

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2015

## Saggi

- Contratto giusto e rimedi effettivi, di Giuseppe Vettori ..... p. 5
- Diritti e coesione sociale tra *governance* economica e 'sovranità finanziaria'. Dalla Carta costituzionale del 1948 al Trattato c.d. 'Fiscal Compact', di Filippo Zatti ..... p. 19
- I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: *quid noctis?*, di Stefano Pagliantini ..... p. 24
- Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto, di Mauro Pennasilico ..... p. 37

## Materiali e commenti

- "Informazioni generali" e "informazioni personalizzate" nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, di Antonio Las Casas ..... p. 1

## Attualità

- A proposito del libro di Fabio Addis, "Il 'mutamento' nelle condizioni patrimoniali dei contraenti", di Stefano Pagliantini ..... p. 1

*Persona e Mercato* è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:**

Giuseppe Vettori

**Comitato di direzione:**

Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

**Comitato dei revisori:**

Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.

**Segreteria di redazione:**

Mario Mauro

**E-mail:**

info@personaemercato.it

**Web:**

www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Las Casas; Mauro Pennasilico; Stefano Pagliantini; Giuseppe Vettori; Filippo Zatti

Ad eccezione della recensione di Stefano Pagliantini, tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

# Saggi



## CONTRATTO GIUSTO E RIMEDI EFFETTIVI

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. Oltre la fattispecie. - 2. Diritti, principi e riequilibrio negoziale. - 3. La sentenza giusta nelle pronunzie della Corte di Cassazione. - 4. La giustizia contrattuale e l'intreccio fra fatti e valori. - 5. Il processo giusto e il diritto ad un rimedio effettivo. - 6. Le nuove tecniche dell'argomentazione giuridica. - 7. Contemporaneità e certezza del diritto.**

### 1. Oltre la fattispecie.

La scienza giuridica riflette con sempre maggiore intensità sul mutamento del sistema delle fonti nell'attuale momento storico, immerso in una fase scandita da eventi chiarissimi. Il recupero di un legame forte fra diritto e società, l'erosione del monismo legislativo statale, la produzione di un diritto sempre meno "legale ed affidato in buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale"<sup>1</sup>. Da qui una conseguenza diretta.

Si indagano a fondo i mutamenti nel metodo e nelle tecniche del diritto dei privati. La crisi della fattispecie è scandita da un'analisi lucida e raffinata scrutando il mondo di ieri e il presente.

Da un lato si guarda all'ordine del passato teso a costruire strutture certe per sconfiggere l'incertezza e "dominare l'imprevedibile", con "una tipizzazione semplificatrice" che permette alla norma di "pensare la realtà in anticipo" e di "conquistare il futuro", con una "dimensione di certezza e di prevedibilità". Dall'altro si prende atto del mutamento dello Stato costituzionale dove norme senza fattispecie inducono l'interprete a "salire dal diritto

ai valori". Sicché l'argomentazione giuridica segue altri percorsi. Al sistema positivo subentra un "ordine oggettivo di valori sostanziali", in cui le norme non bastano più a se stesse; ma sono giustificate e sorrette da qualcos'altro che in certo modo può servirsi e utilizzarle". Un richiamo ai valori che "ha cancellato il problema delle lacune" perché essi "valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramite, ma si appoggiano soltanto a sé stessi". Tutto ciò, come si dice benissimo, non interrompe il lavoro del giurista che deve solo continuare la sua opera in un nuovo orizzonte<sup>2</sup>.

Si tratta di precisare come.

### 2. Diritti, principi e riequilibrio negoziale.

La giurisprudenza è consapevole di tali novità e, dopo le chiusure del positivismo, torna a confrontarsi con il controllo del contratto in sedi e momenti diversi.

<sup>1</sup> Così GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 4.

<sup>2</sup> Così IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38 ss.; ID., *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.



Due ordinanze recenti della Corte costituzionale<sup>3</sup>, in piena sintonia con un orientamento consolidato della Corte di cassazione, potenziano il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto.

L'occasione è fornita dalla disciplina della caparra confirmatoria di cui si eccipisce l'incostituzionalità nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma dovuta "in ipotesi di manifesta sproporzione". Ciò perché la norma (1385 c.c.) non lascerebbe spazio al giudice per alcun intervento idoneo a ripristinare l'equità oggettiva e il complessivo equilibrio contrattuale<sup>4</sup>. Ad una tale eccezione la Corte risponde con due ordinanze di manifesta inammissibilità che sollecitano un'interpretazione costituzionale di grande incidenza e rilievo, ben oltre la questione della caparra. Basta leggere la motivazione.

L'inammissibilità è disposta perché non si tiene conto "dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte". In tali casi si reputa che il giudice possa intervenire d'ufficio dichiarando "la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (sui dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa"<sup>5</sup>.

L'autorevolezza di queste affermazioni indicono ad analizzare, punto per punto, la motivazione. I precedenti citati richiamano un indirizzo consolidato.

a) La penale eccessiva. La prima sentenza ricordata<sup>6</sup> affronta il tema della rilevanza d'ufficio della clausola penale, ma è l'occasione per ripensare il potere correttivo del giudice di fronte ad un atto o un comportamento dei privati non conforme all'ordine costituzionale vigente. Di più. La motivazione si propone espressamente di superare il formalismo della precedente giurisprudenza, per rileggere gli istituti privatistici alla luce del carattere conformati-

vo delle norme e dei principi costituzionali. Con un obiettivo preciso. Superare l'idea della centralità del volere dei privati per far emergere l'interesse primario dell'ordinamento al controllo dell'autonomia, tramite il ruolo del giudice, il quale deve tener conto di un bilanciamento di "valori" di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale. Si richiama l'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e il concorrente dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 che entra, si precisa, nella struttura del contratto, come limite interno di ogni situazione soggettiva e transita tramite, la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie<sup>7</sup> e di conformare in base a tale bilanciamento l'essenza stessa del rapporto obbligatorio<sup>8</sup>. Tutto ciò è la premessa logica per giustificare l'intervento d'ufficio del giudice come espressione di un potere-dovere, volto non a proteggere uno dei contraenti, ma a realizzare un interesse oggettivo dell'ordinamento", che si specifica e si consolida nell'esigenza" di una "giustizia del caso concreto" che il processo deve assicurare"<sup>9</sup>.

Tale orientamento non si è affermato certo con facilità. Molte pronunzie successive avevano ribadito la tesi tradizionale<sup>10</sup> e da qui la pronunzia delle sezioni unite che conferma l'indirizzo innovativo, in modo netto e analitico<sup>11</sup> nel ribattere agli argomenti logico esegetici contrari e nell'affermare ambito e limiti del controllo giudiziale.

Si rileva che non sussiste alcun ostacolo nell'art. 112 c.p.c. perché la norma sulla clausola penale (1384 c.c.) non prevede una necessaria eccezione della parte, sicché la soluzione contraria può trarsi da una valutazione sistematica di altri casi analoghi (1526 e 1934 c.c.). Si ribadisce che l'intervento d'ufficio non è finalizzato alla protezione di una situazione soggettiva, ma di un interesse generale comune ad altri casi in cui l'intervento correttivo del giudice è previsto dalla legge (2058 e 1226 c.c.).

Insomma si muove dal potere di autonomia e dai suoi limiti che giustificano un intervento correttivo del giudice. Vi sono casi, si sostiene, in "cui la correzione della volontà delle parti" è prevista dalla legge che sostituisce la parte dell'atto non confor-

<sup>3</sup> Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035

<sup>4</sup> Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit.

<sup>5</sup> Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare "il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" e si ricordano alcuni precedenti Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929; ma già Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 e, in prosieguo, a sezioni unite, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85.

<sup>6</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

<sup>7</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

<sup>8</sup> Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077 (in tema di fideiussione *omnibus*), Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Foro it.*, 1995, I, c. 186.

<sup>9</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

<sup>10</sup> Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *IusExplorer*; Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *IusExplorer*; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1075; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924.

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.



me. Ve ne sono altri in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa non è possibile “perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti”. In tali casi “la misura della prestazione è rimessa al giudice, per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l’ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come nel caso appunto di una penale “manifestamente” eccessiva”<sup>12</sup>.

Il potere correttivo così serve ad un fine preciso. Ricondurre l’accordo, “frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall’ordinamento”. Il che è pienamente coerente con il potere di rilevare d’ufficio, appunto, la non conformità di una clausola alle fonti di un ordinamento integrato.

b) L’abuso di diritto. L’ultima sentenza citata completa il quadro<sup>13</sup> fissando il tema dell’abuso nel contesto della buona fede oggettiva. La quale, si ricorda, è concretizzata dal valore costituzionale di solidarietà sociale, opera nella fase di formazione ed esecuzione del contratto ed è per il giudice uno strumento di controllo modificativo od integrativo che consente di mantenere “il rapporto giuridico nei binari dell’equilibrio e della proporzione”.

Da qui la prima conclusione. Deve essere rettificata la concezione rigidamente formalistica contenuta nella sentenza di merito impugnata. La quale nega il potere di controllo del giudice sull’atto di autonomia (nella specie sul recesso ad *nutum*), esclude che la buona fede crei obbligazioni autonome, esalta, in un economia di mercato, il ruolo dell’autonoma iniziativa dei privati non soggetta ad un giudizio di ragionevolezza. La presa di distanza rispetto a tutto ciò della Corte di Cassazione è netta.

L’abuso è un criterio rilevatore della mala fede e manifesta una “utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore”. Sicché la condotta abusiva si ha quando “ nel collegamento tra il potere di autonomia [...] ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obbiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede”. In tali casi l’ordinamento rifiuta tutela a diritti e interessi “esercitati con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e impedisce che si conseguano e si conservino vantaggi derivanti da atti strumentalmente idonei, ma esercitati in modo da alterare la funzione e contrastare” con la correttezza.

Emerge così un principio che consente di esaminare gli atti e di valutare le condotte tutte le volte che siano superati i limiti interni ed esterni al diritto. Anche il metodo da seguire è chiaro. Nel caso di contrapposti interessi è essenziale “ la proporzionalità dei mezzi usati” che esige” una procedimentalizzazione nell’esercizio del diritto”.

### 3. La “sentenza giusta” nelle pronunzie della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione usa con sempre maggiore incidenza il “canone ordinante della sentenza giusta”<sup>14</sup>.

Anzitutto, innovando rispetto al passato, si afferma che spetti al giudice di merito rilevare d’ufficio ogni forma di nullità perché tale accertamento si fonda “ nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo”<sup>15</sup>. In altri casi<sup>16</sup> si ripensa la distinzione fra eccezioni in senso stretto, rilevabili dalla parte a pena di inammissibilità, ed eccezioni in senso lato rilevabili di ufficio<sup>17</sup>. Con una conseguenza importante.

“Il regime delle eccezioni sta cambiando il diritto contrattuale”<sup>18</sup>, attribuendo al giudice la possibilità di incidere d’ufficio sull’atto di autonomia, stante l’esigenza di pronunziare “ una sentenza giusta” al di là di un rigido formalismo sul regime delle do-

<sup>14</sup> V. Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n.14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, c. 1238 e la nota di PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: eppur si muove?*, in *I Contratti*, 2012, 11, p. 874, ora in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, p. 3 ss.; V. anche sul punto CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell’art. 6, par. 1, CEDU*, in *Persona e mercato*, 2014, 3, p. 118 ss.; Cass., sez. un., ord. 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3500 e la nota di PAGLIANTINI, *La condizione di erede beneficiario come eccezione rilevabile di ufficio: l’opinione del civilista*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 300 ora in *Nuovi profili del diritto dei contratti*, cit., p. 51 ss.

<sup>15</sup> Cass., sez. un., 7 settembre 2012, n.14828, cit. che si pronunzia sulla rilevabilità d’ufficio del beneficio di inventario risultante dagli atti di causa.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

<sup>17</sup> Cass., ord., 27 giugno 2014, n. 14688, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1388 con nota di CAPORUSSO con cui si trasmettono gli atti al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle sezioni unite di un ricorso “sulla questione della rilevabilità d’ufficio dell’inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*, stante l’opportunità di un riesame dell’orientamento tradizionale che configura un’eccezione in senso stretto dello “pseudo rappresentato”.

<sup>18</sup> PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità trasanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 213.

<sup>12</sup> Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

<sup>13</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

mande delle parti<sup>19</sup>. Ciò perché la bussola della giusta decisione “fa da canone di valutazione” e concretizza “l’obbligo del giudice di indicare tutti i fatti processualmente rilevanti, per il decidere, nel contraddittorio fra le parti”<sup>20</sup>.

Anche in questo caso il richiamo alla giustizia non è estranea al diritto positivo, ma implica una sua corretta attuazione attraverso una lettura attenta dei principi processuali. La riprova è in una recentissima sentenza delle Sezioni Unite che enuncia sul tema un vero e proprio manifesto<sup>21</sup>.

Il problema è noto. In passato<sup>22</sup> si era deciso che la rilevazione incidentale della nullità era doverosa nei casi di domande volte “all’esecuzione o la risoluzione del contratto ma non in ipotesi di altri vizi genetici”, come l’azione di annullamento o di rescissione. Da qui l’ordinanza interlocutoria (del 27 novembre 2012) e la sentenza che si propone di affrontare in tutti i suoi aspetti “ il problema dei rapporti tra rilievo officioso della nullità negoziale e le azioni di impugnativa contrattuali, così da pervenire ad una (ipotesi di) soluzione complessivamente organica” che investe nel contempo la fattispecie della nullità negoziale e la delimitazione dell’oggetto del processo. Entrambi principi cardine del controllo giudiziale del contratto.

E’ ovvio che la decisione ha un peso rilevante su molti istituti di diritto sostanziale<sup>23</sup>, interessati dal potere di rilevanza d’ufficio della nullità distinto dal profilo della sua dichiarazione e da quello dell’attitudine al giudicato della sentenza conseguente. Il tema, insomma, centra la relazione fra il diritto sostanziale e il processo e in particolare i rapporti tra il contratto e il processo.

Da qui la prioritaria delimitazione funzionale della nullità e dell’oggetto del processo. *Intrise entrambe da una attenzione alle istanze di giustizia sostanziale.*

<sup>19</sup> V. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315ss; ID., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, p. 11 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ivi, 2001, p. 666 ss.

<sup>20</sup> PAGLIANTINI, *La condizione di erede beneficiato come eccezione rilevabile d’ufficio. L’opinione del civilista*, op. cit., p. 55. Sul punto v. anche ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3515 ss.; PROTOPISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 203 ss. e CIPRIANI, *Il processo civile nello Stato democratico*, in *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, a cura di Garofoli, Milano, 2005, p. 109 ss.

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *IusE-xplorer*

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.

<sup>23</sup> Dall’intreccio con le altre azioni di impugnazione e con le nullità speciali di protezione, alle diverse forme di sanatoria del negozio invalido, dalla risoluzione del rapporto contrattuale alla conversione del negozio nullo

La nullità è ricondotta, contro le tendenze dispersive, ad una unitaria forma tutela di interessi generali sovra-individuali tramite un giudizio di disvalore. Sia nei casi di contrarietà alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico e buon costume. Sia nelle ipotesi di illegalità strutturale, stante l’interesse pubblico ad un esercizio “corretto, ordinato e ragionevole” dell’autonomia privata. Sia ancora per le nullità speciali che esprimono un interesse generale ad un equilibrio contrattuale espressione, a volta a volta, di un ordine pubblico di protezione che supera ogni contraddizione fra legittimazione riservata e rilevanza d’ufficio. Sul punto è importante una distinzione che pervade il ragionamento della Corte. La rilevazione del motivo di nullità è necessario, come insegna la giurisprudenza comunitaria<sup>24</sup>, e tale momento deve essere distinto dalla dichiarazione della nullità che risponde ad altre esigenze e limiti. Ciò conduce ad una prima conclusione. “La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità consente di riaffermare l’esigenza di conferire al rilievo d’ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale”<sup>25</sup>.

D’altra parte l’oggetto del giudizio pone in luce i valori funzionali indicati espressamente come guida fondamentale dell’argomentazione giuridica. L’elenco è minuzioso e analitico.

La corrispettività sostanziale fra diritto e processo. La stabilità delle decisioni giudiziarie che elimini tappe e percorsi tortuosi, per fornire una risposta definitiva all’istanza di giustizia. L’armonizzazione della decisione che eviti la scomposizione della unità della situazione sostanziale. La concentrazione delle decisioni. L’effettività della tutela contro “ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defaticante rispetto ai tempi di decisione della causa”. Il principio di giustizia delle decisioni ai sensi dell’art. 111 Cost. e 6 CEDU. Il rispetto della non illimitata risorsa-giustizia oltre ai principi di lealtà e probità processuale e di eguaglianza formale delle parti.

Principi e valori, dunque, che orientano tutti ad un risultato dell’oggetto del processo. Il definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio con una decisione caratterizzata da “*stabilità, certezza,*

<sup>24</sup> Per tutte v. Corte di Giustizia 4 giugno 2009 ,C-243/08 *Pannon*, in *curia.europa.eu*

<sup>25</sup> V. ancora Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., punto 3 da 1 a 15 “si consideri la *ratio* della rilevanza che non è quella di eliminare sempre e comunque il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico.. ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”.



*affidabilità temporale, coniugate con i valori di sistema della celerità e giustizia*". La conclusione è anche qui puntuale e convincente.

Al di là della natura privatistica o pubblicistica il giudizio non può non risentire della sua dimensione funzionale che è "quella di attrarre nella propria orbita..la situazione di diritto soggettivo..valutata nella sua interezza e cioè in relazione alla sua totale ed effettiva consistenza sostanziale". Il che per le azioni di impugnativa contrattuale ha un esito chiaro. "Il giudizio è costituito dal negozio nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica e (con esso) dal rapporto giuridico-sostanziale che ne scaturisce". E comporta un dovere per il giudice di "rilevare una causa di nullità negoziale e di indicarla alle parti, lungo tutto il corso del processo, fino alla sua conclusione". Altra sarà la questione della dichiarazione della nullità che può non essere obbligata e dei limiti oggettivi del giudicato. Chiarissimo, infine, è il decalogo per il giudice (7.1) orientato da una concezione del processo non "eccessivamente pubblicistica" ma che fa leva sul valore della giustizia della decisione.

Torna dunque il richiamo ai principi e ad un valore utilizzato nell'argomentazione giuridica<sup>26</sup> e di essi occorre allora occuparci più attentamente tenendo presenti i timori e le diverse opinioni espresse sul punto in dottrina che imputa alla giurisprudenza una deriva eccessiva<sup>27</sup> o una generalizzazione impropria<sup>28</sup> o i pericoli di un argomentare che salta il medio necessario di una regola<sup>29</sup>.

#### 4. La giustizia contrattuale e l'intreccio di fatti e valori

Con la pubblicazione del libro di John Rawls nel 1971 la riflessione sulla giustizia ha ricevuto un nuovo impulso sino a divenire un tema centrale

"nella dimensione pubblica dei paesi occidentali"<sup>30</sup>. E' noto il fondamento.

Per una corretta elaborazione delle condizioni di una società giusta Rawls utilizza "l'espedito di individuare i termini su cui si accorderebbero parti che scelgono sotto un velo di ignoranza, ovvero prive di qualsiasi informazione relativa alla situazione in cui si troveranno una volta che l'accordo è stato concluso". Ciò perché l'ignoranza favorisce l'imparzialità. Da qui l'idea di una giustizia come equità (*fairness*), ossia come attività cooperativa, retta da regole che Rawls trae dai risultati più avanzati delle scienze sociali. Dalla filosofia morale all'economia, con la teoria dei giochi, della scelta razionale, delle esigenze del Welfare. L'opera, è noto, ha determinato una rinascita della filosofia politica "che è tornata ad avere il ruolo centrale che le apparteneva dai tempi di Platone e Aristotele"<sup>31</sup>.

Tuttavia la sua impostazione di fondo, frutto di un liberalismo illuminato, è stata molto discussa. Le critiche riguardano il criterio di eguaglianza, troppo tenue e formale, e soprattutto il metodo teso a costruire un modello unitario e astratto, in linea con una certa tradizione filosofica (Hobbes, Rousseau, Locke, Kant). Opinioni autorevoli<sup>32</sup> criticano questo costruttivismo, seguendo un'altra linea di pensiero (da Condorcet, a Bentham da Marx e Stuart Mill). L'idea è che non vi sia istituzione né procedura capace di individuare un assetto sociale giusto.

Ebbene la giustizia contrattuale evoca solo un equilibrio nel contenuto di un contratto. Pure sul punto i giuristi hanno espresso da sempre posizioni critiche nei confronti di un'idea unitaria<sup>33</sup>. Per una pluralità di motivi.

Il legislatore è intervenuto in molti settori per sanare forme di squilibrio<sup>34</sup>. E dall'osservazione di questa progressiva attenzione normativa alla diversità di potere fra i contraenti, torna la riflessione sul controllo giudiziale del contratto, su cui in Italia e in Europa gli studiosi discutono da molti anni, divi-

<sup>26</sup> Si veda la densa nota di PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione. A mò di bussola per rivedere Itaca*, in *I contratti*, 2015, I, p. 113.

<sup>27</sup>BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1527 e 1529.

<sup>28</sup>ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2041.

<sup>29</sup>BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, ora in *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti. Scritti*, cit., p. 288

<sup>30</sup> V. RICCIARDI, (a cura di), *L'ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, EGEA, 2010, p. VII ss.

<sup>31</sup>RICCIARDI, op. cit.

<sup>32</sup>COHEN, *Rescuing Justice & Equality*, Harvard University Press, 2009; e in particolare SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it., Mondadori, 2010.

<sup>33</sup> V. sul punto per un efficacissima sintesi SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 337 ss.; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 e ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 224 ss.

<sup>34</sup> Dalla disciplina dei contratti del consumatore all'abuso di dipendenza economica. Dalle norme sui ritardi di pagamento alla cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Dalla disciplina della concorrenza e del mercato ai progetti di uniformazione europea del diritto contrattuale che prevedono controlli per le asimmetrie anche microeconomiche.

endosi sulle modalità di intendere tale tensione<sup>35</sup>. Le ricostruzioni sono limpide e rigorose<sup>36</sup>. Sottolineo solo un aspetto<sup>37</sup>. L'impressione è che le istanze di protezione siano analizzate e ridotte alle forme del contraente debole e delle asimmetrie di potere che non esauriscono il suo ambito. La giustizia nel processo e nel contratto non può essere evocata come protezione di un interesse di parte ma solo come espressione di un interesse generale e di un principio costituzionale che regola, appunto, il contratto e il processo. Ma anche l'interesse generale non può essere un canone astratto.

Una saggezza millenaria, fissata dai Grandi del novecento, ci indica la visione più corretta. L'uomo può confrontarsi con le idee assolute, come la giustizia, solo dal tempo in cui vive. Dall'esserci. Siamo fasciati dal tempo e dalla nostra esistenza che contiene e fissa l'esigenza di giustizia. Per comprenderla e agire correttamente occorre muovere da esperienze concrete di negazione. Dunque ancora dal tempo. Con una precisazione.

La contemporaneità non significa sintonia piena con il presente. Esige di più. Una non-coincidenza. "Una singolare relazione con il proprio tempo, che aderisce ad esso e, insieme, ne prende le distanze"<sup>38</sup> per percepirne le luci e le ombre. Sicché si deve riflettere sull'oggi, sui suoi limiti e su ciò che si proietta oltre.

<sup>35</sup> V. ancora SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 337 ss. Da un lato si riducono i controlli alle sole norme di legge, considerate come eccezionali e non estensibili per analogia sicché la giustizia si identifica con le norme e si esaurisce nella loro estensione. Dall'altro si espande il controllo tramite le clausole generali e il riferimento alla giustizia assume un ambito pericolosamente indeterminato, ampliando il potere discrezionale del giudice. Una terza opinione muove dalle previsioni normative del tipo di debolezza per una complessa operazione, basata sulla possibile applicazione analogica e un "coordinamento sistematico fra contratti asimmetrici". Con un fine preciso. Distinguere fra giustizia contrattuale e sociale per negare alla prima ogni effetto distributivo (di competenza del legislatore), constatare il fallimento di un ideale ordo e neoliberalmente, rimarcare il peso della crisi economica e dei vincoli europei. Tutto per mostrare l'insufficienza dei singoli interventi successivi sul contratto e per sollecitare interventi preventivi sul mercato con un possibile tentativo di coordinamento fra le dimensioni micro e macroeconomiche degli Stati e della UE.

<sup>36</sup> NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, op.cit., p. 646.

<sup>37</sup> Tutto ciò porta a concludere che l'autonomia dei privati non è affatto al tramonto, ma può essere anzi strumento e fattore di trasformazione delle istituzioni nella sua attitudine ad orientare le scelte politiche ed economiche del momento v. BRECCIA, *Autonomia contrattuale. Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabbriellini, Torino, 2011, p. 67.

<sup>38</sup> Così AGAMBEN, *Che cos'è il contemporaneo?*, Roma, 2008, p. 9 ss.

Siamo immersi ancora in un contesto difficile che sfugge alle definizioni<sup>39</sup>. Un'epoca che è stata travolta da un'accelerazione tecnologica e scientifica, priva spesso di ogni bussola politica e culturale. Che ha imparato a convivere con la crisi economica, delle ideologie e della militanza, con il trionfo del neoliberalismo e le sue profonde carenze.

L'ultimo decennio del novecento inizia con l'annuncio della fine della storia, dopo la caduta del muro di Berlino, e spinge la sua ombra sul presente anche se dispersa in un magma che non ha un nome, ma tratti antropologici definiti. Tra i due secoli e i due millenni deperiscono progressivamente le istanze collettive e si attribuisce piena dignità all'"essere sé stessi" (il sessestismo), come programma di vita e obbiettivo finalistico esaltato dai *reality*, dalla rete dai *social net-work* e dall'arte figurativa<sup>40</sup>.

Purtuttavia dopo i fatti epocali della fine del secolo, è evidente il declino della pos-modernità che emerge da ogni scienza e percezione artistica.

La filosofia supera il nihilismo e l'indifferenza contenutistica per affidarsi ad un realismo attento ai mutamenti e alle consolidazioni del presente<sup>41</sup>. Il giurista è sempre meno appagato da un ossequio al linguaggio e alle procedure per ricercare la verità parziale del proprio tempo, capace di orientare e determinare l'opera dell'interprete, condizionato sempre più da un'oggettività legata ad una dimensione concreta del presente e dell'esserci<sup>42</sup>. La letteratura e l'arte figurativa anticipano, come spesso accade, il futuro.

La prima abbandona i condizionamenti del pos-moderno per tornare a immergersi nella concretezza del contesto sociale e storico. Ed è evidente il perché. "In un'epoca di contraddizioni materiali come la nostra, con le sue urgenze politiche ed economiche, è entrata crisi l'idea...che esista solo il linguaggio: il tempo della leggerezza, del nihilismo ilare non ha più senso. Tornano le tematiche del neorealismo che aveva altre radici, ma di un nuovo rea-

<sup>39</sup> Dal neoliberalismo degli anni 80 all'emergere dei principi europei. Dalla centralità della concorrenza alla costituzionalizzazione dei valori personali e di un'economia sociale di mercato. Dall'efficacia giuridica della Carta di Nizza-Strasburgo, al Fiscal Compact che incide pesantemente sul contenuto e la garanzia della situazioni soggettive dei privati

<sup>40</sup> Che trova la sintesi nella rappresentazione del letto sfatto e sporco di Tracy Ermin, esposto per la prima volta nel 1999 e venduto in questi mesi per oltre due milioni di euro da Christie's. In quell'opera simbolo di un'epoca si narra un pezzo di vita intimo dell'autrice come frammento di soggettività che lega le cose e le emozioni, senza alcuna pretesa di oggettività perché si vuole esaltare, come tratto del tempo, "l'emotività, il genuino, il non artefatto"

<sup>41</sup> Indicherei in particolare FERRARIS, *Manifesto del neorealismo*, Roma-Bari, 2012.

<sup>42</sup> v i saggi limpidi e illuminanti di BENEDETTI, *L'oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, Giappicchelli, 2014.



lismo e di un nuovo modernismo erede del primo novecento europeo<sup>43</sup>. Dopo il pos-modernismo attento alla narrativa, al giallo al *noir*, il passaggio ad un'epoca nuova (di un iper-modernismo) ha tratti profondamente diversi. Pur nella diversità delle ispirazioni "il metodo è sempre quello di far parlare la realtà e l'esperienza", il mondo materiale con le sue emozioni e i suoi traumi, dove il bene e il male ritornano ad essere percepiti ed isolati come tali<sup>44</sup>.

L'arte contemporanea nelle sue migliori espressioni racconta e spiega con un linguaggio emotivo e coinvolgente i drammi del presente. Dalla radici della crisi economica in cui siamo coinvolti, alle frantumazioni delle collettività intermedie come la famiglia, sempre con l'obiettivo puntato sulla realtà concreta di un mondo in trasformazione continua<sup>45</sup>.

In questa realtà sociale frantumata le stesse forme della democrazia politica oscillano senza sosta in un equilibrio instabile fra rappresentanza e partecipazione. Si parla democrazia "in diretta"<sup>46</sup>, di "egemonie individuali" o di democrazia ibrida e personale", dominata dalla TV e dalla rete<sup>47</sup>. Un fenomeno che ha radici profonde, non solo in Italia<sup>48</sup>.

Che cosa accade nelle fonti del diritto dei privati è chiaro. Da un sistema di regole e strutture che esigono conformità, si passa progressivamente ad un contesto ove si dà rilievo ai principi costituzionali interni e comunitari, norme spesso prive di una fattispecie che non consentono un giudizio conforme ad una regola data ma esigono un bilanciamento di valori diversi. L'asse della giuridicità si sposta dall'assolutismo della legge alla centralità dell'interprete. Non solo. Il diritto è sempre più spesso scritto e riscritto da soggetti diversi. Leggi, giudici, *Authority*, dottrina, privati. Tutto ciò ha molti

meriti e un pericolo grave. L'erosione di un valore di civiltà come la certezza del diritto. Che fare?

Da questa divisione si esce su una riflessione attenta su come applicare diritti, principi e clausole generali in base a fonti giuridiche che diversificano le posizioni soggettive dei privati e inducono a percepire le differenze e la fonte generatrice delle diseguaglianze. Tutto ciò in base ad una tecnica argomentativa nuova e rigorosa.

Il tema della giustizia contrattuale sta tutto qui.

