------------------------------|---|
| Direttore responsabile | Ferruccio Vendramini - iscr. Albo Giornalisti di Venezia n. 24746 |
| Direttore editoriale | Lamberto Lambertini |
| Capo Redazione | Federico Cena |

Stampa

Cierre Grafica
via Ciro Ferrari, 5 - Caselle di Sommacampagna (Verona)
tel. 045 8580900 - fax 045 8580907 - www.cierrenet.it

Per un amico molto speciale

Si dice che la morte di un giovane sia cara agli dei. E allora, per converso, diremo che la morte di chi giovane non è più è molto cara agli uomini.

Perché ogni morte è prematura, a qualunque età avvenga e nonostante il fatto che ci si prepari alla propria e a quella di chi ci è caro.

Così la scomparsa di Giovanni Gabrielli è venuta prima del tempo ed i sei mesi passati da allora hanno acuito la nostalgia della perdita.

E siccome non siamo sicuri di ritrovarci in un qualche aldilà, ma siamo sicuri che di ognuno di noi resti almeno il ricordo in chi ci è stato vicino, abbiamo voluto raccogliere la memoria di alcuni dei suoi amici, di quelli che hanno sentito il desiderio di rispondere a questa iniziativa.

A questo abbiamo aggiunto due scritti di Giovanni, apparsi sul nostro giornale di bottega, che abbiamo trovato vivaci ed attuali, come sempre accade quando lo si rilegge.

L'acquerello in copertina è di Francesco Arduini e ci ricorda l'altezza di pensiero di Gianni, l'aria pura in cui esercitava la sua intelligenza.

Le foto che accompagnano i testi sono state scattate nei diversi nostri convegni a cui Giovanni ha dato autorevolezza, con la sua presenza e la ricchezza delle sue idee.

La foto di Doisneau, scattata nel '43, è un omaggio alla resistenza dell'essere umano: l'uomo ritratto alleva un coniglio bianco, che servirà ad alleviare la sua fame, in una Parigi assediata dai nazisti. Non diversamente Giovanni ha alleviato la pena di coloro che sapevano della sua malattia, con la sua perseveranza nell'amare la vita, con la sua leggerezza, almeno sino a quando ha potuto.

Infine la pubblicità di un aperitivo, quasi scomparso, vuole ricordare il piacere della tavola, che Giovanni cercava di non farsi mai mancare.

Ad un amico molto speciale questo saluto de Lambaradan, di chi vi collabora, di chi lo legge.

SOMMARIO

| | |
|---|----|
| → Per un amico speciale | 3 |
| → Dal «Corriere della Sera», Domenica 8 Dicembre 2013 di <i>Claudio Magris</i> | 5 |
| → Una storia italiana di <i>Giovanni Gabrielli</i> | 7 |
| → Giovanni Gabrielli: l'amico, il giurista, l'avvocato di <i>Francesco Benatti</i> | 9 |
| → Successioni fra tradizione e modernità in ricordo di Giovanni Gabrielli di <i>Fabio Padovini</i> | 12 |
| → Ricordo di Giovanni Gabrielli di <i>Marcello Maggiolo</i> | 14 |
| → Gianni, per gli amici di <i>Lamberto Lambertini</i> | 16 |
| → Il professore Giovanni Gabrielli di <i>Pasquale D'Ascola</i> | 18 |
| → Sul contributo di Giovanni Gabrielli allo studio della pubblicità immobiliare di <i>Stefano Troiano</i> | 20 |
| → Operazioni su derivati: contratti o scommesse? di <i>Giovanni Gabrielli</i> | 27 |
| → Un ricordo di <i>Debora Cremasco</i> | 31 |



Robert Doisneau - Champ de Mars 1963 © 2020 Doisneau / Rapho / Editions du Décalé - RF 218 - Printed in France

CLAUDIO MAGRIS

Dal «Corriere della Sera», Domenica 8 dicembre 2013

Pochi giorni fa ha varcato la soglia finale un mio amico che ha contato e dunque conta moltissimo nella mia vita; Giovanni Gabrielli, grande studioso di diritto civile, grande avvocato e grande figura di quel mondo in cui il diritto è un timone della vita economica e civile di un Paese. Ma soprattutto, da sessantacinque anni – dalla prima media – mio compagno dei momenti anche dolorosi e difficili e di una continua invenzione festosa e ironica della vita, vissuta con impegno e serietà non seriosa, ma anche come gioco che sparglia le carte, come una risata felice. Tormentato da continui e sempre più estesi dolori e mai lamentoso, non ha permesso che la sua sofferenza e la sua morte, che sapeva imminente, incidessero sulla sua visione del mondo o lo inducessero a vaghe e ansiose filosofie del nulla. È stato sempre immune da quell'egocentrismo di chi sta male e pensa che questo suo male sia il centro del mondo e che tutti debbano pensare ad esso. La morte,

diceva, non è il momento più importante né tantomeno decisivo dell'esistenza, conta ad esempio meno che non sposarsi, avere figli.

Non parlavamo certo della morte nelle ore passate insieme negli ultimi mesi; abbiamo anche riso, come abbiamo fatto molto spesso per sessantacinque anni, a cominciare dal liceo, dove lui primeggiava come credo nessun altro – traduceva ardui brani di Tucidide in pochi minuti – e, quando un professore commetteva l'errore, involontariamente umiliante per gli altri, di chiamarlo «cavallo di razza», si metteva immediatamente a ragliare, cosa in cui eccelleva come negli aoristi. Abbiamo imparato insieme a ridere delle persone e delle cose che allo stesso tempo amavamo e rispettavamo, sapendole ben più grandi di noi, e a ridere di noi stessi – consci di essere comiche comparse nel teatro del mondo – e a considerare più che giuste le frequenti sanzioni disciplinari che ci venivano inflitte per il con-

5



tinuo subbuglio che provocavamo. L'ultimo dialogo con Gianni, pochissimi giorni prima della sua morte, è nato dalla sua preghiera, dal letto in cui giaceva sofferente, di spegnergli la televisione. Dopo qualche minuto in cui mi arrabattavo senza risultato col telecomando, mi ha detto, con una voce in cui c'era tutta la sessantacinquennale consapevolezza della mia incorreggibile inettitudine: «Dame qua, dame qua, faccio mi».

È un senso classico, della vita e dunque della morte, che occorrerebbe recuperare. Non a caso Gianni leggeva costantemente i classici, non solo greci ma anche e forse ancor più latini, meno accesi dal fuoco dell'assoluto metafisico e delle domande ultime e limpidamente radicati nella buona e dura terra con le sue fioriture e il loro appassire, la repubblica e le sue leggi, Plinio il giovane che chiede a Traiano come comportarsi con i cristiani e l'*imperatoria brevitatis* della dura risposta del sovrano. La classicità è ironica, perché insegna la necessità e la precarietà della precisione. Il latino insegna il nominativo e l'accusativo e, se non li si conosce o, peggio, li si scambia, non si sa chi è che ruba e chi è che è derubato e si finisce, come nell'immortale *Pinocchio*, per mettere in galera il derubato e lasciare libero il ladro. La parola classica, parola di una lingua morta, sembrerebbe dunque non voler dir niente e invece dice tante cose, dice quell'indicibile che si addensa dietro, intorno a ogni parola e a ogni situazione. La parola classica trasmette il senso della propria sicurezza e della propria precarietà; insegna che non si riesce a dire tutto e insegna la familiarità con la ricerca della verità, lo scetticismo circa la possibilità di afferrarla e la fede nella capacità di afferrare comunque in questa ricerca qualcosa di essenziale e imperituro. Trasmette soprattutto, con la sua grandiosa inutilità, l'ironia per tutta questa avventura. Quando il preside ci dava la pagella e ad alcuni di noi, ad esempio a me, diceva: «Si ricordi, Magris, *qui proficit litteris sed deficit moribus magis deficit quam proficit*», quel latino confermava ma anche smontava la serietà di quell'elogio e di quella predica. Pure il diritto di cui Gabrielli è un maestro, ha un suo affascinante umorismo linguistico che nasce dal rigore della classificazione e dal tacito senso della sua vanità. L'ironia è la più grande avversaria della morte, perché l'assume su di sé, ma come ci si cambia un soprabito.

Forse bisognerebbe ritrovare concretamente, fisicamente il senso della morte quale sigillo della nostra appartenenza all'ordine naturale delle cose; viverla certo come mistero, ma senza la necessità di parlare troppo del mistero e delle cose nascoste e continuando, anche su quella soglia, a interessarsi delle cose re-



lative ed effimere di cui ci si è interessati nella quotidianità, anche al corso di un titolo in Borsa. Un senso classico – romano più ancora che greco – invita a venerare l'imperscrutabile ma, proprio perché è imperscrutabile, a non angosciarsi nell'ossessivo tentativo di scrutarlo. Ciò non implica affatto necessariamente uno spirito irreligioso: le nostre contingenze – dice un bellissimo passo di una lettera di Biagio Marin al suo traduttore cinese – colorano l'eternità di Dio; sono il nostro modo di vivere quella «inafferrabilità di Dio» che, ricorda Alberto Melloni nel suo forte, incisivo libro *Quel che resta di Dio*, è proclamata con forza «martellante» nella Bibbia. Inafferrabilità dunque pure della nostra morte, che allora è meglio vivere come una parte prevista e normale nel teatro della nostra esistenza, i cui elementi ricevono l'ordine o decidono di rompere le righe.

Certamente vi sono sofferenze inaudite, fisiche e psichiche, inflitte dalla sorte o dagli uomini che rendono impossibile ogni dignità classica e ogni composta uscita di scena al termine previsto dello spettacolo. La grande forza del cristianesimo è il bruciante tentativo di confrontarsi con l'infimo e l'estremo della condizione umana, talora così insostenibile e insopportabile da indurre non ad attendere di cadere, bensì a precipitarsi di propria volontà in quel buio che, scrive il teologo Karl Rahner parlando del suicidio, è l'oscura mano di Dio che sorregge come una rete chi cade, perché è inciampato o non ce la fa più.

GIOVANNI GABRIELLI

Una storia italiana

Non potevo non soddisfare la richiesta del caro amico e collega Lamberto Lambertini di “trovare il tempo per scrivere qualcosa per *Lambaradan*”. Una volta deciso che ottemperare all’invito era per me un’obbligazione naturale, ho dovuto prendere atto della difficoltà dell’adempimento, determinata non tanto dalla mancanza di tempo, che pur non abbonda, quanto dalla ruggine che nel decorso di decenni dedicati soltanto ad aridi scritti, intesi a risolvere, nell’interesse di parte o *pro veritate*, problemi giuridici, ha corroso la mia capacità di trattare argomenti a mezza strada fra il diritto e l’esperienza immediata di vita, nello stile fresco e sciolto che contrassegna *Lambaradan*.

Ritengo però, nonostante la scarsa fiducia nella mia capacità di esporre con l’auspicabile efficacia ed eleganza, di potere raccontare una storia emblematica dei giorni nostri.

Circa venticinque anni fa, nell’allegria stagione in cui veniva formandosi l’enorme mole del debito pubblico che oggi ci opprime, una legge dispose una sovvenzione straordinaria in favore di una categoria di enti pubblici culturali, destinata a ripianarne l’esposizione debitoria verso banche e verso altri soggetti di cui la banca, tesoriere di ogni ente, fosse disposta a prendere il posto; alle banche sarebbero stati assegnati, in luogo del credito verso gli enti, titoli del debito pubblico con scadenza a medio termine. Uno degli enti beneficiari, pur avendo presentato domanda nei modi dalla legge prescritti, si vide assegnata dal competente Ministero una parte soltanto della somma che aveva richiesto e cui riteneva di avere diritto. Riuscirono il tentativo di ottenere in via stragiudiziale il residuo, l’ente propose ricorso al T.A.R. del Lazio, quale Giudice amministrativo, ottenendo, ma dopo circa sei anni dalla domanda giudiziale, una sentenza che ne riconobbe il diritto a ricevere l’intera somma richiesta. Il Ministero non ottemperò alla sentenza, ma la impugnò con ricorso al Consiglio di Stato, Giudice amministrativo di appello; quest’ultimo, in via cautelare e quindi in tempo relativamente breve, sospese per

intanto l’esecutorietà della sentenza del T.A.R., osservando che la controversia, pur sorta fra lo Stato e un altro ente pubblico, doveva ritenersi non pertinente alla giurisdizione dei Giudici amministrativi, dal momento che l’erogazione della sovvenzione, non dipendendo da una valutazione discrezionale del Ministero, ma dalla semplice verifica oggettiva dei presupposti indicati dalla legge, formava oggetto, sussistendo tali presupposti, di un diritto soggettivo dei beneficiari, a pronunciarsi sul quale era competente il Giudice ordinario: quindi, il Tribunale civile.

