

IL PENSIERO DI MARIO NUZZO NELL'UNITÀ PLURALE DI UNA GRANDE SCUOLA*

Di Giuseppe Vettori

| 5

SOMMARIO: 1. *La scienza giuridica nell'ordine del tempo.* 2. *Dal codice alla Costituzione.* 3. *La difesa dello Stato di diritto in Europa.* 4. *Scienza giuridica e responsabilità dell'interprete.*

ABSTRACT. Si tratta di un'introduzione al volume che contiene una serie di pubblicazioni raccolte dagli allievi, secondo una precisa indicazione del Maestro scomparso. Mario Nuzzo lascia un messaggio di piena adesione al cambiamento radicale imposto dall'attuale sistema delle fonti che non ha più il suo perno nella legge, ma nell'interpretazione, guidata da un pluralismo incompatibile con la gerarchia verticale del passato.

This is an introduction to the book that contains a series of essays collected by the students, according to a precise line drawn by the deceased Teacher. Mario Nuzzo gives a message of full adhesion to the radical change imposed by the current system of sources which no longer has its pivot in the law, but in interpretation, guided by a pluralism incompatible with the past vertical hierarchy.

1. Autonomia privata e sussidiarietà orizzontale.

6 Mario Nuzzo ha saputo coniugare sapere e sapere. Il rigore trasmesso da Francesco Santoro Passarelli e da Giuseppe Benedetti ha plasmato tutti gli allievi, ma più di ogni altro Mario ha reso agevole quel metodo, con alcuni tratti in particolare¹. L'equilibrio e la serenità. L'equilibrio è una dote speciale. Richiede un animo docile, pronto all'ascolto e perciò capace di fare giustizia. Mario nell'Università, nella Professione e nelle Istituzioni, ha sempre saputo pensare ed agire con saggezza. La serenità è una dote dei Giusti che sanno illuminare la nostra vita. Il sorriso di Mario e la sua gioia di vivere ci hanno accompagnato sino agli ultimi giorni. Lasciando una visione alta dell'autonomia dei privati, sorretta dai principi di sussidiarietà, effettività e adeguatezza.

Gli scritti pubblicati seguono, per espressa volontà dell'Autore, una sequenza scandita dalla volontà di fissare il reparto di funzioni e competenze nel diritto dei privati. L'utilità sociale e la sussidiarietà orizzontale nel controllo dei poteri privati; l'autonomia e la legge nel giudizio di validità degli atti; il Parlamento e i giudici nell'attuazione di regole e principi. Tutto ciò in un itinerario che copre quasi cinquanta anni, a cavallo di due secoli.

Un tratto significativo nel pensiero del nostro Autore emerge, all'inizio del nuovo secolo, riflettendo sulla modifica del Titolo Quinto della Costituzione, ove si parla del principio di sussidiarietà che apre nuove prospettive nel rapporto fra diritto pubblico e diritto privato. Le pagine consolidano una visione maturata nel tempo e affidata ad una ricerca imponente, riassunta in poche essenziali parole che aprono questo volume come sintesi dei valori e di una visione precisa del Diritto².

Anzitutto la consapevolezza di una giuridicità espressa oggi da soggetti diversi (legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati) frutto dell'evoluzione di un "contesto culturale, istituzionale ed economico" che esige "strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolazio-

ne in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata"³.

Da qui l'idea di approfondire "la ripartizione di competenze tra autonomia privata e autorità pubbliche" per effetto di diverse fonti primarie.

Da un lato l'art. 118 c. 4, secondo il quale i Poteri pubblici devono favorire "l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", richiamato da alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 300 e 301 del 2003), che hanno riconosciuto alle organizzazioni promotrici delle libertà sociali "una competenza originaria e primaria" nelle "materie in cui vengono in rilievo interessi privati seppure a rilievo generale", come "la ricerca scientifica, la sanità, l'assistenza e beneficenza".

