

L'IPOTECA FISCALE TRA INTERPRETAZIONE CREATIVA E POLITICA DEL DIRITTO

DI ANDREA AGNESE

Con quattro recenti pronunce¹, la Corte di Cassazione ha preso posizione su un problema controverso nella giurisprudenza, di legittimità come di merito, inerente la revocabilità, o meno, in sede di fallimento dell'ipoteca costituita, in danno del contribuente, dall'amministrazione fiscale a garanzia di un proprio credito.

La cennata questione presuppone la previa risoluzione di un quesito, logicamente preliminare, attinente la natura della medesima ipoteca iscritta dal fisco a garanzia del proprio credito.

Occorre pertanto ricordare le possibili tipologie di ipoteca, per poi passare a esaminare la disposizione della legge fallimentare che statuisce in materia di revocabilità di garanzie reali non consolidate.

Con riferimento al primo aspetto, astrattamente sono possibili tre soluzioni, ricavate dalle disposizioni codicistiche in materia di ipoteca. Il codice civile enumera infatti tre tipi di ipoteca (art. 2808, comma 3°, c.c.): legale, giudiziale e volontaria².

L'ipoteca legale (artt. 2817 cc.) è prevista in favore dell'alienante e del condividente, rispettivamente, sugli immobili alienati per l'adempimento degli obblighi che derivano dall'atto di alienazione; nonché sugli immobili assegnati ai condividenti ai quali incombe l'obbligo di pagamento dei conguagli delle rispettive quote. In passato beneficiava di ipoteca legale, infine, anche lo Stato, sui beni dell'imputato e della persona civilmente responsabile. Successivamente, l'art. 218, comma 1°, c.p.p. ha espressamente

¹ Cass. 01.03.2012, n. 3232; Cass. 05.03.2012, n. 3397 e n. 3398; Cass. 18.05.2012, n. 7911.

² Sull'evoluzione storica dell'ipoteca in linea con la necessità di contemperare le opposte esigenze della tutela del credito e della libertà di circolazione dei beni, in generale, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II,2, Padova, 2004, 513; specificamente, Gorla – Zanelli, *Del pegno, delle ipoteche*, Bologna – Roma, 1992, 170 ss.

statuito l'abrogazione delle disposizioni contenute nel codice penale che prevedevano l'ipoteca legale.

L'ipoteca giudiziale (artt. 2818 ss. c.c.) trae il suo titolo giuridico da un provvedimento giurisdizionale a contenuto decisorio che contenga la condanna al pagamento di una somma di danaro, all'adempimento di altra obbligazione o al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente. Parimenti, come previsto dal capoverso dell'art. 2818 c.c., deve riconoscersi la medesima attitudine ai provvedimenti, diversi dalla sentenza, cui la legge ricollegi detto effetto. Ciò accade: *a*) nel caso dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 186-ter c.p.c.; *b*) del decreto ingiuntivo che, ai sensi dell'art. 655 c.p.c., sia stato dichiarato esecutivo, oppure *c*) rispetto al quale sia stata rigettata l'opposizione dispiegata dal debitore. Del pari, l'art. 2819 c.c. statuisce la iscrivibilità dell'ipoteca prevista da un lodo arbitrale, purché quest'ultimo sia stato dichiarato esecutivo. Analogo discorso deve essere predicato per le sentenze emesse da un'autorità giurisdizionale estera, cui si applichi la competente normativa di diritto internazionale privato (artt. 64 ss. l. 31.05.1995, n. 218). Sotto quest'ultimo profilo, deve praticarsi una doppia verifica, attinente la non inclusione dello Stato estero nell'ambito della Comunità Europea, nonché la mancata stipula di convenzioni internazionali di assistenza giudiziaria tra il medesimo Paese e l'Italia.

Gli artt. 2821 ss. c.c. dispongono in materia di ipoteca volontaria, ossia di quella garanzia reale che il debitore conceda su un proprio bene immobile o mobile registrato, per atto pubblico o mediante scrittura privata autenticata, a pena di nullità. L'art. 2821, comma 1°, c.c., precisa che l'ipoteca può essere rilasciata dal debitore anche mediante dichiarazione unilaterale, purché questa rivesta le forme giuridiche solenni dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Peraltro, a questo riguardo, il codice enumera altri possibili casi di ipoteca volontaria, riguardanti l'ipoteca su bene altrui o su cosa futura, che, ai fini della presente trattazione, sono irrilevanti e vengono pertanto obliterati.

Dal canto suo, l'art. 77, comma 1°, D.P.R. 29.09.1973, n. 602 prevede la possibilità, riconosciuta in caso di infruttuoso spirare del termine legislativamente fissato per l'inizio della esecuzione – di cui all'art. 50 D.P.R. 602, pari a sessanta giorni a decorrere dalla notificazione della cartella di pagamento – di iscrivere ipoteca sugli immobili del debitore e dei coobbligati per un importo corrispondente al doppio dell'importo complessivo del credito per cui si procede.

Al riguardo, va incidentalmente ricordato come il decreto legge 13.05.2011, convertito con modificazioni dalla legge 12.07.2011, n. 106, abbia introdotto delle soglie al di sotto delle quali non può iscriversi ipoteca.

