

## IL CONTRATTO SENZA NUMERI E AGGETTIVI. Oltre il consumatore e l'impresa debole.

Di Giuseppe Vettori

| 10

Il Contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole (Giuseppe Vettori)

**SOMMARIO:** 1. *La globalizzazione fra mito e realtà.* - 2. *Il contratto e i derivati. Le sentenze delle Corti italiane.* - 3. *I rimedi: a) l'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento; b) Causa in concreto e contrarietà a norma penale; c) causa in concreto e nullità del derivato.* - 4. *Oltre il consumatore* - 5. *Il diritto comunitario e la proposta di un Regolamento europeo sulla vendita* - 6. *La Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori.* - 7. *Diritti fondamentali e contratto.*

### 1. La globalizzazione fra mito e realtà.

Dieci anni fa un libro<sup>1</sup> di successo analizzava la globalizzazione come tratto del tempo e come netta cesura fra un prima e un dopo. La dimensione giuridica del fenomeno era fissata nel declino del monopolio legislativo degli Stati e nell'imporsi di un ordine che "nasceva dai fatti" e ad essi "si mescolava" rifiutando il canone della conformità per quello della effettività.

Da qui un sistema complesso ove la legge diveniva solo una delle fonti e il diritto si compenetrava con l'esperienza, aggirando la geometria dei codici.

Un impianto, nato in un ambiente di *common law*, pensato non per il cittadino ma per l'*homo oeconomicus*, frutto di un mercato delineato non da un insieme di leggi, secondo un'autorevole analisi<sup>2</sup>, ma da regole e principi inventati dalla prassi, dagli operatori e dalla scienza giuridica con piena efficacia e autorità nel mondo degli affari.

Ai critici più acuti non era sfuggito, già allora, il rischio grave<sup>3</sup> di legittimare e incentivare un reticolo giuridico protettivo dei soli traffici commerciali come espressione disinvolta del capitalismo globale<sup>4</sup>. Tuttavia si era indotti all'ottimismo

dall'osservazione dei tratti positivi di questa giuridicità nata dal basso per una serie di motivi.

Anzitutto la capacità di incrinare, con uno scossone, il metodo positivo poco incline a logorarsi nel tempo, in Italia come in Europa, e poi la possibilità di consolidare un pluralismo capace di esaltare e non mortificare una giuridicità che doveva affrancarsi dal formalismo e dall'assolutismo della legge nazionale<sup>5</sup>. L'ottimismo era appena incrinato da un dubbio. Che il diritto liberato dall'autoritarismo politico finisse per cadere nell'abbraccio ancor più arrogante del potere economico e finanziario<sup>6</sup>.

Che cosa è accaduto va oltre quei sacrosanti timori perché la finanzia e la tecnologia hanno fagocitato il mercato, con il diritto che doveva regolarlo, e la politica che doveva indicare fini e obbiettivi. Se un anno fa si poteva esprimere il dubbio di trovarsi in un vero passaggio d'epoca<sup>7</sup>, ora siamo in presenza di qualcosa di più.

Come è stato spiegato autorevolmente<sup>8</sup>, il sistema finanziario ha sfruttato in fretta la dimensione globale grazie alla tecnologia, ma anche alla convinzione che fosse possibile fissare, al di là di rigide regole formali o di contrastanti ideologie, alcuni

<sup>1</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, 2000; v. ora ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.

<sup>2</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, 29, p. 551 ss.

<sup>4</sup> P. GROSSI, *op.cit.*, p. 557.

<sup>5</sup> P. GROSSI, *op. loc. cit.*

<sup>6</sup> P. GROSSI, *op.cit.*, p. 558.

<sup>7</sup> G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p.1.

<sup>8</sup> P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 245 in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it). Vedi, anche, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 257 ss.



principi tali da avvicinare interessi e strumenti capaci di creare e far circolare una nuova ricchezza. Ogni sistema di economia reale ha avuto necessità di beni e di mezzi di produzione e di trasmissione con i relativi costi. La finanza no. Non ha avuto bisogno neppure della carta. Solo di un 'click' per la trasmissione istantanea di dati .

Certo occorre un sistema di controllo, ma gli operatori sono stati abili nel rifiutare regole che avrebbero solo limitato, si diceva, una libertà nata da un ordine naturale delle cose che era stato in grado di assicurare un benessere rappresentato in America dalla ampia possibilità di accesso alla casa di abitazione, e in altri Paesi come la Cina, l'India, la Russia e il Brasile, dall'innalzamento del livello di vita di milioni di persone<sup>9</sup>.

Il metodo seguito è chiaro. Per anni il mercato ha assorbito tutto. I debiti cartolarizzati e sparsi per il mondo erano stati trasformati in tracce telematiche che oscuravano il rapporto di base in sofferenza o le insolvenze sempre più massicce. I mutui stipulati su fittizie garanzie reali non erano stati in grado di assicurare la restituzione delle somme erogate per la prevedibile insolvenza dei creditori e per il crollo del mercato immobiliare. I crediti inesigibili erano frammentati e divisi in tutto il mondo senza possibilità di ricostruire il rapporto originario. Da qui la natura tossica dei titoli<sup>10</sup> e la loro diffusione per un valore che supera di molto il PIL del mondo<sup>11</sup>.

Quando si è percepita la gravità della crisi l'America, dopo alcune incertezze, con un imponente contributo (oltre settemila miliardi di dollari<sup>12</sup>) ha salvato le banche che hanno ora restituito quegli importi, sviluppato un volume d'affari molto superiore al passato e sono state, in alcuni casi, citate davanti al giudice civile per le responsabilità nella gestione dei rapporti che hanno determinato la crisi<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> P. SCHLESINGHER, cit., p. 246.

<sup>10</sup> P. SCHLESINGHER, cit., p. 247.

<sup>11</sup> M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma-Bari, 2009, p. 7 ss. W. N. PALMIERI, *La follia della finanza. Accadde alla luce del sole*, Milano, 2011; G. TREMONTI, *Uscita di sicurezza*, Milano, 2012.

<sup>12</sup> Con riferimento a quanto approvato in America sino al marzo 2009 è stato osservato che la manovra di salvataggio bancario è pari a "7 volte il costo della guerra nel Vietnam; 23 volte il programma spaziale Apollo con cui l'America arrivò sulla luna; 47 volte il Piano Marshall per la ricostruzione dell'Europa occidentale dopo la seconda guerra mondiale" (F. RAMPINI, *Le dieci cose che non saranno più le stesse*, Milano, 2009, p. 7).

<sup>13</sup> I titoli differenziali hanno un valore che supera di molte volte il PIL del mondo concentrato quasi interamente in un gruppo di poche Banche accusate di recente da parte degli stessi governi di aver fornito false valutazioni sulla qualità e l'affidabilità degli strumenti finanziari che inglobavano i mutui *sub prime* e venivano venduti ad investitori ignari delle scadenti condizioni economiche dei mutuatari e quindi vittime della insolvenza a catena che ha causato ai soli due fondi poi nazionalizzati oltre

L'Europa vive la stagione terribile che tutti conosciamo.

Dopo aver superato, con una sostanziale privatizzazione, il dualismo fra il sistema inglese ove i mercati erano retti da organizzazioni private e il sistema continentale basato su Borse sottoposte ad un controllo pubblico; dopo aver varato nel 1993 la Direttiva Eurosime e poi le Direttive Mifid con un sistema di controlli diversi da Stato a Stato, quel reticolo di regole non ha affatto realizzato un quadro comune, sicché in assenza di controlli omogenei su tutto ha prevalso il contratto di scambio identico per tutti i paesi e fonte di operazioni semplici, ripetute quotidianamente senza grossi problemi di funzionamento o di contenzioso.<sup>14</sup>

La fiducia nell'autosufficienza dell'atto di autonomia e delle regole imposte dal solo mercato (non regolato in modo uniforme) è durata a lungo per poi franare improvvisamente nel 2008 in tutti i paesi europei appartenenti o meno all'area della moneta unica varata nel 1999, senza strumenti di rettifica, di adattamento e di superamento delle crisi ricorrenti in ogni mercato.

