

Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto. Il caso della frantumazione della categoria della nullità negoziale¹

Francesco Di Ciommo

Ordinario di Diritto privato, Università Luiss Guido Carli

Un ordinamento non in grado di garantire certezza di diritto, prevedibilità degli esiti dei processi e applicazione uniforme delle regole risulta inefficiente sul piano economico e non può dirsi giusto. Alcuni recenti arresti della Cassazione in tema di nullità negoziale appaiono emblematici delle criticità che caratterizzano attualmente la giurisprudenza civile italiana, autoproclamatasi (a Costituzione invariata) prima “normativa” e poi “creativa”, ma che oggi, smarrita ogni aspirazione sistematica, sembra piegata alla mera ricerca della giustizia del caso concreto.

A system that is not able to guarantee sufficient legal certainty, predictability of the results of trials and uniform application of the rules is not inefficient in economic terms and can not be said to be right. The way in which the Corte di Cassazione has dealt with the contract nullity in recent years appears emblematic of the criticalities currently characterizing the Italian civil jurisprudence: self-proclaimed (without change of the Constitution) first “normative” and then “creative”, but as of now, in the absence of any systematic aspiration, bent to the mere search for justice in the concrete case.

¹ Il presente scritto, in differenti versioni, è stato pubblicato: con il titolo *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità. Scritto in onore di Roberto Pardolesi*, in DI CIOMMO – TROIANO (a cura di), *Il diritto liquido: giurisprudenza e autorità indipendenti nel (c’era una volta?) sistema delle fonti. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, 127; e con il titolo *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto)*, in *Foro it.*, 2018, parte V, 315.

Sommario: 1. Art. 3 Cost. e (in)certezza del diritto. – 2. Il diritto come interpretazione e la giurisprudenza creativa. – 3. Diritto pretorio, giustizia del caso concreto e (in)certezza/(im) prevedibilità del diritto: dubbi di costituzionalità. – 4. Un caso emblematico: la frantumazione della categoria della nullità. – 5. Conclusione. Un’ipotesi di lavoro.

1. Art. 3 Cost. e certezza del diritto

“La legge è uguale per tutti” afferma solennemente il principio esposto in molte aule di giustizia italiane, ed espresso nell’art. 3 della nostra Costituzione e nell’art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Del resto, se non fosse uguale per tutti, la legge non potrebbe aspirare ad essere giusta in quanto il presupposto necessario, se pure (ovviamente) non sufficiente, perché una norma giuridica sia tale consiste proprio nel fatto che essa non si presti ad essere applicata, a parità di condizioni, in modo diverso da caso a caso.

Inoltre, se difettesse del requisito in parola, la legge impedirebbe ai consociati di adeguare in modo efficace il proprio comportamento ai precetti normativi, in quanto, in assenza di certezze *ex ante* circa l’applicazione di una data regola ad un dato individuo o in un dato caso, nessuno saprebbe esattamente cosa fare, o non fare, per comportarsi in modo rispettoso dell’ordinamento giuridico o, più in generale, per determinare o evitare a suo carico la produzione di certi effetti giuridici piuttosto che altri. Con buona pace della funzione essenziale propria delle regole giuridiche che, per l’appunto, è quella di indirizzare i comportamenti sociali rappresentando ai consociati obblighi, divieti e raccomandazioni.

Come appare evidente da quanto appena cennato, perché il principio in parola non risulti disatteso, a dover essere uguale per tutti non è la legge in quanto tale, intesa nel senso di mera formulazione del precetto, bensì la sua applicazione pratica. Rilevo questo che consente di apprezzare, altresì, come il discorso sia intimamente collegato a quello sulla certezza del diritto giacché, per un verso, se la legge non fosse necessariamente da applicare in modo uguale per tutti i consociati, come già cennato, si determinerebbero inevitabili incertezze nella percezione che questi ultimi hanno dei precetti normativi, e per altro verso, se il precetto risultasse incerto nel suo contenuto, o comunque si prestasse ad una varietà di interpretazioni, va da sé che nella pratica esso rischierebbe di venire applicato in modo non “uguale” da caso a caso.

In estrema sintesi, dunque, può dirsi che l’incertezza costituisce un fattore altamente critico per gli ordinamenti giuridici anche perché rende inattuabile il principio (in Italia, così come in tutti i Paesi evoluti, costituzionalizzato) per cui tutti i consociati sono eguali di fronte alla legge e la legge deve applicarsi allo stesso modo per tutti i consociati. Con le conseguenze – facilmente immaginabili

– anche in termini di (in)efficacia delle regole giuridiche sul piano sociale ed (in)efficienza delle stesse sul piano dei rapporti economici².

È appena il caso di precisare che si fa qui riferimento all’incertezza in senso proprio, da non confondere con la fisiologica imprevedibilità interpretativa ed applicativa del diritto³. Infatti, come noto, in ambito giuridico il principio di certezza, anche a prescindere dai condizionamenti negativi a cui è esposto, può essere tutelato e apprezzato solo in misura parziale e graduabile, visto che la certezza del diritto è, in senso assoluto, un ideale irrealizzabile.

Di tutto ciò sembrano – se pure solo in una certa misura – consapevoli le sezioni unite della Suprema Corte, che infatti nell’ordinanza n. 23675 del 6 novembre 2014⁴ (Pres. Rovelli, Est. Di Iasi), chiamate (da un’ordinanza interlocutoria della sesta sezione) nuovamente ad esprimersi circa il momento in cui si determina la litispendenza a fronte di un giudizio avviato con la notifica di una citazione, hanno avvertito la necessità di precisare, in apertura di motivazione, che «la salvaguardia dell’unità e della “stabilità” della interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite), è oramai da considerare – specie [...] in riguardo all’art. 374 c.p.c. e all’introduzione dell’art. 360-*bis* c.p.c. – alla stregua di un criterio legale di interpretazione giuridica. Non l’unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre, dunque, per derogarvi, che ci siano delle buone ragioni. E quando si tratta delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni [...] posto che, soprattutto in tale ambito, la “conoscenza” delle regole (quindi, a monte, l’affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo medesimo».

² Cfr., *ex multis*, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell’autonomia negoziale*, Torino, 2012; nonché, per una chiara trattazione del legame esistente tra certezza del diritto e tradizione filosofica individualistico-liberale, R. CUBEDDU, *Politica e certezza*, Napoli, 2000. Cfr., inoltre, per riflessioni più datate, ma ancora di grande interesse, v. M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; e F. LÒPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

³ Ovviamente, anche il principio per il quale la “legge è uguale per tutti” va inteso – *rectius*, non può che intendersi – in senso relativo. A questo proposito, ad esempio, P. Calamandrei (citato in M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, 11) osservava sagacemente: «“La legge è uguale per tutti” è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l’aiuto di quella ricchezza che gli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria».

⁴ In *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Competenza civile*, n. 85

Per poi proseguire il discorso fino ad osservare che: «Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura “creativi”, ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e “mera dichiarazione” (secondo l'utopia illuministica del giudice “*bouche de la loi*”) ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione. Ma i problemi reali posti da questo carattere intrinseco all'esercizio della giurisdizione quando esso determina una svolta giurisprudenziale involgono considerazioni di ampio respiro ed impongono “valutazioni di sistema”, specie quando l'interpretazione abbia ad oggetto norme processuali ed il *revirement* riguardi un precedente, peraltro recente, della Corte di cassazione, e, più precisamente, della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè le sezioni unite della Corte medesima. È per questo che la “creatività” dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della “giustizia” del processo – prima ancora che delle singole regole che lo informano – intesa come valore tendenzialmente condiviso»⁵.

Sul punto è tornata ad esprimersi la Cassazione anche più di recente, ed in particolare con la (ancora inedita) sentenza n. 92 del 4 gennaio 2018 (sez. lav., Pres. Nobile, Est Amendola), che, richiamando il precedente delle sezioni unite del 2014, ribadisce come «la certezza del diritto e l'affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto» vadano senz'altro difesi come valori primari, e sottolinea che «il principio costituzionale per il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge – e non ai precedenti – è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge, coniugato con il principio della “unità del diritto oggettivo nazionale” (articolo 65 Ord. Giud.)».

⁵ Le sezioni unite chiudono il ragionamento sulla fondamentale questione affermando che: «Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”».

Parole forti come argini, pesanti come pietre, chiare come acqua sorgiva cristallina.