Detti *floor* ammontano, rispettivamente, ad euro 20.000,00, nel caso in cui il credito sia contestato o contestabile in giudizio e il debitore sia proprietario della unità immobiliare dallo stesso adibita ad abitazione principale, nonché ad euro 8.000,00, negli altri casi. L'art. 77 D.P.R. 602 è stato così modificato mediante la introduzione di un nuovo comma 1-*bis*, a tenore del quale l'agente della riscossione, anche al solo fine di assicurare la tutela del credito da riscuotere, può iscrivere la ipoteca di cui alla medesima disposizione di legge, purché l'importo complessivo del credito garantito non sia inferiore a ventimila euro. Recentemente, infine, il legislatore è nuovamente intervenuto al riguardo, con il decreto legge 02.03.2012, n. 16, convertito con modificazioni dalla legge 26.04.2012, n. 44, statuendo (art. 3, comma 6°) l'applicabilità del cennato comma 1-*bis* dell'art. 77, D.P.R. 602, a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto legge.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite su garanzie reali iscritte per somme inferiori ai detti importi, ne ha decretato la illegittimità e la loro annullabilità in sede giudiziale³.

Qualora l'amministrazione fiscale vanti un credito nei confronti di una società che presenti i requisiti di fallibilità disegnati dal nuovo art. 1 l. fall., ben può accadere che quest'ultima effettivamente venga dichiarata fallita. In tal caso, poiché nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella massa attiva fallimentare (art. 51 l. fall.), l'amministrazione fiscale deve insinuare il proprio credito al passivo (artt. 93 ss. l. fall.).

Al riguardo, possono compiersi due osservazioni.

La prima attiene all'evenienza in cui la società sia al di sotto delle soglie di fallibilità dell'art. 1 l. fall.: in questo caso si applica la procedura da sovraindebitamento, come espressamente statuito dall'art. 7, comma 2°, legge 27.01.2012, n. 3, con conseguente ricomprensione del credito dell'amministrazione fiscale nella proposta di ristrutturazione dei debiti avanzata dal debitore ai sensi dell'art. 7, comma 1°, legge 3/2012 cit. La presente fattispecie esula dall'indagine oggetto del presente contributo.

La seconda notazione che può svolgersi pertiene il momento di accensione dell'ipoteca a garanzia del credito fiscale. Può darsi il caso in cui questa sia stata contratta in un periodo anteriore a quello che la legge fallimentare qualifica come sospetto (rispettivamente, sei mesi per i debiti scaduti, un anno per quelli non scaduti), nel qual caso l'ipoteca è consolidata e non si pongono problemi in merito alla sua revocabilità: essa infatti deve dirsi stabilizzata e, come tale, esente dal rischio di subire una revocatoria

³ Così Cass. S.U., 12.04.2012, n. 5771.

fallimentare da parte del curatore⁴. Non così nel caso contrario, nel quale si applica l'art. 67 l. fall.

Passiamo ora ad esaminare quest'ultima disposizione, laddove essa dispone (al comma 1°, n. 3) la revocabilità dei pegni, delle anticresi e delle ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti, nonché – al successivo n. 4 – dei pegni, delle anticresi e delle ipoteche giudiziali o volontarie costituite entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti, salva la possibilità, riconosciuta a controparte, di fornire la prova della mancata conoscenza, da parte della medesima, dello stato di decozione dell'imprenditore poi dichiarato fallito.

In un'ottica di teoria generale, si è osservato come la revocatoria fallimentare abbia ad oggetto non solo atti compiuti dal fallito, ma anche atti ai quali il fallito non partecipa, come avviene nel caso della ipoteca giudiziale appena ricordata⁵.

Con riferimento alla *ratio* delle norme appena ricordate, si è detto che, nel caso del n. 3, il legislatore vuole redistribuire la perdita tra il maggior numero di soggetti possibile⁶, impendendo ad alcuni soggetti l'acquisto di una posizione privilegiata rispetto ad altri creditori del comune debitore dichiarato insolvente; nel caso del n. 4, si è previsto un periodo sospetto attenuato, in quanto, se pure la costituzione di una garanzia reale in epoca successiva alla scadenza del credito appare del tutto fisiologico, nondimeno la mancanza di contestualità tra il sorgere del credito e l'accensione della garanzia in presenza di una situazione di sostanziale insolvenza del debitore, ancorché non ancora giudizialmente accertata, viene ritenuta dal legislatore come un atto gratuito concesso dal debitore a fronte del quale egli non ottiene alcun beneficio, finendo anzi per ritardare il momento della dichiarazione di fallimento, in aperto contrasto con l'obiettivo che si prefiggono le disposizioni in materia di revocatoria fallimentare. Inoltre, in entrambi i casi,

⁴ In generale, Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 178 s.

⁵ Bassi, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 127, che richiama le notazioni di Maffei Alberti al riguardo.

⁶ Solo incidentalmente si ricorda che l'idea di collettivizzazione della perdita fra un numero più ampio possibile di creditori è sposata da quanti ritengono che la revocatoria fallimentare abbia la stessa natura con l'analogo istituto previsto dall'art. 2901 c.c.: al riguardo, in generale, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, 409 s., n. 65; fautore della teoria della continuità tra i due istituti è Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, spec. 151 s. Sostenitore della opposta teoria, che ravvisa una diversa natura tra revocatoria ordinaria e fallimentare Libertini, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, a ciò indotto dalla compresenza delle due azioni in sede fallimentare (laddove l'art. 66 l. fall. prevede espressamente anche la revocatoria ordinaria).

per il computo del periodo sospetto occorre riferirsi alla data del compimento delle formalità prescritte per la costituzione della garanzia, non già al momento della sua concessione⁷.

Enumerate le disposizioni applicabili al caso di specie, occorre ricordare che il problema posto in generale dall'ipoteca fiscale attiene alla sua riconducibilità, o meno, a una delle tre categorie di ipoteca sopra ricordate; una volta risolto il presente quesito, occorre concludere per la revocabilità, o meno, dell'ipoteca fiscale in sede fallimentare, qualora si ravvisino i presupposti per applicare la norma in materia di revocatoria fallimentare.