L’ente deluso citò allora il Ministero davanti al Tribunale ordinario competente per territorio. Il Tribunale adito respinse, dopo parecchi anni, la domanda di integrazione della sovvenzione, fondandosi su un’interpretazione restrittiva della norma di legge che la sovvenzione aveva disposto; interpretazione restrittiva dallo stesso Tribunale escogitata (*iura novit curia*), in quanto estranea alle argomentazioni della pur agguerrita difesa erariale. L’ente, sempre più deluso, impugnò davanti alla competente Corte d’Appello la sentenza di rigetto, contraria nel merito a quella già resa dal T.A.R.; l’interpretazione restrittiva escogitata dal Giudice civile di primo grado sembrava invero implausibile, non soltanto perché contrastante con l’univoco tenore letterale della norma di legge, ma anche perché sorretta da argomenti inadeguati al fine di giustificare tale contrasto.

Quest’ultimo convincimento dell’ente era destinato a trovare conferma: l’adita Corte d’Appello ha riformato la sentenza del Tribunale, condannando il Ministero a pagare l’intera somma che molti anni prima era stata richiesta. All’interno dell’ente si credette di potere finalmente brindare: come fanno anche i non addetti ai lavori, dopo il clamore mediatico sollevato dalla vicenda processuale CIR/FININVEST (ossia De Benedetti contro Berlusconi), le sentenze civili di appello sono esecutive, salvo che, venendo contro di esse proposto ricorso per cassazione, lo stesso Giudice che le ha pronunciate non ritenga opportuno di sospendere l’esecuzione; caso, come ognuno può intendere,

estremamente improbabile e che, di fatto, quasi mai si verifica. Infatti, come tutti sanno, la Fininvest, dopo la sentenza d'appello, ha pagato, pur ritenendola contestabile e proponendo, di conseguenza, ricorso per cassazione.

Ma la Fininvest è un debitore privato, mentre debitore dell'ente che ha creduto di potere brindare è, secondo la sentenza della Corte d'Appello, lo stesso Stato. Lo Stato, pur essendo la sentenza che lo condanna munita, ad istanza dell'ente, di formula esecutiva (quella, conviene qui ricordarlo, che solennemente comanda a chiunque spetti di mettere in esecuzione il titolo e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi) e pur essendogli stato dallo stesso ente notificata insieme con il titolo intimazione ad adempiere, non ha pagato e non paga. Ciò benché le notificazioni siano state eseguite dopo il decorso del termine dilatorio di cui, per discutibile privilegio rispetto agli altri debitori, godono le pubbliche amministrazioni.

Il non addetto ai lavori potrebbe chiedersi perché l'ente non faccia richiesta agli "ufficiali della forza pubblica" di concorrere all'esecuzione. La risposta sta nella difficoltà, secondo il vigente ordinamento, di reperire beni dello Stato pignorabili, che possano essere coattivamente venduti, per soddisfarsi sul ricavato, distraendoli dalla destinazione pubblica loro propria. Mentre l'ente attende, lo Stato, inerte nella veste di debitore secondo la sentenza, di quest'ultima si è immediatamente avveduto, nella qualità di creditore dell'imposta di registro, dovuta su ogni sentenza di condanna. Ha, quindi, notificato all'Ente invito di pagamento. Di fronte all'erario tutte le parti del giudizio sono debtrici solidali per l'imposta di registro sulla sentenza che quel giudizio ha definito. Ma nel rapporto interno fra le parti stesse l'imposta grava su quella soccombente, che deve rifondere alla vittoriosa la relativa somma, se dalla stessa parte vittoriosa, spontaneamente o coattivamente, pagata. Ma come farsi rifondere dallo Stato, che nulla chiede a sé stesso e intanto non paga, indipendentemente dalle spese del giudizio, nemmeno le somme che dalla sentenza è stato condannato a pagare?

La storia appena raccontata è ancora in svolgimento, avendo lo Stato, che non esegue la sentenza esecutiva ed intanto chiede alla parte vittoriosa, ma non a sé stesso, l'imposta di registro che è in definitiva a suo carico, proposto peraltro ricorso per cassazione. Secondo ragionevole opinione, la vicenda non potrà essere inoppugnabilmente decisa prima di cinque anni; ne saranno passati trenta da quando la controversia è insorta. Né è detto che, se la soluzione definitiva sarà



favorevole all'ente, questo sarà riuscito o riuscirà a soddisfarsi.

Da una storia come questa (e certamente altri potrebbero raccontarne di simili; verificatesi però, temo, soltanto in Italia) insorgono, proponendosi alla coscienza, molte domande. Non tutte possono essere qui indicate. Alcune, pur riferendosi a problemi drammatici, come quello dei tempi lunghi della giustizia, sono del resto ripetute con tanta frequenza, da essere divenute banali ed inutili, nella consapevolezza dell'impossibilità di soluzione, a meno di cambiamenti radicali, non ancora maturi, dei comportamenti piuttosto che delle leggi.

Qui mi limito a chiedere se può davvero considerarsi uno Stato di diritto quello che, come il nostro, con una mano emette una sentenza esecutiva e con l'altra non vi ottempera. La domanda può porsi in termini meno efficaci, ma più specifici e concreti: è uno Stato di diritto quello in cui esiste, come nel nostro ordinamento, un "diritto civile dello Stato" diverso dal diritto comune, che regola i rapporti fra tutti gli altri soggetti? Che un diritto civile dello Stato esista è attestato dalla circostanza che, per quanto io so, allo studio del fenomeno sono stati dedicati due approfonditi studi monografici.

Detta in termini brutali: se lo Stato non paga i suoi debiti, "tutti i suoi beni presenti e futuri" dovrebbero potere destinarsi al soddisfacimento del creditore, secondo una delle norme di principio del codice civile.

FRANCESCO BENATTI

Giovanni Gabrielli: l'amico, il giurista, l'avvocato

1. Parlare di Giovanni Gabrielli da parte di chi gli è stato amico per tutta una vita, potrebbe apparire compito non semplice. La commozione del momento di fronte ad una perdita così grave potrebbe trasformare il ricordo in commemorazione in cui il sentimento offusca la reale portata che ha avuto la sua presenza tra noi, traducendosi in un retoricismo inidoneo a mettere in luce gli aspetti qualificanti della sua figura nella loro effettiva dimensione. Ma la personalità di Giovanni è stata una personalità forte, dai contorni limpidi e netti, sicchè basta guardare a lui e descriverlo così come è apparso a chi oggi vuole dare vita alla sua memoria: in tale modo si evita ogni sovrapposizione emotiva e il discorso si svolgerà con la serena obiettività tanto apprezzata da Giovanni. Qui si offre un breve schizzo, consapevole che molte possono essere le lacune, ma convinto che la sua immagine sarà tratteggiata con fedeltà.

2. Giovanni è stato per me un amico nel significato pieno con cui si esprimono i valori sottesi a questa espressione. Non ricordo con precisione il nostro primo incontro. È avvenuto nei primi anni del sessanta del secolo scorso e mi è stato presentato da Vittorino Pietrobon. Da allora il nostro rapporto è continuato ininterrottamente senza pause o intervalli prolungati. Ci si vedeva quando veniva a Milano, in convegni e in occasioni professionali. Data la distanza che segnava i luoghi della nostra quotidianità, era il telefono il mezzo di comunicazione e di colloquio. Parlavamo di problemi accademici e di questioni di diritto legate alle nostre ricerche. Ci consultavamo quando eravamo intenti a scrivere monografie, saggi, articoli, note. Giovanni era fonte inesauribile di consigli e suggerimenti; indicava autori di lingua germanica che trattavano temi vicini e che non erano noti; trasmetteva un senso di sicurezza quando gli proponevo tesi avanzate oppure non del tutto controllate o pericolose per le loro implicazioni. Con pazienza e con

la padronanza della sua cultura (soprattutto del BGB, di cui era esperto studioso) procedeva ad un controllo e verifica della materia, ascoltava le mie osservazioni, e mi confortava quando, al pari della mia vocazione, volgeva sempre verso una soluzione conforme non solo al sistema ma anche accettabile sul piano pratico.

Il diritto e l'accademia non era solo l'oggetto dei nostri incontri e il centro dei nostri discorsi. Essi cadevano spesso sul personale, sulla vita di tutti i giorni, su quello che ci era capitato tra una telefonata e l'altra; si commentava la politica (avevamo un comune modo di pensare e di percepire gli eventi); perdevamo molto tempo anche con cose che le persone serieose chiamano futili: e qui appare uno straordinario lato del carattere di Giovanni. Su di esse si soffermava con una narrazione ricca di ironia, colorita e divertente, a volte così spassosa da suscitare altre curiosità, oltre quelle cui accennava nei fatti evocati.

Anche negli ultimi mesi, quando la malattia l'aveva duramente colpito, Giovanni non era per nulla cambiato: lavorava sempre con entusiasmo, parlava di tutto, come per lui nulla fosse successo, facevamo programmi per il futuro.

Quando Fabio Padovini mi ha dato una notizia che era nell'aria, ma alla quale non avevo mai voluto pensare, ho sentito dentro di me un vuoto non colmabile.

3. Giovanni Gabrielli ha una posizione di primo piano nel panorama della dottrina del nostro tempo. Cresciuto in una scuola severa, ha continuato nello studio con metodo rigoroso e con profondità nell'indagine, che aveva appreso dai suoi maestri. Lo stile è lucido e chiaro, mai oscuro o equivoco, procede con linearità e asciuttezza senza le fumosità e le divagazioni cui purtroppo oggi assistiamo. Non vi sono pause ma neppure accelerazioni così da lasciare il lettore senza i passaggi necessari alla comprensione, che richiederebbero evocazioni di informazioni che potrebbero non essere presenti nel lettore. Il ragionamento è svolto con com-

piutezza, privo di ridondanze o di fastidiose interruzioni, mai appesantito dalla gravosità di richiami ad opinioni altrui, che – se riportate – sono tradotte nella loro essenza con la concisione di chi se ne è appropriato con piena consapevolezza e ne fa uso con la padronanza di chi conosce la materia.

Come tutti noi, ha iniziato a studiare quando il positivismo giuridico e la giurisprudenza dei concetti erano entrate in crisi per una molteplicità di ragioni, quali – ad esempio – l'avvento della società industriale di produzione di massa, l'avanzare sempre più aggressivo della tecnologia, la disgregazione delle vecchie strutture socio-economiche, l'affermarsi di nuovi equilibri sociali caratterizzati dalla nascita di una società pluralistica segnata dal conflitto tra gruppi di interessi contrapposti. Di tutti questi aspetti Giovanni ne era consapevole: essi si trovano al fondo, anche se non espressi, della sua riflessione giuridica, che però non si è mai lasciata suggestionare dalla moda del momento o dalla attrazione di percorrere vie facili per arrivare al successo: non ne aveva bisogno.

Un noto storico, Otte, scriveva che, pur con tutti i mutamenti, i fondamenti logici del metodo giuridico sono rimasti sostanzialmente gli stessi. Ebbene, anche Giovanni ha colto quello che ancora di fecondo presentano le antiche dottrine del diritto civile e le ha integrate e innovate sulla scia delle moderne concezioni dell'ermeneutica per quegli aspetti che possono essere utili al giurista nella sua attività di interprete, abbandonando le voci che nascondono, sotto l'apparenza di voler apportare un contributo alla teoria dell'interpretazione, l'aspirazione a perseguire obiettivi di ordine politico e non giuridico.

Giovanni è sempre stato fedele al testo della norma, non intesa come regola cristallizzata e immodificabile affinché duri, ma letta fino al limite della sua ampiezza semantica allo scopo di cogliere la sua connessione e coerenza con il sistema ricostruito in tutte le sue componenti che partono dal codice civile sino alle leggi speciali, alle direttive europee ecc. In questo contesto la norma è intesa, nella sua analisi, in un progredire continuo, sollecitato dalla critica dottrinale e giurisprudenziale, inserendola nell'unità razionale del sistema dal quale riceve apporti e al quale conferisce alimento. La dialettica tra testo, contesto e sistema è sempre presente in Giovanni e ne fa una caratteristica del suo lavoro.