La fragilità di un'unità monetaria senza un'Unione politica è apparsa quasi subito in evidenza per una serie di paesi (PIGS: Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna) ove la stabilità monetaria non ha impedito la bassa crescita, la difficoltà di esportare rispetto ai paesi più forti come la Germania, e non ha certo avviato la soluzione dei problemi strutturali interni come il debito pubblico. Le incertezze di questi mesi hanno posto in luce le difficoltà di un'Unione che si propone ora una revisione dei Trattati per avviare, con i soli paesi che accetteranno, nuove regole. Ma le incertezze restano e gravano sul presente come macigni.

Si è detto che questa lunga stagione manca di una narrazione capace di rendere consapevoli e partecipi del proprio tempo. Se è così, come credo, non è forse inutile richiamare un grande libro che seppe percepire i tratti e le reazioni che consentirono all'America di uscire dalla Grande Depressione del

trenta miliardi di danni. La decisione secondo un convincente commento (G. ROSSI, *Se si sveglia la politica e attacca i mercati*, in *il Sole 24ore*, 4 settembre 2011) è tale da vanificare i principi e i miti su cui si è retta l'economia globale. Cade l'idea dell'autosufficienza del mercato come zona giuridica dell'efficienza ed equità degli scambi. Cadono santuari prima ritenuti intoccabili. Acquistano soprattutto centralità le categorie privatistiche e la giustizia civile che si è mostrata nella ricerca della verità processuale in alcuni casi strumento più efficiente della repressione penale e degli Organi di vigilanza. Ad essa in America ricorrono non solo privati e risparmiatori ma le Istituzioni per ripristinare la legalità contro il capitalismo finanziario che aveva condizionato il potere legislativo ed esecutivo ed è ora chiamato a rispondere dei danni al Mercato e alla sua integrità.

<sup>14</sup> P. SCHLESINGHER, cit., pp. 247 – 250.

1939. I volti e i sentimenti delle vittime emerge benissimo da questa bella immagine di una famiglia alla ricerca di lavoro e di un posto in cui vivere: “Le donne osservavano i mariti, per vedere se questa volta era proprio la fine. Le donne stavano zitte e osservavano. E se scoprivano l’ira sostituire la paura nei volti dei mariti, allora sospiravano di sollievo. Non poteva ancora essere la fine. Non sarebbe mai venuta la fine finché la paura si fosse tramutata in furore.”<sup>15</sup>

La nostra reazione non può essere che questa. Mutare la paura in azione .

## 2. Il contratto e i derivati. Le sentenze delle Corti italiane.

Con questo intento è opportuno iniziare la riflessione dai principali protagonisti della crisi: il contratto e i derivati<sup>16</sup>, oggetto di attenzione delle nostre Corti Supreme<sup>17</sup>.

Una recente sentenza della Corte Costituzionale si basa su una serie di passaggi di estremo interesse ripercorrendo il fondamento, le regole e i principi del mercato e dei contratti finanziari<sup>18</sup>. Vediamoli da vicino.

<sup>15</sup> J. STEINBECK, *Furore*, Roma, 2002

<sup>16</sup> La letteratura nazionale sui contratti derivati inizia a farsi particolarmente numerosa. Si veda, tra i lavori più significativi e senza peraltro alcuna pretesa di completezza, le indagini di E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I, 652 (dove la definizione di derivato, come “contratto con cui si dà un prezzo ad un rischio”); S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap* (Nota a T. Lanciano, 6 dicembre 2005), in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 134; SANGIOVANNI, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, II, p. 39; D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, 05, p. 604.

<sup>17</sup> Com’è noto, in modo del tutto opportuno, il t.u.f. non fornisce una definizione o una nozione di contratto derivato (v. sul punto, da ultimo, E. RIGHINI, *Strumenti e prodotti finanziari* (voce), in *Enc. Diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, p. 1162), sicché è stata la giurisprudenza della Corte di Cassazione ad intervenire sul punto: per limitarsi al contratto di *swap*, la sentenza 5114/2001 lo definisce come “quello in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netta, in forza di compensazione” (Cass., sez. I, 06 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, 2186, con nota di E. FILOGRANA, «Swaps» abusivi: profili di invalidità e responsabilità precontrattuale). Ancora per la giurisprudenza, si veda poi la famosissima definizione della *House of Lord*, 24.01.1991 sul caso *Hazell c. Hammersmith e Fulham London Borough Council*, in *Foro It.*, 1991, IV, 309.

<sup>18</sup> Corte Cost., 18 aprile 2010, vedila in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, con nota adesiva di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazio-*

ne La Corte ricorda che da circa quindici anni, sotto la spinta di alcune Direttive Comunitarie<sup>19</sup>, è stato abbandonato il modello pubblicistico del mercato mobiliare e si è optato per un modello privatistico in conformità ai principi della liberalizzazione del settore. La successiva legge (n. 58 del 1998 ) ha disciplinato l’organizzazione e gestione, affidata ad una società per azioni nel rispetto di un regolamento. Sicché la Borsa non è stata più un servizio pubblico, ma la presenza degli interessi del risparmio e della integrità dei mercati esige una vigilanza al fine di assicurare trasparenza, ordinato svolgimento delle negoziazioni e tutela degli investitori<sup>20</sup>.

Tutto ciò per tutelare il mercato stesso, la sua stabilità e i risparmiatori, mediante “regole imperative che attengono alla conclusione, forma e contenuto dei singoli contratti che sono finalizzati a proteggere la sfera giuridica dei soggetti che accedono a tale tipologia di finanziamenti”<sup>21</sup> e che si trovano spesso in posizione di asimmetria informativa. Ma c’è di più.

Secondo la Corte c’è uno stretto rapporto fra contratto e mercato per una serie di motivi evidenti.

Le regole applicabili ai contratti aventi ad oggetto i derivati sono destinati ad influire su quelle generali del mercato. Dunque la legge ha di mira il singolo rapporto negoziale ma la disciplina incide in via diretta sulla regolazione del segmento di attività economica costituita dal mercato finanziario in cui quella contrattazione si inserisce. Da qui un rapporto di interrelazione tra la materia dell’ordinamento civile, gli aspetti della regolazione dell’atto contrattuale e quella del mercato finanziario per l’oggetto e soprattutto per l’incidenza degli strumenti derivati sul complessivo ordinamento del mercato stesso.

La conclusione è densa di significato.

*ne degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, p. 35 e in *Contratti*, 2010, 12, con nota di A. M. BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della pubblica amministrazione-cliente nel settore dei derivati finanziari*, p. 1109. La sentenza respinge la questione di legittimità costituzionale proposta in via principale dalla Regione Calabria avverso l’art. 3 della legge 22 dicembre 2008, n. 203: tale disposizione riconosce al Ministro dell’economia e delle finanze, sentite la Banca d’Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, il compito di emanare regolamenti (d’intesa con i rappresentanti degli enti locali) con cui individuare la tipologia dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all’art. 1, co. III, t.u.f., che le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali possono concludere, e indica le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli stessi enti hanno facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento. La stessa normativa dispone la nullità dei contratti conclusi in violazione di detto regolamento. Sul punto da ultimo, M. ANTONIOLI, *Enti pubblici e strumenti finanziari: I nuovi confini della finanza globale*, in *Il diritto dell’economia*, 2011, I, p. 19.

<sup>19</sup> D. lgis. del 23.7.1996 n.415.

<sup>20</sup> Così Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.

<sup>21</sup> Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.



La disciplina dei derivati si colloca alla confluenza di un insieme di materie relative ai mercati finanziari, all'ordinamento civile, al controllo della finanza pubblica. Il nucleo essenziale della disciplina comunque, in base al principio di prevalenza è rappresentato "dalla tutela del risparmio e dei mercati finanziari, nonché della disciplina dei rapporti privatistici e dei connessi rimedi azionabili in caso di violazione delle disposizioni di settore"<sup>22</sup>.

Ancora più significativa è la recente sentenza del Consiglio di Stato.

Il fatto origina da un'operazione di ristrutturazione del debito, con l'emissione di prestito obbligazionario abbinato ad uno strumento derivato, al fine di cautelare un Ente pubblico dalla variazione del tasso di interesse. L'operazione era stata affidata ad una Società in base ad una complessa procedura<sup>23</sup>.

