

GIURISPRUDENZA E AUTORITÀ INDIPENDENTI NELL'EPOCA DEL DIRITTO LIQUIDO

STUDI IN ONORE DI ROBERTO PARDOLESI

A cura di F. Di Ciommo e O. Troiano

**IL FORO
ITALIANO**

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA


LaTribuna

*Questo volume è pubblicato con la sponsorizzazione
dello Studio Legale Di Ciommo & Partners
e di IP2Tech S.r.l. – Industria Partecipazioni Tecnologia*

© Copyright La Tribuna Srl – 2018

La Tribuna Srl | www.latribuna.it

29121 Piacenza – Via Campo della Fiera, 4

Tel. 0523.46311 – Fax 0523.757219

Sono riservati per tutti i Paesi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (inclusi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica.

Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido

Studi in onore di Roberto Pardolesi
(A cura di F. Di Ciommo e O. Troiano)

Introduzioni

F. Di Ciommo e O. Troiano.....	pag.	XI
Guido Calabresi		
<i>Roberto Pardolesi: Scholar, Teacher, Friend</i>	»	XIII

Diritto ed economia nel mondo che cambia

Umberto Breccia		
<i>Incognite del pensiero giuridico contemporaneo. Identità e tradizioni. Ritorni problematici. Approdi insicuri</i>	»	5
Salvatore Mazzamuto		
<i>Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?</i>	»	21
Pier Giuseppe Monateri		
<i>The Equivalence of Political and Economic Allocations</i>	»	29
Alessio M. Paces		
<i>Analisi economica del diritto: positiva e normativa</i>	»	35
Luca Nivarra		
<i>Diritto soggettivo e Giurisdizione</i>	»	57
Andrea Giannaccari		
<i>Norme tecniche e (concorrenza tra) ordinamenti giuridici. Un itinerario comparato</i>	»	65

Giorgio Resta		
<i>North v. Polanyi - Due paradigmi per un dialogo tra giuristi ed economisti</i>	pag.	81
Antonio Gambaro		
<i>Fittizietà</i>	»	97
Vincenzo Zeno Zencovich		
<i>Come il mondo dei dati cambia taluni riferimenti tradizionali del giurista</i>	»	107

Giudici e processo

Maurizio Paganelli		
<i>Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)</i>	»	119
Francesco Di Ciommo		
<i>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</i>	»	127
Enrico Scoditti		
<i>After Dogmatics: Rethinking Legal Knowledge</i>	»	149
Umberto Violante		
<i>Analisi economica del diritto e giurisprudenza normativa</i>	»	155
Angela Arbore		
<i>Potere di controllo e disciplinare</i>	»	163
Giorgio Lener		
<i>Il nuovo "corso" giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi</i>	»	173
Domenico Dalfino		
<i>Le competenze civili del giudice onorario di pace dopo l'ultima riforma</i>	»	189
Giorgio Costantino		
<i>La delega al professionista ex art. 591 bis c.p.c. a (quasi) venti anni dal suo esordio</i>	»	207

Diritto dei contratti

Guido Alpa		
<i>Conceptions and definitions of contract</i>	»	227
Giuseppe Bellantuono		
<i>Comparing Contexts: Technical Standards and Contract Law</i>	»	235

Gianni Colangelo		
<i>Usura sopravvenuta: Cassazione e fallimento dello Sato</i>	pag.	259
Valentina Vincenza Cuocci		
<i>Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria: luci e ombre sulla tutela del consumatore nella prospettiva del diritto contrattuale europeo</i>	»	269
Adolfo Di Majo		
<i>Forma dell'atto o regolamento del rapporto?</i>	»	283
Fabio Marchetti		
<i>La fiducia nella legge 112/2016 fra diritto dei tributi e diritto dei contratti</i>	»	287
Nicola Scannicchio		
<i>Mandatory Mediation in The European Consumer Directive Between Right Enforcement and Regulation of the ADR Industry</i>	»	299
Bruno Tassone		
<i>Le avoidance clauses dell'esperienza nordamericana: problemi e prospettive di una nuova ricerca</i>	»	319
Paolo L. Carbone		
<i>Contratti collegati, aliud pro alio, causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?</i>	»	337
Michele Graziadei		
<i>Collisioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali</i>	»	361

Diritto della concorrenza

Giuliano Amato		
<i>I fondamenti e i fini della concorrenza</i>	»	371
Cristoforo Osti		
<i>Roberto Pardolesi ed il Diritto della Concorrenza</i>	»	375
Francesco Caringella		
<i>Il sindacato del giudice amministrativo e le garanzie difensive nel procedimento antitrust</i> ..	»	385
Anna Lisa Bitetto Murgolo		
<i>Abuso di dipendenza economica: dal private al public enforcement!</i>	»	405
Aldo Frignani		
<i>Il Whistleblowing in Italia: la nuova legge n. 179 dimentica la concorrenza (e non solo)</i> ..	»	413

Gianluca Faella	
<i>Le efficienze nei casi di abuso: un'analisi economica e comparata</i>	pag. 431
Massimiliano Granieri	
<i>Una lettura alternativa circa l'argomento della specificità dell'attività sportiva alla luce delle norme di concorrenza in Europa</i>	» 451
Anna Chiara Mastrorilli	
<i>Excessive price nel diritto Antitrust Europeo e Nordamericano con particolare riferimento al mercato dei farmaci</i>	» 463
Roger Van den Bergh	
<i>Efficiency based competition law and the new populism: the remake of a golden oldie</i>	» 471

Diritto commerciale

Mario Libertini	
<i>Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale</i>	» 495
Giuseppe Niccolini	
<i>Su due sentenze in tema di responsabilità dell'accomandatario</i>	» 525
Giuseppe De Marzo	
<i>Indennità d'espropriazione e valori aziendali</i>	» 535
Daniela Caruso	
<i>Distribuzione (commerciale) e diritto: variazioni su tema</i>	» 541
Tommaso Ubertazzi	
<i>Garanzie infragruppo e profili dinamici interni delle obbligazioni</i>	» 551
Onofrio Troiano	
<i>Efficienza economica e crisi di impresa nella fase esecutiva del concordato preventivo in continuità</i>	» 579
Enzo Maria Tripodi	
<i>L'alambicco del legislatore: il commercio su aree pubbliche dopo la legge di bilancio 2018</i> .	» 589
Antonio Iannarelli	
<i>Le articolazioni soggettive della prelazione agraria: quando una compiuta rivisitazione legislativa?</i>	» 605
Alessandro Silvestrini	
<i>Le offerte concorrenti di cui all'art. 163 bis legge fallimentare</i>	» 623