## 5. Il processo giusto e il diritto ad un rimedio effettivo nelle Corti europee.

Come si è osservato esattamente occorre distinguere nelle fonti interne e comunitarie due aspetti complementari ma non coincidenti. Il diritto ad un ricorso effettivo come "possibilità di agire" attraverso una tutela giurisdizionale effettiva potenziata da ogni anomalia o preclusione che svuoti la situazione sostanziale (art. 10 della Dichiarazione delle Nazioni unite del 1948, 6 della CEDU, 47 della CDFUE). E il diritto ad rimedio effettivo che consente di ottenere nel processo tutte le utilità che l'interesse protetto accorda al soggetto titolare<sup>49</sup> (art 24 cost., 6 e 13 CEDU, 47 CDFUE).

Il primo implica il rispetto delle condizioni minime di effettività del giudizio che deve essere svolto in un termine ragionevole, da un giudice indipendente e imparziale, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>50</sup>. Il secondo apre la via ad un ripensamento e adeguamento delle tutele che nel processo devono garantire la piena soddisfazione di ogni diritto e interesse tutelato<sup>51</sup>. Su questo principio occorre soffermarsi di più per la delicatezza e attualità del tema che ci riguarda da vicino.

Basta pensare che grazie all'opera della dottrina e delle Corti l'effettività si è estesa a tutelare non solo le modalità di accesso e lo svolgimento del

<sup>43</sup>LUPERINI, *Tramonto e resistenza della critica*, Quodlibet, 2014.

<sup>44</sup>LUPERINI, op. cit., e DiSTEFANO, *Addio al postmoderno, la narrativa è realistica*, in *Il Corriere della sera*, 20 agosto 2014.

<sup>45</sup> Di grande significato l'attività svolta a Firenze dal centro di arte contemporanea della Strozzi in Palazzo Strozzi. La mostra sull'"American Dream" ha fatto comprendere un aspetto della bolla immobiliare che ha determinato la crisi economica globale come la recente esposizione sulle "Questioni di famiglia" ha narrato nel modo più coinvolgente la realtà ipemoderna della collettività familiare. V. sul punto SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, 2012; GINSBORG, *Famiglia novecento*, Einaudi, 2013.

<sup>46</sup>URBINATI, *Democrazia in diretta*, Feltrinelli, 2013.

<sup>47</sup>DIAMANTI, *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, 2014.

<sup>48</sup>FIORAVANTI, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.; ID., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295 ss.; D. KENNEDY, *The political stakes in "Merelytechnical" issue of contract law*, in *ERCL*, 2002, cit. ed ivi M. CHANTAL, *Europe-building through private law: lesson from constitutional theory*, in *ERCL*, 2012, p. 326 ss.

<sup>49</sup>CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., p. 118 ss.; TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 171 ss.; COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1070 ss.; ID., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatista*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 728 ss. e da ultimo DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 3, p. 907 ss.

<sup>50</sup> V. da ultimo per una lucida e profonda sintesi CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par.1.CEDU*, cit.

<sup>51</sup> Sulla strumentalità del processo PROTOPISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Napoli, 2003, p. 1 ss.



processo, ma le potenzialità delle situazioni a cui deve essere garantita piena realizzazione rimuovendo tutti gli ostacoli sostanziali e processuali.<sup>52</sup> In tal modo il diritto ad un ricorso effettivo è stato progressivamente inteso come “*right to an effective remedy*”<sup>53</sup>. Ciò implica che il processo giusto (art.111Cost.) ed equo (6 CEDU e 47 CDFUE) non può prescindere dalle tutele sostanziali da rivedere assieme a quelle processuali, bilanciando interessi e valori perché “giusto ed equo ..sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano..il sistema dei valori sotteso alle regole”<sup>54</sup>.

Si tratta in sostanza di individuare e di ricostruire la tutela più efficace per garantire l’interesse sostanziale come espressione di un canone di adeguatezza della tutela che è stato elaborato dalle Corti europee<sup>55</sup>. Con la possibilità di scelta dei rimedi e del loro cumulo in presenza di determinati presupposti<sup>56</sup>. Ed è chiaro il perché.

L’art. 24 della Costituzione con il diritto di adire un giudice deve essere coordinato con gli art. 2, 3 e 4 che impongono di individuare un contenuto concreto e differenziato alla tutela di quel diritto che può non essere soddisfatto dal binomio della tutela specifica o per equivalente. Proprio perché il processo deve dare a “chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire”<sup>57</sup>.

Resta da precisare come il diritto ad un rimedio efficiente debba essere ricostruito e attuato.

La Corte costituzionale in passato non aveva espresso un’interpretazione univoca dell’art.24 della Costituzione e non è mai stato facile individuare “la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo se essa riguardi solo il diritto al “giusto

processo”.. o “anche quello all’effettiva tutela”<sup>58</sup> sostanziale. Ma di recente il suo orientamento è stato enunciato in modo chiaro nel dichiarare la incostituzionalità della disciplina internazionale sulla immunità degli Stati<sup>59</sup> di fronte ad un’azione di danni.

La Corte ha fissato un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice previsto dall’art.24 della Costituzione e i diritti inviolabili della persona. Di più si qualifica il primo articolo come uno dei “grandi principi di civiltà giuridica” e si afferma l’esistenza di una dimensione effettiva dei diritti inviolabili che si manifesta “in una tutela effettiva ..mediante un giudice”<sup>60</sup>.

Se si vuol chiarire il significato di questa tutela effettiva punti di partenza sono due. La nozione di interesse giuridicamente protetto, nucleo primario della nozione di diritto soggettivo<sup>61</sup>. Il significato della effettività delle tutele<sup>62</sup>.

Iniziamo dalla prima.

La protezione di un interesse non può che aprire “tutte le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell’adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico”<sup>63</sup>. Su questo ha insistito la Cassazione nell’aprire la via alla risarcibilità degli interessi legittimi, ma non solo. A questa conclusione conduce una corretta qualificazione della rilevanza giuridica e dei rimedi.

Sul primo aspetto. E’ noto che l’*essenza giuridica del fatto*, ossia la sua rilevanza per il diritto va tenuta distinta dall’efficacia. Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte<sup>64</sup>. Questa *essenza giuridica* orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva.

Occorre ripartire da qui. Coordinando questa essenza con un contesto di fonti mutato.

<sup>52</sup>TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35 ss.; BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 62 ma come precedente significativo CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 233 ss.

<sup>53</sup>DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 917 ed ivi il richiamo a CGCE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, in *curia.europa.eu*; CGUE, 19 giugno 1990, C-213/89 *House of Lords*, spec. Punto 21, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 498; CGCE, 25 luglio 2002, n. C-50/00, *Union de Pequeños Agricultores*, in *curia.europa.eu* e Tribunale Unione europea, sez. II, 3 marzo 2011, T-110/07, in *curia.europa.eu*.

<sup>54</sup>DALFINO, op. cit., p. 918.

<sup>55</sup>TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed il processo civile*, in *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 107, 126 ss. e VARANO, voce *Remedies*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 571 ss.

<sup>56</sup>DALFINO, op. cit., p. 927 il quale cita gli artt. 1218, 2058, 1453, 2740 c.c. e 185 c.p.

<sup>57</sup>CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 81.

<sup>58</sup>PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56

<sup>59</sup>V. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e sul punto IMBRUGLIA, *L’azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014*, in *Persona e Mercato*, 2014, 3, p. 163 ss.

<sup>60</sup>IMBRUGLIA, op. cit.

<sup>61</sup>FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss. ma anche la notissima sentenza della Corte di Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 e 3201.

<sup>62</sup>COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1076 ss. citato da PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 57.

<sup>63</sup>PAGNI, op. cit., p. 59.

<sup>64</sup>V. sul punto per una sintesi VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378 ed il richiamo a CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, e in part. *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, p. 245 ss.

Basta ricordare che oltre dieci anni fa si erano posti in luce i tratti di una diffusione della normatività, come preludio all'avanzare del diritto per principi<sup>65</sup> con una conseguenza chiara. "L'antico sistema delle fonti "si nebulizza" e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che "hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con "l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi". Per un motivo evidente. Sono i soli che "mettono a nudo il fondamento sociale del diritto positivo" e sotto "un certo profilo contribuiscono a legare validità ed effettività"<sup>66</sup>.

La nozione di effettività conferma questa conclusione<sup>67</sup>.

Tale principio in questa fase dell'ordine giuridico è alla base del procedimento di conversione del fatto in diritto per una serie di dati oggettivi<sup>68</sup>.

Il mutamento radicale del sistema delle fonti attribuisce ad esso, progressivamente, un valore positivo che muta al contempo la dinamica giuridica. Ne è prova (oltre alle norme della Costituzione e dei testi comunitari) la norma contenuta all'inizio del codice della giustizia amministrativa, ove si parla di una giurisdizione che deve assicurare una "tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo".

Un'ulteriore conferma si ha in recenti pronunzie della Corte costituzionale dove si interpretano, come si è detto, in modo sistemico gli articoli 2 e 24 al fine di garantire una protezione effettiva, non solo al diritto di azione ma alle tutele sostanziali. Con un'elasticità ... propria dei *remedies* di *common law*<sup>69</sup> in base a norme (2 e 24 Cost, art.6 e 13

CEDU e 47 Carta di Nizza)<sup>70</sup> le quali esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come pretesa di adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato<sup>71</sup>, ad accorciare<sup>72</sup> le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e o al bene che si intende tutelare<sup>73</sup>.

Si capisce così come il principio di effettività divenga sempre più regola cardine del sistema costituzionale<sup>74</sup>, interno e comunitario<sup>75</sup>. Un perno attor-

70 Si veda sul punto il bel saggio di TROCKER, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di VETTORI, Padova, 2002, p. 381 ss. Ma soprattutto PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 54 ss.

71 V. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2 ss.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, ivi, 2005, p. 605 ss.; MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006. È solo il caso di ricordare che la riflessione sul tema presuppone l'esistenza di un interesse protetto, sicché l'approccio rimediale non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

72 DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, p. 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 342 ss.

73 DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355.

74 V. Corte EDU 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n.177; Corte. cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.*, 2013, I, con note di R. ROMBOLI e di G. AMOROSO, ed ivi, c. 788 con nota di SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità* e di DELUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*; Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, C-399/11 *Melloni-Ministero Fiscale*, in *curia.europa.eu* su cui v. il commento di RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irraggiata in absentia*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 8; ID., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

75 La giurisprudenza europea è vastissima si veda da ultimo CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01, punto 58; CGUE 12 dicembre 2006, C-446/04, punti 203 e 219; CGUE 17 aprile 2007, C-470/03, punto 123; CGUE 23 aprile 2008, C-201/05, tutte in *curia.europa.eu*.

<sup>65</sup>BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 2003, p.460 ss. V. anche GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

<sup>66</sup>BERTI, *op. cit.*, pp. 462-464. La tendenza era tratta da una precisa evoluzione delle fonti. Il Parlamento, stante l'uso abnorme dei decreti legge e legislativi, non era già allora capace di assicurare "la stabilità dell'ordinamento". L'organizzazione amministrativa e decentrata "non serviva più solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali, ma allo stesso tempo (*era ed è*) anch'essa matrice di nuova legalità, proprio perché costituzionalmente impiantata per dare visibilità e forza allo Stato". Tutto ciò è ampliato dal nuovo art.117 della Costituzione perché "il diritto positivo...si indebolisce al suo interno, dismettendo la certezza di sé e la forza del suo precetto come espressione del dover essere

<sup>67</sup> V. da ultimo VETTORI, *Controllo giudiziale sul contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuov. Leg. Comm.*, 2015, p. 151ss.

<sup>68</sup> Così PIOVANI, voce *Effettività* (Principio di), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 421 ss.

<sup>69</sup> COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 1076.

no a cui ruota la dinamica delle tutele dei privati<sup>76</sup> e la concretezza di un rimedio appunto effettivo<sup>77</sup>.

Sicché la definizione di tutele efficienti è uno strumento primario di questo nuovo ordine integrato retto da principi e valori. Su cui si deve ancora soffermarsi.

| 14

## 6. Le nuove tecniche dell'argomentazione giuridica.

La dottrina ha oramai avvertito che ragionare per principi implica il superamento dello stesso metodo analogico o tipologico<sup>78</sup> e ciò evoca il tema

<sup>76</sup>VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e Mercato*, 2013, 4, p. 279.

<sup>77</sup>GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 3, p. 380-381: "la dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere in rimedio efficiente volto ad evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario, la considerazione del particolare significa considerazione del re/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa va aiutato." Paolo Grossi cita la *Somma Teologica* di Tommaso d'Aquino e la *Questio VII De circumstantiishumanorumactuum* la quale "verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente, come l'abbia compiuto, dove, quando, in quali circostanze. E' quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma anzi vi si mescola e con esso si fonde". V. anche ID., *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ivi, 1985, 14; *Aequitas canonica*, ivi, 1998, 27; *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di Cattaneo, Venezia, 2006. Gli scritti sono ora raccolti in GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di Fantappiè, Milano, 2013.

<sup>78</sup>Un libro sull'ipoteca ha dato spunto di recente ad un raffinato e dotto dialogo sul modo di adeguare l'immobilismo di alcuni istituti, essenziali per la dinamica giuridica, ma disciplinati in modo oramai inadeguato, sì da generare incertezze e malumori presenti ogni volta che il discorso giuridico "appare in qualche modo inappagante e reclama una rifondazione critica". V. BARALIS e SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 1, p. 1 ss. Le opinioni si differenziano pur indicando la stessa strada da seguire. L'uno teorizza una dogmatica non tradizionale che non si fondi sulla logica deduttiva, superi le strettoie dell'analogia, si affidi a principi che consentano di reinterpretare norme e istituti, con un obiettivo diverso dal passato. Non la conformità ad una regola data o l'ossequio alla verità logica, ma la ricerca di una soluzione ispirata dalla ragionevolezza persuasiva, dal verisimile adeguatamente motivato e convincente, con grande attenzione alle conseguenze dell'esito ermeneutico (BARALIS, *Atto primo (il pensiero dogmatico e la complessità)*, op. cit., p. 8 ss.). L'altro (P. SPADA, *Atto secondo*

dell'interpretazione<sup>79</sup> e il modo con cui l'interprete partecipa oggi al processo di positivizzazione della norma e delle tutele. Ciò impone di prendere atto di un dato oggettivo.

"Il diritto vive di disposizioni come di precedenti consolidati, di legislatori come di Corti, chiamate a bilanciare interessi, a interpretare norme nel quadro dei principi, a disapplicare leggi nazionali in esecuzioni di fonti comunitarie". Tanto che le regole vengono scritte e riscritte da soggetti diversi.. "tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce"<sup>80</sup>. Sicché se non si vuole minare alla radice il valore della certezza è necessario un nuovo e difficile impegno nel contribuire a creare un nuovo ordine adatto ai tempi che esige almeno due compiti immediati.

Da un lato ripensare i diritti, l'autonomia privata, i controlli per dare loro pienezza ed effettività in un contesto generale profondamente mutato. Dall'altro esaminare come la loro disciplina e regolazione possa contribuire a contenere e superare gli effetti della crisi per disegnare i nuovi contorni di una regolazione dei rapporti privati adatta ai tempi<sup>81</sup>.

Da qui il ruolo dell'interprete come protagonista nella ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare. Un diritto in cui

(*appunti sparsi*), op.cit., p. 44 ss.) propone di abbandonare lo stesso riferimento alla dogmatica, legata troppo al giuspositivismo scientifico, per assumere un diretto riferimento alla giurisprudenza e all'attività applicativa. La quale deve scrutinare i valori e ricercare la giustizia del caso attraverso il rispetto della retorica, della logica e della persuasione. Nessun richiamo al formalismo anzi. L'art. 101 della Costituzione è riletto precisando che ogni pronuncia del giudice non è persuasiva se non è "in regola con una trasposizione corretta degli enunciati, collocati nella gerarchia costituzionale". Sicché l'interprete deve guardare, più che alla analogia, alla formazione di "regole contestuali" tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi. Regole da intendere come trama di un ordito tessuto secondo le esigenze di proporzionalità. Con due soli limiti inderogabili. Non incorrere in un divieto e basarsi su tecniche di ricerca di regole di giudizio misurate e adeguate agli interessi e ai conflitti da valutare. V. su questo dialogo testualmente Vettori, *Controllo giudiziale ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.

<sup>79</sup>v. ora BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014.

<sup>80</sup>PUNZI, *Prefazione al volume di G. Benedetti, Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. XV ss.

<sup>81</sup>FIORAVANTI, *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l'esperienza del novecento*, in Bifulco e Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013, p. 13 ss. "Sappiamo di non poter più contare "sul modello novecentesco di tipo statale, nazionale, politico legislativo, ma avvertiamo anche che la frantumazione delle fonti, il mercato, la giurisprudenza non assicurano di per sé un contesto equo ed efficace, tale da esprimere autorità sufficiente nell'affrontare e risolvere i punti di contraddizione, le asimmetrie e le situazioni di conflitto".



la regola deve essere la risposta oggettiva alle attese di giustizia che non è calata dall'alto, ma è un "invenzione della ragione e dell'astuzia sapiente del migliore argomento"<sup>82</sup>, costruito nella densità della motivazione. Insomma, se la ricerca attenta delle fonti su cui decidere soddisfa l'esigenza di oggettività, la soggettività dell'interprete (*stretto nel suo esserci qui e adesso*) richiede prudenza e sapienza e cioè sapere e saggezza. Solo in tal modo sarà credibile il suo scritto e tramandabile il precedente.

Luigi Mengoni ha indicato con chiarezza i termini i questo nuovo compito del giurista. "I principi morali incorporati nella costituzione nella forma dei diritti fondamentali..acquistano natura giuridica..senza perdere il loro *status* originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale" ma sono soggetti " ai modi, alle procedure e ai vincoli dell'argomentazione giuridica"<sup>83</sup>.

Questi nuovi modi, procedure e vincoli riguardano essenzialmente tre aspetti: il rapporto fra fatti e valori, il senso di un metodo sistemico oggi, il dialogo fra scienza e prassi giudiziaria per creare una vera "dottrina del precedente giudiziario"<sup>84</sup> in quel nuovo "procedere caso per caso" che è propria dell'argomentazione giuridica. Vediamoli tutti. Ma in breve.

*a) Il rapporto fra fatti e valori.*

" La lunga battaglia condotta dal positivismo giuridico per espellere l'idea di giustizia da ogni riflessione teorica sul diritto si è basata sul dualismo fra giudizi di fatto e giudizi di valore. La giustizia si reputa un giudizio di valore espressione di una visione soggettiva e come tale non utile e utilizzabile. Ma questo divieto di discutere su questioni di giustizia è basato sulla convinzione erronea che tutti i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata ed è quel divieto ad essere privo di fondamento razionale perché si presenta come un dogma privo di giustificazione che il positivismo ci ha voluto imporre per troppo lungo tempo"<sup>85</sup>.

<sup>82</sup>BENEDETTI, *op.cit.*, p. 33 ss., 69 ss., 103 ss., 223 ss., p. 241 ss.

<sup>83</sup>MENGOINI, *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 47. Ricorda questo passo IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41.

<sup>84</sup> Così MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I Principi Generali del Diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 328.

<sup>85</sup>GLIOZZI, *L'opposizione dei giudizi di fatto ai giudizi di valore: critica di un dogma giuspositivista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 857 ss. ma anche PUTMAN, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, trad. it., Fazi editore, 2004, in part. XIV, 6-7 ed ivi "questo libro tenta di mostrare che le due dicotomie "giudizi di fatto e giudizi di valore" e "verità di fatto e analitiche" hanno corrotto il nostro pensiero, sia nel campo del ragionamento etico sia nella descrizione del mondo, impedendoci di

L'indeterminatezza del concetto ci impone di precisarne il significato ma non giustifica il divieto. Nessuna pretesa obbiettiva scientifica può portare a ciò. A impedire di parlare di un diritto dove siano centrali interpretazione e interpreti, capaci di argomentare non solo col metro della conformità ad una regola ma attraverso criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità<sup>86</sup>, imposti dal nuovo sistema delle fonti.

*b) La ragionevolezza*

Il limite della ragionevolezza nel controllo delle leggi è un esempio chiarissimo. La cifra di questo criterio è colta oggi con grande chiarezza<sup>87</sup>.

Esprime da lato un'esigenza di "correttezza del ragionamento pratico"<sup>88</sup> .. misurandosi sempre con l'esperienza pratica, il buon senso comune..<sup>89</sup> si che ragionevole diventa sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche giustizia<sup>90</sup>. Dall'altro ha un carattere sfuggente e difficile da definire<sup>91</sup>. Ma sul punto è di grande aiuto la giurisprudenza costituzionale recente.

Nel delimitare il potere del legislatore di disporre norme retroattive la Corte esige che quell'effetto "trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)"<sup>92</sup>. Non solo. Le norme retroattive, continua la Corte, devono trovare "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza" e non devono porsi in contrasto "con altri valori ed interessi costituzionalmente potetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti"<sup>93</sup> Occorre bilanciare, insomma, la possibile retroattività "il principio di ragionevolezza ( che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento)" e "la tute-

vedere come valutazione e descrizione siano intrecciate e interdipendenti".

<sup>86</sup> Limpide e suggestive sono le belle pagine di GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11 e ss.

<sup>87</sup>GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., p. 11.

<sup>88</sup> V. LATORRE, *Introduzione*, in M. La Torre-A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza del diritto*, Torino, 2002, p. 3.

<sup>89</sup>MORRONE, *Principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. La Torre-A. Spadaro (a cura di), *op. cit.*, p. 231 ss.

<sup>90</sup> G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 14-15.

<sup>91</sup> V. ancora GROSSI, *Sulla odierna "incertezza del diritto"*, *op. cit.*, p.11, dove si commentano tutte queste diverse opinioni.

<sup>92</sup> così Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, cit.

<sup>93</sup> così Corte cost., 23 dicembre 1997, n. 432, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24, in *Foro it.*, 2010, I, c. 415; Corte cost., 28 marzo 2008, n. 74, in *Foro it.*, 2008, I, 2411 e Corte cost., 25 luglio 1995, n. 376, in *www.cortecostituzionale.it*.

la dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario<sup>94</sup>.

16 c) *i vincoli dell'argomentazione giuridica*

D'altra parte la definizione del modo e dei vincoli dell'argomentazione giuridica sono di piena competenza e responsabilità della scienza giuridica che dovrà, nel bilanciare i valori, circoscrivere la discrezionalità del giudice, positivizzare i valori e costruire una dottrina del precedente<sup>95</sup>. Ciò in un dialogo con la giurisprudenza diverso dal passato.

Francesco Galgano, alcuni decenni fa, ebbe il merito di fondare un dialogo sulle regole da applicare, ma oggi occorre qualcosa di più e di diverso. "L'argomentazione giuridica batte oramai altre strade...il valore non ha bisogno di fattispecie...perché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso...l'evento non viene più commisurato ad una fattispecie...ma misurato dal valore...le norme non bastano più a sé stesse, ma sono sorrette da qualcosa'altro che in certo qual modo può servirsene e utilizzarle...la teoria dei valori ha cancellato dal nostro dibattito il problema delle lacune"<sup>96</sup>.

Gli esempi non mancano nel diritto interno e comunitario.

L'invito della Corte Costituzionale alla applicazione diretta dell'art 2 Cost., ai fini della nullità di una clausola contrattuale e l'ampia delimitazione del rilievo officioso di tale rimedio, costituiscono un primo esempio<sup>97</sup>.

D'altra parte la possibilità di far valere la mala fede nelle trattative nei confronti di un contratto valido e l'azione aquiliana a difesa di una posizione contrattuale leso da un contegno illecito, ampliano la tutela risarcitoria<sup>98</sup>.

Infine le pronunzie in tema di effettività delle tutele risarcitorie, delle azioni dei consumatori e della disciplina della prescrizione, inducono a ripensare diversi istituti<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Corte cost., 29 maggio 2013, n.103, in *Giur. Cost.*, 2013, 3, p. 1780; Corte Cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Foro it.*, 2011, I, c. 375; Corte Cost., 26 gennaio 1994, n.6, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>95</sup> MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, op. cit., p. 326-328.

<sup>96</sup> IRTI, *La crisi della fattispecie*, op.cit., p. 42-43. Ma v. anche dello stesso autore, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.

<sup>97</sup> V. l'ordinanza della Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit., su cui vedi il paragrafo 1

<sup>98</sup> V. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit.

<sup>99</sup> V. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 21255*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 55 ;Id., *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il*

d) *Le tecniche del diritto comunitario.*

Quanto al diritto comunitario e ai suoi riflessi sul diritto interno le novità sono ancor più significative. E' evidente nella ricerca di un rimedio effettivo la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici. Con una centralità del caso su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative.

a) La disapplicazione della norma interna incompatibile, pur riconosciuta anche da sentenze recenti, è delimitata con rigore<sup>100</sup>. Una direttiva anche se chiara precisa e incondizionata e volta a conferire diritti e obblighi, non può essere applicata in una controversia fra privati di per sé. D'altra parte una norma che contenga un diritto o un principio ( che per produrre i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni interne e comunitarie) non può essere invocata ai fini della disapplicazione<sup>101</sup>.

b) Il rinvio pregiudiziale appare sempre un controllo diffuso nelle mani del giudice. Non è necessario se la soluzione è auto-evidente o se il problema è già stato risolto dalla Corte di Giustizia. Lo si deve esercitare negli altri casi e ciò comporta una conoscenza piena del diritto comunitario da parte delle Corti di merito e di legittimità<sup>102</sup>.

c) L'interpretazione conforme assume sempre più spessore e precisione. La norma interna deve essere applicata alla luce del testo e della finalità della Direttiva ( o del principio) per giungere ad una soluzione (interpretativa) conforme all'obbiettivo perseguito da queste fonti. Da qui la ricostruzione di una regola tramite l'interpretazione<sup>103</sup>.

d) Il controllo della Corte EDU sui diritti sociali e sui limiti di bilancio assume un significato di grande rilievo orientativo e sul punto occorre soffermarsi.<sup>104</sup>

Non solo. Da ultimo si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane sono legittimate

*principio interno di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014*, ivi, 2014, p. 163; MAURO, *Prescrizione ed effettività nel dialogo fra Corti italiane e Corti europee*, ivi, 2014, p. 139; DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, ivi, 2014, p. 71.

<sup>100</sup> Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014 C-176/12, *Association de médiation sociale*, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>101</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C- 617/10 e 15 gennaio 2014, cit., in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>102</sup> CEDU 8 aprile 2014, *Dhahbi-Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>103</sup> Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, cit.

<sup>104</sup> Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Littlewoods v. HerMjeesty's Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels*, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, tutte in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).



“unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell’art.1 del Protocollo 1 della Convenzione. Sicchè si reputa contrario all’art. 13 CEDU tale istituto “*perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l’arbitrio e l’interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale*”<sup>105</sup>”

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un’opera sapiente della legge e dei giudici<sup>106</sup>.

### 7. Contemporaneità e certezza del diritto

Occorre prendere atto della storicità del valore della certezza e affrontare i problemi di un diritto nuovo e diverso. “Sempre meno legale” sempre più affidato ai principi costituzionali, interni e comunitari<sup>107</sup>, ed a nuove tecniche di argomentazione giuridica, in parte tutte da costruire nel dialogo ( anch’esso nuovo) fra scienza giuridica e prassi giudiziaria.

Basta qui qualche cenno al primo e al secondo aspetto.

I Commentatori francesi<sup>108</sup> nell’ottocento avevano ben chiaro il valore della sicurezza e della libertà del commercio «*qui exige qu’on ne puisse facilement venir contre les conventions*»<sup>109</sup>. La stabilità del contratto penetra nel *Code Civil* ma l’art. 6 la subordina ad un controllo di validità delimitato da principi (di ordine pubblico e buon costume) che esigono la ricerca da parte del diritto positivo dell’utile e del giusto, dei fini e delle condizioni che delimitano il suo regime giuridico<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> CEDU, 4 febbraio 2014, n. 25376/06, *Ceni c. Italia* punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05 *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99 *Al-Nashif c. Bulgaria*, tutte in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>106</sup> Tali osservazioni sono già state formulate, testualmente, in VETTORI, *Controllo giudiziale ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit., p. 153 ss.

<sup>107</sup> Così GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., p. 11.

<sup>108</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, Tome premier, Bruxelles, 1835, p. 26.

<sup>109</sup> GHESTIN, in *Traité de droit civil, Le Contrat: formation*, Parigi, 1988, p. 178 ss.

<sup>110</sup> v. GHESTIN, *op. ult. cit.*, ma in un’aprospektivistorica e comparativa, V. i saggi di RIEG, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*, Strasbourg, 1965; DAWSON, *Unconscionable coercion: the German version*, in *Harvard Law Review*, 1975; GORDLEY, *Equality in exchange*, in *California Law Review*, 1981. Su ciò v. già Vettori, *Autonomia privata e contrattogiusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

Il giuspositivismo nei primi decenni successivi alla seconda guerra mondiale<sup>111</sup> garantì la certezza del diritto stabilizzando i valori espressi dal nuovo assetto democratico e contribuì, nel periodo del miracolo economico, a rafforzare lo Stato come unica fonte del diritto e come istituzione capace di garantire la rinascita del Paese<sup>112</sup>. La rottura dell’equilibrio si verificò alla fine degli anni sessanta con l’esplosione della contestazione, il diffondersi dell’instabilità politica e il consolidarsi di una nuova funzione dello Stato e del diritto.

Si avvertì l’insufficienza di una sola visione strutturale della realtà e si rivalutarono la funzione individuale,<sup>113</sup> i contegni e la correttezza. La filosofia in Francia,<sup>114</sup> Germania<sup>115</sup> e in America<sup>116</sup> avvia una fase pos-positivistica più adatta per comunità giuridiche complesse, ove il discrimine fra regola morale e regola giuridica è sempre più sfumato.

Negli ultimi decenni del secolo il declino della legge è reso palese da due fenomeni in particolare<sup>117</sup>. L’impossibilità per le Istituzioni di dettare re-

<sup>111</sup> v. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, raccolta da Mora, Giappicchelli, Torino, 1960. L’autore, nel paragrafo 32, p. 151 e ss. indica sette punti fondamentali della dottrina giuspositivistica. “Il settimo punto riguarda la teoria dell’obbedienza. Su questo punto non si possono fare facili generalizzazioni: però c’è un complesso di posizioni nell’ambito del positivismo giuridico che fanno capo alla teoria dell’obbedienza assoluta alla legge in quanto tale, teoria che si sintetizza nell’aforisma: *Gesetz ist Gesetz* (la legge è legge). A proposito di questa teoria tuttavia si dovrebbe parlare di positivismo etico, in quanto si tratta di un’affermazione di ordine non scientifico, ma morale o ideologico. Anche le origini storiche di questa dottrina sono diverse da quelle delle altre teorie giuspositivistiche: infatti mentre queste ultime fanno capo al pensiero razionalistico del Settecento, la prima fa capo al pensiero filosofico tedesco del primo Ottocento e in particolare a Hegel”. Concludendo l’a. si esprime così: “il positivismo giuridico può esser considerato sotto tre aspetti. Esso infatti è : a) un certo modo di accostarsi al diritto; b) una certa teoria del diritto; c) una certa ideologia del diritto.”