Circa due anni dopo l'Amministrazione ha annullato d'ufficio le determinazioni perché in base ad un'analisi commissionata a terzi era emerso che:

- a) il valore iniziale dello *swap* non era pari a zero e comportava uno svantaggio per l'Ente tale da violare il principio della convenienza economica previsto dall'art. 41 della legge finanziaria 448 del 2001.
- b) Per effetto di dei "costi impliciti" dello *swap* mai dichiarati dagli Istituti bancari era stata vanificata la convenienza economica di emissione dei *bond*.
- c) La legge prevede espressamente la possibilità di annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi anche legittimi al fine di "conseguire risparmi o minori oneri finanziari".
- d) La società incaricata della ristrutturazione aveva violato il principio di buona fede e correttezza avendo omesso di informare sulla esistenza di costi impliciti nei derivati.

A seguito dell'impugnazione il TAR della Toscana, aveva precisato che gli *swap* sono contratti a termine che consentono di diminuire il rischio connesso alle fluttuazioni dei tassi, senza uno scambio di capitali "ma solo di flussi corrispondenti al differenziale fra due interessi". Sicché "per garantire l'equilibrio fra le parti al momento della stipulazione, tale contratto deve esprimere un risultato

differenziale pari a zero mentre gli *swap* sottoscritti avevano un valore negativo a carico dell'Ente, il quale aveva annullato legittimamente le delibere di affidamento della ristrutturazione. Ciò senza comportare per i giudici amministrativi toscani la caducazione automatica del contratto su cui si era reputato competente a decidere il giudice ordinario<sup>24</sup>.

Il Consiglio di Stato ha verificato anzitutto se esiste un potere della Pubblica amministrazione idoneo a togliere effetto all'attività svolta nell'ambito di contratti pubblici aggiudicati e in corso di esecuzione.

Accertato che tale potere permane in presenza di gravi vizi dell'intera procedura per la salvaguardia del pubblico interesse e dei principi di legalità, imparzialità e buon funzionamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) ha precisato che "di fronte all'esercizio del potere di annullamento il privato ha una situazione di interesse legittimo anche se tale esercizio produce effetti indiretti su un contratto stipulato". Ciò perché la stipulazione del contratto e la sua esecuzione non sono elementi sufficienti ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario.

In base a tali premesse si è valutato in concreto l'esercizio del potere e si è rilevato che la Provincia di Pisa non ha esercitato un recesso dal contratto, ma un potere amministrativo di autotutela nei confronti di un aggiudicazione compiuta in violazione del principio di convenienza economica (art. 41 L. 28.12.2001 n.448) sia per la presenza, nella specie, di un differenziale originario negativo sia per la presenza di costi impliciti non comunicati in modo effettivo ed accertati solo successivamente alla stipulazione del contratto. Quanto a questi ultimi la loro qualificazione è precisa.

Non si è trattato di una violazione dell'obbligo pre-contrattuale di informazione rilevabile ai fini della formazione della volontà negoziale, ma di una "circostanza di fatto, l'ignoranza incolpevole, che ha impedito di verificare la convenienza economica della operazione economica e della sua ristrutturazione". Di tal che la presenza di costi impliciti ha inciso, nella specie, non già sul momento negoziale ma, sul piano interno, per "la effettiva tutela dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione".

La conclusione è che il potere di autotutela è stato esercitato non tanto per sottrarsi ad un contratto squilibrato ma "a causa della mancata corretta valu-

<sup>22</sup> Corte cost., 28 febbraio 2010, cit.

<sup>23</sup> Cons. Stato, 7 settembre 2011 n. 5032. La sentenza si aggiunge ad un insieme di altre decisioni che hanno visto contrapposto banche e amministrazioni pubbliche, che con le prime hanno sottoscritto derivati al fine esclusivo di procedere alla ristrutturazione del proprio debito pubblico. Su tale particolare contenzioso sorto a seguito di questa diffusa politica di finanza pubblica si veda, da ultimo, A. CARLEO - C.D. MOTTURA - L. MOTTURA, *Sul "valore" di derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra banche e amministrazioni*, in *I contratti*, 2011, 4, p. 383.

<sup>24</sup> La sentenza del T.A.R. Toscana n. 6579 dell'11.11.2010 è disponibile in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), per un commento si rinvia a: C. D. MOTTURA-L. MOTTURA, *I derivati nella finanza locale: il caso della Provincia di Pisa*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, Milano, 2011.



tazione della convenienza economica che legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito"<sup>25</sup> (art.41 L.448 del 2001), emergente già nella fase del bando per assegnare la ristrutturazione e nella scelta del miglior offerta fra quelle presentate.

Da qui la competenza del giudice amministrativo e la irrilevanza della clausola contrattuale di deroga alla giurisdizione italiana. Ciò perché tale deroga può concernere solo diritti disponibili (Cass. sez. un. 20 aprile 2010 n. 9308) e non il corretto esercizio del potere amministrativo.

Restava da esaminare se il giudice amministrativo avesse competenza a decidere sulla efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e il Consiglio ha risposto affermativamente. Per una serie di motivazioni.

Anzitutto perché il corretto annullamento dell'aggiudicazione comporta "la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto stipulato con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo" in virtù della legge (20 marzo 2010 n.53 poi trasfusa nell'art. 122 del codice del processo amministrativo) e dei principi di semplificazione e concentrazione delle tutele.

In secondo luogo perché la esistenza della giurisprudenza esclusiva del Giudice amministrativo appare ragionevole in presenza non solo del collegamento "sostanziale tra aggiudicazione e contratto" ma di un "inestricabile commistione di interessi pubblici e privati" e dunque della difficoltà di individuare con assoluta certezza posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Dunque, affermata la esistenza e correttezza del potere di annullamento dell'Ente e la competenza del giudice amministrativo a decidere anche sugli effetti del contratto si è delimitata l'attualità dell'interesse pubblico violato, si osserva, non solo nei principi di economicità e convenienza finanziaria ma "nella necessità di far venir meno i costi impliciti, originariamente non conosciuti e non conoscibili, che gravano sulle risorse dell'ente per tutta la durata dell'operazione", sì da incidere in modo rilevante sulle effettive disponibilità economico finanziarie dell'amministrazione. Senza che possa rilevare al riguardo un affidamento dell'aggiudicatario stante il ragionevole tempo trascorso e il comportamento reticente delle banche affidatarie dell'operazione.

In base a tutto ciò il Consiglio di Stato ha rinviato ad un consulente d'ufficio l'accertamento nella specie dello squilibrio economico iniziale e l'esistenza di costi impliciti non dichiarati.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 20 aprile 2010, n. 9308

### 3. I rimedi

Le due sentenze sono emblematiche di un dato certo. La teoria dei rimedi ha rivoluzionato anche nel nostro ambiente il rapporto fra diritto e processo.

Di fronte al predominio dell'economia finanziaria e della potenzialità del contratto nel creare diritti e obblighi devono essere aggiornate le tutele e i rimedi contro le violazioni di interessi che la legge e l'ordine giuridico reputano meritevoli di protezione<sup>26</sup>. Ciò in modo molto diverso dal passato.

La Corte costituzionale ci ricorda che contratto e mercato si intrecciano e richiedono di adeguare gli strumenti privatistici alla complessità delle discipline di settore. Il Consiglio di Stato isola i tratti delle anomalie dei derivati che legittimano una autotutela di annullamento da parte delle pubbliche amministrazioni. La Corte di Cassazione<sup>27</sup> ha precisato che la dichiarazione di possedere l'esperienza richiesta in materia di operazioni in valori mobiliari è fonte di prova solo in assenza "di specifiche circostanze atte a dimostrare la mancanza di quei requisiti e la loro conoscenza o conoscibilità da parte dell'intermediario su cui grava comunque l'obbligo di diligenza correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità dei mercati e in particolare l'obbligo di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti in modo che essi siano sempre adeguatamente informati( art. 21 TUF )"<sup>28</sup>.

Indico qui alcune linee di sviluppo.

#### a) L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento.

Le sentenze del 2005 e del 2007 della Corte di Cassazione hanno esteso l'obbligo di informazione e di buona fede oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione di un contratto invalido, come indica invece l'art. 1338 del codice civile. La conclusione di un contratto valido ma sconveniente per

<sup>26</sup> G. VETTORI, *Contratto di investimenti e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 10, p. 785.

<sup>27</sup> Cass. 26 maggio 2009 n. 12138 in *Foro it.*, 2010, I, 129, con nota di G. LARocca, *Gli «operatori qualificati» in cassazione: un altro capitolo del difficile rapporto della suprema corte con il diritto privato del mercato finanziario* e su cui v. anche il commento di J. MAZZANTINI, *La giurisprudenza sulla nozione di operatore qualificato nei contratti derivati*, in *Persona e mercato*, 2011, 2, www.personaemercato.it).