Diritto bancario e finanziario

Francesco Capriglione <i>Incidenza degli NPLs sulla stabilità del sistema bancario. I possibili rimedi.</i>	pag. 635
Raffaele Lener <i>Spunti di riflessione sulla nozione di raccolta bancaria del risparmio nel nuovo mondo dei servizi di pagamento e della moneta elettronica</i>	» 655
Mirella Pellegrini <i>Trasparenza bancaria, tecniche cognitive, educazione finanziaria</i>	» 663
Luca Enriques – Alessandro Romano <i>Attivismo degli investitori istituzionali e teoria delle reti</i>	» 677
Gioacchino La Rocca <i>Trattamento dei dati personali e impresa bancaria (Reg. UE 679/2016)</i>	» 685
Raffaella Menzella <i>Il FinTech e le regole (una, nessuna o centomila?)</i>	» 699
Marco Anzecchino <i>La riduzione delle prestazioni pensionistiche complementari in corso di erogazione in conseguenza della carenza di “mezzi patrimoniali adeguati” dei fondi pensione.</i>	» 717
Chiara Medici <i>Consumatore, impresa “dipendente”, cliente - investitore: frazionamento o sintesi (problematica) della tutela del contraente debole?</i>	» 729
Valentino Lenoci <i>I contratti finanziari derivati tra regole di validità e regole di condotta</i>	» 747
Patrizio Messina <i>Non-Performing Loans e operazioni di cartolarizzazione: aspetti regolamentari italiani ed europei.</i>	» 765

Proprietà industriale

Roberto Caso <i>Il diritto d'autore accademico nel tempo dei numeri e delle metriche</i>	» 785
Giuseppe Colangelo <i>Analisi economica e proprietà intellettuale: il caso della riforma europea del diritto d'autore</i>	» 797

Luigi Carlo Ubertazzi <i>Falsi d'autore e proprietà intellettuale</i>	pag. 831
--	----------

Responsabilità civile

Francesco D. Busnelli <i>1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute</i>	» 857
--	-------

Giulio Ponzanelli <i>La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale</i>	» 873
---	-------

Vincenzo Carbone <i>Nascita indesiderata: anche il padre ha diritto al risarcimento dei danni.</i>	» 879
---	-------

Umberto Izzo <i>La perdita della vita come danno relazionale: analisi storico-comparativa di una convergenza transistemica</i>	» 887
---	-------

Paolo Pardolesi <i>La parabola rimediaria della responsabilità civile: dalla funzione compensativa a quella punitivo/sanzionatoria</i>	» 921
---	-------

Roberto Simone <i>La riscoperta della funzione deterrente della responsabilità civile oltre i risarcimenti punitivi</i>	» 931
--	-------

Luigi Lambo <i>I danni punitivi e l'intenzionalità dell'offesa</i>	» 943
---	-------

Alessandro Palmieri <i>"Welcome to the Hotel California". Suggestioni dal Golden State in tema di esperibilità dei rimedi in tort contro le piattaforme digitali di home sharing.</i>	» 951
--	-------

Antonio Davola <i>Veicoli Autonomi, Sinistri Stradali e Nuovi Modelli di Responsabilità Civile</i>	» 961
---	-------

Sergio Di Paola <i>Sport subacquee e regimi di responsabilità tra regole precauzionali, condivisioni dei rischi, obblighi di diligenza.</i>	» 983
--	-------

Giovanni Comandé <i>Responsabilità ed accountability nell'era dell'Intelligenza Artificiale.</i>	» 1001
---	--------

Paolo Laghezza <i>Un manuale giudiziale sulla responsabilità da cose in custodia?</i>	» 1015
--	--------

Diritto di famiglia

Nicolò Lipari <i>I rapporti familiari tra autonomia e autorità</i>	pag. 1023
Antonello Miranda <i>Multiculturalism v. Multicommunitarism in the Italian Family Law. Some very brief considerations</i>	» 1031

Miscellanea

Carlo Maria Barone – Anselmo Barone <i>Roberto Pardolesi e le collaborazioni su “il Foro italiano”: un breve excursus diacronico</i> ..	» 1055
Giovanni Pascuzzi <i>Insegnare all’Università</i>	» 1061
Andrea Proto Pisani <i>Note a margine di una vita universitaria</i>	» 1079
Ciro De Lorenzo <i>Splendori e miserie del notariato: biografia non autorizzata della funzione notarile</i>	» 1083
Alfredo Calderale <i>The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto</i>	» 1097
Francesco Macario <i>L’evoluzione del “genere istituzionale” nella manualistica per l’insegnamento del diritto privato</i>	» 1113
Giuseppe Tucci <i>Il razzismo e le nuove discriminazioni del diritto privato postmoderno</i>	» 1141

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

di Francesco Di Ciommo

Sommario: 1. Roberto Pardolesi e l'università. – 2. Roberto Pardolesi e la giurisprudenza. – 3. Art. 3 Cost. e (in) certezza del diritto. – 4. Il diritto come interpretazione e la giurisprudenza creativa. – 5. Diritto pretorio, giustizia del caso concreto e (in)certezza/(im)prevedibilità del diritto: dubbi di costituzionalità. – 6. Un caso emblematico: la frantumazione della categoria della nullità. – 7. Conclusione. Un'ipotesi di lavoro.

1. ROBERTO PARDOLESI E L'UNIVERSITÀ

Nell'autunno del 1997, quando ancora mancava circa un anno alla mia laurea e preparavo gli ultimi esami universitari, cominciai a frequentare le lezioni di Diritto Privato Comparato che Roberto Pardolesi, in quel periodo, teneva nella Facoltà di Giurisprudenza della Luiss⁽¹⁾. Scelsi di seguire quel corso, malgrado corresse voce che il relativo esame non fosse tra i più abordabili, incuriosito dalla fama del docente, di cui avevo sentito parlare, con vari accenti, da altri studenti e che risultava tra gli autori più citati negli articoli delle riviste giuridiche che leggevo in biblioteca il sabato mattina.