Dall'altro gli articoli 1322 c.c., 2, 3 e 41 della Costituzione che riconoscono il potere dei privati di regolare i loro rapporti patrimoniali con forza di legge ed effetti solo fra le parti⁴.

La ricerca collettiva analizza questo fenomeno confrontando figure diverse della libertà dei privati che vanno tenute distinte. L'una espressione di un'autonomia privata tra le parti, che non produce effetto per i terzi (1372 c.c.), l'altra fonte di "un potere di autoregolazione" (118 c. 4 Cost.) che può gestire "rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale", sicché le regole "sono private nella fonte, ma nella sostanza, sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti di terzi"⁵.

L'elenco di queste ipotesi è amplissimo: strumenti contrattuali interni a procedimenti amministrativi, giurisdizionali o di volontaria giurisdizione, accordi di ristrutturazione del debito e negozi nell'ambito della crisi d'impresa, enti *profit* e *non profit*, accordi fra coniugi relativi ai figli o alla crisi familiare, atti di limitazione della responsabilità patrimoniale, patrimoni destinati a tutela di fragilità della persona, codici di autodisciplina.

In quest'area vasta si va alla ricerca del ruolo del principio di sussidiarietà orizzontale nel sistema del diritto dei privati e nei singoli istituti del diritto civile, sia sul piano interpretativo e applicativo, sia nella prospettiva di un "graduato ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai "poteri privati"⁶.

* Si tratta dall'introduzione al volume di scritti di Mario Nuzzo edito da Giappichelli nel 2022.

¹ Nella Prolusione del 18 dicembre 1987 a Teramo (*Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, inserita come appendice del volume) Mario Nuzzo si propone di dar conto della "conclusione di un ciclo di vita" e dell'"inizio di un ciclo successivo" in continuità con il pensiero dei propri Maestri e della propria Scuola.

² M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014.

³ M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, cit., p. XV.

⁴ M. NUZZO, *op.cit.*, p. XVI.

⁵ M. NUZZO, *op. cit.*, XVII.

⁶ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

I due volumi del 2014 scrutano la realtà e pongono le basi per ricerche che guardano al futuro con attenzione e curiosità.

2. Utilità sociale e principi costituzionali.

La monografia del 1975 ha anticipato i tempi e segnalato temi su cui ancora oggi si divide il pensiero giuridico⁷.

Nell'introduzione si parla di una nuova complessità scandita da precisi fatti: il ridursi della distinzione tra pubblico e privato, l'affermarsi "nella realtà sociale e normativa di istanze egualitarie e solidaristiche", il prevalere di una "concezione costituzionale" del diritto privato e dei suoi istituti, scossi da una funzionalizzazione a fini sociali. Appare con chiarezza lo scopo della ricerca che si propone di "ripensare la ripartizione fondamentale delle competenze fra autonomia privata e ordine giuridico" alla luce dei principi costituzionali che superano l'antitesi individuo-Stato e "pongono su nuove basi il rapporto fra singoli e comunità". Dall'art. 41 della Costituzione si trae un compito fondamentale dell'interprete: individuare gli interessi che emergono sul piano formale e le situazioni del soggetto che agisce, per fissare un corretto equilibrio e far ordine "in una serie indeterminata di combinazioni che difficilmente possono essere fissate in uno strumento rigido qual è la legge"⁸.

L'alternativa è posta con grande chiarezza. Occorre graduare i principi fondamentali della Costituzione in relazione ai singoli rapporti economici e individuare il diverso modo di attuazione del criterio dell'utilità sociale. In primo luogo il compito della Corte costituzionale e del giudice ordinario: la prima tenuta a valutare le congruenze fra le norme sottoposte al suo esame e l'interesse costituzionalmente tutelato, il secondo chiamato a valutare il contrasto fra "concreta funzione di quel negozio e l'interesse sociale prevalente", tramite la funzione del tipo, la causa in concreto e la meritevolezza della tutela⁹.

Tutto ciò quarantacinque anni fa. Con la capacità rara di anticipare ciò che accade oggi. Solo qualche cenno.