<sup>28</sup> Trib. Milano, 19 aprile 2011. Sulla c.d. *know your customer rule* si veda: F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati*, Padova, 2008, p. 147 - 156; B. INZITARI - V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 45 - 51; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 44 - 60; G. GRISI, *Informazioni (obblighi di)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2011.



la presenza di un contegno in mala fede dell'altra parte implica responsabilità e risarcimento dei danni.

Con ciò i giudici di legittimità hanno preso chiara percezione dell'autonomo rilievo del comportamento anche in presenza della fattispecie legale o negoziale, come la dottrina aveva indicato da tempo. La fattispecie dunque non azzerava il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità. E' evidente l'importanza di un tale indirizzo.

Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente.

D'altra parte l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati<sup>29</sup>.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della dottrina<sup>30</sup>.

Gli argomenti utilizzati dai critici sono i seguenti: a) la concretizzazione della clausola di buona fede deve rimanere coerente con il sistema normativo, sicché non può essere rilevante sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che sia irrilevante sul piano del contenuto negoziale e dell'adempimento; b) il criterio della responsabilità deve essere commisurato sempre alla fattispecie negoziale perché "la struttura di essa rappresenta pur sempre il limite" delle possibilità funzionali del rapporto<sup>31</sup>.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Da un lato esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni settanta

in poi.<sup>32</sup> Dall'altra vanifica il valore autonomo della clausola generale che dovrebbe essere operativa entro i confini già dettati dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>33</sup>.

La replica migliore può essere affidata ad una recente pronuncia che intende dare continuità al ruolo e alla funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione<sup>34</sup>. In essa si precisa che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con "i principi attestati in ambito europeo" (art. 2.301 comma 2 dei *Principles of European Contract Law*)<sup>35</sup>.

#### b) causa in concreto e contrarietà a norma penale.

La presenza di uno squilibrio iniziale e di costi impliciti non dichiarati è ritenuto sufficiente dai Giudici amministrativi a legittimare un annullamento della delibera di aggiudicazione del piano di ristrutturazione e del contratto derivato da parte di Ente pubblico in ossequio alle particolari tutele previste per l'interesse pubblico da normative di settore.

Il che imporrà di interrogarsi analogamente sulla esistenza o meno di una causa in concreto<sup>36</sup> lecita quando tali requisiti siano carenti in un rapporto che coinvolga un'impresa e le Banche. Non solo.

Sempre più spesso la condotta posta in essere dal soggetto è potenzialmente idonea a ledere interessi protetti da diverse norme giuridiche e il giudice deve valutare illeciti pluri-offensivi. Il fatto insomma deve essere confrontato con diverse fattispecie astratte che valutano aspetti diversi<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> Cass., 29 settembre 2005, n.19024; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 entrambe in *Foro it.* 2006, I, 1105 ed *ivi* 2008, I, 784.

<sup>30</sup> Così E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *I contratti*, 2010, 12, p. 1155; ID., *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440, ma v. già G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245; ID., *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.

<sup>31</sup> Così E. SCODITTI, *op. loc.cit.*

<sup>32</sup> v. da ultimo G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Il contratto in generale*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2007.

<sup>33</sup> v. solo per i riferimenti giurisprudenziali citati G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, 104; ID. *Centralità del giudice e filtro in Cassazione*, *ivi*, 2010, 486 ss; ID., *L'abuso del diritto*, *ivi*, 166.

<sup>34</sup> Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf).

<sup>35</sup> Cass.11 giugno 2010, n.14056 cit.

<sup>36</sup> Chiarissime in questo senso due recenti sentenze della Cassazione. La prima (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490) definisce la causa come "funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti". La seconda (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343) ancora la meritevolezza e la liceità della causa ai valori costituzionali e al dovere di solidarietà.

<sup>37</sup> Traggo queste osservazioni dal volume di M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale (Contributo allo studio della nullità)*, Milano, 2000, p. 27.



Si può integrare allo stesso tempo una responsabilità contrattuale o extracontrattuale e più spesso norme speciali si possono occupare dello stesso fatto.

Basta pensare agli illeciti societari. Le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorithies espongono i responsabili ad una sanzione penale, civile e amministrativa della società ( ai sensi del Decreto legislativo n. 231 del 2001). La manipolazione del mercato sanzionate dalla Direttiva sul *market abuse* e dalla normativa sul TUF e il TUB sono soggette al controllo del giudice penale civile e della Consob. D'altra parte il reato di corruzione rileva come illecito penale, erariale, amministrativo, tributario e civile in presenza di un contratto illecito.

Il contesto giuridico che risulta da questo intreccio di regole e principi è stato affrontato di recente dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Anzitutto le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la efficacia vincolante del giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo per le sole sentenze di assoluzione, mentre nelle ipotesi di proscioglimento per prescrizione o amnistia ha statuito che il giudice civile "tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione ( se del caso procedendo ad un diverso riparto della percentuale di responsabilità tra i co-autori dell'illecito rispetto a quella stabilita dal giudice penale)".<sup>38</sup>

D'altra parte si tratta di precisare se può essere dichiarata la nullità quanto il contenuto contrattuale sia contrario alla norma penale anche se non è integrato il requisito psicologico della colpa e del dolo.<sup>39</sup>

Un indizio positivo in tal senso si può trarre di recente ,ai fini del risarcimento del danno, nelle famose sentenze sul danno non patrimoniale<sup>40</sup>. La Corte Costituzionale ha precisato che "il riferimento al reato contenuto nell'art. 185 c.p... non postula più..la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente, nella

sua oggettività, all'astratta previsione di una figura di reato".

Da ciò emerge conclusione importante<sup>41</sup>. Il giudice civile non è tenuto a valutare l'elemento psicologico ( dolo colpa), come il giudice penale, perchè ciò che rileva ai suoi fini non è il perfezionamento del reato ma la sussistenza del fatto di reato, intendendosi per tale l'elemento materiale costituito dalla condotta, dall'evento e dal nesso causale. Sotto questo ultimo profilo i chiarimenti più recenti sono assai significativi.

La distinzione fra causalità materiale e giuridica precisata dalla Cassazione a sezioni unite è confermata e chiarita<sup>42</sup>. Per accertare l'illiceità del fatto valgono le norme sulla causalità previste dagli articoli 40 e 41 del codice penale e diversa sarà la loro prova nel giudizio penale, ove si dovrà accertare la causalità oltre ogni ragionevole dubbio, e nel giudizio civile ove sarà sufficiente la prova del più probabile che non. Una volta riferito il fatto al suo autore o ai suoi autori si dovrà accertare ,in sede civile, la risarcibilità del danno ai sensi di una causalità giuridica espressa dall'art. 2223 c.c.. E tale giudizio potrà portare ad attribuire a ciascuno dei responsabile un danno diverso anche a seconda del diverso grado di intensità causale della condotta.<sup>43</sup>

Una valutazione analoga può essere possibile confrontando l'elemento materiale del reato e il contenuto del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c. alla ricerca di limiti inderogabili alla autonomia negoziale dei privati.

### c) causa in concreto e nullità del contratto derivato.

Facendo ricorso allo scopo pratico negoziale perseguito dalle parti, la giurisprudenza di merito ha tutelato in modo convincente l'interesse del risparmiatore.

Vediamo come.

Limitando l'esame alle pronunzie relative ai derivati finanziari c.d. *interest rate swap* (I.R.S.), va preliminarmente rilevato che gli stessi costituiscono contratti nominati e atipici, con cui le parti si impegnano ad una allocazione del rischio monetario. Più precisamente, ciò avviene secondo uno "scambio a scadenze prefissate di flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale)".<sup>44</sup> Tale con-

<sup>38</sup> Cass., 26 gennaio 2011, n.1768.

<sup>39</sup> M. RABITTI, *op. cit.* Come si è osservato la giurisprudenza penale pur escludendo l'elemento soggettivo ha ravvisato la presenza degli elementi oggettivi del reato di peculato nel caso in cui fossero pagate somme di denaro pubblico in mancanza di un espresso obbligo dell'Ente e diritto del beneficiario. E in conseguenza a ciò il giudice civile ha dichiarato la nullità di una compravendita per contrasto con la norma penale ritenendo illecita la causa di scambio in un ipotesi in cui l'immobile doveva essere acquisito all'Ente in virtù di una previsione contrattuale che escludeva il corrispettivo per l'acquisizione dei beni a titolo indennitario.