Ma siamo nell'epoca del diritto liquido (forse, in qualche modo figlio del pensiero debole)⁶. O, in altri termini, del diritto vivente. Che, per l'appunto, "vive" nel guizzo del magistrato decisore e, troppo spesso riducendo alla quasi irrilevanza la "fattispecie" normativa⁷, muta al mutare delle condizioni date nel caso concreto, della sensibilità dell'interprete e, in particolare, del concetto di giustizia a cui quest'ultimo accede. Sicché il flusso (sempre più debordante) di provvedimenti giudiziari innovativi, originali (o quanto meno assai riccamente motivati, il che spesso è un bene, ma nei dovuti limiti⁸), e che in ogni caso si auto-propongono agli operatori del diritto quali nuovi *leading case*, supera ogni argine, travolge (o comunque scorre incurante di) ogni pietra e contamina ogni teorica purezza di un diritto che sembra aver smarrito persino l'aspirazione a risultare chiaro.

E tutto ciò in spregio anche alla funzione nomofilattica affidata dall'ordinamento alla Suprema Corte, la quale quotidianamente afferma principi giuridici di fondamentale importanza, ma anche, e contemporaneamente, principi ad essi esattamente, e specularmente, contrari, e con quelli incompatibili, così, a dispetto dei buoni propositi, alimentando l'incertezza del diritto e l'imprevedibilità dell'esito dei processi, in ciò, a volte, assistita anche dalla Corte Costituzionale⁹.

⁶ Il concetto di liquidità, dopo essere stato variamente applicato alla filosofia e alla sociologia (per tutti v. Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge (UK), 1999, trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011), più di recente è stato utilizzato anche per definire il "modo" di essere – tanto continuamente mutevole da risultare costantemente indefinito – del diritto dei nostri giorni. Cfr., tra gli altri, G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012; e M.A. QUIROZ VITALE, *op. cit.* In filosofia, come noto, il concetto di "pensiero debole", in contrapposizione al "pensiero forte", è stato teorizzato per la prima volta in G. VATTIMO – A. ROVATTI, *Il pensiero debole*, Milano, 1995.

⁷ Sul tema, *ex multis*, v. da ultimo A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit.; ID., "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987; e A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, id., 2014, 747.

⁸ Anche sul tema della motivazione dei provvedimenti giudiziari, val la pena di rinviare, *ex ceteris*, al citato dibattito ospitato dal *Foro italiano* nel 2013 e sorto attorno alla riflessione di G.M. BERRUTI su *La dottrina delle corti*.

⁹ Emblematico è il caso della caparra confirmatoria. Ed infatti, come noto – secondo le ordinanze della Corte Costituzionale 24 ottobre 2013, n. 248 (in *Foro it.*, 2014, I, 382, con osservazioni di F.P. PATTI), e 2 aprile 2014, n. 77 (ibid., 2035, con note critiche di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*) – è inammissibile la questione di legittimità

2. Il diritto come interpretazione e la giurisprudenza creativa

Il discorso sin qui appena cennato meriterebbe una trattazione ben più vasta, anche in ragione del fatto che il tema risulta di stringente attualità. Soprattutto nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, l'evoluzione del rapporto tra formanti di matrice legislativa e formanti di matrice giurisprudenziale – come già avvertito – è giunta, di recente, ad un livello tale per cui comunemente si discorre (anche negli arresti della Suprema Corte di Cassazione e della Corte costituzionale) di “diritto vivente”, “giurisprudenza normativa” e finanche di “giurisprudenza creativa”¹⁰. Volendo sottolineare, attraverso l'uso di tali locuzioni, come il formante pretorio, constatata la crisi in cui versano, anche in ragione della contaminazione europea, le fonti di carattere legislativo – e più in generale il diritto (soprattutto il diritto civile¹¹) quale strumento di gestione dei

costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c., nella parte in cui la norma non consente di ridurre la caparra confirmatoria, e ciò in quanto di fronte ad un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, quale la previsione di una caparra manifestamente eccessiva, il giudice comune dovrebbe – a dire del Giudice delle Leggi – d'ufficio rilevare la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede.

18

A tale (a parer mio, non condivisibile) risultato, nelle citate due pronunce dalla motivazione (a dir poco) sintetica e sibillina, la Corte è pervenuta attraverso un'interpretazione adeguatrice del combinato disposto degli art. 1385 e 1418 c.c. e del precetto costituzionale di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., ed inoltre (almeno per quanto sembra) riconducendo la questione della proporzionalità del regolamento alle regole di validità dell'atto, e dunque al campo della fattispecie. Senonché, la Cassazione, con la sentenza n. 22567 del 4 novembre 2015 (Pres. Forte, Es. Nappi; in *Foro it.*, 2016, I, 2505, con nota di E. SCODITTI, ma anche in *Contratti*, 2016, 561, con nota di S. FOTI), ha preso le distanze da tale impostazione ed ha affermato (condivisibilmente) che lo squilibrio contrattuale, come tale, non costituisce materia sussumibile nella fattispecie legale e, più in particolare, che lo squilibrio, anche notevole, delle prestazioni non priva di causa il contratto di scambio, ma semmai, e alle condizioni previste dalle legge, rileva ai fini dell'applicazione degli istituti della rescissione, dell'annullamento per dolo e quant'altro, fermo restando che l'iniquità del contratto determinata da una condotta riprovevole della parte che si avvantaggia delle condizioni inique costituisce ipotesi sulla quale il giudice può intervenire perché, per l'appunto, c'è stato il comportamento illecito, in quanto riprovevole, di una parte a danno dell'altra.

¹⁰ Cfr., per tutti, già E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008; ma v. anche S. EVANGELISTA – G. CANZIO, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 3; e da ultimo R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, id., 2017, V, 123 e ss.

¹¹ Di crisi (declinata in termini di “eclissi”) della scienza giuridica, e in particolare della scienza privatistica, parla C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; Cfr. il bel dialogo sulla riflessione di Castronovo svolto tra S. Mazzamuto, A. Di Majo, G. Terranova, A. Gentili, G. Benedetti e L. Nivarra ed ospitato su *Europa e dir. priv.*, 2016, 1133 e ss. Sulla medesima

rapporti sociali basati sulla logica della predeterminazione della regola e della prevedibilità della soluzione – abbia oramai acquisito in Italia una identità del tutto nuova rivendicando ed assumendo su di sé il compito di creare diritto. E ciò – giova ribadirlo – non solo laddove vi siano lacune o evidenti contraddizioni del dato normativo positivo, ma anche in qualsiasi altro caso in cui quest’ultimo non appaia, al giudice del caso concreto, offrire una soluzione “equa”, “giusta” (in materia di obbligazioni, si fa ricorso anche ai concetti di “equilibrio” e “simmetria”) o, in altri termini, “ragionevole”, e cioè asseritamente conforme ai principi e/o ai valori fondamentali dell’ordinamento.

Chi scrive ha già avuto modo di esprimere, nel 2010, le proprie perplessità rispetto a questa deriva. In particolare, giova qui rinviare al commento svolto alla sentenza della Cassazione (terza sezione civile) n. 10741 del 11 maggio 2009 (Pres. Varrone, Rel. Spagna Musso)¹², con la quale, per la prima volta¹³, i giudici di legittimità rivendicavano espressamente l’esistenza della «giurisprudenza normativa» osservando che il nostro ordinamento, tradizionalmente di *civil law*, si sta(va) evolvendo verso il modello di *common law*¹⁴ (a costituzione e

riflessione, v. anche V. CALDERAI, *L’eclissi in una luce diversa. Considerazioni sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell’epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1621. Sulla crisi del diritto privato, e delle sue categorie, *ex multis*, v. di recente anche F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1; e in termini diversi N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; e M. PENNALISICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1246. Per riflessioni più datate, ma ancora attuali, cfr. E. SEVERINO – N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; e, se consentito, F. DI CIOMMO, *Civiltà tecnologica, mercato e insicurezza: la responsabilità del diritto*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Scritti in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 19, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010; nonché ID., *Internet e crisi del diritto privato tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, id., 2003, 117.

¹² Il commento, intitolato *Giurisprudenza-normativa e ruolo del giudice nell’ordinamento italiano*, è pubblicato in *Foro it.*, 2010, I, 157. Sulla stessa sentenza, sempre di F. DI CIOMMO, v. anche *Giurisprudenza normativa e “diritto a non nascere se non sano”*. *La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, 1125.

¹³ Sul piano logico, possono considerarsi come precursori della sentenza del 2009 due importanti arresti pretori di circa 20 anni prima. Si tratta delle sentenze di Cassazione n. 434 del 18 gennaio 1999 e n. 10514 del 22 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1889, con note di M. Fabiani (c. 1891) e M. De Cristofaro (c. 1912), con le quali la Suprema Corte ha “spostato” il sindacato di legittimità sul giudizio di merito applicativo di norme c.d. elastiche dal n. 5 al n. 3 dell’art. 360, comma 1, c.p.c. E ciò in ragione della constatazione che il giudice di merito, quando applica norme elastiche, svolge una vera e propria attività di integrazione o sub-normazione delle disposizioni di legge, sicché, a detta della Suprema Corte, il sindacato di legittimità su tale attività svolta dal giudice di merito consiste nel verificare che quest’ultimo non abbia debordato rispetto ai «principi di civiltà giuridica» espressa dalla stessa Cassazione.