Giovanni ha pubblicato, se non erro, centoquaranta scritti, un'attività instancabile. Ha indagato tutti i temi centrali del diritto civile, dal diritto di famiglia, alle successioni, al contratto, alle obbligazioni, si è sof-



fermato anche sulla locazione, tema noioso e per nulla affascinante che ha nobilitato con la sua indagine, e su altri numerosi temi singolari e particolari. Su di essi è inutile fermarsi, perché la nostra dottrina ne ha già fatto tesoro, commentandoli sia per accogliere le tesi, le opinioni e le argomentazioni proposte, sia in senso critico, ma le obiezioni sono dipese, per lo più, da un diverso modo di pensare o da opposti criteri di metodo o di approccio in un dibattito necessario se si vuole fare progredire la c.d. scienza giuridica, e nelle quali spesso sono colti e sviluppati passaggi indicati da Giovanni, che hanno favorito il formarsi di una nuova soluzione o teoria.

L'ultima sua opera è "La pubblicità immobiliare", tema di cui Giovanni si è sempre occupato e con essa ha chiuso la sua attività di studioso. È uno dei più difficili, perché esige una raffinata tecnica interpretativa con attenta esegesi delle norme. Non sono permessi discorsi generici o divagazioni letterarie, ma occorre con matematica precisione delineare il sistema legislativo, perché attiene ad una delle questioni centrali del diritto privato, di grande rilevanza pratica, quello del trasferimento dei diritti.

Giuristi di alto profilo, quale N. Coviello, Pugliatti, Natoli, Nicolò hanno scritto sull'argomento: Giovanni si unisce degnamente a loro con la sua monografia, che costituisce anch'essa un modello di lezione scientifica e tecnica argomentativa.

In un'accademia che stava irrimediabilmente cam-



biando, Giovanni è rimasto fedele ai valori della nostra tradizione e al ruolo di maestro. Lascia una scuola formata da giuristi capaci, veri suoi discepoli per serietà e rigore: ne possiedono anche la cortesia e l'umanità che l'hanno sempre caratterizzato. Il merito non è solo loro per avere appreso l'insegnamento, è anche di chi li ha scelti.

4. Ho conosciuto Giovanni Gabrielli, nella veste di avvocato, agli inizi degli anni novanta. Prima ci consultavamo solo su questioni attinenti a controversie in cui eravamo difensori, ma la discussione si limitava a trovare, se possibile, la soluzione più idonea ad un esito a noi favorevole della lite e il discorso si svolgeva soprattutto su un piano teorico. Sovente ci scambiavamo informazioni su chi scegliere come domiciliatario in sedi diverse da quella in cui operavamo, sulla qualità e propensione del giudice cui era assegnata una causa e su pettegolezzi riguardanti la nostra attività forense, utili per districarsi in territori a noi ignoti.

Quando siamo venuti in contatto per problemi professionali in cui eravamo direttamente coinvolti, ho notato quali fossero le linee guida adottate da Giovanni nella redazione delle memorie: chiare e puntuali, con prospettazioni misurate e sapientemente controllate nei loro fondamenti. Non si trovavano polemiche inutili e a volte fastidiose, citazioni di mestiere, ripetizioni inopportune, ridondanze e prolissità che fanno perdere tempo al giudice, infastidendolo. I suoi atti

coincidevano con quanto pretendono oggi le corti: limpidezza nel linguaggio, sinteticità nell'esposizione del fatto, compiutezza dell'argomentazione volta a mettere in luce esclusivamente l'essenza del problema senza alcuna sbavatura e senza digressioni che nulla apportano allo sforzo di convincere il giudice delle ragioni sostenute. Giovanni manifestava una particolare cura dell'interesse del cliente e vigilava sulla reale posizione nel processo: quando si trovava in difficoltà, non esitava a cercare, in ogni modo e a volte con l'autorità che gli derivava dal suo status, una soluzione transattiva.

Sono stato spesso con lui in collegi arbitrali. Come presidente, Giovanni era equilibrato, attento a tutte le questioni che venivano avanzate, pronto ad ascoltare ogni voce. Con scrupolo e pazienza leggeva i documenti prodotti e tutti gli atti delle parti anche quando non erano di alto livello: in questi casi si asteneva da ogni valutazione e cercava di cogliere quegli aspetti che potessero influire sulla decisione. Alla fine giudicava in piena libertà, con senso di responsabilità, sensibile sugli effetti pratici del lodo, senza lasciarsi influenzare da rapporti personali con i difensori o i coarbitri. È sempre stato un presidente indipendente e imparziale. Giovanni è stato più volte arbitro di parte e qui appariva una persona diversa. Sosteneva la tesi della parte che l'aveva designato con passione, vivacità e fervore; spesso tentava, con la sua abilità di giurista, di avanzare tesi che potevano sembrare affascinanti, persino fondate, ma non si chiudeva in se stesso ed era pronto al confronto. Ed allora, bastava spiegargli come le sue opinioni non potessero trovare del tutto o in parte accoglimento nel caso concreto sulla base degli atti e dei documenti di causa, e, se la giustificazione era convincente, con l'onestà intellettuale che lo ha costantemente caratterizzato, condivideva la diversa conclusione cui in primo tempo aveva cercato di opporsi.

5. Confido che queste mie parole possano contribuire a disegnare la figura di Giovanni Gabrielli, sperando che chi l'ha conosciuto condivida gli accenni con cui ne ho parlato e che i giovani che non hanno avuto la fortuna o l'occasione di incontrarlo, possano vedere dinanzi a sé l'immagine dell'autore delle opere che si accingono a studiare, così comprendendole: queste non sono un freddo e inanimato testo, perché dentro di esse, e ne è lo spirito vivificatore, sta una personalità che ha vissuto il diritto con passione e dedizione e percepito la vita come espressione di impegno di serietà e di rispetto dei valori, oggi spesso dimenticati, della civiltà da cui noi perveniamo.

Successioni fra tradizione e modernità in ricordo di Giovanni Gabrielli

12

Questo incontro fu concepito quando ancora si sperava che Giovanni Gabrielli potesse presiederlo: la sua recente scomparsa è, così, la ragione prima del ricordo a lui dedicato. Un ricordo che non vuole essere una celebrazione, poiché essa sarebbe prematura: il dolore per la perdita è ancora troppo vivo; solo il tempo ci darà la piena consapevolezza per il valore e le qualità di Giovanni Gabrielli¹.

Nel segno del ricordo conviene sottolineare che Giovanni Gabrielli è cresciuto a Trieste, dove ha frequentato la Facoltà di Giurisprudenza ed ha conosciuto i suoi primi maestri, Alfredo Fedele e Rodolfo Sacco, cui in un secondo momento si sono aggiunti i giuristi di scuola padovana, come Vittorino Pietrobon e Alberto Trabucchi.

A Trieste Giovanni Gabrielli ha frequentato, contemporaneamente, l'allora giovane Scuola per Traduttori e Interpreti, conseguendo il diploma di traduttore in tedesco e inglese: una scelta antesignana rispetto al mondo odierno.

Nell'Università di Trieste Giovanni Gabrielli ha sempre insegnato – dapprima Istituzioni di diritto privato e Diritto Civile, per poi concentrarsi su Diritto civile – garbatamente declinando chiamate a Milano, a Padova e poi a Roma.

Per Trieste Giovanni Gabrielli ha studiato, dedicando molte energie al diritto dei libri fondiari – com'è testimoniato dal Commentario della legge tavolare, scritto a due mani con Ferruccio Tommaseo – e, più in generale, ai rapporti con l'area di lingua tedesca, coltivando legami con università austriache – segnatamente: Vienna – e tedesche – segnatamente: Monaco e Ratisbona.

Il ricordo di Giovanni Gabrielli non può dimenticare,

poi, che egli è stato studioso anzitutto del contratto – cui ha dedicato tre monografie (sul contratto preliminare; sul rapporto giuridico preparatorio; sul recesso unilaterale) – ma anche della pubblicità immobiliare – cui ha dedicato gli ultimi anni di vita, sublimando decenni di impegno, didattico e scientifico, nel volume del Trattato di diritto civile, diretto Rodolfo Sacco, intitolato alla Pubblicità immobiliare.

Ma occorre ricordare che Giovanni Gabrielli ha studiato anche il diritto di famiglia e delle successioni: alla conferma delle disposizioni testamentarie nulle fu dedicato il suo primo articolo; alla riforma del diritto di famiglia, varata nel 1975, egli destinò attenzione sia prima dell'approvazione – a Giovanni Gabrielli si deve l'idea della riserva qualitativa (i diritti di abitazione e di uso) in favore del coniuge superstite – sia nel corso del tempo, ad esempio in occasione del decennale.



1. Il testo riproduce l'Introduzione all'Incontro della Scuola dei dottorati riuniti – dedicato a “Successioni fra tradizione e modernità in ricordo di Giovanni Gabrielli” – svoltosi a Trieste, il 30 gennaio 2014.



Probabilmente l'interesse di Giovanni Gabrielli per il diritto delle successioni moveva dalla circostanza che si tratta di un ambito dove si combinano tradizione e modernità, come recita il titolo dell'incontro odierno. Tradizione per il tecnicismo degli strumenti nell'esercizio di un'autonomia privata assai libera.

Modernità per la vicinanza alla realtà dell'esperienza nel guardare al futuro con il governo del trapasso generazionale.

E proprio in questo ambito Giovanni Gabrielli esprimeva nel modo più incisivo le sue qualità: egli era giurista con grandi capacità tecniche, ma era al contempo uomo colto – soprattutto di storia – ed uomo attento al divenire della società: Giovanni Gabrielli apprezzava le soluzioni nuove, movendo dall'impiego di strumenti consueti, talvolta antichi.

In materia successoria Giovanni Gabrielli era, così, fieramente contrario all'efficacia reale dell'azione di riduzione – che vedeva come un impaccio alle ragioni dell'economia –, era vivacemente scettico verso la esuberante tutela riservata al coniuge superstite – a scapito della libertà testamentaria –, ma dubitava circa l'opportunità di un radicale superamento del divieto dei patti successori, preferendo pensare alla riforma della tutela assicurata ai legittimari.

Di questi insegnamenti dobbiamo fare tesoro, nella consapevolezza che il diritto è naturalmente destinato al cambiamento, ma con la coscienza che esso rimane, proprio per l'impiego di strumenti tecnici, un baluardo a difesa di quell'autonomia che Giovanni Gabrielli ha sempre difeso con equilibrio e concretezza.

MARCELLO MAGGIOLO

Ricordo di Giovanni Gabrielli

14 “Caro Maggiolo”. Ho il preciso ricordo della voce, del tono affabile se non affettuoso. Era l’immancabile esordio di ogni conversazione con Giovanni Gabrielli. Naturalmente, poi il discorso prendeva le pieghe più diverse. Quali che fossero, diventava comunque chiaro, da subito, che c’era chi comandava (lui) e chi ubbidiva (io). Era la regola. Rammento così chiacchierate proseguite, nel rispetto della regola, con leggerezza, su argomenti non insidiosi, conviviali (“allora, Maggiolo, sono già d’accordo con Amadio che dopo l’arbitrato andiamo a cena in un posto che conosco io. Viene anche Padovini. Lei c’è, vero?”). Rammento dialoghi un po’ più delicati, magari su rapporti con colleghi o avversari, con qualche possibile preoccupazione (“allora, Maggiolo, io ieri ho mandato a G. la

mia rosa di nomi per il terzo arbitro, e gli ho chiesto di mandarmi entro oggi la sua. Lui non l’ha fatto, quindi adesso lei va immediatamente dal Presidente del Tribunale con l’istanza per la nomina del terzo arbitro”). Ricordo poi colloqui complicati, talora (per me) imbarazzanti, soprattutto su questioni di Università (“allora, Maggiolo, mi spieghi bene cosa avete combinato nel concorso dove lei era commissario, perché P. si è molto seccato e ci sono problemi di cui adesso devo occuparmi”).

Così andavano le cose. E se mi rendo perfettamente conto di descrivere un rapporto che assomiglia a quello tra sovrano illuminato e un suo devoto funzionario di corte: beh, così andavano le cose. Ripensandoci, ho però capito che non era solo una questione di età o di





esperienza, né soltanto la conseguenza del suo prestigio accademico e professionale, e neppure solamente l'effetto dell'incontro tra una personalità prorompente e una persona ritrosa.