<sup>40</sup> Cass., 19 novembre 2007, n. 23918; Cass., 26 giugno 2008, n. 16810; Cass., 3 marzo 2009, n. 5057.

<sup>41</sup> M. RABITTI, *op. cit.*

<sup>42</sup> Cass., 11 gennaio 2008, n. 581.

<sup>43</sup> V. da ultimo, Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1672 ss.

<sup>44</sup> Trib. Bari, 15 luglio 2010 (estensore Scoditti), vedila in *I Contratti*, 2011, 3, con nota di G. OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale o per mancanza di causa*, (p. 250) e di A. PISAPIA, *Rinegoiazione del contratto e nullità per mancanza di causa*, *ivi*, p. 260.



tratto viene concluso per due distinte ragioni. Sarà preminente una finalità di copertura del rischio (c.d. *hedging*), allorché il cliente intenda ricorrere allo scambio di flussi per premunirsi dal rischio monetario connesso ad una distinta e precedente operazione debito\credito. Al contrario, quando il derivato I.R.S. è sottoscritto in assenza di un rapporto sottostante tra le parti, saranno più evidenti le finalità speculative. Per la individuazione della funzione decisivo sarà il testo del regolamento contrattuale e la ricostruzione del significato dell'atto nella dinamica del rapporto tra le parti.

La finalità perseguita dal cliente è tutelata in modo efficace dalla giurisprudenza, proprio facendo ricorso allo schema della causa in concreto. Confrontando lo scopo pratico sotteso al derivato con la funzione realizzata con l'accordo, la giurisprudenza non ha esitato a colpire con la nullità il derivato che vanificava – nei modi che vedremo – l'interesse dell'investitore ad una protezione dal rischio monetario.

Una prima manifestazione di siffatta tutela concerne la rinegoziazione dei contratti di *swap*. Allorché l'intermediario ha proposto al cliente un nuovo derivato IRS che incorpora quanto l'investitore deve alla banca, diviene necessario verificare se il nuovo *swap* sia in concreto idoneo a realizzare la propria funzione di copertura del rischio o se – in ragione dei costi impliciti e delle pregresse passività – sia *ab initio* incapace di svolgere tale finalità. In tal caso, qualora il derivato di *swap* o la sua rinegoziazione non sia idoneo a porsi quale possibile strumento di distribuzione del rischio monetario (perché eccessiva è l'incidenza delle passività pregresse e dei costi impliciti), il contratto sarà da considerarsi nullo per assenza di causa.<sup>45</sup> In altre parole, la circostanza che il derivato di *swap* oggetto di causa sia l'ennesimo accordo di scambio di flussi tra le parti non giustifica una configurazione dello stesso che escluda *ab initio* la funzione di copertura del rischio monetario.

Un secondo aspetto attiene all'incidenza che la ripartizione del rischio ha sulla funzione concreta del derivato oggetto di accordo tra le parti. Quando dal contratto risulti che l'alea sia interamente addebitata al cliente, si è ritenuto che il giudice possa dichiarare nullo lo *swap* per carenza di causa.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Trib. Bari, 15 luglio 2010, cit.

<sup>46</sup> Trib. Modena, ord., 23 dicembre 2011, vedila in *I Contratti*, 2012, 3, p. 130, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, per cui: “in caso di alea unilaterale, l'interesse perseguito dalla banca in sé legittimo (= conseguimento di un beneficio economico) cessa di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo in toto. In altre parole non esiste più una “scommessa” sul futuro andamento dei tassi d'interesse, ma un contratto strutturato

Vi è un terzo orientamento della giurisprudenza di merito ove l'accertamento della causa in concreto si confonde con il collegamento negoziale. Il caso oggetto di giudizio vedeva contrapposti una ditta edile ed una banca, con la quale la prima, dopo aver concluso un mutuo per procedere alla realizzazione di immobili, sottoscrive un contratto di derivato I.R.S. onde tutelarsi dalla variazione dei tassi del prestito. Sebbene la ditta non abbia poi mai dato esecuzione al contratto di finanziamento sottostante (di per sé garantito con l'ipoteca sui terreni edificabili), la banca convenuta in giudizio aveva iniziato ad addebitare gli importi maturati *ex I.R.S.* al proprio cliente. Individuata la funzione pratica perseguita dalle parti mediante la conclusione del contratto nella protezione dal rischio monetario gravante sul mutuo, il Tribunale adito ha rigettato l'impugnazione dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'addebito dei risultati del derivato per un motivo chiaro: “se al contratto di mutuo le parti non hanno dato attuazione, ciò non può non influire sul contratto di *swap*, la cui funzione di copertura è venuta meno, in quanto non v'è alcun adempimento da garantire o alcuna restituzione di importi mutuatati.”<sup>47</sup>

Il punto merita attenzione. Con il ricorso allo schema della causa in concreto, l'accordo, che cela l'evidente squilibrio informativo e tecnico tra le parti, viene colpito con la nullità nella misura in cui si altera o elimina la funzione negoziale. Ciò, in particolare, quando dal contratto risulti vanificata, inesistente o attenuata la possibilità stessa di coprirsi dal rischio monetario.<sup>48</sup>

#### 4. Oltre il consumatore.

Se le vecchie categorie stentano a regolare i fenomeni nuovi, occorrono un metodo e tutele più efficienti sul piano dell'atto e del rapporto.

Al di là delle banalizzazioni diffuse, il richiamo alla giustizia contrattuale aveva questo intento, almeno per le mie analisi<sup>49</sup>. Con essa si è sollecitato un problema di ripensamento e di adeguamento dei rimedi, coniugando eguaglianza e singolarità, con

---

in modo tale da garantire comunque un beneficio alla banca a scapito della controparte.” In precedenza, identico accertamento di non meritevolezza è stata dichiarata da Trib. Brindisi, 08 luglio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 353, con nota di E. SABATELLI *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*.

<sup>47</sup> Trib. Salerno, ord. 21.06.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>48</sup> V. sulla più recente giurisprudenza, L.G. VIGORITI, *Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di swap su tassi di interesse*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2012, 2, 133 ss.

<sup>49</sup> G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 58.



gli strumenti consueti dell'analogia, dei principi e delle clausole generali.

La legislazione interna e comunitaria è già oltre la figura del consumatore. Basta qualche indicazione sommaria.

Il codice del turismo si riferisce ad una figura di "acquirente, cessionario...o qualunque persona anche da nominare, purchè soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio...relativo ad un servizio turistico"<sup>50</sup>. La proposta di Regolamento comunitario sulla vendita si rivolge ai consumatori e alle Piccole e Medie Imprese (art. 7 co.1). La Direttiva sui diritti dei consumatori si applica anche "ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale"(art. 3 n.1). Il Decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 (c.d. 'Salva Italia'), coordinato con la legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, estende alle microimprese la tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive (art.7 ), migliora le informazioni ai consumatori per i prezzi dei carburanti (art. 19) e per le condizioni di assicurazione (art. 34), instaura una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (art. 5), rende più efficace l'azione di classe e introduce il Tribunale delle imprese.

Di fronte a queste regole non è convincente chiedersi se oltre al diritto del consumo<sup>51</sup> e alla pretesa categoria del terzo contratto<sup>52</sup> e dei contratti di impresa<sup>53</sup>, si possa costruire un concetto di contratto asimmetrico<sup>54</sup>.

Non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti.

La causa concreta e la contrarietà a norme imperative come strumenti di controllo della liceità e validità in un sistema articolato di fonti. I diritti e i

<sup>50</sup> S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 905 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "codice del turismo"*(D.Legisl. 23 maggio 2011,n.79):*Profili di novità e questioni problematiche*, I e II parte, in *Studium Iuris*, 11 e 12, 2011, p. 1143 ss:1282ss.

<sup>51</sup> S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, op. cit. ma v. da ultimo Id., *Il contratto di diritto europeo*, cit.