¹⁴ Nel fare riferimento ai sistemi di *common law* la Suprema Corte sembra non considerare che

codici di rito invariati, si intende!), e tutto ciò per arrivare ad affermare – in senso assolutamente innovativo rispetto anche alla giurisprudenza precedente e, soprattutto, in distonia con quanto espressamente previsto dall’art. 1 del codice civile – che il concepito (e cioè l’individuo che vive nel ventre materno ma non è ancora nato) può essere riconosciuto titolare di alcuni diritti soggettivi delle personalità¹⁵.

Con buona pace dell’art. 101 Cost., secondo il quale – necessita ricordarlo – il giudice è soggetto alla legge.

«Una norma terribile» – quest’ultima, secondo G.M. Berruti (il riferimento è ancora al saggio, già citato, intitolato “*La dottrina delle corti*”) – «per la sua caratura utopistica e per la sua modernità». E ciò in quanto, secondo l’autorevole magistrato, «è certamente utopistico promettere ai cittadini che i giudici che si occuperanno della loro libertà e dei loro beni, in una parola dei loro diritti, saranno sempre tanto “altro da sé” da risultare in ogni caso interpreti, anche creativi, ma tuttavia della legge, cioè di una volontà politica più alta della decisione giudiziaria. Ma è assai moderno promettere che la dipendenza dalla legge funzioni come antidoto all’arbitrio del giudice e mantenga la sovranità del legislatore». Ed ancora: «Solo chi ignora tutto dell’applicazione della legge può pensare al processo come ad un meccanismo in cui ogni esito è prevedibile, magari in base ai precedenti. Qualunque tesi ha la sua antitesi. E nessuna soluzione è certa perché nessuna posizione espressa da un avvocato è censurabile in anticipo, nemmeno sul rilievo che essa è stata altre volte disattesa. Il diritto vivente cambia con la cultura, con l’economia, con la politica».

in quelli, tradizionalmente, il giudice non è affatto creatore del diritto in quanto egli si limita, in ossequio alla teoria dichiarativa del precedente, a rinvenire il principio di diritto nell’ordinamento e ad applicarlo al caso concreto a lui sottoposto. Come è stato correttamente osservato (B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994, in part. 97), infatti, «Secondo il principio inglese della *rule of law*, che è strettamente intrecciato con tutta la storia della *common law*, le norme non erano propriamente il risultato dell’esercizio della volontà arbitraria di uomini particolari. Esse sono oggetto di una indagine spassionata da parte delle corti di giustizia, proprio come le norme romane erano oggetto di una ricerca spassionata da parte dei giuristi romani cui le parti sottomettevano le loro cause».

¹⁵ Il commento si apriva con queste parole: «I tempi cambiano, gli ordinamenti giuridici pure. Si evolvono continuamente, e sempre più rapidamente, le ragioni, i modi e le finalità delle relazioni tra uomini; emergono nuovi valori condivisi, mentre altri tramontano. Mutano, di conseguenza, le forme ed i contenuti del diritto. Nulla di nuovo sotto il sole, si dirà. Ma la sentenza in epigrafe prova che qualcosa di nuovo, anzi di epocale, sta, più o meno silenziosamente, ed inesorabilmente, avvenendo nel sistema giuridico italiano. Qualcosa che sta incidendo profondamente sulla dinamica, gli equilibri e le geometrie dei rapporti tra le fonti – o, se si preferisce, tra i formanti – dell’ordinamento e che, dunque, tocca al cuore la natura stessa del sistema e le sue prospettive di evoluzione futura».

Le espressioni di Berruti, appena riportate, rappresentano in modo plastico: da un lato, l'energia dell'argomentazione dei giudici, che, da nuovi protagonisti in scena, manifestano la determinazione di chi ritiene di essere nel giusto e la forza dell'asserita inevitabilità giustificata dalla liquidità dei mutamenti sociali in atto e dall'inerzia del legislatore; dall'altro, l'impotenza degli studiosi che, pur perplessi, non riescono ad opporre un freno alla giurisprudenza che si fa dottrina, oltre che legislatore, e che afferma l'esigenza di ragionare di giustizia del caso concreto piuttosto che di astratti principi giuridici uguali per tutti.

Tale atteggiamento pretorio si autolegittima attraverso il richiamo espresso ai suggestivi (e, in vero, assai opportuni) approdi a cui è pervenuta la dottrina civilistica più autorevole che, fin dagli anni Settanta dello scorso secolo, ha professato la costituzionalizzazione del diritto civile, e cioè l'esigenza di applicare le disposizioni normative in senso conforme ai valori e ai principi espressi dalla Carta costituzionale¹⁶. Esso, inoltre, appare incoraggiato e, sul piano squisitamente culturale, avallato dalle conclusioni rassegnate dagli studi più recenti, di carattere teorico generale e filosofico, circa l'interpretazione, che viene considerata, in definitiva, come essenza stessa del diritto¹⁷.

In tal ultimo contesto, si è, infatti, diffusa l'idea che il diritto sia una pratica (ovvero un'attività, ovvero ancora un processo) sociale di carattere essenzialmente interpretativo, che dipende (anche) dall'attività dell'uomo, ma non necessariamente (e comunque, senz'altro, non solo) da un atto autoritativo di volontà e, dunque, dall'atto legislativo. In una prospettiva solo parzialmente diversa si afferma che il diritto, in sostanza, sia soprattutto argomentazione o ragionamento giuridico.

In definitiva, superata l'idea che il diritto possa avere una sua consistenza oggettiva e definitivamente archiviati i convincimenti positivistici, si ritiene oggi (in particolare, nell'ambito della concezione definita epistemologica

¹⁶ Come ovvio, il riferimento in questo caso, tra i tanti che pure hanno propugnato l'interpretazione costituzionale del diritto civile, non può che essere P. PERLINGIERI. Cfr., a riguardo, tra le tante fondamentali opere dell'Autore, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. Codice civile e la nuova scuola dell'esegesi*, Napoli, 1985; *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989; *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, I ed., 1991; P. PERLINGIERI, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004; *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006; *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010; *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010; e *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

¹⁷ Cfr., *ex ceteris*, F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; nonché ID., *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003.

costruttivistica) che conoscere il diritto sia cosa diversa dall'apprendere descrittivamente una realtà normativa che esiste in sé ed è conoscibile oggettivamente giacché conoscere il diritto equivale a determinarne le caratteristiche e i contenuti a partire da un materiale che è solo parzialmente dato (sebbene in termini diversi, alimentano questi convincimenti, tra gli altri, Mauro Barberis, Heil MacCormik, Vittorio Villa, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, Ronald Dworkin¹⁸).

I pensatori che condividono i presupposti teorici del c.d. “non oggettualismo” (e che, dunque, considerano il diritto non un'entità dotata di oggettività, ma, per l'appunto, il prodotto dell'attività interpretativa e più in generale, della puntiforme coazione di diversi fattori in continuo divenire) accolgono, quindi, l'idea di fonte del diritto allargata che comprende tutte le ragioni che possono essere utilizzate nei processi di interpretazione e giustificazione giuridica e possono contribuire alla determinazione della regola del caso concreto. Il diritto, per tanto, sarebbe un fenomeno, o meglio un processo di individuazione progressiva dei contenuti normativi, e non un dato di fatto o complesso predeterminato rispetto alla sua applicazione. In tale processo, ovviamente, un ruolo fondamentale rivestono i principi e i valori morali condivisi dalla società di cui il dato ordinamento è espressione, ma anche la sensibilità, e la capacità argomentativa, del singolo operatore, e quindi del singolo interprete¹⁹.

¹⁸ Tra i tanti scritti che è possibile citare in proposito, oltre a quelli indicati alla nota precedente, v. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio, ed. italiana del celeberrimo saggio del 1977*, Bologna, 2010; ma anche ID., *Law's Empire*, Cambridge, Mass. (USA), 1986, nonché N. MACCORNICK, *Law as institutional fact*, Edimburg, 1973; e *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, 87; V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012; e ID., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento: trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990; M. BARBERIS – A. VIGNUDELLI, *Nuovi dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013; ed infine G. PINO – A. SCHIAVELLO – V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, in part. Parte III, 257-400. Una menzione speciale, a tal riguardo, merita A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, nel quale l'autore tratta, dalla particolare angolazione del giurista positivo, istituti e questioni del diritto civile – dal sistema delle fonti al processo, passando, tra l'altro dal diritto soggettivo all'abuso del diritto – in cui egli dimostra la particolare valenza dell'argomentazione.

