

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2020 – Numero 1

Saggi

Persona e Mercato al tempo della pandemia, di Giuseppe Vettori p. 3

L'attitudine ermeneutica del giurista europeo. La lezione di Giuseppe Benedetti, di Antonio Punzi p. 14

La contemporaneità del civilista. Un saggio di Giuseppe Benedetti sulla scienza del diritto civile, di Carmelita Camardi p. 21

La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata?, di Stefano Pagliantini p. 31

Note e commenti

La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni, di Daniele Imbruglia p. 3

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID * p. 3

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:

Giuseppe Vettori

Comitato di direzione:

Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori:

Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Elena Bargelli; Giovanni Francesco Basini; Ettore Battelli; Carmelita Camardi; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Giovanni D'Amico; Matteo Della Casa; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Arianna Fusaro; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Vincenzo Putorti; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.

Segreteria di redazione:

Mario Mauro

Redazione:

Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Mario Mauro; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli

E-mail:

info@personaemercato.it

Web:

www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

Saggi

PERSONA E MERCATO AL TEMPO DELLA PANDEMIA

Di Giuseppe Vettori

| 3

SOMMARIO: *1. Dal linguaggio del diritto al discorso sul diritto - 2. La fine delle narrazioni globali. - 3. Inviolabilità e Solidarietà come fonte di comportamenti dovuti. - 4. L'effettività come ricerca di rimedio adeguato all'interesse protetto. - 5. La rilettura possibile degli art. 1467 e 1463 c.c. - 6. Ermeneutica e dogmatica. - 7. Il diritto come ragione pratica. - 8. I chiaroscuri della scienza giuridica oggi.*

ABSTRACT. Il saggio – a venticinque anni dall'avvio di una riflessione su Persona e Mercato – ricorda i temi oggetto delle prime iniziative, i tratti e le speranze della globalizzazione, la crisi finanziaria del 2008 sino all'irrompere della attuale tragedia sanitaria. Emerge sempre più viva l'esigenza di ripensare Regole e Principi idonei a regolare i diritti, i doveri e i rapporti obbligatori e contrattuali, che spesso non trovano più nei Codici punti di riferimento certi. Particolare attenzione è prestata all'uso corretto dei principi costituzionali di inviolabilità, solidarietà ed effettività. Da attuare partendo dalle norme per individuare regole contestuali e rimedi adeguati agli interessi da regolare. Con un'attenzione particolare ad un metodo che sappia usare la dogmatica per un controllo rigoroso dell'argomentazione si da coniugare la positività del diritto con la ricerca delle risposte più adeguate ad ogni problema di vita.

The essay – twenty-five years after starting a reflection within Persona e Mercato – recalls the topics addressed in the first initiatives, the traits and hopes of globalization, the financial crisis of 2008 until the current health emergency. The need to rethink Rules and Principles suitable for regulating rights, duties and contractual relationships appears even more vivid, given that these often no longer find certain reference points in the legal Codes. Particular attention is paid to the correct use of the constitutional principles of inviolability, solidarity and effectiveness, which must be implemented starting from the rules and then identifying suitable remedies to protect interests. With the predisposition of a method able to use dogmatics in order to obtain an argumentation capable of conjugate written rules with the search for the most appropriate solutions to practical problems.



1. Dal linguaggio del diritto al discorso sul diritto.

4 Come si è osservato lucidamente, la scienza giuridica ha la funzione essenziale di trasformare, in ogni epoca, il linguaggio comune *del* diritto, nel discorso rigoroso *sul* diritto¹. Da qui l'esigenza di non identificarsi con *un* metodo o una visione di parte, ma di ricercare un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi.

Venticinque anni sono trascorsi dall'avvio di una riflessione su *Persona e Mercato* che aveva due obiettivi². Ripensare il sistema delle fonti, i diritti della persona³ e gli atti di autonomia privata⁴, da ordinare secondo il canone della diversità e della concretezza, dopo l'unificazione ottocentesca del soggetto e le astrazioni pandettistiche, che avevano consentito di elaborare i concetti utilizzati per decenni dal privatista.

Il discorso sulla giuridicità di allora ebbe limpide e autorevoli narrazioni. Si osservò che il diritto in quegli anni aveva svolto un ruolo fondamentale nel "disciogliere l'unità della persona nella pluralità di singoli e specifici interessi e la naturalità del mercato in un *costruito ed artificiale sistema*"⁵. Idea sviluppata poi in un volume⁶ e in un ampio dibattito dottrinale⁷. Si fissò il ruolo e la funzione del mercato nel nuovo assetto comunitario e i limiti posti a tutela della concorrenza e della stessa iniziativa privata come "fattore di progresso economico solo se opportunamente condizionata in un sistema che non

consenta abusi o prevaricazioni"⁸. Si pose in luce "come non sia il mercato nella sua dimensione quantitativa a caratterizzare l'ordinamento, ma il mercato che deve essere regolato per realizzare valori essenziali" e si pose in guardia dalla tendenza del mercato ad egemonizzare la società in un "sistema fondato sulla solidarietà economica e politica". Giuseppe Benedetti descrisse con parole limpide il primato della persona come categoria trascendente della democrazia, ricordando che nel mondo occidentale "le regole severe dell'economia non sono più in grado di chiudere in sé stesse, nella logica del profitto, *il valore dell'esistenza umana*" perché "è da questa che il mercato riceve la sua legittimazione rimanendone *così teleologicamente caratterizzato*"⁹.

Nella bellissima lezione di Luigi Mengoni il senso della ricerca fu tracciato in modo limpido nel ricordare: le scelte del legislatore costituente, la cultura dirigista dominante sino agli anni Ottanta, il mutamento dopo l'Atto unico europeo. Il quale aveva riconosciuto il mercato "come principio istituzionale centrale dell'ordinamento dell'economia", costruito sulle regole della tutela della concorrenza, del risparmio (destinato alle imprese) e dei consumatori. Con ricadute importanti sul sistema del diritto privato e con "un punto di non ritorno: lo Stato sociale che assieme alla democrazia pluralistica "non ammette altro criterio di legittimità delle decisioni normative all'infuori del consenso della collettività". In tutto ciò fu individuato un ruolo preciso per il Mercato: "determinare i limiti di compatibilità economica entro i quali l'azione politica deve contenere il soddisfacimento dei bisogni e delle domande espresse dalla società civile"¹⁰. Nessun primato, dunque. ma un sistema costituzionale basato su tre scopi fondamentali; economicità, giustizia sociale, libertà individuale in un "rapporto di tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione"¹¹.

¹ L. MENGONI, *Ricordo di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 803.

² L'incontro svolto a Firenze il 29 marzo 1995 concludeva un ciclo di Lezioni tenute in quell'anno accademico e fu presieduta a da Paolo Barile con interventi di Maurizio Fioravanti, Natalino Irti, Pietro Perlingieri, Piero Schlesinger e Andrea Fineschi. Una sintesi degli interventi con il testo delle Lezioni che erano state svolte, nel corso in quell'anno accademico, da Antonio Baldassarre, Luigi Mengoni, Domenico Sorace, Mario Nuzzo, Carlo Malinconico e Giuseppe Benedetti, sono raccolti nel volume G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996.

³ A BALDASSARRE, *Diritti inviolabili e diritti sociali*, in *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 21.

⁴ M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 57 ss. e D. SORACE, *La proprietà nella costituzione economica*, in *ivi*, p. 45 ss.

⁵ N. IRTI, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 91, poi pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 289.

⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 65.

⁷ Raccolto e introdotto da N. IRTI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p.VII.

⁸ P. SCHLESINGER, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 111 e in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1996, p. 798.

⁹ G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul Seminario*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 131 e in part., p. 141; ID., *Persona e Mercato*, in *Il Diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 137; ID., *Il nuovo diritto dei contratti*, in *ivi*, p. 153.

¹⁰ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 33.

¹¹ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica*, op. cit., p. 38-39 ove si osserva che "le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate su valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di "fattibilità economica": se si "supera tale limite lo Stato Sociale rovina su sé stesso". Riporta queste parole come

Lo strumento per realizzare tale equilibrio era indicato nel “concetto costituzionale di solidarietà” che “non esprime doveri autonomi, ma piuttosto criteri di valutazione dell’adempimento esatto di obblighi giuridici o limiti all’esercizio di diritti soggettivi”¹².

Che cosa è accaduto dopo non è facilmente descrivibile, ma aiuta l’avvento e il declino di alcune parole chiave: globalizzazione¹³ e post-modernità¹⁴ avevano inciso *sul* diritto e *sui* diritti, tanto da legittimare anche l’ottimismo per una giuridicità nata dal basso e “capace di incrinare, con uno scossone, il metodo positivo, e aprire ad una valutazione sistemica dei diritti e a una rilettura della disciplina del contratto”¹⁵. Il timore era, già allora, che “il diritto liberato dall’autoritarismo politico finisse per cadere nell’abbraccio ancor più arrogante del potere economico e finanziario”¹⁶. Ma la inquietudine è andata oltre ogni previsione possibile “perché la finanza e la tecnologia hanno fagocitato il mercato, con il diritto che doveva regolarlo e la politica che doveva indicare fini e obiettivi”¹⁷ sino ad un vero e proprio “passaggio d’epoca”¹⁸. Da qui le politiche di austerità, la crisi di fiducia nell’Unione europea, il *Fiscal compact*, una depressione economica che preme per tutta la seconda decade del nuovo secolo. Sino al presente che rimette in discussione le parole e i fondamenti di quell’epoca appunto.

2. La fine delle narrazioni globali.

In un tempo brevissimo, l’emergenza planetaria ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un’epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone.

tema centrale della discussione anche P. BARILE, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 89 ed ivi anche gli interventi lucidissimi di M. FIORAVANTI, *Intervento*, p.87-88 e di A. FINESCHI, *Intervento*, p.117.

¹² L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica*, op. cit., p. 40.

¹³ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; EAD., *Prima Lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2009.

¹⁴ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 90.

¹⁵ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 2001, p. 551.

¹⁶ P. GROSSI, *Globalizzazione*, op. cit., p. 551.

¹⁷ G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore*, in *Cont. impr.* 2012, p. 1190. Si veda anche, M. R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

¹⁸ Si veda, per tutti, la limpida e bellissima analisi di P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. Merc.*, 2011, p. 245.

L’Unione europea ha “sospeso” la politica dell’austerità, legittimando le scelte nazionali di protezione interna contro un fenomeno devastante, ma stenta a trovare forti soluzioni condivise e comunitarie. La restrizioni dei singoli paesi alla libertà delle persone, a tutela della salute pubblica, ha aperto una discussione sul rapporto fra libertà personale e i suoi possibili limiti.

L’emergenza economica di portata epocale induce a ripensare non solo i rapporti fra individuo e comunità, ma le stessa fondamenta dei rapporti obbligatori e contrattuali che spesso non trovano più nei codici punti di riferimento adatti ai tempi. Non fosse altro perché molte di quelle norme mostrano con chiarezza la loro inadeguatezza di fronte a circostanze che sconvolgono assetti consolidati.

Credo che sia il momento di affrontare una riflessione comune *sul diritto* capace *oggi* di orientare la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali oltre la contrapposizione fra assoluti (post-moderno e neo-realismo, legge e giudice, revisione o dissoluzione della positività del diritto). E’ necessario in questo momento accantonare l’impulso ad identificarsi con *un* metodo o *una* visione di parte, per aprire un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi.

Utile, sulla scia di Calvino, è togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti. I quali ripropongono il rapporto fra Diritti e Doveri inviolabili descritto nel sistema delle fonti e non solo nell’art. 2 della Costituzione. Da qui occorre ripartire per assegnare il giusto significato applicativo, in presenza di una minuta e analitica legislazione di emergenza, ai Principi costituzionali di *inviolabilità*, *solidarietà*, *effettività*. Principi che appaiono vaghi in una loro astratta proclamazione e che divengono più chiari nella loro possibile funzione. Ma iniziamo per gradi. Con due domande. Quale contenuto hanno tali precetti e come possono essere attuati? Quale è la loro incidenza su una corretta applicazione delle norme generali e speciali sui diritti, i doveri, i contratti e i rapporti obbligatori?

3. Inviolabilità e Solidarietà come fonte di comportamenti dovuti.

Iniziamo dai primi due principi da comprendere insieme, perché *inviolabilità* e *solidarietà* “esprimono i caratteri di fondo della Costituzione italiana, come due fuochi di un ellisse che operano in rap-

porto di reciproca tensione”¹⁹. Il primo – inviolabilità – è il fondamento del patto costituzionale che pone al centro un nucleo essenziale di situazioni soggettive fondamentali della persona, non modificabili per una ragione precisa. Con quel termine si vuol dire che non è tanto la natura di quei diritti a renderli tali, ma è la Costituzione che afferma con essi la sua inviolabilità, il suo essere norma fondamentale sottratta ad ogni potere di revisione²⁰.

Il secondo termine – la solidarietà – non è un dovere morale o un invito alla carità imposta ai cittadini, ma “*il secondo lato*” della Costituzione che si esprime come “*indirizzo fondamentale*” nei testi del secondo dopoguerra, distanti dal modello anglosassone dei *Bill of Rights*²¹. Solo con quel precetto si supera il mero riferimento a una serie di situazioni private “da proteggere”, per attuare un ordine basato sulla lotta alle disuguaglianze di fatto e di diritto fra i cittadini, come “*compito della Repubblica*” (art.3 2 comma) e come “*indirizzo fondamentale*” della comunità. Insomma la solidarietà è “il lato politico della Carta Costituzionale” assieme ad altre norme (art. 3, 36 ,38) rivolte alla persona e alla sua dignità, come “materia indisponibile” per il legislatore, perché “anteriore alla medesima norma positiva statale”, in un assetto che rende indissolubili i due riferimenti, appunto, alla inviolabilità e alla solidarietà. Ciò in particolare quando, nell’ultima parte del Novecento, il patto costituzionale ha assunto, con piena consapevolezza di tutti, il ruolo e la funzione di una *norma giuridica* attuata dalla Corte Costituzionale, dal legislatore e dalla giurisprudenza²².

Resta da precisare come. Solo qualche aspetto.

Anzitutto, il richiamo ad un’età dei doveri da avviare dopo un’età dei diritti non ha molto fondamento sul piano concreto, per una serie di ragioni²³.

¹⁹ Come osserva di recente in un limpido e prezioso libretto M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2*, Roma, 2017, p. 5 (a cui adde, ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018). Per un confronto attento, in una prospettiva diversa, G. D’AMICO, *Apunti per una dogmatica dei principi*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2017, p. 71; C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato*, in *ivi*, p. 3; F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *ivi*, p. 97; S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti; il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell’art. 12 Dir.2015/2302 UE*, in *ivi*, p. 149, nonché il denso saggio di F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019.

²⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 17

²¹ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 17.

²² M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 116.

²³ V. da ultimo G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 93 e le osservazioni sul punto di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p.48, nonché il ri-

Non è dubbio che le disuguaglianze siano arrivate ad un livello intollerabile a livello globale e che la retorica dei diritti ha spesso raggiunto picchi eccessivi. Ma non è solo con un catalogo dei doveri che si cambierà il mondo e questa discussione appare, nella sua astrattezza, sterile, per il nostro discorso perché è difficile pensare che problemi epocali come la povertà e le disuguaglianze ed ora la pandemia si risolvano solo con più diritti o più doveri tipizzati. Più utile è riflettere su un corretto uso degli uni e degli altri, in concreto, rispetto a problemi concreti. Qui e adesso.

Ebbene, è vero che il “concetto costituzionale di solidarietà” “*non esprime doveri autonomi, ma piuttosto criteri di valutazione dell’adempimento esatto di obblighi giuridici o limiti all’esercizio di diritti soggettivi*”²⁴. Ma occorre una precisazione. L’art. 2 della Costituzione non è un concetto, ma una norma che fonda un preciso dovere di condotta. Non è “una nozione chiusa”, ma esprime un principio da riempire di contenuto in un determinato contesto politico, economico e sociale, “in continuo mutamento sotto l’impulso di diversi fattori”²⁵. E’ una finestra aperta sulla società per consentire il suo sviluppo ordinato, senza la necessità di un continua emanazione di nuove norme e per comprendere quelle esistenti, alla luce di un’interpretazione che colga la loro oggettività giuridica, da integrare o correggere in coerenza con un’evoluzione dell’ordinamento.

La norma costituzionale, insomma, esige, ad ogni livello, l’attuazione di quel principio “*attraverso l’indicazione di comportamenti dinamici che devono essere tenuti da soggetti pubblici e privati*”: Comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato (art. 114) sono tenuti a emanare disposizioni efficaci ed effettive e compete loro la scelta politica che deve essere assunta sulla base di esplicite competenze della Scienza.

Se è così, i provvedimenti emanati di recente debbono essere il punto di partenza dell’analisi perché l’emergenza che stiamo vivendo ha posto i poteri pubblici di fronte alla necessità di arginare un male terribile anche con contegni individuali dovuti²⁶.

ferimento a N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2001, p. 40, e, soprattutto, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol.2, *L’età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, 2000; ID., *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, p. 102.

²⁴ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica, op. cit.*, p. 33.

²⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria, op. cit.*, p. 42 e p. 46.

²⁶ Si veda la *Raccolta di disposizioni in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 e Testo coordinato delle ordinanze di protezione civile, Presiden-*

Il bilanciamento fra la Salute di tutti e i diritti individuali di libertà non può tollerare assoluti, ma esige una concreta analisi dei problemi, nel tempo e nei luoghi di riferimento. Il controllo politico delle scelte esige il rispetto delle regole dello Stato costituzionale di diritto e dovrà essere valutato in base all'efficacia e all'effettività dei diritti e doveri riconosciuti a tutti o ad alcune categorie di cittadini. Il controllo sociale di tali provvedimenti si basa su una corretta informazione che consenta una piena valutazione della bontà delle scelte. Dopo un'analisi attenta delle singole disposizioni.

Ma che cosa accade nei rapporti patrimoniali fra privati?

Non è dubbio che ogni contratto o rapporto obbligatorio deve essere riletto sulla base di una pluralità di regole e principi: le nuove disposizioni, le norme in tema di adempimento, la disciplina del codice sull'impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1218, 1256, 1467 c.c.), le clausole generali di buona fede (artt. 1337, 1375 c.c.) il dovere costituzionale di solidarietà economica (art. 2, Cost.), il principio di effettività (art. 24, Cost.). Tale contesto esige un confronto propositivo, ponendo in luce le modalità e i risultati possibili di tale confronto. Vediamo da vicino alcuni passaggi.

Le ordinanze della Corte Costituzionale del 2013 e del 2014 hanno avuto il merito di ribadire che i diritti e i doveri costituzionali entrano nel contratto e nel rapporto obbligatorio, direttamente o tramite la clausola generale di buona fede²⁷. Sul punto la giurisprudenza era ed è amplissima²⁸. Solo che in tal caso la Corte ha voluto indicare anche il rimedio della nullità, rilevabile d'ufficio, di una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa. E giustamente la dottrina si è pronunciata criticamente contro tale atteggiamento²⁹. Il quale, peraltro, urta con una sentenza di poco precedente che, nel caso delicatissimo dei derivati, ricordava che i principi costituzionali e "la disciplina dei rapporti privatistici e dei connessi rimedi" si intrecciano, ma tocca all'interprete individuare il rimedio più adeguato tenuto conto anche

delle discipline di settore³⁰. Perché di fronte al predominio dell'economia finanziaria e della possibilità del contratto, devono essere aggiornate le tutele e i rimedi. Come la dottrina e la giurisprudenza successiva ha chiarito riscoprendo il ruolo della causa in concreto e della meritevolezza³¹.

Dunque, il principio di solidarietà *concorre* a fissare la fonte di *una serie di comportamenti dovuti* che gravano su ogni contraente o parte di un rapporto obbligatorio. Resta da precisare la rilevanza di tali diritti e doveri in presenza della disciplina positiva speciale e generale del contratto. Ed occorre un chiarimento fondamentale.

Le fattispecie legali da poco emanate e quelle in tema di formazione ed esecuzione del contratto individuano una disciplina che non assorbe ed esaurisce la rilevanza dei comportamenti soggettivi delle parti³². Le quali sono tenute ad un dovere di buona fede nella conclusione (art. 1337 c.c.) e nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), mentre l'interprete dovrà a sua volta tener conto di ciò che è scritto nel contratto e dei diritti e doveri gravanti sulle parti per effetto del dovere di buona fede (art. 1366 c.c.).

Sicché, la solidarietà specifica il significato impegnativo della buona fede e fissa diritti e doveri in ogni contratto al di là di quanto in esso vi sia scritto e contro quanto vi è scritto, perché la buona fede è norma inderogabile. Sul punto la giurisprudenza è amplissima e consolidata, anche se non mancano alcune critiche.

Non solo. Dopo le sentenze Rordorf del 2007 si è definitivamente chiarito che una volta concluso il contratto in base a circostanze imputabili alla mala fede di una parte, ignote all'altra, il contraente scorretto dovrà risarcire i danni per avere determinato

za del Consiglio dei Ministri. Dipartimento della Protezione civile, Aggiornato al 24 marzo 2020 (pp. 295).

²⁷ Corte cost., 2 aprile 2014, n.77 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036, con nota di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*) e Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 382).

²⁸ V. da ultimo P. GROSSI, *Pluralità delle fonti e attuazione della Costituzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763 e, in particolare sulle citate ordinanze, p.765. Mi permetto anche di richiamare G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 307, nonché F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

²⁹ Per una sintesi G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele* (diritto civile), in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 387.

³⁰ Corte cost. 18 febbraio 2010, n. 52 in *Banca borsa*, 2011, p. 35 con nota di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*.

³¹ V. in particolare il bel saggio di G. GRISI, *Spigolando su derivati, informazione e nullità*, in *Pers. Merc.*, 2016, p. 137 nonché quello di S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *ivi*, 2015, p. 24.

³² Sul rapporto fra fattispecie e comportamenti mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano 1983, p. 83; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obb. Contr.*, 2011, p. 237; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite: la buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. Contr.*, 2008, p. 104. Ma, soprattutto, si vedano S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; ID., *Le figure sintomatiche nel diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 131; G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2007, p. 47.

un assetto sconveniente³³. Il che significa prendere atto che accanto alle norme che consentono l'annullabilità o nullità dell'atto c'è un dovere di informare, di non approfittare e di tenere comportamenti conformi ad una condotta corretta³⁴. Sul piano della esecuzione del contratto la giurisprudenza è, invece, assai più cauta e non affronta in modo altrettanto puntuale il dovere di rinegoziare in presenza di una sopravvenienza straordinaria (art. 1467 c.c.) come è stato precisato più volte, benissimo³⁵.

Credo che sul punto giovi il richiamo all'effettività. Vediamo come.

4. L'effettività come ricerca di rimedio adeguato all'interesse protetto.

Il principio di effettività, scritto in una pluralità di norme, contribuisce alla conversione del fatto in diritto, con una funzione peculiare³⁶. Fare coincidere la forma con la sostanza nella garanzia dei diritti e nell'attuazione dei doveri, per fornire risposte adeguate alla lesione di interessi, patrimoniali e non patrimoniali. Secondo un procedimento preciso.

³³ Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 783, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*.

³⁴ Per una sintesi sia consentito il rinvio a G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite*, op. cit., p. 104. Per alcune notazioni ulteriori di quel testo, ID., *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. Merc.*, 2019, 4, p. 21.

³⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, e da ultimo ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giust. Civ. com.*, 2020.

³⁶ In argomento, U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *ivi*, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2001, p. 1; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045; A. CARRATA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1.

Le norme che lo esprimono contribuiscono a delimitare la giuridicità di un interesse in coerenza con la stessa funzione della rilevanza giuridica³⁷. La quale esprime una valutazione non sull'esistenza del fatto materiale o delle sue conseguenze, ma sull'essenza giuridica del fatto che orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva³⁸. Sicché il principio può servire a dar rilievo ad interessi non compresi *letteralmente* nella fattispecie, ma compatibili con la sua *ratio espressa* dal confronto fra regole e principi.

Tutto ciò per un motivo chiaro.

I principi costituzionali, comunitari e della CEDU sono fonti di diritto e vincoli alla potestà legislativa, per espressa indicazione dell'art. 117 della Costituzione. Essi consentono di dar rilievo agli interessi materiali che la fattispecie non può delimitare in modo pieno se non attraverso la sua applicazione. Occorre solo ricordare che la Corte costituzionale ha tratto il valore impegnativo del principio dagli articoli 2 e 24 della Costituzione³⁹. I quali sono fonte di un diritto ad una tutela effettiva dei diritti fondamentali, forniscono un criterio per la scelta del rimedio più adeguato alla protezione dell'interesse leso, rappresentano un ostacolo ad interpretazioni meramente formalistiche e consentono, come strumento ermeneutico, forme di integrazione e correzione delle norme privatistiche⁴⁰. Tutto ciò con una rigorosa argomentazione capace di trarre dalle norme ordinarie e dal principio una regola contestuale di decisione.

Solo qualche esempio.

L'art.1467 c.c., in attesa che il legislatore italiano integri il suo testo, va riletta alla luce del comportamento dovuto dalle parti (1375 c.c. e art. 2 Cost.) per precisare rispettivi diritti e doveri e poi confrontata con il principio di effettività (art. 2 e 24 Cost.), per individuare il rimedio più adeguato. In base non a riferimenti indeterminati, come la ragionevolezza o la moralità dei contegni, ma attraverso un processo interpretativo che segua gli schemi e gli strumenti del codice civile, da utilizzare con un uso corretto dei principi che li integrano.

³⁷ A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, e in particolare, *ivi*, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *ivi*, p. 1, e *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *ivi*, p. 160. Si veda altresì I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 59.

³⁸ Per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 378.

³⁹ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 2014, n.38 e il commento di D. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza n.238/2014 della Corte costituzionale*, in *Pers. Merc.*, 2014, p. 163.

⁴⁰ Per una sintesi G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, op. cit., p. 381.



L'art. 12 primo comma delle disposizioni preliminari al codice delimita l'attività dell'interprete alla ricerca del senso fatto palese dal "*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore*". Con quest'ultimo termine, *intenzione del legislatore*, pur nelle varie letture, è ragionevole intendere un riferimento al *diritto oggettivo vigente* e dunque al complesso delle fonti in un determinato momento storico⁴¹. Per una serie di ragioni. La norma va coordinata con l'art. 11 della Costituzione, che ammette le cessioni di sovranità, e con l'art. 117 Cost. che vincola la potestà legislativa e il suo interprete alla Costituzione, all'ordine comunitario e ai vincoli internazionali.

5. La rilettura possibile degli art. 1467 e 1463 c.c.

Seguendo tali riferimenti normativi l'art. 1467 c.c. può essere compreso e riletto nel seguente modo.

Come si è detto, la buona fede e la solidarietà impongono comportamenti e il principio di effettività consente di dar rilievo a interessi non compresi letteralmente nella fattispecie, ma coerenti con l'intenzione del legislatore. Iniziamo da quest'ultimo.

Il riferimento a "*contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita*" va integrato, non sempre ma in modo prioritario, con un riferimento ai contratti che sono preordinati a durare un lungo termine, sì da fondare fra le parti un affidamento sulla loro efficacia prolungata nel tempo e da consentire la possibilità di ammortizzare gli investimenti impiegati nell'operazione. Propende per tale integrazione un confronto con la disciplina speciale di alcuni contratti contenuti nel codice, ma anche in leggi speciali.

Si può ricordare l'art. 130 del codice di consumo che "subordina la risoluzione del contratto di fornitura di un bene di consumo all'impossibilità o eccessiva onerosità di una riparazione o sostituzione, nonché alla scadenza infruttuosa di un termine concesso al professionista per procedere al rimedio manutentivo"⁴².

Di grande interesse è l'idea di ripensare, al di là del requisito del tempo, "la disciplina dei contratti accomunati da un'importanza centrale per le esigenze essenziali della persona (contratti di lavoro, di locazione, di credito al consumo bancari ed altri)

definibili come "contratti sociali di durata" e tali da giustificare una "speciale attitudine a metabolizzare" i diritti della Persona nelle relazioni obbligatorie, dove il carattere assoluto e indisponibile delle situazioni esistenziali si salda con il carattere imperativo e inderogabile delle norme"⁴³. In tali casi, è ancora l'art. 1375 c.c. che può fornire indicazioni come precisa la Corte di Cassazione in una massima ripetuta poi come diritto vivente⁴⁴. Non solo. Va in questa direzione la comunità interpretativa che si è pronunciata sulla peculiarità di contratti di durata⁴⁵.

Si pensi, poi, alle ipotesi di sopravvenienze disciplinate dal codice civile per alcuni contratti tipici: l'art. 1664 per l'appalto, l'art. 1584 per la locazione, l'art. 1623 per l'affitto, l'art. 1766 per il deposito, gli articoli 1896, 1897, 1898 per l'assicurazione, oltre all'art. 39 del codice del Turismo sui pacchetti turistici e alle norme del TUB sui mutui (120quater e 123). L'art. 1623 c.c., in particolare, disciplina il caso di un rapporto di affitto che risulti notevolmente modificato da "una disposizione di legge, o di un provvedimento dell'Autorità riguardanti la gestione produttiva". In tale fattispecie le parti che "risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio", possono richiedere "un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto"⁴⁶.

Ebbene tali norme vanno esaminate sia per una possibile estensione analogica del loro contenuto a casi simili e materie analoghe, sia per un confronto con la clausola generale di buona fede e il principio di effettività che può dare rilievo a interessi non compresi espressamente nella lettera del testo, ma compresi nella sua *ratio*. Si da consentire una loro integrazione o correzione.

La nozione "*avvenimenti straordinari e imprevedibili*" è già sufficientemente precisa nell'ammettere il rilievo di ogni emergenza.

⁴³ L. NOGLER, *Diritto del lavoro e diritto civile nella prospettiva del "diritto contrattuale europeo"*, in *Gior. dir. lav. dir. rel. ind.*, 2008, p. 2 e G. VETTORI, *I rimedi di "terza generazione"*, in *Id.*, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 249 e, in part., p. 263-270.

⁴⁴ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Corriere giur.*, 2005, p. 975 "la violazione della buona fede costituisce inadempimento e legittima al risarcimento dei danni perchè espressione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost)", e si pone "come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di ragionevolezza"

⁴⁵ V. ancora, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, op. cit.

⁴⁶ Sul punto, si veda ora l'analisi di E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

⁴¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu Messineo-Schlesinger, Milano 2011, p. 272.

⁴² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 844.

10

La tutela della risoluzione del contratto, invece, prevista per il contraente danneggiato va integrata sulla base del principio di effettività che esige di individuare il rimedio più adeguato alla soddisfazione dell'interesse protetto nella fattispecie normativa integrata dai principi. Coordinando, dunque, i comportamenti dovuti con la necessità di un rimedio effettivo.

Così il contraente danneggiato avrà diritto, e l'altra parte avrà un dovere, di rinegoziare e in caso di violazione sarà dovuto un risarcimento dei danni. Resta da precisare se sia dovuta anche una tutela manutentiva del contratto da modificare in virtù delle sopravvenienze⁴⁷.

Come noto, sono intervenute sul punto le modifiche della codificazione tedesca e francese e di gran parte dei paesi europei, mentre pende avanti al Senato della Repubblica un progetto di modifica della disciplina italiana. Un intervento tardivo, ma in mancanza del quale non è facile delimitare un potere correttivo del giudice, in assenza di accordo fra le parti.

Si dovrà però sicuramente ammettere, allo stato, una tutela risarcitoria legittimando una piena tutela cautelare che consenta di paralizzare ogni eliminazione degli effetti del contratto in danno della parte svantaggiata, sino alla piena individuazione e condanna ai danni che il rifiuto di rinegoziare determina.

Si è fatto riferimento alla possibilità di far uso della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., con cui si potrebbero produrre gli stessi effetti del contratto di rinegoziazione che la parte aveva l'obbligo di concludere⁴⁸. La tesi è sicuramente interessante e acuta, ma non risultano precedenti consolidati in Italia e resta il problema del contenuto del contratto di rinegoziazione dovuto, che le parti sono libere di determinare ai sensi dell'art. 1322 c.c.

La tutela risarcitoria resta, dunque, lo strumento più credibile, ma occorre riflettere sulle possibilità offerte da una tutela processuale cautelare, inibitoria e urgente che escluda la possibilità di azioni da parte del contraente in mala fede⁴⁹. Anche qui il giudi-

⁴⁷ Per una tale possibilità, V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 1047.

⁴⁸ V. ancora da ultimo, per una sintesi, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, op. cit.

⁴⁹ Si veda la pronunzia del Trib. Bari, 31.7.2012 e la nota di commento di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 120, secondo cui "l'ordinanza del Tribunale di Bari si pone l'obiettivo di salvaguardare il programma economico sotteso al rapporto contrattuale e dimostra come la tutela d'urgenza sia uno strumento indispensabile per conferire effettività ai mezzi legali e convenzionali di adeguamento del contratto in corso di esecuzione. Infatti, è possibile che, alla luce di una decisione come quella riportata, i contraenti siano spinti a rinegoziare secondo buona fede in ragione del fatto che sovente, se non nella maggior parte

ce può utilizzare la clausola generale, come previsto di recente nella sentenza sulla nullità selettiva⁵⁰, per rimodulare i rimedi, (in quel caso restitutorio), e vietare l'esercizio di azioni in giudizio contrarie ad un contegno dovuto⁵¹.

Si può aggiungere infine che una volta riconosciuto alla clausola di buona fede integrata dai precetti costituzionali, il compito di fissare il comportamento dovuto dal debitore, potrà ritenersi inesigibile la prestazione fondata "su un presupposto divenuto irrealizzabile". Con la conseguenza che il rapporto sinallagmatico perderà la sua giustificazione causale e l'esecuzione della controprestazione diverrà a sua volta inutile", determinando una causa di scioglimento automatico assimilabile a quella prevista dall'art. 1463 c.c.". Sicché il giudice potrà dichiarare l'inefficacia del contratto una volta verificata la irrealizzabilità dell'evento presupposto e dunque la sopravvenuta carenza di ogni legame causale fra le prestazioni⁵².

Ma la riflessione di fronte ad un fenomeno epocale non può che essere cauta e provvisoria. Possiamo solo cercare il modo per affrontarla.