Ho potuto conoscere Giovanni Gabrielli appena una dozzina d'anni fa. Tanto tempo prima il suo rapporto con il mio maestro, una volta saldissimo, si era bruscamente interrotto, e così il mio con lui non era mai nato. Ma anche se non lo conoscevo, di Giovanni Gabrielli sentivo parlare continuamente, e proprio dal mio maestro. Mi raccontava delle loro scorribande triestine, di lunghe serate in trattorie istriane; dell'affetto che provava per la madre di lui, con la quale si scriveva regolarmente; del concorso a cattedra da lui vinto, del quale posso dire di conoscere ogni minimo retroscena. Soprattutto, mi chiedeva cosa pensassi delle cose che aveva scritto. E siccome il confronto tra maestro e allievo era poi serrato e impegnativo, questo mi imponeva non già una semplice lettura, ma un vero e proprio studio dei suoi lavori.

Il risultato di tutto questo è stata una vicinanza: ideale, perché era l'ammirazione per lo studioso; unilaterale, perché per un bel po' di tempo forse neppure sapeva che esistessi; e tuttavia intensa, perché fatta

della concentrazione e della riflessione con cui si vivono gli anni della formazione. Ho sempre pensato a Giovanni Gabrielli come a un modello, per la sua capacità di scegliere i temi di ricerca e poi di affrontarli con la sensibilità di chi sa distinguere tra problemi che hanno spessore, che hanno implicazioni significative sui rapporti concreti meritando quindi di essere esplorati, e problemi che invece possono essere lasciati sullo sfondo, risolvendosi in arzigogoli concettualistici sostanzialmente insignificanti; e per la sua capacità, nell'analisi dei problemi così individuati, di affrontarli per davvero, rifuggendo le letture più facili, ma più pericolose, le mode di interpretare il diritto civile in chiave assiologia oppure, come oggi si usa dire, 'costituzionalmente orientata'. Poi ci siamo conosciuti, abbiamo avuto varie occasioni di incontro, qualcuna di scontro professionale. Abbiamo anche fumato insieme diverse sigarette, con grande piacere. È stato un giurista di eccezionale livello e un avvocato di grande successo. Per me era stato una persona importante, e conoscendolo lo è diventato ancora di più. Gli dovevo molto, senza essere mai riuscito a ricambiare come avrei voluto. Per questo, anche per questo, averlo perso fa male.

Gianni, per gli amici

Nella primavera dell'87 un intraprendente veronese, avanguardia della creatività finanziaria che sarebbe arrivata di lì a pochi anni (*"investi un milioni su di un container e ne ricaverai il 27% all'anno"*, almeno il primo anno), entrò in conflitto con la storica società di navigazione del barone Raffaello De Banfield Tripcovich. Dalla scaramuccia assembleare si passò presto allo scontro giudiziario e l'unico avvocato con cui condividere la battaglia, che si preannunciava molto aspra, dinanzi ai magistrati triestini poteva essere il prof. Giovanni Gabrielli. Peccato però che fosse già il legale della Tripcovich e per l'intraprendente veronese si trovò un altro professionista, per il vero gentile e diligente. I destini giudiziari peraltro non sempre dipendono dalla grandezza e dalla capacità dei difensori e così la Tripcovich si vide annullare dalla Corte di Appello una delibera di abbattimento del capitale.

Una piccola battuta di arresto, che aprì la trattativa tra i contendenti e il contenzioso trovò la sua composizione.

Restò il rammarico di non aver conosciuto a fondo il giurista che eccelleva anche nella professione e che, come ebbe occasione di dire poi, stava collaborando alla vendita o all'accompagnamento di imprese in crisi per quasi tutte le grandi realtà economiche di Trieste. Tredici anni dopo la Corte Arbitrale di Milano nominò Giovanni Gabrielli arbitro nella controversia sulla proprietà del Venezia Calcio. Gianni sostituiva l'arbitro non nominato da una parte e compose il Collegio con Edoardo Ricci; chi scrive aveva la funzione di terzo arbitro e, pur confidando fortemente nelle proprie forze, dubitò di sé stesso e delle proprie capacità. Il lodo peraltro raggiunse facilmente l'unanimità, persino in tempi solleciti.

Al termine di quel lavoro, Giovanni mi invitò a cena a Verona e di fronte ad un'estrosa guancia all'amarone di Elia del Desco, propose una stabile collaborazione con il gruppo di professionisti organizzati da chi scrive. In certi momenti la vita (anche quella professionale) ti ripaga ben di più di quanto hai dato e quello fu uno di quei momenti.

Cominciò da lì un sodalizio, nel quale anche il convivio costituì una base solida per costruire un'amicizia vera, costruita nello schierarsi dalla stessa parte nel conflitto tra soci, alimentata dalla sua levatura intellettuale dal suo rigore giuridico.

A proposito di rigore: dinanzi ad un Collegio Arbitrale di prestigio (presiedeva Pietro Rescigno, a latere Renzo Costi e Giorgio De Nova) Gianni diede una lezione di stile ad un noto studioso di diritto commerciale, che si era inventato di sana pianta una pagina di citazioni in una materia complessa e poco frequentata, dopo la recente riforma delle società di capitali. La vittima dell'intemerata non ebbe il coraggio di replicare, sperando forse che tutti attribuissero a qualche suo collaboratore quella specie di contrabbando e che dunque la sua colpa si limitasse ad una mancanza di diligenza. Alcuni aspetti umani di Gianni potevano peraltro spiazzare l'interlocutore.

La sua ironia, contenuta durante il lavoro, nella compostezza anche formale di relazione, si trasformava in una chiosa divertita delle vicende umane (a volte troppo umane) che stanno intorno alla professione forense, quando si toglieva la corazza e deponeva il gladio.

Nessun pettegolezzo mai, qualche severa critica su scelte tecniche di qualche collega, alcuni particolari sfuggiti ai più.

E così raffigurava gli antichi maestri, il blando rimprovero di Trabucchi che, scendendo alle 9 di mattina le scale del Bò, lamentava il ritardo del giovane assistente, il quale, per arrivare a quell'ora, si era alzato alle 4 ed aveva percorso l'estenuante tratta ferroviaria da Trieste a Venezia, con le sue nove fermate, che spesso Gianni ripeteva come un rosario.

Gianni, nelle cene in cui i commensali lo meritavano, riproduceva meravigliosamente le mosse dell'esercito borbonico nella battaglia di Calatafimi, con tanto di accento napoletano, mostrando in technicolor l'arrivo della carrozza nera con tiro a otto cavalli, altrettanto neri del principe-generale, con alamari d'oro e innumerevoli medaglie sullo scarno petto. Un generale pronto ad uno spavaldo confronto (a debita distanza),



trasformato in breve in un'improvvisa rotta in ritirata sull'incontestabile argomento che quegli straccioni in camicia rossa continuavano ad avanzare nonostante le intimazioni.

La mimica efficace, la voce baritonale, gli occhi brillanti, la cravatta un po' storta e l'uditorio sospeso e divertito.

Ed il buon cibo e i buoni vini erano fedeli compagni di questi momenti, senza tempo, riposo meritato dell'intelligenza e godimento dei sensi, distacco controllato dal peso della battaglia quotidiana.

Tra i suoi locali preferiti a Verona, Il Pompiere, con quella che lui considerava la pasta e fagioli più buona del mondo e il Valpolicella ad accompagnarla. L'Oste Scuro, in cui apprezzare i colori di un grande crudo di pesce, che forse non trovava a Trieste.

Ma anche il Desco, Perbellini e i bolliti del povero Armando della Locanda di Castelvechio.

A proposito di ristoranti, qualche mese prima di ammalarsi Gianni ci ospitò nella cantina-caverna di Kan-te, il vignaiolo più matto che si possa incontrare, con la moglie ai fornelli, per una cena di pesce esclusiva e sopraffina.

Con Pasquale D.A. ed alcuni altri colleghi di studio, volevamo incontrare Claudio Magris, sodale di Gianni sin dal liceo.

Riaffiorò il ricordo dell'esame di maturità (quello di

allora, quello vero) in cui due vennero sorpresi a guardare alcuni fogli che tenevano sotto il banco.

Il commissario d'esame era sicuro di averli colti in flagrante. I realtà i due si erano portati le immagini austere di Mazzini e Garibaldi, ritenendolo il viatico estremo: peggio di così non poteva certo andare.

Sono passati in fretta dieci anni di collaborazione professionale, di buoni affidamenti, di buoni risultati.

Nella questione forse di maggiore rilievo esterno, un caso di recesso societario che coinvolgeva un'importante realtà industriale ed una famiglia altrettanto importante, venne a conoscere il capofamiglia e più tardi se lo ritrovò in un Consiglio di Amministrazione, di cui già era vice-presidente. Nessun accenno alla vertenza in corso, nessuna scintilla, solo una lieve flessione dell'empatia solita.

In un libricino smilzo (*"Buon Natale, avvocato"*), leggo: *"Presiedeva il prof. Gabrielli, uomo di grande carisma e di profonda cultura mitteleuropea, che con grazia si era adeguato a vivere in questi tempi molto meno nobili"*.

Ecco un buon ritratto di un uomo grande, con la corporatura e l'aspetto del principe di Salina ne *"Il Gattopardo"* di Visconti, con il rigore e la profondità del giurista antico, con l'intelligenza e la sprezzatura dell'uomo sempre a suo agio.

Ci manchi molto, Gianni.

Il professore Giovanni Gabrielli

Caro Professore,

Lamberto Lambertini annovera tra le sue qualità una delle più importanti: saper favorire i legami tra le persone. Quest'arte richiede che si sappia individuarne affinità di valori e di cultura, consentire che si incontrino, rafforzare la confidenza attraverso lo strumento della convivialità, biblico e dunque millenario luogo privilegiato del rapporto tra pari.

I legami, per essere virtuosi, devono essere legami di libertà, cioè quelli che vengono tessuti al di là del profitto e si radicano nel comune modo di essere, di percepire i valori dell'uomo, di perseguirli coerentemente.

Da questi legami nasce, nei casi più fortunati, l'amicizia, che è, tra i volti sociali, quello migliore, in cui più intensamente esprimiamo il nostro essere.

A Lamberto debbo la fortuna di averla incontrata più volte, in contesti professionali e in pause conviviali, così da superare ogni tanto le formalità che gli usi del tempo impongono.

Già il solo conoscerla è stato un modo per apprendere molte cose, di diritto e di umanità.

Nel diritto, professore, Lei è stato maestro. Ci siamo occupati un pomeriggio, a Udine, di diritto di famiglia e questioni patrimoniali: al mio incespicare sul tema dei trasferimenti immobiliari tra coniugi separati, Lei ha saputo, quel giorno, dare forma nobile, distinguendo le difficoltà reali, fondate sulle norme del codice, dagli inconvenienti pratici, che, come sappiamo, non dovrebbero risolvere gli argomenti, ma tante volte per noi, giudici di ogni giurisdizione, costituiscono asperità invalicabili.

Ricordo di quella sera la scoperta del suo linguaggio raffinato, una proprietà di termini, un controllo del vocabolario che non era fatuo esercizio di retorica, ma studio paziente dei concetti e intuizione del lemma che meglio li fa comprendere. Uno slogan dell'infanzia ci ha tramandato che basta una parola per identificare un prodotto; molta più sapienza è richiesta per maneggiare la terminologia giuridica in modo che chi ascolta, pur essendo meno colto e informato di chi parla, riesca a capire il senso del suo dire, a seguirne il

percorso, a non distrarsi, a restare avvinto.

Di questa esperienza culturale ho avuto sempre conferma e per questo con altri colleghi addetti alla formazione professionale dei magistrati abbiamo fatto ricorso a Lei per far trattare, nei corsi di aggiornamento, gli argomenti più vari. E fiocavano, ogni volta, i complimenti dei partecipanti per l'organizzazione del corso: probabilmente non gliel'ho mai detto, per non cadere in banale piaggeria, ma io e altri abbiamo tratto meriti che erano tutti Suoi. Il tempo era stato ben speso e sentirselo dire dalla platea dei colleghi (son sempre esigenti, i colleghi del nostro ramo, accademici e non) giova al bisogno di conferme che continuamente ci affligge.

