



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di diritto civile – Università di Milano

LA GIURISPRUDENZA FONTE DEL DIRITTO? *

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Cassazione fonte di norme sul contratto: limiti oggettivi e soggettivi. – 2. La prevedibilità delle future decisioni giudiziarie. – 2.1. Lo stato di informazione. – 2.2. Le convenzioni che influiscono sulla prevedibilità. – 2.2.1. La grande dicotomia: decidere riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, o invece decidere in base a principi che esprimono valori. – 2.2.2. Decidere in base ai precedenti. – 2.3. Una considerazione conclusiva.

1. – Chiediamoci se e come la giurisprudenza italiana attuale della Corte di Cassazione sia fonte del diritto del contratto in generale.

Alcuni brevi premesse sono opportune.

Nell'esaminare i precedenti giudiziari come fonte del diritto italiano, Pizzorusso scrive: «il concreto funzionamento del precedente come fonte di norme giuridiche si concreta, non tanto nei casi in cui esso più strettamente aderisce ad una disposizione prodotta da una diversa fonte (soprattutto se si tratta di fonte scritta, recente e ben formulata), quanto nei casi in cui attraverso l'operazione interpretativa si viene a creare, o quanto meno ad individuare, una norma almeno testualmente nuova»¹.

La giurisprudenza è dunque fonte del diritto se ed in quanto è creativa.

Ma quando la giurisprudenza può dirsi creativa?

Se la giurisprudenza interpreta una fonte scritta, è stato opportunamente ricordato, «dal punto di vista logico è impossibile decidere se l'interprete crea o scopre il significato che attribuisce alla norma (...) poiché il senso della norma ci si appalesa solo attraverso l'uso degli strumenti interpretativi»².

Siamo invece certamente di fronte a casi in cui la giurisprudenza è creativa quando essa elabora una norma nuova senza trarre fondamento da norme scritte.

Alcuni esempi tradizionali, per meglio chiarire.

La giurisprudenza, già a partire dagli ultimi anni di vigenza del codice del 1865, statuisce (sulla scorta di una ben nota costruzione dottrinale) che se l'accordo si è formato sul presuppo-

* Relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "La giurisprudenza fonte del diritto?", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli "Scritti giuridici di Andrea Belvedere", Padova, 2016.

¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2° ed. *Commentario del cod. civ. Scialoja – Branca – Galgano*, Bologna – Roma, 2011, 707, nota 6.

² P.G. MONATERI, in *Alpa, Guarneri, Monateri, Pascuzzi, Sacco, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, 502.



sto, non esplicitato in contratto, di una obiettiva situazione, e questa viene meno per circostanze non imputabili alle parti, il contratto è risolubile (la c.d. presupposizione)³.

Si tratta di una norma nuova, con la sua fattispecie e i suoi effetti, che non trova fondamento espresso in una norma scritta in tema di risoluzione del contratto.

La giurisprudenza statuisce da tempo che se un soggetto tollera che altri si comporti come suo rappresentante produce effetti nei suoi confronti il contratto rappresentativo con il terzo che confidi senza sua colpa nell'apparente legittimazione del falso rappresentante (la c.d. rappresentanza apparente⁴ o, per utilizzare il linguaggio che Belvedere preferisce, la «apparenza di rappresentanza»⁵).

Anche in questo caso si tratta di una norma nuova, con la sua fattispecie e i suoi effetti, che non trova fondamento espresso in una norma scritta in tema di rappresentanza.

È una norma giurisprudenziale in tema di contratto in genere la estensione, in caso di contratti collegati, dell'invalidità, dell'inefficacia della risoluzione dall'un contratto all'altro⁶: anche in questo caso non vi è una norma di legge di appoggio (salvo invocare, per la nullità, l'art. 1419⁷).

Chiediamoci ora se l'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione sia, nel senso detto, creativa dell'attuale nostro diritto contrattuale di parte generale.

In questi anni recenti non mi pare che la giurisprudenza italiana abbia creato molte nuove norme contrattuali, nel senso ora detto.

Una recente norma giurisprudenziale può rinvenirsi nella statuizione secondo cui non produce ulteriori effetti un contratto o una sua clausola che contrasti con una norma imperativa entrata in vigore dopo la sua conclusione (la c.d. nullità sopravvenuta)⁸.

Se si vuole, si può rinvenire una nuova norma giurisprudenziale sul contratto in genere nella statuizione secondo cui se viene meno l'interesse del creditore alla prestazione il contratto si risolve⁹: ma qui siamo vicini all'interpretazione dell'art. 1463 e della nozione di impossibilità sopravvenuta.