6. Ermeneutica e dogmatica.

Il confronto sulla teoria e prassi dell'interpretazione è fondamentale per la comprensione stessa delle attività e dei ruoli connessi alla dimensione giuridica, per una pluralità di ragioni. Su di essa grava la ricerca di una forte sintonia con i problemi e i valori della collettività. Ad essa si chiede di individuare lo stato delle fonti, di confrontarsi con l'autorità e la positività del diritto, di fissare i poteri e i limiti dell'attività del giudice, dello scienziato e del legislatore.

All'interprete si chiede una ricomposizione dello "specchio rotto delle fonti"⁵³, in un momento di pro-

dei casi, la decisione emessa in sede cautelare trova conferma nella fase di merito o, ad ogni modo, fornisce il punto di partenza nella successiva fase del giudizio. Inoltre, attesa la lunghezza dei tempi processuali, la tutela cautelare appare il mezzo più efficace per assicurare la ripresa dell'esecuzione del contratto, posto che generalmente la sopravvenienza imprevista darà vita ad una situazione di stallo" (ivi, p. 124).

⁵⁰ Cass. 4 novembre 2019, n. 28314. Sulla decisione si veda il primo commento di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'intangibilità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 123 e, volendo, G. VETTORI, *Nullità selettiva e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, op. cit., p. 212.

⁵¹ Trib. Bari, 31.7.2012, cit.

⁵² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p.933.

⁵³ V. per una lucida sintesi di questi temi D. CANALE, E. PARIOTTI, B.PASTORE (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, e, ivi, *l'Introduzione* dei curatori, p.7-11.

fonda trasformazione della realtà politica e sociale e un'analisi attenta dei problemi essenziali che oggi si manifestano con grande intensità⁵⁴. Dalla vita e la morte delle persone, alla disciplina dei rapporti patrimoniali, alla emergenza virale che sconvolge le nostre priorità e certezze.

Vorrei cominciare da alcune visioni diverse espresse, ma tese ad un dialogo costruttivo. Le opinioni sono chiare e l'argomentare limpido.

Da un lato, la correlazione stretta fra interpretazione e applicazione del diritto, come atti di un unico procedimento. Il rilievo centrale del fatto "che preme sul diritto"⁵⁵ e incide sulla scelta della norma e la comprensione del suo significato⁵⁶. La funzione normativa e al tempo stesso "cognitiva e pratica" dell'interpretazione volta a comprendere per regolare. Il primato del caso, insomma, che incide anche sulla esegesi dottrinale, la quale non può che basarsi sulla soluzione di problemi almeno ipotetici. Una visione, sotto certi profili, "creativa" dell'attività del giudice che è libero nella individuazione della norma più adatta, nel decidere il suo significato e nella stessa costruzione del caso di diritto, muovendo dal fatto grezzo da trasformare in fatto giuridicamente rilevante. Una "creazione", peraltro, diversa da quella legislativa perché volta a foggare una regola individuale (e non generale) del caso, la quale non inventa niente *ex novo*, ma si "muove in contesti testuali, istituzionali e sociali condizionati. E dunque una "creatività derivata, mai una creatività originaria"⁵⁷. Perché non si può parlare di interpretazione "senza un testo precedente da interpretare"⁵⁸ e non si può accettare un decostruzionismo assoluto né un realismo estremo, ma si deve far proprio il vincolo di una struttura linguistica "che determina le alternative delle scelte" ed evita che "si sconfini in libero uso del testo come pretesto". Tutto ciò grazie ad un perimetro certo: una comunità interpretativa vincolata ad un dato e un sapere giuridico preesistente

che escludono scelte "in chiaro contrasto con il tenore letterale del documento"⁵⁹.

Dall'altro, una posizione diversa su alcuni tratti e concorde su altri, in un dialogo di grande intensità. Ciò che unisce è una visione realistica che combina rigore delle soluzioni e senso del limite nel discorso *sul* diritto oggi. Ciò che divide è altrettanto chiaro e utile alla discussione. Il rifiuto di una svalutazione del lavoro dottrinale e di un'interpretazione in astratto delle norme. Il primato di un'attività meramente cognitiva senza riferimento ad un caso, ma attenta all' "identificazione dei possibili risultati di un testo", per fornire ai "giudici strumenti concettuali" e "norme inespresse" utili per la disciplina di fatti concreti, come è stato il negozio giuridico per il diritto dei contratti⁶⁰. La cautela sul significato creativo delle sentenze e il timore di interpretazioni imprevedibili perché tali da attribuire al testo un significato nuovo "non ricompreso nella cornice" della norma. Ancora. La convinzione dell'utilità di una interpretazione cognitiva in presenza di predicati vaghi ed equivoci ove l'individuazione della norma "precede la sua applicazione all'uno o all'altro caso" (v. l'art. 101, comma 2, Cost.). Il che rafforza la distinzione fra una giustificazione interna ed esterna della decisione. L'una tesa a svolgere in modo deduttivo alcune premesse date, l'altra ad argomentare in modo fondato le premesse, secondo un dettato rigido di ogni Stato di diritto, ove la decisione è giustificata "solo se è fondata su una norma generale e solo se è desumibile da essa". La conclusione, infine, che il perimetro entro cui il giudice deve muoversi è assai rigido e delimitato dalle: "regole (semantiche e sintattiche) del testo, dalle interpretazioni precedenti, dalla morale sociale e dalla dogmatica, ossia dall'insieme delle costruzioni dottrinali", con l'unica eccezione dei Giudici supremi di ultima istanza che in concreto sono fonti di diritto ad ogni effetto⁶¹.

7. Il diritto come ragione pratica.

Fra le due visioni vi è sicuramente una netta distanza ma il dialogo può e deve proseguire. Indico solo alcuni aspetti.

La teoria ermeneutica, sin dagli anni Settanta e Ottanta del Novecento, ha mostrato i limiti del tec-

⁵⁴ Si vedano, da ultimo, U. BRECCIA, *Chiaroscuri della Scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Niccolò Lipari, Diritto e Ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 132, e A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in *ivi*, p. 2.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, p. 41.

⁵⁶ G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1995, p. 41 e p. 71; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2012, p. 694.

⁵⁷ G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, p. 54 e 146. Per una limpida sintesi di questa teoria in R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.* p. 92-96.

⁵⁸ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*, p. 119 e p. 159.

⁵⁹ Così, ancora, F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁰ R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.*, p. 94-95.

⁶¹ R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.*, p. 103-104.

nicismo sin allora imperante e ha proposto un “metodo valutativo orientato alla prassi e alieno da ogni dottrinarismo” che “tende a contenere l’insopprimibile discrezionalità dell’interprete sottoponendola a criteri intersoggettivi di controllo”. Di più. Tenta di superare posizioni filosofiche e giuridiche antitetiche: l’idea di un’interpretazione come mera ricerca “dei significati possibili” di una norma e l’idea che sia “il giudice a determinare che cosa sia diritto”⁶². Per cercare una sintesi alta di un discorso *sul* diritto, che ha radici nella storia del mondo.

Nell’Antico Testamento Salomone prima di assumere la responsabilità del Potere non chiede a Dio ricchezze, armi ed eserciti invincibili, ma un cuore docile per rendere giustizia e saper distinguere il bene dal male. Sente di avere bisogno di una coscienza che sa ascoltare la voce della verità⁶³, da ricercare nelle cose concrete per fare giustizia, senza proclamarla in astratto, ma usando una ragione pratica sperimentata sul problema di vita da risolvere e orientata da “un’esigenza etica, politica e giuridica scritta da Socrate ad oggi”. Per alcune ragioni evidenti. La giustizia non è nella disponibilità di nessuno, ma implica una tensione a realizzarla in concreto al di là di un mero e assoluto tecnicismo⁶⁴.

La politica ha la sua specifica autonomia nella ricerca del consenso, nel cinismo delle scelte, nella necessità di un potere legittimo di un Principe sia esso un *leader*. un partito o altro ancora.

Il diritto è qualcosa di diverso, perché legato da sempre ad un’esigenza morale da realizzare attraverso un ordine ragionevole e giusto, appunto. Ma come si realizza questa aspirazione? Qual è il rapporto fra l’Autorità, il sistema delle fonti, l’interpretazione delle disposizioni?

Il Novecento si è chiuso con l’altissima lezione di Luigi Mengoni nel coniugare ermeneutica e dogmatica giuridica con una serie di indicazioni preziose. La comprensione non è solo una forma della conoscenza ma un “carattere ontologico originario della vita umana stessa” che si manifesta in modo chiaro nel circolo ermeneutico, ove l’interprete deve assumere un ruolo corretto. La norma vive come tale nel momento in cui viene applicata e l’ermeneutica supera il positivismo legislativo senza abbandonare il principio di positività del

diritto. Ciò, grazie anche al nuovo modo di intendere i dritti fondamentali e i valori che non sono norme, ma giudizi logici. I quali “a differenza di quelli di fatto non consentono di stabilire la verità o falsità”. Per essi vale un’altra specie di conoscenza: la verisimiglianza che deve essere controllata con un confronto costante del sistema giuridico e verificata attraverso un procedimento di valutazione della sua fondatezza. La quale si raggiunge in presenza di un giudizio sull’evidenza, attinta da un ragionamento giuridico fondato sul rigore e l’oggettività dell’argomentazione. Insomma la giustificazione “non può che essere tratta “dal sistema dogmatico del diritto positivo”. *I principi vanno dogmatizzati* ossia messi “fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi, un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità”. Non basta evocare “il mito della ragione”, ma occorre “*rifondare la dogmatica come controllo dei risultati dell’argomentazione pratica*, mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico e insieme come strumento selettivo del flusso di informazioni provenienti dall’ambiente sociale circostante”⁶⁵.

8. I “chiaroscuri della scienza giuridica oggi”.

Questa lezione deve essere contestualizzata oggi.

Dopo la lucida riflessione sul nichilismo giuridico⁶⁶ si parla adesso di un post-diritto⁶⁷ e si riflette in modo arguto sul presente⁶⁸ per tentare una sintesi complessiva⁶⁹ *sul* diritto come scienza pratica dominata da un riferimento prioritario alla ragione⁷⁰, adeguata “al tipo di problema e al tipo di conflitto da risolvere o da comporre”⁷¹. Un riferimento che trae linfa dai giudizi di costituzionalità delle leggi e

⁶⁵ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. VIII.

⁶⁶ M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano 2019, p. 115-158.

⁶⁷ R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 51 (in <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>); R. PARDOLESI - G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2018, c. 113, e v. anche, da ultimo, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo*, op. cit., p. 1, nonché S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, Napoli, 2018.

⁶⁸ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 132.

⁶⁹ G. D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 16 e A. GENTILI, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 37 (in <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>).

⁷⁰ N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, in part., p. 224.

⁷¹ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 144

⁶² G. ZACCARIA, *Dialogando sull’ermeneutica giuridica*, in D. CANALE, E. PARIOTTI, B. PASTORE, *Ermeneutica e positività del diritto*, op. cit., p. 126 e 127

⁶³ Così, l’*Angelus* di Benedetto XVI, 24 luglio 2011 (testo disponibile on-line in <http://www.vatican.va>).

⁶⁴ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 1229, e G. VETTORI, *Dalla dogmatica all’ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1207.



da un richiamo esplicito alla possibile ragionevolezza, non solo delle leggi ma di ogni decisione.

Sul punto credo che occorra una riflessione attenta.

L'appello alla ragione e alla "ragionevolezza" è importante e può senz'altro sostituire vecchi modelli di comportamento e di valutazione senza troppi rimpianti, come il "buon padre di famiglia"⁷². Con essa si può ben sostituire all'*homo oeconomicus* il metro costituzionale dell'*homo dignus*⁷³. Non solo. Si può sostenere che la ragione del diritto dev'essere "trovata". Ma la cautela è sacrosanta⁷⁴. Non esiste, oggi, una *communis opinio* di segno valutativo e permane l'esigenza di non trascurare le opportune distinzioni⁷⁵.

Prima di tutto il rapporto fra Diritto e Autorità.

Le forme di Potere nel sistema costituzionale sono incompatibili con un assolutismo e con un arbitrio potestativo che sfoci nella irrazionalità. Non solo. "L'idea di autorità è tale solo se si sottopone alla critica e persuade, con argomenti, della propria superiorità". Ciò significa che la dimensione verticale dell'ordinamento deve essere "almeno in parte compensata e riequilibrata da una partecipazione all'autorità normativa che provenga dal basso, dalle pratiche dei destinatari delle norme"⁷⁶. D'altra parte, l'autorità del diritto è inconciliabile con la mancanza di ragione perché "scritta nell'intero arco storico delle culture umane, soprattutto nei termini di un contrasto contro il prevalere di un potere incontrollato, quali che fossero le maschere legittimanti, più o meno pretestuose, con le quali il "signore di turno" nascondesse il suo vero volto"⁷⁷. Ma c'è un limite anche a questo controllo.

Il richiamo del consenso sociale non basta ed è dannoso in un sistema pluralistico che deve rifuggire da atteggiamenti autoreferenziali dell'interprete. La pratica dei principi richiede la loro "dogmatizzazione" fondata su argomenti che devono iniziare dalle norme esistenti per creare regole contestuali con i Principi. Il richiamo di un grande positivista come Francesco Santoro Passarelli deve essere inteso bene: "Il fatto sorretto dal consenso generale, fa

legge"⁷⁸. Santoro parla di un *consenso generale* che non è nella disponibilità di chi giudica, ma di chi sa ascoltare e sa che la sua ricerca della regola del caso, richiede uno sforzo di comprensione e di cautela massima⁷⁹ nella *convinzione* di chi decide e nel dovere di *persuasione* di aver raggiunto una soluzione condivisa. Secondo i canoni della buona retorica che da secoli ispira il giurista e il diritto applicato⁸⁰.

Insomma, i segni del presente richiamano la Scienza giuridica e gli operatori alla riflessione sulla *positività del diritto* oggi, sui modi e sugli strumenti per riaffermare una datità del giuridico (o del dover essere), sulla preesistenza di un testo e di un contesto, da costruire su una consapevolezza forte.

Non si può separare Legge e Giustizia, Norme e Principi, Potere normativo e interpretazione, inviolabilità dei diritti e solidarietà, forma e sostanza nella garanzia dei diritti e nell'adempimento dei doveri. Per un motivo chiarissimo.

Solo gli opposti creano la totalità che è il fondamento più forte del Diritto.

A questa consapevolezza nessuno può e deve sfuggire. Solo così potremo ricostruire una corretta funzione del diritto in un'epoca tragica, che la storia ci ha posto di fronte all'improvviso, con una forza devastante.

⁷² U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 144.

⁷³ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 e ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179.

⁷⁴ Ancora, U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 149 e da ultimo, G. ZACCARIA, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, op. cit., p. 123 "la ragionevolezza deve accettare la sfida della comunanza e della sempre più difficile dimostrabilità e composizione dei fini" in una società pluralistica.

⁷⁵ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 150.

⁷⁶ G. ZACCARIA, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, op. cit., p. 119 e il richiamo a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 6.

⁷⁷ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 150.

⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Quid juris?* (1982), ora in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 25, ed *ivi* p. 26 e 27: "La realtà sociale, non quella che vale per me o per l'altro, ma quella che vale per sé in quanto è sorretta dal 'comune consenso' come 'regola vincolante della condotta umana', diventa diritto in concorrenza col diritto scritto". Ancora "Non si può perciò accogliere la dottrina formalistica di Kelsen (...) perchè il diritto che conta è il diritto effettivo, ma resta vera la sua indicazione del diritto qual è e non quale dovrebbe essere, come esclusivo oggetto della scienza giuridica".

⁷⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Quid juris?*, op. cit., p. 27 "A fronte del diritto effettivo il diritto scritto non può affermare la sua prevalenza come fa ad esempio, l'art. 8 delle preleggi per gli usi. Anche indipendentemente dalla consuetudine, che è tuttavia un importante fattore di consolidamento e di riconoscimento del diritto non scritto, "il fatto", sorretto dal consenso, fa legge".

⁸⁰ Si veda ora, in modo mirabile, G. BENEDETTI, *Sull'incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Bologna, 2020, p. 137.

L'ATTITUDINE ERMENEUTICA DEL GIURISTA EUROPEO. LA LEZIONE DI GIUSEPPE BENEDETTI

| 14 Di Antonio Punzi

SOMMARIO: *1. La ragione legislatrice e Nietzsche. 2. L'invenzione del diritto e Heidegger. 3. La ricerca di un nuovo ordine e la via ermeneutica. 4. L'identità plurale del diritto europeo. 5. La bussola dei principi e l'ermeneutica delle buone ragioni.*

ABSTRACT. *Il saggio ripercorre il pensiero forte di Giuseppe Benedetti teso, sino agli ultimissimi scritti, alla ricerca continua, muovendo dal pensiero di Nietzsche e di Heidegger, di un nuovo ordine, scandito dall'identità plurale del diritto europeo e dalla attuazione dei principi, guidata da una argomentazione capace di convincere e persuadere.*

The essay retraces the strong reflection made by Giuseppe Benedetti aimed, up to his latest works, at a continuous research, moving from Nietzsche's and Heidegger's thoughts, of a new order, marked by the plural identity of European law and the implementation of principles, guided by an argumentation capable of convincing and persuading.





Scorrendo la produzione scientifica di Giuseppe Benedetti, in specie quella che ha caratterizzato la fase più recente della sua giornata terrena¹, viene da chiedersi perché un fine e rigoroso civilista mostri una attenzione così spiccata, non solo e non tanto per la questione dell'interpretazione - oggi motivo d'interesse per tanti giuristi - ma per lo stile ermeneutico in filosofia. Il che consente altresì di interrogarsi, più in generale, sul perché il giurista europeo abbia sviluppato un'attitudine ermeneutica e su cosa ci sia di ermeneutico nel suo ragionare ed operare².

1. La ragione legislatrice e Nietzsche.

Nei suoi magnifici affreschi sulla crisi delle mitologie giuridiche della modernità³, Paolo Grossi, che sempre ha cura di ribadire il suo ritegno a cimentarsi nel campo della filosofia, suggerisce spesso al lettore riferimenti all'ermeneutica e al ruolo da essa giocato nella svolta metodologica della scienza giuridica contemporanea⁴. E proprio su tale rivolgimento ermeneutico si interroga Benedetti a partire dagli anni Novanta, con la misura prudente del giurista positivo, ma insieme con la consapevolezza che, se si parla di ermeneutica, bisogna comunque fare i conti con alcune questioni eminentemente filosofiche. Questioni complesse, se è vero che i sentieri ermeneutici sono perigliosi ed alcuni finanche interrotti, come Heidegger avverte nel titolo di una celebre opera che vale anche come segnale di pericolo per il cammino dello studioso⁵. Perché, dunque, il civilista dovrebbe inoltrarsi in simili sentieri?

Una prima risposta può già individuarsi a partire dalla richiamata crisi delle mitologie giuridiche moderne. Tale crisi, come il lettore ben sa, ha assunto anzitutto le forme: di una crisi della riduzione del diritto alla legge, specie a quella nazionale, e correlativa rimessa in discussione della tradizionale e rigida gerarchia delle fonti; di una presa d'atto dell'insufficienza della legge come strumento di governo della società complessa; di un ripensamento ed approfondimento della testualità del diritto e superamento della fede sette-ottocentesca nella certa, esegetica interpretazione della legge e nella sua automatica applicazione al caso concreto. Ce n'è a sufficienza per sancire la fine, non solo del giacobinismo giuridico, ma di ciò che esso filosoficamente rappresenta: l'illusione che l'ordine del diritto possa nascere da una superba ed astratta ragione pianificatrice, convinta di poter plasmare la realtà a modello di astratte idee⁶.

Affiora, così, una prima risposta alla domanda sull'orientamento ermeneutico: il giurista che s'interroga sul proprio metodo dopo la crisi dell'idealismo moderno, sa che la crisi di quel modello di razionalità e della pretesa del *cogito* di costruire la storia secondo paradigmi astratti, è stata proclamata anzitutto da un filosofo, Friedrich Nietzsche, che non a caso è ritenuto un progenitore dell'ermeneutica.

Le predilezioni filosofiche di Benedetti, invero, non lo avvicinano a Nietzsche e al suo nichilismo, che pure è approdato nella biblioteca dell'odierno civilista grazie alle belle pagine di Natalino Irti⁷. E

¹ Nella più recente produzione di Benedetti risaltano alcuni lavori a carattere monografico, uno più strettamente civilistico (*Il contratto in generale. Vol. VIII. La rescissione*, in M. Besone (dir.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino 2007), uno con un taglio giuridico-filosofico (*Oggettività esistenziale dell'interpretazione, Studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, Torino 2014). Nel marzo del 2020, infine, in coincidenza del novantesimo anniversario della sua nascita, è stato altresì pubblicato, per i tipi de il Mulino, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, raccolta di diversi saggi, tra i quali il corposo e fortunato *Contemporaneità del civilista* (già in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 1240 ss.) e l'inedito, splendido *impromptu: Sull'in-cerchezza del diritto*.

² Sul tema, ad es. G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., § 11, p. 225 ss.

³ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007.

⁴ Cfr. ad es. Id., *Prima lezione di diritto*, Laterza, V ed., Roma-Bari 2005, pp. 106-107; Id., *Novecento giuridico. Un secolo pos-moderno*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, p. 65 ss..

⁵ M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti* [1950], La Nuova Italia, Firenze 1986. Significativamente l'autorevole traduttore dell'opera, Pietro Chiodi, scrive: "Gli *Holzwege* sono quei sentieri che cominciano al liminare di un bosco e che, man

mano che si inoltrano nel fitto, vanno sempre più perdendosi, fino a scomparire del tutto; perciò *auf dem Holzwege sein* significa 'essere su un sentiero che porta fuori strada'".

⁶ In continuità con la critica di Paolo Grossi alle mitologie moderne, merita un'attenta lettura il lavoro, da poco uscito in seconda edizione, di un altro storico del diritto, R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Come si forma una costituzione tra diritto e sentire comune*, Luiss University Press, Roma 2019.

⁷ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004; Id., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Peraltro, nel saggio *La tenaglia*, del 2008, Irti propone, sin dal significativo sottotitolo, una *difesa dell'ideologia politica* che merita una specifica considerazione ad evitare di fraintendere il nichilismo irtiano. Irti differenzia anzitutto l'ideologia dal dottrinarismo: "L'ideologo muove da una filosofia o concezione della vita verso la realtà, e ad essa la applica e commisura; il dottrinario ripudia la realtà, e, dove le cose siano diverse e discordi, le dice erronee e le rifiuta nella loro effettualità. Il dottrinario giudica la realtà dall'esterno, come conforme o difforme; l'ideologo sta all'interno della realtà, e vi esprime il proprio pensiero e la propria azione". Fatta tale distinzione, l'elogio dell'ideologia si rivela essere una sorta di linea di resistenza della ragione, che, a dispetto di ogni nichilistica rassegnazione, rivendica la propria responsabilità nella costruzione di nuovi ordini, così evitando le insidie sia del sognante utopismo, che rifiuta una diagnosi realistica dell'esistente ed anzi sa immaginare il futuro solo a muovere dalla distruzione

nondimeno, benché Nietzsche non sia il 'suo' autore, Benedetti lo richiama spesso, perché ben sa che l'unico modo per uscire dalla crisi è anzitutto accoglierla nella sua radicalità e dunque confrontarsi a viso aperto con chi, per primo e con implacabile lucidità, quella crisi ha annunciato⁸.

16 Il che non vale, evidentemente, come invito a far nostre le acrobazie del Nietzsche che contrappone la morale dei signori a quella dei servi⁹ o che ostenta disprezzo verso il valore dell'eguaglianza¹⁰, insomma il Nietzsche che tanto piaceva negli anni del "sonno della ragione". Recepire la sua lezione significa piuttosto comprendere che il vecchio ordine è ormai polverizzato e l'edificazione del nuovo esige un nuovo stile di pensiero¹¹. Si tratta anzitutto di rinunciare alle certezze che la filosofia moderna – anche la filosofia della legislazione e della giurisdizione – ci aveva promesso ed acquisire familiarità con l'incertezza: questa è la lezione del padre dell'ermeneutica.

dell'ordine costituito, sia del neopragmatismo "capace di intravedere soltanto l'oggi, non congiunto al passato e non aperto al futuro" (N. IRTI, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 70).

⁸ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 32 ss. e 66 ss.

⁹ F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, in *Opere*, vol. VI, tomo II, Adelphi, Milano 1972, af. 260, p. 178 ss.

¹⁰ Un celebre passo nicciano, con il consueto incedere della sua prosa secca e senza infingimenti, merita di essere riportato: "Siamo avversi a tutti gli ideali in cui, perfino in questa fragile, già frantumata età di trapasso, qualcuno potrebbe ancora sentirsi come a casa propria; per quanto poi riguarda le 'realità' di questi ideali, non crediamo che esse abbiano durata". "Noi non "conserviamo" nulla, non vogliamo neppure regredire in alcun passato, non siamo assolutamente 'liberali', non lavoriamo per il 'progresso', non abbiamo bisogno di tapparci le orecchie contro le avveniristiche sirene del mercato – quel che esse cantano, "uguaglianza di diritti", "libera società", "basta con i padroni e con gli schiavi", non ci attira. Non consideriamo in alcun modo auspicabile che il regno della giustizia e della concordia sia fondato sulla terra (perché in tutti i casi sarebbe il regno dell'estrema mediocrità e cineseria), ci ralleghiamo di tutti coloro che come noi amano il pericolo, la guerra, l'avventura, che non si lasciano appagare, accalappiare, rappacificare e castrare, annoveriamo noi stessi tra i conquistatori, meditiamo sulla necessità di nuovi ordinamenti, perfino di una nuova schiavitù – perché a ogni rafforzamento e innalzamento del tipo 'uomo' è strettamente connesso un nuovo genere di schiavismo – non è vero?" (F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, in *Opere*, vol. V, tomo II, Adelphi, Milano 1965, af. 377, p. 256).

¹¹ "Si tratta davvero di fare i conti con un ordine del discorso radicalmente mutato rispetto a quello che ha fatto la storia del pensiero moderno" (così A. ANDRONICO, *Governance*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2009). "L'essenza della giuridicità muta e tale mutamento fa sì che la regola debba essere individuata in un contesto qualitativamente diverso" (G. VETTORI, *Effettività tra legge e giustizia*, dal dattiloscritto, cap. II § 10).

2. L'invenzione del diritto e Heidegger.

L'incertezza profetizzata da Nietzsche ha sempre, comprensibilmente, suscitato inquietudine presso i giuristi. Col tempo, d'altronde, quella profezia sembra essersi via via avverata: anche solo considerando l'assetto delle fonti negli ordigni ordinamenti di democrazia costituzionale¹², non può seriamente negarsi che anche il diritto sia entrato nell'età dell'incertezza. Con tutto ciò che ne segue quanto all'effettivo svolgimento della sua funzione: se da un lato non può più pacificamente affermarsi, con il Bobbio degli anni Cinquanta, che "il diritto o è certo o non è neppure diritto"¹³, d'altronde è pur legittimo, al cospetto di uno scenario in cui vengono meno i punti di riferimento, che si continui a cercare nella certezza del diritto "un'ancora di salvezza"¹⁴.

Il punto è che l'incertezza esprime appieno lo spirito del nostro tempo, specie di quello inauguratosi dopo la seconda guerra mondiale. Un tempo volto al futuro e non più al passato, giacché il passato non può più offrire risposte certe (anche in forma di fattispecie astratta) alle domande di giustizia: le risposte vanno piuttosto cercate, forse addirittura inventate; il che impone, se non altro, una visione chiara del quadro in cui ci si muove e della direzione da intraprendere, dunque piena consapevolezza dei valori di riferimento.

Di qui il confine epocale segnato, almeno nel nostro ordinamento, dall'entrata in vigore della Costituzione¹⁵. Una carta ambiziosa, intrisa di valori, ma che impone di guardare avanti, di inoltrarsi nel sentiero dell'incertezza e che proprio per ciò segna una cesura rispetto al passato, coinvolgendo molti attori nel processo di produzione (meglio: positivizzazione¹⁶) del diritto fino ad imporre una ridefinizione dello stesso principio di separazione dei poteri.

¹² Bifulco scrive di un "carattere dilemmatico" della democrazia costituzionale (R. BIFULCO, *Democrazia costituzionale*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2012, vol. I, p. 127 ss).

¹³ N. BOBBIO, *Ragione e diritto nell'ultimo libro di M.R. Cohen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 3, 1951, pp. 549-557.

¹⁴ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli 2006, p. 43. Alpa peraltro suggerisce di rovesciare il problema, per "chiedersi non tanto quali siano i presidi della certezza del diritto, ma piuttosto quale sia – in uno Stato di diritto – la soglia tollerabile dell'incertezza del diritto" (ivi, p. 26).

¹⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, pp. 24 ss. e 60 ss. Sul denso libriccino di Grossi, v. G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 109 ss.

¹⁶ Sulla nozione di positivizzazione, v. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1990, p. 207 ss.

Un tale mutamento di orizzonti non poteva non incrinare le antiche certezze. Era già la funzione formante della carta costituzionale, confortata dalla prima pronuncia della Consulta sull'interpretazione costituzionalmente orientata¹⁷, a far sorgere un dubbio: l'attribuzione al giudice di un ruolo inventivo, sia pure inteso nel senso dell'*invenire* latino, rappresenta davvero una conquista per la civiltà del diritto o, all'opposto, spalanca le porte alla tirannia dei valori?¹⁸.

Al filosofo del diritto spetta qui il compito di sollevare, per dir così, una questione preliminare: le preoccupazioni della citata dottrina in ordine all'innegabile contributo fornito dal giudice al processo di positivizzazione del diritto - dunque le perplessità circa un diritto giurisprudenziale ormai quasi assunto a fonte del diritto - vengono formulate sul piano descrittivo o prescrittivo? La questione non è di poco momento. Quando Paolo Grossi, raggiunti i vertici dell'ordinamento costituzionale, da Presidente della Consulta intitola il suo libro "L'invenzione del diritto"¹⁹, infatti, non sta prospettando una dottrina normativa dell'interpretazione. È lo stesso ufficio del giurista che oggi esige di apprendere l'arte dell'invenzione, del ragionare senza assiomi ed attivando l'intelligenza euristica. La decisione del caso non può dedursi logicamente (o comunque: non

sempre e non solo) seguendo un percorso a tappe obbligate, sulla falsariga del modello protasi-apodosi-conclusione: il sentiero va trovato.

Di qui l'insistenza di Benedetti sui sentieri di Heidegger, che è pensatore geniale, benché ostico e talora ambiguo. È proprio il filosofo di Messkirch, infatti, ad aver tematizzato la condizione di spaesamento che vive l'uomo del Novecento, ad averlo osservato nella sua storicità, nel suo esser-ci: un ente che comprende se stesso interpretando un mondo fatto anzitutto di linguaggi.

Ecco perché un civilista come Benedetti si interroga su una questione ontologica²⁰. A muoverlo è la consapevolezza che, ad evitare che l'invenzione si traduca in una costruzione arbitraria del senso - e così spiani la strada alla tirannia dei valori - si debba ripartire proprio dall'ontologia. E dunque chiedersi che cos'è interpretare, che ruolo gioca la precomprensione, quando il precomprendere degrada a pregiudizio che acceca e conduce fuori strada.

Atteso che il processo di costituzione del senso non è appannaggio dell'autore del testo, ma continua nell'interpretazione, il *Beruf* del giurista post-moderno è seguire questo viaggio del *logos* per poterlo tracciare e sorvegliare.

3. La ricerca di un nuovo ordine e la via ermeneutica.

Al cospetto delle sirene del postmodernismo, la lezione di Benedetti è chiarissima: il giurista che avverte lo spaesamento non può abbandonarsi ad esso, ma deve andare alla ricerca di un nuovo ordine²¹. Che, dismessa la pretesa moderna di *reductio*

¹⁷ Corte cost. n. 3/1956. Com'è noto la decisiva apertura in direzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata fu segnata dalla sentenza n. 356/1996, ove si affermò il principio per cui le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime quando è possibile darne un'interpretazione incostituzionale, bensì quando è impossibile darne un'interpretazione costituzionale, con tutto ciò che ne segue in termini di inammissibilità della questione sollevata quando il tentativo ermeneutico non sia stato appieno esperito dal giudice *a quo* (sul punto, v. F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2008, p. 77 ss.). Nell'ultimo decennio, poi, la Corte ha avuto cura di rimarcare che la componente testuale della disposizione costituisce comunque un vincolo all'interpretazione costituzionalmente orientata e che, conseguentemente, ove sia improbabile che una tale interpretazione venga fornita, la questione debba essere esaminata nel merito.

¹⁸ Emblematico, in tal senso, il contributo critico di Natalino Irti: "i valori, di cui nessuno ha cura di indicarci né il 'dove' né i modi di intuizione o percezione, sono, per poco che si rifletta, costruiti dalla volontà, la quale innalza un proprio contenuto e lo riempie della propria energia. Così, un certo contenuto, elevato a criterio di misura, si fa giudice di altri contenuti, e li assolve o condanna secono le alleanze del momento" (N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale scientifica, Napoli 2007, p. 62). Dello stesso Irti, v. anche *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, ora in *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, *ibidem*; *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017, spec. p. 19.

¹⁹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017

²⁰ Sulla sua lettura dell'ontologia del comprendere di Heidegger, v. ad es. G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., § 12 II), p. 247 ss. nonché Id., *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 127 e 149 ss., ove si legge: "Heidegger è pensatore che per tutta la vita ha fissato lo sguardo sul problema dell'essere, ma ribaltando la tradizione: sorpassato l'io astratto di stampo cartesiano, ha fatto irruzione nella *Vita* puntando proprio sul soggetto che si pone il problema dell'essere, l'uomo, che chiama *Da-sein*, *Esser-ci*, esaltando il suffisso *ci*, a indicare ciò che noi stessi siamo, *qui*, avvolti dall'esistenza, nella temporalità e nella finitudine". Su ciò, v. D.M. CANANZI, *L'ermeneutica oggettività del diritto. Nota su G. Benedetti Oggettività esistenziale dell'interpretazione*. Studi su ermeneutica e diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 2015, p. 183. Dei numerosi lavori di questo autore su tematiche ermeneutiche ques'ultimo, v. ad es. *Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto*, vol. 2, Giappichelli, Torino 2016.