Che piacere nel vedere che non ha mai abbandonato l'interesse per la materia delle locazioni, cimento iniziale di tanti giovani giudici. E l'ingrossarsi, nelle varie edizioni, del volume dedicato a questi studi documenta per me due cose cui son convinto che Lei abbia



pensato; la prima: l'attenzione per gli argomenti di approfondimento va calibrata sul reale loro interesse scientifico e sociale, prescindendo dalle mode e dalla redditività professionale. La seconda: una volta intrapreso uno studio, esso ci resta cucito addosso, come i primi amori, l'affetto per i nonni, o l'esame di maturità. Dunque per chi non solo ha studiato una materia, ma l'ha capita, non è possibile liberarsene all'improvviso e per sempre: essa rimane nella gerla che ci portiamo appresso, che quindi conviene riempire, quando si può, con nuove esperienze.

Questo Lei ha fatto anche a proposito del tema forse privilegiato della giovinezza, quel "contratto preliminare" trattato in un volume che, al primo volgere degli anni '70, ha dedicato alla memoria di suo Padre e che ha richiamato più volte nei suoi scritti, in enciclopedie e sulle riviste, quasi, mi piace credere, che proprio quella memoria volesse ogni volta onorare.

Questo volume è, dagli anni '80, nella biblioteca personale, ma per un riguardo che mi rammarico di aver avuto, non Le ho chiesto di firmarlo. Forse avrei beneficiato anche di uno dei suoi fulminanti pensieri, che collegavano concetti generali e istituti pratici.

Una prova? Lo studio, relativamente recente, sul nesso tra il contratto preliminare e la materia della pubblicità immobiliare. Come è bislacco il nostro gergo: per tutti, queste due parole evocano gli annunci economici per le compravendite delle case; per chi si dibatte tra i codici rappresentano il modo per far valere, con una trascrizione nei registri pubblici, l'acquisto di un bene immobile. Un problema complesso, che scorre con meandri sorprendenti, che siete in pochi a solcare con sicurezza. I suoi scritti sono anche in questo caso, per tutti noi, una tevah, una piccola arca che accoglie e custodisce i rotoli della legge.

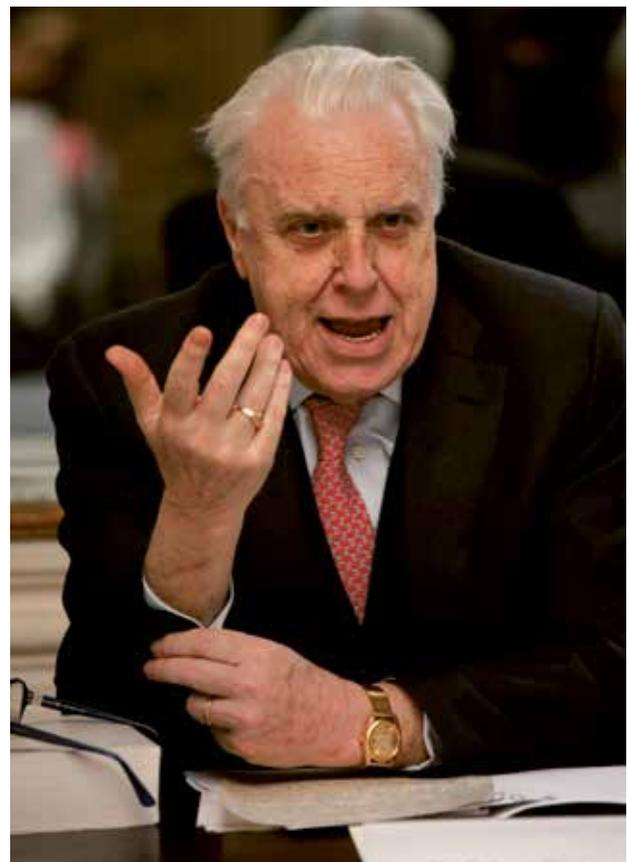
Tra le esperienze per me più intriganti della sua vita professionale c'è quella sul diritto delle assicurazioni: ho dovuto occuparmene poco sino ad adesso, ma è stato sorprendente rinvenire sulla rivista specializzata, che fino a qualche tempo fa la biblioteca magistrati della Corte raccoglieva (chissà se le ristrettezze del tempo presente hanno "tagliato" anche questo abbonamento?), alcuni suoi scritti, che ho avuto modo di utilizzare. Sempre corposi, probabilmente illuminati dalla capacità di coniugare il rigore del giurista con le riflessioni provenienti dall'esperienza nei consigli di amministrazione di grandi società.

E cosa dire delle pubblicazioni in tema di diritto successorio o societario? Ogni volta che è capitato di imbattermi in un suo lavoro ho potuto trarne beneficio. E gustare qualche sua ironica battuta da studioso del

"conflitto di interessi" nel nostro codice, istituto maltrattato nella vita politica di questi anni, tanto da far passare per rivoluzionario lo studioso che se ne curava con passione, il quale aveva sempre creduto di essere un mite liberale e non un socialista.

Non ha mai lasciato la sua Trieste, pur avendo consuetudine non solo con la Suprema Corte, in cui a lungo Le ha fatto da compagno di lavoro il suo amico e collega Paolo Vitucci, al cui nome certamente Le fa piacere essere accostato, ma con tutte le sedi forensi più autorevoli, massimamente arbitrali. È facile spiegarlo: l'equilibrio e la competenza generano fiducia e un arbitro caratterizzato dalla sua presenza godeva di prestigio e solidità della decisione.

Lavorando senza risparmio si è creato, immagino, anche alcuni amici. Il più intimo di essi è rimasto però Claudio Magris, scrittore e studioso che cultori di libri e lettori del Corriere amano moltissimo. Da lui, che ha riservato indimenticabili momenti a noi ammiratori veronesi, e che avremmo dovuto consolare, abbiamo avuto un conforto. Ci ha scritto che Lei si è allontanato con "incredibile fermezza e serenità", e che avete "riso insieme fino all'ultimo". È questo sorriso che ci resta innanzi, ennesima lezione di vita, anche nell'estremo definitivo congedo.



Sul contributo di Giovanni Gabrielli allo studio della pubblicità immobiliare

20

Al tema della pubblicità immobiliare è dedicata l'ultima trattazione monografica di Giovanni Gabrielli, apparsa nel 2012 nel *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco. È questa, con ogni probabilità, non soltanto la fatica, in termini letterari, più importante, per estensione, complessità e respiro complessivo, dello scorcio finale della sua parabola di studioso, ma anche l'opera che, per più di un aspetto, di quella parabola rappresenta il culmine. Il punto di arrivo, quasi necessario e ineluttabile, di un percorso d'indagine che egli aveva intrapreso molti anni addietro e che aveva onorato con innumerevoli saggi e scritti – che solo per convenzione oseremmo definire “minori” – dedicati all'argomento già a partire dagli anni '70, ed altrettanti interventi pubblici presentati in convegni o seminari. Si affaccia alla mente, solo apparentemente consolatorio, il pensiero che con quest'opera Giovanni Gabrielli abbia voluto siglare il suo passaggio nel mondo terreno con un ultimo, elegante, tratto di penna, quasi a porre un ideale sigillo – e che sigillo! – nel lungo e faticoso percorso a suo tempo iniziato. Ma è una consolazione poco più che passeggera, perché quel pensiero in verità acuisce, anziché lenire, il dolore per la sua prematura scomparsa, tanto più vivo in chi, come chi scrive queste righe, pur non avendo avuto l'onore di esserne allievo, ha, almeno per un breve tratto, con lui condiviso l'interesse per la complessa – e a tratti ostica – materia della pubblicità immobiliare, sì da attendere ogni suo nuovo contributo in argomento con febbrile curiosità, che veniva poi puntualmente ripagata dalla successiva lettura del contributo medesimo.

Come è d'uso, la trattazione del tema della pubblicità immobiliare è anche in questo caso preceduta, nelle primissime pagine dell'opera, da alcune parole di ringraziamento, con cui egli si rivolge ai suoi allievi, grato

per avere essi, “memori di lezioni, conferenze e discussioni”, “affettuosamente insistito” perché affrontasse prima o poi “lo sforzo di sistemar[n]e i risultati in un quadro organico e, per quanto possibile, compiuto”. Poche e semplici parole, che però, nella loro semplicità, molto dicono sul modo in cui Giovanni Gabrielli interpretava la sua missione di studioso.

Egli amava confrontarsi con temi tecnici e complessi, com'è quello della pubblicità immobiliare (e lo stesso potrebbe dirsi di altri temi da lui notoriamente prediletti: successioni, regime patrimoniale della famiglia, locazione, per tacer d'altri), ma amava farlo movendo dalla discussione di concreti casi, che traeva dalla vita vissuta o dalla realtà professionale, e che, letteralmente, si divertiva a sottoporre dapprima ai suoi più stretti collaboratori e amici, poi ai suoi studenti, per sperimentarne, nel dialogo con questi, le possibili traiettorie di risoluzione. Solo in un momento successivo si risolveva a portare le sue tesi all'attenzione di una platea più ampia, prima nelle occasioni pubbliche di discussione che di volta in volta gli si offrivano, e quindi, ma solo al termine di un più lungo percorso di affinamento dialettico, in scritti compiuti, che offriva al pubblico accademico e non, per lo più sotto forma di brevi, ma densi, articoli o saggi. Lo scritto accademico e, a più forte ragione, la trattazione monografica rappresentavano, dunque, per Giovanni Gabrielli, non una base di partenza, ma l'approdo, mai peraltro definitivo e incontrovertibile, di una discussione costantemente mantenuta viva nel tempo.

In ciò egli dimostrava la sensibilità di chi, da professore, esercitava però con piena soddisfazione anche la professione e non disdegnava, quindi, il lavoro “sul campo”, subendo, anzi, in tutta la sua forza, il fascino vitale delle umane contese e di quel continuo contrapporsi e ricomporsi di concreti interessi che è da sempre, allo stesso tempo, croce e delizia dell'avvocato, e, più in generale, alimento a cui si nutre (o perlomeno dovrebbe nutrirsi) la passione di ogni giurista per il diritto.

Il volume sulla pubblicità immobiliare è il frutto ultimo di questo paziente ed umile lavoro di costruzione dal basso, costellato, come si diceva, dai molti scritti, e dai non meno numerosi interventi in conferenze e convegni, volti ad anticiparne, in tutto o in parte, i contenuti: apparizioni, quest'ultime, che egli aveva dovuto diradare nei momenti più severi della malattia, ma a cui non aveva mai voluto completamente rinunciare, in esse cogliendo occasioni preziose per offrire il suo apporto alla discussione, che ne usciva, già solo per la profondità e l'autorevolezza di quel suo contributo, enormemente arricchita e vivificata. E tutti noi gliene siamo oggi grati, giacché non è certo un mistero quanto quelle apparizioni fossero attese e quale fascino esercitassero, su chi aveva la fortuna di assistervi, le impareggiabili doti oratorie che in esse puntualmente sfoggiava: doti affidate non ai comuni espedienti retorici, ma alla forza persuasiva dei nudi argomenti, inanellati semplicemente gli uni agli altri nella più stringente successione logica, e sottolineati soltanto, benché non ve ne fosse bisogno, dall'eloquio appassionato e dalle poche, sapienti, pause, volte a sortire l'effetto – questo sì, probabilmente ricercato ad arte – di far risaltare la voce vigorosa e possente dell'oratore. E della forza persuasiva che, con ben celata naturalezza, emanava da quella sua voce, che per tanto tempo ha risonato imperiosa nelle aule universitarie e nei consessi scientifici, vi è ampia traccia proprio in tante, belle pagine dell'ultima fatica dedicata alla pubblicità immobiliare. Perché, come tutti ricordano, nelle occasioni in cui si trovava a parlare in pubblico, mai Giovanni Gabrielli leggeva un testo preparato (anche se quel testo, ovviamente, esisteva), eppure il suo discorso era limpido e trasparente come la pagina stampata, sicché chiunque prenda in mano oggi i suoi scritti inevitabilmente ricava da tale lettura l'illusione di ritrovarvi, anzi di riascoltare in essi, quasi fosse imprigionato nei caratteri a stampa, proprio il suono inconfondibile di quella voce.