Dalla fine degli anni sessanta si era affermato un dominio netto delle ideologie: nel mondo del lavoro, nel rapporto fra le generazioni, fra i sessi e in tutte le sfere della vita privata. Nel giro di pochi anni mutarono i rapporti fra potere e scienza giuridica, sino a negare l'autonomia dell'interprete e

l'oggettività dei risultati ermeneutici¹⁰. Nel 1972 si tenne a Catania il convegno sull'uso alternativo del diritto che esaltò "una società politica alla ricerca della sua forma giuridica"¹¹. Negli anni successivi si sperimentò la formula dei governi di solidarietà nazionale, alla ricerca di un compromesso tramontato tragicamente con l'uccisione di Aldo Moro e poco dopo iniziò la stagione tragica del terrorismo sino al ritorno al privato, negli anni ottanta e oltre.

Mario Nuzzo ha tenuto ferma la barra del suo pensiero in un ambiente ostile o impreparato al compito che egli suggeriva.

La giurisprudenza non era all'epoca pronta a raccogliere la sfida dell'attuazione dei principi costituzionali e del superamento di un metodo ispirato al più rigido positivismo¹². Basta pensare che il tema dei principi divide tutt'ora, che la nozione di causa in concreto è "scoperta" dalla Corte di Cassazione solo nel 2005, che l'interesse meritevole è ripensato in funzione rimediabile in modo originale solo negli ultimi anni¹³.

Ma proprio volgendo lo sguardo al passato si comprende come il libro sull'Utilità sociale sia oggi riletto, citato e utilizzato. Si capisce perché, oltre quaranta anni dopo la prima monografia, l'Autore avverta la necessità di un manuale per l'insegnamento costruito sulla base di un programma chiaro e intelligente¹⁴. Un'opera sistematica capace di cogliere, con un'attenta cernita e di esprimere in una sintesi felice, le linee essenziali della dottrina del proprio tempo, con attenzione ad una pluralità di aspetti. I nuovi assetti istituzionali di derivazione europea e l'attività della Corte costituzionale, la profonda trasformazione del tessuto socio economico da regolare, la contaminazione con altri ordinamenti e l'attenzione all'attività delle Corti. Con un metodo attento alla concreta attuazione della norma, alla peculiarità del caso concreto, all'orientamento del precedente e alla prevedibilità della decisione, come attestano gli studi fondamentali sulla nullità e l'illiceità del contratto, sulla causa, e sulla meritevolezza della tutela.

¹⁰ L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

¹¹ P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto, I Scienza giuridica e analisi marxista II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973.

¹² R. NICCOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 240 ss.; ID., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 904 ss. avverte il ritardo culturale nell'applicazione dei valori costituzionali e considera la giurisprudenza non all'altezza, allora, di questo compito.

¹³ V. ora la bella voce di F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, I tematici, *Contratto*, Giuffrè, Milano, 2021 p.667.

¹⁴ M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-Attività*, Torino, 2005.

⁷ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 81 ss.

⁹ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, p. 83.

3. Potere dei privati e legge nel contratto europeo.

Il reparto di competenze fra autonomia e legge nel determinare i requisiti di validità è affrontato con grande rigore e capacità critica in una serie di casi.

Anzitutto nell'analisi della forma convenzionale volta alla tutela di un interesse privato di una parte e perciò non soggetta al rilievo di ufficio della nullità¹⁵. Poi nella esegesi dei criteri di vessatorietà delle clausole nei contratti fra professionisti e consumatori¹⁶. Infine nella disamina della nullità di protezione il cui statuto esige un raccordo con la normativa della prova, da articolare (tramite la regola dell'art. 2729 c.c.) in relazione ai diversi modelli di nullità oggi esistenti nel nostro ordinamento, e alla natura degli interessi sottesi a ciascuno di essi¹⁷.