La giurisprudenza, chiamata a risolvere entrambe le domande ricordate, si è spaccata in due filoni tra loro opposti, creando notevole disagio agli operatori pratici, i quali, nei loro contributi sul tema, non hanno mancato di auspicare un intervento della Suprema Corte per sanare il conflitto creatosi tanto in sede di merito, come di legittimità⁸.

A favore della natura giudiziale dell'ipoteca fiscale, si sono addotti molteplici argomenti, consistenti, rispettivamente: *a)* nella equiparabilità del ruolo a un provvedimento giudiziale; *b)* nell'accertamento in sede giudiziale del titolo costitutivo della garanzia; *c)* nella automaticità dell'ipoteca legale e nella opposta necessità di un atto di impulso dell'amministrazione fiscale; *d)* nella sussistenza di una espressa disposizione di legge che funge da titolo giuridico per l'ipoteca legale e nella rinvenibilità del titolo giuridico dell'ipoteca fiscale nel solo provvedimento amministrativo; *e)* nella non predicabilità di un vincolo per il conservatore di iscrivere l'ipoteca fiscale a prescindere da un autonomo atto di iniziativa in tal senso proveniente dal beneficiario; *f)* nel fatto che la garanzia in favore del fisco ha carattere generale e può essere costituita su un qualunque bene del debitore, giusta quanto disposto dall'art. 2740 c.c., mentre l'ipoteca legale ha ad oggetto beni determinati; *g)* nella terminologia utilizzata dall'art. 2817 c.c., consistente nel sintagma "Hanno ipoteca legale", che viceversa non è ravvisabile nel quadro nella normativa dell'ipoteca fiscale.

Per contro, si è qualificata come legale la garanzia in discorso adducendo quali argomenti: *a)* la non equiparabilità dell'ipoteca fiscale a quella volontaria o giudiziale, per il fatto di trovare il proprio titolo direttamente in

⁷ Bertacchini, Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, in Bertacchini – Gualandi – Pacchi S. – Pacchi G. – Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 221 s.

⁸ Per un'analisi della giurisprudenza e dello stato della dottrina anteriore alle pronunce in commento, mi permetto di rinviare al mio *Revocabilità delle garanzie reali in sede fallimentare e ipoteca fiscale*, pubblicato su www.justowin.it e su www.ilfallimento.it, ove ragguagli, cui adde Di Gennaro – Di Gioia Rutigliano, *L'azione revocatoria fallimentare rispetto al pagamento di imposte scadute*, reperibile su www.diritto.it.

una disposizione di legge; b) l'usuale anteriorità della sua iscrizione rispetto alla stessa nascita del credito; finanche, c) la sua non riconducibilità all'ipoteca giudiziale, per la intrinseca differenza che intercorre tra una sentenza e un provvedimento amministrativo, né tanto meno a quella volontaria, poiché prescinde dalla volontà del debitore.

Le pronunce in commento mirano a fare chiarezza nella dicotomia interpretativa creatasi in seno al formante giudiziale, ma lo fanno introducendo una interpretazione finora inedita e – quel che più conta – creativa, ossia non meramente applicativa di una disposizione normativa anteriore rispetto al momento della interpretazione, bensì istitutrice di una nuova regola che l'interprete pretende di desumere dal sistema normativo nel suo complesso, ancorché essa non fosse espressamente enunciata in alcun testo normativo⁹.

La soluzione fornita dal Supremo Collegio induce pertanto a soffermarsi sul ruolo dell'interprete di un testo normativo, alla luce dei contributi che sul tema sono stati apportati da parte degli studiosi di filosofia e teoria generale del diritto, a partire dal giusrealismo americano, divulgato in Italia cinquant'anni fa dal filosofo del diritto genovese Giovanni Tarello¹⁰, poi seguito dai suoi allievi, tra i quali specialmente Riccardo Guastini¹¹.

Iniziamo pertanto ad esaminare la soluzione fornita dalla Corte nomofilattica al dilemma interpretativo venutosi a creare in seno alla giurisprudenza.

Il contenzioso che ha originato le pronunce di legittimità in commento deriva dalla insinuazione di Equitalia al passivo fallimentare con prelazione ipotecaria e successiva esclusione della garanzia reale da parte del giudice delegato, con conseguente ammissione al passivo dell'amministrazione in via esclusivamente chirografaria. Equitalia dispiegava opposizione dello stato passivo ai sensi dell'art. 99, comma 2°, l. fall., denunciando l'erroneità della decisione del giudice delegato, in quanto fondata su una interpretazione bollata come ingiustificata del disposto dell'art. 67, comma 1°, n. 4, l. fall., a mente del quale possono essere revocate esclusivamente le ipoteche volontarie e giudiziali.

I tribunali, investiti della questione, ritenevano di aderire alla interpretazione che parifica il titolo amministrativo a quello giudiziale, con conseguente equiparazione della ipoteca fiscale a quella giudiziale e sua

⁹ Sul diritto di creazione giudiziaria e la certezza del diritto, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, 125 ss.