L'importanza di quest'ultima opera sul piano del contributo che essa offre alla razionale e sistematica organizzazione della materia, si coglie anche solo tenendo a mente ciò che, in avvio dell'indagine (alla pagina 2), l'autore stesso opportunamente ricorda, ossia che il pubblico servizio pubblicitario “non forma oggetto, negli ordinamenti giuridici della tradizione occidentale, di una disciplina generale, sul piano della struttura e della funzione”, sicché, a fronte di una

pluralità di discipline settoriali, non è “finora maturata quell'astrazione generalizzatrice che in altri campi consente risparmi di attività legislativa ed evita incoerenze non giustificabili razionalmente”. Sia pure con specifico riferimento alla sola pubblicità immobiliare, Giovanni Gabrielli è dunque consapevole di farsi carico, almeno per quel che può competere all'interprete, di una delicata esigenza di razionalizzazione, ben sapendo che non esiste settore del diritto che si sottragga all'interpretazione, neanche tra quelli che, in ragione di preminenti esigenze di certezza, sembrano più di altri fare appello, in chi è chiamato a dare applicazione alla norma, all'impiego dei più rigorosi tecnicismi logico-formali. Per lungo tempo il diritto della pubblicità immobiliare è parso immune alle pulsioni innovatrici che periodicamente attraversano ogni sistema giuridico, ma negli ultimi decenni ha anch'esso a tali spinte in larga misura ceduto, finendo per essere prepotentemente investito da un'evoluzione, nell'immediato “provocata” dal versante legislativo, ma in parte assecondata, e solo talora contrastata, anche dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Da un lato, si è registrata, infatti, l'attenzione crescente del legislatore per la pubblicità immobiliare, palesatasi in numerosi interventi, per lo più occasionali e scoordinati, affetti da tecniche legislative non sempre ineccepibili, susseguiti soprattutto a partire dalla fine degli anni '90 (per tutti, quelli in materia di trascrizione del contratto preliminare, degli atti di destinazione, degli atti di costituzione o trasferimento di diritti edificatori, degli atti costitutivi di vincoli di uso pubblico, dei provvedimenti di assegnazione della casa familiare), interventi a cui sempre più di frequente, e in forme sempre meno nascoste, il legislatore ha affidato anche il compito, di per sé del tutto estraneo alla pubblicità immobiliare, di tipizzare nuovi diritti (vedi i diritti edificatori) o nuove categorie di effetti negoziali (vedi la destinazione patrimoniale). Dall'altro, a questa evoluzione normativa ha fatto riscontro un rinnovato interesse da parte della dottrina, che non ha esitato a riprendere lo studio della materia, fino a mettere in discussione, anche traendo spunto da una giurisprudenza non sempre adeguatamente sorvegliata, alcuni dei pilastri della stessa, tra i quali, soprattutto, il principio tradizionalmente indiscusso, ma mai seriamente argomentato nelle sue fondamenta, di tassatività (o di tipicità, come pure si suole indicarlo) delle formalità pubblicitarie.

Un'evoluzione, questa, che, letta in senso retrospettivo, ha certamente dato ragione a chi, come appunto Giovanni Gabrielli, aveva sempre affermato (in conso-

nanza, per la verità, con alcuni tra i più illustri maestri del passato) la centralità di questo settore del diritto privato, da alcuni immotivatamente giudicato arido e infecondo, ma in cui egli con lungimiranza intravedeva un ramo tra i più vitali ed essenziali dell'ordinamento.

Va subito sottolineato che, con specifico riguardo all'aspetto forse più vistoso di questa evoluzione, rappresentato dal progressivo incrinarsi del dogma del numero chiuso delle formalità pubblicitarie, Giovanni Gabrielli rimane fedele alla posizione più tradizionale, difendendo il sistema della pubblicità immobiliare da quelle proposte più radicali che, ove accolte, rischierebbero di insidiarne alla base la funzione, indiscutibilmente legata all'esigenza di garantire la certezza nella circolazione giuridica immobiliare.

Non sarebbe corretto, tuttavia, né generoso definire la sua come una posizione rigidamente conservatrice, insensibile all'evolversi dello "spirito", come si suole dire con formula suggestiva, "del tempo". Innanzitutto, perché gli argomenti su cui fonda la tesi del numero chiuso delle formalità pubblicitarie, vengono dal Gabrielli non semplicemente riproposti in modo acritico, ma, tutt'al contrario, vengono indagati nel profondo, con un'analisi ben più articolata e solida di quanto (pur con lodevoli ed autorevoli eccezioni) non fosse stato fatto da chi lo aveva preceduto, e quegli argomenti vengono anche opportunamente aggiornati, in particolare li dove si propone un'attenta distinzione tra i casi in cui la pubblicità è imposta come onere per il conseguimento di un effetto vantaggioso per colui che la compie (nei quali la tassatività si giustifica in ragione dall'eccezionalità delle norme impositive di oneri, in quanto limitative di effetti che altre norme consentono ai privati di realizzare senza alcuna condizione ulteriore, e, quindi, in definitiva, perché volte a restringere l'autonomia privata) e quelli in cui la pubblicità è invece imposta soltanto come obbligo nell'interesse generale alla conoscibilità di determinati fatti (e nei quali a far propendere per la tassatività inducono soprattutto altri argomenti, ancorché in buona parte validi anche nel primo ordine di casi, il principale dei quali si fonda sul principio di legalità che governa l'agire della pubblica amministrazione, a cui compete la tenuta dell'apparato pubblicitario immobiliare). Ma agli argomenti classici, ancorché opportunamente affinati ed aggiornati, Giovanni Gabrielli, consapevole anche dei più recenti sviluppi del dibattito in questa materia, ne aggiunge di altri e di nuovi, tra i

quali spicca, per la sua importanza crescente, quello che egli ritiene di poter desumere dalle norme volte alla protezione della riservatezza dei dati personali, lì dove queste consentono sì, ai soggetti pubblici che acquisiscono dati personali diversi da quelli "sensibili" e "giudiziari", il trattamento dei dati medesimi, ma solo, si avverte, per lo svolgimento delle "funzioni istituzionali" dei soggetti medesimi, l'estensione delle quali, in virtù del già richiamato principio di legalità dell'attività della pubblica amministrazione, è da intendersi "rimessa a fonti normative, non già a determinazioni del singolo ufficio" (pagina 55).

Anche in questo ambito Giovanni Gabrielli è, a ben vedere, mosso non da irriflessa fedeltà ad impostazioni dogmatiche tramandate dal passato, ma dall'esigenza, tutt'altro che formale, di mettere correttamente in funzione gli strumenti che la legge pone a disposizione dell'interprete nello svolgimento dell'attività ermeneutica: dall'interpretazione teleologica e sistematica – e, quindi, innanzitutto, interpretazione conforme ai principi costituzionali – della norma, all'analogia, disponibile, beninteso, solo lì dove l'interpretazione in senso proprio da sola non può arrivare.

La fedeltà al metodo ermeneutico e la profonda conoscenza dei limiti in quest'ambito imposti dall'ordinamento all'interprete, che non li può manipolare a suo piacimento, sono dunque le premesse che consentono a Giovanni Gabrielli di selezionare con equilibrio e misura il buono anche nelle tesi dottrinali o giurisprudenziali da lui più distanti, nonché di sdrammatizzare, per quanto possibile, la reale portata dei contrasti dogmatici o ideologici, riportandoli sul piano delle effettive ricadute pratiche, nel quale non di rado le divergenze si stemperano.

E così, la chiave di tutto il discorso di Giovanni Gabrielli in difesa del principio del numero chiuso delle formalità pubblicitarie, in definitiva riposa, in ossequio al criterio dell'interpretazione teleologica, sullo scopo ultimo a cui il sistema pubblicitario immobiliare risponde, sul presupposto, dunque, che (come ci ricorda a pagina 57), "l'ammissione di segnalazioni facoltative determinerebbe disorientamento e incertezza, ponendosi così in contraddizione con la stessa ragion d'essere di un apparato di pubblicità legale".

Avverte, però, l'autore, coerente con le sue salde premesse di metodo, che la tassatività, e quindi l'inesistenza in via analogica delle norme che impongono formalità pubblicitarie come oggetto di oneri o di obblighi, non precludono l'applicazione dei comuni criteri ermeneutici, compresa l'interpretazione costituzionalmente conforme, la quale può, in questo



ambito, condurre ad un uso anche consistente, ma certo non spregiudicato, dell'interpretazione estensiva. Com'egli (a pagina 47) ci insegna, l'esigenza dell'interpretazione estensiva appare, infatti, "in più casi evidente, essendo suggerita all'interprete dalla necessità di evitare discriminazioni irragionevoli di trattamento: necessità, quindi, di un'interpretazione, oggi si direbbe, costituzionalmente orientata" (affermazione, questa, alla quale fa seguito una nutrita elencazione di esempi concreti di interpretazione estensiva, recepiti dalla prassi o comunque fondatamente sostenibili in via interpretativa). Vi è il rischio, certo, e Giovanni Gabrielli ne è consapevole, che l'interprete cerchi di "contrabbandare come interpretazione estensiva operazioni allarganti la portata delle singole norme che impongono l'onere della pubblicità al di là ... di ogni possibile significato del testo", e tuttavia questa avvertenza non preclude il ricorso allo strumento, ma solo impone "di usare prudenza, sì da limitare le estensioni, escludendole nei casi in cui soltanto l'identità di *ratio* le solleciti, senza ulteriore confronto né nell'ambiguità del testo né nell'evidenza di una contraddizione all'interno del sistema".

Non v'è chi non colga l'equilibrio e la ragionevolezza di queste conclusioni, illuminate dalla ragione di chi, con la consumata esperienza ereditata dai maestri del passato, padroneggia alla perfezione i meccanismi

di funzionamento del sistema e, su tali basi, bene sa quindi come rifuggire, e con fermezza, da quelle posizioni che, più inclini agli eccessi del formalismo e del dogmatismo, sortiscono invece il risultato di elevare il sistema della pubblicità immobiliare a baluardo del più severo *strictum ius*, suscettibile solo di interpretazioni rigorosamente restrittive e totalmente impermeabili ai dettami della Costituzione e alle tensioni evolutive dell'ordinamento.

Ma v'è dell'altro.

Nel pensiero di Giovanni Gabrielli, lo scopo del sistema pubblicitario non fornisce soltanto la chiave di lettura di quel sistema ma segna, coerentemente, anche il limite della tassatività delle regole di cui esso si compone, nel senso che una siffatta tassatività non potrà mai trasformarsi, con una sorta di eterogenesi dei fini, da strumento per esaltarne la piena funzionalità in un grimaldello atto a minarne in radice la stessa funzionalità.

Di qui, dunque, il riconoscimento di vere e proprie, e tutt'altro che irrilevanti, eccezioni al principio del numero chiuso delle formalità pubblicitarie, fondate sul difetto, nel caso specifico, di quelle stesse esigenze su cui la tassatività si giustifica.

Lì dove, in particolare, è la mancanza, nei registri immobiliari, di una segnalazione, in quanto non espressamente prevista dalla legge, a porsi come fonte di disinformazione, allora, sul principio del numero chiuso delle formalità pubblicitarie viene ad imporsi altro e prevalente principio: quello, con espressione mutuata da altri, detto "di verità". Ciò vale in ispecie, ci insegna Gabrielli, per le formalità accessorie (cancellazioni, ma anche, almeno in alcuni casi, annotazioni), rispetto alle quali il principio di tassatività non vale, perché contraddirebbe la sua funzione: "ogni qual volta si manifesta l'esigenza di modificazione suscitata da difformità fra il contenuto di una segnalazione già esistente e la realtà giuridica, essa dev'essere soddisfatta, anche in assenza di disposizione di legge, in ossequio a quello che espressivamente è stato chiamato "principio di verità", principio il quale impone di riconoscere l'ammissibilità non soltanto di cancellazioni ma anche di annotazioni non previste dalla legge (salvo che si tratti di annotazioni imposte dalla legge come onere per il conseguimento di un effetto vantaggioso per colui in favore del quale esse devono eseguirsi)". E ciò in quanto "se i dati resi conoscibili non corrispondono alla realtà, o per vizio originario del-

la segnalazione o per l'evoluzione della realtà stessa, l'apparato pubblicitario non assolve la funzione per cui esiste, convertendosi in strumento di disinformazione" (così alle pagine 57 e 58).

Ma, ed è forse questo un profilo meno esplorato della sua figura di studioso, Giovanni Gabrielli, non esitava a porsi, in talune, significative questioni, controcorrente, proponendo soluzioni che non si avrebbe timore a definire, almeno sotto alcuni profili, finanche rivoluzionarie.