³ Da ultimo Cass. 4 maggio 2015, n. 8867; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22580.

⁴ Da ultimo Cass. 2 marzo 2016, n. 4113; Cass. 27 gennaio 2015, n. 1451.

⁵ A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, Padova, 2016, 642.

⁶ Da ultimo Cass. 1 ottobre 2014, n. 20726.

⁷ Come fa ad esempio Cass. 6 luglio 2015, n. 13888.

⁸ Per la nullità sopravvenuta di una fideiussione *omnibus* stipulata prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 1938, con riferimento a debiti sorti dopo l'entrata in vigore della nuova norma v. Cass. 9 febbraio 2007, n. 2871.

Per l'applicazione della nuova disciplina dell'usura a contratti stipulati anteriormente, con riferimento alla parte di rapporto non esaurita v. Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899; Cass. 11 gennaio 2013, n. 600.

Per la nullità di una clausola compromissoria prevista nello statuto a seguito dell'entrata in vigore del d. lg. 17 gennaio 2003, n. 5, v. Cass. 17 febbraio 2014, n. 3665.

⁹ Così ad esempio Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in un caso in cui due coniugi avevano prenotato una vacanza in albergo e uno dei coniugi era morto il giorno prima della progettata vacanza.

JUS CIVILE



Certo vi sono stati numerosi interventi della Cassazione in tema di contratto in genere che si caratterizzano per la loro novità rispetto al passato. Così in tema di rilevanza d'ufficio della nullità, e della eccessività della penale, e delle eccezioni, in tema di abuso del diritto, di causa in concreto, di responsabilità precontrattuale o addirittura extracontrattuale per contratto "sconveniente".

Ma si tratta di statuizioni che non tanto pongono nuove norme contrattuali, quanto attribuiscono poteri al giudice di intervento censorio sul contratto, da esercitare volta a volta nel decidere il caso concreto.

Ed in questa direzione merita di essere sottolineata la circostanza che anche quando la Corte Suprema è chiamata a dirimere un contrasto tra le sezioni semplici, si perviene talora a decisioni che non sciolgono il contrasto dettando una norma contrattuale, ma rinviando ancora una volta ad una decisione caso per caso. Emblematiche, in questo senso, sono due recenti decisioni delle Sezioni Unite.

Con sentenza 6 marzo 2015, n. 4628 le Sezioni Unite affrontano il tema della ammissibilità del cd. preliminare di preliminare, formula il seguente principio di diritto «*in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.*

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale».

In definitiva, è il giudice di merito che dovrà accertare, caso per caso, se si sia in presenza di un preliminare di preliminare ammissibile, oppure no.

Altro esempio è dato da Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016, n. 9140, che ho già ricordato nella mia relazione ai Lincei di questo giugno come esempio tipico di sentenza che lascia in realtà aperta la questione per cui era stata investita. Tale decisione, infatti, al quesito se la clausola *claims made* nelle assicurazioni della responsabilità civile sia valida e sia vessatoria ex art. 1341, 2° comma cod. civ., ha così statuito: «*nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d.*

JUS CIVILE



clausola claims made mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata».

Commenta ora, icastico, Ugo Carnevali¹⁰: «*il pallino torna (...) ai giudici del merito*».

È chiaro che una impostazione siffatta riduce la capacità della giurisprudenza ad essere fonte del diritto.

Vi è poi un duplice limite oggettivo, che non può essere trascurato, quello quantitativo e quello temporale.

Il limite quantitativo è palese.

Nel 2015 la Corte di Cassazione ha pronunciato 26.200 sentenze e ordinanze: un numero incompatibile con lo svolgimento di una vera funzione di fonte del diritto.

Quanto al limite temporale, in una situazione – qual è la nostra – in cui le fonti scritte mutano con estrema rapidità (Guido Rossi a Venezia nel novembre dell'anno scorso ha parlato di un diritto societario diventato ormai come una biblioteca di Babele¹¹) e le sentenze si formano con notevole lentezza, la conseguenza è che la giurisprudenza «fornisce (semmai) risposte valide per il passato, assai più che per l'avvenire»: sono parole di Rordorf¹².

Vorrei infine considerare un ulteriore limite alla funzione creativa della nostra giurisprudenza, spesso trascurato. La nostra giurisprudenza deve in più casi soggiacere a decisioni altrui.