Chiunque abbia assistito ad una lezione, o anche solo ad una relazione convegnistica, svolta dal Prof. Pardolesi può comprendere quale fascinazione, e quali accesi dibattiti, questi fosse in grado, più o meno consapevolmente, di provocare nei suoi studenti, discorrendo, con la disinvoltura e la finta leggerezza che ne caratterizzano il tratto, di “morte del contratto”, *law & economics*, teorema di Coase, Guido Calabresi, Douglas Malamed, giurisprudenza nord-americana, uniformazione del diritto privato europeo, Christopher Langdell, Chicago boys, Richard Posner, Gary Becker, Francesco Donato Busnelli, Rodolfo Sacco, abuso del diritto, difesa della concorrenza nel mercato, tutela della parte debole del contratto, interessi e rivalutazione monetaria, danno da morte, danni punitivi, danno da nascita indesiderata, *trust*, nullità negoziali sopravvenute, risarcimento degli interessi legittimi, identità personale, diritto all'oblio, responsabilità per illeciti commessi via Internet, e via dicendo.

Tutte (o quasi) questioni (e personaggi) di cui noi studenti non avevamo alcuna cognizione, allevati – come eravamo stati sino ad allora – a pensare che il diritto fosse (pressoché) tutto compreso

(1) Pur essendo di ruolo, dal 1989, nella Facoltà di Economia della Luiss, presso la quale teneva diversi insegnamenti (Diritto Privato, Diritto Commerciale, Diritto della Concorrenza e altri), per un breve arco di tempo, a partire della seconda metà degli anni Novanta, il Prof. Pardolesi insegnò Diritto Privato Comparato nella facoltà di Giurisprudenza dello stesso Ateneo.

tra le (per molti versi rassicuranti) certezze del dogmatismo positivista. Al più, parzialmente scalfite dall'ampio processo di decodificazione che era oramai in atto da diversi lustri ed al quale Natalino Irti aveva dedicato una bella riflessione che, sino a quel momento, pur se già datata, costituiva quanto di più moderno mi era stato dato modo di studiare⁽²⁾.

Era (come detto) il 1997, ma le lezioni di Roberto Pardolesi – per l'appunto, dai modi e dai contenuti del tutto eccentrici rispetto agli insegnamenti che avevo, sin lì, seguito⁽³⁾ – anticipavano alcuni dei più importanti risultati ai quali sarebbe giunta la nostra scienza giuridica negli anni a venire e, soprattutto, prospettavano un modo nuovo di praticare il diritto, o meglio di svolgere il pensiero giuridico, o meglio ancora di osservare e, se possibile, anticipare e facilitare l'evoluzione del sistema.

Il nuovo “verbo” era la giurisprudenza, considerata quale fonte emergente – o, in termini più rigorosi, formante – del diritto, tanto che il Nostro, negli anni Ottanta del secolo scorso, coniava l'espressione «diritto positivo giurisprudenziale»⁽⁴⁾. E dichiarava apertamente il suo apprezzamento per la sensibilità che, in quel periodo, la Suprema corte dimostrava attraverso sentenze che, a suo dire, erano «testimonianza di un'umiltà feconda ed aperta agli apporti di un confronto [con la dottrina; la quale, secondo Pardolesi, si era «adoperata per portare in esponente il diritto positivo giurisprudenziale», n.d.a.] che può chiamarsi tale solo quando le parti dimostrino, appunto, di saper vincere l'ansia di protagonismo e curarsi di quanto matura sull'altra sponda»⁽⁵⁾.

Non c'era lezione in cui Roberto Pardolesi (forse contaminato in questo dalla frequentazione quotidiana che egli ha del diritto nordamericano e, più in generale, del *common law*, da quando, nel 1976, conseguì LLM presso la University of Chicago Law School) non citasse e commentasse almeno una manciata di sentenze (italiane, tedesche, francesi, comunitarie o nordamericane che fossero). Perché proprio attorno alle pronunce dei giudici (con maggior predilezione per quelle che potevano essere ricondotte in una qualche «odissea giudiziaria»⁽⁶⁾) egli svolgeva il suo pensiero critico e proprio nell'operato dei giudici egli confidava immaginando che un giorno si sarebbe arrivati, anche in Italia, a parlare di efficienza allocativa ed equità dei contratti, di buona fede integrativa e obblighi di protezione, di integrale risarcimento dei danni, ivi compresi i danni morali, di funzioni (anche sanzionatorie) delle regole di responsabilità civile, e altro ancora.

Tutti temi che oggi, come noto, costituiscono stretta attualità perché quello che Pardolesi propugnava è, poi, accaduto in quanto la giurisprudenza in Italia è, da qualche tempo, ampiamente (seppur con qualche autorevole eccezione⁽⁷⁾) riconosciuta come formante del tessuto normativo, tanto che la

(2) Il riferimento è ovviamente al libro *Letà della decodificazione*, Milano, 1979.

(3) Per Pardolesi la lezione è stata sempre un'esperienza collettiva quasi catartica, nel senso in cui il termine è inteso da Socrate e Platone. Una esperienza, cioè, di conoscenza, che mira alla liberazione dalle croste dell'ignoranza presuntuosa di chi crede nell'esistenza di saperi definitivi e ritiene di possederli. Non a caso le lezioni pardolesiane prevedono sempre, in qualsiasi lingua e parte del mondo siano tenute, che il docente passeggi tra gli studenti e interloquisca con loro, spesso provocando, quasi sempre cercando di raccogliere dagli interventi dei discenti frammenti di verità, squarci di luce, da utilizzare poi sapientemente, sempre ad uso e cura del docente, per cercare di comporre, o quanto meno arricchire, il mosaico della riflessione complessa che si va conducendo attorno al problema giuridico reso oggetto della lezione. Il tutto in un divenire costante che non prevede mai un vero inizio e una vera fine. E che a volte sembra governato dal caos delle infine informazioni che Pardolesi riversa sui discenti e mescola, spesso a velocità vorticosi, per ampliare il ventaglio critico delle questioni e mostrare ai discenti il polimorfismo e la policromia dei problemi e delle possibili soluzioni.

(4) L'espressione – coniata dal Nostro nel 1990 (v. nota che segue) – è stata utilizzata più di recente nel saggio, a firma di R. Pardolesi e M. Granieri, intitolato “*Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*” (in *Foro it.*, V, 181 e ss.), sul quale si tornerà a breve nel testo.