A questa specialità si contrappone la disciplina generale del negozio illecito¹⁸ ove l'Autore con una raffinata analisi prende posizione sulla diversità fra illegalità e illiceità e sui parametri di valutazione del contratto (norme imperative, ordine pubblico e buon costume) ricostruiti aggirando il "peso che ancora esercita sugli studi il dogma della fattispecie".

Da un lato, infatti, l'evocazione di quel concetto "induce al tentativo di risolvere il problema riportando l'illiceità all'interno dei singoli schemi negoziali utilizzati; dall'altro appare difficile, in assenza di sicuri indici di rilevanza normativa, assumere a fattispecie l'intera operazione economica per esprimere rispetto ad essa, e non ai singoli negozi che la compongono, il giudizio di liceità. Da ciò la tendenza ad usare formule descrittive che, pur ampliando

significativamente la prospettiva dell'indagine non forniscono sicuri strumenti per la individuazione dei meccanismi tecnici attraverso i quali si svolge quel giudizio".

Il nostro Autore supera queste difficoltà abbandonando la rigidità di "un dogmatismo di scuola" e aprendosi all'operazione "che sul piano del naturale atteggiarsi dell'autoregolamento trascende l'assetto di interessi corrispondente a singoli tipi negoziali, per esprimere una più ampia funzione che caratterizza l'affare nella sua realtà complessiva".

Si suggerisce così uno schema interpretativo volto a "ridurre fortemente il rilievo del dato strutturale per accentrare l'attenzione sul momento funzionale del negozio, individuando il problema della illiceità in quello del divieto di un risultato, quale che sia lo schema formale usato per la sua realizzazione, proponendo così, in prospettiva particolare, il problema delle norme c.d. «ad applicazione necessaria» caratterizzate dal fatto che, pur essendo dettate con riferimento a tipi contrattuali aventi disciplina particolare, esse devono ritenersi operanti, anche al di là del tipo al quale immediatamente si riferiscono, essendo la portata del divieto costruita in relazione al risultato pratico perseguito dalle parti più che in relazione agli elementi strutturali da queste utilizzati"¹⁹.

Il che porta a chiarire il senso e significato della causa in presenza delle diverse opinioni in Italia ed in Europa²⁰. Il discorso è anche qui critico e costruttivo. Per una pluralità di motivi espressi chiaramente dall'Autore.

"Il dibattito rende evidente la necessità di abbandonare le formule meramente declamatorie, per considerare invece i problemi pratici che sono sottesi alle nozioni di causa, oggetto e contenuto, i quali debbono essere risolti tenendo presente che la giurisprudenza, non solo domestica, continua ad utilizzare la nozione di causa per risolvere i problemi di carattere pratico che si collegano alla qualificazione del contratto e alla valutazione di liceità dello stesso". "Non vi è dubbio, infatti, che il diritto privato europeo non si preoccupa solo dell'efficienza del mercato ma anche della sua dimensione *etica*; in una concezione moderna, che tiene conto dell'esperienza compiuta sia sui mercati interni che su quelli internazionali nei tempi più recenti; l'efficienza del mercato è infatti il risultato della combinazione tra *l'efficienza dello scambio e l'insieme dei principi etici e di correttezza* che costituiscono il

¹⁵ M. NUZZO, *Sulla rilevanza d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 2236-2243.

¹⁶ *Id.*, Capo XIV bis c.c.: *Dei contratti del consumatore*, sub Art. 1469-ter. *Accertamento della vessatorietà delle clausole. Comma 1° 2° 4°*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1141 ss.

¹⁷ *Id.*, Art. 38, in *Codice del consumo*, a cura di G. Alpa-L. Rossi Carleo, ESI, Napoli, 2005, p. 255-274. Si distingue infatti tra il caso "della nullità assoluta, cui il divieto di prova con mezzi diversi dal documento si applica con tutto il suo rigore, e il caso della nullità relativa in relazione alla quale va invece distinta: a) la regola da applicare nel caso in cui la parte cui è attribuita la scelta tra nullità ed esecuzione del contratto scelga la nullità, con la conseguenza che troverà applicazione la regola del divieto di prova del contratto o della clausola carenti di forma dai quali nessuno potrà trarre vantaggio o danno, stante la sua assoluta inidoneità alla produzione di effetti giuridici; b) la regola da applicare nel caso in cui il contraente protetto chieda l'esecuzione del contratto o della clausola nella quale invece, essendo il contratto produttivo dei suoi effetti, dovrà ritenersi che ciascuna delle parti sia ammessa alla prova in relazione al proprio interesse sostanziale".