¹⁹ In questi termini S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, *passim*. Sull'importanza della argomentazione persuasiva, cfr. anche CAMPANALE, *op. cit.*

3. Diritto pretorio, giustizia del caso concreto e (in)certezza/(im)prevedibilità del diritto: dubbi di costituzionalità

Il riconoscimento della centralità dei processi argomentativi ed ermeneutici, della rilevanza normativa dei principi e dell'esistenza di una connessione necessaria tra diritto e morale – al quale sono recentemente pervenuti, pur muovendo da diversi presupposti concettuali, sia in ambito teorico-generale sia in ambito più strettamente civilistico, gli autori a cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo – implica l'affermazione del carattere necessariamente incerto e indeterminato del fenomeno giuridico²⁰.

Inoltre, una tale considerazione del diritto è possibile solo a condizione di una critica dei presupposti gnoseologici e ontologici della teoria giuridica tradizionale²¹. E in tale sforzo si è, infatti, cimentata negli ultimi anni anche parte della nostra migliore dottrina civilistica, la quale ha tra l'altro osservato che «il valere del diritto come valore si viene progressivamente svincolando dai modelli che ci aveva trasmesso la strategia del post-illuminismo e della rivoluzione francese e si riposta all'*humus* di un'esperienza che nasce dal basso nella realtà dei rapporti concreti. In questo contesto la giurisprudenza si pone come sensore delle esigenze di adeguamento e come operante coscienza della necessità di dare forma compiuta ad un processo di emissione spontanea del diritto. L'ottica si sposta dal momento della posizione della regola, cioè dal fatto di essere essa espressione di un organismo superiore dotato dell'autorità di proferirla, al momento del suo concreto riconoscimento, che si radica nelle scelte di cui essa è portatrice e che risultano, nel contingente storico, effettivamente condivise»²².

Tuttavia, anche i più entusiasti sostenitori della c.d. giurisprudenza normativa

²⁰ Così ancora S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., in part. 29.

²¹ In questi termini già F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., in part. 87. Per una stimolante riflessione a più voci sul tema, v. P. SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico»*. In onore di Angelo Falzea, Napoli, 2011. Cfr. anche, più di recente, V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249; N. IRTI, *Sulla «positività ermeneutica» (per Vincenzo Scalisi)*, id., 2016, 923; M. ORLANDI, *Angelo Falzea o del positivismo assiologico*, id., 2017, 1042; e ancora N. IRTI, *Nomos e lex (Stato di diritto come stato della legge)*, cit.

²² Così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 35; ma in termini simili già ID., *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, in part. 7 e ss. Cfr. anche N. LIPARI, *Intorno ai principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28; e, per una riflessione molto più datata, ma ancora di suggestiva attualità, ID., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo*, Lecce, 1972.

(o creativa), allo stato, non negano l'esistenza di un potenziale cortocircuito, dovuto al fatto che se è vero che la tendenza ad una sempre maggiore creazione del diritto per via giurisprudenziale è alimentata, in particolare, dalla difficoltà che il giudice incontra nell'individuare, nel composito sistema delle fonti, la regola che tutela nel modo più efficace l'interesse concreto sottoposto alla sua attenzione, è altrettanto vero che la medesima difficoltà il giudice incontra nello «individuare punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le sue soluzioni interpretative»²³.

In altre parole, mentre da un lato si attribuisce alla giurisprudenza il compito di produrre (e non solo di individuare) le regole giuridiche attraverso le quali risolvere le questioni concrete che le vengono sottoposte, e si riconosce alla medesima il potere di farlo attingendo ad un ampio strumentario ermeneutico, dall'altro si ammette che il relativismo culturale imperante, la crisi valoriale sempre più diffusa, il tramonto delle categorie socio-economiche tradizionali e l'oggettivo affievolimento delle idealità rendono davvero difficile per il singolo giudice individuare sicuri punti di riferimento in grado di orientare l'interpretazione sua e dei colleghi che saranno chiamati a risolvere la stessa questione in un diverso caso concreto o, rispetto al medesimo caso concreto, in altri gradi di giudizio.

24

Da qui il serio rischio che la giurisprudenza creativa diventi anche giurisprudenza incerta o meglio fonte di diritto incerto, e cioè di applicazione incerta, lasciata alla (più o meno) libera e discrezionale sensibilità, abilità e volontà del giudice del caso concreto. E dunque anche (o forse solo) giustizia del caso concreto. Che, però – per questa via – finisce per diventare ingiustizia, se è vero quanto detto nel paragrafo 3, e cioè che la legge, se non ha una applicazione uguale per tutti i consociati, è ingiusta, oltre che inefficace sul piano sociale e inefficiente sul piano delle relazioni economiche.

La qual cosa, *mutatis mutandis*, fa tornare alla memoria l'ammonimento che Pietro Calamandrei lanciava, nel 1921, al fine di sostenere l'esigenza che l'esercizio dell'azione penale da parte della magistratura inquirente fosse obbligatorio, osservando che «affermare da una parte che la legge è uguale per tutti, e dall'altra lasciare al potere esecutivo la facoltà di farla osservare soltanto nei casi in cui ciò non dispiace al partito che è al governo, è tale un controsenso, che non importa spendervi molte parole per rilevarne tutta la enormità»²⁴.

²³ Così ancora N. LIPARI, *Il diritto civile tra leggi e giudizio*, cit., in part. 33.

²⁴ Così in P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, 1921, in part. 11. Cfr. anche ID., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942. Dello stesso A. non può non citarsi, in questa sede, anche *Elogio del giudice scritto da un avvocato*, Firenze, 1935, nel

Del resto, non a caso – come già sopra avvertito – i nostri Padri costituenti, quando dovettero decidere come organizzare il controllo sulla costituzionalità delle leggi, scelsero, un modello accentrato di giustizia costituzionale in quanto temevano non già l’inerzia dei giudici, ma – al contrario – il loro attivismo, e dunque «le conseguenze che [il modello diffuso, n.d.a.] comportava per quanto riguarda la configurazione del rapporto giudice-legge»²⁵.

In altri termini – come osserva, a riguardo, autorevole dottrina – «l’introduzione di sistemi di giustizia costituzionale alternativi al *judicial review*, quali quelli di matrice europea, incentrati su organi e procedure *ad hoc*, è stata caldeggiata precisamente allo scopo di contrastare la tendenza all’autoinvestitura da parte dei giudici comuni di quel potere di sindacato sulla legge»²⁶.

È notorio, infatti, che «agli occhi dei Padri costituenti il modello europeo-continentale offrì un vantaggio indubbio: poteva garantire la superiorità della Costituzione sulla legislazione ordinaria senza rafforzare il potere giudiziario». Realizzava cioè la sintesi perfetta tra superiorità delle norme costituzionali e

quale si racconta, tra l’altro, del cortile della pretura di Monsummano, all’interno del quale gli avvocati si accalcavano con l’orecchio appoggiato al muro della camera di consiglio perché il giudice era solito decidere, dopo l’udienza, gettando il tocco contro il muro di modo che, se cadeva da una certa parte, aveva ragione l’attore, altrimenti il convenuto, e gli avvocati avevano allenato l’udito per cui erano in grado di capire, attraverso il muro, chi aveva vinto e chi perso. Calamandrei commentava, ironicamente, che c’era, dunque, un buon cinquanta per cento di possibilità che chi aveva ragione se la vedesse riconoscere in sentenza e che tale percentuale non è da disprezzarsi. Salvo poi chiosare con il noto ammonimento: «Chi fu l’inventore del motto comodo e *vile habent sua sidera lites*, col quale, sotto decoroso manto latino, si vuol dire in sostanza che la giustizia è un giuoco da non prendersi sul serio? Lo inventò certamente un causidico senza scrupoli e senza passione, che voleva con esso giustificare tutte le negligenze, addormentare tutti i rimorsi, scansare tutte le fatiche. Ma tu, o giovine avvocato, non affezionarti a questo motto di rassegnazione imbecille, snervante come un narcotico: brucia il foglio su cui lo trovi scritto; e quando hai accettato una causa che ti par buona, mettiti fervidamente al lavoro colla sicurezza che chi ha fede nella giustizia riesce in ogni caso, anche a dispetto degli astrologi, a far cambiare il corso delle stelle».