<sup>112</sup> Così LOSANO in *Prefazione a N. Bobbio, Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di Losano, Roma-Bari, 2007 (rist.), p. VI.

<sup>113</sup> Per una sintesi efficace v. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, p. 1033 e VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 237 ss.

<sup>114</sup> GHESTIN, *L’utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

<sup>115</sup> HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt a.M., 1955, e i riferimenti di L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 635 ss. ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Nicolussi, A. Albanese, Milano, 2011, p. 13.

<sup>116</sup> DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova ed. it. a cura di N. Muffato, Bologna 2010; ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, ed ivi *Diritto e morale*, p. 3 ss; *Trenta anni dopo*, p. 204 ss.

<sup>117</sup> MULLER, *L’enigma democrazia*, trad. it., Einaudi, Torino, 2012, p. X ss.

gole ad un capitalismo finanziario capace di concentrare il proprio potere in poche sedi invisibili e la sfiducia in un rapporto fra voto e rappresentanza.<sup>118</sup>

18 Tutto ciò ha inciso su quell'ordine "dato e accettato" che si rimpiange. Alla piramide descritta dall'art.1 del codice civile e dall'art. 12 delle Preleggi si sostituiscono fonti diverse e complementari. La Costituzione l'ordine comunitario e gli obblighi internazionali sono attuati dalla legge ma anche da giudici interni, comunitari e internazionali in dialogo fra loro. Sino al Fiscal Compact che impone limiti forti alla stessa azione politica agli Stati<sup>119</sup>

L'essenza della giuridicità muta e tale mutamento fa sì che la regola debba essere individuata in un contesto qualitativamente diverso. Con il ricorso a principi e a clausole generali ove l'intreccio fra *logos* e *nomos*, fra regole e ragionevolezza è spesso inscindibile, perché il precetto va calato nella controversia, disciplinata da fonti eterogenee, dove le "scalette" del normativismo non danno risposte immediate. Ciò non evoca una scelta ideologica che fu propria invece del giuspositivismo<sup>120</sup>, ma manifesta solo la complessità di una società da ordinare in modo diverso dal passato.

Come si è detto benissimo la fine della fattispecie e di un diritto basato sulla prevedibilità e astrattezza non pone fine al lavoro del giurista ma esige solo che il passaggio dalla legge ai principi e ai valori adottati i modi e le tecniche di una nuova argo-

mentazione giuridica in parte da costruire ma che preme ed è sottotraccia da almeno cinquanta anni.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro.

Muta la forma stessa della nostra democrazia<sup>121</sup>. Lo Stato costituzionale pone sempre più in posizione di parità la funzione legislativa e l'attuazione delle regole e dei principi.

Da questo difficile ma ineliminabile equilibrio è scandito il presente e il futuro. E su ciò sarà impegnata la riflessione e l'azione di ogni scienza sociale.

<sup>118</sup>Si è detto bene che nel 900 si sono avute trasformazioni straordinarie (dai lumi a petrolio ad Internet) che non possono non aver intaccato la forma politica e sociale in cui viviamo SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, Milano, 2013, p. 24 ss.; 56 ss.; 64 ss.

<sup>119</sup>VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 179 ed ivi le "fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico", *l'equilibrio di bilancio* e le limitazioni alla spesa pubblica, sono entrati come principi ordinatori nei Trattati europei e nella costituzione nazionale. Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall'idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono l'esigenze della sicurezza e dell'economia, alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto". Da qui alcune osservazioni forti. L'eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *Welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

<sup>120</sup>V. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, op. cit., p. 151 ss. e la nota n. 3

<sup>121</sup>FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2014, p. 295; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.



# DIRITTI E COESIONE SOCIALE TRA GOVERNANCE ECONOMICA E 'SOVRANITÀ FINANZIARIA'. DALLA CARTA COSTITUZIONALE DEL 1948 AL TRATTATO C.D. 'FISCAL COMPACT'

Di Filippo Zatti

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. L'attuazione delle politiche di coesione sociale in funzione dell'architettura istituzionale della governance economica. – 3. L'impatto del Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM) e del Trattato c.d. 'Fiscal Compact' sulla dimensione politica della sovranità finanziaria. – 4. L'effetto della riforma dell'art. 81 Cost. sul modello economico: dal settore controverso al non controverso.

## 1. Premessa.

La tipologia di relazione esistente tra diritti (sociali) e coesione (economica, territoriale e) sociale è un tema 'sentinella' della concezione del rapporto tra 'Costituzione sociale' e 'Costituzione economica'<sup>1</sup> e, più, in particolare, all'interno dell'Unione europea, della relazione esistente tra Costituzioni economiche statali e Costituzione economica europea<sup>2</sup>.

È, infatti, evidente come tale legame risenta delle trasformazioni dell'assetto della forma di Stato in funzione della trasformazione della sovranità politica degli Stati nazionali. Questo passaggio di sovranità, dal livello statale a quello dell'Unione, come suggerisce il processo che ha portato all'approvazione del Trattato di Lisbona, non è con-

sistito sinora in una sua mera cessione. Piuttosto, è stata introdotta una progressiva restrizione della sfera dei poteri nazionali che ha consolidato un tipo di costituzionalismo multilivello<sup>3</sup> sempre meno interpretabile attraverso un approccio pluralistico fondato sul principio della relatività dei valori giuridici<sup>4</sup>. Vi è un potenziale contrasto tra le previsioni di cui all'art. 3 TUE, secondo le quali, da un lato, l'Unione ha il compito di *promuovere* la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri, e, dall'altro, *si adopera*, ma non si impegna, "*per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata (...) che mira (...) al progresso sociale*". Come osserva Guarino, infatti, "*l'impegno per il progresso economico resta conseguentemente a carico dello Stato*"<sup>5</sup>. E, quindi, la capacità di un Paese Membro dell'Unione di mantenere il proprio sistema di *welfare*, come definito dal proprio ordinamento costituzionale, è condizionata da politiche di bilancio che, oltre a non essere più sotto l'esclusiva sovranità sta-

<sup>1</sup> Si rinvia, per un approfondimento, a S. GAMBINO, *I diritti sociali fra Costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, 12 dicembre 2012, tratto da *federalismi.it*<[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)> e a G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* Torino, 2012, pp. 135 e ss.

<sup>2</sup>Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Vol. I, Napoli, 2002, pp. 851 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003.

<sup>4</sup> V. A. D'ATENA, *Una Costituzione senza Costituzione per l'Europa?*, in *Diritto e Società*, 2009, p. 209.

<sup>5</sup> V. G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2008, p. 142.



tale, dipendono da obiettivi finanziari individuati, in funzione della stabilità dell'Unione monetaria, da alcuni Regolamenti UE<sup>6</sup> e, per ultimo, dal Trattato c.d. 'Fiscal Compact'. Secondo la tesi sostenuta da Guarino, è con il Regolamento Ue n. 1466/97 che si crea un *vulnus* al regime democratico degli Stati membri. Il Regolamento in parola, introducendo l'obbligo della parità di bilancio, si discosterebbe dalle disposizioni dei Trattati UE che prevedono, invece, un'autonoma determinazione delle politiche di bilancio da parte degli Stati membri seppure con il coordinamento della Commissione e del Consiglio attraverso direttive di massima da attuarsi tramite "raccomandazioni", atti, come noto, non vincolanti<sup>7</sup>.

Pur non avendo sinora trovato diffusione, tale tesi ha il merito di contribuire a sollevare una questione sempre più avvertita all'interno della comunità scientifica, vale a dire, quella della legittimità delle decisioni assunte nell'attuale assetto europeo della *governance* economica. In effetti, quello delle decisioni di politica economica nell'Unione monetaria, è un 'gioco a due livelli' che non riguarda soltanto il rapporto tra le Istituzioni europee ed i singoli Stati membri ma anche quello *tra* gli Stati membri<sup>8</sup>, interessando la sovranità non soltanto in senso 'verticale' ma anche 'orizzontale'<sup>9</sup>. Ciò comportando un'alterazione nella sovranità finanziaria non soltanto per effetto della trasformazione di quella monetaria<sup>10</sup>.

Si tratta, inevitabilmente, di una trasformazione della sovranità politica in forme di sovranità che, in passato, erano ancelle ad essa, come è, ad esempio, per la sovranità finanziaria. Se si esamina, a partire dall'istituzione della Comunità Economica Europea, l'evoluzione del rapporto tra sovranità politica e sovranità finanziaria si vedrà come quest'ultima era, in origine, quasi collimante con la prima. E che, in particolare, con il Trattato c.d. 'Fiscal compact', si è venuta a realizzare un'ampia divergenza tra le due forme di sovranità. Certamente questa dilatazione tra sovranità politica e finanziaria si potrà nuova-

mente colmare nel momento in cui si darà vita ad una Unione politica europea. Che tipo di Unione politica sarà, quale sarà la 'costituzionalizzazione' riservata ai diritti sociali, stante l'attuale situazione economica e politica, sono temi ancora lontani dall'essere attuali. Oggi, non possiamo che limitare la nostra attenzione alle forme di supplenza, per così dire, della sovranità politica e a quelli che possono essere gli effetti prodotti sulla coesione sociale.

## 2. L'attuazione delle politiche di coesione sociale in funzione dell'architettura istituzionale della *governance* economica

Come si è osservato, la rigida contrapposizione tra governo dell'economia a livello europeo e tutela dei diritti sociali a livello nazionale, propria della fase originaria dell'Unione, è stata progressivamente mitigata dalla sempre maggiore interdipendenza che si è creata in materia di politica di bilancio tra l'UE e i Paesi membri<sup>11</sup>. In ragione di questa interdipendenza economica, sin dal Trattato di Maastricht, la *governance* economica viene strutturata in modo tale da costituire il principale fondamento giuridico della regolamentazione delle politiche di bilancio dei Paesi Membri dell'UE. L'avvio dell'Unione monetaria, prima, e la crisi finanziaria globale, poi, nonché, successivamente, quella dei debiti sovrani hanno portato ad un progressivo rafforzamento degli strumenti europei di *governance* dando vita, così, ad un quadro più rigido per il coordinamento ed il controllo delle politiche di bilancio attuate dagli Stati Membri dell'Unione. Se le finalità che ci si propone di perseguire con l'irrigidimento degli strumenti di *governance* sono giustificate dalla teoria economica dominante, risultano, invece, estranee a quest'ultima per quanto riguarda le modalità attuative. In funzione delle scelte di natura politica adottate ai fini del coordinamento delle politiche di bilancio, infatti, si modifica il grado di autonomia finanziaria dei singoli Paesi Membri dell'Unione nel definire politiche economiche funzionali all'implementazione dei diritti sociali previsti nelle rispettive Carte costituzionali. Con la riduzione del grado di autonomia finanziaria dei governi nazionali, si assiste ad un sempre maggiore coinvolgimento, nella decisione di bilancio, delle istituzioni dell'Unione che fanno parte dell'architettura di *governance* europea e, in particolare, del Consiglio europeo. La tendenza a 'cen-

<sup>6</sup> Vale a dire il Regolamento UE n. 1466/97 e i regolamenti che lo hanno successivamente modificato: Regolamento UE n. 1055/2005 e Regolamento UE n. 1175/2011.

<sup>7</sup> V. G. GUARINO, *Saggio di verità sull'Europa e sull'Euro* 2, 4 luglio 2014, tratto da [giuseppeguarino.it](http://giuseppeguarino.it) <[www.giuseppeguarino.it](http://www.giuseppeguarino.it)>, pp. 10-14.

<sup>8</sup> Cfr. R. BELLAMY, A. WEALE, *Political legitimacy and European monetary union: contracts, constitutionalism and the normative logic of two-level games*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, p. 263.

<sup>9</sup> Cfr. E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010.

<sup>10</sup> Cfr. C. D. ZIMMERMANN, *The Concept of Monetary Sovereignty Revisited*, in *The European Journal of International Law*, 2013.

<sup>11</sup> V. A. DI MARTINO, *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione: sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010.





tralizzare' l' 'alta politica' a livello del Consiglio<sup>12</sup> si è accompagnata al crescente ricorso ad accordi internazionali al di fuori di quello che è il quadro giuridico dell'UE ai fini dell'implementazione delle decisioni di natura politica. Tali mutamenti istituzionali hanno modificato l'originario compromesso sul quale è stata costruita l'UE, vale a dire, l'eguaglianza tra gli Stati e del potere degli Stati. Si è dato vita ad un'architettura europea della *governance* economica che ha alterato il principio dell'equilibrio di potere tra gli Stati dell'Unione, che non è più, per così dire, orizzontale ma verticale, ovvero, dei Paesi finanziariamente sovrani su quelli a ridotta sovranità finanziaria. Le decisioni in materia di politica di bilancio sono adottate dal sistema europeo di *governance* al solo fine di garantire la stabilità dell'Unione<sup>13</sup>. Quella che parrebbe essere una conclusione scontata sotto il profilo economico-finanziario, per cui minori risorse pubbliche a disposizione comportano necessariamente una minore spesa sociale, esprime sinteticamente una regola che non dice nulla delle modalità con le quali tali decisioni vengono decise e adottate. La divergenza, più o meno ampia, tra sovranità politica e finanziaria, che si è creata in alcuni dei Paesi Membri dell'Unione, stante l'attuale sistema europeo di *governance* economica, fa emergere il problema di fondo, ovvero, l'esistenza di un'asimmetria di potere. Atto emblematico dell'esistenza di tale asimmetria di potere tra i Paesi Membri dell'Unione sono i *Memorandum of Understandings* (MoUs) che vengono sottoscritti tra la Commissione europea e i Paesi Membri che hanno necessità di assistenza finanziaria. Nei MoUs vengono inseriti dettagliatamente gli obiettivi di politica di bilancio suggeriti dalla Banca centrale europea (BCE) e dal Fondo monetario internazionale (FMI) sottraendoli, di fatto, ad una (co-) decisione sovrana da parte degli Stati interessati<sup>14</sup>. Ci troviamo così di fronte ad un assetto sì reticolare ma non più policentrico della sovranità finanziaria che ha per effetto la disarticolazione delle istituzioni, e non soltanto di quelle finanziarie.

Questa considerazione ne promuove un'altra, in punto di metodo. Temi come questo possono essere vagliati sotto vari profili. Profili che risentono sia del metodo utilizzato ai fini dell'analisi da svolgere sia della connotazione sistematica dalla quale si vuole muovere. Metodo di analisi e connotazione

sistematica che inevitabilmente influenzano l'esito del ragionamento secondo prospettive spesso funzionali alla conferma di un disegno d'insieme previamente ipotizzato piuttosto che alla comprensione del fenomeno nelle sue poliedriche manifestazioni. Più concretamente, il tema oggetto della presente analisi, ovvero come quei diritti che sono specificamente funzionali alla realizzazione della coesione sociale possano essere garantiti nel mutato quadro costituzionale di riferimento, per effetto dell'introduzione, nell'ordinamento costituzionale, del principio del pareggio di bilancio e come conseguenza dell'assetto della *governance* economica che si è data l'UE e, in particolare, l'Eurozona, a seguito della crisi finanziaria globale ma, soprattutto, della crisi dei debiti sovrani, rischia di ridursi ad un dibattito settoriale, di natura o giuridica, o economica, o politica, o, ancora, di natura sociologica, o storica, tendente a strutturare il tema secondo le tradizionali categorie proprie di ciascuna scienza sociale. I problemi posti dall'oggi, richiedono, probabilmente, ancor più che in passato, un approccio che consenta di individuare, tra gli altri, i riflessi reciproci dei fattori non economici, tra i fattori non economici e tra questi ed i fattori economici così da permettere una diversa comprensione degli effetti che scelte economiche e soluzioni giuridiche possono avere sulle istituzioni<sup>15</sup>. Ancor più, quando si ha a che fare con istituzioni sempre più dinamiche e sempre più interrelate tra loro come nel caso, ad esempio, dei sistemi reticolari derivati dalla interazione tra istituzioni di diversa natura e funzione.

### 3. L'impatto del Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM) e del Trattato c.d. 'Fiscal Compact' sulla dimensione politica della sovranità finanziaria

Ancora prima di dar vita al Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria, c.d. Fiscal Compact, nel marzo 2011, il Consiglio europeo emendava l'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea introducendo la possibilità di costituire un meccanismo europeo di stabilità da attivare nel caso in cui fosse minacciata la stabilità dell'area euro. In realtà, si trattava di definire l'inquadramento dell'EFSF che era già stato costituito nel giugno del 2010 e reso operativo nel luglio del 2011, trasformandolo nell'ESM (Meccanismo europeo di stabilità).

<sup>12</sup>Cfr. U. PUETTER, *The European Council – the new centre of EU politics*, in *European Policy Analysis* (16), October, 2013, pp. 2 e ss.

<sup>13</sup>V. K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis - A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2014.

<sup>14</sup>V. F. FABBRINI, P. LAROCHE, M. ADAMS, *The constitutionalization of european budgetary constraints*.Oxford; Portland, 2014.

<sup>15</sup> Cfr. G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Roma, 2005.

L'ESM è un organo intergovernativo ideato sostanzialmente sul modello del FMI che, tra l'altro, è chiamato a cooperare strettamente con il Fondo di stabilità europeo in caso di richiesta di attivazione da parte di uno Stato membro (ottavo considerando del Trattato istitutivo dell'ESM). Questa particolarità mi ha richiamato alla mente il dibattito che vi fu nell'Assemblea Costituente sul disegno di legge per la partecipazione dell'Italia agli accordi firmati a *Bretton Woods* il 22 luglio 1944 dai rappresentanti delle Nazioni Unite per la costituzione del FMI e della Banca internazionale per lo sviluppo. In particolare, Luigi Einaudi, intervenendo nella seduta del 14 marzo 1947, dopo aver svolto un'apologia del sistema monetario aureo, metro di neutralità monetaria, contraltare della moneta manovrata, concludeva così il suo intervento: *"Certo ci troviamo di fronte ad una menomazione della sovranità nazionale; ma dobbiamo rassegnarci ad una evoluzione in questo senso, alla progressiva diminuzione del concetto tradizionale della sovranità nazionale. Altre verranno dopo; ma la menomazione della sovranità nazionale cosa vorrà dire? Vorrà dire che noi controlleremo e vigileremo sull'azione degli altri stati; ed a questo patto soltanto, noi possiamo consentire che altri possano, indirettamente, agire e controllare l'opera nostra"*. Il quadro economico, politico e sociale era evidentemente diverso dall'attuale. Tuttavia, che, come noto, auspicava l'introduzione della *goldenrule* nella Carta Costituzionale, non vedeva impedimenti nel partecipare a meccanismi di stabilizzazione del valore esterno della moneta rinunciando a parte della sovranità statale. Come, d'altronde, impedimenti non vedevano coloro che seppure da posizioni politiche diverse da quelle di Einaudi, non pensavano ad una incompatibilità giuridica e finanziaria tra l'art. 81 Cost. e le norme poste a presidio della configurazione in senso sociale della forma di Stato. L'idea di una finanza pubblica sostenibile era vista come il fine da raggiungere per la realizzazione di quella società ipotizzata all'art. 3.2 Cost. Mi si obietterà che la finanza pubblica avrebbe beneficiato dei fondi del Piano Marshall. Senz'altro. Ma è anche vero che ampi erano gli strumenti di politica economica sui quali quei Governi potevano contare rispetto ad una configurazione della sovranità finanziaria profondamente modificata con l'adesione al Trattato di Maastricht. Vi era la consapevolezza che il principio di eguaglianza sostanziale poteva essere perseguito solo attraverso un intervento dello Stato in economia teso appunto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale. Beninteso, come è già stato osservato in dottrina, la Costituzione lasciava liberi nella determinazione delle modalità di raggiungimento dei fini sociali estensivamente delineati nella Carta.

Dunque, non determinava il sistema economico attraverso il quale perseguire le finalità dell'ordinamento, lasciando al 'sette controverso' la determinazione della politica economica.

#### 4. L'effetto della riforma dell'art. 81 Cost. sul modello economico: dal settore controverso al non controverso

Il novellato articolo 81 della Carta costituzionale, indotto ma teoricamente facoltativo secondo il Trattato c.d. 'Fiscal Compact', e più ancora i novellati articoli 97 e 119 Cost.e, per il loro espresso richiamo all'ordinamento dell'Unione europea, sono indicatori dei mutamenti istituzionali che hanno trasformato da controversa in non controversa quella parte della Carta costituzionale dedicata ai rapporti tra Stato ed economia, tra diritti, in particolare, tra diritti sociali, e mercato. Se fino ad oggi, l'adesione progressiva ad un sistema economico di mercato, sul modello sociale, fortemente competitivo, come recita il Trattato, non aveva se non limitato la politica di *deficit spending*, con il rispetto del principio di equilibrio del bilancio e l'impegno collegato a ridurre lo *stock* complessivo del debito pubblico, si attenuano, sotto il profilo fattuale, le finalità espresse dall'art. 3 del Trattato dell'Unione europea in ordine alla promozione della coesione economica, sociale e territoriale, e della solidarietà tra gli Stati membri. Si potrà questionare sull'interpretazione della disposizione costituzionale sul principio di equilibrio del bilancio ma è evidente, almeno dalla lettura della legge attuativa della Legge costituzionale 1 del 2012, come vi sia un necessario raccordo, nell'elaborazione dei documenti di bilancio, con gli organi dell'Unione, direttamente, penso alla Commissione, e, indirettamente, alla Banca centrale europea, deputati a vigilare non solo sul livello di *deficit* e di indebitamento degli Stati membri dell'Eurozona ma anche sulle politiche economiche adottate. Si intenda, provvedimenti economici necessari, laddove il debito pubblico è elevato. In effetti, quello che lascia perplessi non è tanto la previsione, al di là dell'introduzione nella Carta di un vincolo così stretto, del tendenziale equilibrio dei conti pubblici ma la sottoposizione di decisioni un tempo appartenenti al settore controverso<sup>16</sup> all'esame di organi che non sono neutrali rispetto alle decisioni politiche adottate riproponendosi un problema di *accountability* delle istituzioni dell'UE.

<sup>16</sup> Secondo la definizione datane da R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI, C. GAROFALO, C. GNESUTTA, P. F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998.



E lasciando agli Stati Membri il compito di preservare gli equilibri sociali interni. A differenza di quanto non avvenga, ad esempio, nei sistemi federali compiuti. E trattando i diritti sociali alla stregua dei diritti di libertà come se la loro previsione costituzionale potesse costituire una garanzia sufficiente rispetto alla loro effettività. Invece, i diritti sociali per essere garantiti e la coesione sociale per essere perseguita, necessitano dell'intervento pubblico. Diritti sociali e coesione sociale, d'altronde, sono strettamente connessi con la comunità e il territorio. E richiamano per questa via gli elementi tipici dello Stato nazione secondo la teoria classica. Sovranità, popolo, e, territorio. Elementi che non si trovano richiamati nei Trattati dell'Unione europea. L'Unione europea non ha un suo territorio come ci ricorda l'art. 52 comma secondo del Trattato sull'Unione europea: "Il campo di applicazione territoriale dei trattati è precisato all'articolo 355 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea". L'Unione europea non ha una popolazione come sancisce l'art. 9 del TUE ("L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce"). Non mi pare esista una definizione univoca di coesione sociale. Non solo sotto il profilo giuridico<sup>17</sup>. La coesione sociale può essere concepita in vario modo in funzione del territorio e dei cittadini. E delle finalità connesse<sup>18</sup>. Se mancano propri cittadini, e non si ha un territorio proprio, come nel caso dell'Ue, le politiche di coesione riguardano necessariamente i territori degli Stati Membri. Penso a forme di perequazione finanziaria, ai Fondi strutturali, al Fondo sociale, al Fondo di sviluppo e coesione. Ma i destinatari sono gli Stati, talvolta solo alcuni Stati, e le finalità non sono strettamente legate alla preservazione degli equilibri sociali interni ad essi. Il Piano di Azione Coesione avviato nell'autunno del 2011 è solo parzialmente cofinanziato da fondi europei. D'altronde, non può essere compito di un *metaordinamento* promosso dalle ragioni della libertà economiche prevedere sistemi finanziari di sostegno alle politiche sociali attuate dai singoli Stati Membri. Se così fosse, ci troveremmo già a far parte di una Unione politica europea, auspicabilmente federale, così come la pensavano i Padri fondatori.

<sup>17</sup> Cfr. AA.VV. (a cura di), *Il poliedro coesione sociale. Analisi teorica ed empirica di un concetto sociologico*, Milano, 2014.

<sup>18</sup> Si rinvia per un approfondimento a A. Di Sciascio, *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali: un'introduzione critica*, Torino, 2014.



## I DERIVATI TRA MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA: *QUID NOCTIS?*

Di Stefano Pagliantini

| 24

I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: *quid noctis?*  
(Stefano Pagliantini)

**SOMMARIO:** 1. *Le ragioni di un titolo: la giurisprudenza sui derivati come simbolo di una fuga nei principi ?* – 2. *Il derivato sconveniente nel prisma dei rimedi: l'artificio retorico della causa concreta.* – 3. *I derivati, la funzione protettiva delle nullità strutturali e l'obiter delle S.U. sulle c.d. nullità speciali.* – 4. *I derivati come attribuzioni causali immeritevoli o illecite nel dibattito più recente.* – 5. *Epilogo: speculazione e causa idonea.*

### 1. Le ragioni di un titolo: la giurisprudenza sui derivati come simbolo di una fuga nei principi?

Nell'esperienza giuridica postmoderna, si legge da ultimo in una pagina di rara eleganza<sup>1</sup>, il decidere per fattispecie risulta sempre più soppiantato da un giudicare per (od orientato ai) valori: i quali notoriamente «si appoggiano soltanto su sé stessi»<sup>2</sup>, catturando una situazione e non un caso. Da un sentenziare imperniato sulla tecnica della sussunzione, il *caso* appunto quale medio tra evento e fattispecie normativa perché ogni sentenza applica un principio astratto di legge, la contemporaneità starebbe sempre più passando ad un decidere per principii «validi in sé e per sé» giacché «tutto abbracciano ed a tutto rispondono»<sup>3</sup>. Il valore, si fa notare, non *qualifica* predicativamente perché piuttosto «reagisce»

all'operazione economica della quale il giudice è stato chiamato a dibattere.

Orbene, come esempio sintomatico di questo nuovo modulo decisorio oltrepassante la fattispecie, in quelle pagine si cita l'argomentare giudiziale che si rifà, in diversi luoghi, alla figura della causa in concreto, nozione sì spuria e tutt'altro che sofisticata ma più acconcia a valutare, si scrive, «il merito dell'accordo»<sup>4</sup>: non la funzione economico – sociale di bettiana memoria e neanche la causa come sintesi oggettiva degli effetti giuridici essenziali, piuttosto un *quid* subiettivo e strettamente relativo perché causa di *quel* determinato patto nel quale, a mo' di un'entità contingente e non impersonale, «si esaurisce e [si] consuma». Ora, se si rammenta che la giurisprudenza sui derivati, tutta o quasi, è rinserrata entro il modulo discorsivo di una causa concreta alla quale si domanda di correggere o di emendare integrativamente il rapporto contrattuale, istintivamente all'interprete verrà di concludere che la tematica dei derivati è il contesto nel quale domina in contrastata una *dottrina delle Corti* che si esprime sempre e soltanto attraverso un decidere per valori, tendenzialmente sinonimo, almeno nel canone criti-

<sup>1</sup> V. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss. ove sono ripresi, ma con un accento critico che ci sembra trasparire in modo più stringente, spunti e suggestioni già espresse nei due saggi precedenti, quasi coevi, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss. e *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.

<sup>2</sup> Cfr. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit. 42.

<sup>3</sup> Così IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, cit. 989.

<sup>4</sup> Cfr. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit. 17 (pure per la citazione che segue).



co irtiano, di un sentenziare trasformatosi in una «pura e nuda decisione, [rinveniente] fondamento [soltanto] in sé stessa»<sup>5</sup>.

Ebbene, se davvero così fosse, al netto dei casi in cui probabilmente così è in effetti stato, già però si disporrebbe di un primo utile risultato in quanto l'interprete dovrebbe riconoscere che il fitto nugolo di critiche, normalmente opposte a molti di questi arresti, sono in realtà fuori registro: beninteso non perché infondate o apodittiche, non è affatto pacifico per esempio che una nullità strutturale si possa atteggiare *come se fosse* una nullità protettiva per uno squilibrio unilaterale del sinallagma ed il notare che l'art. 21 fa dell'IRS essenzialmente un atto gestorio in conflitto di interessi quando sia negoziato in contropartita diretta dovrebbe bastare a qualificare *rimedialmente* il derivato confezionato in danno dell'investitore, ma *cave!* in quanto rilievi che impingono direttamente su argomenti legati alla logica della fattispecie. Di conseguenza, secondo la metrica decisionale di Corti sensibili invece ad un *pragmatismo valoriale*<sup>6</sup>, nella sostanza in quanto argomenti precipuamente formalistici. Insomma, provando ad esprimere lapidariamente la cifra del discorso che si va qui facendo, notare che il vizio di causa non è *graduabile*, la causa infatti o c'è o manca, mentre la condotta infedele dell'intermediario può dare corpo a forme diverse di inadempimento, dischiude un'argomentazione sì rigorosa ma potenzialmente destinata a suonare come recessiva per la banale ragione che ad un motivare per valori può coerentemente opporsi soltanto la controdeduzione di un altro valore, uguale o peggio. Come chiosa la dottrina dalla quale si è preso le mosse<sup>7</sup>, il giudizio improntato ai valori non è «propriamente giudizio» quanto e piuttosto una «presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita». Ed allora la giurisprudenza sui derivati non come un episodio, persuasivo o discutibile poco importa, di *applicazione normativa* quanto e piuttosto emblema di una vicenda che vede le Corti attuare un valore, formalizzando un «incalcolabile giudizio di approvazione» o «di disapprovazione», col secondo oscurante decisamente il primo? Per inciso la teorica di una *Materialisierung*<sup>8</sup>, col suo corredo di argomenti miranti ad assicurare un *plafond* di effettività

all'*Entscheidungs – freiheit* dell'investitore, è espressione di una logica consimile, al netto evidentemente della fondamentale differenza di assentire e non dissentire –plausibilmente !- da una giurisprudenza militante, *creativa* in quanto sempre più incline a scandagliare il livello «degli interessi materiali» sottesi al contratto<sup>9</sup>. Chi diversamente ragiona dimentica che qualsiasi trasparenza informativa è sfocata al cospetto di un sofisticato modello matematico di calcolo del rischio: tanto è vero che, persino in materia consumeristica, le coordinate rimediali viaggiano ormai su binari diversi a seconda che l'utilità negoziata sia annoverare tra i *searcho i credencegoods*. Quanto invece all'idea del derivato riconosciuto e protetto come *scambio in sé*<sup>10</sup>, essa è irrimediabilmente sconnessa visto che pretermette, in un colpo solo, due enunciati normativi, quegli artt. 1325 e 1933, c. 1, c.c., attestanti inequivocamente che l'ordinamento italiano non tutela il *sinallagma puro* ma soltanto quello corredato di una *causa idonea* perché ammessa dall'ordinamento in quanto *degnata di tutela*<sup>11</sup>. Che allora la crisi non sia tanto della fattispecie quanto e piuttosto del modo col quale, talora fin troppo disinvoltamente, la si declina dimenticando che, edittalmente, non esistono contratti commutativi giustiziabili per il fatto di avere una causa lecita in sé, cioè in quanto *affare* tra privati? A chi contesta questo assunto sfugge l'elementare circostanza che una *pura vincolatività* del patto è insufficiente a renderlo meritevole, nel senso di coercibile, allorché la sua eseguibilità minaccia o può divenire causa di un pregiudizio «nei confronti di un interesse [più] meritevole»<sup>12</sup>.