²¹ Si tratta, dunque, per richiamare le parole utilizzate da Cananzi proprio a proposito di Benedetti, di "andare avanti, verso la nuova giuridicità che non vuole arrendersi alla liquidità come paradigma (dal pensiero debole al pensiero liquido) e non vuole solo ripetere una dogmatica ingenua, oramai inattuale e inattuizzabile" (ivi, pp. 188-189).



ad unum, sarà anzitutto un ordine plurale (capace di tenere insieme le identità nel rispetto delle differenze) e mobile (sensibile alla stessa realtà che ordina). L'ordinamento, non più protetto dalle mura della validità kelseniana, è destinato ad aprire le porte alla realtà mutevole dei fatti e dunque a rideclinarsi e riformarsi nel corso del tempo²².

Affiora, così, un altro profilo sotto il quale il giurista che cerca la via di uscita dallo spaesamento si imbatte nell'ermeneutica: il tempo²³. È proprio la filosofia ermeneutica a riconciliare l'uomo con la sua storicità, congedando lo stato di natura come fittizio *dies a quo* dal quale istituire l'ordine. L'interprete è collocato in una storia, costituisce la sua identità a partire dall'ascolto della tradizione, naturalmente una tradizione che chiede non supina obbedienza, ma continua rilettura e riscrittura. L'ermeneutica insegna che, se un ordine vuole ricostruirsi dopo la perdita delle antiche certezze, questo dovrà essere sensibile alla storia - ai linguaggi, alle identità, alle tradizioni - e insieme capace di comporre le differenze, facendole dialogare²⁴.

Non è forse un caso che il filosofo che per primo ha dato compiuta identità all'ermeneutica filosofica, Hans-Georg Gadamer, si sia mostrato così attento alla questione dell'identità europea²⁵.

²² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., cap. II, p. 33 ss.

²³ Sulla lettura della temporalità heideggeriana fornita da Benedetti e sulla nozione di contemporaneità del giurista e in particolare del civilista, v. G. VETTORI, *Effettività tra legge e giustizia*, cit., II § 2.1.

²⁴ Il che non esclude che, in certe sue declinazioni, la stessa ermeneutica possa avere derive nichilistiche. V. ad es. G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 4 ss. e P.L. MONATERI, "Correct our watches by the public clock". *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida-G. Vattimo, *Diritto, giustizia e interpretazione*, Annuario filosofico europeo, Laterza, Roma-Bari 1998, ad es. p. 204. Su ciò, in senso critico, v. F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2007, p. 123 ss.

²⁵ Un passo per tutti: "Dobbiamo imparare a pensare ecumenicamente. Non è appunto soltanto la varietà dell'Europa a volersi associare, forse, in un'unità. È l'umanità su questo globo che lo deve fare per imparare a vivere l'uno con l'altro e per differire così, forse, l'autoannientamento, o per evitarlo addirittura attraverso una costituzione mondiale" (H.G. GADAMER, *Europa e l'Oikoumene* [1993], in Id., *Ermeneutica. Uno sguardo retrospettivo*, Bompiani, Milano 2006, p. 533). E ancora: "Più urgente che mai è divenuto però il compito d'imparare a riconoscere nell'Altro e nell'alterità ciò che è in comune. Nel nostro mondo che si fa sempre più strettamente accalato s'incontrano culture, religioni, costumi, valutazioni profondamente diversi. [...] Lo stesso vale al cospetto della molteplicità di lingue. Anche qui, nell'ambito dell'attuazione pensante della nostra esistenza, siamo messi a confronto con la molteplicità delle altre lingue [...]. Anche qui dovremo prendere in custodia persino nel pensiero il concetto il colloquio tra le lingue e tra le possibilità d'intesa che sono insite in tutte le lingue. La scienza dell'uomo in tutta la sua varietà diviene un compito morale e filosofico per tutti" (H.G. GADAMER, *Cittadini di due mondi* [1985], in *Ermeneutica. Uno sguardo retro-*

4. L'identità plurale del diritto europeo.

La logica del *multiversum* – Benedetti cita finanche il *logos* eracliteo che tiene insieme il molteplice - rileva per il giurista europeo sotto diversi profili. Il diritto europeo, infatti, scavalca non solo il primato dello Stato, ma la stessa logica della sovranità, perché prodotto da attori diversi e in forme diverse. E anche quando sembra calato dall'alto – direttiva, regolamento, *soft law* – nasce spesso da procedure di consultazione degli interessati e ha comunque bisogno, per acquisire il suo autentico significato, di sedimentarsi e via via correggersi nell'interpretazione e nell'applicazione²⁶.

La lezione del (fallito) progetto di Costituzione europea è chiara: il processo di armonizzazione del diritto degli Stati membri non può riprodurre la logica ordinatrice della sovranità moderna. Esso non ha alle spalle un'identità collettiva conchiusa - ammesso che ne esistano - ma si forma andando alla ricerca di un'integrazione tra tradizioni giuridiche e ordinamenti diversi. Se il diritto statale moderno costruiva l'ordine secondo un modello astratto di ingegneria politica, il diritto europeo postmoderno segue un modello evolutivo, per prove ed errori, convive con la condivisione del potere e con l'incertezza circa tempi e modi di realizzazione del proprio progetto.

D'altronde, precisa Benedetti, la formazione del diritto europeo "non è fenomeno che si risolve esclusivamente in una dimensione positiva", ma deve presentarsi come "atteggiamento di una cultura giuridica" grazie al quale i giuristi "acquisiranno mentalità e strumenti concettuali" e "conosceranno soluzioni normative e tecniche disciplinari" dai quali nascerà "un patrimonio culturale" che "interagirà immediatamente sul terreno applicativo indicando ai giudici lacune" da colmare e "consentirà ai giuristi di esprimere, con sufficiente anticipo e adeguata forza di convincimento, soluzioni di cui il legislatore non potrà non tenere conto"²⁷.

Ecco che il giurista europeo può trovare nell'ermeneutica un valido supporto, ma non più

spettivo, cit., p. 465). In generale rilevanti sul tema sono tutti i saggi raccolti in *L'eredità dell'Europa* [1989], Einaudi, Torino 1997, a proposito dei quali l'autore ebbe a scrivere: "Nel mio libro l'eredità dell'Europa ho già messo in evidenza come l'autentico motivo della civiltà europea e la sua grande eredità civile e culturale consista proprio in questo senso della tolleranza [...] e tutto questo non sulla base del semplice rifiuto delle religioni o delle diverse tradizioni culturali, ma del senso della propria forza e dell'eccellenza della propria identità culturale" (H.G. GADAMER, *L'ultimo dio. Un dialogo con Riccardo Dottori*, Meltemi, Roma 2002).

²⁶ Su ciò v. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 254 ss. e *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007, p. 154 ss.

²⁷ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 79-80.

tanto nell'ontologia del comprendere, quanto nel suo farsi filosofia della pratica, che individua la virtù per eccellenza nella *phronesis*, quella saggezza pratica che non ha a che fare solo con regole, ma è capace di valutare volta per volta la decisione più conveniente, offrendone adeguata motivazione. La ragione ermeneutica come ragione pratica offre un ambiente favorevole per la ricerca di soluzioni per il caso concreto e di argomentazioni secondo criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità.

Certo l'itinerario ermeneutico ha bisogno di un corretto orientamento. E la bussola, che il giurista deve utilizzare in assenza degli abituali punti di riferimento, è rappresentata anzitutto dai principi²⁸.

5. La bussola dei principi e l'ermeneutica delle buone ragioni.

Proprio perché, nel diritto, alla decostruzione non può seguire il deserto di senso, dunque alla perdita di certezza non può seguire l'abbandono della decisione ad un giudice-re, assumono particolare importanza gli sforzi della dottrina intesi a ricomporre un quadro di principi per quanto possibile organico e coerente²⁹. Perse le certezze, il diritto ha comunque bisogno di punti di riferimento ragionevolmente stabili³⁰.

Certo, se regole, diritti, tutele vanno ricercati in un sistema plurale di fonti in cui giocano un ruolo decisivo i principi³¹, di tali principi va anzitutto evitato l'abuso. Ed è proprio qui che il giurista ritorna a dialogare con la filosofia, con quella filosofia che, sulla scia di una tradizione che va da Aristotele alla *nouvelle rhétorique* fino all'ermeneutica e oltre, intende il *logos* non solo come *supremo principio di ragione* in senso metafisico, ma come discorso di

ragione, come parola che vuole convincere sulla base di *buone ragioni*³², come argomentazione addotta a sostegno motivazionale delle decisioni e per ciò esposta a controllo, confutazione, censura.

Un tale controllo sul ragionamento pratico, dunque, non potrà più concentrarsi solo sulla sussumibilità del caso nello schema astratto. E di ciò la dottrina sembra ben avvertita, come testimoniato da studiosi formati proprio alla Scuola di Giuseppe Benedetti. A giudizio di Vettori, ad esempio, gli antidoti contro l'abuso dei principi ci sono e vanno individuati anzitutto nel fatto e nell'argomentazione. La ricostruzione puntuale ed esatta della fattispecie concreta, infatti, indica subito i termini entro cui deve articolarsi la risposta al problema di vita³³. Spetta poi alla tecnica argomentativa di giustificare il corretto utilizzo di regole e principi³⁴.

D'altronde i principi non hanno solo una funzione suppletiva, integrativa e correttiva, ma anche nomogenetica in un sistema di fonti che, scrive Addis, impone "anche a soggetti diversi dal legislatore, il compito di enucleare quello che il legislatore non riesce più a fare in via esclusiva"³⁵. Il che impone una solida costruzione della decisione con argomenti coerenti con le "attese collettive che rendono democratico ciò che altrimenti dovrebbe di per sé essere considerato privo di legittimazione"³⁶. Ché poi, a ben vedere, persino il positivista Santoro, lo ricorda proprio Vettori, era infine giunto a riconoscere che "il fatto sorretto dal consenso generale, fa legge"³⁷.

Certo, in questo "consenso che fa la legge" potrebbe annidarsi il pericolo di un volontarismo del

²⁸ Su incertezza e ragionamento per principi, v. il bel libro di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017, ad es. p. 15 ss.

²⁹ Il dibattito in tema, com'è noto, è molto ampio. Sulla definizione dei principi, sulla distinzione rispetto alle regole e sull'uso dei principi nel ragionamento giuridico, v. per tutti G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 51 ss. e G. VETTORI, *Effettività tra legge e giustizia*, cit., Premessa, § 7.

³⁰ Emblematico in tal senso il monumentale lavoro svolto da Norbert Reich al fine di individuare i *General Principles of EU Civil Law*, traendoli ora dalle fonti legislative dell'Unione ora dalle pronunce della Corte di giustizia. Di qui l'indicazione ed approfondita trattazione di sette principi - *Framed autonomy, Protection of the Weaker Party in consumer and employment law, Non discrimination and equality, Effective legal protection, Balancing opposing interests, Proportionality, Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights* - "based on the Charter, which guide interpretation, gap-filling, and legality analysis of EU law" (p. 214).

³¹ G. VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 15.

³² "Buone ragioni" la cui declinazione trae spunto dalla retorica novecentesca, ma, anche grazie all'ambientazione ermeneutica, finisce per arricchire e superare la stessa nozione perelmaniana di persuasione e di uditorio universale. Su ciò, v. C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* [1976], Giuffrè, Milano 1979, parte seconda, p. 157 ss. Le buone ragioni della retorica perelmaniana svolgono un ruolo importante anche nella teoria dell'argomentazione di Tullio Ascarelli, come mostrato da C. CAMARDI, in *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile", vol. 1/2020 p. 3.

³³ G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Persona e Mercato*, 2016, § 5-6, p. 137 ss.

³⁴ Pur da una prospettiva di tipo analitico, opportunamente Velluzzi scrive che proprio perché "la discrezionalità è, nell'attività giudiziale, presente e ineliminabile", "ciò impone la vigilanza, il controllo sul decisore e sulla decisione" (V. VELLUZZI, *Giudizio*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma 2015, p. 267).

³⁵ F. ADDIS, *Sulla distinzione tra regole e principi*, in "Europa e diritto privato", 4, 2016, p. 1043.

³⁶ Ivi, pp. 1053-1054.

³⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Giuffrè, Milano 1982, p. 1455-1458.



decisore, tiranno dei valori, privo di legittimazione democratica. Ma proprio qui l'ermeneutica può fare la differenza: un'ermeneutica che dall'ontologia passa alla filosofia del ragionamento pratico e non a caso valorizza la retorica, intesa non come eristica, bensì come scienza delle buone ragioni³⁸, può davvero costituire per il processo cognitivo e decisionale del giurista una diga efficace rispetto al flusso incontrollato dei valori.

Nel far ciò, peraltro, l'ermeneutica svela anche il suo profilo etico. L'interprete, infatti, è chiamato non solo al rigore logico-argomentativo nel mostrare il prescelto equilibrio tra regole, principi e precedenti nel processo di formazione della regola per il caso concreto, ma deve essere mosso – per dirla con uno dei maestri di Benedetti – da una particolare disposizione dello spirito connotata da abnegazione di sé, apertura mentale e fraterna *pietas*³⁹.

È anzitutto questa la grande, indimenticata lezione di Giuseppe Benedetti: la fraternità e l'apertura mentale ispirino il nostro lavoro di giuristi e la nostra vita di cittadini europei.

³⁸ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 70 ss. e 90 ss. Sul ritorno della retorica nella teoria dell'interpretazione più recente, e *pluribus* v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 2012, II ed., p. 205 ss.

³⁹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* [1955], Giuffrè, Milano 1990, vol. I, p. 270 ss.



LA CONTEMPORANEITÀ DEL CIVILISTA. UN SAGGIO DI GIUSEPPE BENEDETTI SULLA SCIENZA DEL DIRITTO CIVILE

Di Carmelita Camardi

| 21

SOMMARIO: 1. *La contemporaneità del civilista.* - 2. *Il superamento colto del positivismo e il tema della giustizia.* - 3. *Il confronto con Tullio Ascarelli.* - 4. *Il diritto come “penultimo”.* - 5. *L’Eclissi del diritto civile.* - 6. *Il Ritorno al diritto.* - 7. *La dimensione etica come scelta epistemologica dell’ermeneutica.*

ABSTRACT. *Muovendo dall’analisi di un suo celebre saggio, lo scritto commenta la riflessione di Giuseppe Benedetti sulla “contemporaneità del civilista”. Emerge con forza la figura dell’interprete, il quale non può più limitarsi a dare un significato alla legge, ma è oggi chiamato ad un’attività di “mediazione” tra il dato positivo e la società alla costante ricerca della soluzione rigorosa, adeguata e “giusta” dei problemi pratici del mondo.*

Starting from the analysis of one of his famous essays, this contribution comments on Giuseppe Benedetti's reflection on the “Contemporaneity of the civil lawyer”. Particular attention is given to the figure of the interpreter, who can no longer limit himself to give a meaning to regulatory provisions, but is now called to an activity of “mediation” between the written rules and society aimed at the constant search for rigorous, adequate and “right” solutions to practical problems.



1. La contemporaneità del civilista.

| 22

La contemporaneità del civilista. Un saggio di Giuseppe Benedetti sulla scienza del diritto civile (Carmelita Camardi)

Il saggio di Giuseppe Benedetti al quale sono dedicate le brevi riflessioni che seguono è stato pubblicato in occasione della raccolta degli Atti di un Convegno¹ celebrato a Messina nel 2002 in onore di Angelo Falzea, e si dispiega diffusamente lungo una serie di riflessioni storiche, teoriche e metodologiche che ad oggi, a quasi vent'anni dalla sua elaborazione e a poco più di un anno dalla scomparsa del Maestro, appaiono come un affresco del Suo pensiero e della Sua persona. Si tratta di un saggio forse poco conosciuto presso il largo pubblico, e rispetto al quale perciò credo che la prima riflessione da fare sia quella di intendere e comunicare con la maggior attenzione possibile cosa Benedetti intendesse quando parlava di *contemporaneità del civilista*.

Chiunque abbia conosciuto la Sua sensibilità ed il Suo continuo cercare non solo referenti ma più precisamente *fondamenti* filosofici del suo pensiero di giurista, può facilmente immaginare che il ricorso a questo ambiguo e polisemico concetto nasconda – o metta in luce – un intento specifico, dunque né genericamente culturale, né genericamente storico, e nemmeno genericamente giuridico. Tutto al contrario, infatti, Benedetti intende trattare da giurista – ancora una volta – la peculiarità del tema dell'interpretazione, e nemmeno soltanto il tema dell'interpretazione della legge (con il quale sempre si è confrontato anche quando non lo ha esplicitamente rivelato), ma il tema *tout court* dell'interpretazione per come affrontato, impostato e vissuto dalla prospettiva del giurista. Specola, questa, che non lo allontana dall'oggetto specifico della sua conoscenza (il diritto per l'appunto), ma gli permette di considerare quello stesso oggetto come oggetto di un processo di conoscenza più ampio, che include e comprende il tempo storico.

Non è un caso che alla pagina 1234 Benedetti in poche righe si affidi ad un argomento linguistico-filologico per definire la posizione dell'interprete come “mediatore” (*inter-pretium*) “tra legge e società”. Un compito che non si esaurisce solo nel dare un significato alla norma di legge per trovare la

regola del caso, ma implica la comprensione del proprio tempo storico attraverso il suo sistema culturale (la struttura del sapere giuridico) e in questo senso realizza quell'abitare la *con-temporaneità* – quell'essere con il tempo e nel tempo – che dà senso e contenuto all'interpretazione.

Sono dichiarate le ascendenze filosofiche di questo atteggiamento culturale di Benedetti, svelate nei frequenti richiami di Heidegger (la temporalità come essenza stessa, carattere costitutivo della vita umana e quest'ultima come finitudine) e dell'idea dell'esistenza come processo di comprensione del mondo a partire dal soggetto e nel tempo, dove gli oggetti non esistono a prescindere dal soggetto².

Ma è altrettanto chiaro l'intento di continuare a muoversi entro questa cornice filosofica *da giurista*, con il prevalente obiettivo di dare forma alla comprensione del mondo da parte del civilista³, e perciò nella prospettiva eminentemente epistemologica del metodo giuridico.

Ed allora, ecco tornare in campo la scienza del diritto civile nella “prestruttura” euristica della comprensione del proprio tempo, dove per l'appunto la prassi civilistica si offre sì come interpretazione del testo di legge, ma di un testo costantemente rinnovato per effetto della comprensione del con-testo, ed in tal modo reso funzionale alla soluzione *giusta* dei problemi pratici del mondo. Ma in questa cornice, e ciò rappresenta un chiarimento essenziale nel pensiero di Benedetti, *anche* il diritto viene visto in quanto “calato nella dimensione del divenire della storia”⁴, il che restituisce nella prospettiva della epistemologia giuridica quella immagine di una realtà oggetto di conoscenza *a partire* dal soggetto che la interpreta: l'immagine cioè del circolo ermeneutico.

Tanto basta per abbandonare il terreno per me più impervio dei riferimenti filosofici e passare ad illustrare invece il guadagno che Benedetti ha inteso attribuire alla scienza civilistica, quando ne ha preso in considerazione in quella prospettiva il suo strumentario concettuale e conoscitivo: cioè la dogmatica.

(*) Il presente contributo restituisce l'intervento al Convegno “Dalla dogmatica all'ermeneutica. Il percorso di Giuseppe Benedetti”, che si sarebbe pronunciato a Roma La Sapienza, il 6 marzo 2020. Se ne è voluto conservare il carattere agile, colloquiale e commemorativo, pensato per l'Incontro tra gli allievi e coloro i quali, come chi scrive, hanno avuto la fortuna di conoscere e frequentare Peppino Benedetti.

¹ *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano 2004, p. 1229.

² Nel saggio di cui discutiamo i richiami di Martin Heidegger si trovano sparsi qui e là, ad esempio alle pagine 1257, 1268 ss., ma la frequentazione del pensiero del filosofo tedesco da parte di Benedetti è più strutturata. La si trova invero nel volume del Maestro che raccoglie i Suoi studi su Ermeneutica e diritto degli ultimi 25 - 30 anni, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, in particolare nel saggio *Epistemologia e ontologia ermeneutica. È questione di tre “E”*, p.135; ed in quello finale, *Epilogo*, p.241.

³ *La contemporaneità del civilista*, cit., p.1236.

⁴ *La contemporaneità del civilista*, cit. p.1235.



2. Il superamento colto del positivismo e il tema della giustizia.

Se si vuole misurare la cifra del contributo di Benedetti allo sviluppo del diritto civile, nella contemporaneità della sua riflessione, occorre dunque partire dal contesto nel quale la scienza civilistica versava all'epoca della Sua –per così dire- prima maturità, quando le mitiche “Dottrine” del suo maestro, Francesco Santoro Passarelli, restituivano un quadro indiscusso del diritto civile all'insegna del più convinto positivismo giuridico. La conseguente neutralità dell'interpretazione, con la sua funzione di mera lettura di un testo oggettivamente dato e oggettivamente significante, aveva la meglio sull'insegnamento antitetico che da altra aula della Sapienza Emilio Betti diffondeva con singolare scientificità e raffinato approfondimento, largamente ispirandosi ai paradigmi ermeneutici di Schleiermacher e costruendo l'itinerario interpretativo come *inversione* del processo creativo della norma, nel quale l'interprete si immerge operando l'inevitabile ripensamento soggettivo, o trasposizione, dell'iter genetico della norma medesima⁵.

Il percorso di Benedetti si traccia dunque sul superamento colto del positivismo, quale opposto metodologico e storico della *contemporaneità*, da intendersi come “condizione” in un certo senso *esistenziale* che esibisce a questo punto la sua duplice connotazione.

Innanzitutto la tendenza ad osservare costantemente l'orizzonte sociale profondo delle relazioni umane, cogliendone tutti i mutamenti.

E poi la ricerca di una *giustizia* della soluzione giuridica, che nulla ha di definitivo o metafisico e perciò di *intollerabile* in un'epoca di conclamata secolarizzazione, perchè altro non è se non la tensione ovvero -come Egli scrive- la “*condizione di possibilità*” di impostare il problema del diritto in

termini di giustizia”⁶. O ancora, chiarisce più avanti, l'idea per cui “Diritto e giustizia non sono a disposizione del legislatore”⁷.

Nel riproporre in tali termini il tema della giustizia, su presupposti al tempo stesso un po' filosofici e un po' storici, Benedetti gioca una doppia partita culturale. Quella intesa a risvegliare il giurista dal sonno dogmatico di un positivismo neutrale e astorico⁸. E quella intesa ad impedire che il risveglio dalle certezze positivistiche consegnasse tuttavia il giurista al vuoto di valori e di orizzonti conseguente al distacco dalla metafisica.

Ma su questo punto comunque Benedetti non ha dubbi, e la sua coscienza lo porta dritto a proclamare la necessità che il giurista asseondi uno statuto epistemologico del suo sapere che si riconosca e si identifichi attraverso il tema della giustizia: altrimenti, in cosa il diritto e la sua pretesa di ordine si distinguerebbero dalla politica, o dalla forza bruta?⁹

Ma non è tutto. La contrarietà al nichilismo, quale anticamera possibile dell'arbitrio e della tirannia, non può essere proclamata più nettamente di così. A giustificarlo, infatti, non possono servire l'abbandono della metafisica tradizionale (del trascendente assoluto), né il fascino della mera affabulazione, né la ricerca delle “piccole verità”, realizzate con le più persuasive argomentazioni, foriere di un relativismo etico il quale, nella costante elusione della questione prima della “verità”, finisce piuttosto per attualizzare il rischio di una consegna del diritto alla pura forza del potere¹⁰.

Con il superamento del positivismo, dunque, Benedetti mette in atto anche il contrasto del nichilismo e del relativismo. E si propone la fondazione di una scienza civilistica che accoglie la dimensione della *complessità* e del *pluralismo* come fertile terreno per sviluppare la contemporaneità nel senso della giustizia storica del diritto.

Non ci sono in questo e in altri scritti di Benedetti più esplicitamente dedicati al tema della contemporaneità applicazioni specifiche, o esempi, attraverso i quali dimostrare il diverso esito interpretativo di questa epistemologia rispetto ad altre¹¹.

⁵ In questa sede è sufficiente il rinvio a E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948*, ora in *Riv. Italiana scienze giuridiche*, 5, 2014 p.11. Ma sono intense le pagine che Benedetti ha dedicato al pensiero di Emilio Betti nei saggi ora pubblicati nel volume citato in nota 2. Si vedano in particolare *Ermeneutica. Epistemologia e ontologia*, p.85 e *La vocazione filosofica dell'ermeneutica e la teoria generale dell'interpretazione*, ibidem, p.103. In quest'ultimo saggio, Benedetti prende posizione sulla nota polemica Betti- Gadamer sul ruolo della precomprensione (metodologico/ontologico), discostandosi dalla celebre lettura di L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p.59, e ricostruendo la polemica nella chiave della bettiana dialettica interpretativa tra l'esigenza di oggettività dell'interpretazione e l'imprescindibile soggettività dell'interprete, che è *condizione della possibilità stessa dell'interpretazione* (E. BETTI, *Le categorie civilistiche*, cit. p.29) (G. BENEDETTI, *La vocazione filosofica*, cit., p.118 ss.).

⁶La contemporaneità del civilista, cit., p.1246.

⁷ Così, *dialogando con Angelo Bolaffi*, a p.1255.

⁸ G. BENEDETTI, *La cultura del civilista al “risveglio dal sonno dogmatico”*, in *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. 3 ss.

⁹ *La contemporaneità del civilista*, cit., p.1247 ss.

¹⁰ *La contemporaneità del civilista*, cit., p.1244 ss., e qui Benedetti apre il suo dialogo con Gianni Vattimo e il “pensiero debole”.

¹¹ Il riferimento è ad alcuni saggi pubblicati in questa rivista, precisamente: *Fattispecie e altre figure di certezza*, ivi, 2015, 3, p. 67; *Ritorno al diritto ed ermeneutica dell'effettività*, ibidem, 2017, p.3; *Eclissi del diritto civile e fenomenologia dell'attesa*, ibidem, 2016, 3.



Egli non si occupa più di singoli istituti, né prende parte a taluni dei più accesi dibattiti nei quali si è di recente consumato il contrasto tra interpretazioni “di giustizia” e letture positivistiche delle norme (sto pensando ad esempio al tema della eccessività della caparra confirmatoria). Gli preme piuttosto tracciare sentieri, valutare posizioni, ripercorrere itinerari di pensiero del passato prossimo, e ricostruire così una linea o alcuni legami con quelle dottrine che ritiene essere stati una premessa o una anticipazione del suo approccio contemporaneo alla scienza civilistica. Insomma, creare e attraversare una *comunità interpretante*, all’interno della quale misurare il discorso giuridico in tutti i suoi volti.

Solo alla fine, un’applicazione della sua metodologia alla questione generalissima del Diritto europeo fornisce una testimonianza di quei guadagni teorico-pratici di cui prima si faceva menzione¹².

Ed allora, può essere utile riportare taluni di questi percorsi con i quali Benedetti si confronta con altre letture, se si vuole con altre *contemporaneità*, perché come sempre –e secondo il Suo insegnamento–attraverso il dialogo si perfezionano le identità e le differenze e si dà un non secondario contributo di chiarezza a chi, ad esempio i più giovani, si accosta alla scienza del diritto civile e vuole coglierne la ricchezza ed insieme il senso della pluralistica offerta di opzioni di ricerca.

3. Il confronto con Tullio Ascarelli.

Comincerei allora da uno dei più profondi e appassionati di questi confronti, quello con Tullio Ascarelli, rispetto al quale una recente ammirevole iniziativa senese, non solo convegnoistica, mi facilita la strada espositiva¹³.

Ebbene, comincerei con il dire che mentre in Benedetti le ascendenze filosofiche ed epistemologiche sono spesso –come in Betti– richiamate nella comprensibile aspirazione di costruire l’autonomia della scienza giuridica nel solco di una cultura più ampia del sapere scientifico; il pensiero di Tullio

Ascarelli, consegnato nella molteplicità apparentemente ripetitiva dei Saggi, dei Problemi e degli Studi, sviluppa la sua originalità senza che venga dichiarata una precisa paternità del suo pensiero. Anzi, come si legge nel pregevolissimo contributo di Bobbio scritto all’indomani della sua scomparsa¹⁴, Ascarelli era solito estrarre dalla letteratura non solo giuridica tutto quanto potesse risultare utile a definire la sua idea dell’interpretazione storicistica e creativa, radicalizzata fino al punto di consegnare all’interprete il compito di far parlare un diritto altrimenti muto: “ogni legge è alla fine quale interpretata” e *il diritto è ciò che significa*¹⁵, quale l’interprete ha argomentato che sia, facendo valere le sue esigenze e convinzioni, così *ponendo lui* le norme. In tal modo, peraltro, Ascarelli non esprimeva alcuna professione di metodo, limitandosi a dichiarare che la sua opera consisteva nel descrivere *cosa l’interprete fa*, bene o male che sia in qualunque sistema, e ponendosi rispetto a tanto nel ruolo di osservatore critico: una sorta di *ontologia dell’ordinamento giuridico*, costruita sull’essere quest’ultimo nient’altro che la sua interpretazione¹⁶.

Ora, se pur questo atteggiamento radicalmente liberale, spinto fino al punto da rifiutare qualunque dichiarata opzione di scuola, restituisce del geniale giurista un’immagine non sovrapponibile a quella di Benedetti, tuttavia alcuni “pensieri” di Ascarelli consegnati nel celeberrimo “Antigone e Porzia” a proposito della “giustizia” e del porsi l’interpretazione come veicolo per realizzarla, non potevano non attirare le riflessioni di Benedetti. E creare l’occasione per chiarire altri concetti di rilevanza non secondaria nel Suo pensiero.

Ebbene, il confronto parte dal modo in cui Ascarelli supera e introietta nella sua dottrina il tema del diritto naturale, dai più ricondotto nella posizione di Antigone rispetto a quella di Creonte. Ma si tratta di una lettura semplicistica, che approda ad una contrapposizione tra diritto scritto e diritto non scritto (*naturale*) che Ascarelli rifiutava, o comunque non riteneva come tale sufficiente, convinto come era del fatto che tale contrapposizione fosse (non l’esito dell’interferenza di due ordinamenti, ma) il simbolo di una tensione permanente o di permanenti esigenze del sistema giuridico che si realizzano attraverso il suo continuo superamento e rinnovamento (ad opera dell’interprete), quando si pone il problema del suo essere “giusto”, cioè “adeguato”. “L’equità

¹² Sul punto, G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo*, in *Oggettività esistenziale*, cit., p.223; ma vedi anche G. VETTORI, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto europeo*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 83; ID., *Giuseppe Benedetti, maestro di ragione e verità*, ibidem, 2019, 2, p.45; ID., *Dalla dogmatica all’ermeneutica critica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, p. 1203, in memoria del Maestro; A. PUNZI, *Giuseppe Benedetti e lo stile ermeneutico del giurista europeo*, 2019, inedito, pronunciato a Firenze, il 13 settembre 2019, e letto per la cortesia dell’Autore.

¹³ Mi riferisco al Convegno di studi “Ascarelli civilista”, svoltosi a Siena il 3-4 ottobre 2019. La relazione presentata da chi scrive, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell’interpretazione di Tullio Ascarelli*, è in corso di pubblicazione nella *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2020.

¹⁴ N. BOBBIO, *L’itinerario giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, I, pp. LXXXVII ss.

¹⁵ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1953, p.12.

¹⁶ T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, 2018, pp. 62, 64, 65





non è tanto la giustizia del caso concreto o l'attenuazione delle rigorose conseguenze del principio date le peculiarità del caso, *quanto l'affermazione ... di un principio nuovo e diverso che, dapprima applicato singolarmente, può successivamente ricevere applicazione generale*¹⁷. Ciò che spiega in fondo l'accostamento altrimenti meno comprensibile di Antigone e Porzia, diverse, ma entrambe eroine dell'interpretazione giuridica, che diventano *simboli* della creatività e storicità dell'opera dell'interprete nella confezione della *giusta* regola del caso; attività creativa nella quale dunque il diritto naturale assume il significato di una metafora che rappresenta l'esigenza storica del perenne rinnovamento del diritto.

Nel riproporre questo aspetto del pensiero ascarelliano, Benedetti compie un'operazione singolare: quella di rileggere lo storicismo nel quale si realizza il rinnovamento perenne del diritto alla stregua del diritto naturale –come sopra inteso- nella chiave della *secolarizzazione* e della *temporalità*: concetti che nella Sua prospettiva alimentano entrambi in punto teorico l'opzione ermeneutica.

Egli scrive dunque che Ascarelli riporta tutto il gioco dialettico all'uomo, ed esclude la dimensione dell'extra umano, ed in ciò vede una convergenza con l'idea della secolarizzazione come abbandono del sacro e del trascendente¹⁸. Ma poiché Ascarelli, così facendo, risolve in realtà il diritto esattamente nel processo del suo divenire ad opera dell'interpretazione, nel suo pensiero sarebbe meno percepibile quell'aspetto della secolarizzazione che investe di sé il diritto come diritto positivo e formale: cioè diritto scritto, calato in una dimensione istituzionale pressochè coincidente con l'apparato dello Stato, dimensione che non trovava certo la prevalente attenzione di Ascarelli.

Ed allora, posta questa duplicità del processo di secolarizzazione, al pensiero di Ascarelli sarebbe più consona la dimensione della *temporalità* nella quale meglio si inserisce il carattere etico-storicistico dell'interpretazione creativa.

Così, con questa operazione apparentemente solo speculativa Benedetti ha guadagnato maggior chiarezza di pensiero, riconoscendo al positivismo il suo ruolo storico istituzionale nel processo di secolarizzazione, ma ri-confinandolo a questo ruolo nell'ambito di quello che –nel nome di una giustizia *realmente terrena*- è il processo di restituzione dell'interpretazione del diritto non solo all'uomo, ma soprattutto al tempo storico degli uomini.

Ed in ciò la *contemporaneità* di Ascarelli rispetto al suo tempo emerge in tutta la sua pienezza, ben al di fuori di quelle istanze attraverso cui oggi si esprime ancora la secolarizzazione della giustizia, attraverso la moltiplicazione delle Carte e delle Corti, rispetto alle quali Benedetti nutre una fiducia¹⁹ non superiore a quella che ripone invece “ascarellianamente parlando” nella vigile coscienza del giurista; cioè nel suo spirito di giustizia al momento della valutazione della norma positiva alla stregua di un criterio etico²⁰.