<sup>52</sup> G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

<sup>53</sup> V. da ultimo sul tema G. DE NOVA, *Contratti fra imprese*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

<sup>54</sup> V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento:dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5-7.

doveri costituzionalmente garantiti, come limiti alla libertà di contratto. La buona fede come criterio di responsabilità nella valutazione dei comportamenti, precedenti e successivi alla conclusione, con funzione autonoma rispetto al giudizio di validità

Tutto ciò in continuità consapevole con i risultati migliori della dottrina civilistica del novecento che debbono essere consolidati e innovati con forza senza inutili astrazioni. Elemento decisivo è il rilievo giuridico di ogni posizione soggettiva che sia oggetto di una disciplina o di una attenzione normativa sì da precisare diritti e doveri contenuti in norme e in principi da tradurre in regole e in nuove tecniche applicative attente alla definizione di nuove tutele di carattere generale e singolare<sup>55</sup>.

Resta da indicare come e nel proseguo si indicheranno alcuni percorsi già tracciati.

## 5. Il diritto comunitario e la Proposta di un Regolamento europeo sulla vendita.

L'approccio europeo ad una disciplina uniforme del contratto, dopo un lungo itinerario, si è rivelato molto timido rispetto alle attese, come risulta sia dalla Comunicazione della Commissione sia dalla Risoluzione del Parlamento europeo<sup>56</sup>.

Nella prima<sup>57</sup> si indica chiaramente la finalità da perseguire e l'oggetto dell'intervento comunitario. I contratti sono alla base di tutte le transazioni commerciali e le divergenze tra i regimi di diritto dei 27 Stati membri sono uno dei principali ostacoli per gli scambi transfrontalieri e per la piena attuazione del Mercato Unico.

Ciò con costi e complessità supplementari per i professionisti e maggiori difficoltà per i consumatori negli acquisti in paesi diversi dal proprio. Quanto ai primi basta pensare che essi dovranno familiarizzare con il diritto e le norme imperative di ciascun Stato nazionale, munirsi di consulenti, aggiornare i propri siti web in relazione a tali diversità con un aumento dei costi che penalizza in particolare le PMI<sup>58</sup>. D'altra parte si stima che quasi la metà dei consumatori siano scoraggiati da acquistare in altri

<sup>55</sup> G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit. p. 98 ss.

<sup>56</sup> C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta dei Regolamenti di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011, 4, 837 ss.; M. MELI, *Proposta di Regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2012, 1, 183 ss.

<sup>57</sup> COM(2011) 636 del 11 ottobre 2011, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>58</sup> La commissione stima in 26 miliardi di Euro ogni anno il giro d'affari a cui le imprese rinunziano per tali difficoltà,v. COM(2001) 636, p. 3.



paesi dell'Unione per l'incertezza dei propri diritti in particolare nelle transazioni on-line.

Da qui gli obbiettivi enunciati chiaramente dalla Commissione.

Si tratta di "rimuovere..le restanti barriere al commercio transfrontaliero, in modo da agevolare i professionisti nelle loro transazioni commerciali e rendere gli acquisti transfrontalieri più semplici per i consumatori"<sup>59</sup>, fino a creare un corpus unico di leggi uniformi per imprese e consumatori negli scambi transfrontalieri superando le carenze attuali che non sono poche per gli uni e per gli altri.

Il Regolamento di Roma I per le obbligazioni contrattuali consente alle parti di scegliere la legge applicabile e di risolvere il conflitto sulla legge applicabile in caso di assenza di accordo, ma ciò non rimuove la divergenza fra i diversi diritti nazionali. D'altra parte l'art.6, paragrafo 2 di quel testo, impone ai professionisti di uniformarsi al diritto inderogabile di protezione del consumatore vigente nel paese di residenza dello stesso sicché le condizioni generali di vendita debbono adattarsi ai regimi dei paesi in cui opera l'impresa. E tali difficoltà non sono superate dalle norme esistenti perché la disciplina uniforme non regola l'intera disciplina del contratto e perché essa si applica ai soli consumatori. Per le imprese esistono norme comunitarie e internazionali ma il quadro è altrettanto insoddisfacente. La normativa sui ritardi di pagamento consente un intervento diverso dei singoli Stati mentre la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci non è stata ratificata nel Regno Unito, in Irlanda, in Portogallo e a Malta.

Da qui, dopo un decennio di lavoro sulle ipotesi di unificazione del diritto dei contratti, l'idea di un diritto comune europeo della vendita di cui la Commissione enumera aspetti, efficacia, rapporto con l'*acquis* e vantaggio per consumatori e imprese. Vediamo da vicino questo impianto di base che dovrebbe essere affidato ,secondo la proposta annunciata, ad un Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulla base dello "studio di fattibilità" elaborato da un Gruppo di esperti.

a) il funzionamento e i caratteri.

La disciplina "dovrà far parte del diritto nazionale di ciascun Stato membro a titolo di "secondo regime" di diritto contrattuale" destinato agli scambi transfrontalieri con le seguenti caratteristiche.

- sarà comune a tutti gli Stati membri.

- sarà un regime facoltativo ( sistema di opt-in) che non obbliga professionisti e consumatori.
- avrà ad oggetto i contratti di vendita ed i servizi connessi, con particolare attenzione alla contrattazione on-line.
- si applicherà ai soli contratti transazionale a meno che lo Stati nazionale voglia estendere tale ambito ai contratti nazionali.
- si applicherà ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) e a quelli tra imprese (B2B) in cui almeno una delle parti sia una PMI. Resteranno esclusi invece i contratti conclusi fra privati (C2C) e quelli tra professionisti in cui nessuna parte è una PMI perché secondo la Commissione "non vi è al momento alcuna necessità dimostrabile di intervenire su scala europea per questi tipi di contratti transfrontalieri." Salvo la possibilità degli Stati di ampliare tale regime ai rapporti fra imprese senza alcuna limitazione.

Insomma sarà un identico insieme di norme di tutela dei consumatori con un elevato grado di protezione e allo steso tempo un "corpus completo di norme di diritto contrattuale" attinente ai "diritti e a obbligazioni delle parti e ai rimedi contro l'inadempimento, agli obblighi di informativa precontrattuale, alla conclusione del contratto (compresi i requisiti di forma), al diritto di recesso e ai relativi effetti, alla nullità risultante da errore, frode o iniquo sfruttamento, all'interpretazione, al contenuto e agli effetti del contratto, alla valutazione e agli effetti del carattere abusivo delle clausole contrattuali, alla restituzione a seguito dell'annullamento e della risoluzione nonché alla prescrizione".

D'altra parte la Proposta compie una scelta riduttiva. Materie "di grande importanza per i diritti nazionali e meno pertinenti per i contratti transfrontalieri (come le norme sulla capacità giuridica, l'invalidità/illiceità o la rappresentanza e la pluralità di debitori e creditori) non saranno trattate dal diritto comune europeo della vendita e continueranno ad essere regolate dalle norme della legge nazionale applicabile ai sensi del Regolamento Roma I". Resta ,almeno nelle intenzioni, un regime di dimensione internazionale perché sarà applicabile nell'ipotesi in cui una sola delle parti sia stabilita in uno Stato appartenente all'Unione. "I professionisti potranno usare quelle norme con altri professionisti stabiliti all'interno o all'esterno dell'Unione e i consumatori potranno avere una più vasta scelta nel caso in cui professionisti di paesi terzi intendano vendere i loro prodotti nel mercato interno sulla base del diritto comune europeo della vendita". Ciò secondo la Commissione conferirà "al diritto comune

<sup>59</sup> COM(2011) 636 p. 3-4. "E' stato dimostrato che gli scambi bilaterali tra paesi con sistemi giuridici di origine comune, quali ad esempio la *common law* o la tradizione giuridica nordica, sono del 40% più intensi rispetto agli scambi tra paesi privi di tale comunanza"

europeo della vendita la possibilità di assicurare a modello per la definizione degli standard nelle transazioni internazionali nel settore dei contratti di vendita<sup>60</sup>.

In definitiva “il diritto comune europeo della vendita sarà un supplemento facoltativo delle norme esistenti di diritto dei contratti, senza sostituirle. Nella pratica, sarà il venditore a prendere l’iniziativa di optare per l’applicazione del diritto comune europeo della vendita; il compratore però dovrà dare il proprio assenso esplicito prima che tale tipo di contratto possa essere utilizzato”. Così, sempre nelle intenzioni, nei contratti B2B dovrebbe essere più agevole accordarsi su una legge neutra ugualmente accessibile ad entrambe le parti nella loro lingua<sup>61</sup>.