Chiusa la parentesi, volendo problematicamente ritornare al titolo, se le cose davvero stessero nei termini sunteggiati da Irti, l'interrogativo *quid noctis?*, meriterebbe allora, senza tante perifrastiche, una risposta desolante: la notte dei derivati ... è appena cominciata, prestando così avallo al periodare di chi, dopo aver imputato a questa giurisprudenza, talora è vero allo stato grezzo, il doppio difetto di errare nello strumentario tecnico adottato o di maneggiarlo malamente<sup>13</sup>, le imputa nella sostanza una

<sup>5</sup> Così IRTI, *op. loc. ult. cit.* (e per la successiva)

<sup>6</sup> Nel senso di un'interpretazione orientata alle conseguenze a presidio di un investitore deluso, onde la decisione possa definirsi *giusta*.

<sup>7</sup> Pur se chi scrive, come tra breve si avrà modo di vedere, ha molti dubbi che i *dicta* sui derivati siano davvero liquidabili in modo così *tranchant*.

<sup>8</sup> L'allusione esplicita è alla fine ricostruzione che si legge in DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) di fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 796 ss., spec. 803 ss.

<sup>9</sup> V. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) di fattispecie e (regole di) procedura*, cit. 798.

<sup>10</sup> È la prospettiva che ha cercato di accreditare GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010<sup>2</sup>, 244 ss. e 250 ss., mentre di sinallagma puro discorre CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011<sup>2</sup>, 74 ss. e 101.

<sup>11</sup> Già TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009<sup>18</sup>, 191.

<sup>12</sup> Limpidamente BRECCIA, *Causa*, in ALPA – BRECCIA – LISERRE, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 100 s.

<sup>13</sup> Il riferimento, evidentemente, è allo scritto di ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957.



*fuga nei valori*, coll'annessa ferita a quella razionalità formale weberiana lasciata ormai in balia di un *Richterrecht* artefice di un'imprevedibilità alla *Jack in the box rule*: per definizione l'esatto contrario di quella «calcolabilità della decisione giudiziale»<sup>14</sup>, valore insopprimibile come si sa per un efficiente svolgersi di qualsiasi mercato concorrenziale.

Ora, non è escluso, giova ripeterlo, che il dibattito sui derivati abbia talvolta virato decisamente nella direzione testé sintetizzata: l'impressione però, spigolando tra le pieghe di una letteratura pure fin troppo increspata di tecnicità giuseconomiche<sup>15</sup>, è che lo stato dell'arte conosca una latitudine oltrepassante i suggestivi ma anche angusti confini di una dottrina delle Corti v. discorso degli interpreti. Si intravede infatti, sullo sfondo, un fermento di idee concorrenti che, ai fini di una maggiore comodità espositiva, si proverà qui ad ordinare in un tritico, meritevole già solo per il fatto di annoverare teorie che mettono in mostra, seppur a vario titolo, un fecondo tentativo di conciliare *fattispecie* e *valori* alla ricerca di un nuovo modo di governare la complessità. Decidere per valori, quando il pedissequo rispetto di forme e regole di procedimentalizzazione del consenso *scherma* la perdita economica dell'investitore, non è infatti una scorciatoia ma, primo utile *caveat* del discorso, un modo per *innerare* il reale bisogno di tutela dell'investitore danneggiato.

## 2. Il derivato sconveniente nel prisma dei rimedi: l'artificio retorico della causa concreta.

*Primo quadro*: lo scenariodi una tassonomia dei rimedi, lo si potrebbe così denominare, improntata al canone del *distingue frequenter* perché, come scrive chi ne ha offerto la rappresentazione più compiuta<sup>16</sup>, indagare «il piano del giudizio causale ... distinguendolo dal piano diverso sul quale si danno ed operano i rimedi», può essere di grande

<sup>14</sup> Così IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, cit. 988.

<sup>15</sup> Mediante invece, negli scritti più avvertiti, da un discorso per categorie: v. al riguardo, ed il rinvio deve intendersi comprensivo dei relativi riferimenti bibliografici, v. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffei, Milano, 2014, 33 ss. e MAGGIOLIO, *Nessun derivato è un'isola (il servizio di consulenza nella negoziazione di derivati OTC, ibid., 265 ss.* A livello monografico, per un'indagine che ha più di uno spunto di interesse, v. invece INDOLFI, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013, 60 ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è alle dense pagine di M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, 493.

ausilio all'interprete. Ed allora, nell'ordine, ecco le *Fallgruppe* di riferimento.

*Prima fattispecie*, quando il derivato sia denominato di copertura ma il riparto del rischio ne veda un'eccessiva misura imputata all'investitore di talché l'alea (del tasso o del cambio) che il derivato doveva coprire rimane in realtà in gran parte *scoperta*: nella pratica è una delle ipotesi più ricorrenti, ma difficilmente è catalogabile tra quelle materializzanti un problema di nullità del contratto per difetto della *causa in concreto*. Vero infatti che il programma contrattuale mette qui in mostra una regola che oblitera lo scopo di copertura dichiarato in contratto, sicché ma detto descrittivamente non si ha un regolamento ancillarmente servente all'interesse che l'investitore intendeva soddisfare. E tuttavia qui lo scarto è tra la *causa enunciata* e quella che l'insieme delle clausole contrattuali, incorporanti un valore del contratto *unilateralmente* confezionato<sup>17</sup>, davvero formalizzano. Ragionare di una nullità per immeritevolezza della causa in concreto, riprendendo così il recitativo giudiziale imperante, occulta nella sostanza il fatto che, nell'esempio sunteggiato, il divario è, nei termini di una reciproca incomensurabilità, tra l'interesse *dell'investitore* e quello *in* contratto. Ora, uno iato siffatto scopertamente sottende un'*irrazionalità nel contrarre* dell'investitore, declinabile nella forma duale di un errore riconoscibile (artt. 1429 – 1431 c.c.) ovvero di un dolo (art. 1439 c.c.), quindi pone tipicamente una questione di annullabilità, colla variabile di una tutela risarcitoria per la stipula di un *contratto valido ma sconveniente* (art. 1440) allorché l'eccezione opposta abbia piuttosto ad oggetto l'esiguità della copertura ottenuta a fronte della maggiore entità di rischio accollato. E, detto di passata, il darsi dell'uno o dell'altro rimedio rappresenta, in realtà, una variabile rimessa alla discrezionalità dell'investitore, se è vero che si la coppia degli artt. 1439 e 1440 c.c. si differenzia, come la Cassazione a più riprese ha sentenziato<sup>18</sup>, sul piano dell'onere della prova: epperò, in virtù delle regole che governano il processo civile, mai un giudice potrà, ov'anche lo volesse, rigettare la domanda risarcitoria perché si è appurato che il dolo opposto in realtà è determinante. Per conseguenza l'immagine di un art. 1440 che, per una qualche ragione, fagocita o fa concorrenza all'art. 1439, fa registrare pure qui una valenza insopprimibile.

<sup>17</sup> È stato P. FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 142, a mettere in risalto per primo come l'aticipicità di queste operazioni si dipana solitamente attraverso la «redazione di schemi contrattuali applicati in modo tendenzialmente uniforme».

<sup>18</sup> V., tra le tante, in special modo, Cass. 19 giugno 2008, n. 16663, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2761 ss., il cui periodare standard torna, per es., in Cass. 16 aprile 2012, n. 5965, in *Contratti*, 2012, 888 ss.



Trib. Monza 2012 e Trib. Trento 2013, non più di altre Corti tuttavia<sup>19</sup>, errano perciò: sentenziare una nullità dischiudente in realtà la causa in concreto del derivato impugnato non regge quando il problema dedotto in giudizio involga il *quantum* di misura protettiva che «il cliente si proponeva di conseguire»<sup>20</sup>. Esemplificando, quando la Cassazione maneggia l'art. 2744 alla stregua di una norma materiale, sentenziando che la *causa vendendi* dichiarata occulta una (concreta) causa (illecita) di garanzia atipica, statuisce una nullità in ragione dell'attributo qualificante la seconda non perché la prima non sia stata realizzata. In una cornice nella quale è l'art. 1322 che viene utilizzato a mo' di *norma materiale*, non può essere diverso. Una nullità regge soltanto se, invertendo i termini del ragionamento, si argomentasse notando come quel che *non va*, in un derivato addossante un eccessivo grado di rischio sull'investitore, è la causa vera *in sé* di questo contratto, nella misura in cui un intermediario che progetta un utile netto, a fronte di un investitore in perdita secca, per certo contravviene ad una cura corretta dell'alienità dell'interesse gestito. Qui l'interprete potrebbe volendo basculare tra due moduli discorsivi: una nullità per lo svuotamento della *causa mandati*, se è vero che questi derivati vedono per lo più degli intermediari bancari agire in contropartita diretta, sul presupposto che il perimetro dell'art. 1711 c.c. inizi laddove finisce quello di uno snaturamento della causa<sup>21</sup>; oppure, siccome la divergenza tra causa enunciata e quella perseguita dall'operazione pone una questione di tenuta del tipo contrattuale<sup>22</sup>, immaginare un'interpretazione orientata al tipo (*typengerecheAuslegung*) che opera protettivamente ogni qual volta l'intermediario az-

zeri l'utilità del derivato ledendo così l'affidamento dell'investitore sul nucleo minimo di clausole – enunciate- preposte ad identificarlo. Non dunque una nullità parametrata sulla comminatoria che si legge nell'art. 117, c. 8 T.U.B., perché il derivato è *ex legedenominato* e non *tipizzato*, piuttosto una riqualificazione giudiziale che rende inopponibile le clausole pregiudizievoli in quanto il dovere di servire al meglio l'interesse del cliente assurge ex art. 21, c. 1 lett. a) a requisito identificativo/costitutivo di un ufficio di diritto privato<sup>23</sup>.

*Seconda fattispecie*, quando il derivato dischiuda un'*alea unilaterale* in quanto, per il modo col quale è stato *ex uno latere* creato<sup>24</sup>, tutto il rischio è riversato sull'investitore: ipotesi nella quale appare viceversa plausibile una nullità per immeritevolezza, secondo due metriche operativamente equivalenti. Di primo acchito invero verrà fatto di notare che, se il derivato è una scommessa legalmente autorizzata ed il *proprium* di qualsiasi scommessa è la *bilateralità* dell'*alea*<sup>25</sup>, allorquando l'integralità del rischio risulta intestata all'investitore, di talché l'altra parte per certo *vince*, si è in realtà *fuori* dal tipo scommessa, con una *funzionalità* del contratto che di per sé si inceppa. Non è meno plausibile tuttavia sostenere, specie se dovesse riconoscersi come ammissibile un contratto aleatorio unilaterale, che la nullità ben qui si lega all'inconfigurabilità *ex lege* come *valida* di un'attribuzione patrimoniale sprovvista di corrispettivo che non sia sorretta da uno spirito di liberalità: il che è quanto esattamente si registra allorquando, per l'inserzione nel contratto di un *interest rate cap* ad un tasso fisso esorbitante ovvero per la compresenza di una clausola di salvaguardia, al coefficiente di rischio reale dell'investitore corrisponde una virtualità dell'*alea* per la controparte. Ergo il derivato che si avvale di una *lex contractus* programmante un *nudo* trasferimento di ricchezza, tale perché unilateralmente orientato, è nullo in quanto questa attribuzione non palesa un *vestimentum* che «non sia quello di un arricchimento ... senza causa»<sup>26</sup>. La monetizzazione di un rischio non ripartito, questo si vuol dire, illustra uno scompenso sinallagmatico immeritevole: se il valore dell'*alea* finanziaria è l'interesse tutelato da un *contratto* ati-

<sup>19</sup> V., infatti, Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *Contratti*, 2014, 1012 ss., con nota di INDOLFI, *La modulazione dell'aleatorietà convenzionale degli interest rate swap*. Per più di un utile spunto è utile la consultazione dello scritto di ROCCHIO, *Contratti (in strumenti finanziari) derivati e causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 106 ss.

<sup>20</sup> Così M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 501 e, nell'ottica di un richiamo alla disciplina dei vizi del volere, pure DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in *Swap tra banche e clienti*, cit. XX.

<sup>21</sup> Sul presupposto che l'IRS sia un genere di contratto nel quale la cura dell'interesse altrui funge da «causa necessaria» (così M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di banche e Consob*, Milano, 2009, 51). Si può catalogare in seno a questa corrente interpretativa AND. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 1, 68 ss.

<sup>22</sup> La terminologia –ed i suoi sviluppi applicativi- si devono a GITTI, *La 'tenuta' del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 513.. Per i suoi riflessi nell'area della contrattazione *b2c* sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, in D'AMICO – PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 165 ss.

<sup>23</sup> V., per tutti, MAFFEIS, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti -Maugeri-Notari, Bologna, 2012, II, 228 e, sempre dello stesso, successivamente, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti*, cit. 3 ss.

<sup>24</sup> V. FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 138 s.

<sup>25</sup> V., in luogo di tanti, EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swap tra banche e clienti*, cit. 91 ss.

<sup>26</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 505.



pico, *creativo* perché il suo oggetto in realtà è una somma di denaro dedottavi per quantificare «l'effetto della variazione di tassi [su altro] denaro<sup>27</sup>, un'alea unilateralmente direzionata crea per la controparte che vince un guadagno sicuro in quanto, nella sostanza, ... non assoggettato ad un qualche rischio. *Speculazione pura* è forse l'appellativo più accorciato: anche se il qualificativo *gratuita*, trattandosi non di un *investimento borsistico* ma di una speculazione indifferente ad altre finalità «che siano socialmente apprezzabili»<sup>28</sup>, rende altrettanto bene l'idea. Il risultato infatti non cambia: una scommessa colla quale si vince facilmente, con un'impresa investitrice il cui *swap* è per di più estraneo al suo oggetto sociale, trasforma il derivato in un sofisticato strumento di gestione di un *rischio apparente*. È un contratto che non ha una *funzione sociale*, dirà chi identifica *causa* e *scambio di mercato*, perché il guadagno che si produce non concorre a formare il prezzo di mercato delle utilità negoziate<sup>29</sup>. Ma si potrebbe anche dire, non meno persuasivamente, che il derivato speculativo è immeritevole perché non *hain sé* e non *si dà* una giustificazione del costo sociale del profitto netto dell'intermediario<sup>30</sup>. Leggere i derivati come operazioni di autonomia si lecite ma non meritevoli serve, in realtà, a *calibrare* il livello di tutela *comparativamente* spettante agli interessi in conflitto<sup>31</sup>, misurando così la *tipicità* dell'interesse meritevole<sup>32</sup>.

*Terza fattispecie*, quando il derivato formalizza un'alea irrazionale giacché, a motivo di un'omissione informativa dell'intermediario ovvero per il ricorrere di costi impliciti, come e quanto questo rischio sia ripartito tra le parti contraenti sfugge totalmente ad una *calcolabilità preventivabile* all'atto della stipula. Di nuovo l'immagine del derivato come contratto creativo, perché l'interesse fondamentale delle parti fa perno «sul nesso creato [dall'accordo, *cave* !] tra le variazioni di valore di

... dati della realtà e il denaro finale»<sup>33</sup>, può tornare utile.

Fattispecie largamente sperimentata nella pratica, ha finito per diventare un canovaccio per l'interprete in virtù del caso deciso da App. Milano 3459/2013, ove meritevolezza del derivato e ragionabilità/misurabilità dell'alea vengono presentati come un binomio inscindibile. Per la Corte milanese, sintetizzandone al massimo il ragionamento, questa misurabilità però in tanto c'è in quanto sia *bilaterale* perché laddove, per il gioco di costi occulti e/o di un'incompletezza nell'informare, al cliente investitore sia impedito di calcolare l'alea negoziata, il contratto diviene *irrazionale* e per ciò stesso difettante di una causa meritevole. Il che, giova ripeterlo<sup>34</sup>, introduce ad un periodare senz'altro suggestivo, col difetto però di apparentare due concetti, la *razionalità* dell'alea e la sua *calcolabilità* che, al netto delle fattispecie nelle quali l'incalcolabilità assoluta lascia l'oggetto del contratto indeterminabile (art. 1346 c.c.), non necessariamente si trovano a procedere assieme: il tasso di razionalità dell'alea dell'investitore trova infatti la sua *unità di misura* nell'alea corrispondente dell'intermediario ed il loro rapporto, se dovesse mettere in mostra un'alea unilaterale precluderebbe ad un trasferimento allora sì irragionevole perché privo di *iusta causa*; l'incalcolabilità *sogettiva* evoca viceversa una vicenda che, per il concorso di circostanze ostative riferibili all'agire scorretto dell'intermediario, rimandano ad una non assennata razionalità nel negoziare dell'investitore: il fatto che la sua misura di alea contratta non sia calcolabile, *hic Rhodus, hic salta*, nulla dice sul tasso di oggettiva calcolabilità dell'alea contrattuale, di talché non è corretto dedurre da un'incalcolabilità soggettiva una *qualità* del contratto e, per il suo medio, l'*immeritevolezza* dello scambio. Come si è scritto, l'opacità individuale dell'alea è un attributo della volontà di chi contratta senza sapere, col risultato che l'irrazionalità conseguente «non è del contratto ma della scelta del contraente [ignaro]»<sup>35</sup>. Ergo, torna ad essere una questione di dolo e/o di conflitto d'interessi, considerato che il discrimine tra le due figure, come la dottrina classica da tempo avverte<sup>36</sup>, è alquanto slabbrato.

<sup>27</sup> Così FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 138.

<sup>28</sup> V. DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, cit. XXVI. Ma in termini consimili si muovevano già SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 340 e FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 81.

<sup>29</sup> V., con ampia disamina critica, M. BARCELLONA, *Diritto sistema senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996 e, più di recente, EU. BARCELLONA, *Iusmonetarium. Diritto e moneta alle origini della modernità*, Bologna, 2013, 15 ss.

<sup>30</sup> L'intuizione è già nella pagina di BRECCIA, *Causa* cit. 106.

<sup>31</sup> V. BRECCIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>32</sup> Lo spunto, ed il dato tornerà nell'epilogo di queste pagine, per rilettura dell'art. 1322, c. 2 nei termini di una disposizione che scruta «il risultato finale» dell'atto di autonomia privata, vagliando nel contempo «le condizioni per la sua definitività», è già in P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 72.

<sup>33</sup> Così FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 139.

<sup>34</sup> V. *amplius* in PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013 ss, 377 ss.

<sup>35</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 510.

<sup>36</sup> V., per tutti, DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, 198 e LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 552.



Sostenere, d'altro canto, che l'obbligo informativo dell'intermediario, in quanto forma di concretizzazione casistica di un sovrastante principio di ordine pubblico (art. 21 T.U.F.) fa penetrare nella struttura del contratto un insieme di dati identificanti a cascata la causa del derivato, paradossalmente complica anziché semplificare i termini del problema: perché allora, delle due l'una, o il contrattualizzarsi di una regola di comportamento complessa, visto che qui è lo stesso contratto a *creare* il suo bene<sup>37</sup>, prelude, in caso di suo inadempimento, alla reiezione degli effetti contrattuali, alla maniera vicendevolmente di una risoluzione ordinaria (art. 1453 ss.) o secondo la forma propria del tipo mandato (artt. 1453 e 1711 c.c.) ovvero si materializza il discusso convertirsi di una regola di *responsabilità* in una di *validità*. Epperò la nullità, come diventa allora lapalissiano dedurre, andrà iscritta nel disposto dell'art. 1418, c. 1 anziché nel comma 2: nullità *virtuale* e non *testuale*. Non a caso, con felice intuizione, uno dei primi interpreti del fenomeno, ebbe ad evidenziare, per dirlo ellitticamente, che il *quomodo* rimediale dei derivati, in quanto contratti che creano il loro bene, poneva una questione di informativa che «deve essere parte del contratto»<sup>38</sup>.

Prevedibili le repliche: la nullità, diversamente dalla risoluzione, è rilevabile officiosamente, esibisce una legittimazione c.d. assoluta premiale per i creditori dell'investitore deluso, non soffre del limite di una gravità dell'inadempimento (1455 c.c.) e non conosce la variabile di un concorso di colpa del danneggiato quando taluni degli elementi omessi venissero giudicati come prevedibili dall'investitore e/o *apparenti* dal contesto (art. 1227): tutti argomenti, com'è intuitivo, che rendono risoluzione e nullità, nell'ottica di un'effettività della tutela, due rimedi incomparabili. Per di più la nullità, se la si declina nella sua accezione sanzionatoria, disvela qui una finalità *punitiva*, coltivata dalle Corti si ha l'impressione nei termini schiettamente di una *deterrenza* volta per lo meno ad imbrigliare delle condotte *plurioffensive* in quanto distorcenti l'economia reale e nel contempo minanti nel profondo la fiducia degli investitori<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Non a caso FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 141 discorre di un contratto al di fuori del quale non c'è nulla, «i dati della realtà economica» rilevando «in funzione strumentale». Adesivamente DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, cit. 69 ss.

<sup>38</sup> Così FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 142.

<sup>39</sup> V., in luogo di tanti, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 296 ed EU. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 660. Per quanto, come nota DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, cit. XXV in termini di *disclosure*

Vero, se non verissimo, come lo è però pure il far osservare che l'insistere sulla *vis* monopolizzante di una nullità che sta fagocitando tutti gli altri rimedi non introduce ad un *quid* sistematicamente neutro od indifferente. Certo, una nullità come rimedio totalizzante ha il vantaggio operativo di accorpare fattispecie di danno diverse epperò contigue: in termini di economia processuale, mutuando il recitativo delle ultime S.U., una nullità per difetto della causa in concreto si presenta al giudice col plusvalore della *ragione più liquida*, nel senso di quella assicurante una più celere e piana definizione della lite (§ 5.14.7). E tuttavia frammentare all'insegna del *distingue frequenter* non sempre è un *minus*, specie se si ha l'intelligenza di comprendere che il problema sollevato dal derivato sconveniente o pregiudizievole non è limitabile alla sorte del singolo contratto ma all'incidenza che il rimedio giudizialmente comminato ha sulla *contrattazione*. *Nulla quaestio* sulla circostanza, questo si vuol dire, che ogni derivato squilibrato sia il prodotto a valle dell'agire opportunistico a monte di un intermediario infedele: ma se all'immagine di un rimedio assorbitivo si sostituisce quella di uno spettro di tecniche protettive *concorrenti*, tali perché selezionate in virtù dell'attitudine specifica che ciascuna di esse ha nel riparare il danno, meglio si riuscirà a comprendere che l'*ubiconsistam* dell'attività contrattuale in derivati sottende un vocabolario rimediale nel quale un risarcimento danni correttivo può all'occorrenza rivelarsi più conveniente di un rimedio demolitorio (la nullità) innescente un indebito restitutorio penalizzante in quanto filtrato ex art. 2033 c.c.. Tanto per esemplificare: aleggia il sospetto che i mutui ipotecari a tasso variabile indicizzato all'Euribor ma con un tasso *strike Flour* al 3% integrino un derivato opzionale commercializzato in violazione degli artt. 21 T.U.F. e 27 – 32 del Regolamento Consob del 1998. Vero che una nullità, financo a riconoscere che una clausola *Flour* non sia vessatoria, legittimerà il mutuario a pretendere la restituzione delle somme corrisposte in più rispetto al tasso variabile, epperò non è da sottovalutare l'effetto conseguente ad un'applicazione dell'art. 1419, c. 1, c.c., laddove il livello di redditività minima sia presentato od opposto come la sola ragione del finanziamento erogato al consumatore. Qualificando come contratto ad alea unilaterale il mutuo, con un *Flour* a vantaggio del mutuante e senza CAP per il mutuario, si imbastisce così un discorso che bascula tra l'art. 1322 ed una nullità della clausola la quale, se essenziale, è destinata a trasmettersi

preventiva, andrebbe pure valutata la circostanza di quanto i rappresentanti legali delle società clienti siano «resi edotti del (peculiare) rischio di responsabilità risarcitoria cui vanno a esporre il proprio patrimonio stringendo patti di speculazione?»



### 3. I derivati, la funzione protettiva delle nullità strutturali e l'*obiter* delle S.U. sulle c.d. nullità speciali.

Secondo scenario, ottenuto mettendo insieme il corposo *obiter*, coniato recentemente da Cass. S.U. 26242/2014, sulle nullità protettive ed un originale rappresentazione dello statuto –policromo, l'aggettivo ci serve da secondo utile *caveat*- delle nullità contrattuali.

Senza insabbiarsi troppo nelle secche della disputa sulla natura speculativa e/o di copertura dei derivati<sup>40</sup>, nel tentativo di inquadrare al meglio la questione *rimedialmente*, potrebbe infatti battersi un altro percorso argomentativo, incentrato questa volta su di una declinazione funzionale e non più asetticamente strutturalistica della nullità.

Sulla premessa di una concezione sì normativistica, la *nullità – limite* ma nell'accezione pregnante di una tecnica di legge documentante il trattamento riservato alle fattispecie formalizzanti il maggior grado di disvalore ordinamentale, il sistema delle nullità codicistiche viene suggestivamente presentato come duale<sup>41</sup>, con un'*anima sanzionatoria* timbrante le comminatorie per contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume (art. 1343) che si alterna ad una *protettiva* in senso stretto, quale contrassegno per la classe delle nullità strutturali unilaterali (art. 1325) unitamente a quelle espressive di un *abuso in contratto*. Per chi segua questa impostazione, le coppie repressione – protezione, contratti immeritevoli/irrazionali *ex uno latere* da sempre costituiscono, perché le forme legali della nullità storicamente sono in effetti il *posterius* di una funzione politicamente temporizzata di «governo

<sup>40</sup> *Vexata quaestio* un po' stucchevole se la si trasforma in un problema di tipologia del rischio: v., al riguardo, il nitido, perché va dritto al punto, periodare di EUG. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 98, laddove ravvisa la *differentia* specifica tra un'attribuzione patrimoniale *cum causa* ed una originata da una scommessa nel favore che «l'ordinamento mostra rispetto a trasferimenti di ricchezza "razionali di contro a trasferimenti di ricchezza "irrazionali"».

<sup>41</sup> L'intrigante concezione si incontra nell'elegante pagine di GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.. Per una più ampia disamina della questione sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità trasanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, in corso di stampa.

degli scambi»<sup>42</sup>, l'ossatura portante della disciplina di cui agli artt. 1418 – 1424 c.c. Niente discontinuo, perciò, tra le nullità comuni e quelle c.d. nuove, anticipati nel linguaggio degli interpreti perché vocate alla tutela di un interesse privato a valenza seriale e nel contempo di uno generale: se già le prime incorporano una funzione protettiva, visto che *interest rei publicae* che l'inutilità dello scambio individuale non si riproduca in scala creando così una diseconomia collettiva, la nullità di protezione consumeristica e le altre *species* consimili *b2b* o del cliente non si possono dire speciali, trattandosi di figure che, nell'area della contrattazione asimmetrica, offrono una riproduzione amplificata di una delle *rationes* predicanti costitutivamente il *genusedittale* nullità.

Ora, se a questa premessa si abbina il doppio modulo discorsivo delle S.U., le nullità c.d. speciali tutelano un interesse privato tutt'uno colle regole di un mercato improntato a correttezza e codeste regole sono di rango costituzionale (artt. 3 e 41 Cost.)<sup>43</sup>, il risultato deducibile interpretativamente è idoneo a risolvere *d'éblée* il problema dei *derivati irrazionali*. Se infatti la finalità di protezione è *collettivizzata*, perché tutelando l'interesse del singolo investitore è garantita la protezione di un interesse generale, trasfuso per di più in valori costituzionalmente rilevanti, ci vuol poco a comprendere che il periodare restituisce l'immagine di una nullità virtuale di protezione ex art. 1418, c. 1 c.c. la quale ha più di una ragion d'essere.

Beninteso, chi scrive è –e rimane- dell'idea che la *Fehlerhaftigkeit* merkliana, naturalmente entro i limiti dell'analogia, sia appannaggio sempre e solo della legge: ma non può fare a meno di notare che, se l'interesse individuale sotteso alla regola di comportamento violata è *ricosciuto* come la concretizzazione di un interesse generale inderogabile<sup>44</sup>, l'imperatività della tutela, in quanto «funzionale alla salvaguardia e realizzazione di costitutivi valori di sistema»<sup>45</sup>, dà la stura nel senso che è idonea a fondare una *nullità virtuale speciale*. Un ordine pubblico di protezione, punto di convergenza tra i valori di efficienza del mercato e quelli di stampo personal/solidaristico, *riqualifica* la sanzione ogni qual volta l'abuso o l'omissione dell'intermediario produca serialmente una decisione negoziale irrazionale. E la ragione, dirà vien fatto di pensare la

<sup>42</sup> Così GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 108.