¹⁰ Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

¹¹ Riferimenti sugli esponenti italiani della filosofia realista, oltre a Tarello, si possono leggere in Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, 2004, 34 ss.

revocabilità ai sensi della disposizione normativa da ultimo ricordata. Avverso il decreto della corte territoriale, Equitalia, ai sensi dell'art. 99, comma 12°, 1. fall., dispiegava ricorso per cassazione con un unico motivo, incentrato sulla violazione degli artt. 77 D.P.R. 603 e 67 1. fall. e sul vizio di motivazione di cui sarebbero state affette le relative decisioni giudiziali, le quali avrebbero errato nel non riconoscere a quella fiscale natura di ipoteca legale, sulla scorta della infondata sua assimilazione a quella giudiziale.

In particolare, l'erroneità delle relative decisioni è stata motivata dal Fisco sulla scorta delle seguenti deduzioni: *a)* la mancanza, nel caso di specie, di un provvedimento giudiziale; *b)* l'avvenuto inserimento della disciplina della ipoteca fiscale nel testo del D.P.R. 602 ad opera del d.lgs. 26.02.1999, n. 46, ciò che comproverebbe la natura legale della ipoteca garanzia in discorso; *c)* l'autonomia di intervento dell'agente della riscossione, il quale è facoltizzato a procedere unilateralmente, senza il previo ottenimento di indicazioni preventive e senza la necessità di dover motivare la propria azione; *d)* le finalità pubblicistiche della garanzia reale in commento, rinvenibili nell'interesse pubblico alla pronta riscossione delle entrate tributarie.

La Suprema Corte ha ritenuto fondato il ricorso, ma per motivazioni diverse da quelle poste a base delle doglianze dell'amministrazione ricorrente. I giudici di legittimità muovono dall'analisi del codice civile, osservando come questo contempra tre tipi distinti di ipoteca. Da subito, si esclude la sussunzione del caso di specie entro la disposizione dell'art. 2821 c.c., in materia di ipoteca volontaria, difettando l'adesione del debitore nel caso di specie.

Per tale ragione, occorre domandarsi se per avventura l'ipoteca fiscale non sia qualificabile giuridicamente come, alternativamente, ipoteca legale o giudiziale.

La Corte rinviene quali tratti salienti della prima tipologia di ipoteca nella predeterminazione dell'oggetto sul quale viene iscritta la garanzia e nella assenza di un apposito impulso di parte. Queste caratteristiche, viceversa, non sono predicabili in capo all'ipoteca fiscale, la quale ha ad oggetto la genericità del patrimonio del contribuente e si fonda su una autonoma iniziativa dell'ente impositore.

Le modalità di iscrizione e la genericità dell'obbligazione garantita sono ravvisate dalla Suprema Corte quali elementi che la garanzia *de quo* condivide con l'ipoteca giudiziale, ragion per cui il relativo accostamento può apparire agevole ad una prima lettura. Nondimeno, la Cassazione ritiene di doversi discostare da una simile lettura, a motivo della diversa natura della fonte costituente titolo giuridico delle rispettive pretese: giudiziale in un

caso, amministrativa nell'altro. Questa diversità è elevata dai giudici quale elemento fondante della decisione in esame, in quanto porta a rigettare anche questa possibile ricostruzione.

Emerge, a questo proposito, la totale lacunosità del testo normativo al riguardo. Posto di fronte al medesimo problema, un Giudice di merito¹² aveva finito, con interpretazione indubbiamente originale rispetto alle precedenti decisioni pretorie, per riconoscere all'ipoteca fiscale natura legale, non potendo predicarsi in capo alla medesima né le caratteristiche di quella volontaria, né tanto meno di quella giudiziale. Così facendo, si era finito per muovere da un presupposto implicito, non palesemente dichiarato in sede di *ratio decidendi*, costituito dalla natura tassativa delle fattispecie di ipoteca legislativamente previste. In sostanza, ci si era risolti di ragionare per esclusione: poiché l'ipoteca fiscale deve rientrare in una di queste tre categorie e non può dirsi appartenere né alla prima né alla seconda, deve per forza essere enumerata nella terza.

Le decisioni della Suprema Corte in commento si differenziano da un simile ragionamento, essenzialmente perché hanno finito per obliterare il presupposto di questa ultima pronuncia, fondato – come detto – nella tassatività delle ipotesi legislativamente previste.

La Suprema Corte si mostra conscia del disagio, avvertito da dottrina e giurisprudenza, nell'inquadrare l'ipoteca fiscale nelle categorie legislativamente previste. Ciò nondimeno, si ritiene di dover prescindere dall'ascrizione della fattispecie concreta in seno ad una delle fattispecie astratte legislativamente predeterminate e si preferisce estrapolare i dati normativi ritenuti rilevanti¹³.

In altre parole, la Cassazione omette di fornire una definizione dell'ipoteca fiscale: preferisce rinunciare alla sussunzione della medesima nel dominio di applicazione di una disposizione di legge generale e astratta, per concentrarsi sulle caratteristiche di fattispecie che essa stessa ha selezionato come rilevanti, finendo per prospettare una conclusione che – se per un verso collide con la tradizionale tripartizione in materia di ipoteca – per altro verso si fonda su una interpretazione creatrice della legge, laddove ritiene di poter giudicare sulla scorta di un precetto non espressamente giuridificato nell'ordinamento.

¹² Trib. Genova, 02.11.2010 (decr.).

¹³ “In ogni modo, quel che interessa rilevare in questa sede è: che l'art. 67, primo comma n. 4, l.f. stabilisce, fra l'altro, e ricorrendo le ulteriori condizioni, la revocabilità delle sole ipoteche giudiziali e volontarie; che l'ipoteca ex art. 77 D.P.R. 73/602 non può essere ricompresa in alcuna delle due categorie sopra indicate [*id est*: legale e giudiziale]; che conseguentemente la stessa non può essere suscettibile di revoca in sede fallimentare”.