²⁵ Queste parole sodi di C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulla legge. Le ideologie dei costituenti*, Milano, 1978, spec. 84-88, il quale prosegue la riflessione osservando che «un simile sistema [cioè quello a sindacato diffuso, n.d.a.], se appariva in grado di assicurare tutela immediata alle situazioni soggettive contemplate dalla Carta Costituzionale, proprio a cagione di questa sua prerogativa, non poteva contemporaneamente “garantire” la obbligatorietà, per i giudici, per le autorità e per i “sottoposti” in genere, delle leggi ordinarie». Insomma, «il sistema diffuso [...] non si prestava di certo ad accordarsi con i dogmi dei quali si era sino ad allora nutrita la cultura giuridica europea: dogmi come la “obbligatorietà, imperatività, esecutorietà della legge, e le altre diverse svariate aggettivazioni usate, nell’Europa continentale, per designare il carattere di assoluta dominanza degli atti del Parlamento».

²⁶ Così G. ZAGREBLESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 331.

privilegio del legislatore, tra intangibilità dei principi costituzionali da parte di tutti i pubblici poteri, ivi compreso quello legislativo, ed esigenza di preservare le scelte politiche del legislatore democratico dalle aggressioni degli altri poteri, *in primis* quello giudiziario»²⁷.

Oggi, a Costituzione e regole della giustizia costituzionale invariate, il panorama è completamente mutato a colpi di diritto vivente e in forza della prassi sociale e giudiziaria. La consapevolezza di tale radicale trasformazione del nostro ordinamento giuridico, e dell'equilibrio tra i suoi poteri, non deve far difetto ad alcuno, in quanto implica responsabilità precise in capo ad ogni operatore del diritto ed in particolare ai giudici.

4. Un caso emblematico: la frantumazione della categoria della nullità.

Infiniti esempi si potrebbero fare in questa sede, ed in chiusura di questo scritto, circa questioni attuali del diritto, ed in particolare del diritto civile, attorno alle quali regna sovrana l'incertezza interpretativa ed applicativa palesata dalle diverse pronunce dei giudici, con conseguente difformità in ordine agli esiti dei singoli giudizi e, dunque, di trattamento dei cittadini da parte del sistema giudiziario italiano.

26

Un caso, tra i tanti, è quello della nullità. E riguarda il modo in cui la giurisprudenza, di fronte alla disgregazione, sul piano disciplinare, della tradizionale categoria unitaria della nullità (dovuta all'emersione di ipotesi di nullità sopravvenute, relative, di protezione, prescrivibili, sanabili, convalidabili, derivate, spurie, selettive e quant'altro²⁸), ha risposto al dubbio

²⁷ Così O. CHEZZA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Roma, 2014, 55-55, il quale riporta e condivide il pensiero espresso in proposito da E. LAMRQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2012, e v. Zagrebelsky, cit., 331.

²⁸ Tra i moltissimi scritti in proposito, v. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; P. GAGGERO, *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1220; ID., *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1463; G. MASTROPASQUA, *Gli statuti della nullità contrattuale tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1480; C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in O. CALLIANO (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi, e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013, 68 e in part. 76 e ss.; A. LA SPINA, *Destruzzione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 732; I. PRISCO, *Nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su*

circa la possibilità, ancora oggi, di preservare e valorizzare l'unità funzionale della categoria. In altre parole, non è affatto detto che la disgregazione, sul piano disciplinare, della categoria unitaria determini anche il tramonto della fondamentale funzione che la nullità ha avuto nel nostro sistema civilistico, quanto meno, dal codice del 1942 in avanti, a difesa di interessi superindividuali ritenuti prevalenti rispetto a quelli dei singoli consociati²⁹.

Dunque, non è detto che le differenze peculiari emerse sul piano disciplinare tra nullità di diversa *species* determinino anche il tramonto della unitarietà, sul piano funzionale, della categoria della nullità, e la disapplicazione sistematica della disciplina generale codicistica della nullità, con conseguente depotenziamento della funzione tradizionale dell'istituto.

Dettaglio questo tutt'altro che marginale, visto che la tenuta sul piano funzionale consentirebbe alla nullità di esprimersi, pur nella differenza disciplinare delle sue connotazioni speciali, come istituto ancora caratterizzato, sul piano applicativo, da una solida (ed a mio avviso fondamentale) omogeneità e coerenza di fondo. In questo senso si sono espresse le sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, nel 2014, con le note sentenze gemelle del 12 dicembre 2014 n. 26242 e n. 26243 (Pres. Rovelli; Rel. Travaglino³⁰). Le pronunce in parola, infatti, in espresso contrasto con l'orientamento espresso dalle medesime sezioni unite solo nel 2012 (con la sentenza n. 14828 del 4 settembre 2012

art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, Torino, 2011; A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; S. MARTUCELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Riv. not.*, 2009, 174; ID., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; nonché S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 950.

²⁹ In proposito, anche per la dottrina citata, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia negoziale*, cit., in particolare capitoli III e IV; e, per una riflessione più recente, ID., *Liquidità del diritto post-moderno e frammentazione della categoria delle nullità negoziali*, in corso di pubblicazione in *Nuovo dir. civ.*

³⁰ L'una e/o l'altra sentenza risultano pubblicate, tra l'altro, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con osservazioni di Adorno, e con note di PALMIERI e PARDOLESI, di DI CIOMMO, di PAGLIANTINI, di MENCHINI, e di PROTO PISANI, ed inoltre in *Contratti*, 2015, 113 (m), con nota di PAGLIANTINI, in *Giur. it.*, 2015, 71 (m), con nota di I. PAGNI; in *Corr. giur.*, 2015, 88 (m), con nota di V. CARBONE; in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 299, con nota di RIZZO, in *Danno e resp.*, 2015, 592, con note di FORNASARI e LAGHEZZA, in *Giur. it.*, 2015, 1386 (m), con nota di BOVE, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560, con nota di GIUSSANI e in *Giur. comm.*, 2015, II, 970, con nota di DELLI PRISCOLI.

(Pres. Vittoria, Rel. D'Ascola³¹), hanno affermato che tutte le nullità, e dunque anche le nullità c.d. di protezione, devono essere interpretate ed applicate in coerenza con l'unità funzionale che alla categoria della nullità deve (ancora) riconoscersi nel nostro ordinamento. E ciò in quanto (queste le parole con cui si esprimono le cennate sentenze delle sezioni unite del 2014): «La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale».

Principio questo che appare pienamente condivisibile, ma che invece è stato completamente disatteso, ed anzi espressamente contraddetto, dalle stesse sezioni unite, nella recente sentenza 16 gennaio 2018 n. 898 (Pres. Rordorf, Rel. Di Virgilio)³², con la quale, come noto – in tema di contratto tra intermediario finanziario e cliente, sottoscritto soltanto da quest'ultimo (c.d. contratto monofirma) – in aperto contrasto con l'orientamento di legittimità sino a quel momento consolidato³³ (salvo due pronunce isolate difformi³⁴), e dunque con

³¹ Le sezioni unite nel 2012 avevano affermato che il principio della sindacabilità d'ufficio della nullità, da parte del giudice, non può operare per le nullità soggette a regime speciale e, dunque, secondo la Corte, per le «nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta». La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2013, I, 1238, con nota di PALMIERI, e inoltre in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 15, con nota di SCOGNAMIGLIO, in *Giur. it.*, 2013, 299 (m), con nota di RIZZUTI, e 907 (m) con nota di D'ALESSANDRO, in *Danno e resp.*, 2013, 273, con nota di LAGHEZZA, e in *Gazzetta forense*, 2013, fasc. 1, 34, con nota di CATALANO.

³² La sentenza, al 16.7.2018, risulta pubblicata e fruibile on-line nel sito Internet "www.dirittobancario.it", al link: «<http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/banca-e-finanza/servizi-di-investimento/valido-sezioni-unite-contratto-quadro-sottoscritto-dal-solo-investitore>».

³³ Per l'orientamento sino a quel momento consolidato, v., tra le più recenti, Cass. n. 3623 del 24 febbraio 2016 in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 116; n. 5919 del 24 marzo 2016, *ibid.*, voce *Contratto in genere*, n. 362, e per esteso in *Corr. giur.*, 2016, 1114, con nota di TUCCI; n. 7068 dell'11 aprile 2016, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 134, e per esteso in *Corr. giur.*, 2016, 1113, con nota di TUCCI, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1171, con nota di GAGGERO, e in *Contratti*, 2016, 1093, con nota di GIULIANI; e n. 36 del 3 gennaio 2017, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Contratti bancari*, 25. In dottrina, *ex multis*, v. G. LAROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 1; ID., *La "forma informativa" ed il "potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass. ord. 27 aprile 2017, n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, in *Il Caso.it*, 2017, 15; R. AMAGLIANI, *Della forma del contratto quadro di investimento e di alcune opinabili controverse conseguenze in tema di forme e nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1363; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle sezioni unite*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 554; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non*

buona pace anche delle aspettative ingenerate nei consociati a riguardo e, per l'appunto, della certezza del diritto, la Suprema Corte ha affermato il seguente principio: «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

A tale conclusione la Corte perviene sulla scorta della considerazione che (sono ancora le parole utilizzate nella sentenza): «Il vincolo di forma imposto dal legislatore [...], nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa [e cioè della protezione del cliente sul piano informativo, n.d.a.], è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, [una] volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro [...]. Infine, n.d.a.] come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma *ex art. 1325*, n. 4, c.c. va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa»³⁵.

risultano sottoscritti dalla banca, in *Contratti*, 2017, 393; e, per riflessioni più generali sempre sul tema, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse del cliente ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 584; B. INZITARI – V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; e G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.