Ma vi è di più. L'aver sottratto al positivismo il monopolio della giustizia –e proprio della giustizia terrena!- per restituirlo alla pienezza storica del processo interpretativo, permette anche di aprire la strada alla soluzione di un altro problema, sull'onda del quale Benedetti incontra altre figure di maestri e interpreti della contemporaneità del civilista, dialogando con i quali definisce ancor meglio i confini del positivismo.

Il tema è ancora quello simboleggiato dal dramma di Antigone, riproposto però alla luce degli eventi tragici della seconda guerra mondiale e di quello che vien chiamato “l'orrore mascherato da diritto”²¹, espressione che perfino i più positivisti artefici della codificazione non potevano non riferire alle leggi scritte con le quali il puro arbitrio e la pura forza prevalevano su quell'idea minima di giustizia senza la quale la norma positiva diventa *intollerabile*.

Qui avrebbe miglior gioco, che non nella speciale prospettiva ascarelliana, chi volesse risvegliare un'idea di diritto naturale in grado di resistere alla secolarizzazione del diritto e al primato della legge scritta. E tuttavia Benedetti non rinuncia a mettere in campo, anche qui, l'orizzonte temporale come condizione della comprensione del senso della propria storia, e preferisce –sempre in sintonia con il pensiero del Suo tempo- far transitare il diritto naturale dall'immota astoricità dello stato di natura alla dimensione viva dello “stato di cultura”²². La linea di intollerabilità è così posta sul riconoscimento dei Diritti fondamentali dell'uomo, inalienabili, imprescrittibili, sottratti alla sovranità degli uomini e degli Stati, garantiti dalla comunità internazionale, e ciononostante non “naturali”. In tal senso l'imprescrittibilità, come misura tecnica del tempo, è per Benedetti la traduzione dell'eternità giusnaturalistica nell'orizzonte della temporalità storica²³.

¹⁷ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 63.

¹⁸ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1265.

¹⁹ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1267.

²⁰ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1264.

²¹ E qui il riferimento è alla nota “formula Radbruch”, letta con le parole di Giuliano Vassalli: *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1252 ss.

²² *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1255.

²³ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1256.

Anche questo modo di pensare ai Diritti dell'uomo nei confronti della legge e del diritto è un esempio dell'approccio interpretativo di Giuseppe Benedetti, civilista assertore di una contemporaneità a dimensione storico-epistemologica.

4. Il diritto come “penultimo”.

Ma nemmeno questo è ancora tutto, vi è di più.

Dopo aver circoscritto, dunque, la secolarizzazione positivista alla dimensione della legge scritta ma nei margini della sua storica tollerabilità, contro l'arbitrio del potere che dovesse travalicare i limiti dell'imprescrittibile; e dopo aver comunque esteso la dimensione della giustizia ben oltre le ipotesi di intollerabilità della norma scritta, immergendo l'interpretazione nella *contemporaneità* del giurista rispetto al suo tempo; Benedetti perfeziona l'itinerario del Suo pensiero con una inattesa definizione del diritto, nella sua prospettiva, come “penultimo”. Una definizione inattesa, forse, ma comunque originale, che potrebbe suonare poco comprensibile per chi, positivista convinto, fosse aduso a collocare per ultima proprio la decisione del giurista, per lo meno quando svolge il mestiere di decisore di controversie. Ma nel discorso di Benedetti, che si sviluppa nella circolarità ermeneutica propria della funzione normativa dell'interpretazione, il prima e il dopo, l'ultimo o il penultimo, sono nozioni relative, non gerarchiche e forse nemmeno stabilite una volta per tutte.

Vediamo allora perché il diritto è penultimo e cosa c'è – o potrebbe esserci – prima o dopo.

Il tema è quello del rapporto con l'etica, ovvero della connessione con l'ethos e con i valori, che si realizza principalmente nella dimensione soggettiva dell'interprete, anzi nella soggettività della sua coscienza, allorché l'interprete riproduce in se stesso e nell'attualità della propria vita il processo creativo della norma. E' qui che entrano in gioco la sua storicità e la sua *totalità spirituale*²⁴, cioè i valori etici. Ultimi forse nella necessaria chiusura del circolo e nella formulazione della regola del caso.

Non si tratta qui – ancora una volta – di costruire il diritto oggettivamente come fenomeno di posizione delle regole in relazione ai valori etici che entrano nel suo dover essere, secondo la prospettiva assiologica di Angelo Falzea che Benedetti pure prende ampiamente in considerazione. Quanto piuttosto di riconoscere anche da questa specola valoriale l'apporto dell'interprete, la sua “collaborazione” soggettiva (la sua spiritualità e le sue stesse catego-

rie mentali) quale *condizione della stessa possibilità dell'interpretazione*, inclusa nella relazione tra soggetto conoscente e oggetto conosciuto, e senza pregiudizio dell'autonomia dell'oggetto²⁵.

Il richiamo dei valori etici “ultimi” torna ancor più intenso se il civilista contemporaneo incrocia, nella comprensione critica del proprio tempo, la postmodernità nella prospettiva del nichilismo e della *vis distruttiva* che taluna letteratura attribuisce alla tecnica. Qui il pericolo è più grave: la tecnica esprime una pretesa normativa rivolta a sovrastare lo stesso diritto, nelle sue forme moderne²⁶, e quest'ultimo rischia di perdere la sua autonoma dimensione regolativa.

Anche nel pensiero di chi, come Natalino Irti, è più incline di altri ad accettare il positivismo giuridico e la piena riduzione del diritto alla legge come unica espressione possibile della giuridicità, il dominio della tecnica non passa inosservato. Essa, infatti, potenzia enormemente quella capacità della norma positiva di accogliere e “macinare qualsiasi contenuto”; potenzia cioè quella indifferenza contenutistica, nella quale esitano i nomodotti o procedure produttive di leggi, in ragione della quale la norma può essere piegata a servizio di qualsiasi necessità politica²⁷. La tecnica *dà legge a se stessa* e si erge a giudice della propria applicazione attraverso l'unico metro della sua stessa possibilità, quasi candidandosi come novella *Grundnorm* che tutto per sé reclama²⁸.

Ora, mentre lo stesso Irti si congeda da quest'analisi rendendo comunque omaggio a chi – come Mengoni – già da tempo invocava i valori come necessario antidoto di una legittimità tutta e soltanto intrisa nella legalità; e lascia alle nuove generazioni il diritto di scelta tra una contemporaneità positivista ed una contemporaneità antagonista intrisa di valori²⁹; Benedetti vuole riaffermare, in uno con la responsabilità del giurista, anche la vocazione personalistica ed in tal senso *extrastatuale* del diritto civile³⁰.

La “sua” contemporaneità non si divide, come Irti scriveva, fra quella della Sua generazione (affetta dalla bettiana “malattia” del positivismo)³¹ e quella della successiva generazione dei valori, erede “infedele” del positivismo. Tutto al contrario si ri-

²⁵ Ancora E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1285.

²⁷ N. IRTI, *Nomos e lex (Stato di diritto come stato e la legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, p. 590

²⁸ N. IRTI, *Gli eredi della positività*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 1, 14-15.

²⁹ N. IRTI, *Gli eredi della positività*, cit. p.18.

³⁰ Con evidente riferimento al celebre saggio di F. VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p.481, ne *La contemporaneità*, cit., p.1267..

³¹ N. IRTI, *Gli eredi della positività*, cit. p.13

²⁴ Ed è qui il caso di richiamare ancora E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 31



scopre, proprio in continuità con la prima di quelle generazioni, intrisa di quell'umanesimo o fede nell'uomo capace di ricollocare almeno il diritto civile "sull'uomo – società, anche in un orizzonte transnazionale"³².

Dominio della tecnica e nichilismo richiedono di porre nuovamente la questione del fondamento, la quale assume peraltro nell'era della globalizzazione come dato fortemente problematico quello della perdita di sovranità dei diritti nazionali. La frontiera del civilista, allora, è così nuovamente consegnata, e non solo per un fatto culturale, alla rinnovata extrastatalità del diritto civile, che si presenta con i connotati che siamo adusi analizzare nel diritto privato europeo: per l'appunto transnazionale, con scarsa familiarità con le fattispecie e ampia attenzione per i principi, rimediabile e a-dogmatico, talvolta con fondamento debole. Tutte circostanze che – nella prospettiva di Benedetti – rilanciano l'ermeneutica come dimora elettiva del civilista. Si ridefinisce in questo ambito, a Suo avviso, quella dimensione della solidarietà e del dialogo ideale alla costruzione di un civilista europeo e soprattutto di un diritto privato europeo contemporaneo, capace di lavorare con strumenti adeguati alla nuova dimensione istituzionale.

In una intervista realizzata con Beppe Vettori già nel 2011, Benedetti lanciava queste idee senza timore di distruggere l'armamentario del civilista; anzi, tutto al contrario e con il conforto del filosofo, aderiva all'idea per la quale "il livello di una scienza si misura dall'ampiezza entro cui è capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali"³³. Di qui, la ridefinizione degli strumenti guida dell'interpretazione nell'epoca della crisi della fattispecie e della sussunzione: i principi, i valori, l'argomentazione, la motivazione e l'uso delle buone ragioni, il dialogo con altri ordinamenti, il dialogo con le Corti, e infine un'idea non più di necessaria territorialità, ma di *spazialità* del diritto utile pure a moderare le tendenze burocratiche del legislatore europeo³⁴.

5. L'Eclissi del diritto civile.

Nel suo percorso dialogico con la cultura del diritto civile, Benedetti incontra altre figure, e coglie l'occasione per aggiungere tasselli al mosaico della contemporaneità.

Se si vuol condividere il tema cruciale del diritto privato europeo, l'incontro con *L'Eclissi del diritto*

civile di Carlo Castronovo, e quello con il *Ritorno al diritto* di Paolo Grossi non possono essere trascurati. E non sono di certo secondari.

La metafora dell'eclissi, che il suo A. non a caso si sforza di chiarire nell'incipit della riflessione, vuole descrivere nel pensiero dell'A. il fenomeno della attuale dissolvenza del diritto civile tradizionale, delle sue regole, dei suoi principi e dei suoi "discorsi", in una sorta di antisistema disarticolato e fortemente condizionato dall'operare di una "giurisprudenza creativa" e di una "dottrina remissiva". La metafora lascia immaginare un fenomeno transitorio, passeggero, di oscuramento per l'appunto destinato a lasciare il passo al successivo riposizionamento dei corpi nello spazio. E tuttavia, il lettore che volesse soffermarsi sulla "posizione" dei corpi oscuranti legittimamente potrebbe nutrire qualche dubbio sul paragone, atteso che alcuni di questi "corpi" sembrerebbero esibire una natura tutt'altro transitoria, sicché la sorte del diritto civile sembrerebbe a sua volta tracciata in quella direzione. Così è a dirsi innanzitutto del pluralismo delle fonti e della loro continua interferenza ai diversi livelli nazionale e sovranazionale; ugualmente e conseguentemente è a dirsi anche delle Corti, che operano "in presa diretta" con i principi, la Corte Costituzionale *in primis*, ma soprattutto la Corte di Giustizia e la Corte EDU (con evidente impatto sulla creatività delle Corti ordinarie). Così è a dirsi invero dello stesso diritto europeo, e del suo porsi all'insegna di quel rimediale che dottrine forse non troppo attente alle logiche dei diritti individuali sembrano privilegiare nel nome di una effettività della tutela che – sostiene Castronovo – conferisce alla soluzione adottata nessun altro fondamento che se stessa³⁵. Insomma, tutte le dinamiche asistematiche del diritto europeo, e del suo operare all'insegna del pluralismo e del multilivello, non sembrano esibire la natura di istituzioni *transitoriamente* oscuranti un diritto civile destinato prima o poi a ritrovare la sua luce in un contesto meno giurisdizionalizzato e più intrinsecamente coerente.

Ora, Benedetti percepisce questa preoccupata visione del presente³⁶, se ne inquieta un po', ma non

³⁵ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015. Già il breve prologo annuncia la visione e le preoccupazioni dell'A., poi svolte nei tre capitoli successivi, che rappresentano ciascuno i tre "luoghi" nei quali l'eclissi si manifesta con più evidenza: la Costituzione, la giurisprudenza creativa, il diritto europeo.

³⁶ In "*Eclissi del diritto civile*" e *fenomenologia dell'attesa*, in *Persona e Mercato*, 3, 2016, p.97. E' interessante lo schizzo che il Nostro traccia dell'opera, legando direttamente il Prologo all'Epilogo (Eclissi, cit., p.287), dove un'altra metafora, questa volta letteraria, prospetta l'immagine finale dell'*uno* (il Codice) che si frange nei *centomila* (i diritti inviolabili della Costituzio-

³² *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1292.

³³ G. VETTORI, *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 84, ed il riferimento è al pensiero di M. Heidegger.

³⁴ *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1299.



troppo, e con l'ausilio del suo *background* filosofico prova a rivestire l'affresco di disordine che il libro vorrebbe restituire come effetto di quell'eclissi, con nuove vesti e con nuove prospettive.

Dal paradigma scientifico della (neo)complessità, dove l'unità non esclude gli oposti né la discontinuità, alle virtù proprie dell'ermeneutica come epistemologia che sostituisce alla rigidità del pensiero lineare (nella scienza giuridica: la dogmatica tradizionale) la fecondità di una comprensione delle norme basata sul dialogo tra fonti nella dimensione dell'argomentazione ragionevole e controllabile; Benedetti fa uso di questi strumenti teorici per cercare di rileggere la metafora dell'eclissi come "attesa", come "prestruttura del sistema", raccogliendo quell'indizio del volume nel quale il suo A. promuove la necessità di recuperare la *natura del sistema* che ogni ordinamento possiede come "caratteristica trascendentale"³⁷, che prescinde cioè dalla coscienza o consapevolezza che se ne possa avere nelle varie età della storia e del pensiero.

Pertanto, se un ordinamento non è pensabile senza l'*apriori* del sistema, il sistema contemporaneo non potrà rivivere *oscurandone* la complessità, ma –tutto al contrario- introiettandola nelle sue trame quale arricchimento dell'orizzonte ermeneutico³⁸, dove l'*uno* si costruisce come sintesi di opposti, e non come somma algebrica di parti. Questo infine sembrerebbe essere, o Benedetti vorrebbe che fosse, l'esito dell'analisi spietatamente condotta da Castronovo sull'esperienza del diritto privato europeo, laddove si legge nell'epilogo che, a fronte di un territorio disseminato di "crateri" e di "buchi", riportare l'ordinamento ad una qualche forma di coerenza è diventata una necessità, cui può essere funzionale "un attento recupero della forma giuridica a tutti i livelli, non di una forma aprioristicamente calata su una realtà che allora la rifiuta, ma di una forma critica che sia in grado e senta il dovere di rendere ragione delle proprie ragioni"³⁹.

6. Il Ritorno al diritto.

Non è necessario un tale recupero in chiave positiva di un pensiero "tormentato", come quello di

Castronovo, quando il dialogo si apre, pochi mesi dopo, con il *Ritorno al diritto* di Paolo Grossi⁴⁰.

Tutto quanto nella caustica analisi del giurista positivo suona come elemento di disordine e di rottura, se non come una sorta di non auspicabile mutazione genetica del sistema legale in sistema giurisprudenziale; assume invece nei saggi che compongono il volumetto dello storico il valore pregiato di elemento rigeneratore di un Diritto per troppo tempo soggetto al monopolio autoritario del legislatore e perciò anche all'arbitrio del potere politico. Il *ritorno al diritto* è un'immagine che illumina, nell'orizzonte delle pagine di Grossi, la recuperata libertà dalle ipoteche legali e culturali che nella modernità hanno ingessato il diritto nella legge e nello Stato; una libertà (ri)costruita ad opera della Costituzione, e poi del diritto europeo e delle sue Corti. Ad opera cioè di quei fattori ritenuti essere, nella prospettiva dell'eclissi, proprio i corpi responsabili dell'oscuramento del diritto civile.

Certo, la prospettiva dello storico non è solo un punto di vista, ma una metodologia che conosce e abbraccia i processi e coglie la concatenazione degli eventi e conferisce pertanto allo storico, tanto più se storico del diritto, una sorta di doppia apertura mentale che permette di vedere le norme nella prospettiva dell'ordinamento, e perciò di apprezzare le dinamiche delle fonti nelle varie fasi in cui queste, nello stabilire i requisiti di validità delle norme, stabiliscono, anzi costruiscono in modo specifico anche le relazioni tra il diritto e la società, sia nel momento di produzione delle norme, che in quello della loro applicazione.

Le parole di Paolo Grossi sono in tal senso particolarmente espressive. La sua costruzione della modernità giuridica è plasticamente espressa in termini di "vigorosa ripugnanza verso i fatti"⁴¹, ovvero –come dice Benedetti- di "esilio della fattualità", testimoniata sul piano delle fonti dal ripudio della consuetudine e sul terreno della costruzione delle norme segnata dal carattere meramente formale dell'uguaglianza, proiettato poi nella definizione astratta della proprietà e del contratto.

Bene sa lo storico del diritto che, con ogni evidenza, il mito della purezza e l'astrattezza delle norme assecondano l'inesorabile strategia della borghesia vincente. Ma egli sa anche che i corsi della storia non possono a lungo permettere che i fatti rimangano esiliati dal diritto, e con quella apertura che connota il suo metodo di conoscenza vede perciò la posmodernità come recupero della fattualità, come ritorno dunque ad un diritto che non ha più

ne) per restituire un soggetto privo di contorni fino a diventare nessuno.

³⁷ C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 10; ripreso da G. BENEDETTI, "Eclissi del diritto civile", cit., p. 99.

³⁸ G. BENEDETTI, "Eclissi del diritto civile", cit., p. 100.

³⁹ C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., pp. 288, 290 ss.

⁴⁰ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, al quale volume è dedicato il saggio di G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività, in *Persona e mercato*, 2, 2017, p. 3.

⁴¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 6.



ripugnanza dei fatti. La Costituzione e il suo mondo di principi, da una parte; e l'istituzione dell'Unione europea dall'altra, riportano il diritto alla complessità sociale e quest'ultima al diritto, dando vita a quei "cambiamenti" antiformalistici che costituiscono le tessere della contemporaneità⁴².

Ma Grossi è assai critico sulla sensibilità del civilista e sulla sua capacità di essere *contemporaneo*. "Educatore a vedere rinserrata la sua disciplina entro complessi normativi chiamati Codici" –altrove definiti imbalsamati– "il civilista ... appare diseducato a riscoprire la complessità del diritto e un pluralismo autentico di fonti"⁴³, scrive nel secondo saggio del libretto, riservando ai pubblicisti –e non a casoparole meno severe.

Ebbene, Benedetti con la sua sapienza e la sua sensibilità ripercorre il sentiero di Grossi, e lo fissa prima sulla soglia dell'analisi fenomenologica, così dando rilievo a quegli strumenti ermeneutici che una civilistica più evoluta ha valorizzato al cospetto delle nuove fonti, dall'interpretazione evolutiva al rimedialismo che supera la fattispecie. Poi sulla soglia dell'analisi strutturale, riconoscendo il fatto come momento costitutivo della struttura del diritto e da questo inseparabile⁴⁴.

Ma l'esito al quale Benedetti sembra tenere di più, in questo incontro con lo storico, è forse un altro. Quello che passa attraverso la condivisione del terzo capitolo del *Ritorno al diritto*, attraverso cioè la demolizione dell'ultimo mito della modernità, la certezza del diritto, e l'elogio invece dell'incertezza come dimensione fisiologica del diritto ritornato alla sua complessità, o meglio alla *fattualità*, come dice Grossi, o ancora alla *effettività* come ama dire Benedetti⁴⁵. Il quale chiude il Suo dialogo con lo storico intessendo nel contesto della incertezza la trama della sua ermeneutica, dove interpretare e comprendere non è solo conoscere, ma anche e soprattutto *modo d'essere*. Una dimensione per la quale le ascendenze filosofiche sono ben tracciate, e dalla quale il Maestro costruisce poi quel modello interpretativo che conosciamo, dove l'*inventio* è molto più che la *demonstratio*, e la fattualità evocata da Grossi riporta ad una prospettiva storica che inevitabilmente rafforza questa epistemologia⁴⁶.

Ed è questo l'epilogo che Benedetti vuol mettere in luce: quando conclude elogiando il pensiero del suo interlocutore come strumento utile anche per chi, quotidianamente, cerca il modo di costruire una sentenza giusta⁴⁷.

E torna ancora così la contemporaneità del civilista, arricchita da quella dello storico, quasi a raddoppiare quell'apertura mentale di cui prima parlavo, quale atteggiamento –come diceva Betti– "etico e teoretico insieme".

7. La dimensione etica come scelta epistemologica dell'ermeneutica.

E vengo adesso a qualche brevissima considerazione di sintesi, azzardando qualche parola sul lascito scientifico di Giuseppe Benedetti, quale ricavabile dagli scritti degli ultimi anni dedicati anche non *expressis verbis* alla contemporaneità, nonché per la sintonia che li lega, dagli scritti contenuti nella citata raccolta monografica del 2014 che è stata il suo testamento epistemologico ed esistenziale.

Il fatto è che la prospettiva della contemporaneità, nella quale Egli vuole immergere il civilista, è ricca di implicazioni, assai più di quanto non lo sia l'insieme dei contributi più esplicitamente ed elegantemente dedicati alla questione epistemologica e

di indici e criteri utili alla scrittura di una sentenza (quegli indici che si trovano ad esempio nel saggio "Ritorno al diritto", cit., alle pagg.10 e ss.: il *consenso*, la *tramandabilità* e la *ragionevolezza*). Ma che si sviluppa invece negli stadi intermedi attraverso il confronto con la filosofia, in particolare l'ermeneutica filosofica ed i suoi epigoni da Heidegger ad Habermas attraverso Gadamer e le riletture operate dai nostri filosofi e giuristi (da Betti a Vattimo a Romano). In tal modo si spiegano (anche) i contenuti di saggi come quelli che stiamo prendendo in considerazione in questo contributo, nei quali il confronto con i giuristi anche positivi sempre mette in campo tutte le riflessioni maturate nella prospettiva dell'ermeneutica filosofica, sul piano epistemologico e su quello ontologico. E così, giusto per esplicitare questo atteggiamento con riguardo al tema della certezza e incertezza del diritto (trattato da ultimo con riferimento al volume di P. GROSSI, ma già in *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p.67; nonché in un saggio rimasto inedito di cui dà notizia G. Vettori, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica*, cit., p.12112, nota 51), Benedetti non ne fa soltanto una questione di ricognizione storica dei fattori di disordine che rendono assai difficoltosa –e per l'appunto incerta– la soluzione del caso attraverso la mera sussunzione del fatto concreto nella norma astratta. Ne fa una questione di passaggio dal sillogismo apodittico al sillogismo critico, nel contesto di una *inventio* dove "ontologia e metodo sono due prospettive che si intrecciano integrandosi reciprocamente nel procedimento ermeneutico avvolto nella soggettività dell'interprete col suo vissuto-vivente"; sicché l'incertezza si atteggia come il contesto di comprensione del proprio tempo, alla stregua della complessità con la quale esso si presenta e nel quale l'interprete *vive*. Su questo percorso del Maestro, ancora G. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica*, cit., p.1215 ss.

⁴⁷ G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto", cit., p.14.

⁴² G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto", cit., p. 18.

⁴³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 40.

⁴⁴ G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto", cit., p. 19 ss.

⁴⁵ G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto", cit., p. 11.

⁴⁶ Le poche parole spese nel testo per tratteggiare questi non semplici percorsi di Benedetti scontano il contesto meramente rievocativo di questo contributo, e non rendono giustizia della profondità di pensiero che Egli ha voluto coltivare negli ultimi decenni della Sua vita di studioso. L'approdo all'ermeneutica giuridica, quale "dimora del civilista", come Egli scrive alla pagina 1293 de *La contemporaneità*, costituisce l'esito complesso di un percorso che solo alla fine esita nella proposizione



perciò alla dichiarata opzione ermeneutica, poi trasferita dal piano epistemologico a quello ontologico.

Ciò che intendo mettere in evidenza, in particolare, è la dimensione *profondamente etica* della sua contemporaneità, un lascito non indifferente né secondario.

Ricordo al proposito i riferimenti espressi alla coscienza vigile del giurista, alla tensione verso la giustizia quale antidoto ad un diritto che pericolosamente si appiattisse verso la brutta forza; alla cosiddetta “formula di Radbruch” che pone un limite alla giuridicità della norma positiva *intollerabile*; alla questione della verità come questione fondativa, da non cercare in alcun dogma, ma nel percorso veritativo cui l’ermeneutica critica dà accesso. In ciascuno di questi riferimenti il lettore può trovare molto più che un atteggiamento scientifico-culturale, o solidale, o semplicemente democratico.

Tutto al contrario –ed è questa la prerogativa che si voleva evidenziare– questi aspetti del Suo pensiero testimoniano di una dimensione etica perfettamente integrata, forse potrei dire immedesimata, nella dimensione epistemologica. Anzi, verrebbe da dire che la scelta epistemologica dell’ermeneutica, che Egli definisce infine “dimora” o “porto sicuro” del civilista, sia figlia di un’istanza etica (un vero e proprio ethos di valori) e non viceversa; istanza che non poteva trovare idoneo contesto di appartenenza in nessun’altra teoria dell’interpretazione. Non nel positivismo giuridico, troppo lontano dai fatti (se non come oggetto di sussunzione qualificativa) e troppo lontano dai valori per poter dare forma a quel *diritto giusto* che Egli cercava. Non nella giurisprudenza dei concetti, epifenomeno di una metafisica nascosta nella immutabilità dei dogmi e nella incapacità di questi di cogliere le evoluzioni storiche dei fatti. E nemmeno infine nella giurisprudenza dei valori, troppo incline ad una visione arbitraria del diritto come ad una facile sottomissione alla politica.

Solo l’ermeneutica, come arte dell’interpretazione che mette in rapporto di immedesimazione soggetto e oggetto, testo e norma, appare a Benedetti l’unico modo possibile di comprensione del diritto, capace di saldare la regola uguale con la regola giusta.

Perché solo l’ermeneutica permette di mettere in circolo etica e ragione attraverso quell’apertura al *dialogo* che Egli definisce “struttura privilegiata del comprendere”⁴⁸, vero e proprio approccio metodico differente dal dialogo come strumento di soluzione dei conflitti politici all’insegna della tolleranza.

Di qui, come sappiamo, il riconoscimento del pluralismo delle fonti, l’attenzione all’argomentazione ragionevole, ai principi e ai valori costituzionali, l’immedesimazione nelle “attese collettive”, e tutti gli altri strumenti con i quali l’interprete, attraverso la sua saggezza pratica, o scienza delle buone ragioni, cerca e costruisce la regola “giusta”, e si proietta infine verso un novello diritto civile extrastatuale nella dimensione del diritto europeo.

E’ in questo modo che l’impulso etico approda all’ermeneutica giuridica, e l’ermeneutica immerge il diritto nell’etica dando forma alla regola giusta.

⁴⁸ *La contemporaneità del civilista*, cit., p.1294.



LA NULLITÀ DI PROTEZIONE COME UNA CATEGORIA GIURISDIZIONALIZZATA?

Di Stefano Pagliantini

| 31

SOMMARIO: Prologo. - 1. Nullo ed avvenuto? Da Betti a Spada nella cornice di una “dottrina” della Cassazione. - 2. Esiste un significato “primo” della nullità di protezione o il concettualizzarlo ha lo stigma della formula magica? - 3. Cass. 30555/2019, sull’esercizio abusivo della nullità di protezione: luci ed ombre. - 4. Pura nullità per una sopravvenuta estinzione del potere di impugnare? - 5. La nullità di protezione nella dualità di atto e rapporto? - Postilla.

ABSTRACT. Traendo spunto da alcune recenti statuizioni della Suprema Corte di Cassazione, ed in particolare dalla pronuncia n. 30555/2019 in tema di immobili da costruire, il presente saggio solleva dubbi circa la possibilità di considerare la nullità di protezione come una categoria rimediale assolutamente indistinta e pone l’attenzione, con riferimento al suo esercizio, sulla necessità di tenere in primaria considerazione gli scopi finali che la legge, per il suo tramite, intende realizzare. Drawing inspiration from some recent Supreme Court of Cassation’s rulings, and in particular from decision no. 30555/2019 relating to the guarantee provided for properties to be built, this essay raises doubts about the possibility of considering the nullity of protection as an absolutely indistinct remedial category and focuses, with reference to its exercise, on the need to take into primary consideration the final purposes that the legislative provisions intend to realize.



Prologo.

Con il solito periodare finissimo, nel 2007 Giuseppe Benedetti fulminava il lettore scrivendo che il «pensiero moderno, a più voci, richiede e teorizza libertà costruttiva, opportunistica ed anarchica». La *reductio ad unum* pandettistica, in un contesto sif- fatto, «non trova più credito»¹. Orbene, che dire allora, venendo subito al punto, della diffusa tendenza del diritto vivente a classificare la nullità di protezione come un *tertium genus*, interpolato tra nullità ed annullabilità, munito del corredo specifico di un suo autosufficiente regime normativo largamente divaricato da quello contrassegnante l'invalidità codicistica?² Già il fatto di ritenere che il pluralismo delle “nuove” nullità si sciogla in uno statuto disciplinare costante tradisce va da sé vistosamente quanto prosperi l'ambizione non a censire una campionatura di omonimie quanto a fissare, identificandolo una volta per tutte, un significato precettivo del lemma “nullità di protezione”.

Ecco la domanda, quand'è così: è più veritiera l'immagine neo – pandettistica di una nullità seconda che, in quanto *species* del *genus* nullità in senso proprio³, è riassorbita in essa, o coglie più nel segno la sofisticata intuizione di un Giuseppe Benedetti che, nel passo citato, arieggia la magistrale lezione di Vincenzo Scalisi? Siccome, nell'arco di tre lustri, le nullità protettive sono fiorite incessantemente entrando ormai in una dilagante dimensione monopolistica, è ferma opinione di chi scrive che soltanto un discorso problematico condotto ad ampio raggio eviti, in realtà di incappare in un dogmatismo di pura maniera. Di qui il nostro procedere provando ad abbinare, come direbbe Paolo Grossi⁴, allo scrutinio del singolo punto il senso della linea.

1. Nullo ed avvenuto? Da Betti a Spada nella cornice di una “dottrina” della Cassazione.

¹ In *La rescissione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, T. VIII, Torino, 2007, 42.

² V. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.* 2020, 8.

³ V. Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242. In dottrina, tra gli altri, DI CIOMMO, *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*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido, Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di Di Ciommo e O. Troiano, Piacenza, 2018, 141.

⁴ In *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *Id., Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 3 ss.

Replicando a Fedele, che reputava meramente concettualistica la figura della nullità relativa, nel 1954 Emilio Betti scrive, in una pagina di rara acutezza, che il «diritto non è aritmetica, né logica formale, né, tanto meno, causalità di leggi fisiche: è tutela di interessi»⁵. Orbene, se nullità è sinonimo di un *disconoscimento* di effetti in quanto ogni sua comminatoria è espressiva di una «legge [che] ricaccia nel nulla un fatto concreto», derubricandolo ad un «tentativo ... fallito»⁶, nel panorama odierno un trittico di sentenze della Cassazione apertamente squassano questo dogma. Statuendo infatti che il giudicato sulla nullità del contratto – quadro legittimo l'investitore a ripetere il singolo ordine *in default* soltanto quando il danno subito sia superiore al profitto complessivamente tratto dalla somma investita, Cass. S.U. 28314/2019, senza tante perifrastiche, istituzionalizza una nullità irretroattiva o, al più, a retroattività debole. A sua volta, sentenziando che il realizzarsi dell'immobile promesso, benché il preliminare sia nullo per la carenza di un presupposto oggettivo di validità (art. 2, comma 1 d. Lgs. 122/05), importa il rigetto della domanda di nullità quando questa sia abusiva, Cass. 30550/2019 fa in realtà dipendere la sorte dell'operazione dal dato fattuale di un interesse finale protetto che “non è più in alcun modo in pericolo”. Infine, facendo apertamente leva sul canone di un'interpretazione *ad finem*, Cass. S.U. 23601/2017⁷, mette in forma una rilettura dell'art. 1423 c.c. e vi associa una convalida retroattiva del contratto di locazione nullo ex art. 1, comma 346 l. 311/2004 epperò tardivamente registrato. In motivazione si legge che una sanatoria rampollante da un *adempimento* ben si amalgama con una nullità “funzionale” sancita per “inadempimento” all'obbligo di registrazione”. La replica, va da sé istintiva, di una marcata improprietà nel richiamarsi, fatto dalla Corte, all'art. 1423 non riuscirebbe, lo notiamo subito, a smontare l'argomento che, siccome una registrazione postergata realizza, seppur in tempi diversi, l'interesse tutelato, non c'è qui motivo per denegare al suddetto *fatto* l'idoneità ad un “recupero” del contratto, assicurando così “piena tutela” al conduttore quale “parte debole del

⁵ In *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1955², 483, nt. 20.

⁶ Così IRTI, *Il “pathos della distanza”*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 177. Nella letteratura specialistica v., in luogo di tanti, FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, Artt. 1418 – 1424, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2015, 260, che addirittura paragona l'inefficacia originaria della nullità ad un «principio di logica».

⁷ Cass. S.U. 9 ottobre 2017, n. 23601, può leggersi per esteso in *Contratti*, 2018, 25 ss., con nota (critica) di GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*.





rapporto”⁸. D’altro canto, il principio di diritto enunciato da Cass. 10116/2018 parla da sé⁹: all’investitore che agisca in nullità selettiva non è opponibile un’eccezione di dolo od una sopravvenuta sanatoria, “per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso”, non *in sé* ma quando il contratto – quadro *difetti* integralmente, la rinuncia e la convalida “essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente”.