In sostanza, i giudici di legittimità così ragionano: l'ipoteca fiscale non è legale né giudiziale per le ragioni anzi dette; poiché la legge fallimentare riconosce la revocabilità solamente di questi ultimi due tipi di ipoteca, allora quella fiscale non è revocabile. Sulla scorta di questo convincimento, si conclude per l'accoglimento del ricorso dispiegato da parte dell'amministrazione fiscale, con conseguente cassazione del decreto impugnato ed ammissione in via privilegiata del relativo credito tributario.

In questo modo, l'interprete finisce di essere un mero applicatore della legge, come veniva insegnato dalla più tradizionale dottrina, alla quale era caro ricordare l'insegnamento aristotelico del sillogismo giudiziale, per diventare bensì un legislatore, ossia un creatore di regole normative prima non esistenti, che spesso si pretende di desumere come implicite dal sistema giuridico¹⁴.

Va anche ricordato come questo ragionamento, che si ritrova nelle prime due pronunce in tema (nn. 3232 e 3397), sia stato ulteriormente corroborato dalla sentenza n. 3398 – al cui impianto motivazionale si richiama espressamente la successiva n. 7911 –, la quale ritiene di poter trarre ulteriori argomenti a sostegno della presente prospettazione: *a)* nella peculiarità della natura del credito fatto valere, nonché, *b)* nella disciplina di favore apprestata dal legislatore a vantaggio del Fisco.

Al riguardo, la Corte regolatrice fonda le proprie deduzioni sugli articoli 49, 77 e 89 D.P.R. 602.

L'art. 49, comma 1°, riconosce al concessionario la facoltà di procedere alla riscossione delle somme non pagate in via esecutiva mediante il ruolo, cui è attribuita natura di titolo esecutivo. In tal modo, osserva la Corte, il legislatore ha ritenuto di ricollegare la formazione di un titolo esecutivo ad un atto della pubblica amministrazione, senza che fosse necessario l'ulteriore e successivo vaglio dell'autorità giudiziaria.

L'art. 77, comma 1°, peraltro sopra ricordato, statuisce la facoltà di utilizzare il ruolo come titolo per la iscrizione di ipoteca sui beni del debitore e dei relativi coobbligati per un valore pari al doppio dell'importo complessivo del credito per cui si procede, una volta scaduto il termine per l'inizio dell'esecuzione, che l'art. 50, comma 1°, D.P.R. 602, fissa in sessanta giorni a decorrere dalla notificazione della cartella di pagamento. Detta norma, scrivono i giudici di legittimità, stabilisce l'idoneità del titolo del credito dell'amministrazione fiscale, ossia il ruolo, a costituire nel contempo titolo per l'iscrizione di ipoteca sui beni immobili del debitore. In tal modo,

¹⁴ Un inventario delle diverse teorie in materia di interpretazioni si rinviene in Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 31 ss.

si viene a determinare una garanzia reale in favore del creditore, sulla scorta di un provvedimento (il ruolo) emesso dalla pubblica amministrazione senza previo contraddittorio, né successivo vaglio giudiziale del medesimo.

Infine, l'art. 89 esenta dalla revocatoria fallimentare i pagamenti di imposte scadute, così ponendosi sulla medesima linea delle disposizioni dianzi ricordate, con le quali, nel complesso, concorre a formare un regime eccezionale e derogatorio del diritto comune, che il legislatore ha inteso assicurare all'amministrazione finanziaria, a causa delle finalità pubblicistiche della sua attività. Queste ultime, in particolare, sono rinvenute dalla Suprema Corte nella necessità di favorire l'adempimento del debito fiscale e nella corrispondente esigenza di garantire, per quanto possibile la più pronta riscossione delle entrate erariali.

In sostanza, alla base del ragionamento risiede la necessità di privilegiare il credito tributario in quanto erariale, ossia pubblico e, come tale, maggiormente meritevole di tutela rispetto ad un credito di un privato. Sulla scorta di questa premessa, si ricercano le disposizioni di legge che possano fondare normativamente un simile convincimento e, una volta reperite, si desume dal sistema una disposizione inedita, che può essere compendiata nella non revocabilità in sede fallimentare della ipoteca fiscale.

Questa operazione ermeneutica prende propriamente il nome di "precomprensione"¹⁵: l'interprete vuole raggiungere un determinato risultato e, una volta trovata la strada per pervenirvi, torna indietro ed interpreta il testo a disposizione in modo da garantirsi di giungere ove desiderato, per lo più corredando l'interpretazione con disposizioni di legge che comprovano la fondatezza del percorso interpretativo.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha di fatto utilizzato una varietà di argomenti interpretativi che l'hanno portata a concludere per la non revocabilità della ipoteca fiscale.

È stato infatti utilizzato un argomento sistematico¹⁶, che ha valorizzato la collocazione giuridica di alcune disposizioni contenute nel D.P.R. 602 e da essa ha preteso non solo di ricavare il significato di queste, ma anche di

¹⁵ Sulla precomprensione, in generale, Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 65 ss., ove si osserva: "[q]uesta comprensione originaria (o primaria), che precede l'attività riflessiva dell'interpretazione e la determina permanentemente attraverso le progettazioni (o anticipazioni) di senso che in essa si formano, è denominata dai discepoli di Heidegger a cominciare da Bultmann, "precomprensione" (*Vorverstaendnis*)" (*ivi*, 67). E ancora (*ivi*, 68): "[q]uando viene introdotta nella teoria della conoscenza, la precomprensione riceve la qualifica negativa di pregiudizio, che spinge l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo e perciò incompatibili con la pretesa di oggettività della conoscenza".