³⁴ Cfr. Cass., 22 marzo 2012 n. 4564, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria* n. 122., e 7 settembre 2015 n. 17740, inedita. Le due pronunce in parola, che per altro hanno ad oggetto una fattispecie parzialmente diversa, per stessa ammissione delle sezioni unite risultano talmente «isolate che la questione che specificamente interessa è stata correttamente portata all'attenzione delle sezioni unite come di [...] particolare importanza *ex art. 374*, comma 2, c.p.c., e non per dirimere un contratto tra sezioni semplici o all'interno della stessa sezione» (così si legge a p. 11 della sentenza n. 898 del 2018).

³⁵ Sulle c.d. funzioni della forma negoziale, tra i molti autori che hanno recentemente trattato l'argomento, oltre a quelli già citati nelle note precedenti, v. R. FAVALE, *Forme per la validità del contratto e tutela del contraente*, in *Contr. e impr. Europa*, 2008, 975; M. POLI, *L'analisi*

Affermando tale principio la Suprema Corte sembra dimenticare che la nullità (come quasi sempre le accade) svolge, nel caso di specie, funzioni ulteriori oltre alla funzione di protezione della parte debole del rapporto contrattuale, e dunque, nel caso di specie, del cliente dell'intermediario finanziario. Ciò in quanto attraverso l'imposizione della forma forte – atto scritto e consegna al cliente di una copia del contratto – la legge vuole anche, per lo meno, assicurare certezza ai rapporti bancari e finanziari con riguardo ai contenuti, al tempo della sottoscrizione e alle responsabilità evenienti da quest'ultima. In altri termini, imponendo la forma scritta la legge, tra l'altro, obbliga i rappresentanti degli intermediari finanziari, chiamati a firmare i contratti con i clienti, ad assumersi ogni relativa responsabilità, nei confronti dei terzi e nei confronti dello stesso istituto a nome del quale essi firmano, e ciò anche, più in generale, a tutela del mercato del credito³⁶. Non a caso, del resto, l'art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. TUF) stabilisce espressamente che nella prestazione dei servizi di investimento i soggetti abilitati devono comportarsi «con diligenza, correttezza, trasparenza, nell'interesse dei clienti», ma anche – e qui è il punto trascurato dalla recente sentenza – «per l'integrità dei mercati»³⁷.

Inoltre, va considerato che se la legge – che, come visto, già attribuisce al solo cliente la possibilità di far valere in giudizio l'invalidità del negozio – avesse voluto consentire alle parti di sanare la nullità in parola, avrebbe utilizzato l'istituto dell'annullabilità, piuttosto che quello della nullità. Dunque, anche l'argomento, utilizzato dalla Corte, che fa perno sull'esecuzione che le parti avevano dato (nel caso di specie) al contratto, malgrado la mancanza di firma sullo stesso da parte dell'intermediario, non coglie nel segno, ed anzi finisce per rivelare l'intrinseca debolezza anche dell'impianto motivazionale della pronuncia in parola.

funzionale della forma, Milano, 2011; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; e, da ultimo, anche per le citazioni dottrinali ivi contenute, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimetrici*, Milano, 2018.

³⁶ La soluzione adottata dalla innovativa – ma non condivisibile – sentenza n. 898 del 2018, in buona sostanza, consente agli intermediari finanziari e alle banche di concludere contratti senza che nessuna persona fisica si assuma la diretta responsabilità dell'operazione negoziale così realizzata. Il che ha rilevanti conseguenze, tra l'altro, sulla possibilità, per gli stessi istituti, di contestare al dipendente infedele o negligente le proprie eventuali responsabilità al riguardo.

³⁷ In proposito, *ex multis*, v. P. GAGGERO, *La trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2012; E. CAPOBIANCO – F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza dei contratti bancari e trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1142. Da ultimo, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria alla luce della MIFID 2: profili giuridici*, in *Riv. trim. dir. dell'econ.*, 2017, 39.

In definitiva, sostenere, come fanno le sezioni unite con la sentenza n. 898/2018, che, quand'anche la legge richieda la forma scritta – a pena di nullità – per un contratto, questo può essere sottoscritto da una sola parte, vuol dire valorizzare una certa (pure, in vero, opinabile) funzionalizzazione del requisito della forma ed allo stesso tempo negare in radice il concetto e la funzione unitaria della categoria della nullità, riducendola ad uno strumento la cui disciplina va considerata oggi talmente frammentata da potere lo stesso operare anche in senso nettamente difforme da quanto previsto dal codice civile nell'ambito della disciplina generale dell'istituto.

E ciò in barba all'insegnamento della sopra richiamata sentenza delle sezioni unite del 2014, e persino (si fa per dire, ovviamente) in barba alla legge, visto che il testo unico dell'intermediazione finanziaria (il citato TUF) non prevede, sotto il profilo in parola (cioè riguardo al concetto di forma scritta dell'atto), alcuna deroga all'applicazione della disciplina codicistica in materia di nullità negoziale, altro e diverso essendo il piano su cui opera il comma 3 dell'art. 23 del TUF, ai sensi del quale, in caso di mancanza di forma scritta del contratto, «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».

Altro, infatti, è parlare di validità, o meno, del contratto; altro è stabilire chi possa far valere in giudizio la nullità dello stesso. Ma, confondendo i due piani, la Cassazione – probabilmente condizionata dall'ansia di individuare una soluzione che appariva giusta per il caso concreto ad essa sottoposto – nella sentenza del 2018 ha finito per capovolgere il senso della norma in questione giacché, all'esito del pronunciamento delle sezioni unite, l'art. 23 TUF, da regola di protezione per la parte debole del rapporto, oggi è incredibilmente divenuto (per via pretoria) regola che consente agli intermediari di stipulare contratti sui quali è presente la sola firma dei clienti, con le conseguenze negative già sopra cennate in termini, tra l'altro, di (ir)responsabilità civili e penali delle persone fisiche che promuovono (e in teoria concludono) in rappresentanza dell'intermediario il contratto, e dunque anche di maggiore esposizione dei clienti ai relativi rischi, e più in generale di incertezza dei rapporti bancari e finanziari e, dunque, di inefficiente operatività dei relativi mercati.

Al contrario, la Cassazione non sembra aver minimamente pensato a fare giustizia nel caso concreto (o quanto meno a tutelare gli interessi della Pubblica Amministrazione) in un'altra recente pronuncia resa in tema di nullità, nell'ambito del quale (per altro, ribaltando la sentenza d'appello) la Suprema Corte è pervenuta ad una conclusione, che può per certi versi apparire paradossale, ma che invece rispetta la sistematica ordinamentale e la funzione dell'istituto della nullità.

Si tratta della ordinanza (sez. I civile, Pres. Nappi, Rel. Lamorgese), ancora inedita, n. 25631 del 27 ottobre 2017, con la quale si è affermato che un contratto tra Pubblica Amministrazione e intermediario finanziario richiede necessariamente la forma scritta non solo ai sensi dell'art. 23 TUF, ma anche e soprattutto ai sensi dell'art. 97 Cost. In ragione di ciò, secondo la Corte, l'opzione ermeneutica che fa leva sull'art. 23 TUF per sostenere che sia solo il contraente debole a poter far valere la nullità del contratto per difetto di forma, non può essere accettata perché la forma forte richiesta dall'art. 97 Cost. «non è volta a tutelare gli interessi sia pure pubblici ma settoriali [...] di un determinato ente pubblico, quanto gli interessi generali della collettività che soverchiano quelli dell'ente pubblico che è parte in causa, quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della P.A.».

L'apparente paradosso è che, in applicazione di tale principio, la Cassazione – come detto, cassando sul punto la sentenza di merito impugnata – ha riconosciuto all'intermediario la legittimazione a far valere in giudizio il difetto di forma del contratto, penalizzando così la pubblica amministrazione, e cioè il cliente, che invece non aveva interesse a tale declaratoria. Si tratta di una situazione in cui, come detto, i giudici non sembra abbiano voluto fare giustizia del caso concreto, preferendo rispettare la sistematica ordinamentale e valorizzando il concetto di responsabilità che assume la persona fisica che firma il contratto per l'organizzazione che rappresenta. Esattamente il concetto che le sezioni unite, nella sentenza n. 898 del 2018 sembra abbiano omesso di considerare adeguatamente.