(5) Così R. Pardolesi, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, 471, a margine di Cass., sentenza 13 dicembre 1989 n. 5573, il quale completava il ragionamento sul punto osservando che, nel processo volto a favorire il miglior dialogo tra giurisprudenza e dottrina, «C'è molto da fare; ma è consolante constatare che traluce la voglia di rimboccarsi le maniche, senza arroccarsi su supponenze segnate dalle stimmate dell'opacità intellettuale, non meno spessa perché variamente paludata».

(6) Di «odissea giudiziaria» parla Pardolesi, tra l'altro, in *Crediti previdenziali, tutela “differenziata” e «punitive damages»*, in *Foro it.*, 1991, I, 1321 (nota a Corte Cost., sentenza 12 aprile 1991 n. 156) a proposito del travaglio giurisprudenziale che negli anni Ottanta si era registrato sul tema della disciplina dei crediti previdenziali sotto il profilo degli interessi applicabili e del maggior danno eventualmente risarcibile.

(7) Tra i più significativi e strenui difensori del modello giuspositivista, e dunque tra gli autori, ancora oggi, più scettici rispetto alla possibilità per la giurisprudenza di fungere da fonte, o formante, del diritto, come noto, si annovera Natalino Irti, il cui pensiero

stessa giurisprudenza si autodefinisce, da almeno un decennio, “normativa” e, più di recente, persino “creativa”, e tanto che attorno al rapporto tra giudici e formante positivo, e più in generale circa il modo in cui la giurisprudenza (in particolare) civile esercita le sue funzioni, è fiorita in Italia negli ultimi anni una letteratura che merita grande attenzione perché riguarda il modo in cui il nostro ordinamento si sta evolvendo e, dunque, tratta valori fondamentali ed equilibri tra poteri che costituiscono l’architettura su cui poggia qualsiasi sistema giuridico che possa dirsi autenticamente democratico⁽⁸⁾.

2. ROBERTO PARDOLESI E LA GIURISPRUDENZA.

Il rapporto tra Roberto Pardolesi e la giurisprudenza è solido quanto antico.

I suoi allievi meno giovani ricordano che già durante i suoi primissimi anni di insegnamento, presso l’Università di Bari (1977/1980 e 1983/1988), il nostro era solito dispensare, quasi con cadenza giornaliera, tra i suoi migliori studenti ed ex studenti, recentissime sentenze di merito o di legittimità da annotare per il *Foro italiano* o per le altre riviste con cui collaborava e collabora. Il tutto secondo il rigido insegnamento del maestro, che imponeva, soprattutto ai meno esperti, assoluta continenza e che da tutti pretendeva (del tutto giustamente) maniacale attenzione per le citazioni giurisprudenziali e dottrinali. La vicenda si è poi ripetuta all’identico modo anche a Roma, dopo il passaggio di Pardolesi alla Luiss nel 1989.

Si è alimentata così, negli ultimi quarant’anni, la scuola del *Foro italiano*, per la quale sono passati centinaia di valenti giovani, oggi professori universitari, giudici, professionisti o alti dirigenti della pubblica amministrazione. Ed alla quale il nostro (insieme ad altri) ha dedicato gran parte della sua vita, così come ancora oggi continua a fare.

Del resto, quale autore in Italia può dirsi aver pubblicato più note a sentenza di Roberto Pardolesi? Per non parlare, per l’appunto, delle note commissionate ad altri: discusse, corrette e (spesso) difese all’interno di comitati editoriali. Si tratta, a conti fatti, di migliaia e migliaia di scritti dottrinali che, a volte, hanno criticato, altre hanno condiviso, ma sempre hanno valorizzato il diritto inteso come provvedimento giudiziale, e dunque come soluzione del caso concreto in applicazione di un principio giuridico operante *erga omnes* e, per questa ragione, meritevole di essere studiato e commentato.

a riguardo – e, più in generale, sull’attuale crisi del diritto – può cogliersi, in particolare, attraverso la lettura de: *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; *Dialogo su diritto e tecnica* (con E. Severino), Roma-Bari, 2001; *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004; *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 2007; *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 43; *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 11; ed infine *Nomos e lex (Stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 589.

(8) In vero, il tema è stato oggetto di attenzione anche negli anni Ottanta dello scorso secolo, ma in una prospettiva completamente diversa da quella in cui viene indagato oggi. In proposito, v. M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, in *Quadrimestre*, 1984, 379; e C. Briguglio, «Creatività» della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1360. In senso ancora diverso, ma ugualmente rilevante, si pone il dibattito – particolarmente in voga tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso – sulla funzione sociale del diritto e, dunque, sul modo in cui il giudice deve applicare e/o fare il diritto. In proposito, tra i molti, v. S. Satta, *Il giudice e la legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 129; e V. Tomeo, *Interpretare il conflitto*, in *Critica liberale*, 1973, 75. Per una riflessione meno datata, v. G. Colombo, *Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti, Milano, 1996, 85.

Tra gli scritti più recenti, e che si pongono, in modo più peculiare, il problema del rapporto tra formante giurisprudenziale e formante legislativo, *ex multis*, oltre alle opere più avanti citate, cfr. i dibattiti sul tema ospitati in *Diritto pubblico*, 2016/2 (con interventi di C. Pinelli, G.U. Rescigno, A. Travi, M. Bombardelli, V. Angiolini, P. Ciarlo, A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G. Azzariti, F. Bilancia, P. Carnevale, D. Sorace), e da *Questione Giustizia*, 2016/4 (con interventi di L. Ferrajoli, N. Lipari, F. Macario, G. Preterossi, P.L. Zanchetta, R.G. Conti, A. Lamorgese, E. Scoditti, A. Giusti, A. Terzi, G. Leo, D. Simeoli, A. Guardiano). Ed ancora, v. L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; V. Scalisi, *Ritorno al diritto. Dialogo con Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 115; P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; Id., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1135; F.D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da “nascita malformata”*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1519; e M.A. Quiroz Vitale, *Il diritto liquido: decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012.

Io stesso devo a Roberto Pardolesi (tra l'altro) il tempo infinito (con corollario di pazienza e passione) che egli ha trascorso a discutere con me ognuno dei miei primi scritti a partire dal 1998 (quando commissionò, e poi pubblicò, le mie prime note a sentenza⁽⁹⁾). Così come la passione per la giurisprudenza, e cioè per il diritto interpretato ed applicato dai giudici⁽¹⁰⁾.