¹⁶ Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 377 ss.

inferire una meta-norma¹⁷, suggerita anche da una interpretazione correlata degli articoli 49, 77 e 89 D.P.R. 602, in virtù di quello che si è autorevolmente definito come argomento teleogico (o del legislatore provvisto di fini)¹⁸.

Si è anche utilizzato l'argomento *a contrario*, il quale, astrattamente, può contribuire tanto a creare quanto a sanare una lacuna¹⁹. Si è infatti osservato che la legge ricollega la revocabilità alle sole garanzie reali non consolidate che siano qualificabili come ipoteca volontaria o giudiziale e, sulla scorta delle argomentazioni dianzi ricordate, si è osservato come l'ipoteca fiscale non sia sussumibile né entro l'una né entro l'altra delle ipotesi legislativamente previste.

A questo punto si poteva concludere in due modi diversi: la legge nulla dispone circa l'ipoteca fiscale, quindi sussiste una lacuna; oppure, la legge prevede la revocabilità delle sole ipoteca giudiziale e volontaria, non degli altri tipi di ipoteca, quindi gli altri tipi non solo revocabili. In questo secondo caso, evidentemente, il medesimo argomento *a contrario* viene utilizzato dall'interprete per sanare una lacuna, ricavando come implicita dal sistema una nuova disposizione che non è espressamente scritta da nessuna parte.

A ben vedere, lo stesso vocabolo "interpretazione" può voler significare almeno due cose diverse, potendo alludere, alternativamente: *a*) all'attività di interpretazione di un testo; *b*) al prodotto di una simile attività²⁰. Ma le ambiguità insite nell'intensione di tale parola non finiscono qua, se è vero che essa può denotare, ancora²¹: *c*) l'attribuzione di un significato ad un testo normativo o la qualificazione giuridica di una fattispecie concreta; *d*) un atto di conoscenza, un atto di decisione, un atto di creazione normativa; *e*) l'attività c.d. di costruzione giuridica, ossia una serie di attività – tipiche della dottrina ma utilizzate anche dalla giurisprudenza – come i discorsi intorno alla *ratio* di una disposizione, la costruzione di gerarchie tra disposizioni, il giudizio di bilanciamento o ponderazione tra norme utilizzato dalla Corte Costituzionale, le quali tutte si connotano per un ruolo marcatamente creativo assunto dall'interprete.

¹⁷ Guastini, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 67 ss.

¹⁸ Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 370 s.

¹⁹ Sui quattro possibili tipi di lacuna, Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001, 155 ss.; sui due possibili utilizzi dell'argomento *a contrario*, Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 423 ss.; Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 175 ss.; sulla storia dell'argomento *a contrario*, Tarello, *L'interpretazione*, cit., 346 ss.

²⁰ Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, 101 ss.

²¹ Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, 13 ss.

Questa varietà è dovuta alla ambiguità e alla vaghezza degli enunciati normativi, intendendo per ambiguità la possibilità di utilizzare la medesima parola per indicare cose tutt'affatto diverse (la candela per fare luce, la candela del motore), per vaghezza la non integrale precisione linguistica che è dato rinvenire nel significato di un vocabolo (è calvo solo chi non ha capelli o anche chi ne ha pochi? Quanto pochi bisogna averne per essere considerati calvi e quanti per non esserlo?)²².

Tutto questo sfata il mito, coltivato dalla più tradizionale dottrina, della completezza dell'ordinamento e della natura meramente dichiarativa della interpretazione. Non si può più sostenere che il giudice o, in generale, chiunque si trovi a leggere un enunciato normativo, allorché interpreta una disposizione, si limita ad applicare quanto in essa contenuto, come se l'attività interpretativa fosse meramente dichiarativa e la discrezionalità dell'interprete fosse esclusa in radice²³. Anzi, è vero il contrario, proprio perché la vaghezza e l'ambiguità dei vocaboli sono connaturate agli stessi enunciati linguistici, tra i quali devono annoverarsi anche quelli che statuiscono norme giuridiche. Queste ultime, in altre parole, sono dotate di una trama aperta (*open texture*)²⁴, ossia tanto di una zona di luce che ben definisce il concetto, quanto di una zona di ombra, nella quale ricadono i casi di incerta applicazione di una disposizione giuridica (quanti anni ci vogliono per essere giovani? Quanti capelli per essere calvi?).

I filosofi del diritto che si sono occupati dell'argomento hanno tratto da questi insegnamenti i seguenti corollari: il giudice, quando applica una norma giuridica, non si limita a farne meccanica applicazione, ma influisce direttamente nella attività di ricostruzione del significato della disposizione, con i suoi convincimenti, con le sue opinioni anche "politiche", che possono portarlo, ad esempio, a penalizzare la categoria dei fumatori e a privilegiare quella dei consumatori, secondo le proprie simpatie o antipatie personali.

Anzi, autorevoli filosofi del diritto sudamericani hanno elaborato le loro teorie a partire dalla ambiguità e dalla vaghezza dei vocaboli, per giungere a sostenere che il giudice esercita una discrezionalità che è connaturata al momento interpretativo non già quando interpreta casi chiari, ma solo quando egli è chiamato a decidere intorno a fattispecie concrete che rientrano nella

²² Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma – Bari, 1998, 9 s.

²³ Già Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, a cura di Crifò, 283 ss., metteva in guardia da quello che definiva "pregiudizio logicistico", consistente nello scambiare la logica del diritto con la logica formale e nel ridurre la attività di interpretazione a una mera operazione di sussunzione sillogistica somigliante, per la sua rigidità, ad un'operazione aritmetica.