Un analogo atteggiamento sembra essere stato tenuto, in un'altra recente sentenza, ancora in tema di nullità, dalla I sezione civile della Suprema Corte. Si tratta della sentenza n. 17352 del 13 luglio 2017 (Pres. Didone, Rel. Terrusi)³⁸, nella quale in aperto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale divenuto dominante a partire da Cass. 29 novembre 2013 n. 26672³⁹ (sez. I civile, Pres. Rordorf, Est. Ragonesi), si afferma che «Il superamento del limite

³⁸ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2017, I, 3379, con nota di richiami di A. CROZZOLI.

³⁹ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Credito fondiario*, n. 21, e per esteso in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 381, con nota di TOMMASINI, in *Fallimento*, 2014, 407, con nota di BALESTRA, in *Contratti*, 2014, 439 (m), con note di PAGLIANTINI e D'AMICO, in *Corr. giur.*, 2014, 923, con note di PIZZA e MARTINO, in *Giur. comm.*, 2014, II, 156, con nota di FALCONE, in *Banca, borsa ecc.*, 2014, II, 123, con note di DOLMETTA, MINNECI, MALVAGNA, ONNIUS CUGIA.

di finanziabilità del credito fondiario comporta la nullità integrale del contratto di finanziamento e della connessa garanzia ipotecaria per violazione della norma imperativa attinente ad un elemento intrinseco della fattispecie».

Il nuovo orientamento è stato ribadito dalle ulteriori sentenze nn. 19015 e 19016 del 31 luglio 2017⁴⁰ (sez. I civile, Pres. Didone, Rel. Terrusi). Esso si basa sul convincimento, espresso dalla Corte, che il limite di finanziabilità previsto dall'art. 38, comma 2°, pur non essendo riconducibile all'art. 117, comma 8°, del medesimo d.lgs. n. 185 del 1993, e dunque non ingenerando la sua violazione una nullità testuale, costituisca norma imperativa di validità in quanto la relativa prescrizione «si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi fondiario»⁴¹.

Secondo la sentenza del 2013, invece, le norme in parola sarebbero sì imperative, ma di comportamento e non di validità, sicché la loro violazione potrebbe determinare conseguenze sul piano del risarcimento dei danni, e non anche sul piano dell'efficacia del contratto⁴². Al contrario, come appena visto, secondo le

⁴⁰ In *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Contratto in genere*, nn. 186 e 187, e voce *Credito fondiario*, nn. 3 e 4; nonché in *Fallimento e altre proc. conc.*, 2018, 1, 111, con nota di E. STAUNOVO POLACCO.

⁴¹ Testualmente la sentenza stabilisce che «il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del TUB e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, “fondiario”, secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti». Dunque, secondo la pronuncia in questione: 1) il mutuo è nullo *ex art.* 1418 c.c. perché parte del suo contenuto, *id est* la somma erogata, è in contrasto con una norma imperativa (il limite di finanziabilità); e 2) non è configurabile una nullità parziale (cioè limitata alla sola somma eccedente il limite). Di conseguenza, la banca che eroghi un finanziamento di ammontare superiore alla percentuale del valore dell'immobile consentita dalla delibera CICR non potrà usufruire né del c.d. privilegio processuale previsto dall'art. 41 TUB, né del ridottissimo termine di consolidamento dell'ipoteca previsto dall'art. 39 TUB, con gli ovvi riflessi in materia esecutiva e concorsuale (ad esempio, la possibile revocatoria dell'ipoteca). Inoltre, la banca, quando non abbia proposto la domanda di conversione entro i termini di preclusione previsti dal rito applicabile (sulla necessità di una specifica domanda di parte perché il giudice possa pronunciare la conversione *ex art.* 1424 c.c., v. Cass., 30 aprile 2012, n. 6633, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Contratto in genere*, n. 572, che richiama Cass. 1° agosto 2001, n. 10498, *id.*, Rep. 2001, voce *cit.*, n. 455; e infine Cass., sez. un., sentenze nn., 26242 2 26243 del 12 dicembre 2014, *cit.*; ma, per la tesi contraria, v. Cass., 19 novembre 2013, n. 25903, *id.*, Rep. 2014, voce *Credito fondiario*, n. 22), a seguito della pronuncia di nullità non perde solo i particolari diritti previsti dal TUB, ma anche il diritto alla remunerazione del capitale concesso in prestito e la prelazione derivante dall'ipoteca, giacché anche quest'ultima sarà travolta dalla nullità del contratto principale.

⁴² La dicotomia tra norme imperative di validità e norme imperative di comportamento fu accolta dalle sezioni unite (Rel. Rordorf) nelle note sentenze del 19 dicembre 2007 n. 26724 (in *Foro*

citare recenti sentenze del 2017 si tratta proprio di norme imperative di validità, e da ciò deriverebbero le conseguenze anzidette.

Come evidente già da questi pochi, rapidi, sparsi e del tutto superficiali, riferimenti giurisprudenziali, anche su un tema di assoluta rilevanza, per il diritto civile, qual è – per l'appunto – la nullità negoziale⁴³, la giurisprudenza più recente manifesta atteggiamenti, spesso tra loro in contrasto, che sembrano sempre figli del caso concreto ed in capaci di assurgere a regola generale, tanto da non consentire alcuna prevedibilità dell'esito del giudizio.

4. Conclusione. Un'ipotesi di lavoro

Per concludere, giova partire dalla fine.

In tema di nullità negoziali potrebbero farsi molti altri esempi, oltre a quelli che si sono cennati nel precedente paragrafo. Ciò al fine di dimostrare ulteriormente l'assoluta incertezza pratica che, a prescindere da ogni dato teorico, regna nella

it., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI; nonché, *ex multis*, in *Corr. giur.*, 2008, 230, con nota di MARICONDA, in *Danno e resp.*, 2008, 536, con nota di ROPPO, e in *Società*, 2008, 449, con nota di SCOGNAMIGLIO) e n. 26725 (id., Rep. 2008, voce *Intermediazione* finanziaria, n. 200, e *Giur. it.*, 2008, 347, con nota di COTTINO, nonché in *Contratti*, 2008, 221, con nota di SANGIOVANNI; e in *Dir. fall.*, 2008, II, 1, con nota di SARTORI). Secondo il principio di diritto affermato in tali pronunce solo la violazione delle prime, in quanto attinenti alla struttura o al contenuto del contratto, comporta la nullità del contratto medesimo, a meno che la legge non preveda un diverso rimedio altrettanto efficace (su quest'ultimo profilo, v. anche Cass., ord. 14 dicembre 2010, n. 25222, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n. 469; 28 settembre 2016, n. 19196, id., Rep. 2016, voce cit., n. 407), mentre la violazione delle seconde non riguarda ed inficia il momento genetico del contratto, e per tale ragione non comporta nullità ai sensi dell'art. 1418, 2° comma, c.c., ma può determinare la risarcibilità del danno patito dalla controparte a causa della violazione della norma di comportamento o, ove espressamente previsto dalla legge, invalidità del contratto in ipotesi di nullità testuale ai sensi dell'art. 1418, 3° comma, c.c. In dottrina, v. R. RORDORF, *La patologia del contratto: tra regole di validità e regole di comportamento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 225; G. LAROCCA, *Sezione prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 1851; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento. I principi e i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 599; e G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37.

⁴³ La categoria della nullità negli ultimi lustri, sul piano meramente pratico, ha manifestato una ipertrofia sorprendente, tanto che i giudizi in cui si fa questione di nullità negoziale si sono moltiplicati in maniera davvero impreveduta e rimarchevole, e tanto che, in questa sede, oltre a quelli cennati nel testo, altri numerosi esempi recenti di applicazioni pretorie incerte e oscillanti della categoria della nullità potrebbero farsi.

materia in ragione della imprevedibilità ed eterogeneità delle soluzioni a cui, negli ultimi anni, sono approdati i giudici di merito e di legittimità per decidere i casi concreti sottoposti alla loro attenzione⁴⁴.

Lo sforzo, tuttavia, sarebbe, a conti fatti, ingiustificato posto che la consapevolezza del dato appena sottolineato è sufficientemente diffusa tra gli operatori del diritto, e (purtroppo) non solo nel campo della nullità, per consentirmi di darla qui come acquisita.

Può affermarsi, dunque, serenamente (e allo stesso tempo, con una certa dose di preoccupazione) che su uno dei versanti più rilevanti del diritto civile, e gravidi di ricadute concrete nel sistema economico – per l'appunto quello delle invalidità negoziali – il nostro ordinamento oggi non riesce (e forse neanche prova) ad offrire ai consociati riferimenti normativi sicuri o, in altre parole, regole in funzione delle quali orientare i propri comportamenti e le proprie scelte.