Considerata l'attenzione che Pardolesi, come detto, ha sempre avuto per la giurisprudenza e il modo in cui, sin dagli anni Settanta del secolo scorso, egli ha stigmatizzato quanti si ostinavano a sottovalutare l'apporto che la pratica giudiziaria inevitabilmente offre all'evoluzione dell'ordinamento giuridico, può, ad una lettura superficiale, destare stupore la posizione dallo stesso assunta nel 2013 in un saggio scritto a quattro mani con Massimiliano Granieri ed intitolato "*Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*".

Il saggio è pubblicato nel *Foro italiano*, parte V, c. 181 e ss., insieme ad altri interventi ispirati da uno scritto di Giuseppe Maria Berruti (allora Presidente della III Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione), a sua volta intitolato "*La dottrina delle corti*"⁽¹¹⁾. In quello scritto Pardolesi e Granieri sottolineano (nuovamente, perchè lo avevano già fatto nel 2012 nel saggio dedicato ai "*Signori del diritto*", pubblicato in *Foro it.*, 2012, V, 247) come la dottrina giuridica dei nostri giorni appaia «in crisi di identità» giacché, «cadute ormai le lusinghe e le rassicuranti suggestioni dell'impostazione dogmatica», essa «stenta a trovare l'*ubi consistam* e si spersonalizza rifluendo nella pratica». Da qui, e dai molti difetti del legislatore contemporaneo («schizofrenico, lacunoso e ridondante ad un tempo»), secondo gli autori, origina il primato che la giurisprudenza ha oramai assunto, in Italia, rispetto agli altri formanti (o, se si preferisce, agli altri due Signori) del diritto⁽¹²⁾.

(9) Nel 1998, subito dopo il superamento del mio esame di Diritto Privato Comparato, il Prof. Pardolesi cominciò ad insegnarmi come si scrive una nota a sentenza e, nell'arco dell'anno, mi commissionò quattro note ad altrettante pronunce di legittimità, che si tradussero nelle seguenti pubblicazioni: *Fatto illecito e P.A. (di confini instabili, privilegi declinanti e ricerca di nuovi equilibri)*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 768-781; *Minore "maleducato" e responsabilità dei genitori*, *ibid.*, p. 1011-1023; *Collazione e simulazione (con un breve vademecum per il legittimario pretermesso)*, in *Corriere giur.*, p. 907-918; *La multiproprietà azionaria*, in *Foro it.*, 1998, I, 2255 ss. Senza questi scritti, e quelli che seguirono nei mesi successivi, con tutta probabilità non sarei stato ammesso prima (nel 1998) alla Scuola di Specializzazione in Diritto civile a Camerino e poi (nel 1999) al Dottorato in Diritto Civile della Scuola Sant'Anna di Pisa (che svolsi con il Prof. Francesco Donato Busnelli), né (ovviamente) avrei successivamente, nel 2001, vinto il concorso da Ricercatore in Diritto Civile alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di "Tor Vergata", dove poi ebbi la fortuna di trascorrere 6 anni di quotidiana frequentazione del Prof. Brunetto Carpino, con cui collaboravo e presso la cui stanza (la n. 422) avevo la mia scrivania. Quest'ultimo, come temperamento (piuttosto schivo) e cultura giuridica (germanofila), rappresentava un modello del tutto alternativo a Roberto Pardolesi, ma proprio (o forse anche) per questo per me quegli anni di formazione furono preziosissimi, alimentati dall'esempio costante e dalla generosità disinteressata e feconda di due studiosi che hanno dedicato interamente al diritto, all'università e, dunque, ai giovani la loro vita. Senza considerare che nel lungo periodo di mia permanenza all'Università di "Tor Vergata" (prima come ricercatore e poi come professore associato) ebbi la fortuna di frequentare anche altri validissimi studiosi che tanto hanno contribuito alla mia formazione, a partire da Giovanni Doria, Ennio Russo, Giorgio Lener e Davide Messinetti (sebbene quest'ultimo, come noto, fosse di ruolo nell'Università di Firenze).

(10) Non a caso, nel manuale di *Diritto privato* a mia firma (Giappichelli, prima edizione 2010) – nato da una idea condivisa e dal dialogo costante avuto sui vari temi con Roberto Pardolesi, ed adottato oggi come testo di riferimento nei corsi di Diritto Privato che io e Roberto teniamo in Luiss, e che sono impartiti agli studenti del primo anno della laurea triennale in Economia – ampio spazio è dato, fin dall'introduzione ed a proposito di tutti i principali temi considerati, alla giurisprudenza ed al ruolo di "formante" del diritto che questa svolge nel nostro ordinamento.

(11) Nel saggio in questione (in *Foro it.*, V, 181), in estrema sintesi, G.M. Berruti sostiene che la dottrina di una corte è il ragionamento che spiega la soluzione adottata e che diventa dottrina forte «perché usa la forza della legge che spetta al deciso, forte perché si impone come il deciso e va ben oltre il pur latente pericolo di apologia della decisione», ed inoltre che, se essa «viene da una Corte Suprema, diventa storicamente, politicamente, dottrina normativa». A tale autorevole opinione rispondono, animando il dibattito in questione intitolato "*La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*": B.C.M. Barone (*Dottrina delle corti e funzione nomofilattica*, *ibid.*, 184), il quale sottolinea l'importanza della funzione del precedente giurisprudenziale e della professionalità dei magistrati al fine «tentare di comporre in modo soddisfacente la dialettica sempre irrisolta tra bisogno di certezza, che cristallizza l'esistente e garantisce la prevedibilità del futuro, ed esigenza di cambiamento, che promuove il movimento ed il progresso della stessa scienza giuridica»; per l'appunto, R. Pardolesi e M. Granieri (*Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, *ibid.* 187), i quali, oltre a quanto già evidenziato nel testo, da un lato, avvertono che «la dottrina delle corti, per come viene raccontata da Berruti, è un'ibridazione tra formanti, dagli esiti non del tutto innocui, che lascia trasparire, peraltro, una misurata (perché consapevole) arroganza», e dall'altro osservano come la dottrina oggi sia sostanzialmente disimpegnata, la qual cosa fa registrare il «declino del giurista teorico»; ed infine M. Scoditti (*Il diritto tra fonte e interpretazione*, 189), il quale, in considerazione del ruolo che la giurisprudenza ha assunto non solo nel nostro ordinamento, afferma senza mezzi termini che «dobbiamo definire il diritto come un grande processo interpretativo, ruotante intorno alle regole di giustizia del caso concreto nelle quali prendono forma i bilanciamenti dei principi costituzionali relativi alle circostanze del caso».