<sup>43</sup> V. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, § 3.12.1.

<sup>44</sup> Ma per ciò stesso non anche *indisponibile*: e qui si annida il fatto che le nullità protettive sono, nel lessico delle ultime S.U., sempre *rilevabili* ma *dichiarabili* soltanto se v'è un'espressa manifestazione di interesse del contraente protetto.

<sup>45</sup> Così SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, 401.



dottrina testé sunteggiata, è elementare: con un *genere nullità* basculante fra sanzione e protezione, se il contrasto alla disutilità individuale serve ad evitare un danno all'integrità del mercato, il darsi di nullità virtuali è *in re ipsa*, in quanto *estensione* della regola che vuole combattuta *ex lege*, e *sub specie nullitatis*, l'irrazionalità negoziale. Il tutto, tra l'altro, senza che l'interprete debba stupirsi più di tanto: pure la teoria della causa gestoria quale ufficio di diritto privato alla fine, infatti, si sposta su di un crinale argomentativo simile se è vero che, proprio a cagione del *vulnus* inferto ad un interesse *incipite*, particolare ma anche sovraindividuale, è reputato come di interesse pubblico il rimuovere gli effetti di atti gestori "tossici" per l'economia reale<sup>46</sup>.

Per inciso questo discorso, come si rammentava poc'anzi, è in realtà provvisto di una maggiore linearità di quella usualmente riconosciuta dalle Corti ad una nullità sentenziata ricorrendo al feticcio della causa concreta: colla sola precisazione che questa ha però dalla sua –terzo utile *caveat* del ragionamento- la circostanza di presentarsi come uno stragemma più *politically correct*, nella misura in cui ottempera ad una *summa divisio* validità/responsabilità, declinata nello stile di un principio di legalità (art. 1418, c. 3) rigorosamente inteso, com'è nel canone incontrastato delle S.U. del 2007. E tuttavia: l'investitore che lamenta l'esistenza di costi impliciti ovvero che eccede la non misurabilità dell'alea, perché l'intermediario gli ha taciuto la reale entità del *mark to market* iniziale, non è forse un contraente che ha stipulato una scommessa fraintendendo il grado di rischio assunto? Dunque un'irrazionalità negoziale, per l'asimmetria del *pay-off* o a motivo della sua opacità, occasionata da una condotta infedele della controparte. Non a caso si legge che è «secondo, non contro le regole ordinarie, riconoscere l'invalidità ... della scelta dell'investitore che non sia [stato] messo in condizioni di sapere quel che fa»<sup>47</sup>.

Una piccola chiosa, prima di passare oltre. Pure in quest'ottica, l'interrogativo iniziale vede un *quid noctis* declassato ormai quasi al rango di un artificio retorico, ma coll'aggiunta di una (ragguardevole) sorpresa sistemica: il nuovo florilegio di nullità assolute e relative, rilevabili ma non sempre dichiarabili, sanabili ed in convalidabili finisce quasi per riprodurre l'enunciato "delle azioni di nullità o di rescissione", notoriamente rubrica della Sezione VII, Libro III, artt. 1300 – 1311 di quel codice del 1865, dove non a caso le invalidità risultavano inserite nel

comparto normativo regolante diremmo oggi le forme di circolazione della ricchezza<sup>48</sup>. Donde il chiedersi, ma dopo la stagione di un panaquilismo imperante, il nuovo irrocervo si *à la page*, epperò non facilmente maneggiabile dall'interprete, ha le sembianze di una *pan – nullità*, con un nuovo che indossa paradossalmente le vesti di un'invalidità francesizzante pre – pandettistica? È un quesito, se l'economia espositiva del discorso è riuscita a rendere i termini del problema, tutt'altro che bizzarro o corrivo.

#### 4. I derivati come attribuzioni causali immeritevoli o illecite nel dibattito più recente.

L'ultimo scenario è composito: residuano infatti almeno quattro letture che si potrebbero utilmente richiamare a sostegno di una strategia giurisprudenziale, come quella in atto, scopertamente volta non più ad *accrescere* il volume dei derivati stipulabili ma a *migliorare* la qualità delle contrattazioni. In rapida successione, ci sembra plausibile ordinarle così:

-intanto la teoria, che ha più di un fondamento, del *danno da contrattazione*, se è vero che i derivati stilizzano un problema di esercizio seriale del potere contrattuale di un intermediario nel definire quantitativamente e qualitativamente il valore dell'alea negoziabile: se si vuole il *valore del contratto*, «al termine, periodico o finale, del rapporto»<sup>49</sup>. In quest'ottica quando il rischio è squilibrato per un approfittamento in danno dell'investitore, non è soltanto *quel* derivato a mostrarsi pregiudizievole ma «la serie contrattuale del quale [codesto] è parte»<sup>50</sup>, per gli effetti di disutilità a cascata ragionevolmente prodotti da un nudo trasferimento unilaterale di ricchezza. Sintetizzando, la contrattazione in derivati è potenzialmente dannosa, i pregiudizi che ne discendono sono quelli trovanti titolo nelle singole fattispecie componenti la serie, come si verranno poi a traslare sull'intermediario i costi individuati, se in termini di invalidità e/o di risarcimento, dipende dalla *situazione complessiva* ed anche dalla

<sup>46</sup> Come, non a caso, traspare dall'ultimo periodare argomentativo di MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, cit. 10

<sup>47</sup> Cfr. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 109 s.

<sup>48</sup> Nella nomenclatura di legge "Dei modi di acquisto e trasmissione di proprietà e diritti su cose".

<sup>49</sup> Così acutamente FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, cit. 140.

<sup>50</sup> Così, incisivamente, FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. Gitti e G.Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008 291.



scelta processuale dell'investitore deluso<sup>51</sup>. Qualche precedente, che vede la tutela affidata ad una concomitante nozione di fatto rientrante nella comune esperienza (art. 115 c.p.c.) è noto: il mercato nero di beni per finalità speculativa, motivo di immoralità già per Cass. 1350/1951<sup>52</sup>, la *nullità di rimbalzo* per la diffusa violazione dolosa dell'interesse altrui, riscoperta da chi ravvisa nell'art. 1343 c.c. il congegno più attrezzato al contrasto di pratiche finanziarie rilevanti non già quali fonti del diritto bensì specularmente come presupposto per una «condanna dell'intermediario sulla scorta dell'accertamento dell'immoralità [del suo agire]»<sup>53</sup>. Dunque un'illeceità che dall'*attività* di ingegneria finanziaria si propaga patologicamente all'*atto*;

-messa in non cale la figura di una contrattazione come fattispecie complessa illecita, un secondo utile canovaccio lo tratteggia pure l'idea, modellata sulle ipotesi che vedono l'intermediario bancario provvisto della doppia qualifica di *broker e dealer*, di una contrattazione in derivati come un *non valore*, perché l'utile netto che l'assenza di un'*alea verosimile* procura alla banca fa di questa un soggetto «scommettitore su larga scala»<sup>54</sup>. È un'interpretazione ingegnosa, collegante l'immeritevolezza del derivato, speculativo in realtà quando la copertura del sottostante sia fittizia, alla dimensione macro – economica del fenomeno. Ed in effetti, se la struttura ingegneristica del prodotto sottende sempre un differenziale positivo per la banca, in quanto uno *swap par* non esiste e comunque il tasso negoziabile della sua alea mai potrà essere superiore all'«ordinario rischio creditizio»<sup>55</sup>, va da sé che la costante sarà quella di un investitore perdente. In punto di diritto varrebbe forse la pena aggiungere che l'obbligo di sana e prudente gestione, stilizzato negli artt. 5 e 127 T.U.B. ha l'effetto di rendere un *non sense*, per l'istituto di credito, il derivato con un *equilibrio del rischio*: gli è, infatti, che una *scommessa bilateralmente bilanciata*, perché le misure di probabilità dell'alea sono reciprocamente pari o simili, avrebbe il significato, per la banca, di una *scommessa imprudente*. *Prudente* infatti, nel senso di ancillare ad un profitto altamente probabile, è soltanto la scommessa che sia sperequata a favore di chi la effet-

tua<sup>56</sup>. Dopo di che, se ben si nota, non è poi una visione così lontana da quel danno da contrattazione che ravvisa nella singola sproporzione sinallagmatica l'epifania di un pregiudizio riferito all'*attività* nel suo insieme. Vero, in questa seconda lettura i *costi seriali* del derivato, perché un plusvalore riprodotto in scala ha un tasso di negatività maggiore di quello corredante la singola sproporzione contrattuale, transitano direttamente per la causa e siglano un'immeritevolezza per il difetto di una *iusta causa attributionis*. Un rifiuto stringente di giuridicità, per un disvalore a monte si vuol dire, manda così in archivio l'annullabilità e la risoluzione. Epperò la circostanza che un'immeritevolezza connessa allo *status* di uno dei contraenti è qualificata rimessa esclusivamente alla legge fa sì purtroppo che, in luogo di una sanzione civile automatica<sup>57</sup>, la qualificazione negativa del derivato, a motivo di una sua contrarietà manifesta all'art. 1322, c. 2, rimarrà comunque una vicenda attuabile soltanto col medio necessario di un «giudizio ... necessariamente ... singolare». Il che, non v'è chi non lo veda, rimette nuovamente il tutto ad una casistica giurisprudenziale di stampo valoriale, col profilo di un derivato bancario *immeritevole costitutivamente*, giacché addossa istituzionalmente l'alea reale sull'investitore, che andrebbe tuttavia più linearmente a sostituirsi all'artificio della causa in concreto: restituendo per ciò stesso l'immagine di un profitto che non è traducibile in un giustificato utile d'impresa in quanto manca, bettamente parlando?, una *causa idonea*<sup>58</sup>;

-rispetto a questo modello la terza prospettiva, i derivati sono *meritevoli* soltanto laddove negoziati tra privati, di talché gli artt. 1, c. 3 ll.d-j) e 23, c. 5 T.U.F. vanno interpretati restrittivamente perché l'esimente dall'eccezione di gioco implica il *prius* di una meritevolezza, finisce per palesarsi alla stessa guisa di una variazione sul tema<sup>59</sup>. I derivati bancari verrebbero infatti a costituire una *enclave* di irrilevanza, sprovvisti pure del *minus* di giuridicità indotta da una *soluti retentio* ex art. 1933 per il diffuso tasso di pregiudizio sociale, prima ancora che all'integrità del mercato, loro sotteso. Pur nella sua radicalità, quest'interpretazione non è perciò archiviabile coll'argomento che un derivato bancario sprovvisto di quel minimo di protezione riservato ad una scommessa lecita disegna, in realtà,

<sup>51</sup> Per il canone situazione complessiva d'obbligo il rimando alla pagina di SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 385 ss.

<sup>52</sup> In *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Indebito*, n. 12.

<sup>53</sup> Così MAFFEIS, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, cit. 242.

<sup>54</sup> Così M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 517.

<sup>55</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.* 521 (e per quella che segue).

<sup>56</sup> Di un rapporto tra scommessa e prudenza con risvolti «imbarazzanti» discorre sagacemente DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, cit. XXIV ove poi il giusto rilievo che una scommessa bilateralmente bilanciata è «bilateralmente sbagliata».

<sup>57</sup> Com'è, per es., nel doppio regime di invalidità di cui all'art. 1471 c.c.

<sup>58</sup> Quale elemento giustificante la tutela giuridica del patto.

<sup>59</sup> V. M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 486.



un'immotivata disparità di trattamento. La ragione della disparità risiederebbe infatti nell'endemica dannosità circolatoria di un azzardo si causa, pure nella scommessa, di un'attribuzione patrimoniale ma senza una ferita, evidentemente ai principi base della razionalità mercantile, che possa dirsi paragonabile. E poi, per tacitare i più dubbiosi, residua pur sempre la variabile argomentativa, affiorante in più di un interprete, di intendere le scommesse finanziarie come distoniche rispetto a quelle codicistiche notando che sono «semplicemente altro»<sup>60</sup>. Una notazione, questa, che riacutizza, come si vedrà, la problematicità di uno degli snodi principali del discorso;

-la quarta prospettiva, il derivato speculativo va soggetto alla *denegatioactionis* dell'art. 1933, c. 1 in quanto scommessa incoercibile<sup>61</sup>, conia anch'essa una robusta regola di governo del fenomeno, contraria a derubricare discutibilmente la meritevolezza dell'art. 1322, c. 2 ad un'asettica recezione degli schemi contrattuali invalsi nella prassi anglosassone corrente a motivo di una loro *normalità economica*. Il solo derivato provvisto di una causa idonea, perimetrata ma non identica ad una di stampo assicurativo<sup>62</sup>, è quello di copertura dal rischio di una *variatio* temporale del tasso di interesse o del corso di cambio, l'altro è uno strumento finanziario che non merita una *piena tutela*.

Risultato, quando lo scopo di copertura è soltanto enunciato perché programmaticamente sopraffatto da un'assorbente finalità speculativa, il disvalore ordinamentale prende le fattezze di un'*interpretazione a contrario* della norma speciale di cui all'art. 23, c. 5 T.U.F., secondo uno strumentario che alla logica «illiberale del divieto» preferisce quella di un «diniego di azione in giudizio»<sup>63</sup>. Ergo, il derivato, se speculativo, è un *non contratto* perché la sua *non enforceability* è l'esatto contrario di quella forza di legge connotante un contratto ex art. 1372 c.c.<sup>64</sup>. Opporre che i derivati sono contratti alieni meritevoli in sé, giacché una «dogana» non

c'è più, è esiziale: il profilo deontologico della meritevolezza non è infatti condensabile nella rispondenza del contratto alla *spontaneità* delle dinamiche economiche correnti. Occorre un *quid pluris*: altrimenti la scommessa *autorizzata* degrada a *tollerata* per l'assenza di una causa sufficiente<sup>65</sup>. Chi diversamente opina, immaginando delle parti che allora negozierebbero scegliendo un diritto straniero<sup>66</sup>, cade nell'abbaglio di attribuire alla prassi della finanza internazionale il rango di fonte del diritto.

Vero, ed in termini di pulizia concettuale, è un'operazione ineccepibile: già le fa velo però il contrappunto, negletto abitualmente mentre non è da sottovalutare<sup>67</sup>, che la tecnica legislativa di una *denegatioactionis* con *soluti retentio* si spiega nell'ordito di un art. 1933 che vede il pagamento succedaneo al materializzarsi (oppure no) dell'evento causa dell'incertezza, mentre il derivato contempla solitamente un pagamento *anticipato* o compensazioni periodiche di rimesse/accrediti. E poi, obiezione forse ancora più spessa, un'immeritevolezza che scaccia via una qualsiasi rilevanza giuridica, azzerando evidentemente pure quella tutela cadetta che l'art. 1933, c. 1 comunque finirebbe per riservare, nella cornice riferita, a figure artefici di una spiccata dannosità sociale. Con una nullità infatti, in applicazione dei principi generali è vero che l'esecuzione spontanea avvenuta *medio tempore* nient'altro diventa che un indebito ripetibile<sup>68</sup>. In quest'ottica la prospettiva *tranchant* dei derivati speculativi come una *contrattazione seriale dolosa*, perché l'impresa «adotta come missione quella di ledere [intenzionalmente] gli interessi delle sue controparti»<sup>69</sup>, se non gemella di un'irrilevanza per disvalore le è profondamente affine: che cos'è infatti un'*illiceità di riflesso*, giacché i singoli contratti della serie tutti cadranno in quanto segmenti inseriti all'interno di una più ampia attivi-

<sup>60</sup> Così DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2014,317.

<sup>61</sup> È la sintetica ma pregnante notazione di G. GABRIELLI, *Operazioni sui derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, 1133 ss.

<sup>62</sup> V., in luogo di tanti, CORRIAS, *Contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti*, cit. 173 ss. e DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, cit. XIX.

<sup>63</sup> Così G. GABRIELLI, *Operazioni sui derivati: contratti o scommesse?*, cit. 1136.

<sup>64</sup> V., in un ordine di idee simile, EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 93 s. e prima ancora, magistralmente, G.B. FERRI, *La "neutralità" del gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 28.

<sup>65</sup> In questi termini pure SPADA - COSSU, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente. Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 411 e la «sanzione sarà l'indifferenza dell'ordinamento per il rispetto dell'impegno negoziale». Come nota pure BRECCIA, *Causa*, cit. 95, l'interesse all'adempimento non è «coercibile in quanto non si giustifica il costo della coazione giudiziaria» (c.vo aggiunto).

<sup>66</sup> Così CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit. 101.

<sup>67</sup> Lo fa notare M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 487.

<sup>68</sup> Il punto non sfugge ad EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 94 allorché segnala come la nullità importi che le vicende effettuali programmate «non solo non sono coercibili, ma, quand'anche spontaneamente realizzate, sono coercibilmente riducibili in *pristinum*». E v. pure BRECCIA, *Causa*, cit. 103.

<sup>69</sup> È la logica argomentativa che scandisce il periodare di MAFFEIS, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, cit. 241.



tà speculativa dell'intermediario, se non un diverso appellativo ancora una volta designante un'*immeritevolezza* dedotta dal fatto storico notorio della sistematica violazione di un obbligo di agire nell'interesse? Naturalmente a fare di quest'obbligo un principio di ordine pubblico –di direzione- governante l'area dei derivati in quanto contratti di cooperazione.

### 5. Epilogo: speculazione e causa idonea

Ed allora, provando a ricapitolare: per alcuni nel derivato OTC una causa lecita si ha ma non è meritevole di un qualsivoglia effetto, per altri la causa non c'è perché tendenzialmente tutto si risolve in una vicenda circolatoria di segno a-mercantile riproduttiva di un arricchimento immeritevole, per qualcun altro ancora la causa c'è ma in concreto è illecita per via del rischio sistemico ingenerato da prassi sconquassanti la razionalità dei rapporti finanziari, ma potrebbe pure essere, sul modello del § 764 BGB, che sia l'art. 1933, c. 1 a mettere fuori gioco l'art. 1372 c.c., collocando per conseguenza la maggioranza dei derivati in un limbo delimitato all'esterno dall'accoppiata degli artt. 1418 e 1372 c.c.: ebbene difficilmente, facile da notare, il pericolo di una cacofonia dottrinale potrebbe essere più marcato. Anche il riferimento alla scommessa, per chi l'ammette e chi la nega, si presta in realtà ad una lettura polivalente. Vero infatti che la meritevolezza di un'attribuzione archiviante l'eccezione di gioco dell'art. 1933, c. 1 nominalmente è dall'art. 1, c. 3 l.l.d.-j T.U.F. riferita non a *tutti* gli strumenti finanziari ma soltanto a quelli iscritti nella cornice di un *investimento*<sup>70</sup>; e d'altro canto, se già la *denegatio actionis* dell'art. 1933, c. 1 è indice perentorio di un disfavore di legge «verso l'azzardo»<sup>71</sup>, quando questo sia sistemico e produca una miriade di *costi opportunità*, va da sé potrebbe notarsi che sia assiologicamente più consona una reazione ordinamentale in termini di *sanzione* piuttosto che una affidata sì ad una *tutela debole* ma pur sempre corredata da una *soluti retentio*, che significa la «*non enforceability* della pretesa ripetitoria»<sup>72</sup>, consolidante l'arricchimento là dov'è. Ma, in linea di massima, non sarebbe poi così imperfetto provare a spargliare il discorso evidenziando che la scommessa codicistica ha il limite dell'art. 1933, c. 1 perché vicenda

concepita dalla legge come relegata fuori dal mercato quando l'IRS è viceversa completamente immerso nella dinamica dei mercati finanziari, donde a ragionare così l'improprietà di un'assimilazione tra le due figure: tanto la sorte di quello che è e *rimane* un contratto nominato atipico vede di nuovo l'art. 1322, c. 2 mettere legalmente in non cale una speculatività dichiarata o programmaticamente dissimulata. E così il cerchio argomentativo si chiude.

Torna così l'interrogativo iniziale: *quid noctis?* Ebbene, nonostante qualche inciampo di circostanza<sup>73</sup>, traspare ormai un atteggiamento più consapevole: allo stato infatti, scopertamente o per una via mascherata, gli interpreti maneggiano il problema derivati sostituendo all'artificio giurisprudenziale della causa concreta un armamentario concettuale sì più raffinato ma non meno finalisticamente orientato, vagliandosi *in concreto* se un'operazione di *swap* persegua oppure no una funzione di copertura. Operativamente, ed il parallelismo col *lease back* al riguardo è indicativo<sup>74</sup>, tutto si sostanzia nello scandaglio del tipo sociale ricorrente, preludio ad una reiezione degli effetti o ad un'invalidità quando la percentuale di rischio traslata sull'imprenditore risulti esorbitante, per l'immeritevolezza di un arricchimento da patto speculativo stipulato in danno della controparte<sup>75</sup>.

Tutto qui, e la ragione è semplice: al netto delle differenze di accenti e toni tutti i moduli ricostruttivi richiamati convengono sul fatto che il *prius* del ragionamento sta nel riconoscere che ogni tecnica di contrattazione seriale, ed i derivati non si sottraggono a questa logica, pone principalmente un problema di selezione del rimedio applicabile in base al *tipo* di impatto regolativo, cioè al *posterius* di fisiologia, che si vuol dare al *mercato*. Se l'asimmetria di rischio altera la contrattazione, perché l'artificiale sproporzione dell'alea ha costi sistemici di *convenienza* (le risorse sottratte ad attività produttive) e *transattivi* (le spese di negoziazione del contratto) tali da vulnerare il valore costituzionalmente garantito del risparmio (art. 47 Cost.), il rimedio più acconcio è quello che ripristina *prima e meglio* la razionalità negoziale perduta, non quello concettualmente meno grezzo o più sofisticato. I rimedi infatti, nell'esperienza postmoderna, ricevono una «le-

<sup>70</sup> Il rilievo si deve a EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 140.

<sup>71</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit. 486.

<sup>72</sup> Così EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 94.

<sup>73</sup> V., in particolare, Trib. Torino, 24 aprile 2014, n. 2976 ed in parte qua App. Milano, Sez. IV penale, 3 giugno 2014, n. 1937, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

<sup>74</sup> Lo propone, senza mezzi termini, MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, cit. 9.

<sup>75</sup> Patto speculativo, come finemente rileva SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, cit. 340, costruito su «grandezze sottostanti spesso del tutto indipendenti dai comportamenti imprenditoriali».



gittimazione regolativa, non dogmatica»<sup>76</sup>. Opporre il mito di un' *utilitas* sociale dei derivati, scommesse razionali legalmente autorizzate ex art. 1935 c.c. in quanto lo speculare aumenta la liquidità dei mercati e nel contempo veicola una funzione di *pricediscovery*<sup>77</sup>, non solo dimentica che la speculazione è «produzione di un servizio»<sup>78</sup>, dunque una vicenda diretta al soddisfarsi di un bisogno eterogeno, quando dà corpo ad un *atto di commercio* conseguente ad una domanda di credito dell'impresa x od y, integrando altrimenti un agire economico sempre e soltanto tutto rinserrato nell'orizzonte di profitto dello speculatore<sup>79</sup>: ancor prima, in realtà, l'ammissione di un profitto monetario scisso da un *investimento*, giacché ogni forma di speculazione borsistica «non può che articolarsi nelle forme della canalizzazione di risparmio verso gli impieghi produttivi»<sup>80</sup>, deve in realtà addomesticare l'argomento che un guadagno socialmente improduttivo è contraddittoriamente pretermisivo di quel valore costituzionale primario che vuole *ogni forma di ricchezza protetta in quanto sia originata da una funzione produttiva* (art. 1 Cost.). Sembra una notazione elementare ma soltanto da poco la si coltiva assiduamente: al pari di un'altra, trasfusa nella motivazione di Cass. 21255/2013<sup>81</sup>, non meno negletta. L'*enforcement*, se non lo si appiattisce in un fascio di regole organizzative polarizzate su di un'attività di *Anbahnung* al contratto non di rado deresponsabilizzante<sup>82</sup>, è calzante infatti quando metta in mostra i connotati di un diritto appropriato alla domanda di tutela, con un rimedio confacente alla situazione sostanziale dedotta: il che vuol dire, traducendo la perifrasi in una formula sì allo stato ancora

grezza epperò non banalmente magica, modellare il postutto non in termini di *disclosure* o di *compliance* normativa quanto e piuttosto di effettività<sup>83</sup>. Quell'effettività che impone di parcellizzare al massimo dei tipi sociali, poco importa se alieni, patologici *in re ipsa* giacché espressione di politiche bancarie intrise di (e volte ad una) speculatività pura. Il fatto che la normalità economica accrediti i derivati come strumenti di gestione del rischio non esime certo l'ordinamento dal governare il dover essere funzionale di queste operazioni. Per inciso, l'*immeritevolezza* di un contratto di pura sorte o manifestamente imprudente già dovrebbe evincersi dal fatto che l'art. 217, c. 1 nn. 2 – 3 l. fall. cataloga le suddette operazioni, in quanto consumano «una notevole parte del patrimonio», tra quelle idonee ad integrare il reato di bancarotta.

Primo epilogo.

La causa è *idonea* quando «non ne sia fatto un uso in contrasto con la sua destinazione»: e non v'è certo una causa idonea nell'intento di un contraente di arricchirsi in danno della controparte senza il corrispettivo di una qualche prestazione indennitaria. Vero, ma si potrebbe anche notare che «l'esistenza di un valido negozio dotato di propria causa» non vale da impedimento formale «ad un distinto controllo sulla giustificazione del trasferimento di ricchezza»: il tutto sull'assunto che causa del contratto e giusta causa dell'attribuzione siano nozioni indipendenti.

Ebbene, i due enunciati testé riferiti non sono il recitativo di una delle tante Corti contemporanee che decidono per valori, bensì –rispettivamente- il testo che Betti, il 31 marzo del 1941, proponeva di trasfondere nell'attuale art 1322, c. 2<sup>84</sup> e la versione di una giusta causa dell'acquisto che, nel 1965, Pietro Barcellona cercava di accreditare, delineando la fattispecie di un trasferimento patrimoniale sorretto da un titolo ma carente di giustificazione sul piano sostanziale<sup>85</sup>. La rilettura moderna delle due impostazioni ha portato, sul finire degli anni novanta del secolo passato, a sintetizzare un'idea di *immeritevole*, nel senso di incoercibile giudizialmente, per l'intrinseca incoerenza dell'accordo *sub specie* dell'equilibrio dei valori economici negoziati: un'immeritevolezza, la si potrebbe così denominare, per mancata ottemperanza ad un «canone di giudizio interno all'equilibrio fra i contrapposti interessi

<sup>76</sup> Così FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit. 287.

<sup>77</sup> Lo riferisce da par suo PERRONE, *I contratti derivati «over the counter»*, in Gitti – Maugeri – Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, cit., II, 286.

<sup>78</sup> Cfr. SPADA, *Impresa*, in *Digesto IV, disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 43.

<sup>79</sup> Che si «arricchisce ma non crea ricchezza», neanche nell'accezione debole «dell'incremento di utilità che scaturisce dalla distribuzione di beni esistenti»: così SPADA, *op. loc. ult. cit.* ed adesivamente DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, cit. XXV s. nonché EU. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 145.

<sup>80</sup> Così, limpidamente, EU. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>81</sup> Puntuale, come meditatamente osserva C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir. C. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, II, 353 ss., nel discorrere di un «diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato».

<sup>82</sup> V., al riguardo, FORTUNATO, *Conflitto di interessi e disciplina degli inducements*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 136 ss.

<sup>83</sup> Sulla *regulatory compliance* come un «formidabile diversivo» v. la corrosiva critica di MAFFEIS, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, cit. 241.

<sup>84</sup> V. in *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale*, in *Reale Istituto Lombardo di Scienze e lettere. Rendiconti. Lettere*, 74, fasc. II, 1940 – 1941, 377 s.

<sup>85</sup> In *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit. 12.



privati»<sup>86</sup>. Ebbene, sulla scorta di questo trittico, i derivati speculativi sono irrimediabilmente *off label*, senza tanti anglicismi aziendalistici ed infinite torsioni concettuali. Poi si potrà pure dire che il derivato speculativo contravviene alla regola primaria di riconoscibilità di un vincolo contrattuale: generare

| 36 «quel bene pubblico consistente nel prezzo monetario di mercato senza il quale la “mano invisibile” resta immobilizzata»<sup>87</sup>. Nella sostanza cambia poco o nulla perché ciò che muta non è la *substantia* del discorso ma la precomprensione ideologica alla quale si vuole piegare il principio, quello di una causa per ogni trasferimento di ricchezza, che dev'essere *idonea* ovvero *degnata di tutela*.

Secondo epilogo: forse il decidere per valori, se rettamente inteso, eccome se vale allora ad immunizzare gli investitori vittime di un nozionale che già prefiguri, in sede di stipula, chi avrà diritto al pagamento della somma pari al differenziale. Non è un problema di trasformare in serioli degli interessi leciti, piuttosto di prendere atto che l'incoercibilità di un vincolo, se non la si vuole chiamare immeritevolezza, può ben essere connessa al «rispetto di vere o presunte direttive, di moralità o di opportunità sociale»<sup>88</sup>. E, scopertamente, è asociale o, per chi lo dovesse preferire, non è socialmente opportuno l'interesse meramente speculativo di chi vince vendendo una copertura apparente senza partecipare in alcun modo al finanziamento delle imprese.

D'altra parte, un pregio a questa giurisprudenza di stampo valoriale, si orientata alle conseguenze ma che sa trascendere «l'irrazionalità del caso singolo»<sup>89</sup>, lo si dovrebbe riconoscere: è da oltre mezzo secolo che si imputa all'art. 1322, c. 2 una smaccata vacuità operativa. Ebbene, il sentenziare per valori gli sta togliendo la patina di un pleonasma retorico: associargli l'orpello sviante della causa concreta è controproducente giacché serve soltanto ad intorbidire di nuovo il tutto, compromettendo quella calcolabilità weberiana che non risulta tuttavia sia mai stata concepita come disgiunta da un abbozzo minimo di apprezzabilità sociale dello scambio programmato.

<sup>86</sup> Così BRECCIA, *Causa*, cit. 99 s.

<sup>87</sup> Così EU. BARCELONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit. 107.

<sup>88</sup> Cfr. BRECCIA, *Causa*, cit. 103.

<sup>89</sup> Restando così calcolabile: v. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit. 13.