Orbene, dobbiamo così dedurne, sulla scia di una raffinata dottrina giuscommercialistica¹⁰, che il brocardo francese “*nul et non avvenu*” sia ormai consunto e da sostituirsi con il ben più pragmatico “nullo e avvenuto”? Se la dovessimo pensare così manderemmo in archivio, rispetto almeno alla nebulosa delle nullità di protezione, due enunciati entrati nell’uso, rispettivamente la nobile idea che «le norme imperative sono “nientificatrici”, [alla lettera] produttrici del niente»¹¹ e l’immagine di una nullità di protezione come una «sanzione rafforzata» attesa anche una sua stragiudizialità *in rebus*¹²: quando è forse piuttosto vero che, se un sopravvenuto soddisfa dell’interesse protetto la rende una tecnica di tutela *disponibile*, ci troviamo in realtà al cospetto di una nullità *minus quam perfecta*. Non è forse vero, del resto, che, in luogo di un’impugnativa negoziale, il consumatore potrebbe *rinegoziare* il contenuto di una clausola vessatoria? Anche se la domanda intrigante che dovremmo farci è piuttosto un’altra, tutta incentrata sull’apprurare se una siffatta disponibilità sia nelle mani del professionista predisponente il quale, onde evitare una declaratoria di nullità parziale, alla maniera della rescissione (art. 1450 c.c.), offra una *modificazione emendativa*. Il divieto di riduzione conservativa, notoriamente sancito come un imperativo dalla Corte di Giustizia (*leading case Banco Español de Crédito*, C-618/10,

§ 65)¹³, è rivolto *direttamente* al giudice, al quale non è dato rettificare, come ribadisce adesso la Grande Sezione in causa *Gomez del Moral Guasch c. Bankia SA* (§ 58)¹⁴, la clausola: ma una negoziazione postuma, innescata da un professionista profittatore che si ravvede, non sembra che ne venga ostativamente toccata giacché, quale vicenda del rapporto, essa crea, diremmo alla Benedetti, «una situazione giuridica *nuova* che modifica ... quella preesistente derivante dal contratto lesivo»¹⁵. Del resto l’art. 34, comma 1 c. cons., quantunque non la menzioni, neanche preclude un atto di autonomia, rifiutabile sì dal contraente protetto ove reputato iniquo ma, laddove sia espressiva di un diverso *trattamento*, idoneo *recta via* diremmo a soddisfare l’interesse protetto seppure «in tempi e con modalità diverse da quelle tipicamente e fisiologicamente indicate dal legislatore»¹⁶. D’altronde, se la vessatorietà di una clausola è normativamente connessa all’assenza di una trattativa individuale, il distinguo da farsi ci parrebbe stare tra un negoziato postumo ed una cooperazione ricattata¹⁷. Dopo di che, la circostanza che qui non si versi in una fattispecie di convalida ex art. 1423 c.c., quanto e piuttosto di una sanatoria convenzionale, è un rilievo, ai limiti del lapalissiano, che vien da sé.

2. Esiste un significato “primo” della nullità di protezione o il concettualizzarlo ha lo stigma della formula magica?

Possiamo provare ad abbozzare una formula che, quantunque descrittiva, ha dell’espressivo: la nullità di protezione *sostiene* la libertà del contraente più debole ma non può trasmodare. Ogni finalità speculativa la corrompe. Ridotta all’essenziale una notazione del genere prelude al dire che, mentre il recesso di pentimento è rimedio *ad nutum* (art. 52, comma 1, c. cons.) epperò pure assoggettato ad un termine di decadenza (art. 53, comma 1, c. cons.), nella nullità di protezione l’interesse presidiato, quantunque benefici di un’azione imprescrittibile, funge invece da *limite* all’agire arbitrario del soggetto legittimato. La legittimazione relativa, che si legge nell’*incipit* eccezzuativo dell’art. 1421 c.c., non può riguardarsi, insomma, come una *formula in bianco*.

⁸ *Adde* Cass. 20 dicembre 2018, n.32934, Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo, ove non registrato nei termini di legge, è sì nullo ma, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, “sia pure limitatamente al periodo di durata del rapporto indicato nel contratto successivamente registrato”. Nella specie, come possiamo trarre dalla narrativa del fatto, si era al cospetto di un contratto di locazione ad uso abitativo stipulato il 5 novembre 2011, ma registrato il 20 settembre 2012, con indicazione della data di inizio del rapporto del 1° settembre 2012.

⁹ Cass. 24 aprile 2018, n. 10116.

¹⁰ V. SPADA, “*Nulla e avvenuto*”: le nullità nel diritto commerciale, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 219 ss.

¹¹ Così IRTI, *Il “pathos della distanza”*, cit. 177.

¹² Così ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall’angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *Tutela dell’acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano 2006, 118 nonché DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 25.

¹³ Abbiamo plurime volte affrontato la questione: da ultimo in PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561 ss.

¹⁴ CGUE, 3 marzo 2020, causa C-125/18.

¹⁵ In *La rescissione*, cit. 69.

¹⁶ Così MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1053.

¹⁷ A voler riprendere l’efficacissima formula di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, 28 ss.

Ebbene, davvero però una lettura siffatta, anziché fuorviare, riesce ad orientare persuasivamente l'interprete? Se infatti mutassimo di prospettiva e leggessimo il "di protezione" come espressivo non di una legittimazione relativa bensì di una *ad excludendum*¹⁸, il quadro muterebbe visto che qui il genitivo, stando ad indicare che una siffatta nullità mai può giovare al contraente forte, di per sé includerebbe, ove beninteso ridondante a favore del contraente debole, un'azione promossa da un terzo¹⁹; e tale, vien da sé, sarebbe il caso, nonostante il contrario avviso della giurisprudenza di merito²⁰, del fideiussore²¹.

E non solo. Anche la parzialità necessaria vista come un attributo identificativo delle nullità di protezione quale rimedio a vocazione funzionale, già al netto del combinato disposto degli artt. 34, comma 2 e 36, comma 1, c. cons., somiglia fin troppo ad un luogo comune dottrinale che ha del mentitorio. Non a caso coglie ben più nel segno il dire che la parzialità è uno «dei possibili strumenti della nullità di protezione»²². Diversamente, lo (ri)notiamo, avremmo una categorizzazione claudicante premissiva, come sarebbe, di tutti i casi in cui la nullità

di protezione, rilevando da «strumento di complemento» di una forma scritta comandata *ad substantiam* (artt. 23 T.U.F. e 117 T.U.B.), di uno *ius poenitendi* calato nella fattispecie da requisito essenziale (art. 30, comma 7 TUF) ovvero di un formalità trasformata in presupposto oggettivo di validità del regolamento negoziale (art. 2, comma 1, d. lgs. 122/2005), è causa (non di una correzione parziale bensì) di un caducarsi del contratto²³. Sostenere che il contratto è «ri-modulato, a dispetto della nullità demolitiva»²⁴, coglie una delle due campiture, segnatamente quella ove si ha «superpresenza della legge»²⁵.

Già così perciò, vien facile notarlo, la sensazione di trovarsi al cospetto, detto alla Dolmetta maniera, di un «cantiere aperto» è di un'evidenza vividamente tangibile. Che sia allora vero, come notavamo in apertura, che tra il linguaggio delle disposizioni ed il metalinguaggio degli interpreti viene spesso ad intercorrere un rapporto (ben poco virtuoso) «di circolarità [ovvero] di costruzione circolare»²⁶? Già per es. rispetto all'idea di una legittimazione *ad excludendum*, notiamo che, se il discorso può reggere rispetto agli artt. 36 c. cons. e 127-02, comma 2, T.U.B., la legittimazione relativa è invece testuale almeno, com'è risaputo, in un trittico di casi (artt. 134, comma 1, c. cons., 23, comma 3, e 30, comma 7, T.U.F.) ove l'impugnativa stilizza pure una sorta di «diritto di uscita» dal contratto. L'interprete smalizzato ne potrebbe allora ricavare l'impressione che ogni vocazione sostanzialista, cioè il ritenere che il sintagma «nullità di protezione» sia munito di un «significato primo ed indefettibile»²⁷, è argomentativamente corretta fino a quando non trascorra in una «sopraffazione» della nomenclatura legislativa «da parte del concetto»²⁸. Per inciso, la nullità relativa confezionata nell'art. 2 comma 1, d. lgs. 122/2005, quantunque appannaggio delle persone fisiche, non è riservata ai «consumatori» e neanche è funzionalmente subordinata alla destinazione della *res*, tanto è vero che l'immobile da costruire potrebbe pure *non essere* una casa di abitazione. Vien fatto così di domandarsi, visto che il lemma «nullità di protezione» riceve abitualmente

¹⁸ Così DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, 27 febbraio 2020. La adombra, per l'ipotesi in cui il contratto agrario deroghi alle norme imperative dell'art. 58 l. n. 203/1982, Cass. 7 maggio 2019, n. 1183, che ricorsivamente qualifica come "di protezione" la suddetta nullità. È forse ancora più esplicita Cass. 17 gennaio 2017, n. 923, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 10, 55, che discorre di un rilievo officioso delle nullità protettive operante "in funzione del solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela".

¹⁹ Di *terzietà*, rispetto al fallito subentrando nell'amministrazione dei beni, discorre Cass. 6 settembre 2019, n. 22385, legittimando il curatore fallimentare a far valere la nullità di un contratto bancario per violazione dell'art. 117, c. 1 e 3 T.U.B.

²⁰ Così Trib. Siena, 19 aprile 2012, n. 136, stando alla quale la nullità dell'art. 117 TUB ha natura di nullità relativa di protezione, mentre nella specie la parte che ha dedotto la nullità dei contratti di locazione finanziaria non è la contraente dei medesimi, "bensì il fideiussore del contraente, posto che quest'ultimo invece per quanto sta in atti non risulta avere proposto opposizione a decreto ingiuntivo. Parte attrice opponente, che tra l'altro è essa stessa intermediario finanziario, per quanto interessata a far valere la nullità del contratto, non ha quindi titolo per formulare tale eccezione, spettante alla *sola parte contrattuale* in coerenza con la *ratio* protettiva dell'istituto".

²¹ V. DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.* e GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, in *Contratti*, 2003, 204.

²² Così DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.* Di un catalogo di fattispecie contrassegnate da «una finalità squisitamente sanzionatoria che si esplicita in una sorta di "sovradimensionamento" del rimedio, destinato a caducare l'intero contratto», discorre pure ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1158.

²³ Che ritorna, com'è risaputo, nell'ibrido a tre fattispecie dell'art. 67-septiesdecies, comma 3, c. cons., luogo nel quale la nullità si svolge entro il recinto di «una singolare commistione di piani»: così DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 28.

²⁴ Stando all'elegante sintagma coniato da DI MAJO, *Forma dell'atto o regolamento del rapporto?*, in *Studi in onore di Roberto Pardolesi*, cit. 286.

²⁵ Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016⁴, 1512.

²⁶ Così SPADA, "Nullo e avvenuto": le nullità del diritto commerciale, cit. 220.

²⁷ Cfr. SPADA, *op. ult. cit.* 221, nt. 2.

²⁸ Così SPADA, *op. ult. cit.* 220 s.



un'eterointegrazione di disciplina dedotta da un art. 36 c. cons. eletto a *norma generale*²⁹, se fallace non sia proprio l'operazione argomentativa che tende ad estrarre il *genus* della nullità protettiva da quella un tempo apprestata per le clausole vessatorie e poi, più di recente, trasmigrata in sede di contratti bancari. È sintomatica la parabola di una dichiarabilità della nullità rimessa ad una manifestazione di interesse della parte protetta³⁰, con un regime di asimmetria processuale che si vuole propria di ogni nullità protettiva. Al riguardo vero è che ragioniamo di un'asimmetria iscritta nel canone della Corte di giustizia, dove però è rinserrata entro l'orizzonte delle clausole abusive (*Pannon GSM*, C-243/08; *Banif Plus Bank Zrt*, C-472/11; *Profi Credit Polska*, C-419/18 e *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, C-70/17 e C-179/17)³¹, mentre la sua trasposizione domestica, operata risaputamente nel 2014 dalle S.U. gemelle 26242 e 26243, alle nullità di protezione del contratto finisce per innescare, in mancanza di un qualche contrappunto, il cortocircuito di una nullità sì a rilievo officioso ma «pienamente disponibile»³². Il che, per scongiurare allora il paradosso di un attuarsi per via giudiziale di un contratto asimmetrico *nullo*, ci induce a riprodurre l'idea di un potere di rigetto, “implicito” nella domanda, quando dovesse mancare il “fatto costitutivo” della pretesa³³. Diversamente il *vulnus*, ad un rilievo officioso comandato alla tutela di un interesse generale, sarebbe in effetti macroscopico³⁴. Che non sia vero, allora, che un seducente «sostanzialismo linguistico», per (ri)dirlo alla Spada maniera³⁵, è asetticamente prevalso su di un approccio selettivo che, ispirandosi invece più costruttivamente alla tipolo-

gia o dell'interesse protetto o del vizio denunciato³⁶, eviterebbe di trasformare in *regola* tanto il modello di una rilevabilità d'ufficio temperata quanto di ritualizzare il recitativo dell'art. 36, comma 3, c. cons. a guisa di un dispositivo eterointegrativo operante ogni qual volta la nomenclatura legislativa abbinata al *nomen* nullità soltanto una legittimazione relativa (artt. 67-*septiesdecies*, comma 5, 2 comma 1 d. lgs. 122/05)³⁷ od ometta di enunciare pure questo attributo (art. 72-*bis*, comma 3, 78, 124 c. cons., 44, c. 3 e 45, c. 2 c. tur.) ? Per arginare la fallacia di un apriorismo semantico «macroscopico»³⁸, stando a questa impostazione, non avrebbe del temerario ritenere che si diano pure dei casi nei quali la mancanza di una regola scritta sia espressione di una «intolleranza»³⁹, come metaforicamente si è ben osservato, alla regola (non scritta) del rilievo d'ufficio. Dopo di che, però, se possono darsi ben due casi nei quali la forma di un rilievo officioso *in senso debole* si trova a sporgere, non ha dell'estemporaneo notare che la nullità di protezione, quanto ad ambiguità, si apparenta non poco alla rescissione: se sappiamo come sia nata, allo stato «non si sa cosa sia» e forse, aggiungiamo, ancora non sappiamo bene che «cosa ci stia a fare»⁴⁰. D'altronde non è forse vero che il “di protezione” conosce persino una pluralità di evidenze nelle quali va scisso da una testuale legittimazione relativa, dagli artt. 66-*ter* e 143 c. cons. a tutta l'area dei rapporti tra imprese (artt. 2, 6, 9, l. 192/98 ed art. 7 d.lgs. 231/2002) ?, donde il problema che un'eventuale rinuncia all'azione del contraente debole non escluderebbe qui che dei terzi potrebbero far valere l'effetto dirimente ove dal contratto riceversero un pregiudizio. Qui fa capolino, ottimizzando un'interpretazione finalistica del dato normativo, quell'idea di una *nullità di protezione a legittimazione assoluta* che, a prenderla sul serio⁴¹, sparglierebbe alquanto l'immagine eurounitaria di un inter-

²⁹ È emblematica, pur lasciando trasparire qualche dubbio, la prosa di SACCO – (DE NOVA), *Il contratto*, cit. 1504, nt. 67 («forse la formula dell'art. 36 risponde ai principii, e domanda applicazione anche là dove il legislatore non lo ha detto») (c.v.o aggiunto).

³⁰ V. Cass. 5 febbraio 2019, n. 3308 e Cass. 22 ottobre 2018, n. 26614 (ove, in una fattispecie di nullità del subaffitto di fondo rustico per divieto dell'art. 21 l. n. 203/1982, si insiste sulla circostanza che i locatori, in qualità di unici legittimati a far valere la nullità, erano rimasti estranei al giudizio e, quantunque resi edotti, non avevano denunciato il vizio entro il termine di decadenza previsto dalla legge).

³¹ V. CGUE, 6 giugno 2009, § 35; CGUE, 21 febbraio 2013, §§ 31 e 32; CGUE, 26 marzo 2019, § 52 e CGUE, 7 novembre 2019, un quartetto che adesso è CGUE, 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner c. Unicredit Bank Hungary Zrt*, a ribadire distintamente (§ 43)

³² Così ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice, cit. 1160.

³³ V., per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 34.

³⁴ Perché è vero che, così ragionando, si rimetterebbe la garanzia di un interesse generale «alla convenienza particolare della parte»: così ALESSI, *op loc. ult. cit.*

³⁵ In “*Nulla e avvenuto*”: *le nullità del diritto commerciale*, cit. 228.

³⁶ V., elegantemente, NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, Milano, 2008, II, 235.

³⁷ *Incidenter* notiamo che l'art. 2, comma 1, probabilmente si presta ad un rilievo officioso che esita in una pronuncia se il promissario acquirente non dissente: ma per l'elementare ragione che qui la nullità, anziché scaturire da un difetto di forma comandato *ad substantiam*, rampolla dalla carenza di una *formatività* elevata ex art. 1418, comma 3, c.c. a presupposto oggettivo.

³⁸ Così SPADA, *op. ult. cit.* 221, nt. 2.

³⁹ Così ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice, cit. 1160.

⁴⁰ Così, riprendendone la ficcante formula, MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962², 1.

⁴¹ Come mostra di fare soprattutto POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica dell'invalidità negoziale*, Napoli, 2016, 48.

pello del contraente protetto preclusivo, a mo' di un «effetto di blocco»⁴², alla declaratoria di nullità.

3. Cass. 30555/2019, sull'esercizio abusivo della nullità di protezione: luci ed ombre.

| 36

Qualcuno, scorrendo Cass. 30555/2019⁴³, visto che il suo recitativo fa parola di un “utilizzo distorto del diritto assegna[to] dalla norma istitutiva della nullità di protezione e quindi, in definitiva, di abuso del diritto”, ne trarrà istintivamente la deduzione che le S.U. 28314/2019 hanno subito fatto scuola: non è forse vero infatti che, in entrambi i casi, la Corte sanziona il contraente che, maneggiando le norme da negoziatore scaltro, usa l'arma della nullità protettiva, come leggiamo, al “diverso fine di sciogli[ersi] da un contratto che non reputa più conveniente”⁴⁴. Al netto della diversità di fattispecie dedotte in giudizio, l'orizzonte euristico, si dirà, è somigliante, nel segno valoriale per altro di quella Cass. 8152/2014 ove, notiamo, l'inquadramento dell'*exceptio doli* come un rimedio fondamentale, da esperirsi giudizialmente quando delle attendibili evidenze probatorie lo consentano, riceve notiamo una (fin troppo) compendiosa statuizione⁴⁵. Inoltre, verrebbe da aggiungere, già si conosceva il precedente dell'art. 13, comma 5, l. 431/98 che, nell'ipotesi di una locazione nulla per difetto di forma, spogliava notoriamente della legittimazione a domandare la nullità il locatore che avesse preteso di stipulare una locazione c.d. di fatto⁴⁶. Quindi il *dictum* di Cass. 30555/2019, nel dare per sottinteso che il ricorso ad una *exceptio doli* mai ha un valore costitutivo del rapporto⁴⁷, non costituirebbe di per sé una *novitas* rotonda.

Già, se non fosse, che le S.U. 28314/2019 non praticano, come già abbiamo osservato altrove⁴⁸, una qualche disapplicazione della nullità di cui all'art. 23, commi. 1 e/o 3, T.U.F., secondo la ver-

sione di un'*exceptio doli* bypassante l'operare di norme imperative e/o inderogabili. La deroga c'è, ma la si pratica a valle sul piano del diritto a ripetere ex art. 2033 ss., quindi come uno stato di eccezione alla neutralizzazione retroattiva degli effetti (materiali) di un contratto dichiarato nullo. In pratica le S.U., sentenziando di una deroga all'art. 1422 c.c., operano a livello di quella serie congiuntiva di conseguenze, come la definisce Paolo Spada⁴⁹, che di una declaratoria di nullità rappresentano, detto compendiosamente, gli effetti. In Cass. 30555/2019, il percorso argomentativo è invece assai diverso: siccome l'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 122/2005 protegge l'interesse a ripetere le somme versate nel caso di un fallimento⁵⁰, un rilascio tardivo della garanzia fideiussoria unitamente ad un mancato *default* interinale del promittente venditore fungono, ecco la *differentia specifica*!, da circostanze ostative a che il promissario acquirente, munito di una nullità che gli è dedicata, vanti una legittimazione *meritevole* a denunciarla, difettando una compromissione dell'interesse “in vista del quale era stata specificamente dettata la previsione di invalidità” (§ 5.1)⁵¹. Da antesignane di Cass. 30555 sono, in realtà, le S.U. 898/2018, sul contratto monofirma, già artefici (lo si sa) di una compressione della tutela privilegiata del contraente debole nella misura in cui viene “davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche”⁵². La cifra delle S.U. 28314 aleggia semmai laddove Cass. 30555 rimarca che, accogliendo la domanda di nullità, si sarebbe pervenuti al risultato perverso di arrecare un sacrificio sproporzionato e *sine causa* ad un promittente venditore *in bonis*. Con un fabbricato ultimato ed agibile, non c'è ragione, leggiamo, “per

⁴⁹ In “*Nulla e avvenuto*”: le nullità del diritto commerciale, cit. 219.

⁵⁰ Dottrina consolidata: v., in luogo di tanti, LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015⁸, 200 s. e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit. 109.

⁵¹ Così arieggiando il periodare di chi, in dottrina, discorre di un «costruttore [che] potrà agire con l'*exceptio doli*»: cfr. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, cit. 121 in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*.

⁵² Senza che qui in alcun modo rilevi, questione sulla quale la Corte indugia fin troppo, un problema di convalidabilità: pure infatti a dare per buono che una qualche forma di nullità protettiva sia convalidabile, vien da sé che una siffatta convalida deve provenire dal soggetto protetto e non dalla controparte. E qui il rilascio tardivo della garanzia fideiussoria, per altro di un importo inferiore al prezzo riscosso dal venditore, è fatto ascrivibile al promittente venditore. Quindi, anche volendo, non può venire in gioco il disposto dell'art. 1423 c.c.

⁴² È così che lo definisce RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 135.

⁴³ Cass. è consultabile in *Giur. it.*, 2020, fascicolo 2.

⁴⁴ Ovvero, così procede il recitativo, al deliberato scopo di “aggrare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte”.

⁴⁵ Cass. 8 aprile 2014, n. 8152 (Est. Lanzillo), in *Contratti*, 2014, 969 ss., con nota di CONFORTI, *Fraus omnia corrumpit*.

⁴⁶ Sul quale è ritornato lucidamente ADDIS, *In memoria di una norma abrogata (art. 13, 5 comma, l. 9 dicembre 1998, n. 431, in tema di nullità di clausole locative e riconduzione a conformità)*, in *Foro it.*, 2018, IV, 238 ss.

⁴⁷ Servendo soltanto, va da sé, a bloccare delle pretese: v. Cass. 8 aprile 2014, n. 8152, cit.

⁴⁸ In *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, 27.





sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare". Le nullità di protezione, secondo uno stereotipo che dal 2014 dilaga, hanno pur sempre una natura ancipite: *ergo*, non dando corso alla domanda di nullità, non si mortifica la libertà contrattuale del costruttore – venditore e nel contempo *si moralizza* il mercato immobiliare, valorizzando l'*agere* degli operatori virtuosi quali contraenti economicamente razionali. Il *commodus discessus* dell'abuso del diritto, potremmo chiosare così, diventa quindi l'occasione per dettare una *regula iuris* di corretto funzionamento del mercato, mettendo al bando tutte le domande di nullità camuffanti un recesso di pentimento che edittalmente ivi *non sta*. In estrema sintesi, Cass. 30555 fa così da sponda a quelle voci dottrinali che, muovendo dal dato lessicale di un costruttore sì "obbligato" precontrattualmente a procurare la fideiussione⁵³, ma con una nullità eccepibile dal solo acquirente, legge il preliminare che ne sia carente come un contratto originariamente inefficace epperò suscettibile nel contempo di produrre effetti a mezzo di una sanatoria retroattiva disposta direttamente dal promissario acquirente. È l'idea, imbastita in dottrina da Matilde Girolami⁵⁴, di una nullità di protezione come una *situazione di pendenza*, con un rapporto contrattuale quiescente alla maniera di uno sospensivamente condizionale, nel quale l'esercizio del potere di sanare potrebbe vestire i panni del sollecito ad un adempimento correttivo del costruttore – alienante, «mettendo così [il promissario acquirente] di fronte all'alternativa se far valere la nullità o dar corso all'esecuzione del rapporto»⁵⁵. Orbene, se la nullità di protezione innesca una nullità pendente e se il rapporto scaturente da un preliminare incompleto è da riguardarsi come quiescente, non è implausibile immaginare che alla situazione di quiescenza sia abbinabile un'autonoma obbligazione *ex lege*, avente ad ogget-

to la prestazione mancante, il cui successivo darsi mostri le «sembianze di un'integrazione *ex lege* del regolamento»⁵⁶. Ora, quantunque per un importo inferiore al valore del corrispettivo ricevuto dal costruttore⁵⁷, anche in Cass. 30555 si verteva in una fattispecie di garanzia fideiussoria tardivamente prestata: e quindi, se si muove dalla premessa che i rapporti siano due, uno pienamente efficace e l'altro in pendenza, un'attività del costruttore che *regolarizza* il contratto e provvede in pari tempo alla costruzione potrebbe riguardarsi come una forma di *recupero* dell'operazione. D'altra parte, nota questa dottrina, siccome il promittente venditore da un lato è obbligato a costruire e, dall'altro, è esposto al gioco strategico di un promissario acquirente che, a motivo della nullità, potrebbe domandare la restituzione di quanto pagato in corso di rapporto, ove l'acquirente abbia dato piena esecuzione al preliminare, si avrà sì una sua rinuncia non tanto però alla nullità quanto e piuttosto «ad esercitare la pretesa volta alla restituzione dei corrispettivi pagati al costruttore in corso di rapporto»⁵⁸. Tradotto, se stiamo a questa ricostruzione, *ogni convalida* del promissario acquirente sarebbe da intendere come inoperante prima che il preliminare nullo fosse stato interamente eseguito con il versamento, a *tranches* successive, del corrispettivo a garanzia della cui restituzione è associata dalla legge la fideiussione.

E sia (seppur con i distinguo che, tra breve, avremo modo di esplicitare). Noi, ad imitazione del processualcivilista, preferiamo in realtà dire che forse siamo dalle parti di una Corte che dovrebbe maneggiare la nullità di protezione alla maniera dell'art. 156, comma 3, c.p.c.: se una "nullità non può mai essere pronunciata, [quando] l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato", un'*immeritevolezza* che contamina l'interesse ad agire, perché l'interesse del promissario acquirente è *recta via* conseguibile, le è sorella. Non a caso la Corte, dopo il ricorsivo ricamo sulla solidarietà civilcostituzionale che innerva la buona fede (art. 3 Cost.), dubita della legittimità di un'azione di nullità quando, quantunque edittale, essa "sia funzionale alla tutela di un interesse che ormai non è più in alcun modo in pericolo". Il processualcivilista, se non erriamo, parlerebbe di una *convalidazione oggettiva* dell'atto nullo giacché, se il requisito di nullità è le-

⁵³ Mentre, nell'ottica più confacente ad una regola di validità, discorrono di "onere" LUMINOSO, *La compravendita*, cit. 205 e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, cit. 109. Di un'obbligazione *ex lege* del costruttore ragiona, senza tante *nuances*, ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, cit. 118. Di una contaminazione tra regole di validità e di comportamento ragiona LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, Torino, 2011, 33.

⁵⁴ In *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, p. 441 ss.

⁵⁵ Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. di r. civ.*, 2009, I, 621.

⁵⁶ Cfr. DELLE MONACHE, *op. ult. cit.* 622.

⁵⁷ E quindi prestata in un modo, diremmo, che non consentiva di reputare *esattamente adempiuto* l'obbligo a carico del costruttore: *idem*, va da sé, se la fideiussione prestata fosse risultata invalida o non rilasciata da un soggetto qualificato ai sensi dell'art. d.lgs. 122/05 oppure si prestata ma non per una durata idonea a garantire l'acquirente fino al trasferimento della proprietà.

⁵⁸ Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 629.

gato al verificarsi di un certo evento, difettando i presupposti, ove quell'evento non si verifichi, non c'è motivo perché l'atto cada⁵⁹. Notiamo di passata che, dalla narrativa del fatto, non risulta però che il promissario acquirente, pienamente consapevole della causa di nullità, avesse *medio tempore* costituito in mora il costruttore ovvero gli avesse notificato una diffida ai sensi dell'art. 1454 c.c. oppure si fosse risolto ad esercitare un'azione giudiziale diretta ad ottenere l'adempimento degli obblighi assunti dal costruttore: tutti casi nei quali può supporre, come la dottrina prevalente reputa, che si materializzino gli estremi di un comportamento del promissario acquirente «che determina la sanatoria del rapporto contrattuale»⁶⁰. Epperò, sempre stando all'esposizione dei fatti, in Cass. 30555/2019 tutto il problema rampollava dalla circostanza che il costruttore, essendo subito divenuto proprietario del terreno sul quale doveva poi sorgere l'immobile, già aveva riscosso per intero il suo corrispettivo. Di conseguenza, siccome si verteva nella fattispecie di una permuta di cosa presente (l'area edificabile) con una cosa futura⁶¹, *fin dal momento* del mancato rilascio della garanzia il promissario acquirente avrebbe potuto reclamare il proprio diritto sul fondo, quale modalità restitutoria dell'intero corrispettivo patuito. La dottrina è perspicua, al riguardo, nell'osservare che il qualificare come una conferma del preliminarizzare una permuta contestuale o immediatamente successiva alla stipula del primo svuoterebbe di effettività la tutela del promissario acquirente in quanto così avremmo degli «atti di conferma non sufficientemente ponderati o che si present[a]no come il frutto di un'imposizione del costruttore nei confronti della controparte»⁶². Il punto è se, sempre attingendo dalla narrativa del fatto, non poteva ivi ritenersi che una reiterata omissione della pretesa restitutoria, protratta per uno *spatium temporis* utilmente apprezzabile ai fini di una conferma del promissario acquirente⁶³, non era almeno riguarda-

bile come *fatto* espressivo di un suo *venire contra factum proprium*: mentre, e lo ribadiamo, non ci pare che possa dirsi che il rilascio tardivo della garanzia fideiussoria, siccome rimedia al vizio originario della fattispecie, rilevi *di per sé* da fatto ostativo al perdurare di un «interesse prioritario del contraente destinatario della normativa di protezione a fare valere la nullità»⁶⁴. Una consegna tardiva, quantunque *corregga* l'inadempimento originario, se non è corroborata da un contesto circostanziale univoco, non fa *automaticamente* venire meno «l'interesse all'azione da parte del promittente acquirente unico legittimato»⁶⁵. È soltanto, diremmo, un *contesto qualificato* che trasforma il dispositivo della nullità protettiva in una tecnica disponibile: non il fatto *solitario* che una seconda *chance* del promittente costruttore abbia soddisfatto l'interesse tutelato in un *tempo* diverso da quello comandato dalla legge. Per ogni circolazione immobiliare che sporge, il rilievo vien da sé, abbiamo un dispositivo, ritualizzante una protezione, che si slabbra. Anche il dispositivo di Corte cost. 32/2018, che ha ritratteggiato il perimetro protettivo dell'art. 2⁶⁶, obliquamente avvalorava una siffatta deduzione.

4. Pura nullità per una sopravvenuta estinzione del potere di impugnare?

Potrà, naturalmente, venirci obiettato che non c'è motivo di scomodare l'art. 156, comma 3, c.p.c. se, già a livello di letteratura civilistica, si è discusso di una nullità inoperante quando «non abbia concretamente danneggiato ... l'interesse finale protetto

⁶⁴ Così Monticelli, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1050 – 1052. Nel senso del testo, invece, Trib. Parma, 18 luglio 2017, n. 1116.

⁶⁵ Cfr. MONTICELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ V. C. cost., 19 febbraio 2018, n. 32, in *Giur. cost.*, 2018, 1435 ss. con nota (critica) di F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, ove la statuizione del principio che la necessità della fideiussione sussiste solo quando si tratti di immobili per i quali sia stato ottenuto o almeno domandato il permesso di costruire, mentre la fideiussione non si dà quando si tratti di immobili da costruire per i quali il relativo permesso non sia stato né ottenuto, né richiesto. L'ordinanza di remissione era Trib. Siena, 23 giugno 2015, in G.U., prima serie speciale, n. 28/2016: e la si è rigettata in quanto, nelle fattispecie in cui il permesso di costruire sia stato già ottenuto o almeno richiesto, l'acquirente vanterebbe un *affidamento legittimo* a motivo di un contesto di tendenziale legittimità urbanistica nel quale l'operazione si iscrive, diversamente dalla situazione che si viene a delineare quando la richiesta del permesso di costruire non sia stata neanche presentata. In tal caso l'operazione risulta «maggiormente rischiosa e, del maggior rischio, l'acquirente non può non essere avvertito» (così ASTONE, *op. ult. cit.* 1438).

⁵⁹ V., in luogo di tanti, LUISSO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2019¹⁰, 422.

⁶⁰ Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 626.

⁶¹ V. *amplius*, in luogo di tanti, CACCAVALE, *Problemi specifici della permuta di cosa presente con cosa futura alla luce dl d.lgs. 122/2005*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, cit. 57 ss.

⁶² Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 631.

⁶³ Donde il delinearsi, proviamo a dirlo così, di una fattispecie complessa nella quale è il gioco combinato di un atto e di un'omissione ad integrare quel contesto circostanziale che si mostra idoneo a poter valutare se il promissario acquirente si fosse risolto ad una sanatoria «in base ad una scelta adeguatamente meditata»: così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 631.



dalla norma»⁶⁷. Un siffatto interesse, si scrive, «potrebbe risultare preservato, sì da non precludere la ragionevolezza e la meritevolezza di una eventuale convalida» ovvero, e proprio nell'ipotesi di un venditore che si procuri successivamente la fideiussione mancante, la (parimenti conclamata) ragionevolezza di un «recupero [o di una] sanatoria»⁶⁸. L'idea, sunteggiandola al massimo, è dunque quella di una nullità che *non si dà* se il vizio «non è penetrato nell'area del valore e non ha caricato di disvalore il regolamento contrattuale o l'operazione complessiva»⁶⁹. Al netto dell'obiezione che il parallelismo ideato con gli artt. 30, commi 2 e 4 *bis* e 46, commi 1 e 4, t.u. ed. non tiene, giacché queste due disposizioni hanno ad oggetto sì il caso di un'allegazione successiva validante epperò laddove del certificato di destinazione urbanistica e/o del permesso di costruire difetti *soltanto* la menzione in atto⁷⁰, una siffatta lettura è senz'altro suggestiva: ci piace tuttavia pensare che, in luogo di un contratto testualmente nullo, il quale ciò nondimeno «non è portatore di alcun disvalore funzionale»⁷¹, sia più convincente ragionare di un contratto che *sta* in quanto la nullità non può più pronunciarsi quando lo scopo di protezione, a presidio del quale una determinata comminatoria sia comandata, risulta ormai garantito. L'obbiettivo, in un contesto siffatto, è quello di «conservare piuttosto che sopprimere»⁷²: e, come ha notato felicemente Rodolfo Sacco, guardando sì al contratto annullabile ma visto come l'epifania di una vicenda riproducibile altrove, al diritto vivente non è sconosciuta la fattispecie della *pura annullabilità*⁷³: noi qui diremmo di un contratto nullo *ma senza*, per un'*estinzione* del potere del soggetto le-

gittimato a domandarla, che il giudice possa dichiararla⁷⁴.