Tutto ciò con adeguate misure di accompagnamento in ordine ad alcune clausole contrattuali di tipo europeo per aree commerciali o settori di attività, da adottare dopo l’entrata in vigore del testo, dovrebbe risolvere problemi reali di imprese e consumatori e, sempre secondo la Commissione, offrire un approccio innovativo rispettoso del principio di proporzionalità, delle tradizioni nazionali e delle scelte delle parti.

E’ evidente come il contesto sia sin troppo cauto e incompleto. Si limitano gli effetti alla negoziazione transnazionali, lo strumento è opzionale, non si occupa dei contratti finanziari né degli aspetti alla capacità delle parti e alla invalidità o illiceità dei contratti.

Ancora una volta una spinta decisiva al diritto comunitario si avrà dalla Corte di Giustizia che in tema di contratto e rimedi si è pronunciata di recente in più occasioni<sup>62</sup> e si dovrà pronunciare ancora.

## 6. La direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori

I Diritti sono gli altri grandi protagonisti della crisi.

Per alcuni le teorie della modernità e l’ordine globale escludono ogni riferimento unitario della Persona e danno rilevanza solo a singoli interessi

che operano all’interno di un mercato ove la convivenza si fonda sulla libertà di iniziativa economica,<sup>63</sup> erodendo le stesse istituzioni dello Stato sociale voluto dai costituenti. L’unica oggettivazione sarebbe la “riduzione di tutti i rapporti privati alla cosiddetta tutela del consumatore e alla garanzia della libera concorrenza”, sicché il mondo giuridico finirebbe “per coincidere con il mondo economico e con i suoi automatismi”<sup>64</sup>.

Una risposta a questa ricostruzione esige di precisare alcuni tratti del presente con riferimento al rapporto di consumo e ai Diritti fondamentali. Esamineremo l’uno e l’altro in diretta sequenza.

La recente Direttiva sui diritti dei consumatori merita un’attenta considerazione. Vediamola da vicino.

L’intento è chiaro. Si vuole sostituire la Direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 ( sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali) e 97/7/CE del 20 maggio 1997( sui contratti a distanza) con un nuovo provvedimento che superi la precedente armonizzazione minima con norme che vietano agli Stati “disposizioni divergenti” (art. 4) e consentano, così, un più elevato livello di protezione dei consumatori ai sensi dell’art. 169 del TFUE. Ciò per promuovere un effettivo mercato interno sulla base di regole chiaramente definite. Salva la possibilità degli Stati di estendere tale disciplina ad altri Enti e soggetti.

L’oggetto prioritario è altrettanto chiaro. Stabilire norme sulle informazioni da fornire per i contratti a distanza, per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e per i contratti diversi da quelle due tipologie. Disciplinare il diritto di recesso in tale contesto e “armonizzare talune disposizioni concernenti l’esecuzione e altri aspetti dei contratti fra imprese e consumatori” (cons. 9). Il che senza alterare il quadro disciplinare sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e con una funzione di completamento degli obblighi di informazione previsti dalla Direttiva del 12 dicembre 2006 (2006/123/CE), relativa ai servizi nel mercato interno e dalla Direttiva dell’ 8 giugno 2000 (2000/31/CE) sul commercio elettronico.

Significative sono anche le esclusioni. Il diritto contrattuale non è modificato dalla Direttiva su aspetti centrali, perché restano di competenza dei

<sup>60</sup> COM(2011) 636 cit. p. 10

<sup>61</sup> COM(2011) 636 cit. p. 13

<sup>62</sup> v. Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10 (Okresny sud Presov, Repubblica Slovacca c. Jana Perinovicova, V. Perenic, in *www.curia.europa.eu*. In dottrina v. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d’ufficio e convalida*, in *Persona e Mercato*, 2009, I, p. 20 e da ultimo G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2012, 1; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 6, p. 1366.

<sup>63</sup> P. BARCELLONA, *op.cit.*, p.55-56.

<sup>64</sup> P. BARCELLONA, *op. cit.*, p.75 ss. Si eluderebbe così ogni “rilevanza alle condizioni esistenziali dei contraenti, tutti riconducibili agli schemi astratti del consenso” abbandonando definitivamente l’idea di Persona, sostituita dall’insieme delle relazioni oggettive fra le merci (al mercato diceva Marx si incontrano le merci e non le persone). Da qui la constatazione di un’epoca del *post-umano* basata sull’edonismo cognitivo e la soddisfazione infinita dei bisogni che rende necessaria una svolta capace di assegnare un ruolo centrale allo spirito di comunità



singoli Stati la disciplina sulla conclusione e validità di un contratto, sui “rimedi generali, sulle norme di ordine pubblico economico, (come le norme sui prezzi eccessivi o esorbitanti) e le norme sulle transazioni giuridiche non etiche” (cons. 14)<sup>65</sup>

In questo contesto il professionista deve fornire al consumatore informazioni chiare e comprensibili commisurate alle “esigenze specifiche dei consumatori” e al loro stato soggettivo di infermità, vulnerabilità, età o ingenuità che è possibile ragionevolmente prevedere, nonché al mezzo usato per il contratto o l’offerta (cons. 34).

Si distingue fra contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali e contratti diversi. Per questi ultimi si indicano analiticamente le informazioni dovute “qualora esse non siano già apparenti dal contesto” (art. 5.1), per i primi la disciplina è assai più articolata. Si precisa che tali informazioni “formano parte integrante del contratto...e non possono essere modificate se non con l’accordo delle parti” (art. 6.5), instaurando così un legame stretto fra informazione e contenuto del contratto con esiti molto importanti per quanto concerne la conseguenza della violazione. In alcuni casi (art. 6.6 sulle spese aggiuntive o altri costi) il consumatore “non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi”. In altri (art. 27 sulle forniture non richieste) il consumatore “è esonerato dall’obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva”. In ogni caso l’appartenenza delle informazioni al contenuto può condurre a tecniche invalidanti o sostitutive del contenuto omesso con un arricchimento delle tutele.

Il diritto di recesso (art.9), quando la legge lo prevede (contratti a distanza e fuori ei locali commerciali) e salvo le eccezioni previste (nel cons. 49)

sarà privo di formalità e avrà un termine eguale che potrà essere prorogato sino a 12 mesi quando il professionista non “ha adeguatamente informato il consumatore prima della conclusione del contratto” (cons. 42 e art. 10) e comporterà il rimborso di tutti i pagamenti e la restituzione, in un termine di 14 giorni dalla comunicazione del recesso, dei beni (art.10.2).

Particolarmente delicata è la consegna ma la Direttiva non rinuncia a fornire indicazioni precise. Si propone di “chiarire e armonizzare le norme nazionali relative al momento in cui dovrebbe avvenire la consegna” senza peraltro incidere sul luogo e modalità di essa nonché sulle “condizioni e il momento del trasferimento in proprietà” che rimangono soggetti alla legislazione nazionale, secondo il modello della Convenzione di Vienna. Si dedica attenzione ai rimedi in caso di ritardata consegna (cons.52 -53 e art. 18) e al passaggio del rischio. La Direttiva prevede che il consumatore sia tutelato “contro ogni rischio di perdita o danneggiamento dei beni che avvenga prima che egli abbia preso fisicamente possesso dei beni.”(art. 20)

Si ribadisce l’importanza di azioni collettive, la irrinunciabilità dei diritti e la loro conoscibilità prevedendo espressamente che “eventuali clausole che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla direttiva, non vincolano il consumatore.”(art. 25)

Il Testo dichiara infine di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e ciò apre una ulteriore riflessione (cons. 66), ancora oltre il consumatore.