# SVILUPPO SOSTENIBILE, LEGALITÀ COSTITUZIONALE E ANALISI “ECOLOGICA” DEL CONTRATTO\*

Di Mauro Pennasilico

| 37

Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto  
(Mauro Pennasilico)

**SOMMARIO:** 1. La nozione di “sviluppo sostenibile”: dall’antitesi alla simbiosi tra ambiente e sviluppo. – 1.1. Funzionalizzazione di ogni attività, pubblica e privata, al principio dello sviluppo sostenibile: l’endiadi “sostenibilità-solidarietà”. Il “diritto civile dell’ambiente” e l’interesse ambientale come limite “interno” alle politiche di sviluppo. - 2. Il carattere “intergenerazionale” della tutela ambientale: il silenzio apparente della Costituzione italiana. - 3. Lo “sviluppo umano sostenibile” e il superamento dell’interpretazione restrittiva del concetto di sviluppo sostenibile in funzione esclusiva del valore ambientale. – 4. I limiti, teorici e pratici, dello sviluppo sostenibile: diritti delle generazioni future, legittimazione processuale e principio di precauzione. – 4.1. La natura precettiva o programmatica del principio dello sviluppo sostenibile. – 5. L’incidenza sulla categoria contrattuale dello sviluppo sostenibile: gli “appalti verdi”. – 5.1. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale, il nuovo paradigma del “contratto ecologico” e il contratto di rendimento energetico. – 6. L’effettività dell’endiadi “sostenibilità-solidarietà” alla base dello “Stato sociale e ambientale di diritto”

## 1. La nozione di “sviluppo sostenibile”: dall’antitesi alla simbiosi tra ambiente e sviluppo.

Il principio dello “sviluppo sostenibile” – introdotto, ma non definito, nell’ordinamento italo-europeo dal Trattato di Amsterdam del 1997 (artt. 2 e 6) - trova la sua più nota definizione nel Rapporto della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo del 1987 (c.d. Rapporto Brundtland)<sup>1</sup>, che consi-

dera “sostenibile” lo «sviluppo che soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri».

Si tratta di una formula accattivante, il cui vasto consenso sottende l’intenzione di considerare la sostenibilità come il minimo comun denominatore di qualsiasi politica di sviluppo, purché sensibile all’interesse ambientale<sup>2</sup>. Tuttavia, il concetto è sta-

\* Il testo elabora, con l’aggiunta delle note, la relazione al III Convegno Nazionale «Sicurezza Legalità Sviluppo: analisi e prospettive per la crescita del territorio», tenuta il 28 novembre 2014 presso l’Aula «Aldo Moro» dell’Università di Bari. È destinato al Liber amicorum per Biagio Grasso, Napoli, 2015.

<sup>1</sup> Il documento, commissionato dalle Nazioni Unite sotto il titolo *Our Common Future* (trad. it. *Il futuro di noi tutti*, con prefazione di G. RUFFOLO, Milano, 1988), è indicato, solitamente,

con il nome della coordinatrice Gro Harlem Brundtland, che nel 1987 presiedeva la Commissione.

<sup>2</sup> Eloquente, al riguardo, è la comunicazione della Commissione CE, COM(2003) 572, «Verso una strategia tematica per l’uso sostenibile delle risorse naturali», che riconduce le risorse naturali «alla base dei tre pilastri costituiti da: sviluppo sostenibile, sfera economico-sociale e ambiente» (p. 4), e chiarisce che usare tali risorse in maniera sostenibile significa: «(a) garantire la disponibilità dell’approvvigionamento; e (b) gestire l’impatto



to giudicato vago o indeterminato, giacché richiederebbe l'individuazione anticipata dei bisogni e delle aspirazioni delle generazioni future con il metro di valutazione delle generazioni presenti. In effetti, la nozione di "sviluppo sostenibile", seppure accolta in numerosi testi costituzionali, manifesta tensioni antinomiche, poiché, da un lato, postula un'esigenza costante di evoluzione della società verso un maggiore benessere, dall'altro pone un limite di sostenibilità allo sviluppo, che fa riferimento a esigenze tanto di equilibrio nell'uso delle risorse quanto di protezione dell'ambiente<sup>3</sup>.

Il problema centrale, dunque, è se la tutela ambientale sia ancillare allo sviluppo o se, al contrario, lo sviluppo sia strumentale alla tutela dell'ambiente, al punto da definirsi, in una prospettiva rovesciata, come "protezione sostenibile" l'esigenza prioritaria di evitare il sacrificio dell'ambiente fino al limite della sostenibilità<sup>4</sup>.

ambientale del loro uso» (p. 6). Altrettanto rilevanti sono le comunicazioni COM(2011) 571, «Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse», che indica una serie di tappe necessarie per realizzare la transizione verso un'economia "verde"; COM(2013) 196, «Costruire il mercato unico dei prodotti verdi. Migliorare le prestazioni sulle informazioni ambientali dei prodotti e delle organizzazioni»; COM(2014) 398, «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti»; COM(2014) 446, «Iniziativa per favorire l'occupazione verde: sfruttare le potenzialità dell'economia verde di creare posti di lavoro».

<sup>3</sup> Cfr. G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, I, *Principi generali*, Padova, 2012, p. 101 ss., spec. p. 136 ss., ove fitta rassegna dei testi costituzionali che fanno esplicito riferimento allo «sviluppo sostenibile». Né si è mancato di bollare tale paradigma come un "mito", che richiederebbe, per essere pienamente attuato, la gestione di una quantità infinita di dati e informazioni sui modi e gli effetti di ogni attività economica (v. G. MONTEDORO, *Profili di criticità dell'attuale disciplina ambientale*, 2011, in [www.apertacontrada.it/2011/03/30/profili-di-criticita-dellattuale-disciplina-ambientale/2/](http://www.apertacontrada.it/2011/03/30/profili-di-criticita-dellattuale-disciplina-ambientale/2/)); tuttavia, per la necessità di integrare i sistemi contabili tradizionali, al fine di creare un sistema informativo che consenta una valutazione globale dell'impresa, v. R. CARRIERI e P. PUNTILLO, *La contabilità ambientale strumento dello sviluppo sostenibile*, in *Amb. svil.*, 2010, p. 553 ss.). Non si tratterebbe, comunque, di una novità: osserva M. LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di *Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 199 ss., spec. p. 217, che lo "sviluppo sostenibile", implicando l'applicazione del criterio del rispetto delle generazioni future, «teoricamente facile quando sono in gioco risorse rinnovabili (acqua, foreste, prodotti agricoli ecc.)», è soltanto «una formula ammodernata per indicare il tradizionale criterio dell'uso razionale delle risorse naturali» (v. anche ID., *Persona, ambiente e sviluppo: ripensare la teoria dei beni*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 479 ss., spec. p. 480 s.).

<sup>4</sup> È la peculiare prospettiva indicata dalla giurisprudenza amministrativa di vertice: Cons. St., 16 novembre 2004, n. 7472, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, p. 524 ss., con nota di A. MILONE, *La*

Credo, tuttavia, che la soluzione sia nel mezzo, nella ricerca di un punto di equilibrio tra i due profili: dall'"antitesi" alla "simbiosi" tra ambiente e sviluppo potrebbe dirsi per descrivere un processo che trova conferma nel codice dell'ambiente (d.lg. n. 152 del 2006, d'ora in poi c.a.), là dove dispone che la valutazione d'impatto ambientale garantisce un livello elevato di protezione dell'ambiente e assicura che piani e programmi «contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile» (art. 4, comma 4, lett. a).

### 1.1. Funzionalizzazione di ogni attività, pubblica e privata, al principio dello sviluppo sostenibile: l'endiadi "sostenibilità-solidarietà". Il "diritto civile dell'ambiente" e l'interesse ambientale come limite "interno" alle politiche di sviluppo.

In realtà, ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del medesimo codice, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 3 *quater*, comma 1, c.a.). Questa "funzionalizzazione" di tutte le attività, private e pubbliche, vale a individuare un rapporto equilibrato tra risorse da risparmiare e da trasmettere, «affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro» (art. 3 *quater*, comma 3, c.a.). Emerge, così, la correlazione o il rapporto dialettico tra i principi dello sviluppo sostenibile e della solidarietà sociale e ambientale, che si traduce in una "endiadi", espressiva di una funzione e di una competenza statale unitaria, sancita dall'art. 117, comma 2, lett. s, Cost.: la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema<sup>5</sup>.

Il coinvolgimento dei privati nella protezione del "bene comune" ambiente trova il proprio fondamento nella concezione "aperta" della solidarietà costi-

*realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*, e Cons. St., 5 luglio 2010, n. 4246, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 111 ss., con nota di P. BRAMBILLA, *La valutazione di impatto ambientale: dallo sviluppo sostenibile alla protezione sostenibile*. Sul punto, v. anche M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 35; ID., *La nozione giuridica di paesaggio nella prospettiva sistematica e assiologica*, *ivi*, p. 115 s.; A. ADDANTE, *Ambiente e responsabilità sociale dell'impresa*, *ivi*, p. 177 s.

<sup>5</sup> Si veda, anche per altre indicazioni bibliografiche, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 49 ss.



tuzionale (art. 2 Cost.)<sup>6</sup>, che consente di riconoscere “doveri” di solidarietà ambientale, pur non espressamente menzionati dalla Costituzione, a carico di tutti i consociati. È questo, altresì, un segno di attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà “orizzontale”, che legittima «l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale» (art. 118, comma 4, Cost.)<sup>7</sup>; sì che dall’azione dei cittadini, mediante gli strumenti del diritto civile – inteso come diritto comune a operatori pubblici e privati<sup>8</sup> –, può derivare un’efficace tutela anche per gli interessi ambientali della collettività.

Il legislatore sembra aver, finalmente, preso atto che la cura dell’interesse “pubblico” o “collettivo” alla conservazione dell’ambiente richiede non soltanto tecniche imperative di “comando e controllo”, ma anche il concorso dell’azione dello Stato e dei cittadini, singoli o associati<sup>9</sup>. Azione congiunta che legittima – sia detto per inciso – la costruzione di un

<sup>6</sup> Sul dibattito dottrinale intorno alla configurabilità della clausola dell’art. 2 Cost. come fattispecie chiusa o aperta, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 38 ss.; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, p. 686 ss.

<sup>7</sup> L’indagine più ampia e recente in materia si deve a M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

<sup>8</sup> Sulla concezione del diritto civile come diritto comune, nei limiti della compatibilità, a soggetti pubblici e privati, si veda V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 18 ss. e *passim*; M. PENNASILICO, *L’ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contratti*, 2014, p. 187 ss., ove ulteriore bibliografia.

<sup>9</sup> Si mira, così, a superare l’antitesi “pubblico-privato”, sulla quale si basa il sistema *command and control*, mediante strumenti negoziali e cooperativi di mercato, da ricondurre all’ampia categoria dei “contratti ambientali”, intesi come accordi tra due o più parti, delle quali almeno una pubblica, aventi a oggetto specifiche prestazioni di rilevanza ambientale. Si veda, al riguardo, S. NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 962 ss.; sui modelli d’intervento in materia ambientale tra autorità e mercato, v. anche M. CAFAGNO, *La cura dell’ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Atti del primo Colloquio di Diritto dell’ambiente, Teramo, 29-30 aprile 2005, Milano, 2006, p. 191 ss.; ID., *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 327 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 ss.; M. CAFAGNO e F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell’ambiente*, in *Tratt. dir. amb.* Dell’Anno e Picozza, I, cit., p. 487 ss.; V. JACOMETTI, *Incentivi economici a tutela dell’ambiente: le nuove “leve” verdi*, in B. POZZO (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013, p. 63 ss.; B. POZZO, *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 71 ss.

“diritto civile dell’ambiente”<sup>10</sup>, nella sua peculiare valenza “civil-costituzionale”<sup>11</sup>, tendente a conformare e funzionalizzare nozioni e istituti civilistici, quali la proprietà, i beni, i contratti, la responsabilità civile, alle esigenze di “buon governo” dell’ambiente, in coerenza con il principio di integrazione degli interessi ambientali nelle politiche e azioni dell’Unione europea, «in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (artt. 11 Tratt. FUE e 37 Carta UE)<sup>12</sup>. È proprio il principio di integrazione che consente allo sviluppo sostenibile di compiere un decisivo passo in avanti, poiché l’integrazione non si riduce alla rappresentazione degli interessi ambientali nei processi decisionali e alla limitazione dall’esterno delle contrapposte esigenze economiche e tecnologiche, ma si traduce nella preliminare “interiorizzazione” di tali interessi. L’interesse ambientale, che per lungo tempo ha costituito un limite “esterno” alle politiche europee, poiché l’originaria normativa comunitaria rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza, può considerarsi oggi un *dato immanente* o un limite “interno” alle politiche di sviluppo, in coerenza con il rapporto simbiotico che lega i due termini del sintagma “sviluppo sostenibile”.

## 2. Il carattere “intergenerazionale” della tutela ambientale: il silenzio apparente della Costituzione italiana.

Il dibattito sulla sostenibilità dello sviluppo e la tutela dell’ambiente è stato particolarmente stimola-

<sup>10</sup> Costruzione cui si attende in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, cit. (in particolare, v. ID., *Il “diritto civile dell’ambiente”: premesse di metodo*, *ivi*, p. 11 ss.; ID., *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, cit., p. 34 ss.).

<sup>11</sup> Sul metodo ermeneutico “civil-costituzionale”, programmaticamente aperto allo studio del diritto per problemi, oltre ogni separazione tra diritto pubblico e diritto privato, è d’obbligo il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, *ivi*, 2010, p. 164 ss.; v. anche C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, *ivi*, 1980, p. 644 ss.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss.

<sup>12</sup> Sul canone d’integrazione, inteso in ragione della sua «natura trasversale» come “architrave” dell’intero assetto dei principi ambientali europei, v. P. DELL’ANNO, *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, p. 117 ss., spec. p. 132 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, cit., p. 218 ss.

to, negli ultimi anni, dal c.d. Rapporto Stiglitz sulla misura del rendimento economico e del progresso sociale<sup>13</sup>, documento che, nella sua sintesi densa e problematica, individua tre assi dello sviluppo: "benessere", "qualità della vita" e "sostenibilità", si da tentare di garantire la qualità dello sviluppo, la conservazione delle risorse nel tempo e il trasferimento della ricchezza alle generazioni future<sup>14</sup>.

Il carattere dichiaratamente intergenerazionale, impresso alle istanze di tutela ambientale dal dovere di conservazione di un ambiente salubre, conferma e rafforza la visione personalistica e solidaristica propria del nostro ordinamento giuridico<sup>15</sup>. Basti ricordare l'art. 144 c.a., in materia di tutela e uso delle risorse idriche, il cui secondo comma dispone che le acque «costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale». Proiezione diacronica, questa, che trova espresso riscontro, in *apicibus iuris*, nella Costituzione spagnola del 1978, ove si legge che «tutti hanno il diritto a fruire di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona e il dovere di conservarlo» (art. 45, comma 1), mentre l'art. 20a della Costituzione della Repubblica federale tedesca afferma che lo Stato «tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle

generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali»<sup>16</sup>.

La Costituzione italiana, peraltro, non fa riferimento espresso allo sviluppo sostenibile né, dunque, alla responsabilità verso le generazioni future. Tuttavia, l'interpretazione "evolutiva" di alcune disposizioni costituzionali permette l'innesto e la copertura delle problematiche legate allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità o equità intergenerazionale<sup>17</sup>. Basterebbe pensare al concetto di "utilità sociale" (art. 41, comma 2, Cost.), la cui straordinaria indeterminazione consente al testo costituzionale di adattarsi alle nuove frontiere problematiche dello sviluppo economico e della sostenibilità ambientale<sup>18</sup>. Altrettanto rilevanti sono i principi contenuti negli artt. 3, comma 2, e 4, comma 2, Cost., che sono alla base dell'acquisizione, sul piano costituzionale, del rapporto tra tutela dell'ambiente e sviluppo o progresso economico-sociale, che costituisce uno dei profili più rilevanti del «pieno sviluppo della persona umana».

Ancora, l'art. 9, comma 2, Cost., in virtù del quale la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», appare il necessario presupposto per legittimare una gestione del territorio attenta o funzionale alle esigenze ambientali e dello sviluppo sostenibile; mentre la "capacità espansiva", che connota la norma dell'art. 2 Cost., consente, da un lato, di estendere la tutela dei

<sup>13</sup> Rapporto della Commissione Sarkozy sulla misura della performance dell'economia e del progresso sociale (*Il rapporto Stiglitz, I e II parte*), 15 gennaio 2011, consultabile in [www.comitatoscientifico.org/temi%20SD/documents/II%20Rapporto%20Stiglitz.pdf](http://www.comitatoscientifico.org/temi%20SD/documents/II%20Rapporto%20Stiglitz.pdf). La Commissione, istituita dal presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy, era composta da prestigiosi studiosi e guidata da Joseph Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi.

<sup>14</sup> Il medesimo Rapporto avverte che il PIL, come strumento di misura del benessere, offre una rappresentazione dell'economia parziale e fuorviante. Parziale, perché misura la sola produzione di mercato, quella cioè oggetto di scambio, trascurando il valore dei beni e servizi che non hanno prezzo. Fuorviante, perché le imperfezioni del mercato impediscono ai prezzi di svolgere correttamente la funzione di unità di conto. Il Rapporto pone al centro dell'interesse la persona e il soddisfacimento dei suoi bisogni, indicando il benessere come misura sia dell'economia sia della qualità della vita. Suggerisce, in altri termini, il superamento della concezione utilitaristica del benessere, che, misurando i comportamenti dell'individuo come meccanica relazione tra scopi e mezzi scarsi disponibili per usi alternativi, fa dell'economia una scienza positiva estranea a giudizi di valore (cfr. C.M. CESARETTI, *Dall'economia della produzione alla centralità delle condizioni materiali di vita*, in *Rapporto della Commissione Sarkozy*, cit., p. 10).

<sup>15</sup> Coglie il nesso inscindibile tra *persona e solidarietà*, che connota il sistema ordinamentale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 433 ss.; v. anche M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, cit., p. 256 ss.

<sup>16</sup> Articolo inserito dalla *Legge di modifica* del 27 ottobre 1994, I 3146 e successivamente emendato dalla *Legge per la modifica della Legge fondamentale (Finalità pubblica della protezione degli animali)* del 26 luglio 2002, I 2862.

<sup>17</sup> Il principio dello sviluppo sostenibile «incarna la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, vincolo che si configura come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana»: così, F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, I, cit., p. 559 ss., spec. p. 571, il quale propone l'applicazione all'ambiente di un «antropocentrismo dei doveri», imperniato sullo sviluppo sostenibile e la solidarietà ambientale (v. anche ID., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, p. 112 ss.). Sennonché, tale approccio, risolvendosi nell'imposizione di limiti autoritativi esterni, di fonte pubblicistica, all'autonomia negoziale, si espone al rischio di una «iper-pubblicizzazione» dell'intero sistema delle relazioni tra uomo e ambiente, «il che potrebbe stridere con la necessità di coinvolgere in positivo (non solo in negativo) anche l'intera dimensione giusprivatistica nel ripensamento delle categorie che fondano le relazioni tra uomo e sistemi ecologici». Così, M. MONTEDURO, in M. MONTEDURO e S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 161 ss., spec. p. 183.

<sup>18</sup> In tal senso, R. BIFULCO e A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in IDD. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. IX ss., spec., p. XXVI.

diritti inviolabili dell'uomo anche al diritto delle generazioni future di vivere in un ambiente salubre e, dall'altro, di fondare i doveri di solidarietà transgenerazionale. Né può trascurarsi che il ripudio della guerra e i limiti della sovranità a favore della pace, sanciti dall'art. 11 Cost., costituiscono presupposti indispensabili dello sviluppo sostenibile: non è un caso che una delle prime emersioni della questione intergenerazionale si è avuta come reazione ai pericoli gravissimi e ai danni irreversibili della guerra nucleare. La stessa «difesa della Patria», evocata dal primo comma dell'art. 52 Cost., riflette quel senso di continuità che implica sostenibilità e conservazione per le generazioni future. Non meno rilevante, in tal senso, è l'art. 44, comma 1, Cost., che giustifica l'imposizione di obblighi e vincoli legali alla proprietà terriera privata con il fine di conseguire «il razionale sfruttamento del suolo»<sup>19</sup>.

Si consideri, infine, la c.d. costituzione finanziaria, che può fare molto per agevolare lo sviluppo sostenibile e tutelare gli interessi delle generazioni venturose attraverso l'applicazione accorta e responsabile del principio di equilibrio del bilancio pubblico e dell'obbligo di copertura finanziaria, entrambi previsti dal nuovo art. 81 Cost. (introdotto dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1), che fa un significativo e originale riferimento, al pari del nuovo art. 97, comma 1, Cost., alla «sostenibilità del debito pubblico», che costituisce anch'essa un presupposto necessario dello sviluppo sostenibile<sup>20</sup>.

### 3. Lo "sviluppo umano sostenibile" e il superamento dell'interpretazione restrittiva del concetto di sviluppo sostenibile in funzione esclusiva del valore ambientale.

L'analisi del rapporto tra legalità costituzionale e sviluppo sostenibile, effettuata senza preconcetti ideologici e nella consapevolezza della gerarchia assiologica che legittima il sistema ordinamentale vigente<sup>21</sup>, consente di cogliere che la nozione di svi-

luppo sostenibile (o, meglio, di "sviluppo umano sostenibile")<sup>22</sup> non può che conformarsi alla priorità dei valori personalistici e solidaristici, indicata dal diritto positivo italo-europeo<sup>23</sup>.

gerarchia dei valori giuridicamente rilevanti (v., anche per ulteriori riferimenti, M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, cit., p. 279 s.).

<sup>22</sup> Il Rapporto sullo Sviluppo Umano dell'*United Nations Development Program* (UNDP), pubblicato nel 1990, definisce lo sviluppo umano come «un processo di ampliamento delle scelte degli individui, quali la possibilità di condurre una vita lunga e in salute, di avere un adeguato livello di istruzione e un livello di vita accettabile», e propone per la sua misurazione un indice composito, appunto l'Indice di Sviluppo Umano (ISU). L'ISU presenta tre elementi rilevanti: il reddito *pro capite*, il tasso di mortalità e il tasso di istruzione, che riflettono rispettivamente le tre dimensioni principali dello sviluppo umano: la capacità di accedere alle risorse, la conoscenza e la longevità. Sotto il profilo ambientale, negli ultimi anni si è tentato di introdurre indicatori di sostenibilità nell'ISU, sia integrandolo direttamente con delle variabili ambientali, sia costruendo un più ampio quadro di riferimento per valutare la sostenibilità dello sviluppo umano, affiancando all'ISU una serie di indicatori attinenti al consumo e al degrado del patrimonio naturale. In argomento, v. S. ANAND e A. SEN, *Human Development and Economic Sustainability*, in *World Develop.*, 28 (12), 2000, p. 2029 ss.; V. COSTANTINI e S. MONNI, *L'Indice di Sviluppo Umano Sostenibile: un indicatore per coniugare crescita, sostenibilità umana e ambientale*, in *Diario eur.*, 2008, 2, p. 82 ss.; M. MUSELLA, *Verso una teoria economica dello sviluppo umano*, Santarcangelo di Romagna, 2014; ID., *Produzione e valore non patrimoniale: beni ambientali e culturali. Brevi riflessioni di un economista*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 23 ss.; v. anche UNDP, *Rapporto sullo sviluppo umano 2011. Sostenibilità ed equità: un futuro migliore per tutti*, in [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2011\\_it\\_summary.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2011_it_summary.pdf); ID., *Rapporto sullo sviluppo umano 2013. L'ascesa del Sud: il progresso umano in un mondo in evoluzione*, in [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013\\_summary\\_italia\\_n.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_summary_italia_n.pdf).

L'esigenza tecnica di disporre di indicatori di sostenibilità non è ancora adeguatamente soddisfatta dalle scienze sociali, tanto da proporsi un altro indicatore, la c.d. "impronta ecologica", che si basa «sulla valutazione dei consumi di beni, energia e servizi di una nazione, di una regione o di una persona e identifica la superficie della Terra necessaria a realizzare tali beni e servizi». Così, V. D'INCOGNITO, *Lo sviluppo eco-sostenibile*, in *Codice dell'ambiente e normativa collegata*, Commentario diretto da A. Buonfrate, Milano-Torino, 2008, p. 749 ss., spec. p. 765; v. anche L. FRANCARIO, *Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 123 ss., spec. p. 150 ss. Sui meriti e i limiti dei modelli di sviluppo umano e sostenibile, v. L. CARRINO, *Lo sviluppo delle società umane tra natura, passioni e politica*, Milano, 2014, p. 32 ss.

<sup>23</sup> Ampia dimostrazione della primazia dei valori personalistici e solidaristici, in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 433 ss.; v. anche N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, spec. p. 26 ss.; ID., *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Tratt. bio-dir.* Rodotà e Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, p. 169 ss.; ID., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; F.D. BUSNELLI, *La persona nell'interazione tra norme di diritto internazionale*

<sup>19</sup> Sulla pluralità di norme costituzionali dalle quali è possibile desumere i principi di sviluppo sostenibile e di responsabilità intergenerazionale, cfr. R. BIFULCO e A. D'ALOIA, *o.c.*, p. XXIII ss.; v. anche, in una prospettiva attenta a far emergere gli aspetti di doverosità e di solidarietà ambientale impliciti negli articoli da 35 a 47 della Costituzione, F. SABATELLI, *Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 211 ss.

<sup>20</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 13 ss., spec. p. 27.

<sup>21</sup> Consapevolezza, dunque, che il primato della legalità costituzionale non si realizza sempre mediante il primato della legge formale, ma trova la propria consacrazione nel rispetto della



Pertanto, è nell'“assiologia” del sistema che trova soluzione il conflitto tra le esigenze economiche e tecnologiche e gli interessi alla conservazione e promozione dell'ambiente, nella consapevolezza, peraltro, che il rispetto dei diritti umani induce a superare l'interpretazione restrittiva del concetto di sviluppo sostenibile in funzione esclusiva del valore ambientale: l'ambiente, in realtà, è soltanto un aspetto dello sviluppo umano sostenibile, sì che realizzare quest'ultimo nell'osservanza dei diritti dell'uomo significa anche attuare la libertà dal bisogno e dall'ignoranza<sup>24</sup>. Il vero sviluppo consiste, dunque, non tanto nel possesso di tecnologie o beni materiali, quanto in un processo di trasformazione sociale che elimini le principali fonti di “illibertà”: fame, povertà, ignoranza, malattia, mancanza di democrazia e sfruttamento indiscriminato delle risorse ambientali<sup>25</sup>.

Ecco, allora, che l'obiettivo della prosperità va perseguito sotto il vincolo del miglioramento della qualità della vita, contemperando le possibilità di crescita delle generazioni future con il progresso delle condizioni di vita delle persone oggi in stato di miseria. Questi sono i presupposti affinché lo sviluppo sia “umano” e “sostenibile”, e in tal senso il principio è stato posto all'esordio della Dichiarazione di Rio del 1992 su ambiente e sviluppo: «gli esseri umani sono l'obiettivo dello sviluppo sostenibile» (art. 1).

#### 4. I limiti, teorici e pratici, dello sviluppo sostenibile: diritti delle generazioni future, legittimazione processuale e principio di precauzione.

e principi di diritto privato «costituzionalizzato», in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del 5° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 25-27 marzo 2010, Napoli, 2011, p. 43 ss.; F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto a P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 1 ss.

<sup>24</sup> In tal senso, P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, (2000), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 71 ss., spec. p. 77.

<sup>25</sup> Propone, a tal fine, il rafforzamento delle diverse istituzioni che sostengono e favoriscono le «capacitazioni» (*capabilities*) umane, intese come libertà sostanziali delle quali un soggetto gode all'interno del sistema, A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, (2002), trad. di G. Bono, Milano, 2003 (rist. 2011), spec. p. 134 ss.; v. anche M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, (2011), trad. di R. Falcioni, Bologna, 2012; M. MUSELLA, *Produzione e valore non patrimoniale*, cit., p. 24 s., ove il concetto di “sviluppo umano”, elaborato da Sen, è identificato nel «progresso della ricchezza della vita umana», anziché nel progresso dell'economia.

Tuttavia, ove si guardi oltre la piatta e mistificante retorica del Rapporto Brundtland e della miriade di declamazioni internazionali e sovranazionali, che invocano meccanicamente il principio dello sviluppo sostenibile, si scorgerà una serie di gravi problemi, di ordine teorico e pratico, tuttora irrisolti<sup>26</sup>.

Si pensi, anzitutto, all'ardua declinazione diacronica dello sviluppo sostenibile. La responsabilità giuridica verso le generazioni future ha posto il problema dell'esistenza e della qualificazione delle situazioni soggettive (diritti e aspettative) riferibili a tali generazioni. Si tratta di una sfida per il diritto “civil-costituzionale”, chiamato a dimostrare la capacità, da un lato, di revisionare categorie giuridiche tradizionali, legate a un'epoca ormai tramontata<sup>27</sup>; dall'altro, di elaborare nuove categorie e, soprattutto, nuove dimensioni temporali di validità<sup>28</sup>.

La nostra Corte costituzionale ha prospettato, in capo alle generazioni venture, la titolarità di un «diritto fondamentale all'integrità del patrimonio ambientale»<sup>29</sup>, con problemi, peraltro, non facilmente superabili di rappresentanza processuale e sostan-

<sup>26</sup> Al punto da prospettarsi la “fuga in avanti” della “decrecita felice”, che propugna l'uscita dall'economicismo e dall'antinomia dello “sviluppo sostenibile”, non soltanto per preservare l'ambiente e assicurare un futuro accettabile alle generazioni venture, ma anche per restaurare un livello minimo di giustizia sociale. Si allude ai noti scritti di S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrecita serena*, (2007), trad. di F. Grillenzoni, Torino, 2008 e ID., *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrecita*, (2010), trad. di F. Grillenzoni, Torino, 2011. Più che di decrecita, puntualizza l'autore, «bisognerebbe parlare di a-crescita, utilizzando la stessa radice di a-teismo, poiché si tratta di abbandonare la fede e la religione della crescita, del progresso e dello sviluppo» (ID., *La scommessa della decrecita*, trad. di M. Schianchi, Milano, 2007, p. 11). In argomento, v. anche M. PALLANTE, *La decrecita felice. La qualità della vita non dipende dal PIL*, Roma, 2005.

<sup>27</sup> Un brillante tentativo di ripensare le più classiche categorie del diritto civile si deve a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, che prescinde, peraltro, dal problema segnalato (per un contributo alla discussione dell'opera, v. M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Studi in memoria di M. Costantino*, in corso di stampa).