5. La nullità di protezione nella dualità di atto e rapporto?

Dopo di che, *nulla quaestio* sulla circostanza che la condotta del promissario acquirente scopertamente ivi ritualizzasse uno scopo speculativo, mirando l'attore a sciogliersi da un'operazione economica che non reputava più conveniente⁷⁵: epperò, nella specie, un interesse questo promissario lo vantava giacché, domandando la nullità del preliminare ed agitando l'argomento del collegamento negoziale con la permuta del fondo, costui mirava in realtà a recuperare proprio il terreno trasferito *medio tempore* al costruttore. *Ergo*, uno spoglio attento della vicenda avrebbe dovuto implicare uno scrutinio in merito alla condotta del promissario acquirente onde appurare il tipo di comportamento tenuto nello spazio temporale utile ad una sua eventuale conferma ovvero ad una rinuncia agli effetti della nullità⁷⁶. Se può esser vero che una garanzia fideiussoria postuma è riguardabile come una prestazione (del costruttore) suscettibile di un effetto sanante, non è meno esatto che un rifiuto tempestivo opposto dal promissario acquirente, lungi dal mimare uno *ius poenitendi* sleale, ben si cala nella cornice di protezione di un contraente che pur sempre reagisce ad un inadempimento della controparte. Il problema, per dirlo di nuovo alla Sacco, è l'arco temporale nel quale alla parte legittimata è consentito discrezionalmente «inchiodare lo stipulante ... al testo contrattuale o alla sua irrilevanza»⁷⁷. Diversamente dalle nullità consumeristiche, qui invero si materializza un problema di opponibilità ai terzi subacquirenti di una nullità riconnessa alla sola volizione del contraente protetto⁷⁸: e la sorte dei negozi derivati, in quanto postulanti la validità del preliminare, scopertamente rappresenta un valore che va ad impattare sul conformarsi di una siffatta impugnativa. È intuitivo che qui la nullità potrebbe venire utilizzata per

⁶⁷ Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 56 e, in termini consimili, MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1051 s.

⁶⁸ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.* 59.

⁶⁹ V. PERLINGIERI, *op. ult. cit.* 60 e pure MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1051.

⁷⁰ Dunque, sunteggiando al massimo il discorso, la sanatoria del TUED suppone che la nullità sia *formale* e non *sostanziale*. Nella trama del TUED l'inconfermabilità dell'atto, perché il titolo all'atto della stipula non è esistente, può ben intendersi a guisa di un'incommerciabilità del bene. V. CATAUDELLA, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadr.*, 1986, 487 ss. Il dover essere del TUED, diremmo, non contempla una sopravvenienza di un titolo *originariamente* mancante. Ce lo ricorda puntualmente ORLANDO, *Le S.U. sulla circolazione degli edifici abusivi. Note minime sulle nullità documentali "non formali"*, in *Contratti*, 2019, 539 (al quale si rinvia anche per una bibliografia mirata).

⁷¹ V. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁷² Così SPADA, *"Nulla e avvenuto": le nullità del diritto commerciale*, cit. 229.

⁷³ V. SACCO, *Il contratto*, cit. 1498.

⁷⁴ Perché, e qui concordiamo con PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. 60 «l'interesse finale protetto dalla norma non è stato leso, è rimasto soddisfatto pur se attraverso procedure diverse da quelle tipicamente o fisiologicamente previste dal legislatore».

⁷⁵ Aggirando «surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte».

⁷⁶ Ovvero, per dirlo alla SACCO, *Il contratto*, cit. 1497 ad un silenzio che «equivale [ad un] sopravvenuto interesse del contraente alla conservazione dell'atto».

⁷⁷ Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1540.

⁷⁸ V. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 40 s.

ottenere un prezzo più basso di quello originario ovvero perché il promissario è in procinto di stipulare un contratto sostitutivo ad un prezzo più conveniente.

E poi due domande: se la nullità va rigettata quando il risultato atteso sia conseguibile, *quid* ladove la garanzia fideiussoria non venga mai rilasciata senza però nel contempo che il costruttore vada *in default* ultimando nei tempi previsti l'immobile?⁷⁹ Vero è che ivi non è dato riscontrare un atto «rispettoso della forma», benché eseguito in un momento temporale diverso da quello prescritto dalla legge⁸⁰: e tuttavia, se ne facciamo una questione di *lesione* dell'interesse protetto, neanche qui l'omissione del promittente alienante mette in realtà a repentaglio l'utile perfezionarsi dell'operazione economica, il *fatto* dell'esecuzione rendendo infatti «la situazione giuridica successiva al contratto non più va da sé lesiva ma equa»⁸¹. Ed allora, *sic stantibus rebus*, dobbiamo supporre che una domanda di nullità andrebbe rigettata pure allorché, avendo pattuito una rinuncia preventiva alla garanzia fideiussoria, quale va da sé corrispettivo di un prezzo di acquisto inferiore, il promissario acquirente si dovesse risolvere *ex post* ad impugnare il contratto? Anche qui la slealtà della domanda, allorché sia una sopravvenienza a mutare il tasso di convenienza economica dell'affare, diviene un fatto la cui evidenza è, diremmo, diagnosticabile *ictu oculi*.⁸² Venuto ad esistenza il bene, se già non si verte nell'ipotesi di un acquisto automatico della proprietà in quanto la fattispecie è da riguardarsi a guisa di una vendita di cosa futura (art. 1472, comma 1, c.c.), basta in effetti che le parti stipolino un comune contratto di compravendita. La dottrina, d'altronde, è pressoché unanime nel ritenere operante una volontà sanante nell'ipotesi in cui il pro-

⁷⁹ Forse che, ragionando nella prospettiva del *rapporto*, dobbiamo pensare che il *fatto* del realizzarsi dell'unità immobiliare negoziata ha la virtù di rendere il contratto inattuabile?

⁸⁰ Cfr. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. 81.

⁸¹ Così BENEDETTI, *La rescissione*, cit. 40. In precedenza, notiamo, abbiamo sostenuto una tesi simile in PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 220 s. Per il rilievo di una buona fede oggettiva «a misura dell'ammissibilità dell'azione di nullità», v. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 42.

⁸² Se volessimo complicare l'esempio potremmo però pure immaginare che, stante la domanda di nullità ovvero un rifiuto alla stipula notificato stragiudizialmente, il costruttore stipuli una compravendita dell'immobile ultimato con un terzo. Se il promissario acquirente dovesse pentirsi offrendo il residuo del prezzo, il costruttore potrebbe opporre una *replicatio doli*? V. SACCO, *Il contratto*, cit. 1499 nonché LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 47. E, trascorrendo ad un secondo esempio tutt'altro che di scuola, *quid se*, nel frattempo, il costruttore avesse alienato a terzi il terreno ottenuto in permuta?

missario acquirente, edotto della nullità del preliminare, si risolve consapevolmente a stipulare il contratto definitivo⁸³. Di passata, ci vien poi fatto di notare, che qui verrà a fare da sponda pure l'argomento, non meno dirimente di quello ottimizzante un effetto traslativo che abbia azzerato i rischi per i quali era stata normativamente confezionata la garanzia fideiussoria, di un'autonomia causale tra preliminare e definitivo escludente va da sé che i vizi del primo possano trasmettersi al secondo.

La chiosa deducibile ha però dell'intuitivo: se la bussola è il realizzarsi dello scopo, al cui presidio la singola comminatoria è comandata, per qualche nullità di protezione non può supporre che, in quanto *nullità sospesa* (*schwebende Nichtigkeit*)⁸⁴, essa basculi tra un atto di convalida ed uno di sanatoria, nella cornice più generale di un c.d. recupero del contratto nullo per una sopravvenuta insussistenza di un interesse ad impugnare?⁸⁵ Probabilmente, ci sia consentita la battuta, ragionare di un atto comunque idoneo a raggiungere lo scopo, nonostante la carenza originaria del requisito comandato, oltre ad introdurre nel discorso un pragmatismo di buon senso⁸⁶, avrebbe l'utile risultato di sottrarci all'*horror vacui* di una nullità di protezione declinabile, pirandellianamente parlando, ... alla "Come tu mi vuoi", in un crescendo di definizioni mimante

⁸³ V., in luogo di tanti, DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 632 e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, cit. 115. *Idem* MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1052, ad avviso del quale, «una volta stipulato il contratto definitivo si [ha] una sorta di "sanatoria implicita" del contratto preliminare nullo per l'omessa consegna della fideiussione».

⁸⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, 749, che la illustra problematicamente come una nullità «se si verificherà un evento ... successivo alla conclusione del contratto», sulla scia di CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, 372 s. Illuminante è SACCO, *Il contratto*, cit. 1506, laddove scrive «tutto si semplifica se parliamo di incertezza, di situazione sospesa». Il parallelismo tra nullità di protezione e nullità sospesa è, dicevamo, il *leit motiv* della bella monografia di GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit. 441 ss. che però, diversamente da quanto qui proponiamo, lega la sospensione al monopolio di una ponderata volontà sanante del contraente protetto.

⁸⁵ V. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 633 e, per chi lo volesse, già prima PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit. 27 e 67 s. nonché MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi - I*, a cura di Gentili, Milano, 2006, 139.

⁸⁶ V., succosamente, C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 197 ss.



la consueta «guerra dei nomi»⁸⁷. Viceversa, incorniciata in una *dualità* di prospettive, ad un tempo statica (fattispecie) e dinamica (rapporto), ci possiamo più costruttivamente spingere a pensare ad una nullità di protezione il cui stare è condizionato, alla maniera dell'art. 1448, comma 3, c.c. al perdurare del pregiudizio fino al momento in cui la domanda viene ad essere proposta?⁸⁸ Così ragionando, il rilievo vien da sé, si esalta l'idea che un diverso contesto situazionale, rispetto a quello esistente all'atto della stipula, possa mettere in forma un «nuovo orizzonte di senso per la disciplina del caso concreto»⁸⁹. Piuttosto che di abuso del diritto, stiamo dicendo, avrebbe allora ben più senso ragionare della nullità di protezione come un rimedio che vede la *quaestio nullitatis* evolvere in chiave *sincronica*. L'intuizione, fin troppo negletta dalla dottrina, è in una pagina di Giuseppe Benedetti, lucido nell'evidenziare che possono darsi degli «atti esterni alla fattispecie cui tuttavia il legislatore» discrezionalmente riconnette il «trattamento dell'invalidità del contratto»⁹⁰. Certe decisioni di merito, molto opportunamente, sembrano cominciare a prenderne contezza⁹¹, esaltando la rilevanza del «regolamento»⁹².

⁸⁷ Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1503, nt. 63.

⁸⁸ Con il dubbio, semmai, se la domanda proposta precluda un adempimento tardivo alla maniera di cui all'art. 1453 c.c.: v., al riguardo, LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 49.

⁸⁹ Così BENEDETTI, *La rescissione*, cit. 66.

⁹⁰ In *La rescissione*, cit. 48, un'invalidità, prosegue emblematicamente l'a., vestita con i panni «spesso [della] cosiddetta nullità di protezione».

⁹¹ L'allusione è a Trib. Ancona sez. I, 21 febbraio 2019, n.349, nel mutuo di scopo, si legge, «poiché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con i relativi interessi, ma anche a realizzare l'attività programmata», la destinazione delle somme mutate è un *essenziale* del regolamento di interessi, con l'obbligo assunto dal mutuatario che viene ad avere rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma. Ergo è un impegno munito di rilievo causale nell'economia del contratto. Se così tuttavia, tuttavia, «l'accertamento di un eventuale difetto di causa non può prescindere dalla verifica dell'attuazione o meno di tale risultato, tanto che neppure l'eventuale parziale utilizzazione delle somme mutate per estinguere eventuali debiti precedenti determina la nullità del contratto *ove comunque sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi*» (c.vo aggiunto). Ma si tratta di un periodare che si sta diffondendo ricorsivamente.

⁹² V. DI MAJO, *Forma dell'atto o regolamento del rapporto?*, cit. 286.

Postilla.

Se da un lato ha ormai del ricorsivo l'idea che le cause di nullità si «vanno elasticizzando»⁹³, dall'altro è pressoché unanime l'opinione che la nullità relativa dell'art. 2 sia un rimedio inefficiente⁹⁴, non garantendo affatto una tempestiva restituzione di quanto versato al costruttore. Tutto vero, beninteso, senza però che la critica abbia sortito un qualche effetto visto che il d. lgs. 14/2019, seppur istitutivo di nuove tutele per gli acquirenti⁹⁵, non ha innovato in argomento⁹⁶. Rimane così intatta l'impressione che la diffusa seduzione ad istituire una corrispondenza necessaria di statuto invalidante quando, lo ribadiamo, il contratto viziato sia asimmetrico davvero alimenti più problemi di quanti in realtà ne risolva: al netto delle criticità sopra esposte, il ricondurre il «di protezione» ad una sostanziale unitarietà dimentica che, se la parzialità necessaria, in deroga all'art. 1419, comma 1, c.c., veicola l'interesse (del consumatore) ad un contratto (mutilato) non più abusivo, una nullità dell'intero contratto realizza invece una tutela ablativa, in forma specifica, ove l'interesse finale, di stampo ripristinatorio⁹⁷, è ben diverso. Non è forse vero, d'altro canto, che, quando la nullità protettiva sia totale, non si dà mai un concorrente scrutinio di adeguatezza o di iniquità del contenuto, il contratto ivi cadendo per difetto di una formalità o di un requisito strutturale?

Alle corte: ben che vada, chi cede alla tentazione di credere ad una disciplina generale, comune a tutte le nullità di protezione, se non un rigido involucro, maneggia una formula magica.

⁹³ Così DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 27.

⁹⁴ V., in luogo di tanti, LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 34; DE CRISTOFARO - COSTOLA, *Le misure di protezione degli acquirenti degli edifici da costruire, introdotte dal D. legisl. 20 giugno 2005: prime considerazioni*, in *Studium Juris* 2005, 1006 ss. e P. MAZZAMUTO, *L'acquisto degli immobili*, Padova, 2007, 10-12.

⁹⁵ V., per tutti, MEZZASOMA, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Corr. giur.* 2019, 1266, alla cui copiosa bibliografia si rimanda.

⁹⁶ Semmai raddoppiando visto che alla regola, già fissata dall'art. 2, per l'ipotesi di mancanza della fideiussione, la novella aggiunge, al comma 1 dell'art. 4, d.lgs. n. 122/2005, l'inciso per cui l'obbligo della polizza assicurativa è previsto «a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente». Dopo di che è vero che una siffatta statuizione Tale previsione ben si amalgama con il disposto dell'art. 5, d.lgs. n. 122/2005, ai sensi del quale è nulla e deve intendersi come non apposta ogni clausola con cui l'acquirente rinunci alle tutele accordate dal decreto.

⁹⁷ Non ci parrebbe diverso il discorso di DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 25.

Note e commenti

LA NULLITÀ SELETTIVA TRA VANTAGGIO DEL CLIENTE E PARALISI DELLE RESTITUZIONI

Di Daniele Imbruglia

| 3

SOMMARIO: 1. Crisi della fattispecie e giurisprudenza creativa. 2. Il problema 3. L'ambaradan delle domande e delle eccezioni 4. La nullità protettiva e i poteri delle parti 5. L'esercizio dell'azione di nullità selettiva 6. La regola iuris: vantaggio economico e paralisi dell'effetto restitutorio 7. Conclusioni

ABSTRACT. L'articolo esamina la decisione delle Sezioni Unite n. 28314 del 4 novembre 2019, in tema di nullità del contratto ed esercizio dei rimedi da parte dell'investitore.

This article examines the decision no 28314 of 4.11.2019 of the Italian Supreme Court of Cassation, regarding void contracts and the exercise of remedies available to the customer.



1. Crisi della fattispecie e giurisprudenza creativa.

Da qualche tempo, con l'espressione "crisi della fattispecie", la migliore scienza giuridica discute la perdita e il superamento di quella tecnica normativa che ha per obiettivo la produzione di un diritto scritto che sia chiaro, completo e, quindi, idoneo a consentirne un'applicazione meccanica da parte del giudice (*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*)¹. Tra i fattori di quest'abbandono vi sono, anche, un'altra "crisi", quella della legislazione. Con sempre maggiore frequenza, infatti, il legislatore ordinario rende arduo, per non dire impossibile, l'applicazione meccanica dello schema normativo al fatto concreto, ad esempio, limitandosi ad affermare un certo contenuto e tacendone poi la definizione delle conseguenze per l'ipotesi di sua violazione². Tale silenzio e tale frammentarietà hanno l'effetto di aumentare lo spazio discrezionale e creativo degli interpreti, chiamati a decidere il caso³ ora risolvendo antinomie, ora colmando lacune e ora individuando essi stessi la regola di diritto⁴.

¹ Le ragioni di questo fenomeno sono numerose e la loro discussione esula da queste brevi note e dalla competenza di chi scrive. Per la sua comprensione è ineludibile la lettura dei saggi di N. IRTI (in particolare di *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 687; *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p. 11; *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17; *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801; oggi raccolti, insieme ad altri, in ID., *Il diritto incalcolabile*, Torino, 2016), nonché, per un diverso approccio, quella dei testi di S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033, di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *ivi*, 2015, p. 1104, e di G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *ivi*, 2018, p. 939. Più di recente, la rivista *Ars Interpretandi* ha dedicato un intero numero (1/2019) alla discussione della crisi della fattispecie e autorevole dottrina ha descritto il "paesaggio" delle diverse opinioni attuali proprio ponendo l'attenzione su tale aspetto di logoramento del metodo tradizionale giuspotivista: A. GENTILI, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 39.

² M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 19.

³ D'altra parte, come si legge in N. IRTI, *Il diritto incalcolabile*, *op. cit.*, p. VIII-IX, "Insopprimibile è soltanto il momento del decidere. (...) Qualsiasi società – dalla tribù primitiva alla famiglia, dallo Stato alle comunità minori – ha bisogno di decisioni. La singola vicenda va comunque definita e chiusa nel passato: res giudicata, appunto, quale che siano i modi e i contenuti della decisione. Non ci si può attendere oltre. Possiamo immaginare (o paventare) una società, in cui non ci siano norme con rigide fattispecie, né si svolgano giudizi sussuntivi, e invece si realizzino 'valori' e 'clausole generali' e principi di giustizia materiale, ma non una società senza decisioni".

⁴ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 6.

Tutto ciò si ripercuote, almeno in un primo momento, sul sistema a mo' di confusione e disordine ("ambaradan"). Ad esempio, all'inizio di questo secolo si discuteva la definizione delle conseguenze civilistiche per la violazione delle norme poste dal legislatore speciale a tutela dell'investitore e della stabilità del mercato finanziario. Nel silenzio del legislatore, le posizioni espresse dalla scienza e dalla giurisprudenza oscillavano tra quella favorevole a riconoscere al cliente la nullità del contratto per violazione di norma imperativa e quella invece che militava nel senso di una responsabilità per inadempiamento. In questo contesto di crisi della fattispecie, la tensione tra il silenzio del legislatore e "l'ambaradan dei rimedi" restituiva all'osservatore più attento la sensazione che il "cuore" del contratto – coincidente, per l'appunto, con i rimedi contrattuali – battesse "all'impazzata", obbedendo più "al criterio empirico del risultato sostanziale desiderato" che a un ordine prestabilito⁵. Orbene, proprio quella vicenda dimostra come capiti talvolta che, dopo questo primo momento "tumultuoso e irregolare", la giurisprudenza – grazie ad un'interpretazione "caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza"⁶ – riesca a riempire il vuoto lasciato dalla crisi della legislazione e affermi un ordine stabile e certo del "battito" del cuore del contratto. Ciò, infatti, avviene quando, come accaduto con le sentenze *Rordorf* del dicembre 2007⁷, essa individua una regola di decisione congrua rispetto al sistema⁸, ossia universalizzabile⁹.

⁵ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 898.

⁶ G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure*, *op. cit.*, p. 1108.

⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Foro It.*, 2008, I, c. 784) e n. 26725 (in *Contratti*, 2008, p. 221). Le sentenze sono state ampiamente commentate: in luogo di tanti, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 785; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104. Per comprendere l'importanza delle decisioni *Rordorf* dal punto di vista del diritto civile, è sufficiente confrontare l'attenzione che a essa attribuiscono G. D'AMICO, *Nullità non testuale* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 808 e G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 774-775, o riportare quanto affermato da F. GALGANO, *Il contratto d'intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1. per cui "la sentenza delle Sezioni unite assume una importanza che va oltre il tema specifico dell'intermediazione finanziaria; offre un contributo alla teoria generale del contratto".

⁸ Come noto, in uno con la distinzione "fortemente radicata nei principi del codice civile" tra illiceità dell'atto e illiceità del

La dinamica ora ripercorsa – di un contesto segnato dalla crisi della fattispecie, dall'ambaradan d'interpretazioni e dall'invocazione di rimedi secondo un "criterio empirico" che trova un proprio ordine in una decisione giurisprudenziale – torna alla mente con riferimento alla questione della c.d. nullità selettiva, ossia della determinazione degli effetti giuridici prodotti dall'esercizio da parte del cliente dell'azione di nullità in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Per un verso, si deve registrare come l'assenza di un'espressa indicazione legislativa rispetto al problema abbia comportato, anche in questo caso, una grande confusione circa gli esatti confini della domanda così azionata¹⁰. Per altro verso,

comportamento (sulla connessa distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si vedano, S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 680-682; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 43; sulla distinzione quanto alle conseguenze della violazione delle due diverse regole si vedano, invece, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, p. 9; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 2765), le Sezioni Unite del dicembre 2007, infatti, ricondussero le regole sull'intermediazione mobiliare nei termini di obblighi imperativi di comportamento integranti *ex lege* il contratto di intermediazione, riconoscendo all'investitore una azione, peraltro esperibile anche in ipotesi di contratto concluso, di responsabilità contro l'intermediario. Per l'affermazione della responsabilità quale forma di tutela contro la violazione delle regole di comportamento, si veda, in luogo di tanti, G. D'AMICO, *Regole*, cit., p. 56-57 e G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 915. Per l'orientamento dottrinale che ammette il rimedio risarcitorio per le lesioni occorse nella fase delle trattative anche in presenza di un contratto valido, si vedano A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 26; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 113; G. FERRARINI, *Gestione fiduciaria, nuove forme di investimento, tutela degli investitori*, in *Banca borsa*, 1982, p. 240; ID., *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*, in *Giur. Comm.*, 1988, p. 585; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 943; M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 135; R. SACCO – [G. De NOVA], *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. Sacco*, Torino, 2016, p. 1199.

⁹ Su tali requisiti della decisione creativa si vedano L. MENGONI, *L'argomentazione*, op. cit., p. 12 e M. TARUFFO, *Legalità*, op. cit., p. 22 e p. 25.

¹⁰ Sulla questione si vedano, tra i tanti, D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2333; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'eserci-*

zio selettivo della nullità relativa, in *Banca borsa*, 2014, 612; S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 828; C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 9; D. MAFFEIS, *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; ID., *Nullità selettive: la "particolare rilevanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, p.177.

zio selettivo della nullità relativa, in *Banca borsa*, 2014, 612; S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 828; C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 9; D. MAFFEIS, *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; ID., *Nullità selettive: la "particolare rilevanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, p.177.

¹¹ Corte di Cassazione, ord., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, I, c. 980 con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*. L'ordinanza è stata ampiamente commentata: in particolare, si vedano le note di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento - La questione alle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2019, 355; F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e «sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 152; D. MAFFEIS, *Nullità selettive*, op. cit., 177; G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, 285; M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite*, in *Corriere giur.*, 2019, 173; C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. It.*, 2019, 765; F. TONINI, *L'invalidità «selettiva» del contratto di investimento rimessa alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 48. Come noto, la questione sollevata dall'ordinanza 23927/2018, cit., era stata già oggetto di altra ordinanza (Corte di Cassazione, Sez. I, ord. 17 maggio 2017, n. 12390, su cui, per tutti, U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 828), ma la discussione della questione era stata assorbita da quella sulla validità del contratto c.d. monofirma (Corte di Cassazione, Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, c. 937 con nota di C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*; in *Contratti*, 2018, 133, con commenti di G. D'AMICO, *La «forma» del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus*, e di S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le sezioni unite ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.*; in *Giur. it.*, 2018, 569 con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il «balletto» delle forme*.

¹² Corte di Cassazione, Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 23. Tra i primi commenti alla sentenza in esame, si vedano le osservazioni di D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica* (entrambe in www.dirittobancario.it, 2019), di R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*,



te discute la decisione dei giudici di merito di estendere, su richiesta dell'intermediario, l'effetto di caducazione anche agli ordini di acquisto non impugnati dal cliente in citazione, perché produttivi di un rendimento per lui favorevole, e che, peraltro, ammontavano a un importo persino maggiore di quelli oggetto della sua domanda¹³.

6 Dopo avere posto in luce il problema (§2) e il variegato panorama di posizioni sul punto (§3), nonché, ovviamente, il contenuto della decisione (§4, §5, §6) già ampiamente discussa da altri, mi soffermerò sul passaggio che riconosce all'intermediario convenuto la facoltà di paralizzare

www.questionegiustizia.it (2020), di A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 32; di D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *ivi*, p. 160; di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *ivi*, p. 163; di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *ivi*, p. 176; di S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *ivi*, p. 169; di Id., *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *questa rivista*, 2019, p. 123; C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *ivi*, p. 69; di G. VETTORI, *Nullità selettiva e riequilibrio effettivo: l'evoluzione della buona fede*, in *ivi*, p. 21; di A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite, ovvero: dell'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in corso di pubblicazione e che ho potuto consultare per la cortesia dell'Autore.

¹³ Dinnanzi al Tribunale di Mantova, la dichiarazione di nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione dell'intermediario è domandata dall'attore sì da poi ottenere la nullità di certi ordini impartiti in esecuzione di quell'accordo invalido e quindi la restituzione delle somme così investite (oltre centoquarantamila euro). Nel giudizio così azionato dall'investitore l'istituto di credito convenuto si difende eccependo, in via riconvenzionale, la caducazione di tutte le operazioni poste in essere in esecuzione del rapporto inerente al contratto quadro di cui la controparte aveva domandato la dichiarazione di nullità e, quindi, la restituzione di tutti i titoli ancora nella disponibilità del cliente, nonché delle somme versate all'attore in esecuzione del contratto nullo per vizio di forma (quasi trecentomila euro). Il giudice virgiliano dichiara la nullità del contratto quadro rilevando il difetto di sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario e, poi, accoglie le domande restitutorie di entrambe le parti, condannando, per effetto della compensazione delle opposte ragioni di credito, l'attore al pagamento dell'indebitato, ossia la differenza tra il suo credito determinato dalla caducazione degli ordini da lui selezionati e quanto da lui dovuto in conseguenza della caducazione di tutti gli altri ordini inerenti al contratto di investimento privo di forma. La decisione del Tribunale di Mantova viene in parte impugnata dall'attore dinnanzi alla Corte di Appello di Brescia, la quale conferma la compensazione tra i crediti delle parti, ma revoca la condanna dell'attore al pagamento dell'eccedente (e, ciò, sul rilievo che la difesa della convenuta non aveva avanzato una formale domanda di pagamento di quanto dovuto).

la dinamica restitutoria invocando l'eccezione di buona fede (§7).

2. Il problema

L'esercizio da parte del cliente dell'azione di nullità in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro ex art. 23, comma I, d.lgs. 58/1998 (nel prosieguo, T.u.f.) muove da due presupposti.

Innanzitutto, viene in rilievo la struttura bifasica del rapporto d'investimento, il quale come noto è caratterizzato da una prima fase dominata dal contratto quadro, c.d. "contratto di investimento", e una seconda fase segnata, invece, dalla vera e propria esecuzione dei singoli ordini di acquisto e vendita. Per quanto necessaria, la prima fase non determina alcuno spostamento patrimoniale per le parti. Il contratto di investimento è, difatti, unicamente funzionale alla costituzione di un vincolo obbligatorio e alla disciplina di un rapporto (modalità delle operazioni, costi, durata del servizio, etc.). I singoli ordini d'investimento sono eseguiti, sulla base delle istruzioni impartite dal cliente all'intermediario, solo in una fase successiva alla sottoscrizione del contratto quadro. Il rapporto sussistente tra il contratto e questi atti è descritto in vario modo dalla dottrina¹⁴. Secondo un'autorevole tesi, il primo contratto è da definire nei termini di un contratto normativo che regola il rapporto tra il professionista (intermediario) con il cliente (investitore) mentre gli ordini di acquisto impartiti dal cliente costituirebbero proposte dirette all'intermediario¹⁵. Per contro, altri hanno sostenuto la natura mista, a metà tra mandato e conto corrente, del contratto d'investimento e che l'ordine del cliente alla banca è "un atto unilaterale esecutivo del mandato"¹⁶. Com'è noto, anche la giurisprudenza – e così le Sezioni Unite nella sentenza in commento – appare recentemente propensa a leggere detta sequenza di atti nei termini di un "contratto quadro", che è accostato alla figura del mandato, e di successive operazioni che costituiscono

¹⁴ *Ex multis*, G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli formali imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1344.

¹⁵ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore, op. cit.*, p. 896, ma, già, C. CASTRONOVO, *Il diritto della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa*, 1993, p. 309.

¹⁶ F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. impresa*, 2005, p. 892-893.



momento attuativo¹⁷. A prescindere da quale sia la lettura adottata del complesso rapporto d'investimento, è un dato di fatto che esclusivamente tali ordini possono concretamente determinare profitti o perdite per il cliente ed essergli, di conseguenza, vantaggiosi (e quindi oggetto di un interesse alla loro conservazione) o pregiudizievole (e quindi oggetto di un interesse alla loro rimozione che si realizza con la restituzione delle somme versate).

In secondo luogo, la possibilità di proporre una nullità c.d. selettiva deriva dalla particolare conformazione legislativa della disciplina dell'invalidità per vizio di forma del contratto di investimento¹⁸. Come noto, il dato normativo rilevante (art. 23, T.u.f.)¹⁹ prevede esplicitamente che il vizio della forma prescritta dal legislatore costituisca una causa di nullità del contratto²⁰. Al comma terzo l'art. 23,

T.u.f., in deroga alla disposizione codicistica (art. 1421 cod. civ.), dispone che la nullità possa essere fatta valere soltanto dal cliente, così da ascrivere la disposizione alla categoria delle nullità protettive²¹. Di tal modo, l'art. 23 T.u.f. lega in modo ineludibile la nullità e l'interesse del cliente. Come meglio si dirà appresso, per un verso, la nullità - che pure esiste andando soltanto dichiarata e accertata - non può essere fatta valere senza di questo (*infra*, §4.1 e §4.3) e, per altro verso, essa può essere fatta valere nei limiti di questo interesse (*infra*, §4.2).

3. L'ambaradan delle domande e delle eccezioni.

Orbene, proprio considerando il disposto del terzo comma dell'art. 23 T.u.f. nonché la più generale disposizione di cui all'art. 100 del codice di rito ("per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"), diversi Tribunali di merito²² e una nota pronuncia della Corte di Cassazione²³ hanno accolto la domanda di nullità

¹⁷ Cass., n. 2017/26724, *cit.*; di recente, milita nella medesima direzione anche la già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018.

¹⁸ Cass., 28314/2019, *cit.*, §4. Come si legge in U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, *op. cit.*, p. 842, la nullità protettiva "intrattiene con la dinamica della "selettività" un rapporto non certo occasionale, bensì proprio strutturale. È infatti la nullità di protezione, e non altre, che rende la dinamica selettiva anche solo astrattamente ipotizzabile. Fuori dalla categoria, il tema semplicemente non si dà; e anzi, all'esterno di essa la prospettiva di un'azione di nullità rigettata perché non abbastanza ampia nell'impianto oggettivo si trova addirittura incomprensibile, e proprio spaesante. Al suo interno, resta indifferente la considerazione della specifica causa che abbia condotto alla nullità (protettiva) del contratto quadro, sia essa la forma ex art. 23 t.u.f. o altra fattispecie di nullità protettiva.

¹⁹ Sul punto, si vedano, tra i tanti, S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 44; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; G. BERTI DE MARINIS, *Forma degli ordini e dovere di diligenza e correttezza nel Testo Unico della finanza*, in *Rass. giur. umbra*, 2009, 7; G. TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 39; I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 161; D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam*, *cit.*, p. 52; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 415; L. DAMBROSIO, *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 t.u.f.*, in *Contratti*, 2012, 520; P. BERETTA, *Il mancato rispetto della forma «ad substantiam» nel contratto-quadro d'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2015, p. 485.

²⁰ Sulla disciplina della forma prevista dalla legislazione speciale a tutela della parte debole del rapporto (consumatore, cliente, investitore, turista etc.) e la sua evoluzione rispetto alla normativa codicistica si vedano: D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 125; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 40; A.M. SINISCALCHI, *Profili della nullità formale*, Milano, 2000; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; M.G. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti*

di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 410; D.I. PACE, *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 160; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; Id., *Neoformalismo contrattuale* (voce), in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 772; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 12; R. FAVALE, *Il formalismo nei contratti dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, p. 583.

²¹ Su tale categoria di nullità si vedano i classici lavori di G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; Id., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019; Id., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 693; G. FILANTI, *Nullità. III) Nullità speciali* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004, p. 1; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459; S. PAGLIANTINI, *Le forme della nullità*, *op. cit.*; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 199; M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 233; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008; R. ALESSI, *«Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1141.