²⁴ Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 146 ss.

penombra della norma giuridica²⁵; oppure, per ragionare sui difetti logici dei sistemi giuridici²⁶, che scaturiscono ogni volta si debbano trarre conseguenze logiche da certi testi giuridici, cosa che accade in sede di amministrazione della giustizia²⁷.

La stessa idea che il giudice sia vincolato dalla legge, che la sua funzione si limiti a una conoscenza puramente logica e razionale, consistente nella mera comprensione del significato delle disposizioni di legge e nel loro confronto con la fattispecie concreta – scrive il filosofo danese Alf Ross²⁸ – è una mera illusione: l'inevitabile indeterminatezza dei vocaboli e la ineludibile limitazione della forza intenzionale impediscono spesso di stabilire se quel determinato comportamento rientri o meno nel significato della legge. Ma il giudice non può limitarsi ad un *non liquet*, dovendo per forza compiere una scelta e quest'ultima, qualunque essa sia, deriva da una valutazione: l'interpretazione del giudice è sempre, in certa misura, costruttiva, né si risolve in una attività di mera conoscenza.

Per questa ragione, si è convincentemente scritto²⁹, il pensiero di Ross è in certa misura accostabile a quello dei giusrealisti americani, i quali finivano per identificare il diritto nelle decisioni dei tribunali e asserivano che il diritto è costituito essenzialmente dalle profezie di come decideranno i tribunali con riferimento ai casi che saranno portati al loro vaglio. Certamente, il merito del giusrealismo statunitense, fatto conoscere in Italia dalla monografia di Tarello³⁰, è stato quello di svecchiare dalle antiche concezioni in materia di interpretazione, che erano fondate sul brocardo *in claris non fit interpretatio*³¹, e di appuntare l'attenzione del giurista sul momento latamente politico insito in ogni attività di interpretazione della legge, dovuto alla vaghezza e alla ambiguità dei vocaboli, ossia a quella che – come detto – Hart definiva *open texture*. Inappagante, pertanto, risulta quella concezione che ritiene di poter ragionare di “modi in grado di colmare le lacune senza fare intervenire una valutazione autonoma del giurista”³².

²⁵ Alludo essenzialmente a quanto scrive Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, in Comanducci – Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, 1989, vol. II; in argomento anche Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 113 ss.

²⁶ Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, 1996, 241 ss.

²⁷ Nino, *Introduzione*, cit., 260 ss.

²⁸ Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, 84.

²⁹ Castignone, *La validità*, in Castignone – Guastini – Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1994, 166.

³⁰ Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, cit.

³¹ Contro il quale già si era pronunciato Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 284 ss.

³² Come viceversa si esprime testualmente Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 40 ss.

È allora quanto mai opportuno richiamare quella famosa bipartizione, che risale al realismo giuridico americano – ed in particolare alla corrente di *sociological jurisprudence*, formata da Holmes, Pound e Cardozo –, tra *law in book* e *law in action*, che mira a valorizzare l’apporto creativo fornito dalla giurisprudenza in sede di interpretazione della legge e riconosce come vero diritto solamente quello applicato dalle corti, la cui centralità veniva sottolineata anche dal filone di *legal realism* dell’esperienza filosofica statunitense, facente capo a Frank e Llewellyn, i quali finivano per parlare di “*digestive jurisprudence*”, così volendo sottolineare *quam maxime* la discrezionalità insita nella decisione giudiziale³³.

Alla luce di queste considerazioni, deve essere ritenuto come infondato il concetto di interpretazione letterale o dichiarativa, a mente del quale l’interprete attribuisce alle disposizioni normative il loro significato proprio, nonché l’argomento interpretativo del linguaggio comune, il quale predica la necessità di riconoscere ai vocaboli contenuti negli enunciati normativi il significato ordinario che viene ad essi comunemente attribuito ed accettato dalla comunità dei locutori di un determinato linguaggio³⁴.

Queste osservazioni, peraltro, fanno riflettere sul momento, latamente definibile come “politico”, insito in ogni operazione interpretativa. Se infatti per Kelsen l’ordinamento era una mera costruzione a gradi presidiato da una norma generale dalle quali le altre sono logicamente inferite³⁵ e l’interpretazione “un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore”³⁶, per Schmitt³⁷, al contrario, occorre sempre partire dalla considerazione per cui dietro e prima di ogni norma giuridica vi è sempre un momento politico, che porta a decidere che “x è lecito” piuttosto che “x è vietato”. Va detto, tuttavia, che la concezione di “politico” sposata da Schmitt non coincide con quella usualmente studiata dalla scienza della politica, ma si basa sulla bipartizione amico/nemico³⁸, la quale lo porta a ravvisare il diritto nel momento decisionale di composizione

³³ In argomento Castignone (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981; Ead., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995.

³⁴ Guastini, *Distinguendo*, cit., 173 ss. Anovera quello fondato sul linguaggio comune tra i possibili argomenti interpretativi Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova, 1998, 66 ss.

³⁵ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 95 ss.

³⁶ Kelsen, *Lineamenti*, cit., 117.

³⁷ Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.

³⁸ Schmitt, *Le categorie*, cit., 118.

del conflitto e di creazione della norma, al punto che il medesimo autore, in una sua opera³⁹, ragiona espressamente di “decisionismo”.

Infine, non si può pretermettere l’apporto fornito all’ermeneutica dal filosofo Gadamer⁴⁰, ritenuto a buon diritto vero e proprio fondatore dell’ermeneutica contemporanea grazie alla sua opera, pubblicata nel 1960, intitolata *Verità e metodo*.