<sup>28</sup> È la prospettiva indicata da R. BIFULCO, *Futuro e costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni venture*, in A. TARANTINO e R. CORSANO (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Milano, 2006, p. 37 ss. Si pensi, ad esempio, alla questione se, alla luce delle esigenze poste dagli interessi delle generazioni future, il rapporto giuridico possa ancora definirsi, in modo tradizionale, come relazione tra soggetti, oppure possa ormai assumere il significato innovativo di relazione tra situazioni soggettive, proprio perché esistono situazioni soggettive momentaneamente senza soggetto o prive di soggetto determinabile a priori. Per quest'ultima soluzione, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, p. 113 ss.

<sup>29</sup> Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259, in [www.giurcost.org/decisioni/1996/0259s-96.htm](http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0259s-96.htm); Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 419, in [www.giurcost.org/decisioni/1996/0419s-96.htm](http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0419s-96.htm).



ziale<sup>30</sup>, sebbene all'obiezione della titolarità della pretesa giuridica e dell'azionabilità della stessa si replichi, in dottrina, parlando di «diritti futuri condizionali», condizionati cioè all'esistenza dei futuri titolari, ma azionabili nel presente mediante il ricorso allo strumento di *class actions* esercitate da rappresentanti attuali<sup>31</sup>.

Conclusione, questa, avvalorata dalla Corte Suprema delle Filippine, che ha riconosciuto, nella famosa sentenza del 30 luglio 1993, la legittimità processuale di un'azione collettiva promossa da alcuni minori «a nome proprio, a nome della generazione presente e delle generazioni future», richiama il rispetto del diritto umano a un ambiente sano ed equilibrato contro la distruzione massiccia della foresta tropicale del luogo<sup>32</sup>. Tuttavia, nono-

stante il positivo rilievo internazionale guadagnato dalla sentenza, appare evidente il ricorso alla tecnica della finzione da parte del tribunale filippino, il quale, «per dare consistenza giuridica agli interessi delle generazioni future, è stato costretto a farle agire tramite i bambini che si erano costituiti in giudizio»<sup>33</sup>.

La protezione delle generazioni venturose può trovare un fondamento più sicuro, considerando che al crocevia tra sviluppo sostenibile e responsabilità intergenerazionale si pone un altro principio cardine del diritto ambientale, il principio di precauzione (artt. 191, § 2, Tratt. FUE; 3 *ter* e 301 c.a.)<sup>34</sup>. L'invocabilità del medesimo a giustificazione di misure cautelative, qualora sussista incertezza scientifica circa l'esistenza o la portata di rischi per l'ambiente e la salute<sup>35</sup>, rivela la propria inclinazio-

<sup>30</sup> Non manca, in talune esperienze, l'istituzione di una sorta di "curatore" dei diritti delle generazioni future: l'*Ombudsman* a tutela delle generazioni successive in Ungheria; il Commissario permanente per le generazioni future in Israele; il Commissario parlamentare per l'ambiente in Nuova Zelanda. Si rinvia, in proposito, a G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Torino, 2012, p. 182 ss.

<sup>31</sup> Si veda A. GOSSERIES RAMALHO, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO e A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 28 ss.; F. DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, p. 51 ss. In argomento, v. anche V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209 ss., spec. p. 228 ss.; G. LUCHENA, *Ambiente, diritti delle generazioni future ed etica della responsabilità*, in F. GABRIELE e A.M. NICO, *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, p. 191 ss.; R. BIFULCO, *Rappresentare chi non esiste (ancora)?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006, p. 256 ss.; Id., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2007; A. PISANO, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, spec. p. 133 ss.; L. TAFARO, *Disastri ambientali, tutela dallo sviluppo e nuove concezioni del diritto alla vita nel sistema italo-comunitario*, in A.F. URICCHIO (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Bari, 2014, p. 67 ss., spec. p. 73 ss.

<sup>32</sup> Corte Supr. Filippine, *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)*, 30 luglio 1993, in 33 *Int. Leg. Mat.* (1994), p. 175 ss. Per una sintetica ricostruzione del fatto, v. F. DE LEONARDIS, *Tutela delle generazioni future e soggetti preposti alla tutela*, in V. PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Milano, 2009, p. 75 ss., spec. p. 84 s.

Un altro caso di accesso delle generazioni venturose al giudizio ha avuto come protagonista la Corte Suprema degli Stati Uniti e ha valorizzato il ruolo delle organizzazioni non governative nel rappresentare gli interessi delle generazioni future: *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 127 S Ct 1438

(2007); sul punto, v. B.C. MANK, *Standing and Future Generations: Does Massachusetts v. EPA Open Standing for Generations to Come?*, in 34 *Columbia J. Environ. L.*, 2009, p. 1 ss.

<sup>33</sup> R. BIFULCO, *Futuro e costituzione*, cit., p. 58. Sulla sentenza v., altresì, le osservazioni critiche di T. SCOVAZZI, *Le azioni delle generazioni future*, in *Riv. giur. amb.*, 1995, p. 153 ss. Sulla tecnica delle finzioni giuridiche si veda, anche per ulteriori riferimenti, A. LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, (2004), trad. di A. Donati, Perugia, 2008.

<sup>34</sup> La sinergia tra precauzione e sviluppo sostenibile consente di apprezzare una peculiarità del diritto dell'ambiente, che si configura sempre più come un terreno dell'esperienza giuridica nel quale sono sperimentati principi specifici, destinati con il tempo a superare i confini della materia per acquistare un carattere di generalità (cfr. F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, cit., p. 560). È quanto accaduto con il principio di sussidiarietà (art. 3 *quinquies*, comma 3 e 4, c.a.), inizialmente introdotto dall'Atto unico europeo (firmato nel 1986) con riferimento al solo ambiente; con il principio di precauzione, che ha preso le mosse dal diritto ambientale per trovare poi applicazione anche al settore della sanità; e, ancora, con il principio dello sviluppo sostenibile, che lo stesso codice dell'ambiente riconosce come principio applicabile non soltanto alle scelte ambientali, ma all'attività amministrativa discrezionale *tout court* (art. 3 *quater*, comma 2, c.a.) e che, nella sua nuova valenza di principio generale dell'ordinamento giuridico, può applicarsi anche all'attività di diritto civile. Così, M. PENNASILICO, *Fonti e principi del "diritto civile dell'ambiente"*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 22 ss., spec. p. 24.

<sup>35</sup> L'impronta personalistica della sinergia tra precauzione e sviluppo sostenibile è valorizzata dall'orientamento del TAR Campania-Napoli, 24 febbraio 2011, n. 1111, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it/>, che coglie l'importanza del principio precauzionale «per uno sviluppo economico davvero sostenibile ed uno sviluppo sociale che veda garantita la qualità della vita e della salute quale valore umano fondamentale di ogni persona e della società (informazione, partecipazione ed accesso)» (conf., TAR Campania-Napoli, 2 dicembre 2013, n. 5469, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2013, p. 3802).

Sul principio di precauzione, quale strumento di regolazione della "scienza incerta", si rinvia, nella letteratura più recente, a E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 634 ss.; R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012, pp. XI ss., 1 ss., 85 ss., 155 ss.; L. NIVARRA, *Azione inibitoria e principio*



ne alla tutela dei diritti delle generazioni future nell'accesso alle risorse naturali. Sotto questo profilo, «soltanto il principio di precauzione può giustificare misure restrittive delle situazioni soggettive certe delle generazioni attuali per garantire le aspettative e i diritti incerti delle generazioni future»<sup>36</sup>.

Tuttavia, quando in materie caratterizzate da incertezza non si può predeterminare in dettaglio la disciplina legislativa, si genera necessariamente una crisi del principio di legalità in senso formale. Il diritto ambientale conferma chiaramente che la legge è in crisi: la prevedibilità è costantemente travolta dall'emergenza, mentre il carattere delocalizzato dei fenomeni ambientali comporta che il legislatore nazionale è sempre più eroso tanto dall'alto, ossia dal diritto internazionale e sovranazionale, quanto dal basso, ossia dal legislatore regionale e dalle regolamentazioni comunali<sup>37</sup>.

#### 4.1. La natura precettiva o programmatica del principio dello sviluppo sostenibile.

Altra questione riguarda la natura del principio dello sviluppo sostenibile.

di precauzione, in A. D'ADDA, I.A. NICOTRA e U. SALANITRO (a cura di), *Principi europei e illecito ambientale*, Torino, 2013, p. 196 ss.; M. PENNASILICO, *Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1295 ss., spec. p. 1313 ss.; A. ADDANTE, *Ambiente e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., p. 174 ss.; E. AL MUREDEN, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 342 ss.; D. DI BENEDETTO, *Disciplina degli organismi geneticamente modificati (OGM) tra precauzione e responsabilità*, *ivi*, p. 348 ss.; C.M. NANNA, *Causalità, precauzione e prevenzione nella responsabilità per inquinamento elettromagnetico*, *ivi*, p. 253 ss.; L. TAFARO, *Applicazioni biotecnologiche nel mercato agroalimentare*, *ivi*, p. 253 ss.

<sup>36</sup> M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, cit., p. 39.

<sup>37</sup> In tal senso, v. F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, p. 117 ss., spec. p. 130. Per una profonda lettura della dialettica certezza/incertezza, si veda P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss., il quale osserva che «la cosiddetta incertezza del diritto, che non si può non cogliere quale fattore negativo se si assume un angolo di osservazione prettamente legalistico, merita un capovolgimento valutativo, se la si vede come il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale» (p. 933). In realtà, il pluralismo giuridico, conquista già chiaramente affermata nella nostra Costituzione, de-tronizzando la legge, ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, «a tal punto da rendere la sua intestazione lessicale unicamente una reliquia storica» (p. 948).

Se è vero che lo sviluppo sostenibile è un principio "positivo", vale a dire formulato in sede non interpretativa, ma di produzione normativa (internazionale, sovranazionale o interna che sia), la constatazione della "positività" non ne risolve i problemi di carattere dommatico e pratico-applicativo. Resta, infatti, aperta la questione della natura precettiva o programmatica del principio. Si reputa, così, che il principio sia produttivo di obblighi generici di conformazione a carico delle istituzioni europee, mentre si esclude che possa essere invocato come fonte diretta e immediata di diritti azionabili *erga omnes*, oppure che da esso possano derivare obblighi e oneri in capo ai cittadini europei<sup>38</sup>. Tuttavia, in senso diverso sembra deporre l'art. 3 *quater*, comma 1, c.a., là dove prescrive che ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del codice, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile»<sup>39</sup>.

In realtà, il grado di precettività, e dunque di forza operativa, del principio va individuato in considerazione del contesto normativo di riferimento, vale a dire secondo la fonte (di rango costituzionale o legislativo) che lo ha prodotto. In tal senso, l'operatività del principio nell'ordinamento nazionale può essere notevolmente rafforzata da un recepimento espresso all'interno di testi di rango costituzionale, che ne chiarisca la portata precettiva<sup>40</sup>. È quanto accaduto, ad esempio, nell'ordinamento francese, con l'approvazione della Carta costituzionale dell'ambiente (*Charte de l'environnement*) del 2005; o nell'ordinamento portoghese, che ha introdotto all'art. 66, comma 2, della Costituzione il

<sup>38</sup> Reputa che, in ragione del criterio della predeterminazione legislativa dei doveri di solidarietà, «lo sviluppo sostenibile si applichi ai soggetti privati soltanto in presenza di una norma che tipizzi il vincolo in capo alla persona», F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, cit., p. 145. Per i termini del più generale dibattito dottrinale sulla diretta applicabilità dei principi ambientali, si veda D. AMIRANTE, *I principi generali nell'evoluzione del diritto contemporaneo: note minime introduttive*, in ID. (a cura di), *La forza normativa dei principi*, cit., p. 9 ss., spec. p. 15.

<sup>39</sup> Diversamente, U. SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 103 ss., spec. p. 108 s., il quale reputa che la norma non sia direttamente applicabile nei confronti dei privati, «rispetto ai quali peraltro non sarebbe dotata di uno specifico apparato sanzionatorio», ma vada interpretata nel senso di estendere la portata delle discipline settoriali, che prevedono l'obbligo di uso efficace delle risorse (ad es., l'art. 3 d.lg. n. 59 del 2005, che impone l'uso efficace dell'energia, o l'art. 73, comma 1, lett. c, c.a., che prescrive il dovere di perseguire usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche) e la tutela delle capacità di auto-depurazione e di riproduzione degli ecosistemi, ad altre ipotesi, nelle quali «l'attività economica è sottoposta ad una autorizzazione da ottenere ai sensi della disciplina ambientale» (p. 109).

<sup>40</sup> Così, M. PENNASILICO, *Fonti e principi del "diritto civile dell'ambiente"*, cit., p. 27; in senso analogo, già D. AMIRANTE, *I principi generali nell'evoluzione del diritto contemporaneo*, cit., p. 15.



principio dello sviluppo sostenibile, al quale l'art. 18, comma 1, del medesimo testo costituzionale attribuisce valore precettivo.

In effetti, i principi, quando sono riconosciuti soltanto da convenzioni-quadro o da codici ambientali, non sono mai al riparo da modifiche, giacché nulla vieta al legislatore di intervenire su di essi. L'art. 3 *bis*, comma 3, c.a., infatti, sancisce che le norme ambientali «possono essere derogate, modificate o abrogate solo per dichiarazione espressa da successive leggi della Repubblica, purché sia comunque sempre garantito il rispetto del diritto europeo, degli obblighi internazionali e delle competenze delle regioni e degli enti locali». Al fine di consentire ai principi ambientali di conformare effettivamente la produzione del legislatore, le applicazioni della giurisprudenza e i rapporti tra i soggetti interessati, è opportuno collocare i principi medesimi al massimo livello del sistema ordinamentale, ossia nella Costituzione. La "costituzionalizzazione" dello sviluppo sostenibile segnerebbe, così, la trasformazione della legalità costituzionale, all'interno di uno Stato non soltanto "sociale di diritto", ma anche "ambientale di diritto", fondato sulla costante ricerca di mediazione tra le esigenze di tutela dell'ambiente e le esigenze di crescita economico-sociale.

### 5. L'incidenza sulla categoria contrattuale dello sviluppo sostenibile: gli "appalti verdi".

La dialettica tra "ambiente" e "sviluppo" induce, altresì, a chiedersi quale sia l'incidenza sulla categoria contrattuale dello sviluppo sostenibile, che implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente e le esigenze anche delle generazioni future<sup>41</sup>. È un tema, questo, che ha assunto una progressiva centralità nell'evoluzione europea dello statuto della contrattazione pubblica, in particolare con riguardo ai così detti "appalti verdi"<sup>42</sup>, a mag-

gior ragione se l'inserimento di clausole ambientali nel contratto sia considerato obbligatorio<sup>43</sup> e se la forza di espansione del principio dello sviluppo sostenibile consenta di estendere l'applicabilità dei criteri ambientali anche agli appalti privati<sup>44</sup>.

*sabile delle risorse naturali*, cit., p. 756 ss.). Il soggetto pubblico, nell'osservanza del principio di proporzionalità, combina l'esercizio del proprio potere discrezionale e le scelte di mercato, inserendo tra i criteri di aggiudicazione "clausole verdi", volte a privilegiare concorrenti in grado di offrire prodotti e servizi eco-efficienti. Tuttavia, l'affermazione degli appalti verdi pone delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della parità di trattamento e del divieto di discriminazione.

Nella letteratura più recente si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2011; E. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ambito della Green Economy*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 163 ss.; G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico*, cit., p. 123 ss.; C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, p. 727 ss.; A. ADDANTE, *I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 182 ss.

<sup>43</sup> In effetti, il passo decisivo, a voler prendere sul serio l'uso responsabile delle risorse naturali in materia contrattuale, è proprio quello dell'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica mediante "clausole verdi" non più facoltative, ma obbligatorie: *dalla facoltatività all'obbligatorietà* potrebbe dirsi per cogliere in sintesi un percorso che, dopo aver segnato alcune tappe rilevanti nella legislazione speciale, regionale e locale, trova finalmente compimento in sede di legislazione generale. Il disegno di legge C. 2093 del 2014, collegato ambientale alla legge di stabilità 2014, che reca norme sulla *Green Economy* e il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali, nell'ultima versione del 22 maggio 2015 in discussione al Senato della Repubblica come d.d.l. S. 1676 (consultabile in

[www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/44994.pdf](http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/44994.pdf)), propone l'applicazione obbligatoria di «criteri ambientali minimi» negli appalti pubblici (artt. 12 e 13), mentre il d.lg. n. 102 del 2014 riconosce espressamente tale obbligatorietà (art. 6), al fine di sviluppare l'efficienza energetica. Su tale evoluzione contrattuale si rinvia a M. PENNASILICO, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 261 ss.

<sup>44</sup> In tal senso, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 766, ove si propone di superare la definizione comune di «appalto pubblico verde» (*Green Public Procurement*), che potrebbe essere ampliata e sostituita da quella di «appalto sostenibile» (*Sustainable Procurement*); ID., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, cit., p. 165.

La comunicazione della Commissione CE, COM(2008), 400, «Appalti pubblici per un ambiente migliore», riconosce al GPP la funzione di «stimolare l'applicazione di norme verdi negli appalti privati» (p. 3). I criteri adoperati per individuare e promuovere merci «più verdi» presuppongono, nelle parole della Commissione, «un approccio basato sul ciclo di vita e comprendono elementi che riguardano tutta la catena di approvvigionamento, dall'utilizzo di materie prime e metodi di produ-

<sup>41</sup> La questione è affrontata, *funditus*, in M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.; ID., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 249 ss.; in sintesi, v. anche ID., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 161 ss.

<sup>42</sup> Il termine "appalti verdi" indica l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella materia dei contratti pubblici. Tali appalti, nel coniugare le esigenze della produzione con la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, favoriscono una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche e rappresentano un modo di attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile (v. M. PENNASILICO, *Contratto e uso respon-*



La finalità delle amministrazioni pubbliche di incentivare meccanismi virtuosi d'impresa, combinando gli aspetti sociali con quelli ambientali<sup>45</sup>, è recepita nel codice dei contratti pubblici (c.c.p.), là dove si permette di conformare il principio di economicità, che ispira l'azione della pubblica amministrazione, a criteri non economici di rilevanza costituzionale. L'art. 2, comma 2, c.c.p., infatti, afferma che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti espressamente consentiti dalle norme vigenti e dal codice stesso, a criteri, previsti dal bando, «ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»<sup>46</sup>.

Del resto, l'ordinamento europeo, con la nuova direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, responsabilizza le imprese al fine di armonizzare lo sviluppo del mercato e della concorrenza con la tutela dell'ambiente e di «sfruttare appieno il potenziale degli appalti pubblici nel conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» (123° «considerando»), incentivando gli imprenditori a investire nel miglioramento delle prestazioni ambientali ed esortando i consumatori a preferire le imprese virtuose nel campo ecologico.

### 5.1. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, il nuovo paradigma del "contratto ecologico" e il contratto di rendimento energetico.

zione ai tipi di imballaggio utilizzati e al rispetto di talune condizioni di ritiro. Tali criteri possono applicarsi anche agli appalti privati. Gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono incoraggiati a rafforzare il collegamento fra settore pubblico e privato in materia di acquisti verdi» (p. 12). Per un rilevante esempio di tale collegamento, si veda il *Mayor of London's Green Procurement Code* (Codice del sindaco di Londra sugli appalti verdi) all'indirizzo [www.greenprocurementcode.co.uk/](http://www.greenprocurementcode.co.uk/).

<sup>45</sup> In realtà, gli appalti verdi costituiscono uno dei più rilevanti meccanismi attuativi della c.d. responsabilità sociale d'impresa. Sul punto, v. A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, p. 290 ss., la quale osserva che la materia degli appalti verdi è socialmente responsabili, in una parola sostenibili, «costituisce un punto di approdo molto significativo in ordine alla necessità che l'autonomia privata, sotto la forma di libertà nella gestione dell'impresa, sia opportunamente guidata, con un chiaro intento premiale, dall'operato della pubblica amministrazione» (p. 295); sui profili sociali e ambientali degli appalti pubblici, v. anche Corte giust. UE, 10 maggio 2012, C-368/10, in *Urb. app.*, 2012, p. 1123 ss., con nota di R. CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*.

<sup>46</sup> Su tale «relativizzazione» del principio, e del concetto stesso, di economicità, conformato a valori sociali e ambientali, v. M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 759 s.; ID., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 257 s.

Occorre, dunque, chiedersi se non siano maturi i tempi per accreditare un nuovo paradigma contrattuale, il "contratto ecologico"<sup>47</sup>; figura che, pur avendo in comune con i contratti dei consumatori e con i contratti tra imprenditori l'asimmetria informativa e la conseguente necessità di riequilibrare posizioni negoziali dispari<sup>48</sup>, si differenzia da quei paradigmi perché l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> È la proposta avanzata in M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 767 s.; ID., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, cit., p. 166 s.; ID., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 268 ss.

<sup>48</sup> Un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è nel *deficit* informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze [cfr. Commissione CE, COM(2001), 274, «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici», p. 8]. In realtà, tale *deficit* fa parte di una più generale e fisiologica asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato, che aumenta in proporzione alla complessità dell'appalto e suggerisce l'uso di procedure di aggiudicazione flessibili, come il dialogo competitivo, volte ad accrescere l'informazione dell'ente pubblico. Così, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 766. Registra «la perdita di centralità della figura del consumatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo», G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Pers. merc.*, 2010, p. 216; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86; sottolinea la persistente asimmetria e autoreferenzialità dell'attività amministrativa c.d. partecipata, L. FRANZESE, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 272 ss.

<sup>49</sup> Si tratterebbe, svolgendo la nota tendenza a declinare le vicende evolutive del contratto addirittura in funzione di indicazioni numeriche - primo contratto, secondo contratto, terzo contratto (per tutti, R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, spec. p. XII s.; ID., *Dalla Pangea al terzo contratto?*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 2143 ss.) -, di un "quarto contratto" o, forse, "quinto contratto" (così, M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 767 s.), qualora si ipotizzi, come "quarto contratto", lo schema di un contratto asimmetrico «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica»: E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 317, la quale, peraltro, reputa preferibile «affidarsi non tanto ad una moltiplicazione di categorie isolate, quanto ad un approccio capace di declinare al plurale l'istituto del contratto, senza trascurare la dimensione generale del sistema e l'attitudine delle clausole generali ad aggregare e a conferire uno spirito coerente ed unitario alla molteplicità dei singoli sottosistemi» (p. 329). In argomento, v. anche M. PENNASILICO, *Contratto del consumatore e interpretazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1041 ss., spec. p. 1046 s.



Il principio dello sviluppo sostenibile costituisce, così, un parametro di meritevolezza dei contratti ecologici, con la conseguenza che un appalto pubblico “verde”, pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela qualora non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale<sup>50</sup>. Tuttavia, la centralità che le esigenze ambientali, sottese alle ipotesi di obbligatorietà degli appalti verdi, hanno ormai guadagnato nell’ordinamento italo-europeo, imponendo una conformazione “ecologica” dell’autonomia negoziale, induce a riconoscere che la meritevolezza dei “contratti verdi” è *in re ipsa* nella liceità della causa: in effetti, il giudizio di meritevolezza appare pleonastico se riferito a contratti diretti a soddisfare interessi ambientali leciti, che “colorano” la causa concreta e sono in armonia con il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.)<sup>51</sup>.

Il rilievo centrale che l’ordinamento italo-europeo riconosce alla tutela dell’ambiente tende a “funzionalizzare” il rapporto tra contratto e diritto dell’ambiente: il primo diventa funzionale alla realizzazione degli obiettivi del secondo, con conseguenze rilevanti anche sul piano dell’interpretazione dei precetti contrattuali. In

<sup>50</sup> La libertà contrattuale, secondo C.M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell’autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara, Catania 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, p. 387 ss., spec. p. 402, non può esercitarsi al fine di perseguire interessi contrastanti con l’utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.), sì che immeritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico saranno gli interessi *socialmente dannosi*. La dannosità sociale deve ravvisarsi ogni qual volta il contratto miri a pregiudicare beni che la società riconosce come propri: l’ambiente, l’occupazione, l’eguaglianza sostanziale, l’informazione, l’educazione, ecc. Devono, così, reputarsi nulli per immeritevolezza degli interessi perseguiti «i contratti che, ad es., abbiano a programma il degrado ambientale di una determinata zona, il trattamento discriminato dei lavoratori, trasmissioni televisive per i bambini con contenuti antieducativi, prestazioni di arti occulte, e così via» (p. 403).

<sup>51</sup> Così, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 765. Per l’intrinseca meritevolezza di atti negoziali leciti, che costituiscono diretta espressione del valore della persona umana, v. A. FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 614 ss., spec. p. 618; ID., *L’elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazione S.I.S.Di.C., Capri 27-28-29 marzo 2008, Napoli, 2009, p. 369 ss., spec. p. 375 s.; ID., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in R. CALVO e A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli*, Milano-Torino, 2014, p. 561 ss., spec. pp. 594 e 600; v. anche M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 167. Per la rilevanza causale del vincolo dello scopo pubblico nella contrattazione della p.a., v. A. NERVI, in V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 13, Napoli, 2009, spec. p. 209 ss.

effetti, le peculiarità del diritto degli appalti pubblici, pervaso dal dato oggettivo dell’interesse pubblico, al punto che l’intento soggettivo non sembra nemmeno configurabile con riguardo alla pubblica amministrazione<sup>52</sup>, comportano il ricorso necessario a criteri d’interpretazione oggettiva, con buona pace di un malinteso quanto pervicace principio (o, meglio, «pseudoprincipio») del gradualismo delle regole d’interpretazione<sup>53</sup>.

In questa prospettiva, si valorizzano, quali strumenti per realizzare un’interpretazione oggettiva ed ecologicamente orientata degli appalti pubblici “verdi”, la clausola generale di buona fede (art. 1366 c.c.) e il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.). La rilevanza della prima è d’immediata evidenza se riferita alla responsabilità che grava sull’impresa appaltatrice e che dovrebbe impedire a quest’ultima di abusare del proprio potere di mercato a danno di concorrenti e consumatori. Il principio di conservazione, a sua volta, gioca un ruolo primario nella decifrazione degli appalti verdi: ogni qual volta siano possibili, alla luce dell’art. 1367 c.c., (almeno) due interpretazioni delle clausole contrattuali, una conforme ai principi che tutelano l’ambiente, l’altra contraria, occorre preferire la prima, che assicura la salvezza del contratto e dei suoi effetti ecologici. Si pongono, così, le basi di un processo ermeneutico evolutivo, nel quale tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile s’impongono come principi, ermeneutici e sostanziali, dell’agire negoziale degli operatori pubblici e privati nel mercato di riferimento.

L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale consente di cogliere che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell’uso responsabile delle risorse naturali; sì che, il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali “sostenibili”<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> In tal senso, M. PENNASILICO, *L’ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contratti*, 2014, p. 187 ss., spec. p. 193, e già ID., *Il ruolo della buona fede nell’interpretazione e nell’esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss., spec. p. 1070 s.; ID., *L’interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, *ivi*, 2005, p. 428 ss., spec. p. 448, con il quale concorda E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, p. 169 ss.

<sup>53</sup> Per tale evoluzione dell’ermeneutica contrattuale, particolarmente favorita dall’impatto del diritto comunitario, si rinvia a M. PENNASILICO, *L’interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725 ss., spec. p. 746 s.; ID., *Metodo e valori*, cit., pp. 229 ss., 319 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 2ª ed., Torino, 2015, pp. 3 s., 39 ss.

<sup>54</sup> Così, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 768.

Si pensi allo spazio, sempre più ampio, che la sostenibilità ambientale guadagna anche nei rapporti contrattuali di diritto privato: nei contratti di affiliazione commerciale (l. n. 129 del 2004) l'impresa affiliante può mettere a disposizione degli affiliati il proprio *know-how* in termini di riduzione delle emissioni inquinanti e prevedere, nel codice di condotta, il rispetto da parte degli affiliati stessi di *standards* di eco-sostenibilità (c.d. *Green Franchising*); nei contratti di fornitura a imprese il fornitore può vincolarsi a realizzare i propri prodotti secondo *standards* di produzione ispirati a criteri di sostenibilità; nelle associazioni di professionisti o di imprese gli associati s'impegnano sovente ad agire nell'osservanza di tali criteri, pena l'impossibilità di acquisire la qualità di socio o la revoca della stessa; nella promozione dei prodotti immessi nel mercato si fa spesso riferimento alla sostenibilità dei medesimi, con la conseguente necessità di proteggere i consumatori dalla pratica scorretta, sempre più diffusa, di usare dichiarazioni ambientali mistificatorie (c.d. *Greenwashing*: v. il punto 24 della risoluzione del Parlamento europeo 4 febbraio 2014 sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali)<sup>55</sup>.

Si pensi, ancora, ai contratti di vendita e di locazione immobiliare dai quali sorge l'obbligo, in capo al proprietario, di consegnare all'acquirente o al conduttore un attestato di prestazione energetica dell'immobile (art. 6, comma 2, d.lg. n. 192 del 2005), che certifichi la riduzione delle emissioni inquinanti nel settore edilizio, in funzione tanto del risparmio energetico, quanto della salubrità degli ambienti di vita<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. M. PENNASILICO, *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, cit., p. 167; Id., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 269; S. LANDINI, *Sostenibilità e diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, in corso di stampa, cui si rinvia per ulteriori indicazioni. Con particolare riguardo al rischio di *Greenwashing* e alla casistica in materia, v. M. PASQUETTI, *Ambiente e politiche di marketing: innovazione sostenibile e rischio "greenwashing"*, in M. CIANI SCARNICCI, A. MARCELLI, P. PINELLI, A. ROMANI e R. RUSSO (a cura di), *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, p. 160 ss., spec. p. 167 ss.