²² *Ex multis*, Trib. Milano, 11 aprile 2008 e Trib. Udine 16 gennaio 2009 (entrambe in www.ilcaso.it).

²³ Tra la giurisprudenza di legittimità spicca sicuramente Corte di Cassazione, 27 aprile 2016, n. 8395 (in *Corriere giur.*, 2016, 1110, con nota adesiva di A. TUCCI, *Conclusione del contratto*



8

selettiva, condannando l'intermediario convenuto alla restituzione delle somme in favore dell'attore investitore e, ciò, proprio sul rilievo che l'interesse a far valere la nullità coincidesse con il travolgimento dei soli ordini svantaggiosi²⁴.

3.1. Altra parte della dottrina e della giurisprudenza – di merito e di legittimità – milita in direzione opposta, negando la possibilità di una siffatta limitazione degli effetti dell'invalidità. Tale orientamento è molto variegato, ma muove da un dato comune: esso contesta questa facoltà selettiva giacché, mercé una classica argomentazione orientata alle conseguenze, si considera iniquo dichiarare la nullità del contratto quadro e caducare unicamente gli ordini d'investimento da esso contratto dipendenti che siano svantaggiosi per il cliente. Come si dirà immediatamente, da questo comune sentire nascono diverse impostazioni, che attribuiscono ora al giudice (*infra*, §3.2 e §3.3) ora all'intermediario convenuto (§3.4) il compito di impedire all'investitore di recuperare tutte le somme investite senza al contempo restituire quanto ricevuto in forza degli ordini che ha lasciato fuori dal giudizio. Occorre rilevare come nessuna di queste tesi (§§ 3.2-3.4) riesca a spiegare l'illiceità di una simile eventualità.

3.2. Da parte di alcuni, si è negata *in toto* l'ammissibilità di una simile domanda, asserendo che essa andasse sempre respinta dal giudice perché in sé abusiva. In particolare, si è sostenuto che la funzione della norma invalidante (art. 23, T.u.f.), individuata nella certezza dei traffici e nella trasparente informazione del cliente, sia tradita dalla domanda di accertamento della nullità del contratto quadro azionata al solo fine di ottenere la dichiarazione di nullità di certi ordini e non di ogni atto di esecuzione del contratto viziato²⁵.

3.3. Sempre nella direzione dell'illegittimità milita anche quell'orientamento che, sul rilievo per cui l'azione di nullità, "complice l'unitarietà della sequenza aggregante contratto-quadro e i successivi

ordini d'investimento, non si ramifica a valle"²⁶, sostiene il respingimento della domanda selettiva per sua intrinseca contraddittorietà e manifesta illogicità²⁷. Quest'argomentazione esalta il nesso d'interdipendenza tra il contratto quadro e i singoli atti (*simul stabunt simul cadent*). Essa è portata alle estreme conseguenze da chi legge nella selezione degli ordini da caducare l'implicita volontà del cliente di mantenere il restante rapporto contrattuale e, pertanto, afferma la paralisi della domanda, rilevandovi una tacita convalida del contratto quadro²⁸. Invero, quest'ultima tesi è stata respinta²⁹ dalla dottrina più attenta³⁰, la quale ha rilevato come, tra le altre cose, sia incomprensibile il modo in cui "la convalida tacita di taluni ordini (appunto, quelli estranei all'azione) possa condurre alla convalida (tacita anch'essa, si dovrà concedere) di quelli oggetto dell'azione di nullità, e cioè di quelli in relazione ai quali si esprime, proprio nell'atto in cui si ravvisa la fonte della convalida tacita, la volontà opposta: e cioè della volontà non già conservativa, bensì ablativa"³¹.

3.4. Non solo. La discussione sulle conseguenze dell'azione di nullità selettiva non si esaurisce nelle posizioni che la negano *in toto* e che riconoscono al giudice il potere di respingere la domanda selettiva come proposta dal cliente. Tra gli interpreti, infatti, non è mancato chi ha ritenuto che la scelta

²⁶ S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma*, op. cit., p. 691.

²⁷ Trib. Como, 7 marzo 2012, in www.ilcaso.it, dove si legge che "[l]art. 23 TUF consente, infatti, al cliente di scegliere se far valere la nullità derivante dal difetto di forma del contratto "quadro", ma non gli attribuisce anche la facoltà di determinarne gli effetti a seconda della natura (favorevole o meno) dell'operazione di investimento successiva alla stipula del contratto e cioè, in concreto, di salvare gli ordini di acquisto rivelatisi pregiudizievoli. (...) è logico ritenere che l'eliminazione di una disciplina convenzionale considerata pregiudizievole si riverbera su tutti gli atti ed i rapporti che, in seguito e nell'ambito di essa, sono sorti".

²⁸ *Ex multis*, Trib. Verona, 23 marzo 2010, in www.ilcaso.it, dove la "volontà" di giovare del contratto-quadro è desunta da quella di "conservare a tutti gli effetti titoli fruttuosi e le somme di cui alle numerose e proficue cedole incassate nella consapevolezza della (causa di) nullità del contratto-quadro".

²⁹ Sul tema si veda anche Corte di Cassazione, 22 marzo 2013, n. 7283, in *Mass. Foro it.*, 2013, 233, dove, discutendo della possibile convalida di operazioni eseguite in assenza di un contratto di investimento scritto, la Cassazione afferma che "se tali operazioni sono da considerarsi nulle, per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta".

³⁰ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 621.

³¹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 835-836.

e formalismo di protezione nei servizi di investimento e in *Contratti*, 2016, 1089, con nota critica di S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, dove appunto si legge che "l'investitore ex articolo 99 e 100 c.p.c. può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti (o più correttamente i contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio".

²⁴ In dottrina, favorevole al riconoscimento di questo potere selettivo dell'investitore sono, tra gli altri, D. MAFFEIS, *La forma responsabile*, op. cit., 403; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 828; F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità*, op. cit., p. 161; C. SARTORIS, *Nullità selettiva*, op. cit., 770.

²⁵ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo*, op. cit., p. 617 e 623-624.

del cliente di domandare l'accertamento di una nullità selettiva del contratto quadro al solo fine di ottenere la caducazione di alcuni degli ordini eseguiti consenta all'intermediario di ampliare l'oggetto del giudizio e quindi il novero degli ordini da colpire. Sul curioso rilievo per cui l'interesse dell'investitore non potrebbe "operare come criterio di selezione dell'ordine da invalidare"³², quest'altro orientamento afferma che, una volta dichiarata la nullità ex art. 23 T.u.f., non vi sarebbero limiti alla possibilità per l'intermediario di domandare l'estensione del giudizio (*rectius*, degli effetti restitutori connessi alla nullità del contratto quadro) agli ordini che il cliente aveva lasciato fuori³³. Nonostante l'opinione contraria della maggioranza delle pronunce di merito³⁴, anche la Cassazione ha dato seguito a questa lettura affermando, in più occasioni, che la pronuncia di nullità domandata dal cliente ex art. 23 T.u.f. dia "fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa". Pertanto, la perdita di effetti in senso lato del contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare la cornice in cui si collocano i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) determinerebbe l'applicazione delle regole comuni di cui al titolo sesto e settimo del quarto libro del codice civile (artt. 2033-2042 c.c.), alle quali la restrizione della legittimazione attiva di cui al terzo comma dell'art. 23 T.u.f. non parrebbe derogare³⁵.

Questo riconoscimento per il soggetto escluso dalla legittimazione attiva alla nullità dell'art. 23 T.u.f. del potere di estendere – ora nella forma della domanda riconvenzionale ora nella forma dell'eccezione di compensazione – gli effetti della

dichiarazione di nullità domandata dal cliente non ha comunque persuaso ampia parte della dottrina³⁶. Anche Autori critici dell'uso selettivo della nullità hanno contestato le pronunce che, come quella che ha dato origine alla vicenda dinanzi alle Sezioni Unite, hanno accolto la domanda riconvenzionale dell'intermediario, rilevando come la formula legislativa per cui "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente" stia a dire che "degli effetti che produce di diritto la nullità del contratto si possa avvalere solo ed esclusivamente il contraente protetto, e non terzi"³⁷.

3.5. Infine, occorre segnalare un ulteriore orientamento, invero il più condivisibile, il quale ha il pregio di non muovere dall'assunto che l'accoglimento della domanda selettiva sia un qualcosa di ontologicamente iniquo³⁸. Seguendo quest'ultimo indirizzo, l'azione di nullità selettiva sarebbe invero ammissibile, giacché logica conseguenza della conformazione della nullità di protezione all'interesse del soggetto protetto³⁹. Al contempo, il suo esercizio non sarebbe sottratto ad ogni valutazione e l'intermediario potrà paralizzare, mediante la proposizione di una *exceptio doli* calibrata secondo le specificità del rapporto tra intermediario e cliente, l'azione selettiva del cliente che non sia giustificata dallo "scopo di tutela della norma invalidante"⁴⁰. A titolo di esempio, questa dottrina ammette che l'intermediario possa opporsi all'azione di nullità selettiva proposta ex art. 23 T.u.f. dal cliente che scientemente si era fatto sostituire al momento della sottoscrizione del contratto o che volontariamente distrugga la copia del contratto ricevuta per posta⁴¹. In tale ipotesi, di tutta evidenza si realizza un conflitto tra il diritto fondato dal cliente a chiedere la nullità degli ordini eseguiti in assenza di un valido contratto di investimento e l'affidamento dell'intermediario circa un comportamento leale dell'investitore.

³² A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore*, op.cit., p. 2350-2351.

³³ Tra la dottrina che si è spesa in tal senso, si veda anche A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione*, op. cit., 1124, per il quale occorrerebbe distinguere l'azione di nullità dagli effetti della nullità: mentre la prima è, *ex lege*, riservata al cliente, i secondi sono nella disponibilità di entrambi di modo che "ove il cliente abbia introdotto nel processo il vizio consistente nell'assenza di un valido contratto quadro, ben potrà l'intermediario ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite in esecuzione di (altri) contratti "a valle", affetti dal medesimo vizio, essendo questo un effetto della nullità, dedotta (o eccepita) dal cliente, sempre che l'intermediario abbia cura di formulare una domanda ad hoc", nonché G. PETTI, *L'esercizio selettivo*, op. cit., p. 288 e F. TONINI, *L'invalidità «selettiva» del contratto*, op. cit., p. 51. Tra la giurisprudenza di merito, in senso favorevole all'accoglimento della domanda riconvenzionale proposta dall'intermediario è invece Trib. Milano, 29 aprile 2015 in *Banca borsa*, 2016, p. 282 con nota critica di G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*.

³⁴ Tra le tante, si veda Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in www.ilcaso.it.

³⁵ Corte di Cassazione, 16 marzo 2018, n. 6664 in *Foro it.*, 2018, I, c. 3246 e, in senso analogo, Corte di Cassazione, 24 aprile 2018, n. 10166 in www.italgiure.giustizia.it/sncass/.

³⁶ In dottrina, sono concordi nel ritenere l'inammissibilità di un simile potere riconvenzionale C. SARTORIS, *Nullità selettiva*, op. cit., p. 771; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 835.

³⁷ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 618.

³⁸ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 828.

³⁹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 848: "la prospettiva di conservare la sola parte di operatività la cui rimozione non va in danno del cliente costituisce un risvolto applicativo *interno* alle logiche di funzionamento che informano la nullità di protezione. Tanto è palese il rapporto di continuità corrente tra l'idea di una nullità che opera *se è a vantaggio* e una nullità che opera *se e nella misura in cui è a vantaggio*: la seconda non esseno altro che uno svolgimento logico della prima, in cui è concettualmente contenuta".

⁴⁰ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 841.

⁴¹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 851.



4. La nullità protettiva e i poteri delle parti.

In questo contesto, sicuramente “tumultuoso e irregolare” e in seno al quale a venire in discussione è la stessa legittimità delle domande e delle eccezioni incardinate e sollevate dalle parti, le Sezioni Unite sono intervenute con una decisione che, muovendo sulla scorta della dottrina da ultimo citata (*supra*, §3.5), ha il merito di delimitare i poteri delle parti rispetto alla scelta dell’investitore di selezionare gli ordini da portare in giudizio. La pronuncia articolata il suo orientamento in due passaggi.

4.1. Il primo concerne i poteri processuali in presenza di un difetto nel contratto di investimento della forma prevista dalla legge. Esso muove dalla riconduzione dell’art. 23 T.u.f. nella categoria della nullità di protezione (artt. 117, 127 T.u.b.; art. 36, cod. cons., etc.) e si sofferma, innanzitutto, sul ruolo del giudice. Dalla qualifica nei termini di una nullità protezione discende che, secondo la pronuncia in commento, la disciplina dell’art. 23 T.u.f. sia compatibile tanto con un potere officioso di rilevare la nullità per vizio di forma, quanto con la circostanza che della dichiarazione ablativa si avvantaggi esclusivamente il cliente⁴². Questi due aspetti, peraltro, si combinano. Il potere officioso del giudice di rilevare la nullità del contratto di investimento per vizio di forma conosce un limite nell’interesse del cliente: essa, difatti, non può venir dichiarata d’ufficio in assenza di una manifestazione di volontà espressa, da parte dell’investitore, di avvalersene⁴³.

4.2. Tanto chiarito rispetto ai poteri del giudice, le Sezioni Unite si soffermano poi su quelli dell’investitore e, quindi, sulla facoltà di domandare la dichiarazione di nullità del contratto di investimento per difetto di forma al solo fine di ottenere la caducazione degli ordini di acquisto che non gli avevano sortito profitto nonché la restituzione delle corrispondenti somme investite. A tal proposito, esse statuiscono che l’uso selettivo della nullità del contratto quadro “non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione”⁴⁴. La scelta di riconoscere la legittimità dell’azione sul rilievo che l’interesse del cliente alla nullità sussiste proprio in relazione agli ordini che si siano rivelati

pregiudizievole merita grande attenzione⁴⁵. Forte dell’appiglio normativo fornito dal terzo comma dell’art. 23 T.u.f. nonché dall’art. 100 del codice di rito, essa estende la rilevanza dell’operatività a vantaggio propria dalle fasi di “attivazione del vizio”⁴⁶ e di incidenza sul contratto⁴⁷, alla fase successiva alla nullità, delle restituzioni⁴⁸ la cui disciplina viene ad essere riscritta secondo il linguaggio rimediabile⁴⁹ e

⁴⁵ Tale passaggio è severamente criticato, tra gli altri, da S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., p. 165, il quale ribadisce l’impostazione secondo la quale la rilevanza del criterio dell’operatività a vantaggio si esaurisce nella fase di legittimazione dell’azione e da C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 179, per il quale il risultato raggiunto dalle Sezioni Unite avrebbe richiesto un intervento normativo. Rispetto a tale seconda osservazione è agevole porre a mente come la lettera del codice nulla dice in merito alle pretese restitutorie da nullità (sul punto, si veda G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in questa rivista, 2010, p. 100-101: “conseguenze tra le parti della nullità del contratto sono date, in larga misura, per scontate nella disciplina codicistica, tanto è forte la suggestione che, anche sul legislatore, ha esercitato l’idea della irrilevanza del contratto nullo, la cui radicale ed originaria inefficacia costituirebbe un corollario logico, ancor prima che giuridico della figura”).

⁴⁶ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 117.

⁴⁷ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op cit., p. 846.

⁴⁸ Su tale aspetto, è evidente, occorre meditare in modo attento e rigoroso, al fine di avvicinare la decisione in commento a quell’importante filone che da tempo si reinterroga sulla disciplina restitutoria della nullità del contratto, sottoponendo a esame critico il rapporto tra inefficacia del contratto e restituzioni, indagando la tenuta e i limiti della affermazione tradizionale per cui le seconde sarebbero – sempre – regolate dalla disciplina legale sul pagamento di indebito (artt. 2033-2040 c.c.) e, per il solo caso in cui la prestazione dovuta dal contratto poi caducato fosse di un *facere*, da quella dell’arricchimento senza causa (artt. 2041-2042 c.c.). Il riferimento va ai lavori di A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 309; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto*, cit., p. 100; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 783; M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. Impr.* 2018, p. 1120).

⁴⁹ A riprova di quanto osservato alla nota precedente, la tesi che afferma il “nesso funzionale” tra restituzioni e rimedio contrattuale primario è già sostenuta in dottrina: E. BARGELLI, *Il sinallagma*, cit., p. 472-473 (cui *adde*, M. DELLACASA, *Restituzioni e regime*, cit., p. 1123, nonché per un pionieristico spunto, U. BRECCIA, *La ripetizione dell’indebito*, Milano, 1974, p. 242). Sulla figura dei rimedi, la scienza civilistica ha offerto importanti studi, divenuti veri e propri classici riferimenti: U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2; ID., *Rimedi e dintorni*, in *ivi*, 2015, p. 703 D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *ivi*, 2005, p. 605; L. NIVARRA, *Rimedi un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *ivi*, 2015, p. 583; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *ivi*, 2007, p. 585; ID., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italia-*

⁴² Cass., 28314/2019, cit., §15.2. Per quanto concerne la rilevanza officiosa della nullità di protezione si veda, in luogo di tanti, Corte di Cassazione, Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, dove si legge che essa “sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali”. Su tale decisione si veda, in luogo di tanti, il commento di N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 315.

⁴³ Corte di Cassazione, 22 ottobre 2018, n. 26614 (in *Vita not.*, 2019, p. 174), richiamata dalle Sezioni Unite (28314/2019, cit., §15.2).

⁴⁴ Cass., 28314/2019, cit., §22.2.





quindi di effettiva tutela dell'interesse protetto⁵⁰. Nel confermare l'indirizzo patrocinato dalla pronuncia n. 8395/2016 e nell'affermare la continuità logica tra nullità di protezione e nullità selettiva, tale risultato, peraltro, sgombra il campo da quelle letture che, identificando ogni azione di nullità selettiva con una condotta abusiva o in mala fede (*supra*, §3.2), finiscono con il trascurare la "strutturale vocazione" delle nullità protettive ad un uso selettivo "correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti"⁵¹.

4.3. Infine, le Sezioni Unite si soffermano sui poteri dell'intermediario convenuto in giudizio dal cliente in virtù di un'azione di nullità selettiva. Orbene, sempre in osservanza del dettato extracodificistico, le Sezioni Unite prendono le distanze dalle tesi volte a riconoscere all'intermediario la facoltà di ampliare, per il tramite della domanda riconvenzionale o dell'eccezione di compensazione, il novero degli ordini oggetto del giudizio incardinato ex art. 23 T.u.f. (*supra*, §3.4) e affermano che dell'accertamento della nullità del contratto quadro – domandato dal cliente o rilevato dal giudice d'ufficio - non possa avvalersi, "in via riconvenzionale od in via autonoma", l'intermediario⁵².

In conclusione, la ricostruzione dei poteri processuali delle parti rispetto all'ipotesi di una azione di nullità c.d selettiva è sviluppata dalle Sezioni Unite esaltando lo statuto normativo della c.d. nullità di protezione e della strutturale centralità che in essa riveste l'interesse della parte protetta. Esso segna, in positivo, la misura degli ordini che possono essere caducati, individuando la nullità verso cosa possa essere fatta valere. Al contempo, esso rileva

in negativo, giacché tale interesse segna, altresì, il limite al potere del giudice di rilevare *motu proprio* la nullità del contratto e, di per sé, impedisce alla controparte di approfittare del difetto di forma (che, detto per inciso, è, salvo rare eccezioni, conseguenza della stessa condotta dell'intermediario che predispone il contratto e che esegue gli ordini)⁵³.

5. L'esercizio dell'azione di nullità selettiva.

Il secondo passaggio fondamentale della pronuncia è quello relativo all'esame della questione della nullità selettiva in relazione al perimetro di esercizio, da parte del cliente, dell'azione di nullità ex art. 23 T.u.f. La circostanza per cui il legislatore abbia inteso correggere il rapporto tra le parti impedendo all'intermediario di far valere il vizio della forma per il contratto quadro da lui predisposto (*supra*, §4.3) e, al tempo stesso, abbia ammesso la facoltà dell'investitore di agire selezionando solo alcuni degli ordini eseguiti (*supra*, §3.2) non solleva l'esercizio di una siffatta azione da ogni sindacato⁵⁴. Il punto non può certo destare sorpresa, giacché l'idea di una posizione soggettiva il cui esercizio sia sottratto a un qualunque giudizio non appartiene al nostro ordinamento, se non con riguardo ai diritti fondamentali.

Mentre la chiave di volta del ragionamento teso all'affermazione della legittimità dell'azione di nullità selettiva è stata la riconduzione dell'art. 23 T.u.f. nel novero delle nullità declinate *ex lege* in funzione della protezione dell'interesse di una parte del rapporto contrattuale, la valutazione del suo esercizio muove dal rilievo per cui tutta la disciplina posta a tutela dell'investitore e del risparmio (art. 47, Cost.) sia interamente colorata dal rispetto dei doveri di correttezza e trasparenza (art. 21, T.u.f.)⁵⁵.

no, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *questa rivista*, 2017, p. 16; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045.

⁵⁰ Sul punto, si veda S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità*, cit., p. 171 (ma, già, ID., *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, 981), il quale, correttamente, avvicina la soluzione adottata dalle Sezioni Unite alla giurisprudenza europea in materia di clausole abusive. Sul canone dell'effettività della tutela nella decisione del giudice, si vedano: I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 72; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 91-92 e, volendo, D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *questa rivista*, p. 95-96 e ID., *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 989.

⁵¹ Cass., 28314/2019, cit., §22.2: "Ove si ritenga che l'uso selettivo delle nullità di protezione sia da stigmatizzare ex se, come contrario alla buona fede, solo perché limitato ad alcuni ordini di acquisto, si determinerà un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione, dal momento che si stabilisce un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede".

⁵² *Contra*, S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., p. 164.

⁵³ Come si legge in R. RORDORF, *Buona fede*, cit., "[c]he la si condivida o meno" la decisione in commento "tende a dare alla nullità relativa una configurazione più marcata e si iscrive in una linea di tendenza normativa volta ad adoperare in chiave protettiva per la parte più debole i rimedi offerti dall'ordinamento a fronte di patologie contrattuali che l'altra parte dovrebbe essere più agevolmente in grado di evitare, non senza quindi una qualche valenza sanzionatoria a carico di quest'ultima. Si sarebbe tentati di dire che si cerca così di accentuare la dissimmetria legale delle rispettive posizioni delle parti, quanto ai rimedi azionabili in presenza di vizi negoziali, per bilanciare l'opposta situazione di dissimmetria delle medesime parti nella fase della stipulazione e dell'esecuzione del contratto". Per una lettura rigorosa e critica di questo passaggio, si veda, invece, A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite*, cit.

⁵⁴ Cass., 28314/2019, cit., §22.

⁵⁵ Cass., 28314/2019, cit., §16: "Deve, pertanto, ritenersi che il principio di buona fede e correttezza contrattuale, così come sostenuto dai principi solidaristici di matrice costituzionale, operi, in relazione agli interessi dell'investitore, mediante la

Al pari di quanto avviene per la fase precontrattuale segnata dalla “discovery” delle caratteristiche dell’investitore (obiettivi, capacità patrimoniale, capacità finanziaria, competenze, etc.), anche l’esercizio dei rimedi previsti dalla legge a correzione dello squilibrio esistente tra il cliente e l’intermediario è subordinato ad un obbligo di lealtà, in funzione di garanzia per l’intermediario e del suo affidamento nella corretta condotta della controparte⁵⁶. Da tale subordinazione, le Sezioni Unite fanno discendere il limite all’esercizio del rimedio della nullità selettiva: l’effetto restitutorio ad esso riconnesso diventa inesigibile, ossia paralizzabile dal convenuto, quando esso reca un ingiustificato pregiudizio all’intermediario e si pone in contrasto con il suo legittimo affidamento.

Per la valutazione del pregiudizio nei termini di un suo essere giustificato o meno, le Sezioni Unite escludono il ricorso alla buona fede c.d. soggettiva e, dunque, alla verifica circa l’intento fraudolento dell’investitore. Piuttosto, esse aprono ad una indagine che muova dall’esame degli investimenti complessivamente eseguiti⁵⁷. Difatti, si legge nella sentenza, solo alla luce dell’andamento dell’intera

predeterminazione legislativa delle nullità di protezione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del contratto quadro, nonché in concreto mediante la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell’intermediario. Tuttavia, non può escludersi la configurabilità di un obbligo di lealtà dell’investitore in funzione di garanzia per l’intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio. Può, pertanto, rilevarsi che anche nei contratti, quali quello dedotto nel presente giudizio, caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall’autonomia contrattuale volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all’altro, il principio di buona fede possa avere un ambito di operatività trasversale non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, in particolare se gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere utilizzati, anche in sede giurisdizionale, non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente “forte” ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all’altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale”.

⁵⁶ In dottrina, per una interpretazione “assiologicamente orientata” della disciplina sulla legittimazione attiva milita G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 621, nonché - ma, con risultati diversi - U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 850 (“il *proprium* dogmatico della struttura normativa di protezione non s’identifica nel sottrarre il cliente al controllo di conformità del suo agire rispetto a una regola dei rapporti tra privati che si trova assiologicamente fondata ai livelli apicali dell’ordinamento (art. 2 Cost.), quanto piuttosto nel garantire un’applicazione concretizzante della buona fede che possa dirsi coerente con l’indicazione normativa promanante dalle norme che conformano lo statuto delle nullità protettive”).

⁵⁷ Cass., 28314/2019, cit., §§19-21.

operazione di investimento sarà possibile comprendere, in termini che le Sezioni Unite definiscono come oggettivi, univoci e coerenti, se l’investitore selezionando gli ordini da caducare in forza della nullità del contratto quadro abbia impiegato il rimedio ex art. 23 T.u.f. conformemente alla “funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere”⁵⁸.

Come per la ricostruzione dei poteri processuali delle parti (§4.3), anche l’affermazione sui limiti del potere dell’investitore di agire in giudizio selezionando gli ordini interessati dalla nullità del contratto quadro ex art. 23 T.u.f. merita condivisione, giacché non vi è ragione di sottrarre il suo esercizio dalle regole di governo dei consociati⁵⁹.

6. La regola *iusuris*: vantaggio economico e paralisi dell’effetto restitutorio.

A differenza del legislatore che detta la regola per casi futuri ed eventuali, quando il giudice costruisce la regola diritto egli ha sempre davanti a sé un caso concreto (quello dedotto in giudizio) e il dato normativo. Orbene, come detto in principio, la domanda azionata nel giudizio oggetto del ricorso deciso dalla sentenza in commento selezionava un insieme di ordini il cui ammontare aveva un importo inferiore a quello degli ordini che, sebbene effettuati in esecuzione del medesimo contratto quadro nullo per vizio di forma, l’investitore aveva lasciato fuori dal giudizio. Tale circostanza assume rilievo perché, secondo le Sezioni Unite, essa reca un pregiudizio ingiustificato all’intermediario. Pertanto, detta circostanza integra una delle ipotesi di superamento del limite entro cui è ammissibile l’esercizio dell’azione di nullità selettiva, così da rendere possibile per l’intermediario convenuto l’opposizione

⁵⁸ Cass., 28314/2019, cit., §22.

⁵⁹ Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di legittimità pare ricalcare, come approccio di fondo, quello adottato nel noto *arrêt* delle Sezioni Unite sul tema delle prestazioni usuarie sopravvenute; cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 22972, in *Corriere Giuridico*, 2017, p. 1484, con nota di S. PAGLIANTINI, *L’usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* e di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il De Profundis per l’usura sopravvenuta* nonché F. PISTELLI, *L’usura sopravvenuta di fronte alle Sezioni Unite*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 29. In quella sede, i giudici hanno avuto modo di precisare che “la *pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato* [non] può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto”, ma – e qui sta il punto – “particolari modalità di tale esercizio [nel senso, di diritti validamente convenuti nel contratto] possono risultare “*scorrette in relazione alle circostanze del caso*”.

dell'eccezione di buona fede per impedire l'effetto restitutorio (*supra*, §5).

Difatti, l'azione di nullità *ex art. 23 T.u.f.* con cui si domanda la caducazione di soltanto alcuni degli ordini eseguiti in esecuzione del contratto quadro da dichiarare nullo realizzerebbe la "funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere" solo quando permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato. Superato questo limite algebrico, l'azione, secondo le Sezioni Unite, andrebbe oltre la "funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere" e, appunto perché lesiva dell'affidamento dell'intermediario a che l'investitore impieghi i rimedi a sua disposizione in modo corretto e tipico, consentirebbe al convenuto di, eccezionalmente, paralizzare e impedire l'effetto restitutorio connesso alla domanda di nullità.

Lo strumento di questa paralisi è rappresentato dalla facoltà per l'intermediario di opporre un'eccezione, oggetto di specifica allegazione e qualificabile come di buona fede, idonea a impedire gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. Tale eccezione di buona fede sarà opponibile ogni qualvolta gli ordini lasciati fuori dall'azionata domanda di nullità selettiva abbiano comportato vantaggi economici per l'attore. L'effetto impeditivo proprio dell'eccezione sarà integrale quando l'ammontare delle somme di cui si chiede la restituzione è inferiore ai vantaggi conseguiti in forza degli ordini lasciati fuori dal giudizio. Al contrario, la dinamica paralizzante sarà parziale negli altri casi. In conclusione, secondo le Sezioni Unite l'azione di nullità selettiva legittima la restituzione delle somme versate solo quando dal confronto tra ordini selezionati in giudizio e ordini lasciati fuori permane un pregiudizio, così che la domanda sia coerente con l'idea che la nullità operi a suo esclusivo vantaggio⁶⁰.

7. Conclusioni.

In ogni sistema, il verificarsi di una crisi induce alla ricerca di un meccanismo alternativo. La crisi della fattispecie che segna l'attuale momento porta con sé la possibilità di un diverso modo di affermare una *regola iuris* che decida il caso, senza che ciò significhi necessariamente arbitrio o irrazionalità⁶¹. Affinché, nonostante il vuoto lasciato dalla fattispe-

cie, la decisione possa dirsi giusta soluzione per il caso sottoposto al giudice occorre, lo si è visto (*supra*, §1), che il ragionamento seguito dall'interprete nel porre la regola sia un qualcosa di universalizzabile e che la norma invocata sia quella adatta al caso. Il giudice che faccia ricorso ad un argomento orientato alle conseguenze fallisce nel suo intento di fornire una decisione giusta quando non riesce a spiegare, "nel, e attraverso il, sistema", la regola *iuris* adottata. Non è sufficiente applicare un meccanismo noto e consolidato (come, nel nostro caso, l'eccezione paralizzante della buona fede quale limite alla esigibilità della fondata pretesa), ma è necessario che l'applicazione di quell'istituto a quel caso sia corretta: "nessuna decisione si può definire giusta, in nessun senso del termine, se si fonda su una scelta erronea della norma applicabile o su un'interpretazione errata, invalida o scorretta di tale norma"⁶².

Orbene, fermo restando il giudizio positivo in merito alla ricostruzione operata sui poteri processuali delle parti rispetto ad un'azione di nullità selettiva (*supra*, §4) e alla individuazione di un limite di lealtà nell'esercizio di detta azione (*supra*, §5), non appare completamente condivisibile la *regola iuris* (eccezione di buona fede paralizzante gli effetti restitutori) individuata dalla Cassazione con riferimento alla domanda selettiva che lascia fuori operazioni di investimento vantaggiose per l'attore e che si traduce nella paralisi degli effetti restitutori dell'azione (§6).

Tale giudizio negativo non è dettato unicamente dal rilievo, già immediatamente formulato, per cui la regola individuata dalle Sezioni sia viziata da un limite pratico, rappresentato dalla difficoltà di un'accurata verifica in concreto del risultato economico degli investimenti non contestati⁶³. Ciò che meno si condivide della decisione risiede, piuttosto, nel riconoscimento all'intermediario della facoltà di paralizzare, mercé l'eccezione di buona fede, gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini.

Il fondamento di questa eccezione sfugge. A differenza delle ipotesi note e consolidate in cui, attese certe circostanze che si sono verificate in quel dato contesto, la pretesa del singolo è (possibile ma) non esigibile così da legittimare il ricorso alla figura della paralisi dell'azione quale soluzione, *ex fide bona*, al contrasto tra l'esercizio del diritto fondato

⁶² M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 320. Si veda, anche G. ZACCARIA, *Il giudice*, cit., p. 464-465.

⁶³ Sul punto, si vedano le esatte osservazioni critiche di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive"*, op. cit.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., p. 168 e C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 181.

⁶⁰ Cass., 28314/2019, cit., §23.

⁶¹ Sul punto, evidentemente centrale nella attuale dibattito civilistico, si legga il contributo di G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 468-470.



e il legittimo affidamento della controparte all'altrui coerenza e correttezza⁶⁴, stavolta non è chiaro quale interesse protetto dall'ordinamento si opponga all'accoglimento della pretesa restitutoria con cui l'investitore, domandando "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire", intende recuperare le somme perse in forza di un titolo che è nullo. In altre parole, la scelta delle Sezioni Unite di applicare l'eccezione di buona fede idonea a impedire l'effetto restitutorio proprio della nullità alla domanda selettiva che lascia fuori operazioni vantaggiose per l'investitore è criticabile giacché non se ne ravvedono i presupposti. In particolare, non si comprende quali siano i termini del conflitto che s'intende risolvere con l'impedire (*rectius*, paralizzare) la restituzione delle somme⁶⁵. Difatti, riesce

⁶⁴ Più ampiamente, D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 75. Per la visione della buona fede quale criterio di giudizio prescelto dal nostro ordinamento (art. 1375 c.c.) "per dare regola ai rapporti autonomi" si da "contenere le conseguenze dello *strictum ius* sul piano della conciliazione degli interessi delle parti secondo una misura che non è suscettibile di determinazione aprioristica, ma che si determina, di volta in volta, in base alle caratteristiche particolari del caso concreto" si vedano, rispettivamente, R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 47 e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, pp. 5, 27 e 39. A titolo di esempio di questa dinamica paralizzante si veda la giurisprudenza in materia di clausola risolutiva espressa che colpisce con la paralisi dell'esercizio di quella pretesa che sia divenuto incoerente con la condotta precedente (Corte di Cassazione, ord., 6 giugno 2018, n. 14508, in *Imm. prop.*, 2018, p. 639 con nota di B. TUNESI, *I risvolti della tolleranza nell'ambito della clausola risolutiva espressa*) o pretestuoso rispetto alle concrete e specifiche circostanze (come è l'attuazione della clausola risolutiva prevista dalle parti per l'ipotesi in cui la licenziataria non avesse comunicato l'estratto conto semestrale alla concedente e ciò anche in presenza dell'emissione di un'unica fattura in quel semestre, onde sarebbe stato "ragionevole" ritenere che l'esistenza di questo unico documento, emesso l'ultimo giorno del primo semestre, fosse da comunicare con il semestre successivo (Corte di Cassazione, 23 novembre 2015, n. 23868, in www.italgiure.giustizia.it e su cui si vedano le esatte critiche di F. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2016, p. 662).