Noto è il vincolo al precedente della Corte di Giustizia comunitaria sulla interpretazione dei trattati, secondo quanto statuito dalla stessa Corte di Giustizia UE a partire dalla sentenza Cilfit¹³ e riconosciuto anche dalla nostra Corte di Cassazione, che parla di «*valore "normativo" delle pronunce interpretative della Corte comunitaria*»¹⁴.

Non si tratta, tuttavia, dell'unico caso in cui sussiste una circolazione obbligatoria del giudicato straniero. Si ritiene, infatti, che l'art. 7.1 della Convenzione di Vienna, statuendo che «*in the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application*», imponga al giudice interno di tenere conto

¹⁰ U. CARNEVALI, *Commento a Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016, n. 9140*, in *Contratti*, 2016, 765.

¹¹ G. ROSSI, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 5 ss.: «è così che il diritto societario è diventato, mi sia concesso il riferimento a un magnifico racconto di Jorge Luis Borges "La biblioteca di Babele", di sapore kafkiano, dove ogni libro è autonomo, ma informe e caotico e alla fine la biblioteca "illimitata, periodica e infinita" è inutile».

¹² RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 285.

¹³ Corte di Giustizia UE, 6 ottobre 1982, causa C – 283/81. Di recente Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2005, causa C– 495/03, *Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën*.

¹⁴ Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842. Nello stesso ordine di idee Cass. Sez. Un. 24 maggio 2007, n. 12067.

JUS CIVILE



dei precedenti stranieri sulla convenzione¹⁵.

Altri vincoli del giudice italiano a decisioni altrui (anche non giurisdizionali) possono essere identificati.

È imminente la scadenza del termine (27 dicembre 2016) per il recepimento della Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno per illeciti antitrust.

L'art. 9.1 della Direttiva così dispone: «*Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'art. 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza*».

Con la recezione della Direttiva si andrà dunque oltre il principio giurisprudenziale attuale, per cui nella causa *follow on* di risarcimento del danno da illecito antitrust gli accertamenti dell'Authority costituiscono “prova privilegiata”, ed il giudice adito dovrà dare per accertato l'an dell'illecito anticoncorrenziale, e concentrarsi sul tema (peraltro assai arduo) del *quantum* del risarcimento.

In conclusione, se guardiamo al contratto in generale, ed alla giurisprudenza della Cassazione (il discorso sarebbe diverso se guardassimo alla giurisprudenza di merito ed ai singoli contratti), a me pare che la funzione di fonte del diritto svolta dalla giurisprudenza sia soggetta a notevoli limiti e a notevoli vincoli, alcuni oggettivi, altri derivanti dall'impostazione adottata.

2. – Perché la giurisprudenza sia fonte del diritto, è necessario che le sue decisioni siano dotate di una (sia pur relativa) stabilità.

Ciò pone il problema della prevedibilità delle future decisioni giudiziarie¹⁶.

Per valutare in qual misura siano prevedibili le future decisioni giudiziarie occorre accertare quale sia lo stato di informazione e quali siano le convenzioni.

2.1. – Occorre, si è detto, accertare quale sia lo stato di informazione⁽¹⁷⁾, innanzitutto in relazione alle norme da applicare, e alle decisioni assunte in passato.

Al fine di prevedere l'esito di un giudizio futuro il giurista suole verificare come quel caso sia stato deciso in passato. Se quel caso è stato deciso molte volte in un certo modo, in base allo

¹⁵ Sul tema E. FERRANTE, *Homeward trend o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2016, 23 ss. secondo il quale nelle pronunce italiane sulla CISG si è andata affermando l'idea di uno *stare decisis* sovranazionale.

¹⁶ Riprendo qui una parte delle considerazioni svolte in DE NOVA, *La prevedibilità delle future decisioni giudiziarie*, in corso di pubblicazione sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

⁽¹⁷⁾ «Il giudizio sulla probabilità di un evento dipende non solo dall'evento (e dal soggetto) ma anche dallo stato di informazione»: DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, Milano, 2005, p. 10.

JUS CIVILE



stesso principio o alla stessa norma (diremo poi meglio della distinzione tra principi e norme) appare ragionevole prevedere che anche questa volta quel caso sarà deciso in quel modo.

Occorre però innanzitutto considerare che non è facile dire quando si può affermare di avere a disposizione un numero adeguato di precedenti significativi: per ricordare un ammonimento di De Finetti¹⁸ secondo cui non è ben chiaro quando un «non mucchio» diventerà «un vero mucchio».

Noi giuristi conosciamo le “massime consolidate”, ma ricordiamo anche l’ironico scritto di Carnelutti, che parlava al riguardo di “comodità del giudicare”,¹⁹ e soprattutto dobbiamo tenere conto della circostanza che questo modo di procedere non giova se si tratta di un caso nuovo, e non giova se le sentenze che sono state pronunciate sul nostro caso sono tra loro diverse, il che accade molto di frequente.