(12) Pur partendo dal ruolo "forte" che la giurisprudenza ha assunto, quale «fonte del diritto» (così C. Perlingieri, *Presentazione*, p. 5), nella diversa prospettiva per cui la dottrina sarebbe ancora in grado di influenzare l'operato dei giudici, v. i contributi raccolti

Tale primato, soprattutto per come declinato nel citato saggio di Berruti, tuttavia – sempre secondo Pardolesi e Granieri – reca con sé tre gravi pericoli.

Il primo: in «una decisione che ambisca ad essere letta a mo' di trattazione scientifica di un tema, piuttosto che come soluzione professionale di un problema [...] la motivazione rischia di offuscare il principio di diritto rendendo faticoso rintracciare la *ratio decidendi*»; il che rappresenta un grave problema visto che, quanto più il legislatore risulta incapace «e pur sempre convinto della sua onnipotenza», tanto più «la giurisprudenza ha una responsabilità maggiore e la funzione esoprocessuale della motivazione rappresenta un fondamentale pilastro di tenuta complessiva del sistema di giustizia, per chi esiga certezza del diritto».

Il secondo: «se non contenuta dalla finalità istituzionale che è propria della giurisprudenza, una dottrina delle corti potrebbe assumere l'incompletezza o l'incoerenza [dell'ordinamento giuridico] come punto di partenza – per giustificare lo sforzo riempitivo – anziché come esito dell'interpretazione».

Il terzo, «e più serio, rischio è quello che Berruti indica nell'autoreferenzialità della decisione dottrinale o, il che è lo stesso, della dottrina “forte”» visto che «la sua forza è anche il suo limite, l'antichera di un dogmatismo giurisprudenziale che irrigidisce la fonte e rende più difficile l'evoluzione».

Come evidente, solo una lettura superficiale delle pagine appena richiamate può indurre a sospettare che Pardolesi abbia cambiato idea sul ruolo che la giurisprudenza deve avere nel nostro ordinamento. In esse, infatti, egli non rinnega affatto l'importanza della giurisprudenza per l'ammodernamento e l'efficienza del sistema giuridico, tutt'altro; ma avverte i limiti (e i pericoli) di una (certa) evoluzione del modo di essere della giurisprudenza italiana, che si è andato imponendosi negli ultimi anni, facilitato dalla inconsistenza del legislatore e dall'atteggiamento passivo, quando non assente, degli studiosi che costituiscono la dottrina tradizionale.

Sul tema, di recente, Pardolesi è tornato in altri scritti, tra i quali i più significativi risultano, in ordine di tempo: quello intitolato *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria* (*id.*, 2014, I, pp. 2039-2042); quello pubblicato (*id.*, 2015, I, 2752) a doppia firma con Maria Casoria e intitolato “*Disciplina della concorrenza, «private enforcement» e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*”; e quello pubblicato (*id.*, 2016, V, 299-304) a doppia firma con Bruno Sassani e intitolato “*Motivazione, autorevolezza interpretativa e ‘tratto giudiziario’*”.

Da ultimo, Roberto Pardolesi – ingolosito dalla sentenza n. 1946 del 25 gennaio 2017 delle Sezioni Unite della Cassazione, che tratta espressamente il tema della funzione suppletiva della giurisprudenza in ipotesi di inerzia del legislatore a seguito di sentenza additiva di incostituzionalità del Giudice delle Leggi⁽¹³⁾ – è intervenuto nuovamente in argomento con uno scritto, firmato a quattro mani con Giorgio Pino, intitolato “*Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*” (*id.*, 2017, V, 114).

In questo recente contributo, gli autori distinguono tra una creatività della giurisprudenza che si realizza nella fase dell'interpretazione del diritto ed una creatività considerata «in senso pragmatico, o produttivo».

in C. Perlingieri – L. Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, e che costituiscono gli atti del convegno, recante il medesimo titolo, svolto a Camerino nei giorni 25 e 26 settembre 2015.

(13) La sentenza (pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2017, I, 477, con nota di richiami di G. Casaburi e note di N. Lipari, *Giudice legislatore*, e G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*) costituisce un arresto pretorio davvero originale e di grande rilievo sistematico. Ed infatti, a fronte della sentenza di incostituzionalità (n. 278/2013 della Corte Costituzionale, in *Foro it.*, 2014, I, 4 con nota di G. Casaburi) dell'art. 28, 7° comma, della legge n. 184 del 1983 – nella quale il Giudice delle Leggi aveva stabilito che: a) in caso di parto anonimo è costituzionalmente illegittima l'assenza di un procedimento di interpello con cui verificare la perdurante volontà della madre di non essere identificata dal figlio dato in adozione; e b) questo procedimento deve essere stabilito in via legislativa, verosimilmente in ragione della pluralità di meccanismi astrattamente praticabili e della necessità di bilanciare adeguatamente i diversi interessi in gioco – le Sezioni Unite della Cassazione, sollecitate ex art. 363, 1° comma, c.p.c., dal ricorso del Procuratore generale affinché si pronunciasse un principio di diritto nell'interesse della legge, hanno risposto stabilendo che, in assenza dell'intervento del legislatore, è possibile reperire nell'ordinamento, sulla base di un canone di interpretazione costituzionalmente orientata, dati normativi idonei a permettere l'esercizio del diritto in parola.

La prima va senz'altro considerata come inevitabile, fisiologica e persino, in molti casi (ad esempio quando si tratta di applicare clausole generali, concetti elastici e principi, o di utilizzare strumenti quali l'equità), «delegata, o autorizzata dall'ordinamento o meglio dal legislatore» in quanto «l'interpretazione giurisprudenziale è sempre in qualche misura creativa». Ed infatti, a riguardo, gli autori chiosano che «il vero problema, in definitiva, non è come impedire alla giurisprudenza di esercitare qualche forma di creatività interpretativa: piuttosto, è capire quanta creatività si sia disposti a tollerare, o – a seconda dei punti di vista – a incoraggiare».