A chi volesse averne una conferma, basti scorrere le pagine di un suo scritto di ventisei anni fa (*Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 448 ss.), richiamato anche nel più recente volume monografico, in cui egli proponeva un'interpretazione consapevolmente radicale del disposto dell'art. 2644 c.c., fondata però su un'approfondita conoscenza di altre esperienze europee (segnatamente, quelle belga e francese: esperienze, di cui, insieme a quella tedesca e mitteleuropea in generale, era profondo conoscitore ed estimatore), giungendo ad ipotizzare che la mala fede del secondo acquirente che trascriva per primo pur conoscendo l'esistenza di una precedente vendita, potesse rendere invalida la trascrizione, ancorché prioritaria nel tempo, e dunque impedire a costui di opporre il proprio titolo d'acquisto nel conflitto con il primo acquirente e tardivo trascrivente. La tesi era argomentata movendo, anche in questo caso, dal fondamento della regola, che deve ritenersi venire meno, rilevava Gabrielli, nel momento in cui si dimostri che il secondo acquirente fosse a conoscenza della precedente vendita, perché (come ci ricorda anche a pagina 72 della più recente trattazione monografica), se "il fondamento della precarietà degli effetti degli atti non resi pubblici sta nell'esigenza di tutelare l'affidamento di successivi acquirenti dal medesimo dante causa, i quali possono avere contato sulla persistenza in capo a lui del potere di disposizione, per essere rimasto occulto l'esercizio già consumato di quest'ultimo", da ciò dovrebbe a rigore discendere che "la priorità della pubblicità non giova all'acquirente successivo che sia in mala fede, conoscendo la già intervenuta consumazione del potere dispositivo del dante causa". Giovanni Gabrielli è perfettamente consapevole che a ciò si è opposto, e tutt'oggi si oppone, un orientamento giurisprudenziale e dottrinale pressoché granitico, che nega rilevanza allo stato psicologico dell'acquirente successivo e ciò

fa sulla scorta dell'assenza, nel testo dell'art. 2644 c.c., di alcun riferimento a tale elemento come possibile limite all'operare del criterio selettivo dato dalla priorità temporale della formalità pubblicitaria, ma si tratta di un orientamento che egli giudica all'evidenza "formalistico", fondato qual è sull'esigenza, in sé alquanto fragile, "di prevenire un 'contenzioso lungo e difficile', generatore di incertezza". Un orientamento che finisce per rendere del tutto "isolato nel contesto europeo il modo di operare in concreto del sistema pubblicitario immobiliare del nostro codice civile", laddove l'accoglimento della conclusione opposta avrebbe potuto rendere l'ordinamento italiano più conforme "a quelli affini da cui è derivato": com'egli ci ricorda, "sia per diritto belga che per diritto francese la prevalenza è assicurata, infatti, bensì a chi trascrive per primo, purché però *sans fraude*". La tesi, ancorché radicale, era lungimirante, nella misura in cui, ove accolta, avrebbe avuto il pregio di disinnescare alla radice le innumerevoli questioni in merito alla risarcibilità del danno derivante dalla trascrizione prioritaria, compiuta in mala fede, del secondo acquisto.

Com'è noto, la storia è andata però diversamente, perché la giurisprudenza ha preferito imboccare proprio quest'altra strada, seppur impervia, affermando, a partire dal 1982, la responsabilità sul piano risarcitorio del secondo acquirente che abbia profittato della prevalenza assicurategli dalla priorità della trascrizione in suo favore. In questo modo, ci ricorda sempre Gabrielli, la giurisprudenza ha inteso porre rimedio "alla lesione del sentimento di giustizia che il riferito orientamento formalistico comporta", con una soluzione, tuttavia, non priva, ma anzi foriera di ulteriori, e forse ancor più gravi inconvenienti, sui quali la pressoché sterminata letteratura successiva si è ampiamente, e con esiti alterni, cimentata (pur a fronte di un riscontro pratico, sul piano dell'effettiva ricorrenza di simili pretese risarcitorie, assai circoscritto, forse a dimostrazione che il ripristino del sentimento di giustizia che il rimedio risarcitorio avrebbe dovuto assicurare è per lo più solo declamato, ma non è garantito in modo veramente effettivo da quel rimedio).

Rileggendo, oggi, queste riflessioni, viene da chiedersi se le sempre più frequenti emersioni giurisprudenziali di un ampio divieto di "abuso del diritto" (in cui riecheggia, in versione aggiornata, l'antica massima *fraus omnia corrumpit*), che predicano, per tale generalissimo principio, ad un tempo, il radicamento, in uno col canone della buona fede, nel principio costituzionale della solidarietà sociale, e, sul piano rimediale, l'ap-



plicabilità, in aggiunta o in alternativa al risarcimento del danno, del rimedio del diniego di effetti all'atto di esercizio abusivo (talora fondato sullo storicamente strumento contiguo dell'*exceptio doli*), non possano legittimare un recupero, in nuova prospettiva, della vitalità insita nell'intuizione originaria del compianto maestro.

Fine a che punto potrebbe dirsi, infatti, conforme a buona fede (e al superiore imperativo della solidarietà sociale) il comportamento di chi, nell'esercitare il diritto di trascrivere che la legge astrattamente gli riconosce, lo faccia nella consapevolezza (o nell'ignoranza derivante da sua colpa grave) di arrecare un pregiudizio ad altro, precedente acquirente? Il passo verso l'applicazione a un caso di questo tipo del rimedio dell'inefficacia, anche, ad esempio, consentendosi al secondo trascrivente di opporre l'*exceptio doli* per paralizzare l'efficacia della prioritaria trascrizione del secondo acquisto, è dunque breve, o quanto meno astrattamente non arbitrario. E alla possibile obiezione che una soluzione sì congegnata verrebbe a pregiudicare la certezza della circolazione immobiliare, si potrebbe forse replicare osservando che non è intrinsecamente diversa, sul piano del risultato pratico

finale, l'incertezza che deriva dall'applicazione del rimedio risarcitorio, anch'esso ancorato al presupposto ambiguo (e in concreto assai variamente inteso) della mala fede; o, in alternativa, si potrebbe obiettare che non si vede come l'esigenza di certezza del diritto possa prevalere sull'istanza di correttezza e buona fede anche nell'ambito delle relazioni giuridiche immobiliari, a sua volta espressione, secondo l'ormai consolidato argomentare delle nostre Corti, del principio costituzionale di solidarietà. Senza aggiungere che nei richiamati ordinamenti belga e francese, in cui quella soluzione esiste da tempo, non sembra che essa abbia portato sconquassi o abbia seriamente insidiato la fiducia degli operatori nella sicurezza dei trasferimenti immobiliari. D'altronde, la stessa regola risarcitoria, proclamata dalla giurisprudenza fin dal 1982, segna, in definitiva il superamento consapevole, sia pure con effetti solo sul piano risarcitorio, del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* (ce lo ricorda lo stesso Gabrielli alla nota 9 di pagina 79), sicché non è certo impensabile immaginare che, proseguendo su quella stessa linea, un interprete particolarmente sensibile allo "spirito dei tempi" possa sentirsi legittimato a concludere che, dall'atto di abusivo esercizio del diritto

to di trascrivere, possa derivare, prima ancora che la responsabilità, la stessa impossibilità per l'acquirente in mala fede di avvalersi degli effetti che in suo favore la legge riconnette alla trascrizione.

Sono, questi, solo alcuni tra i tanti stimoli alla riflessione che la lettura delle dense pagine di Giovanni Gabrielli in materia di pubblicità immobiliare suggerisce, che siano, a sollecitarli, le pagine più lontane nel tempo, ma già anticipatrici di una più ampia visione sistematica, ovvero quelle, di più fresca pubblicazione, che sono contenute nel volume del *Trattato Sacco*, e che a quella visione hanno dato forma compiuta e,

ormai, definitiva. Quanto è vivo, tuttavia, il rimpianto per l'impossibilità di sottoporre ora queste brevi notazioni, qui espresse solo nella veste di sparse ed informi suggestioni, al severo, ma affettuoso, vaglio critico di colui che, con la sua voce autorevole, le ha con i suoi scritti idealmente provocate!

Rimane, se mai potrà bastare, il conforto dato dal sapere che questi, e molti altri motivi di riflessione presenti nell'opera di Giovanni Gabrielli, troveranno, ne possiamo essere certi, in tanti studiosi e professionisti che al suo insegnamento si sono negli anni formati, un terreno pronto a raccogliarli e che ad essi saprà riconoscere, anche negli anni a venire, lo spazio e l'importanza che indiscutibilmente meritano.

GIOVANNI GABRIELLI

Operazioni su derivati: contratti o scommesse?

La norma dell'art. 23, 5° comma, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), dispone che alle operazioni su strumenti finanziari derivati, in quanto compiute nell'ambito della prestazione di servizi e attività di investimento, non si applica la regola dell'art. 1933 c.c.: la regola cioè, generale ed antica, per cui "non compete azione per il pagamento di un debito da... scommessa", ferma soltanto l'inammissibilità della pretesa alla restituzione di quanto spontaneamente pagato.

La norma della legge speciale, che riprende precedenti conformi nella disciplina settoriale dell'attività finanziaria, è evidentemente diretta ad attribuire ai contratti su derivati piena rilevanza giuridica, togliendoli dalla marginalità in cui li relegherebbe il trattamento alla stregua di scommesse. L'intervento legislativo si spiega, in quanto la sostanziale natura di scommessa, riconoscibile in tali accordi, è rilevata da tempo dalla dottrina giuridica, sia pure non senza contrasti, ed è stata talvolta affermata anche dalla giurisprudenza, statuendo che ad essi non è sottesa una giustificazione causale idonea a fonderne la piena tutela da parte dell'ordinamento. È opportuno sottolineare, per rispondere a chi agiti preoccupazioni di isolamento intellettuale, che l'orientamento appena ricordato non si è manifestato soltanto nell'esperienza giuridica italiana: il codice civile tedesco, con la norma del §764, ha equiparato le operazioni differenziali al giuoco o scommessa, con conseguente identità di trattamento; la *House of Lords britannica*, con decisione del 1991, ha statuito l'inammissibilità di tali operazioni, in quanto speculative, da parte degli enti pubblici locali.

È vero che la citata norma del B.G.B. tedesco è stata abrogata, con effetto dal 1° luglio 2002, da una disposizione di legge speciale (art. 9 della quarta legge di promozione del mercato finanziario) analoga a quella del nostro TUF; ma è vero anche che nel più autorevole dei commentari del B.G.B. si legge il rilievo secondo cui la deroga così introdotta non può non suscitare per-

plexità, sotto il profilo della disparità di trattamento, anche sul piano della legittimità costituzionale.

L'intervento legislativo, diretto a sancire la piena rilevanza giuridica delle operazioni stesse, è stato indubbiamente imposto dal fenomeno della globalizzazione, che ha reso imperiosa l'esigenza di conformare l'ordinamento del mercato finanziario interno a quello di altri paesi di civiltà giuridica affine, come è stato detto. Il modo di tale intervento tuttavia comporta, inevitabilmente, la conseguenza di fare ritenere che il trattamento degli accordi su derivati sia in generale negativo, ad essi potendo riconoscersi soltanto la limitata rilevanza di cui all'art. 1933 c.c. fuori dell'ambito settoriale della prestazione di servizi di investimento: compete azione, a tutela delle pretese fondate su questi accordi, soltanto se almeno una delle parti è un intermediario finanziario debitamente autorizzato. La conclusione, indotta dall'impostazione dell'art. 23, 5° comma, TUF, conduce ad equiparare gli intermediari finanziari, allorché concludono accordi su derivati, ai soggetti autorizzati a gestire giochi e scommesse, ad uno dei quali (i gestori di lotterie) fa riferimento l'art. 1935 c.c., mentre altri sono tassativamente indicati da leggi speciali.