¹⁸ *Id.*, *Negozio giuridico*, IV) *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XX, Roma, p.1-10.

¹⁹ Il tema è ripreso e sviluppato in *Id.*, *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Edizioni Jovene, Napoli, 1987, pp. 1-25.

²⁰ *Id.*, *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 195-201.



fondamento delle *regole giuridiche del mercato*. Ciò ripropone il problema che si è voluto risolvere con l'eliminazione della causa dagli elementi necessari del contratto di "diritto europeo"; inducendo a ritenere che, nel contesto che si è appena segnalato, il riferimento alla "*natura ed allo scopo del contratto*" vincoli l'interprete a risolvere i problemi inerenti alla qualificazione del contratto, alla sua interpretazione, al controllo di liceità, alla rilevanza delle sopravvenienze, alla stregua di un criterio che tenga conto, oltre che della funzione mercantile dello scambio, anche dell'efficienza del mercato quale risulta dalla combinazione tra le diverse componenti sopra indicate".

Insomma il dibattito sulla nozione di causa nel diritto europeo dei contratti diviene l'occasione per valutare la relazione tra "contratto e mercato", nella quale sembrano riemergere necessariamente dati esterni alla pura operazione di scambio che coglie solo alcuni degli elementi rilevanti ai fini dei controlli necessari per la tutela della complessa serie di interessi di cui sono portatori coloro che, a vario titolo, operano sul mercato. Se così è, l'illusione di risolvere questi problemi sul piano definitorio sembra esaurirsi in un fatto nominalistico che rende la scelta prigioniera del concettualismo cui voleva ribellarsi. Da un lato infatti i problemi pratici che nella nostra tradizione vengono risolti con la nozione di causa continuano ad essere risolti nello stesso modo sostituendo a quel nome quello di "natura" o "scopo" del contratto; dall'altro il tentativo di escludere dall'orizzonte valutativo dell'interprete ogni elemento non riconducibile esclusivamente alla logica dello scambio sembra scontrarsi con l'esigenza di tener conto dell'efficienza del mercato su cui si realizza lo scambio, la quale è a sua volta il risultato della combinazione tra *l'insieme dei principi etici e di correttezza* che fondano le *regole giuridiche del mercato*.

Il discorso ricomincia così da dove sembrava finire, ma con un'importante indicazione: il cambiamento della prospettiva da cui si guarda il fenomeno non modifica la sua essenza ed i problemi pratici ad esso sottesi. Con la conseguenza che il lavoro dell'interprete non può avere semplificazioni o scorciatoie, ma deve confrontarsi con i dati reali, rivedendo a quella stregua i concetti ricevuti dalla tradizione per adattarli alle nuove realtà, con una riflessione che non parte dai concetti, ma dai problemi e dai loro rimedi per individuare gli strumenti tecnici necessari per la ricostruzione del sistema e per il controllo di "ragionevolezza" delle soluzioni proposte. "In questo senso la ricerca, anche per quanto riguarda il complesso dei problemi sottesi alla nozione di causa del contratto, è solo all'inizio; quanto si è fatto finora e la discussione che ne è se-

guita ha tuttavia l'importanza fondamentale di aver contribuito a farci vedere *dov'è l'inizio*, costituendo così la premessa indispensabile dei successivi sviluppi su cui ora dovremo cominciare a lavorare"²¹.