La seconda richiede valutazioni più complesse perché concerne la giurisprudenza intesa come fonte, o meno, di diritto. E, dunque, impone di considerare se nell'attuale assetto costituzionale il precedente giudiziario sia davvero norma giuridica in grado di vincolare l'interprete e, più ancora, i giudici che si trovano a risolvere un caso concreto. Sul punto gli autori appaiono cauti anche perché – come gli stessi sottolineano – in una prospettiva più realistica, se è vero che in Italia il precedente giurisprudenziale è sempre più importante tanto nella pratica professionale quanto negli arresti pretori, altrettanto è vero che sono numerosissimi i casi di provvedimenti giudiziari, di merito e non, che scelgono di non seguire un orientamento giurisprudenziale consolidato, pur esistente in materia, facendo perno sul principio costituzionale per cui il giudice è soggetto solo alla legge.

Tali ultime considerazioni potrebbero indurre a chiederci cosa resti dell'esaltazione del «diritto positivo giurisprudenziale» che, come visto, Pardolesi predicava fin dagli anni Ottanta del secolo scorso; e dunque, in altri termini, se negli ultimi anni si sia davvero realizzata, nel pensiero del nostro Autore, l'inversione di rotta in qualche modo annunciata già nei citati lavori a quattro mani del 2012 e del 2013.

La risposta a tali domande, tuttavia, non può che essere di segno negativo in quanto oggi la giurisprudenza italiana è pienamente consapevole del suo nuovo ruolo e gli operatori del diritto con essa si confrontano quotidianamente: di ciò Pardolesi appare compiaciuto perché in tale scenario, in teoria, si realizzano le condizioni per un'applicazione più efficiente del diritto. Dunque, sotto questo profilo, nessun dubbio può esserci circa l'attualità del credo pardolesiano nel ruolo propulsivo che la giurisprudenza deve avere per la migliore evoluzione dell'ordinamento.

Il punto è che, però, la realtà è andata molto oltre rispetto a quanto egli immaginava perché i giudici (non tutti, ma buona parte) soprattutto in ambito civile, oltre a creare il diritto (ecco il «diritto positivo giurisprudenziale») laddove la regola giuridica manca, e dunque laddove vi è una oggettiva esigenza evolutiva dell'ordinamento, oggi rivendicano il potere/dovere di creare la soluzione del caso concreto ispirandosi sempre più a principi di giustizia sostanziale, equità, equilibrio, ragionevolezza⁽¹⁴⁾, anche quando, al contrario, il diritto di fonte legislativa esprime una regola diversa, e costituzionalmente legittima, dimentichi (i giudici) della legittimazione democratica che attribuisce a tale regola la forza di imporsi *erga omnes*, del sistema accentrato di controllo di costituzionalità sulle leggi voluto dai nostri padri costituenti (sul punto, v. *infra*) e, infine, del principio costituzionale per cui il giudice è soggetto alla legge (art. 101 Cost.)⁽¹⁵⁾. E, in definitiva, dimentichi anche del principio di certezza del diritto, il cui affievolimento (al quale stiamo assistendo in questi anni) rischia di schiudere gli scenari che saranno prospettati per cenni a partire dal prossimo paragrafo.

(14) In proposito, tra i molti, v. G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716; E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262; M.C. Campanale, *Giustizia della decisione. Giustizia della persuasione. Una introduzione*, *id.*, 2015, 1360; E. Scoditti, *Il contratto tra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417; e, se pure in una prospettiva più ampia e parzialmente diversa, G. Lener, *Il nuovo "corso" giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, *id.*, 2018, V, 221.

(15) Circa i dubbi sulla effettiva e concreta legittimazione democratica degli attuali legislatori, nazionali ed europei, ovviamente ci sarebbe, in realtà, molto da dire. Per un interessante scritto recente in proposito, anche per la bibliografia citata in nota, v. F. Benatti, *Il diritto in un'unione europea in cerca di legittimità*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 21.

Rispetto a questa deriva Roberto Pardolesi, negli scritti recenti sopra citati, esprime riserve, che appaiono ampiamente condivisibili, ed a supporto delle quali (se pure non ce ne sarebbe assolutamente bisogno) piace svolgere le brevi considerazioni che seguono.

3. ART. 3 COST. E (IN)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 difettasse 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. Rilievo 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 economici⁽¹⁶⁾.

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 diritto⁽¹⁷⁾. Infatti, come noto,

(16) 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: M. Corsale, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; e F. Lòpez de Onate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; e, per due contributi, invece, recentissimi G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*; e C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2018.

(17) 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».

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 2014⁽¹⁸⁾ (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».

Proseguendo 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»⁽¹⁹⁾.

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. lavoro, 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 pre-

(18) In *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Competenza civile*, n. 85

(19) 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”».

cedenti – 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.)».

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)⁽²⁰⁾. 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” normativa⁽²¹⁾, 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 limiti⁽²²⁾), 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 Costituzionale⁽²³⁾.

4. 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,

(20) 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.

(21) 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 ancora A. Cataudella, *L’uso abusivo dei principi*, id., 2014, 747.

(22) 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*.

(23) 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 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.

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. Sennonché, 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.

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”⁽²⁴⁾. 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 civile⁽²⁵⁾) quale strumento di gestione dei rapporti sociali basato 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)⁽²⁶⁾, con la quale, per la prima volta⁽²⁷⁾, 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*⁽²⁸⁾ (a costituzione e 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 personalità⁽²⁹⁾.

(24) 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.

(25) 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 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. Pennalisco, *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.

(26) 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.

(27) 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.

(28) Nel fare riferimento ai sistemi di *common law* la Suprema Corte sembra non considerare che 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».

(29) 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».

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».

Le espressioni di Berruti, appena riportate, rappresentano in modo plastico, e quasi violento: 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 costituzionale⁽³⁰⁾. 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 diritto⁽³¹⁾.

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 positivistic, si ritiene oggi (in particolare, nell'ambito della concezione definita epistemologica costruttivistica) che conoscere il diritto sia cosa diversa dall'apprendere descrittivamente una realtà normativa che esiste in sé ed è conoscibile oggettivamente giacché cono-

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».

(30) 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.

(31) 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.

scere 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 Dworkin⁽³²⁾).

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 interprete⁽³³⁾.

5. 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 giuridico⁽³⁴⁾.

Tuttavia, una tale considerazione del diritto è possibile solo a condizione di una critica dei presupposti gnoseologici e ontologici della teoria giuridica tradizionale⁽³⁵⁾. 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 mo-

(32) 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. MacCormick, *Law as institutional fact*, Edimburgo, 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 (a cura di) – V. Villa, *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.