Tale equiparazione, oltre che non gradevole, verosimilmente, per gli intermediari finanziari, sarebbe eccessiva, se affermata in termini generali, come è deducibile dalla formulazione dell'art. 23, 5° comma, TUF. Occorre invero ricordare che i contratti su derivati si sono sviluppati come risposta di mercato all'esigenza, avvertita da numerosi operatori, di coprire rischi: rischio di variazione nel tempo del tasso di interesse o del corso di cambio fra valute o del prezzo di valori mobiliari o materie prime. Se concluso per soddisfare tale esigenza, non può negarsi che al contratto su derivati sia sottesa una giustificazione causale idonea a fonderne la piena rilevanza giuridica: una giustificazione causale che, accostandolo, sia pure senza sovrapporlo, al contratto di assicurazione, si di-

stingue da quella, meramente lucrativa ed affidata alla sorte, che è propria della scommessa. Ma alcuni vanno oltre: il contratto su derivati meriterebbe piena tutela, distinguendosi dalla scommessa, anche in difetto dell'esigenza di copertura di un rischio corso da uno dei contraenti. In ogni caso, invero, tale contratto, sostituendo l'investimento diretto in valute, titoli o materie prime, svolgerebbe una funzione utile di informazione sull'andamento futuro delle quotazioni, così aumentando l'efficienza dei mercati.

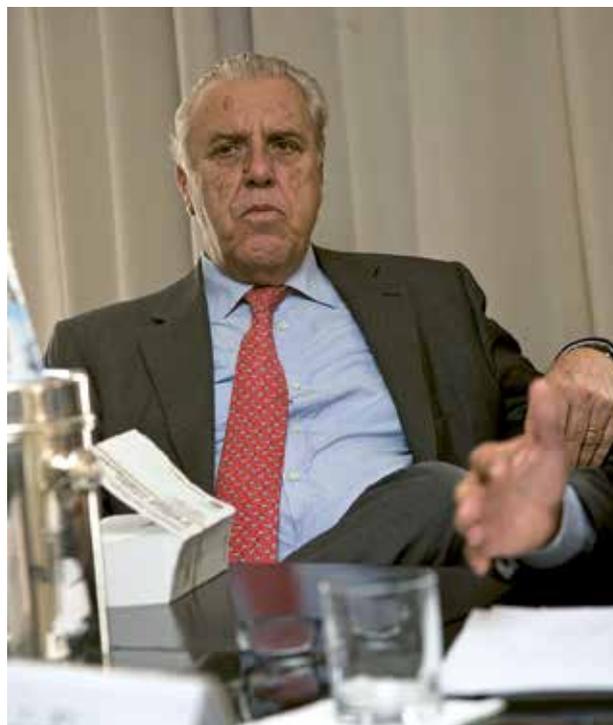
È proprio questo il punto nodale: se la speculazione, ossia la scommessa sul futuro andamento dei prezzi, meriti di venire sottratta al trattamento generale delle scommesse, stabilito dalla norma dell'art. 1933 c.c.. Un'approfondita riflessione recente – non certo tenera nella valutazione del modo attuale di regolazione, o piuttosto deregolazione, del mercato dei derivati – muove tuttavia da una risposta affermativa all'interrogativo appena posto. Sarebbe la logica della “razionalizzazione” a consentire di distinguere fra speculazione e scommessa.

Lo speculatore compie, bensì, una scommessa, ma su base razionale o quanto meno “razionalizzabile”, sicché, se vince, è per aver avuto una “migliore padronanza” dei dati disponibili, mentre lo scommettitore vero e proprio vince per pura fortuna. Il contributo utile dello speculatore sta, quindi, nell'immissione nel sistema di “ricchezza informativa”: il prezzo di mercato dei rischi è la risultante di una serie di contributi di “ricchezza informativa”.

Non riesco a non manifestare scetticismo sulla distinzione. Quel che sarà in futuro dipende da un così grande numero di variabili – molte delle quali da qualificarsi, oltre tutto, come fatti straordinari e imprevedibili – da rendere insuscettibile di valutazione razionale la previsione fondata sui dati attualmente disponibili.

Piuttosto che la natura, razionale o no, della previsione, è l'oggetto della scommessa che può indurre il legislatore a derogare alla regola generale della menomata rilevanza giuridica di questa. Ne abbiamo un esempio, presso di noi, nelle scommesse sull'esito di competizioni sportive, con riguardo alle quali la norma dell'art. 1934 c.c. consente al vincitore di pretendere la posta, pur prevedendo il potere del giudice di respingere o ridurre la domanda fondata sulla scommessa, qualora la posta sia eccessiva.

Sembra utile ricordare in proposito ciò che è stato messo in evidenza in un trattato recente sui contratti di giuoco e scommessa, per giustificare il trattamento di favore, sia pure limitato, che la legge riserva a quel-



li che si riferiscono a competizioni sportive: l'elevato rischio sociale, da sempre avvertito intorno al fenomeno ludico come occasione di perdite pecuniarie, si attenua fortemente, di regola, se la scommessa riguarda il risultato di un evento sportivo, perché in questo caso l'esaurimento dell'energia dei partecipanti e la durata in ogni caso limitata dell'evento stesso riducono il pericolo di aumento progressivo della posta o di immediata reiterazione della partita, che frequentemente si manifesta invece in altri casi, come per esempio nei giochi di carte.

Come insegna l'amara esperienza di tanti in anni recenti, proprio questo pericolo si manifesta con forza, invece, nel caso della speculazione, ossia della scommessa sul futuro andamento di prezzi, compreso quello del danaro.

A prescindere dai risultati dell'analisi economica sugli effetti della speculazione, il rischio sociale deve essere tenuto in conto dall'ordinamento giuridico, se è vero che le risposte normative non possono ispirarsi esclusivamente all'obiettivo di ciò che giova al mercato.

La conclusione di queste note è duplice.

Da un lato, sembra da riconoscersi che i contratti su derivati dovrebbero avere piena rilevanza giuridica, anche se conclusi fra parti nessuna delle quali sia un intermediario finanziario: occorre ed è sufficiente che essi siano sorretti da una giustificazione causale diversa da quella della mera scommessa, com'è la funzione di copertura del rischio.



Questa prima conclusione, pur importante sul piano di principio, ha scarso rilievo pratico, poiché non è e non può essere frequente la conclusione di contratti su derivati fra soggetti, diversi dagli intermediari, portatori di speculare interesse alla copertura di un rischio.

Assai più importante, sul piano applicativo, sembra una conclusione de iure condendo, relativa ai contratti su derivati conclusi con intermediari finanziari. L'illimitata rilevanza giuridica riconosciuta a tali contratti sulla sola base della qualità soggettiva di uno dei contraenti sembra meritevole di ripensamento. Tale rilevanza dovrebbe essere limitata anche in relazione al dato oggettivo della giustificazione causale. Non attraverso lo strumento illiberale del divieto, ma in forza di quello del diniego di azione in giudizio. Potrà contarsi sulla piena tutela dell'ordinamento soltanto se il contratto sia stato concluso per l'obiettiva esigenza di coprire un rischio. Non sembra eccessivamente gravoso l'onere, da imporsi all'intermediario, di accertare previamente tale esigenza, facilmente desumibile da dati oggettivi.

Alcune indicazioni bibliografiche:

- **B. Inzitari**, *Swaps* (contratti di), in *Contr. Impr.*, 1988, p. 597 ss.
- *House of Lords*, 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 309, con nota di **G. Catalano**, "Swaps": pregiudizi inglesi e (prospettive di) disciplina italiana.
- **E. Ferrero**, *Contratto differenziale*, in *Contr. Impr.*, 1992, p. 425 ss.
- *Trib. Milano* (ord.), 21 febbraio 1995, e *Trib. Milano* (ord.), 11 maggio 1995, in *Giur. comm.* 1996, II, p. 79, con nota di **N. Squillace**, *La legge 2 gennaio 1991, n. 1, e i contratti di "swap"*.
- **F. Bochicchio**, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.* 1996, I, p. 593 ss.
- **Lodo** (Casella, Schlesinger e Costi) 19 luglio 1996, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 559, con nota di **G. Capaldo**, *Contratto di swap e gioco*.
- **F. Caputo Nasseti**, *I contratti derivati di credito; il "credit default swap"*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 103 ss.
- **G. Capaldo**, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratti di swap*, Milano, 1999.
- **M. Perrini**, *I contratti di "swap" nella recente giurisprudenza arbitrale*, in *Dir. comm. int.* 1999, p. 63 ss.
- **L. Balestra**, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto commerciale* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2004, p. 216 ss.
- **E. Pagnoni**, *Contratti di "swap"*, ne *I contratti del mercato finanziario* a cura di E. Gabrielli e Lener, II, Torino, 2004, p. 1077 ss.
- **M. Paradiso**, *Giuoco, Scommessa, Rendite*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2006, pp. da 38 a 63 e da 92 a 97.
- **N. Engel**, in *Staudinger B.G.B.*¹⁴, 2008, §764, p. 415 s.
- **E. Barcellona**, *Note sui derivati creditizi: "market failure" o "regulation failure"?*, in corso di pubblicazione in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I.



ARMANDO TESTA

PUNT E MIES

DEBORA CREMASCO

Un ricordo

Era la serata organizzata per festeggiare l'uscita ed il successo del libro di Martin Bell ed era anche l'ultimo di carnevale.

L'invito prevedeva che i partecipanti vestissero i panni di un autore o di un personaggio letterario.

Quella sera si sono quindi presentati Fedor Dostoevskij ed il grande Gatsby, Marjanne Satrapi e Robert Musil, Carlo Goldoni e Dino Campana. E molti altri ancora. Io ero madame de La Fayette o il suo personaggio la principessa di Cleves.

Mano a mano che gli invitati entravano nel salone del Desco, al cui centro era preparato il grande tavolo imperiale, l'atmosfera si ravvivava e si mescolavano costumi di nobili e plebei, di epoche e culture diverse e lontane. Apparivano così il contadino e il nobile veneziano, il pescatore e la gran dama, il monaco, il pittore e la donna velata.

Ognuno cercava di indovinare l'identità degli altri commensali ed alla fine, nel gioco dello svelamento, solo la filosofa Adriana Cavarero e il poeta Alberto Tomiolo riuscivano a decifrare tutti gli indizi e a rivelare i personaggi.

Quando entrò nella sala il prof. Gabrielli ci stavamo reciprocamente scattando delle foto, lui ci guardò divertito e avvicinandosi con un sorriso tra il sornione ed il beffardo mi disse che voleva anche lui una foto con il mio personaggio. Lo guardai un po' meravigliata, ma mi misi in posa.

È così che mi piace ricordare Giovanni Gabrielli, un misto di ironia e di compiacimento per la vita e le cose anche frivole unito ad un estremo rigore intellettuale e ad una grande professionalità.

Di Gabrielli mi ha sempre colpito come la formalità ed il distacco che lo contraddistinguevano nei rapporti professionali si trasformassero in leggerezza forbita ed elegante fuori dalle sedi istituzionali.

Questo suo tratto divertito e divertente nulla toglieva alla raffinata intelligenza e alla profondità del pensiero, alla capacità di analisi giuridica (e non solo) ed alla grande cultura.

E ancora ricordo, come lezione a tutti gli avvocati

giovani e meno giovani, a volte frettolosi e apparentemente oberati di lavoro, quanta diligenza mettesse quando svolgeva la professione, con quanto anticipo preparasse gli atti e pretendesse che i contributi degli altri professionisti gli fossero inviati, per fare in modo che i testi potessero essere letti, meditati, eventualmente corretti ed infine licenziati.

E anche quanta preparazione e studio vi fosse per ogni udienza o seduta arbitrale.

Con ciò dimostrando di non ritenere sufficiente il sapere, l'intelligenza e l'intuizione, ma come invece, per fare bene la professione (così come molte delle cose umane), serva impegno e dedizione.

Sapere che si poteva contare sul suo parere o anche solo sul suo consiglio (che non negava mai) per le questioni più complicate era un conforto e una fonte di sicurezza.

La sua perdita fa sicuramente perdere a me, come a molti altri di noi, un punto di riferimento.

Giovanni Gabrielli è stato un grande esempio di ciò che si pensa possa essere un grande avvocato ed un grande giurista.





LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

MILANO

Via Fatebenefratelli 10, 20121
Tel. 02.76316831 - Fax. 02.76398627

ROMA

Palazzo delle Assicurazioni Generali di Venezia
Piazza Venezia 11, 00187
Tel. 06.6991603 - Fax. 06.6991726

VERONA

Palazzo Canossa
Corso Cavour 44, 37121
Tel. 045.8036115 - Fax. 045.8034080

VICENZA

Palazzo Franceschini Piovene
Contrà Porti 24, 36100
Tel. 0444.547898 - Fax. 0444.320600

VENEZIA

Santa Croce, 420/a, 30135
Tel. 041.5322799 - Fax. 041.5310262

www.studiolambertini.it

L'acquerello in copertina è opera di Francesco Arduini