L’interprete, sostiene Gadamer, non si accosta ad un testo come una *tabula rasa*, bensì si avvicina ad esso con la sua pre-comprensione, ossia con i suoi pre-giudizi, che costituiscono la sua memoria culturale. Allorché l’interprete si cimenta nella lettura di un testo, egli inizia ad attribuire un preliminare significato ad esso, che dovrà poi essere vagliato alla luce del testo e del contesto, ossia mediante la successiva penetrazione dello scritto da parte dell’interprete. Se poi il prodotto della prima interpretazione sembra urtare con il testo, o quanto meno necessita di una successiva opera di revisione – motivata anche dal fatto che l’interprete, allorché approccia il testo, si rende conto dei propri pre-giudizi ed è pertanto portato a rivedere le conclusioni già raggiunte –, l’interprete ritorna sui suoi passi e prova ad abbozzare un nuovo progetto di senso per quel determinato scritto, realizzando in tal modo quello che Gadamer definiva come “circolo ermeneutico”. Solo nel momento in cui l’interprete urta contro il testo, che gli appare diverso da come se lo aspettava, e si rende conto delle proprie pre-comprensioni, si attiva la serie di atti che porta ad affinare le proprie interpretazioni e a pervenire a una decifrazione del significato delle parole che – come diceva il filosofo – faccia parlare il testo e non l’interprete.

Applichiamo ora gli insegnamenti dianzi ricordati al caso di specie. La Suprema Corte si trova chiamata a risolvere una questione non espressamente normata da alcuna disposizione di legge. Nel risolvere il quesito sottoposto alla sua attenzione dal ricorrente, essa ritiene di dover optare per una ricostruzione che faccia prevalere la tutela del creditore pubblico su quello privato, ravvisando come meritevole di tutela il giudizio *lato sensu* politico (si tratta di politica del diritto) che si compendia “...nella necessità di favorire l’adempimento del debito fiscale e di assicurare, per quanto possibile, la più pronta riscossione delle entrate erariali”. Nondimeno, la Suprema Corte – ritenuto necessario accordare la prevalenza a questo valore nel giudizio di bilanciamento o ponderazione tra interessi, ossia quello pubblico rappresentato dall’amministrazione fiscale e quello privato, che si

³⁹ Schmitt, *Teologia politica*, Milano, 1992, 2 voll.; di recente in argomento, Meier, *Carl Schmitt e Leo Strauss. Per una critica della teologia politica*, Siena, 2011.

⁴⁰ Gadamer, *Verità e metodo*, Milano, 2011, 2 voll.

oggettiva nella curatela fallimentare – necessita di trovare una base normativa per fondare le proprie deduzioni.

Poiché non vi è una norma *ad hoc*, la Corte compie una interpretazione sistematica degli articoli 49, 77 e 89 D.P.R. 602 e rinviene in essi una sorta di statuto speciale che l'ordinamento accorda, per ragioni di *favor* legislativo, ai crediti dell'amministrazione fiscale. Giunta a questo primo risultato parziale, la Corte regolatrice esamina il disposto dell'art. 67, comma 1°, nn. 3 e 4, l. fall. e utilizza l'argomento *a contrario* per sanare una lacuna. Essa sostiene che la revocabilità è espressamente statuita per le sole ipoteche volontarie e per quelle giudiziali, ma – servendosi di una c.d. interpretazione dissociativa⁴¹ – rinviene degli elementi discretivi tra l'ipoteca volontarie, quelle giudiziali e quelle legali, da un lato, e quella fiscale, dall'altro, motivo per cui – senza qualificare la natura giuridica di quest'ultima – conclude per la sua non sussumibilità in seno a uno dei due tipi cui la legge ricollega l'inefficacia e, conseguentemente, per la sua non revocabilità in sede fallimentare.

Di certo, così facendo, la Suprema Corte ha di fatto aggiunto una tipologia di ipoteca a quelle previste dal codice civile, venendo così a creare un *quartum genus*, come già si è autorevolmente osservato⁴². Va detto, peraltro, che non sono mancate nemmeno nella dottrina precisazioni tese ad enucleare le particolarità di quella che si è definita "ipoteca amministrativa", nella quale si sono ricomprese, oltre a quella fiscale, anche le ingiunzioni emesse dall'INPS e da altri enti previdenziali in danno dei contribuenti morosi⁴³. Nondimeno, la medesima dottrina tratta dell'ipoteca amministrativa nell'ambito del capitolo dedicato a quelle legale e giudiziale, con l'ultima delle quali si istituisce un termine di paragone⁴⁴.

Se dunque non si può fare a meno di ravvisare, nel caso di specie, la creazione di una regola giuridica di matrice esclusivamente giurisprudenziale e la contestuale rinuncia alla pretesa definitiva, insita in qualunque giudizio di sussunzione, deve riconoscersi alle pronunce in commento – operativamente – il merito di avere risolto una questione aperta, sulla cui definizione si era creata una spaccatura giurisprudenziale ora appianata dai giudici di legittimità a vantaggio della amministrazione fiscale.

⁴¹ Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 264 s.

⁴² Busani, *L'ipoteca iscritta dal fisco resiste alla revocatoria in caso di fallimento*, in *Il Sole 24 Ore*, edizione del 6 marzo 2012.

⁴³ Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, 395 s.

⁴⁴ Bianca, *Diritto civile*, cit., 395: "[a]ccanto alla tradizionale ipoteca giudiziale disposizioni di leggi speciali hanno introdotto la figura dell'ipoteca iscritta in base ad un atto amministrativo".