⁶⁵ Se si confronta il risultato raggiunto dalle Sezioni Unite con i casi forniti dalla migliore dottrina a esempio dei reali limiti dell'esercizio dell'azione di nullità selettiva (*supra*, §3.5), si ha una conferma della evidente debolezza della soluzione adottata. Difatti, mentre non vi può essere dubbio circa il fatto che il comportamento, immaginato da quella dottrina, di chi scientemente si fa sostituire al momento della sottoscrizione del contratto-quadro in modo tale da poterlo impugnare in caso di esito negativo del successivo investimento si pone in contrasto con l'affidamento dell'intermediario circa la veridicità e la lealtà dell'identità di chi compare all'atto della sottoscrizione del contratto, non si comprende l'agire in giudizio per recuperare somme perse in titoli nulli quale interesse protetto dall'ordinamento leda. In questo senso, il richiamo alla tutela dell'affidamento dell'intermediario, in tesi leso dalla domanda selettiva, spiazza, giacché non è dato sapere in che modo questi possa aver creduto (creato affidamento in) che l'investitore

difficile accettare la tesi per cui il pregiudizio subito dall'intermediario dall'accoglimento della domanda restitutoria sottesa alla nullità selettiva sia ingiustificato e contrario a buona fede⁶⁶. In questo senso, lascia perplessi l'idea per cui un'azione che, se accolta, consente all'investitore di aumentare il proprio patrimonio recuperando somme perse in forza di un titolo nullo possa tradire o disattendere la funzione tipica della nullità protettiva "ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere"⁶⁷. L'incertezza circa il fondamento dell'eccezione di buona fede e sull'individuazione del conflitto che giustifica la soluzione paralizzante dell'effetto impeditivo delle restituzioni non è di poco conto. Difatti, aderendo alla lettura delle Sezioni Unite di una nullità selettiva privata dell'effetto restitutorio, si finisce con il restringere le ipotesi in cui fare sostanzialmente valere la nullità oltre il limite fissato dal legislatore, il quale mai subordina l'effetto restitutorio (e, quindi, l'interesse all'accertamento e alla declaratoria della nullità del contratto)⁶⁸ alla differenza algebrica tra i titoli selezionati e quelli conservati⁶⁹.

avesse interesse a recuperare meno di quanto ha perso in forza di un titolo nullo (come è l'ordine di investimento in esecuzione di un contratto quadro privo della forma prescritta dal legislatore).

⁶⁶ In tal senso, si veda anche R. RORDORF, *Buona fede, cit.*, il quale rileva come non sia "ben chiaro perché potrebbe essere contrario a buona fede il pretendere la restituzione di quanto versato in relazione a quegli ordini prescindendo dall'esito degli altri. Una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rilevatesi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato in relazione ad esse, e non è facile comprendere in qual senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia".

⁶⁷ Sul punto, si veda D. MAFFEIS, *Nullità selettive, op. cit.*, p. 178, dove si legge: "Ma naturalmente se si affermerà il principio secondo cui l'investitore può rivolgersi al giudice se esercita il diritto di difesa ma non se gli conviene, noi domani avremo un indizio grave dell'esistenza di un principio generale che vieta a qualunque contraente di rivolgersi al giudice non per esercitare il diritto di difesa, che è ciò che in questa lettura farebbero i contraenti buoni, ma perché gli conviene, che è ciò che farebbero i contraenti cattivi. E la sua domanda sarebbe inammissibile per il difetto di questa - inedita - quarta condizione dell'azione - dopo interesse e legittimazione ad agire e possibilità giudica - rappresentata dalla meritevolezza dell'interesse ad agire". Nella stessa direzione, ma in termini più generali, è la nota posizione di M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 832.

⁶⁸ Sul punto, si veda Cass. Civ., 9 aprile 2003, n. 5575 in *Arch. Civ.*, 2004, p. 237.

⁶⁹ Sul punto, si veda la critica di A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite, cit.*; peraltro, anche chi considera la decisione come "ragionevole" riconosce che si tratta di una conclusione che "palesamente costituisce una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla" (R. RORDORF, *Buona fede, cit.*).

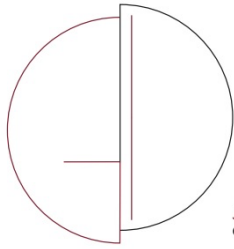
La sensazione che lascia la lettura della sentenza è che le Sezioni Unite, dopo avere correttamente ricostruito la legittimità dell'azione di nullità selettiva dalla speciale conformazione dell'art. 23 T.u.f., siano cadute nello stesso errore dell'orientamento che contesta quell'azione perché ritiene iniqua la conseguenza (*i.e.*, che l'investitore recuperi delle somme perse in esecuzione di un contratto senza al contempo restituire quanto ricevuto) e articola una soluzione distinguendo tra il piano della nullità (dove l'interesse del cliente è sovrano assoluto) e quello degli effetti restitutori (dove l'interesse del cliente incontra il limite del sacrificio economico dell'intermediario)⁷⁰. Al pari di quella lettura, anche la sentenza in commento non riesce a spiegare le ragioni giuridiche di questa pretesa iniquità che giustificherebbe la rottura della corrispondenza tra domanda di nullità ed effetti restitutori. Il risultato è quello di avvicinare la soluzione adottata a quel pericoloso filone di decisioni con cui il giudice, “in modo arbitrario”, sanziona “comportamenti delle parti che, per qualche ragione estranea alla applicazione delle norme processuali specifiche, sono considerati come “scorretti””⁷¹. Il tempo dirà se questa limitazione alla restituzione delle somme versate in forza di ordini nulli perché privi di un valido contratto quadro resisterà o se, invece, la giurisprudenza correggerà il tiro, ora meglio giustificando l'eccezione paralizzante ora ripristinando il nesso tra restituzione e nullità selettiva⁷².

⁷⁰ In modo esatto, D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato*, cit., p. 161, osserva che la regola affermata dalle Sezioni Unite sia, a ben vedere, regola, l'unica che, nelle condizioni date, consente al suo autore di conseguire un risultato che egli percepisce come giusto evitando di avallare un risultato che all'opposto egli percepisce come ingiusto.

⁷¹ M. TARUFFO, *Abuso*, op. cit., p. 845.

⁷² In senso analogo, dubita della “reale capacità nomofilattica” propria di questa decisione, A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., p. 36.

Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Daniele Imbruglia nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulle Innovazioni Digitali, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid>).

SOMMARIO: 1. L'utilizzo dei droni ai tempi del coronavirus – La Nota ENAC del 23 marzo 2020 e il successivo stop del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno. 2 - Diritto societario e Coronavirus: intervento e verbalizzazione assembleare a distanza. – 3. Regno Unito: quale futuro per crypto-asset e smart contract? – 4. Dati personali e valore economico – il Tar Lazio conferma l'importante provvedimento dell'Antitrust nel caso Facebook – 5. Il Libro Bianco della Commissione Europea del 19 febbraio 2020 sull'Intelligenza Artificiale: "Eccellenza e Fiducia". – 6. Intelligenza Artificiale e Costituzione francese. – 7. Rome Call for AI Ethics: Per un'intelligenza artificiale umanistica

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.



1. L'utilizzo dei droni ai tempi del coronavirus – La Nota ENAC del 23 marzo 2020 e il successivo stop del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno

4 Il ricorso alla tecnologia dei droni, considerata idonea a consentire un maggior rispetto delle misure coattive volte al contenimento e al contrasto dell'emergenza epidemiologica da "coronavirus", è al centro di una nota dell'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile) del 23 marzo 2020 (la "Nota"). Procedendo dal richiamo della generale finalità di garantire il contenimento dell'emergenza epidemiologica "coronavirus," ed enunciando, più specificamente, il fine di consentire le operazioni di monitoraggio degli spostamenti dei cittadini sul territorio comunale, prevista dai D.P.C.M. 8 e 9 marzo 2020, l'ENAC, attraverso la Nota - dopo aver dichiarato espressamente di aver operato sulla scorta delle «esigenze manifestate da numerosi Comandi di Polizie Locali» - ha ritenuto necessario procedere a derogare ad alcune previsioni delle disposizioni del Regolamento ENAC "Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto" Edizione 3 del 11 novembre 2019 (il "Regolamento").

In particolare, la Nota ha disposto che, fino al 3 aprile 2020, «le operazioni condotte con sistemi aeromobili a pilotaggio remoto con mezzi aerei di massa operativa al decollo inferiore a 25 kg, nella disponibilità dei Comandi di Polizia Locale ed impiegati per le sopra indicate attività di monitoraggio, potranno essere condotte in deroga ai requisiti di registrazione e di identificazione di cui all'art. 8 del citato Regolamento».

Inoltre, in deroga all'art. 10 del Regolamento e con riferimento alle operazioni critiche, la Nota ha stabilito che queste potranno essere effettuate in *Visual Line of Sight* - ossia mantenendo costantemente il contatto visivo con il drone stesso - «anche su aree urbane dove vi è scarsa popolazione esposta al rischio di impatto; non sarà altresì necessario il rilascio di autorizzazione da parte di questo Ente e non sarà richiesta la rispondenza delle operazioni agli scenari standard pubblicati».

Infine, la Nota precisa che i droni degli Enti di Stato di cui all'art. 744 del Codice della Navigazione e delle Polizie Locali dei Comuni italiani, «se impiegati nell'ambito delle condizioni emergenziali dovute all'epidemia COVID-19», potranno volare anche in aree prospicienti agli aeroporti civili, identificate come "aree rosse", fino ad una quota massima di 15 metri. In questi casi sarà necessaria una comunicazione preventiva alla torre di controllo dell'aeroporto e si dovrà comunque dare «sempre

priorità al traffico degli aeromobili da/verso gli aeroporti».

La capacità dei droni di volare a lunga distanza e l'installazione su essi di telecamere ad alta risoluzione consentono di verificare, in tempo reale, eventuali assembramenti di persone e spostamenti non autorizzati, così da consentire tempestivamente interventi e operazioni di sicurezza da parte delle Forze dell'Ordine. Sulla base di tale constatazione, le Polizie Locali hanno manifestato all'ENAC le esigenze di intervento, che, come detto, sono state considerate dall'ENAC per l'adozione della Nota.

Tuttavia, secondo fonti giornalistiche accreditate, qualche giorno dopo l'adozione della Nota, il capo del Dipartimento della Pubblica Sicurezza presso il Ministero dell'Interno ha ordinato uno stop alle disposizioni di cui alla Nota, in attesa di approfondimenti in corso con l'ENAC e che sarebbero finalizzati alla verifica della corretta applicazione delle procedure di impiego dei droni, in particolare ad opera delle forze di Polizia municipale.

ROSARIA MANAGÒ

<https://www.enac.gov.it/news/aggiornamento-del-24-marzo-2020-utilizzo-droni-provvedimenti-governativi-emergenziali-in>

2. Diritto societario e Coronavirus: intervento e verbalizzazione assembleare a distanza.

Il Consiglio Notarile di Milano con la massima 187 dell'11 marzo 2020, emanata in relazione al contenuto dall'articolo 1, comma 1, lettera q) del D.P.C.M. dell' 8 marzo 2020 - il quale dispone che «sono adottate, in tutti i casi possibili, nello svolgimento di riunioni, modalità di collegamento da remoto» - ha dettato un principio di comportamento per lo svolgimento delle riunioni assembleari, in seduta ordinaria e straordinaria, a distanza.

L'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, ove consentito dallo statuto ai sensi dell'art. 2370, comma 4, c.c., o comunque ammesso dalla vigente disciplina - può ora pacificamente riguardare la totalità dei partecipanti alla riunione, ivi compreso il presidente.

Ai sensi dell'art 2370, comma 4, c.c. è infatti possibile l'intervento all'assemblea mediante mezzi audio o video, subordinatamente alla sussistenza di una clausola dello statuto che consenta l'intervento con le modalità suddette (clausola in realtà non indispensabile per le società chiuse secondo il Comitato Triveneto dei Notai, massima H.B. 39), ferma restando la necessità di garantire l'identificazione e



la corretta partecipazione al dibattito assembleare e alla votazione degli intervenuti a distanza. Si riteneva, nel silenzio del legislatore, che la legittimità della conference call fosse comunque subordinata alla presenza nel luogo di convocazione dell'assemblea del presidente della riunione e del segretario o del notaio verbalizzante.

Con la Massima 187 è stata invece riconosciuta legittimità allo svolgimento della riunione societaria in full audio conference, con tutti i partecipanti al telefono o connessi in video conferenza, ivi compreso il Presidente.

Resta fermo che nel luogo indicato nell'avviso di convocazione deve trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, qualora si tratti di assemblea straordinaria, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l'accertamento dell'identità e della legittimazione di coloro che intervengono di persona. Quest'ultimo incarico può tuttavia essere affidato al segretario verbalizzante o al notaio, così che è ammessa la possibilità che tutti i partecipanti all'adunanza si trovino in luoghi diversi.

Secondo i notai milanesi, le clausole statutarie che prevedono la presenza del presidente e del segretario nel luogo di convocazione (o comunque nel medesimo luogo) devono intendersi funzionali alla formazione contestuale del verbale dell'assemblea, sottoscritto sia dal presidente sia dal segretario. Esse pertanto non impediscono lo svolgimento della riunione assembleare con l'intervento di tutti i partecipanti mediante mezzi di telecomunicazione, potendosi in tal caso redigere successivamente il verbale assembleare, con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica. La Massima 187 si colloca così nel solco dell'orientamento che afferma la validità del verbale postumo sottoscritto dal solo pubblico ufficiale.

Altresì, ancorché in assenza della clausola statutaria suddetta, a seguito del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 è da ritenere consentita la riunione assembleare in conference call anche laddove non espressamente contemplata e legittimata da clausola statutaria. Non solo: il principio trova applicazione anche per le riunioni dell'organo amministrativo, stante il disposto del comma 1 dell'art 2388 c.c.

MICHELA PAGANELLI

<https://www.consigionotarilemilano.it/notai/massime-commissione-societa.aspx>

3. Regno Unito: quale futuro per *crypto-asset* e *smart contract*?

Il 18 novembre 2019 la *Jurisdictional Taskforce* del Regno Unito (UKJT) ha pubblicato un "*Legal Statement*" con l'obiettivo di inquadrare i complessi fenomeni dei *crypto-asset* e degli *smart contract* all'interno dell'ordinamento giuridico anglosassone. Il documento, diviso in due sezioni, si interroga, da un lato, sulla veste giuridica degli asset crittografici e, dall'altro, sulla potenziale vincolatività legale degli *smart contract*.

In merito alla prima questione, gli autori del documento non si spingono a definire cosa si intenda per *crypto-asset*, ma si limitano a identificarli come fenomeni informatici capaci di sintetizzare criticamente asset di vario genere. Il documento afferma che essi vadano interpretati al pari di altri asset proprietari intangibili dotati di un certo grado di *permanence* e *stability*, seguendo i profili definitivi ed i criteri interpretativi individuati nella controversia *National Provincial Bank*

v. Ainsworth H/L [1965] A.C. 1175 e confermati successivamente da consolidata giurisprudenza, e, in particolare, dal caso *Fairstar Heavy Transport NV v. Adkins [2013] EWCA Civ 886*. Lo studio mira a puntualizzare che questi asset non possano essere classificati né come *things in action* né come *things in possession*, in linea con la storica distinzione elaborata nel caso *Colonial Bank v. Whinney [1885]*. Infatti, come si sottolinea nello Statement, questi asset virtuali non possono essere oggetto di possesso fisico né, tantomeno, essere considerati come mere informazioni, documenti o titoli, ma possono essere, invece, oggetto di specifici diritti. A tal riguardo, si mette in luce che tali diritti presentano le caratteristiche di certezza, esclusività, trasferibilità e controllo, tipiche dei tradizionali *property rights*. Più specificamente, le suddette caratteristiche sono garantite da un sistema di identificabilità del titolare dell'asset intangibile tramite il ricorso a chiavi crittografiche riferibili ad un unico soggetto.

Con riferimento agli *smart contract*, invece, il documento pone attenzione alle loro principali peculiarità tecniche, tra cui, su tutte, quella della "automaticità" (*automaticity*) della loro esecuzione. Tale carattere viene desunto sulla base della constatazione che gli *smart contract* vengono eseguiti senza alcun tipo di intervento umano. Sul punto, gli autori sostengono che possa rientrare in tale categoria sia il contratto meramente eseguito attraverso sistemi algoritmici sia il contratto le cui prestazioni ed obbligazioni siano interamente rappresentate dal codice informatico. Inoltre, si legge che gli *smart contract* sembrano presentare i requisiti minimi per la conclusione di un contratto secondo le regole di *common law*, tra cui, di particolare rilievo

ai fini dello studio in esame, il raggiungimento di un accordo contrattuale chiaro a cui le parti si vincolano. Secondo gli autori dello *statement*, gli *smart contract* devono, dunque, essere interpretati secondo i tradizionali principi del diritto inglese, adattandoli alle specificità tecnologiche di questi strumenti ma ricercando, sempre, l'effettiva volontà delle parti, anche altrove esplicitata.

Questo studio, sebbene non possa essere considerato come *binding law* nell'ordinamento del Regno Unito, offre, allo stesso tempo, spunti di approfondimento e chiavi di lettura tali da poter condizionare la futura evoluzione del diritto anglosassone, nonché una evidente apertura del sistema inglese al recepimento giuridico di questi fenomeni tecnologici.

ENZO MARIA INCUTTI

<https://technation.io/about-us/lawtech-panel>

4. Dati personali e valore economico – il Tar Lazio conferma l'importante provvedimento dell'Antitrust nel caso Facebook

Con la sentenza n. 261 del 18 dicembre 2019 – 10 gennaio 2020, Il Tar Lazio, Sez. I ha confermato la legittimità del provvedimento con il quale in data 6 aprile 2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Agcm") ha sanzionato Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited rilevando che l'utente, che accede alla homepage di Facebook per registrarsi, trova un *claim* sulla gratuità del servizio offerto "Iscriviti è gratis e lo sarà per sempre", ma non anche un altrettanto evidente e chiaro avvertimento sul successivo utilizzo dei dati a fini commerciali da parte di Facebook. Codesta condotta è ritenuta una pratica commerciale ingannevole ai sensi degli artt. 21 e 22 del decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005 (cd. "Codice del Consumo").

Avverso il provvedimento Facebook Inc ha presentato ricorso, tra l'altro, contestando:

1. il difetto di competenza dell'Agcom, in quanto non sussiste alcuna pratica commerciale in mancanza di un corrispettivo patrimoniale richiesto all'utente (Direttiva 2005/29/CE);
2. il difetto di attribuzione dell'Agcom, "*ratione materiae*", in quanto la questione attiene all'uso di dati personali ed è perciò assorbita dalla disciplina della privacy (Regolamento UE 2016/679) sulla base del principio di specialità di cui all'art. 3, comma 4,

della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali;

3. la violazione del principio di legalità e prevedibilità, in quanto Facebook è stata sanzionata sulla base di una disciplina – le pratiche commerciali scorrette – la cui applicazione al tema della gestione dei dati personali è imprevedibile e nuova, e quindi in forza di una interpretazione estensiva della disciplina vietata dall'art. 7 CEDU;
4. l'inesistenza di qualsiasi pratica commerciale scorretta, in quanto i consumatori medi non sono fuorviati dalla indicazione del servizio come "gratuito".

La sentenza del Tar Lazio n. 261/20 ha respinto le doglianze del ricorrente per le seguenti ragioni:

1. non è condivisibile la carenza di potere dell'Agcom, sostenendo che avrebbe invaso un campo di competenza dell'Autorità Garante per la Privacy. Infatti, a fronte della protezione del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, tutelato dalla disciplina della privacy, sussiste anche un diverso campo di protezione del dato, quando questo diviene oggetto di una compravendita tra gli operatori del mercato. Quest'ultima ipotesi si realizzerebbe proprio nel caso di specie, atteso che la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi da parte di Facebook configurerebbe la controprestazione del servizio offerto dal social network;
2. deve anche escludersi che l'omessa informazione sullo sfruttamento ai fini commerciali dei dati dell'utente sia una questione interamente disciplinata e sanzionata nella disciplina della privacy (come già dimostrato, tra l'altro, dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 13 settembre 2018, nelle cause riunite C 54/17 e C 55/17, nella quale si era statuito che la disciplina consumeristica non trova applicazione "unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla Direttiva 2005/29/CE);
3. la possibilità di sfruttare economicamente il dato personale nell'ambito delle piattaforme social e la conseguente necessità di tutelare il consumatore non può neppure definirsi innovativo e frutto di una interpretazione "estensiva" di norme sanzionatorie, come tale contraria al principio di prevedibilità



(ad esempio, già negli “Orientamenti per l’attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali” del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che “i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto”);

4. la condotta sanzionata si presenta come ingannevole, in quanto il “claim” utilizzato da Facebook nella pagina di registrazione per invogliare gli utenti ad iscriversi (“Iscriviti E’ gratis e lo sarà per sempre”) lascia intendere l’assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio.

In ultimo, la pronuncia del TAR statuisce che «Il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un “social network».

MARISTELLA GIANNINI

<https://www.giustizia-amministrativa.it/provvedimenti-tar-roma>.

5. Il Libro Bianco della Commissione Europea del 19 febbraio 2020 sull’Intelligenza Artificiale: “Eccellenza e Fiducia”

Il 19 febbraio 2020 la Commissione Europea ha pubblicato un *White Paper* sull’intelligenza artificiale contenente una serie di proposte per lo sviluppo programmatico di due piani di azione, individuati, rispettivamente, con le parole “eccellenza” e “fiducia”.

Dopo aver dichiarato in premessa che le tecnologie dell’intelligenza artificiale (“IA”) si stanno sviluppando rapidamente e che esse apporteranno notevoli vantaggi alla vita di tutti i cittadini, a partire dall’ambito dell’assistenza sanitaria e della prevenzione delle malattie, il Libro Bianco propone: (a) attraverso l’obiettivo programmatico dell’eccellenza, una serie di azioni intese a rendere competitive le imprese europee - ed in particolare le piccole e medie imprese (“PMI”) europee - attive nel settore dell’IA; e (b) attraverso l’obiettivo pro-

grammatico della fiducia, una serie di azioni intese a fissare le politiche di regolazione delle tecnologie dell’IA.

Sotto quest’ultimo aspetto, il Libro Bianco, dopo aver collegato l’esigenza di una regolazione alla necessità di creare maggiore fiducia dei cittadini nelle applicazioni dell’IA, ha richiamato i risultati raggiunti dal “gruppo di esperti di alto livello”, la cui condivisione da parte della Commissione Europea è contenuta nella comunicazione “COM(2019) 168 final”, sotto forma dei c.d sette requisiti fondamentali:

- intervento e sorveglianza umani,
- robustezza tecnica e sicurezza,
- riservatezza e governance dei dati,
- trasparenza,
- diversità, non discriminazione ed equità (o correttezza: “fairness” nel testo inglese),
- benessere sociale e ambientale, e
- accountability.

La struttura degli interventi proposti nel Libro Bianco procede dalla distinzione tra applicazioni di IA “ad alto rischio” e applicazioni di IA “non ad alto rischio” (e dalla fissazione di alcuni criteri per operare tale distinzione) e, su questa base, identifica una serie di obiettivi disciplinari organizzati intorno ai suddetti principi, aderendo all’opzione di identificare come destinatari delle prescrizioni soltanto gli operatori economici coinvolti da applicazioni di IA ad alto rischio, e prevedendo per le altre applicazioni di IA un sistema facoltativo di “etichettatura su base volontaria”, volto ad attribuire un “marchio di qualità” a quelle applicazioni di IA non ad alto rischio che incorporino su base volontaria soluzioni tecnologiche doverose per le applicazioni di IA ad alto rischio. Il Libro Bianco si chiude con alcune linee di proposta in materia di “governance” europea in materia di IA, tendenti alla creazione di un quadro di cooperazione delle autorità nazionali competenti, al dichiarato fine di evitare la frammentazione delle responsabilità, aumentare la capacità degli Stati membri e garantire che l’Europa si doti progressivamente delle capacità necessarie per sottoporre a prova e certificare prodotti e servizi basati sull’IA.

Il Libro Bianco è aperto alla consultazione pubblica, attraverso l’invito a formulare osservazioni fino al 19 maggio 2020.

SALVATORE ORLANDO

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf;
Per la consultazione pubblica:
https://ec.europa.eu/info/consultations_en

6. Intelligenza Artificiale e Costituzione francese

Il 15 gennaio 2020 è stata depositata presso l'Assemblée Nationale una proposta di legge costituzionale (n. 2585) in materia di intelligenza artificiale. La proposta di legge intende inserire la "Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes de 2020" nel dettato costituzionale francese.

La Charte si compone di sei articoli. Il primo ne individua l'ambito applicativo. Una volta approvata la proposta 2585 e inserita la Charte nella Costituzione, la disciplina ivi contenuta troverebbe applicazione rispetto a qualsiasi sistema che consiste di un'entità, sia fisica (come, ad esempio, un robot) sia virtuale (come, ad esempio, un algoritmo), che utilizza l'intelligenza artificiale. Per intelligenza artificiale la Charte intende un algoritmo che si evolve nella sua struttura, imparando rispetto alla sua scrittura iniziale. Il medesimo articolo chiarisce poi che il sistema che utilizza l'intelligenza artificiale non ha personalità giuridica e non è, quindi, idoneo ad essere titolare di posizioni giuridiche soggettive (diritti, doveri). Tale scelta segna una cesura rispetto alla famosa e discussa Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, la quale, come noto, faceva espresso riferimento alla possibilità di riconoscere la c.d. personalità elettronica per i robot autonomi più sofisticati (art. 59, lett. f). Invece di seguire quella strada, la proposta *de qua* prevede che gli obblighi derivanti dalla personalità giuridica siano a carico della persona fisica o giuridica che ospita o distribuisce il suddetto sistema che utilizza l'Intelligenza Artificiale. In questo senso, è chiarito che detta persona fisica o giuridica diverrebbe il rappresentante legale del sistema.

Il secondo articolo recepisce le c.d. leggi di Asimov sulla robotica (*Runaround*, 1942), prevedendo che un robot *i*) non possa recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno; *ii*) debba obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge; *iii*) debba proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge.

Il terzo articolo della Charte afferma invece che ciascun sistema che utilizza l'Intelligenza Artificiale sia progettato per soddisfare la piena attuazione degli articoli della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948). La subordina-

zione del sistema che utilizza l'Intelligenza Artificiale al rispetto dei diritti umani è ribadita all'ultima disposizione della Charte. Il sesto articolo, infatti, statuisce che nessuna norma prevista dalla Charte possa essere interpretata come giustificazione per un qualsiasi Stato, gruppo o persona di un diritto alla creazione di un sistema che utilizza l'Intelligenza Artificiale per la distruzione di uno dei diritti e delle libertà stabiliti nella Charte.

Il quarto articolo disciplina la nazionalità del sistema che utilizza l'Intelligenza Artificiale. Essa segue quella dell'host o del soggetto che trasmette il sistema. Il quinto articolo prevede invece come necessario l'istituzione di un meccanismo di revisione e verifica (*audit*). La frequenza di attuazione di questo meccanismo si basa sulla frequenza con cui l'algoritmo o gli algoritmi che compongono il sistema che utilizza l'intelligenza artificiale evolvono verso l'autonomia decisionale.

DANIELE IMBRUGLIA

http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2585_proposition-loi

7. Rome Call for AI Ethics: Per un'intelligenza artificiale umanistica

Nell'ambito della XVI Assemblea Generale della Pontificia Accademia per la Vita (PAV), dedicata al tema dell'Intelligenza Artificiale (IA) ed alle sfide etiche da essa poste, si è tenuto a Roma il 28 febbraio 2020 il convegno "*RenAIssance, a human-centric artificial intelligence*", che ha concluso una tre giorni di workshop sul tema "*The 'good' algorithm? Artificial intelligence: ethics, law, health*".

Al termine dei lavori, il Presidente della PAV, mons. Vincenzo Paglia, ha lanciato un'iniziativa chiamata *Rome Call for AI Ethics*, in occasione della quale è stato redatto un documento inteso a sensibilizzare e veicolare, in accordo a determinati principi etici, l'azione di Governi, Organismi internazionali, *corporations*, istituzioni accademiche e ONG, rispetto allo sviluppo dell'IA. La *Rome Call for AI Ethics*, dopo aver ricordato la capitale importanza che l'IA sta progressivamente acquisendo, con una forte efficacia pervasiva, in moltissimi settori, rammenta d'altro canto i rischi che il suo incontrollato sviluppo può recare con sé, particolarmente in tre campi.

Il primo di questi è l'etica, laddove si possono inventare concrete possibilità di utilizzo dell'IA foriere di discriminazioni e destinate a restringere la dignità e



la libertà degli esseri umani, soprattutto dei soggetti più vulnerabili.

Il secondo è quello educativo, che riguarda non soltanto l'accesso universale ad un elevato livello qualitativo di istruzione, fin dall'apprendimento scolastico, ma anche la necessità di ridurre quanto più possibile le disparità, al fine di dare concretezza al principio *no one left behind*.

Il terzo è l'ambito giuridico ove si ravvisa l'urgenza di codificare principi condivisi e regole chiare, a tutela tanto dell'uomo quanto dell'ambiente, ponendo al centro del dibattito pubblico la protezione dei diritti umani nell'era digitale e le nuove forme di responsabilità.

Una simile griglia etica è necessaria - si dice nella *call* - e rappresenta un valido strumento in tutte le fasi di programmazione e di utilizzo dell'IA: dalla creazione degli algoritmi alla loro applicazione pratica. Quando il prodotto è "fatto e finito" si rende necessaria l'adozione di norme per regolarne l'uso, ma il ruolo chiave dell'etica comincia sin dalle prime fasi antecedenti la sua realizzazione. Il contributo fondamentale che l'etica può dare, infatti, si riflette sui criteri che sottendono la progettazione stessa degli algoritmi e sugli stadi successivi di produzione.

La *call* si chiude con l'individuazione dei principi che devono sostenere questa *algorithmic vision*: trasparenza, inclusione, responsabilità, imparzialità, affidabilità, sicurezza e privacy. Tra i primi firmatari vi sono rappresentanti della PAV, di Microsoft, di IBM, della FAO, del Governo italiano (il Ministro per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione). All'incontro ha partecipato anche il Presidente dell'Europarlamento.

LUCIO CASALINI

<http://www.academyforlife.va/content/pav/it/notizie/2020/intelligenza-artificiale-2020.html>

http://www.academyforlife.va/content/dam/pav/documenti%20pdf/2020/CALL%2028%20febbraio/AI%20Rome%20Call%20x%20firma_DEF_DEF_.pdf

8. Le Linee Guide AGID del 23 marzo 2020 - Il valore giuridico della firma con il Sistema Pubblico d'identità Digitale (SPiD)

Con la determinazione n. 157/2020 adottata il 23 marzo 2020, attraverso la quale l'Agenzia per l'Italia Digitale ("AgID") ha emanato le Linee Guida per la sottoscrizione elettronica di documenti ai

sensi dell'art. 20 del codice dell'amministrazione digitale ("CAD"), un importante tassello è stato aggiunto al processo di digitalizzazione dei documenti.

La necessità di rispondere in modo rapido ed efficace alle esigenze dei sempre più veloci traffici commerciali ha imposto l'adozione di strumenti snelli, che permettano di dare vita a negozi giuridici affidabili in termini di validità.

Le recenti Linee Guida AgID sembrano viaggiare in questa direzione.

Terminato il naturale percorso di consultazione pubblica, in un arco temporale che va dal 21 novembre al 28 novembre 2019, entreranno definitivamente in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di apposito avviso della predetta Determinazione 157/2020.

L'obiettivo è quello di «favorire il processo di completa digitalizzazione dei documenti».

Il CAD, all'art. 1, lett. p), offre una definizione ampia di documento informatico quale «rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente vincolanti», suscettibile dell'apposizione di una data opponibile ai terzi, soltanto mediante una procedura informatica di «validazione temporale» conforme alle regole tecniche.

L'entrata in vigore delle Linee Guida renderà possibile firmare atti e contratti mediante il sistema pubblico di identità digitale (c.d. SPiD), ormai sempre più diffuso tra gli operatori pubblici e privati, con il medesimo valore giuridico della firma autografa, «soddisfacendo, così, il requisito della forma scritta e producendo gli effetti di cui all'art. 2702 c.c.».

L'importante novità è data dal fatto che i cittadini, oltre alla già esistente firma elettronica qualificata, avranno a disposizione un altro strumento digitale per sottoscrivere documenti giuridicamente validi.

Le regole contenute nelle Linee Guida disciplinano le modalità tecniche «con cui i fornitori di servizi online potranno permettere agli utenti di sottoscrivere atti e contratti tramite la loro identità digitale», in conformità all'art. 20 CAD. Il capitolo tre delle medesime Linee Guida precisa che dietro l'identità digitale sia sempre presente una persona fisica.

Infatti, al fine di garantire l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio, potranno essere utilizzate esclusivamente le identità digitali della persona fisica e quelle per uso professionale, mentre non potranno essere utilizzate identità digitali SPiD per persona giuridica.

Tuttavia, la duttilità di questo strumento permetterà il suo utilizzo sia da parte dei fornitori di servizi privati sia da parte delle Pubbliche Amministrazioni e consentirà «di sostituire la firma autografa nella quasi totalità dei casi», favorendo lo sviluppo del

«processo di dematerializzazione dei documenti»
ormai in atto da tempo.

ETTORE WILLIAM DI MAURO

<https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2020/03/26/spid-emanate-linee-guida-firmare-i-documenti-online>

| 10