Sicché questi ultimi, quando concludono un contratto, non sono in grado oggi di prevedere se quel contratto in futuro, qualora portato all'attenzione di un giudice, sarà considerato valido o invalido, né quale disciplina dell'eventuale invalidità si riterrà, nel caso, di applicare. Con ogni ovvia ricaduta, tra l'altro, in termini di inefficienza del nostro ordinamento giuridico sul piano economico perché, come noto, l'incertezza fa aumentare i costi transattivi e rende, in ogni caso, il c.d. sistema-Paese meno attrattivo per gli investimenti e, più in generale, meno competitivo sullo scenario internazionale⁴⁵.

Anche qualora si volesse, per gioco, prescindere dalle considerazioni gius-economiche appena accennate, non pare possano esserci dubbi, in ragione di quanto sopra osservato, circa il fatto che la ricerca pretoria della migliore giustizia possibile per il caso concreto – pur se giustificata dalla crisi in cui versano oggi in Italia il formante legislativo e quello dottrinale, così come

⁴⁴ anto per aggiungere un tema, potrebbe farsi riferimento alla *querelle* giurisprudenziale e dottrinale sorta, e non ancora sopita, a seguito della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità operata dalla citata sentenza di Cassazione n. 26724 del 19 dicembre 2007. Sul punto v. la nota n. 56 che precede.

⁴⁵ Per fermarci agli esempi svolti nel precedente paragrafo, è evidente come il principio di diritto affermato dalla cennata recente sentenza di Cassazione in tema di mutuo fondiario, in contrasto con la più recente giurisprudenza anche di legittimità, non sia affatto irrilevante per i fondi finanziari internazionali che hanno investito nei c.d. non *performing loans* italiani (e cioè che hanno acquistato i crediti deteriorati delle nostre banche). Le operazioni in parola hanno avuto ad oggetto, tra l'altro, mutui fondiari per miliardi di euro, ma adesso i relativi contratti rischiano di essere nulli. Per gli opportuni approfondimenti sul punto, sia dato rinviare ancora a F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, cit.

dalla liquidità dei rapporti sociali e dalla dissoluzione di valori realmente condivisi tra i consociati – si traduce nella perdita di una dimensione unitaria dell’ordinamento e nello smarrimento delle funzioni essenziali alle quali questo deve necessariamente assolvere, visto che determina inevitabilmente condizioni di giustizia non eguali per tutti e dagli esiti largamente imprevedibili.

Una giustizia, dunque, per questo sol fatto, profondamente ingiusta.

Come arginare questa deriva?

Si è ricordato nel paragrafo 4 che nel 2009 la Cassazione ha sostenuto che il nostro ordinamento, storicamente di *civil law*, sia stato, di recente, fortemente contaminato dall’influenza del *common law*, e che per tale ragione la giurisprudenza italiana può rivendicare, e deve svolgere, la propria funzione normativa.

Senza entrare nel merito della complessa questione (che necessiterebbe di più ampio spazio), va qui ricordato che in *common law* il giudice è sottoposto al principio del precedente vincolante (c.d. *stare decisis*). Ciò in ragione del fatto che negli ordinamenti anglo-americani i giudici non creano il diritto, ma lo dichiarano (principio della dichiaratività), applicandolo laddove vi sia una norma di legge che disciplina la questione o, in mancanza, rinvenendolo nel tessuto sociale. I *revirement* giurisprudenziali sono affidati alle Corti superiori, le quali, quando ritengono che su una certa questione con il passare del tempo si sono registrati mutamenti sociali significativi, dichiarano il nuovo principio di diritto che prende il posto del precedente.

Tale meccanismo – governato tradizionalmente dalla *Rule of law*, e cioè dal principio fondamentale che afferma la supremazia della legge su tutti i poteri dello Stato⁴⁶ – consente all’ordinamento di evolversi e di essere al passo con i cambiamenti sociali, ma anche di preservare, nei limiti del possibile, la certezza del diritto e la prevedibilità degli esiti dei processi, negando alla radice che la decisione del caso concreto possa dipendere dal giudizio personale del giudice⁴⁷.

⁴⁶ «La *rule of law* consiste nella eredità medievale della supremazia della legge, di una legge che né il governo può violare, né il Parlamento radicalmente cambiare, proprio perché nella concezione medievale nessuno “fa” la legge; essa non deriva dall’atto di volontà di un singolo o di una maggioranza nella misura in cui la legge viene semplicemente dichiarata o ricordata; e soltanto in caso di una lacuna interviene – in funzione meramente suppletiva – il re con l’*equity* o il Parlamento con uno statuto. Questa legge antica e immemorabile, la *common law*, si fonda nel consenso, non in quello di una assemblea, ma in quello tacito delle popolazioni, comprovato dall’uso delle generazioni» (brano tratto dall’introduzione scritta da N. MATTEUCCI a C.H. McILWAIN, *La Rivoluzione americana*, Bologna, il Mulino, 1965, 26).

⁴⁷ A conferma del fatto che la giurisprudenza di *common law* è stata negli ultimi decenni molto più “stabile” rispetto a quella italiana, può osservarsi che, sia negli Stati Uniti che in Inghilterra, il

Insomma, il precedente giudiziale in *common law* è una cosa seria. Da noi (ancora) non lo è. Perché, come già ricordato a più riprese, la nostra Costituzione stabilisce che il giudice è soggetto solo alle legge e non ai precedenti pretori. Tuttavia, la libertà che la Costituzione riconosce ai giudici rispetto alle sentenze dei propri colleghi, e quella che gli stessi si sono recentemente auto-attribuiti rispetto al formante legislativo, rischia di determinare le condizioni ideali perché il diritto giurisprudenziale diventi in Italia, oltre che incerto e imprevedibile, anche arbitrario.

E tale prospettiva, senz'altro, non può essere agognata – né passivamente accettata – da nessuno. Occorre, dunque, e con una certa urgenza, approntare i giusti correttivi affinché l'evoluzione in atto del nostro ordinamento giuridico non si traduca in una seria involuzione dello stesso, in termini, quanto meno, di efficienza e giustizia.

In questa direzione, una strada da battere, nel mutato scenario – e, dunque, non già rinnegando il nuovo ruolo che la giurisprudenza ha assunto nel nostro Paese, ma al contrario facendo i conti proprio con questo – passa senz'altro per un approccio più severo alla funzione (se non precettiva, almeno persuasiva) che deve riconoscersi ai precedenti giurisprudenziali, soprattutto di legittimità. Approccio che deve esplicarsi non tanto – ed anzi, assolutamente non – impedendo agli avvocati di impugnare sentenze che dei precedenti facciano applicazione, in quanto solo attraverso tale dinamica l'ordinamento può correttamente evolversi⁴⁸; bensì, determinando circuiti virtuosi che inducano i giudici di merito ad attenersi, salvo casi (davvero) particolari, ai principi di diritto affermati dalla Suprema Corte.

È vero: muovendo per questa via si rischia di limitare l'applicazione del principio costituzionale cristallizzato nel citato art. 101, 2° comma, Cost., imponendo al giudice condizionamenti ulteriori rispetto all'ossequio che la norma in parola

diritto dei contratti ancora oggi si ricava per larga parte da importanti sentenze molto risalenti nel tempo, laddove, invece, in Italia – come noto – le uniche sentenze che contano per gli operatori sono quelle degli ultimissimi anni, vista la facilità con cui gli orientamenti pretori cambiano.

⁴⁸ Del tutto condivisibile, tuttavia, appare, sotto questo profilo, l'ordinanza n. 4366 del 22 febbraio 2018, ancora inedita, con la quale la sesta sez. civile della Cassazione (Pres. Amendola, Rel. De Stefano) ha affermato che «in tema di ricorso per cassazione, anche un solo precedente, se univoco, chiaro e condivisibile, integra l'orientamento della giurisprudenza della Corte di legittimità cui si sia conformata la pronuncia gravata ed in mancanza, nel ricorso, di valide critiche al quale, il ricorso stesso va dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1». È, infatti, onere del ricorrente censurare i precedenti dai quali egli chiede alla Corte di prendere di distanze. È giusto, per tanto, ed anzi funzionale rispetto a quanto propugnato nelle conclusioni del presente lavoro, che il mancato adempimento di tale onere, renda inammissibile, alle condizioni indicate, il ricorso proposto.

dispone che egli abbia nei confronti della legge. Il problema, però, è che questo ossequio, nella prassi, per le ragioni accennate in questo lavoro, non esiste più. Da qui l'esigenza di un ripensamento del modo in cui deve esercitarsi, nella quotidianità, il ruolo dei giudici nel nostro ordinamento giuridico.