Ciò detto, cominciamo con l’osservare che oggi assistiamo ad un fenomeno in qualche modo paradossale: è estremamente agevole raccogliere i dati, ma poi è molto difficile identificare il principio o la norma deputata alla soluzione del caso, e identificare le sentenze che possono costituire un precedente.

Bastano poche parole per convincere di ciò.

Quanto alla identificazione dei principio o della norma deputata alla soluzione del caso, è acquisita l’osservazione che oggi si vive in un mondo globalizzato e complesso²⁰.

Si è in presenza di una pluralità di livelli delle fonti, con la conseguente difficoltà di identificare la fonte “spazialmente rilevante” (una fonte sovranazionale? una fonte comunitaria? una fonte nazionale? una fonte straniera o una fonte domestica?).

Si è in presenza di un frequente susseguirsi di interventi normativi sulla medesima materia, con la conseguente difficoltà di identificare qual è la disciplina applicabile *pro tempore* (per restare ad un esempio italiano, è addirittura difficile rispondere ad una domanda che dovrebbe essere banale, e cioè: qual è la norma applicabile all’anatocismo nel 2014? e nel 2015? e nel 2016?).

Quanto alla identificazione delle sentenze che possono costituire un precedente, si è già detto che neppure il frequente intervento della Suprema Corte alle pronunce a Sezioni Unite, ex art. 374, 2° comma cod. proc. civ., in presenza di una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, risolve ogni dubbio.

Lo stato di informazione presenta dunque, per quanto detto sin qui, rilevanti profili di indeterminatezza.

¹⁸ DE FINETTI, *op. cit.*, pag. 570.

¹⁹ CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pag. 41.

²⁰ A fine maggio si è tenuto a Messina un convegno dal titolo significativo: «*Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*».

JUS CIVILE



2.2. – 2.2.1. – Muovo da una prima convenzione che riguarda il metodo che si segue nel decidere: decidere riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, o invece decidere in base a principi che esprimono valori.

Farò un esempio, per mettere a fuoco la dicotomia.

Il caso da decidere è se la caparra confirmatoria possa essere ridotta dal giudice. Se la decisione è in base alle norme, dato che l'art. 1385 cod. civ. non prevede un potere del giudice di ridurre la caparra si potrà decidere che la riducibilità è da escludere, come ritiene la Corte di Cassazione, o si potrà argomentare che la caparra è riducibile in applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ., che prevede la riducibilità della penale, come ritiene una dottrina: ma per farlo sarà necessario argomentare che l'art. 1384 cod. civ. non è norma eccezionale, e che tra penale e caparra sussiste analogia²¹ (cosa non facile, perché altro è promettere, altro è dare, e perché la penale si fa valere quale che sia l'inadempimento, mentre la caparra si fa valere solo se l'inadempimento è di non scarsa importanza).

Se la decisione è in base ai principi che esprimono valori, si può argomentare per la «rilevanza, ex officio, della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa» (così Corte Cost., ordinanza 24 ottobre 2013, n. 248, e in senso conforme Corte Cost. ordinanza 2 aprile 2014, n. 77).

Qui non occorre che prenda posizione su quale sia la soluzione a mio avviso corretta. Mi basta osservare che se si segue la prima strada ogni passaggio argomentativo può essere verificato in base al sistema normativo, se si segue la seconda strada la soluzione dipende da come chi giudica intende il principio di solidarietà. E dunque la prevedibilità di una futura decisione è molto maggiore se si decide in base a norme, molto minore se si decide in base a principi²².

2.2.2. – La seconda convenzione riguarda il decidere in base ai precedenti, e anche qui mi limito a qualche considerazione²³.

È ovvio osservare che se, superate le indeterminatezze di cui si è detto al § 2.2.1., si è in presenza di un significativo «mucchio» di precedenti sentenze univoche relative ad un caso, la previsione del contenuto di una futura sentenza su quel caso dipenderà dalla circostanza che il giudice della futura sentenza giudichi in base ai precedenti, oppure in modo indipendente. Quanto più la “convenzione” sia nel senso del giudicare secondo i precedenti, tanto più sarà agevole prevedere il contenuto della futura sentenza.

²¹ Sul punto di recente F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 421 ss.

²² Il tema della calcolabilità giuridica è stato sollevato da Natalino Irti, nello scritto *Un diritto incalcolabile*, che mi ha donato per gli Studi in mio onore, Milano, 2015, p. 1759 ss..