(33) In questi termini S. Berteza, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, *passim*. Sull’importanza della argomentazione persuasiva, cfr. anche Campanale, *op. cit.*

(34) Così ancora Berteza, *op. cit.*, in part. 29.

(35) 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.

mento 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»⁽³⁶⁾.

Anche i più entusiasti sostenitori della c.d. giurisprudenza normativa (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»⁽³⁷⁾.

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.

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»⁽³⁸⁾.

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

(36) 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.

(37) Così ancora Lipari, *Il diritto civile tra leggi e giudizio*, cit., in part. 33.

(38) 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 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 caudico 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, mettilti 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».

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»⁽³⁹⁾.

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»⁽⁴⁰⁾.

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 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»⁽⁴¹⁾.

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.

6. 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.

Un caso, tra i tanti, è quello della nullità negoziale. 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'altro⁽⁴²⁾), ha risposto al dubbio circa la possibilità, an-

(39) 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».

(40) Così G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 331.

(41) 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.

(42) 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, *Destruzzurazione 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 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*

cora 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 consociati⁽⁴³⁾.

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 pronunciate 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. Travaglio⁽⁴⁴⁾). Le decisioni in parola, infatti, in esplicito contrasto con l'orientamento espresso dalle medesime Sezioni Unite solo nel 2012 (con la sentenza n. 14828 del 4 settembre 2012 (Pres. Vittoria, Rel. D'Ascola⁽⁴⁵⁾), 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)⁽⁴⁶⁾, 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 consolidato⁽⁴⁷⁾ (salvo due

europeo dei contratti, Pisa, 2009; S. Martucelli, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Riv. notariato*, 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.

(43) 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.*

(44) 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 *Corriere 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.

(45) 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.

(46) La sentenza è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2018, I, 936, con nota di Medici.

(47) 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 *Corriere 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 *Corriere 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* n. 25. In dottrina, *ex multis*, v. C. Medici, *Sulla (contestata) validità dei contratti bancari aventi ad oggetto servizi di investimento sottoscritti dal solo cliente: monofirma allo sbaraglio?*, in *Foro it.*, 2018, I, 290; G. Larocca, *La forma informativa innanzi alle sezioni unite, id.*, 2017, I, 2740; Id., *Sottoscrizione e "forma*

pronunce isolate difformi⁽⁴⁸⁾), e dunque con 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 [...]. In conclusioni, 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»⁽⁴⁹⁾.

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 credito⁽⁵⁰⁾.

informativa nei contratti del mercato finanziario, in *Riv. dir. bancario*, 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. Maffei, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non 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. Maffei, *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.

(48) 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 pag. 11 della sentenza n. 898 del 2018).

(49) 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 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 asimmetrici*, Milano, 2018.

(50) 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.

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»⁽⁵¹⁾.

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.

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 inter-

(51) 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.

mediario 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 ommesso 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)⁽⁵²⁾, nella quale in aperto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale divenuto dominante a partire da Cass. 29 novembre 2013 n. 26672⁽⁵³⁾ (Sez. I civile, Pres. Rordorf, Est. Ragonesi), si afferma che «Il superamento del limite 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 2017⁽⁵⁴⁾ (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. 185/1993, 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»⁽⁵⁵⁾.

(52) La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2017, I, 3379, con nota di richiami di A. Crozzoli,

(53) 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 *Corriere 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.

(54) 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, n. 1, p. 111, con nota di E. Staunovo Polacco.

(55) Testualmente la sentenza stabilisce che «il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cidr, 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. Unite, sentenze nn. 26242 2 26243 del 12 dicembre 2014, cit; ma, per la tesi contraria,

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 contratto⁽⁵⁶⁾. Al contrario, come appena visto, secondo le citate 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 negoziale⁽⁵⁷⁾, 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.

7. 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 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 attenzione⁽⁵⁸⁾.

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.

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.

(56) 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 it.*, 2008, I, 784, con nota di E. Scoditti; nonché, *ex multis*, in *Corriere 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 C. 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. fallim.*, 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. privato*, 2008, 599; e G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37.

(57) 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 imprevedibile 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.

(58) Tanto 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 56 che precede.

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 internazionale⁽⁵⁹⁾.

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 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 Stato⁽⁶⁰⁾ – 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 giudice⁽⁶¹⁾.

(59) Per fermarci agli esempi svolti nel testo del 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.

(60) «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, p. 26).

(61) A conferma del fatto che la giurisprudenza di *common law* negli ultimi decenni ha subito molte meno “oscillazioni” rispetto a quella italiana, può osservarsi che, sia negli Stati Uniti che in Inghilterra, il 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.

Insomma, il precedente giudiziale in *common law* è una cosa seria. Da noi (ancora) non lo è⁽⁶²⁾. Perché, come già ricordato a più riprese, la nostra Costituzione stabilisce che il giudice è soggetto solo alla 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⁽⁶³⁾. 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 evolversi⁽⁶⁴⁾; bensì, determinando circuiti virtuosi che inducano i giudici di merito ad attenersi, salvo casi (davvero) particolari, ai principi di diritto affermati dalla Suprema Corte⁽⁶⁵⁾.

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 dispone che egli abbia nei soli 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.

(62) Cfr. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*; nonché gli scritti dedicati al tema da R. Rordorf, A. Proto Pisani e V. Ferrari e raccolti sotto il titolo *Nomofilachia e precedente giudiziario*, in *Foro it.*, 2017, V, 277.

(63) Un discorso a parte (che qui non può condursi) merita il tema del rapporto tra le diverse giurisdizioni e, dunque, concerne il fatto che una stessa questione di diritto può (come a volte accade) essere decisa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in un modo e dalle Sezioni Unite della Cassazione in un altro. Cfr. sul punto AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 58.

(64) Del tutto condivisibile 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.

(65) Come noto, per i giudizi di legittimità un meccanismo finalizzato a rendere meno ondivaghe le decisioni delle varie Sezioni è stato già attivato con il comma 3 dell'art. 374 c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006. Tuttavia, Cass. 26 gennaio 2018 n. 2014 (Pres. e Rel. Dogliotti), in *Foro it.*, 2018, I, 836, ha ritenuto che la novità non possa operare per i principi affermati dalle Sezioni Unite in data antecedente all'entrata in vigore della detta novella.