4. Il reparto di competenze fra legislazione e giurisdizione.

L'ultimo periodo di studio va ancora alla ricerca di una dimensione innovativa fondamentale nel rapporto fra legislazione e giurisdizione. L'una volta a fissare la giuridicità e la meritevolezza di fatti, atti e rapporti, l'altra a bilanciare gli interessi e a "selezionare nell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, il rimedio più efficiente" per l'effettiva attuazione dell'interesse protetto.

Tutto ciò senza fughe in avanti, fonte di incertezza, ma in base a precise disposizioni che rafforzano il vincolo del precedente (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e d.l. 22 giugno 2012 n. 83 conv. in L. 7 agosto 2012 n. 134) e aprono all'impiego "dei principi di razionalità e proporzionalità come parametri di controllo della correttezza della decisione".

Questi ultimi saggi meritano un'attenta riflessione.

I fenomeni della globalizzazione, *l'acquis communautaire* e le Corti italiane ed europee hanno prodotto "sostanziali modificazioni nel tessuto complessivo del nostro ordinamento" che si allontana dalla sua tradizione per la tendenziale sostituzione della sequenza 'fattispecie, regola e tutela', con una normativa in chiave funzionale, che individua l'interesse protetto e il fine di protezione che in relazione ad esso si deve realizzare, lasciando spesso indeterminato il rimedio che deve o può essere utilizzato a quel fine"²².

Basta pensare al ruolo integrativo e modificativo della buona fede affermato da una giurisprudenza consolidata²³, all'abuso e al diritto ad un rimedio effettivo che emerge dalle norme (artt. 54 e 47 della Carta dei diritti fondamentali) e dalla giurisprudenza interna²⁴ e comunitaria²⁵, autorizzata "a decidere se un diritto, che pur trova la sua fonte in una norma venga esercitato abusivamente".

Tutto ciò determina un "nuovo modo di intendere il tradizionale riparto di competenze" tra legge e giudice affidando alla prima "la selezione degli in-

²¹ ID., *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, *ult. cit.*

²² M. NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *NDC*, 2016, 1, p. 52.

²³ A partire da Cass. 20 aprile 1994, n. 3775.

²⁴ V. per tutte Cass. Sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726.

²⁵ Corte giust. CE, 12 maggio 1998, C-367/96; Corte giust. CE, 23 marzo 2000, C-373/97.



teressi rilevanti”²⁶ e al secondo la valutazione comparativa e il loro bilanciamento, al fine di stabilire la prevalenza e la misura della tutela. Superando la fattispecie legale per valutare l'intera operazione negoziale grazie al rilievo del collegamento e del nesso fra le prestazioni²⁷.

10 Il che per essere credibile, secondo Mario Nuzzo, “deve trovare al suo interno meccanismi capaci di ristabilire, seppure con mezzi diversi, accettabili gradi di certezza” affidati ad un controllo basato su tre criteri: l'idoneità come “necessaria coerenza tra i mezzi impiegati e il fine che si vuole perseguire”; la necessità intesa come scelta della soluzione che comporti “il minimo sacrificio degli interessi incisi”; l'adeguatezza nel commisurare la tutela secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza capaci di realizzare un equilibrio “dinamico e non prefissato in anticipo”, ma controllabile da un vincolo non più della fattispecie ma del precedente²⁸ che emerge da una serie di criteri consolidati e da una serie di disposizioni normative.

In primo luogo la distinzione fra *ratio decidendi* vincolante in casi identici e *obiter dicta* con valore solo persuasivo. In secondo luogo la conformità alla giurisprudenza della Corte di Cassazione quando i motivi del ricorso non offrano “elementi per confermare o mutare l'orientamento” consolidato (art. 360 *bis* c.p.c.) e poi l'inammissibilità dell'appello quando non vi sia una ragionevole probabilità di essere accolto (348 *bis* c.p.c.) e ancora l'obbligo per le sezioni semplici della Cassazione di rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso quando non si ritiene di condividere “il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite” (art. 374, comma 3, c.p.c.).