## 7. Diritti fondamentali e contratto.

Il legame fra diritti e contratto emerge con chiarezza come mano visibile del diritto comunitario su alcuni aspetti essenziali. *La piena informazione, il divieto di discriminazione, i principi che derivano dai mercati regolamentati (libertà di accesso,accessibilità economica e buone prassi),le pratiche commerciali scorrette, la salute e la sicurezza nella disciplina dei servizi, il controllo sul contenuto del contratto* <sup>66</sup>. Ma ciò riguarda ogni altra posizione soggettiva costituzionalmente garantita, non fosse altro perché la Carta dei diritti fondamentali attribuisce piena efficacia ai valori di libertà, eguaglianza e dignità con una sequenza necessariamente

<sup>65</sup> Non sono compresi (art. 3) : i servizi sociali (cons. 29),i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti disciplinati dalla Direttiva del 9 marzo 2011 2011/24/UE ( cons. 30),i giochi d’azzardo (cons.31),i servizi finanziari, i viaggi tutto compreso e la multiproprietà già disciplinate da apposite normative.Sono invece compresi: i contratti “per la fornitura di acqua, gas od elettricità” e “di fornitura di calore ,anche sotto forma di vapore o di acqua calda, da una fonte centrale di produzione verso una pluralità di edifici tramite un sistema di trasmissione e di distribuzione, al fine di riscaldarli (teleriscaldamento)” ( cons. 25); “I contratti di servizi, in particolare quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici ( ad esempio un garage o una veranda) e alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla trasformazione sostanziale,.. così come i contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale”. Con esclusione dei contratti di trasferimento di beni immobili. ( cons. 26) ;i contratti di trasporto di passeggeri, nel solo caso di “tariffe eccessive per l’utilizzo di mezzi di pagamento o in caso di costi occulti”, essendo per il resto tale disciplina soggetta ad altra legislazione della Unione o nel caso di trasporti pubblici e taxi a normative a livello nazionale.( cons. 27); I contratti “di trasporto di merci e il noleggio di autovetture che costituiscono servizi..ad eccezione del diritto di recesso” ( cons. 27)

<sup>66</sup> H-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall’autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolazione*, EUI Working Papers, Department of Law, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu/>.



unitaria espressa già nell'art. 3 della nostra Costituzione.

Il coordinamento dei due testi dispone che non c'è libertà senza eguaglianza e non c'è eguaglianza senza la tutela della Dignità e i diritti di ogni persona fisica o giuridica, che eserciti o meno un'attività economica.

Resta da vedere che uso si può fare e si sta facendo di tali indicazioni essenziali.

Come è stato autorevolmente ricordato di recente, esistono tre orientamenti sul collegamento fra il contratto e le disposizioni costituzionali<sup>67</sup>. Il primo, più risalente, nega rilievo diretto al contratto, riconoscendo alle norme fondamentali il solo valore di un contesto ermeneutico. Gli altri seguono una via diversa. Alcuni fissa un legame fra l'autonomia dei privati e il contenuto degli articoli 2 e 32 che descrivono aspetti decisivi della persona e delle sue libertà, altri considera l'iniziativa economica privata, disciplinata dall'art. 41, come diretto riferimento al contratto, vero archetipo di quella attività<sup>68</sup>.

D'altra parte la Carta di Nizza non assume un'indicazione chiara sul punto, limitandosi a disciplinare la libertà d'impresa<sup>69</sup> e la Corte CEDU<sup>70</sup> affronta il problema in modo ancora indiretto, tutelando l'affidamento ad un rinnovo contrattuale previsto da un'opzione, come un bene protetto dal protocollo 11, legando così, in modo ambiguo la pretesa obbligatoria ad un contratto alla protezione della proprietà, secondo uno schema tipico delle codificazioni ottocentesche, ma ampiamente superato nel corso di tutto il novecento.

Il problema resta dunque interpretativo e sistematico ma si deve riconoscere che il contratto, come tutti gli altri istituti essenziali del vivere civile (persona, famiglia, gruppi intermedi, proprietà, contratto, testamento) non è privo di una rilevanza costituzionale.<sup>71</sup>

Di ciò è consapevole la nostra giurisprudenza di legittimità che utilizza il riferimento alla Dignità e ai diritti previsti della Carta dei diritti fondamentali in una pluralità di casi.

Significativa è la motivazione di una sentenza recente che origina dal controllo di una clausola apposta ad un contratto di locazione<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> V. da ultimo G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obb. contr.*, 2012.

<sup>68</sup> G. Benedetti, op. cit. ma vedi anche G. VETTORI, (a cura), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, 2005.

<sup>69</sup> sul punto G. VETTORI (a cura), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002.

<sup>70</sup> Corte CEDU, *Streitch c. Regno Unito*, Sez. IV, 24.6.2003 n. 44277

<sup>71</sup> Così ancora G. BENEDETTI, op. cit.

<sup>72</sup> Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (est. D'Amico), in *Foro it. On-line*

Il ragionamento segue un percorso preciso. Si osserva anzitutto che l'ordinamento è oggi "un insieme di fonti eterogenee ma reciprocamente armonizzate...secondo un rigoroso rapporto gerarchico al cui vertice è la Costituzione che, in modo diretto o indiretto, assegna a ciascuna di esse la propria funzione normativa". Si precisa poi che in tale contesto hanno una funzione preminente "quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi"<sup>73</sup>. Si passa poi al contratto precisando che "l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela".

Ricostruito il contesto normativo si può concludere con chiarezza che "il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidate alle singole esplicitazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili". Sicché "i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro". Individuata la fonte doverosa è facile individuare poi gli strumenti di attuazione nel caso di specie: "i controlli di meritevolezza degli interessi e di liceità della causa devono essere condotti alla stregua dell'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti inviolabili e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà".

La via è ampiamente tracciata per ulteriori sviluppi che non si fanno attendere.

Anzitutto per determinare, con una interpretazione costituzionalmente orientata, il contenuto del danno non patrimoniale come lesione di un bene giuridicamente protetto<sup>74</sup>, l'ambito e il fondamento del consenso informato in caso di trattamento sani-

<sup>73</sup> v. già sul punto: Cass., 15 luglio 2005, n.15022; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827

<sup>74</sup> v. le sentenze indicate nella rassegna di M. MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e Mercato*, [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it), 4, 2011, p. 327; ed ivi il richiamo a Cass., 10 marzo 2010, n. 5770 e Cass., 13 luglio 2011, n. 15373.



tario<sup>75</sup>, il danno da demansionamento di un medico ospedaliero,<sup>76</sup> ma incentrandosi poi sul ruolo che la Carta può avere nel delimitare l'interesse protetto e il rimedio in una serie di ipotesi attinenti alla tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.<sup>77</sup>

Se la giurisprudenza in tema di riavvicinamento del familiare straniero al minore bilancia gli interessi contrapposti con richiamo specifico agli articoli 7 e 24 della Carta europea<sup>78</sup> in tema di disabili e di anziani il richiamo agli art. 25 e 26 incide sulle tutele civilistiche in modo assai significativo.

Una prima sentenza decide sulla richiesta di ripetizione di un familiare delle spese anticipate per un disabile, seguito dai servizi sociali che si erano in precedenza accollati gli oneri di collocazione in una struttura dedicata. Il problema era di individuare la fonte del diritto alla restituzione e dell'obbligo del Comune che i giudici di merito avevano negato in mancanza di un atto amministrativo specifico. La Cassazione<sup>79</sup> ha precisato che l'obbligo a carico dell'Ente appare nella specie fondato perché può trarsi dal dovere costituzionale di solidarietà nonché dall'art. 26 della Carta di Nizza, al punto che tale diritto è tutelabile utilizzando l'art. 700 c.p.c.. A ciò si fa seguire che l'anticipazione delle spese integra il requisito dell'*utiliter coeptum* della *negotiorum gestio* prevista dall'art. 2028 c.c. e consente così la ripetizione delle somme.

La seconda sentenza è ancora più significativa.

La Corte<sup>80</sup> doveva pronunciarsi sulla validità di un contratto concluso fra una anziana affetta da una grave malattia terminale e una badante con cui si cedeva la nuda proprietà di un immobile come corrispettivo di un obbligo di assistenza. Il contratto è qualificato come atipico e il controllo degli interessi è condotto alla stregua dell'art. 25 della Carta intesa "come norma precettiva e non solo programmatica e orientativa per i giudici nazionali" la quale può determinare il giudizio di carenza o illiceità della causa come la delimitazione di un interesse meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Si può solo concludere che il contratto non si presta ad essere segmentato in linee divergenti ma tende sempre, di tempo in tempo, a chiudersi in un cerchio ove si esalta ancora la sua piena vitalità di strumento essenziale della privata autonomia con-

trollata nei fini, nei contegni e nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>75</sup> V. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543; Cass., 30 marzo 2011, n. 7237; e altresì C. Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, c. 1328 ss.

<sup>76</sup> Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1145.

<sup>77</sup> v. ancora, M. MAURO, op. cit., p. 333

<sup>78</sup> v. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Giust. civ.*, 2011, 3.

<sup>79</sup> Cass., 6 agosto 2010, n. 18378, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 680, commentata da M. MAURO, op. cit., p. 336

<sup>80</sup> Cass. 7 febbraio 2011, n. 2945, citata in M. MAURO, op. cit., p. 337.