²³ Si veda CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in www.corte.appello.milano.it.

JUS CIVILE



Qui rileva certamente la circostanza che in un ordinamento il precedente abbia “valore legale” (per usare un’espressione di Rordorf)²⁴ e non un mero valore persuasivo. Ma ancor più, a mio parere, rileva ai nostri fini la circostanza che in fatto il giudice decida sulla base dei precedenti.

Occorre poi chiarire, ai fini che ci interessano, cosa debba esattamente intendersi per “precedente”.

Come osservavo anni fa²⁵ a me pare necessario distinguere il precedente, come *dictum* giurisprudenziale sulla questione in oggetto, dal precedente inteso come adesione della corte ad una tesi (precedente, dunque, come «dottrina della giurisprudenza»). Perché in realtà, quando nel nostro sistema guardiamo ai precedenti per prevedere il futuro atteggiamento dei giudici, guardiamo alla “dottrina della giurisprudenza”. Ed infatti a questi fini ci si accontenta anche di un *obiter dictum*. Emblematico il caso Meroni: la Cassazione, con sentenza 26 gennaio 1971, n. 174 ha affermato il principio secondo cui il creditore di prestazione infungibile ha tutela aquiliana, ed anche se nel caso di specie non si ritenne al fine che vi fosse la prova di un danno risarcibile provato in giudizio, tuttavia da allora in poi, a seguito di quell’*obiter dictum*, fu ragionevole ritenere che in futuro la giurisprudenza avrebbe riconosciuto sussistere la responsabilità aquiliana anche nel caso di lesione, da parte di un terzo, di un diritto di credito: ed infatti è ciò che poi è accaduto.

È interessante notare che in una recente sentenza inglese, nel caso Dexia Crediop contro Comune di Prato²⁶ Mr Justice Walker, dovendo applicare il diritto italiano a contratti di *swap*, dopo aver osservato che “*there is no formal system of precedent in Italy*” (§ 133) fa poi riferimento alla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione 3 giugno 2013, n. 13905, che ha statuito la nullità dei contratti che non prevedono il diritto di recesso dell’investitore anche quando la vendita fuori sede di strumenti finanziari sia intervenuta in esecuzione di un servizio di investimento diverso dal collocamento (§ 224).

E sulla base di tale sentenza conclude per la nullità dei contratti di *swap* (§ 249).

In definitiva quel che più conta è l’atteggiamento mentale dei giudici, se vi sia o non vi sia una cultura del precedente.

Ogni richiamo alla cultura anglosassone del precedente va fatta con molta cautela. Basti pensare che nei sistemi di *common law* il precedente è costruito sul fatto, e quanto più il precedente è antico tanto più è venerato, mentre nel nostro sistema il precedente è costruito sul principio di diritto, e con disagio si citano sentenze più vecchie di dieci anni.

²⁴ RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 284, sottolinea che il testo dell’art. 374 cod. proc. civ., introdotto dal d.lg. n. 40/2006, nel disporre che la singola sezione della Cassazione che ritenga di non condividere un principio di diritto già enunciato dalle sezioni unite è tenuta a rimettere la questione alle stesse sezioni unite, «afferma nel nostro ordinamento un (sia pur circoscritto) valore legale del precedente».

²⁵ DE NOVA, *Sull’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 782.

²⁶ High Court of Justice [2015] EWHC 1746 (Comm) in data 29 giugno 2015.

JUS CIVILE



2.3. – È sentita l'esigenza di prevedere il contenuto delle future sentenze.

L'adozione di un metodo (o, se si vuole, il ritorno ad un metodo), nel decidere, che operi riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, e la diffusione di una cultura del precedente sarebbero rispondenti a tale esigenza.

A mio parere tra le due convenzioni che ho esaminato vi è un nesso.

Solo decidendo in base a norme si può dare adeguata motivazione, si può porre la base per una cultura del precedente.

La complessità delle fonti può comportare un maggior sforzo di identificazione della norma: ma non per questo si deve cambiare metodo, e volgersi alla invocazione dei valori.

Se poi in qualche caso ci si troverà di fronte a disposizioni normative senza fattispecie (il che può avvenire, come ho avuto occasione di segnalare tempo fa con riferimento a disposizioni di origine comunitaria²⁷), sarà pur sempre possibile verificare se il caso da decidere sia riconducibile a tale disposizione, giovandosi della similitudine con il caso più rilevante che tale disposizione intende disciplinare.

²⁷ DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, p. 235 ss.