Questo insieme di regole rafforza “il vincolo verticale del precedente” e “sembra in concreto idoneo ad assicurare, da un lato, una maggiore flessibilità del sistema”, “dall'altro, un'efficiente e rassicurante risposta in termine di prevedibilità e controllabilità delle decisioni”²⁹.

Si può discutere se il compito del legislatore si limiti ad indicare la rilevanza giuridica di un fatto o di un interesse e se alla giurisprudenza resti il compito di individuare, in quel contesto amplissimo, la regola di decisione e la tutela più adeguata. In tal modo si affida un potere molto ampio al giudice nella sua opera “inventiva” e si pone il problema di

come i principi possano essere usati in modo corretto e funzionale allo scopo.

Ma sottesa alle parole dell'Autore c'è la necessità “di un argomentazione attendibile e convincente”³⁰ che vada oltre l'analisi letterale del testo, con un procedere rigoroso che si ponga il problema di convincere e persuadere³¹. Sicché la decisione o l'opinione non può che essere tratta “dal sistema del diritto positivo” e 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 mediante una corretta concettualizzazione e la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico”³².

Questa esigenza è alla base di tutti saggi ove il pensiero segue una evoluzione segnata da grandi Maestri.

Francesco Santoro-Passarelli dopo aver seguito un rigoroso metodo positivo ed aver scritto con le *Dottrine generali del diritto civile* un vero breviario del sistema privatistico, utilizzato per decenni dagli operatori e dagli studenti, nel 1981, in un saggio di chiusura di un Convegno messinese, risponde alla domanda posta nel titolo: *Quid juris?*. E le parole sono sorprendenti: il fatto più il consenso generale si fa diritto³³. Con un colpo netto si ripensa il sistema delle fonti e si esclude una gerarchia con al vertice solo il legislatore.

Giuseppe Benedetti dopo aver scritto pagine di raffinata analisi dogmatica, da rileggere ancora come modello di procedimento logico-deduttivo di un ordine dato, negli ultimi decenni della sua lunga attività, rivaluta la interpretazione-attuazione del diritto, esaltando l'ermeneutica non come “approdo” del diritto, ma come vocazione originaria di esso e come dimora del giurista perché “*la parola giuridica è già sempre parola ermeneutica*. Non si tratta di un rapporto esterno e occasionale ma di assoluta intrinsechezza”³⁴.

²⁶ Ciò a partire dalla classica sentenza della Cass. Sez. un. 22 luglio 1999, n. 500.

²⁷ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, pp. 62-64.

²⁸ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 141 ss.

²⁹ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 148.

³⁰ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 94, e S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.

³¹ È questa l'ultima grande lezione di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 160 ss.

³² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII e il richiamo in G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, cit., p. 291 ss.

³³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid juris?*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Padova, 1988, p. 25.

³⁴ Così G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 167. Mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019.

Mario Nuzzo, insomma, non si riconosce in “*un estremismo di centro*”³⁵, ma lascia un messaggio di piena adesione al cambiamento radicale imposto dalla “contemporaneità”³⁶, che non ha più il suo perno nella legge, ma nell’interpretazione, per effetto di un pluralismo e una de-tipizzazione delle fonti che hanno abbandonato una gerarchia verticale del sistema, descritto nell’art. 1 delle Preleggi al codice civile³⁷.

Questa unità nella differenza con lo stile e il pensiero dei suoi Maestri, è un messaggio forte di Mario rivolto a tutto coloro che lo hanno avuto vicino e hanno appreso da Lui una Grande Lezione.

³⁵ Che è considerato il peggior estremismo da J.M. BERGOGLIO, *Evangelizzazione della cultura e inculturazione del vangelo*, Relazione ad un convegno del settembre, 2015, pubblicata in *Civiltà cattolica*, nel novembre 2015.

³⁶ *La contemporaneità del civilista* è il titolo del primo saggio del volume di G. BENEDETTI, *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., p. 19 ss.

³⁷ V. ora P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, pp. 3 ss., 37 ss., 99 ss.