<sup>56</sup> Si veda G. BONNÌ, *Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 236 ss., il quale osserva che dal miglioramento delle condizioni di benessere ambientale all'interno di un edificio scaturisce la rilevanza dell'interesse anche non patrimoniale del creditore, solitamente trascurato nelle transazioni immobiliari, al punto che da tale rilevanza «potrebbe derivare, ove ne sussistano i presupposti, il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento (artt. 1174, 1218 e 1223 c.c.), eventualmente subiti per effetto del trasferimento o della concessione in godimento di un immobile "non sostenibile" per la salute di chi vi abita, messa in pericolo dalla bassa qualità dell'aria e dalle elevate emissioni cagionate dai materiali nocivi e dalle tecniche di costruzione impiegate» (p. 242). Sul risparmio energetico nel settore edilizio, v. anche

In realtà, il mercato dell'efficienza energetica richiede non soltanto un continuo sviluppo delle tecnologie, ma anche strumenti contrattuali efficaci e standardizzati, che garantiscano la realizzazione degli obiettivi di risparmio energetico. In questa logica, la direttiva 2006/32/CE (attuata con d.lg. n. 115 del 2008) ha prescritto che gli Stati membri «mettono a disposizione degli acquirenti effettivi e potenziali dei servizi energetici o delle altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica, nel settore pubblico e in quello privato, contratti modello» (art. 9, § 2); mentre la direttiva 2012/27/UE, che abroga la precedente, raccomanda agli Stati membri di incoraggiare gli enti pubblici, anche regionali e locali, e gli organismi di diritto pubblico competenti per l'edilizia sociale a «ricorrere, se del caso, alle società di servizi energetici e ai contratti di rendimento energetico per finanziare le ristrutturazioni e attuare piani volti a mantenere o migliorare l'efficienza energetica a lungo termine» (art. 5, § 7, lett. c).

Il contratto di rendimento energetico (*Energy Performance Contract* o EPC) è l'accordo mediante il quale un soggetto "fornitore" (*Energy Saving Company* o ESCo) s'impegna, con mezzi finanziari propri o di terzi, a compiere una serie di servizi e interventi integrati diretti alla riqualificazione e al miglioramento dell'efficienza di un sistema energetico (un impianto o un edificio) di proprietà di altro soggetto (cliente o "beneficiario"), verso un corrispettivo commisurato all'entità dei risparmi energetici attesi dall'incremento di efficienza del sistema<sup>57</sup>.

L'EPC è un contratto di durata caratterizzato dall'onerosità e corrispettività delle prestazioni. Il fornitore si obbliga al conseguimento del risparmio energetico (obbligazione c.d. di risultato), laddove il beneficiario rinuncia a interventi in proprio e cede i risparmi energetici futuri che fungono da corrispettivo. L'oggetto del contratto consiste nella realizzazione di un livello di efficienza energetica tale da consentire un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del beneficiario. Il fornitore anticipa i costi degli investimenti necessari per gli interventi da realizzare o assume l'obbligo di reperire i mezzi fi-

Id., *Condominio negli edifici e risparmio energetico*, *ivi*, p. 133 ss.; S. LANDINI, *Energie rinnovabili e sostenibilità ambientale*, *ivi*, p. 127 ss., spec. p. 132 s.

<sup>57</sup> Il legislatore italiano definisce il contratto di rendimento energetico come «accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari» (art. 2, comma 2, lett. n, d.lg. n. 102 del 2014, che attua la dir. 2012/27/UE).





nanziari presso terzi (ad es., istituti di credito). In talune ipotesi, peraltro, il "terzo" finanziatore entra anch'esso, in qualità di parte, nel rapporto contrattuale, che avrà così struttura trilaterale, e «addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito» (art. 2, lett. *m*, d.lg. n. 115 del 2008)<sup>58</sup>.

Il tratto fisionomico della figura è la combinazione di attività e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica, finalità che costituisce la causa o funzione del contratto, ben oltre i contingenti interessi delle parti. L'efficienza energetica, infatti, è un valore che tende sempre più a imporsi nell'ordinamento italo-europeo, al fine di assicurare un futuro energetico eco-sostenibile<sup>59</sup>. Sotto questo riguardo, gli Stati membri dell'Unione europea promuovono il «mercato dei servizi energetici» e l'accesso al medesimo delle piccole e medie imprese, e assicurano il corretto funzionamento di tale mercato, «adottando, se necessario, misure per eliminare gli ostacoli di ordine regolamentare e non regolamentare che impediscono l'introduzione di contratti di rendimento energetico e altri modelli di servizi di efficienza energetica per l'individuazione e/o l'attuazione di misure di risparmio energetico» (art. 18, § 2, lett. *b*, dir. 2012/27/UE).

Pertanto, non può revocarsi in dubbio che l'EPC, quale peculiare declinazione del "contratto ecologico"<sup>60</sup>, persegua un interesse meritevole di tutela *in*

*re ipsa*. L'efficienza energetica, intesa come uso razionale e responsabile dell'energia, induce una contrazione dei consumi a livello globale, atteggiandosi quale principale fonte di energia sostenibile, in grado di contribuire alla salubrità dell'ambiente e di rimediare alla scarsità delle risorse. Il meccanismo negoziale dell'EPC è, dunque, di per sé virtuoso, poiché utile a ridurre le emissioni nocive e i cambiamenti climatici, con benefici a vantaggio della collettività e delle generazioni future<sup>61</sup>.

Il "contratto ecologico", pertanto, è applicazione privilegiata del paradigma intergenerazionale, che ispira la trasformazione dell'economia di mercato in «economia di mercato sociale ed ecologica»<sup>62</sup>. Se si vuole evitare che non soltanto il mercato, ma la stessa democrazia, si riveli un regime di saccheggio delle risorse naturali a danno dei posteri, occorre fondare le regole di conservazione e fruizione di risorse e beni ambientali sul principio di responsabilità intergenerazionale e costruire una mentalità, una cultura "verde", dalla quale trarre ispirazione per comportamenti adeguati e "durevolmente responsabili"<sup>63</sup>.

## 6. L'effettività dell'endiadi "sostenibilità-solidarietà" alla base dello "Stato sociale e ambientale di diritto".

Ecco, allora, il problema "pratico", al quale prima alludevo, che è, come sempre, quello dell'effettiva attuazione delle prescrizioni di principio: mai come nel nostro tempo si ha l'impressione che l'endiadi "sviluppo sostenibile – solidarietà ambientale" sia ben più declamata che tradotta in comportamenti concreti. Si pensi alla c.d. sindrome Nimby, acronimo di *Not In My Back Yard*, «non nel mio cortile»: essa indica un atteggiamento, esteso ormai a qualsiasi iniziativa produttiva, che si riscontra in particolare nelle proteste contro opere di interesse pubblico che hanno, o si teme possano avere, un forte impatto ambientale. I comitati, che si mobilitano di volta in volta contro determinati obiettivi, sono non soltanto un modo di fare politica contro le scelte dei governi nazionali e locali, ma anche un

<sup>58</sup> La prassi commerciale ha sviluppato un'ampia tipologia di EPC, sulla quale si veda P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*. Energy performance contract, Torino-Milano, 2011; in sintesi, P. PISELLI, S. MAZZANTINI e A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico* (Energy Performance Contract), in

[www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto\\_amministrativo/I\\_Piselli\\_rendimento\\_energetico.html](http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_amministrativo/I_Piselli_rendimento_energetico.html); M.

MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 420 ss. (ora in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 275 ss.); M. PENNASILICO, *Il contratto di rendimento energetico* (Energy Performance Contract), in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 242 ss.

<sup>59</sup> In tali termini, M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 248; per ulteriori riferimenti, si rinvia a G. BONNÌ, *Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale*, cit., p. 236 ss.

<sup>60</sup> La giurisprudenza amministrativa ha ricondotto la figura del contratto di rendimento energetico allo schema generale degli appalti verdi (TAR Puglia-Lecce, 17 novembre 2006, n. 5373, in *Urb. app.*, 2007, p. 479 ss., con nota di L. MASI, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde*). Non sembra, tuttavia, corretto assimilare il contratto di rendimento energetico all'appalto, giacché diverso è il criterio di valutazione dell'adempimento: l'esecuzione a regola d'arte dell'opera o del servizio, nell'appalto; il risparmio energetico, nell'EPC. Ne consegue un differente modo di determinazione e corresponsione del corrispettivo: un canone periodico variabile, nell'EPC, commisurato al risparmio di spesa conseguito dal beneficiario; una somma di denaro, nell'appalto, complessivamente determinata, che il committente s'impegna a pagare per il compimento dell'opera o del servizio una volta intervenuta,

di norma, la propria accettazione (cfr. M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 247). Ciò nondimeno, è lecito attrarre la figura al paradigma del "contratto ecologico", del quale condivide la segnalata integrazione dell'interesse ambientale sul piano funzionale o causale.

<sup>61</sup> Così, M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 248.

<sup>62</sup> P. HÄBERLE, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., IX, Roma, 2000, p. 1 ss., spec., p. 40.

<sup>63</sup> Così, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 768.

fenomeno di dissociazione da ogni obbligo di solidarietà sociale e ambientale<sup>64</sup>.

Il settore dei rifiuti costituisce il paradigma di una situazione nella quale le ragioni dello sviluppo sostenibile e della solidarietà sono rigettate *a priori*, in nome di forme esasperate di individualismo e di egoismo localistico, come ha messo in evidenza il noto caso della Campania, inasprito al punto tale da richiedere l'intervento dell'esercito per tentare di ripristinare la sicurezza e la legalità<sup>65</sup>.

È, dunque, necessario definire politiche pubbliche coerenti ed efficaci di tutela dell'ambiente, che richiamino ai principi di sostenibilità ambientale e di doverosità solidale tanto l'attività delle pubbliche amministrazioni, quanto l'impegno dei cittadini e delle forme organizzative, istituzionali o spontanee<sup>66</sup>. La tutela dell'ambiente non può fondarsi sulla sola repressione dei comportamenti illeciti e dei casi di disubbidienza incivile. Occorre un rinnovato impegno dei pubblici poteri per promuovere non soltanto la cultura della legalità, ma anche quella della solidarietà ambientale, che deve tradursi in più incisivi e adeguati modi di partecipazione, informazione e consultazione sistematica dei cittadini e delle comunità locali<sup>67</sup>, affinché il nostro "Stato sociale di diritto" possa finalmente trasformarsi in uno "Stato sociale e ambientale di diritto"<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Amb. svil.*, 2009, p. 585 ss., spec. p. 593 s.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010, p. 98 ss.

<sup>65</sup> Sul punto, v. M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 301 ss.; S. MAROTTA, *L'emergenza rifiuti in Campania tra pubblico e privato*, in A. LUCARELLI e A. PIEROBON (a cura di), *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009, p. 423 ss.

<sup>66</sup> Cfr. P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 594.

<sup>67</sup> Si veda, in tal senso, B. MANFREDONIA, *Diritto all'informazione ambientale e bilanciamento degli interessi*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 66 ss.; *amplius*, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., p. 1 ss.

<sup>68</sup> Così, M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale*, cit., p. 52 s. Questa prospettiva – scrive S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., p. 36 – «si è venuta meglio delineando quando il principio di solidarietà è stato esteso in direzioni che vanno al di là del modello classico dello Stato sociale, com'è avvenuto per la questione ecologica, che si proietta oltre i confini di singoli Stati e implica responsabilità comuni. Si è così parlato di un "ecological citizen", non condizionato nel suo agire dal riferimento esclusivo a interessi egoistici o logiche di mercato, ma necessariamente coinvolto in processi collettivi, dove si manifesta una ulteriore connessione – quella tra solidarietà e partecipazione – che fa riemergere la solidarietà come virtù "repubblicana"».



# Materiali e commenti



# “INFORMAZIONI GENERALI” E “INFORMAZIONI PERSONALIZZATE” NELLA NUOVA DIRETTIVA SUI MUTUI IPOTECARI AI CONSUMATORI.

Di Antonio Las Casas

| 1

**SOMMARIO:** 1. *Le asimmetrie informative e la circolarità dell’informazione precontrattuale nella direttiva 17/2014* – 2. *Le informazioni generali (art. 13)* – 3. *Le informazioni precontrattuali personalizzate (art. 14)* – 4. *Il contenuto del PIES e il procedimento di contrattazione delineato dall’art. 14* – 5. *Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione* – 6. *Conclusioni.*

## 1. Le asimmetrie informative e la “circolarità” dell’informazione precontrattuale nella direttiva 17/2014.

Il processo che ha condotto all’elaborazione della direttiva 17/2014 sui mutui ipotecari ai consumatori per fini residenziali ed alla approvazione del suo testo definitivo<sup>1</sup> ha sin dall’inizio riservato speciale attenzione all’obiettivo di assicurare al consumatore, che si accinga a concludere un contratto avente lo scopo di procurare credito collegato all’acquisto o al mantenimento della proprietà di un immobile, un adeguato livello di informazione su alcuni profili rilevanti dell’operazione<sup>2</sup>.

In via generale, lo speciale rilievo attribuito dal legislatore comunitario alla disciplina degli obblighi informativi rispetto alle contrattazioni destinate a dar luogo alla concessione di credito ai consumatori (ambito già oggetto, com’è noto, della direttiva 2008/48/CE), non diversamente da come accade in altri ambiti riguardanti la contrattazione del consumatore, si spiega, naturalmente, alla luce dell’obiettivo di consentire al consumatore di “confrontare” e “valutare” le diverse offerte reperite sul mercato e prendere una “decisione informata sull’opportunità di concludere un contratto” (così all’art. 14 della dir. 17/2014, o “una decisione con piena cognizione di causa” come si diceva all’art. 5 della dir. 2008/48/CE sul credito ai consumatori).

Anche nell’ambito delle operazioni volte a far acquisire al consumatore credito a fini residenziali garantito da diritti immobiliari risulta quindi confermato un tratto essenziale della strategia comunitaria di regolazione dell’autonomia privata, che, sulla scorta del noto assunto relativo alla “asimmetria informativa” dalla quale il contraente non professionale è strutturalmente e per definizione affetto, vede nelle “regole di informazione” un accorgimento fondamentale per far sì che si inveri nei fatti

<sup>1</sup> Direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del Regolamento (UE) n. 1093/2010, in G.U. U.E. 28.2.2014, 60/34.

<sup>2</sup> Per informazioni sulle tappe del processo che ha condotto all’approvazione della direttiva 17/2014/UE nel suo testo oggi vigente v. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *I Contratti*, 2011, p. 956; RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in corso di pubblicazione su *I Contratti*, 2015, p. 70.



12

quella condizione di “trasparenza”<sup>3</sup> (che si vuole idealmente presupposta dal modello codicistico del contratto “in generale” come forma giuridica generale del libero scambio privato) che costituisce precondizione necessaria per un efficiente incontro della domanda e dell’offerta, al fine di scongiurare “fallimenti del mercato”<sup>4</sup>.

Entro questo quadro generale possono spiegarsi le numerose regole operanti nei vari ambiti presi in considerazione dalla legislazione consumeristica di derivazione comunitaria (quanto la sistema italiano in gran parte confluita nel c.d. Codice del consumo) intese a dotare il consumatore, nel corso della fase precontrattuale, di adeguate cognizioni in merito alle caratteristiche dell’oggetto della prestazione contrattuale e ad alcuni aspetti del regolamento, in modo da rendere *ex ante* conoscibili dal consumatore dati che questi potrebbe acquisire prima della conclusione del contratto soltanto ad un costo che si rivelerebbe insostenibile sulla base di un ordinario parametro di razionalità economica strumentale<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> In generale sulle possibili accezioni ed implicazioni giuridiche della nozione di trasparenza in relazione alla legislazione consumeristica v. sin d’ora PAGLIANTINI, voce *Trasparenza*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, Milano 2011.

<sup>4</sup> In questa prospettiva, i problemi fondamentali dell’informazione precontrattuale con riferimento ai contratti oggetto di disciplina da parte delle fonti di derivazione comunitaria sono stati tutti messi a fuoco e sviluppati da S. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 281; poi GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in MAZZAMUTO (cur.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino 2002, p. 144; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, *Annali IV*, Milano 2011; ROPPO, *L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747; VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241; più in generale sul senso complessivo della disciplina dei contratti del consumatore nel processo di integrazione europea, CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *Eur. dir. priv.*, 2001, 703.

<sup>5</sup> La *ratio* secondo la quale le regole di informazione avrebbero l’obiettivo di rendere conoscibili *ex ante* al consumatore caratteristiche di beni acquistati che altrimenti sarebbero conoscibili (se non ad un costo ragionevolmente insostenibile per il contraente non professionale) soltanto dopo l’acquisto (*experience goods*) può agevolmente applicarsi, ad esempio, alla disciplina di tutela del consumatore vigente nell’ambito della multiproprietà o dei pacchetti turistici, la quale, com’è noto, correla anche regole di informazione e diritto di recesso del consumatore (cfr. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, cit. p. 289 e ss.). Da questo punto di vista, nel quadro delle tecniche di regolazione dell’autonomia privata nel mercato interno, le regole di informazione rimangono distinte dalle regole volte a realizzare un controllo sul contenuto (essenzialmente, nel campo dei contratti del consumatore, la disciplina delle clausole abusive di cui alla direttiva 93/13/CEE, comunque applicabile anche alle operazioni oggetto della presente direttiva sul credito ipotecario ai consumatori), le quali, secondo il punto di vista del legislatore

Tali esigenze assumono probabilmente rilievo ancora maggiore e anche qualitativamente diverso in relazione alle operazioni di credito oggetto della disciplina posta dalla direttiva 17/2014, le quali daranno normalmente vita a relazioni contrattuali di durata (con un certo costo di uscita) e i cui termini economici sono suscettibili di essere regolati convenzionalmente sulla base di una molteplicità di modelli contrattuali il cui contenuto costituisce in definitiva il “prodotto” che il consumatore acquista, mentre oggetto in senso stretto della prestazione del contraente professionale rimane comunque il trasferimento della proprietà o comunque la facoltà di godimento ed utilizzo di una somma di denaro contro un corrispettivo.

comunitario, avrebbero la funzione di tutelare il consumatore, mediante una tecnica diversa da quella delle regole di informazione, in quelle situazioni nelle quali l’asimmetria informativa non può essere colmata mediante regole di informazione in quanto, anche a seguito dell’informazione, i costi per la valutazione ed il confronto delle diverse offerte da parte del consumatore, a causa delle caratteristiche e dell’oggetto dell’informazione, sarebbero comunque proibitivi: cfr. S. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno*, cit.; l’individuazione del modello teorico in forza del quale la non conoscibilità di determinate caratteristiche dell’offerta (anche relative a ciò che nella contrattazione del consumatore viene comunemente definito l’equilibrio “normativo” del contratto) determina fallimenti del mercato che conducono alla prevalenza di attori che offrono beni di qualità inferiore si deve com’è noto a AKERLOF, *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*, in *84 Q. J. Econ.* 488. Sulle “clausole abusive” come fattori che, determinando uno squilibrio normativo non agevolmente osservabile *ex ante* dal consumatore, rendono “opaco” il prezzo in rapporto alle caratteristiche del bene e pertanto pregiudicano non solo il calcolo di costi e benefici dello scambio per il singolo consumatore ma in definitiva la stessa dinamica della concorrenza tra imprese come processo che dovrebbe tendere al successo degli attori capaci di giungere al più alto livello di soddisfazione del consumatore al minor costo (e così all’efficiente allocazione delle risorse) v. P. BARCELLONA, *Il contratto e l’economia globale*, in *Il contratto e l’economia globale*, in *Contratto e Lavoro subordinato: il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova 2000; CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit.. Sul rapporto tra trasparenza del regolamento contrattuale, come requisito che consenta al consumatore di apprezzare le conseguenze economiche dei termini contrattuali al fine di esercitare una effettiva libertà di decisione (e anche di reagire appropriatamente nel caso in cui nel corso del rapporto la controparte assuma contegni contrastanti con il regolamento contrattuale) e giudizio di vessatorietà della clausola secondo la direttiva 93/13/CEE, si è intrattenuta di recente la Corte Europea di Giustizia con le due sentenze 472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel Távközlési Zrt* [2012] e 92/11 *RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen V*, sulle quali si veda il commento di LEONE, *Transparency revisited – on the role of information in the recent case-law of the CJEU*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 312; in generale sulla questione PAGLIANTINI, voce *Trasparenza*, cit.; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013, p. 80 e ss., con ampi riferimenti, in particolare, alla prassi dell’ABF.



Si pone in particolare entro questo ambito, nella prospettiva comunitaria dei rimedi alle “asimmetrie informative”, accanto all’esigenza di rendere preventivamente disponibili informazioni che altrimenti il consumatore acquisirebbe soltanto nel corso dell’esecuzione del contratto, quella di rendere “semplici” informazioni complesse e segnalare l’esistenza di rischi (anche legati alla dimensione di durata del rapporto) che potrebbero non essere immediatamente evidenti al consumatore (e la cui comprensione e valutazione, nell’ambito della regolazione ordinaria e generale dell’autonomia privata, sarebbe ad esclusivo carico del contraente interessato).

Sia le concrete conseguenze economiche che il regolamento contrattuale può determinare nella sfera economica del consumatore, sia il modo nel quale eventuali circostanze future non del tutto prevedibili potranno incidere sulla portata di tali conseguenze economiche in relazione all’economia individuale del consumatore, si rivelano infatti in linea generale scarsamente conoscibili o comprensibili dal consumatore prima della conclusione del contratto<sup>6</sup>.

In questo quadro, dunque, se tratto costitutivo della nozione giuridica di consumatore è la strutturale insostenibilità (in relazione agli ordinari parametri della razionalità economica) dei costi necessari per la piena comprensione degli effetti economici concreti del regolamento contrattuale e per la completa valutazione dei rischi che tali effetti possono determinare sulla sfera individuale del consumatore, le scelte attuate con la direttiva 17/2014 sembrano volte a realizzare principalmente due obiettivi.

Da un canto, rendere intellegibili, anche mediante un’attività esplicativa del potenziale contenuto contrattuale modellata su un linguaggio non specialistico (cfr. *considerando* 41), gli effetti giuridici che si celano dietro le formule impiegate per la redazione delle clausole, e, inoltre, illustrare mediante specifiche indicazioni (volte ad evidenziare profili del rapporto che nell’ambito della disciplina del contratto “in generale” sarebbero lasciati alla auto-

noma valutazione di ciascun contraente, che se ne assumerebbe il relativo rischio) il concreto significato economico del contratto ed i rischi che, nel corso del tempo, la sua esecuzione (secondo lo specifico contenuto del contratto) può comportare rispetto alla economia individuale del consumatore<sup>7</sup>.

Tali sono le due funzioni che, in termini generali, possono accreditarsi alle regole di informazione poste dagli articoli 13 e 14 della direttiva in commento, nel quadro di un generale approccio, già sperimentato dalle regole comunitarie sulla tutela del consumatore, che fa leva sulla standardizzazione e sul carattere “documentale” delle modalità di trasmissione delle informazioni come accorgimenti volti a rendere più facilmente confrontabili, mediante una tecnica di “semplificazione” dell’informazione, le diverse offerte reperibili sul mercato.

Nel contesto del credito ai consumatori, tuttavia, la strategia comunitaria di regolazione dell’informazione precontrattuale, si arricchisce di profili ulteriori rispetto all’approccio che fa leva sulla mera trasmissione (secondo specifiche modalità standardizzate e documentali) di informazione dal contraente professionale al consumatore, già in parte sperimentati con la direttiva 48/2008 sul credito al consumo (nella parte nella quale prevede la valutazione del merito creditizio del consumatore).

Gli obblighi informativi posti dalla direttiva a carico del contraente professionale agli articoli 13 e 14 si collocano infatti entro un più generale quadro normativo che fa muovere l’informazione precontrattuale in un senso “bidirezionale” ed anzi caratterizzato da una certa “circolarità”<sup>8</sup>.

Se un primo (in ordine cronologico) e generale obbligo di informazione nei confronti di un consumatore concretamente interessato alla stipulazione di un contratto finalizzato al credito residenziale compete infatti al professionista, il quale deve rendere disponibili, ai sensi e secondo le modalità dell’art. 13 della direttiva, le informazioni “generali” relative alla totalità (cfr. il *considerando* n.38) dei “prodotti” rientranti nel campo di applicazione della direttiva offerti al pubblico dei consumatori, un onere di comunicazione, nella fase di contratta-

<sup>6</sup> Tutto ciò sulla scorta della nota distinzione tra *searchgoods*, *experiencegoods* e *credencegoods* tracciata, in sede di analisi economica, da NELSON, *Information and Consumer Behaviour*, 78 *Journal of Political Economy* 311, 312 (1970); in generale su tali categorie in relazione ai profili della disciplina della trasparenza bancaria che qui rilevano v. Banca d’Italia, *Revisione della disciplina secondaria sulla trasparenza: relazione sull’analisi d’impatto*, Luglio 2009, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), dove si sottolinea come un’adeguata disciplina della trasparenza può avere l’effetto di “riconduurre i *credencegoods* in *searchgoods*”; v. poi, in termini generali e con particolare riferimento ai prodotti finanziari, LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

<sup>7</sup> Per la distinzione tra informazione sulle “condizioni e il contenuto contrattuale” (che dovrebbe vincolare la parte alle dichiarazioni rese) e informazione volta a fornire “elementi di conoscenza e di valutazione” v. ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO (cur.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 402 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit.; PAGLIANTINI, *Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2/2014, p. 525



zione immediatamente successiva, sussiste anche in capo al consumatore, il quale, ai sensi dell’art. 20 della direttiva, dovrà fornire le informazioni necessarie a consentire al potenziale creditore la valutazione del merito creditizio.

Tali informazioni così fornite dal consumatore alla potenziale controparte costituiranno, da un canto, l’oggetto sul quale verrà condotta dal contraente professionale la valutazione del merito creditizio del consumatore ma forniranno anche, d’altro canto, il quadro necessario a determinare lo specifico prodotto da proporre al consumatore e sulla base del quale fornire al consumatore le “informazioni personalizzate” dell’art. 14 (cfr. il *considerando* n. 44 e il paragrafo 1 *lett. a* dell’art. 14 della direttiva in commento).

Informazione, dunque, che, nel processo di trattazione delineato dalla direttiva, muove dal professionista al consumatore, e viceversa, entro un quadro di regole che impone ad entrambe le parti obblighi e oneri di comunicazione e valutazione di informazioni e che “responsabilizza”, in particolare, il professionista ma, in una certa misura, anche il consumatore.

Al professionista, da una parte, è infatti imposto l’obbligo di valutazione delle informazioni trasmesse dal consumatore, a fini di verifica del merito creditizio e di comunicazione delle informazioni personalizzate, in modo da rendere il consumatore il più possibile edotto circa l’effettivo significato economico ed il relativo rischio della concreta operazione di credito che appare astrattamente conforme alle sue esigenze. Al consumatore è, d’altra parte, imposto il simmetrico onere di trasmettere informazioni complete e trasparenti in merito alla propria situazione ed alle proprie esigenze in modo da consentire al professionista di condurre adeguatamente la valutazione del merito creditizio e di fornire informazioni personalizzate che siano effettivamente modellate sulle esigenze e la condizione del consumatore e che così rispondano realmente alla funzione di consentire il confronto tra le diverse offerte e l’individuazione del modo più efficiente per soddisfare il concreto bisogno che il consumatore intenda affidare al contratto.

Le regole di informazione in questione presentano dunque, da un canto, quella standardizzazione delle modalità di trasmissione ed il connesso formalismo informativo tipici del dritto dei consumatori<sup>9</sup> ma tuttavia sono collocate entro un quadro nor-

<sup>9</sup> Formalismo e standardizzazione che destano le perplessità di parte della dottrina, soprattutto a fronte della constatazione di come rimanga in larga parte irrisolto nella disciplina dell’informazione precontrattuale di derivazione comunitaria il profilo della precisa funzione degli obblighi informativi e dunque delle appropriate conseguenze giuridiche, cfr. ALESSI, *Gli*

mativo complessivo che dà effettivamente vita ad una certa circolarità del flusso informativo e dei conseguenti oneri di valutazione in capo alle parti. Quadro che, integrato anche dalla previsione di specifiche iniziative volte alla promozione della “educazione finanziaria” dei consumatori (cfr. *considerando* n. 29 e art. 6 della direttiva), dovrebbe consentire di perseguire efficacemente l’obiettivo politico generale della direttiva che traspare dalla lettura dei *considerando* e cioè il “successo” dell’operazione di finanziamento risultante dalla soddisfazione, mediante il credito, del bisogno abitativo del consumatore unita alla possibilità di quest’ultimo di far fronte alle obbligazioni contrattuali, anche in relazione a possibili sopravvenienze che possano incidere sulla sua capacità di ripagare il credito (così assicurando l’efficienza ed il buon funzionamento del mercato del credito residenziale ai consumatori)<sup>10</sup>.

## 2. Le informazioni generali (art. 13)

Il flusso delle informazioni precontrattuali è organizzato e regolato dalla direttiva 17/2014 secondo una graduazione (la cui scansione si coglie dalla lettura dei *considerando* 37 – 41) che procede da un ambito generale, svincolato dall’instaurazione di una trattazione con un consumatore determinato (le regole sulla pubblicità degli articoli 11 e 12), verso un quadro via via più definito, che diviene ad un certo punto qualificato in modo determinante dalle informazioni trasmesse dal consumatore in merito alla propria situazione ed alle esigenze che intende soddisfare mediante il credito e quindi direttamente riferito alle caratteristiche della specifica negoziazione in corso<sup>11</sup>.

Prima tappa di tale processo, che quindi tende ad una completa “personalizzazione” del flusso infor-

*obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 311; per considerazioni articolate rispetto a formalismo e standardizzazione degli obblighi informativi in relazione alla trasparenza nel mercato bancario (con particolare riferimento allo stato della disciplina conseguente alle Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia del 29 luglio 2009), v. AUR. MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di Vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 557.

<sup>10</sup> V. in generale sul tema AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L’accesso al credito e il “bene casa”*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, p. 61.

<sup>11</sup> Rilevano tale “gradualità” dell’informazione precontrattuale nella direttiva 17/2014 RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit.; PAGLIANTINI, *Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE*, cit.



mativo, può considerarsi l'informazione relativa alla generalità dei prodotti offerti dal potenziale creditore, che, ai sensi dell'art. 13, rubricato "Informazioni generali", deve essere resa disponibile al consumatore "in qualsiasi momento ... su supporto cartaceo o su altro supporto durevole o sotto forma elettronica" ad opera dei potenziali creditori o degli intermediari del credito con vincolo di mandato.

Si tratta di un modello di disciplina che, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, è destinato ad incidere sulla disciplina (per certi versi analoga) delle informazioni al pubblico allo stato applicabile nell'ambito generale dei contratti bancari, ivi compresi quelli volti alla concessione di credito garantito da ipoteca, e risultante da quanto previsto dal capo I del titolo VI del *Testo Unico bancario* così come significativamente specificato ed integrato, com'è noto, dal Provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011 in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari"<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Banca d'Italia provv. 9 febbraio 2011 *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Recepimento della direttiva sul credito ai consumatori*, in G.U. 16 febbraio 2011, n. 38, Suppl. ord. n. 40, dove, alla sezione II (Pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 3, si prevede che "Per i contratti di mutuo garantito da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale, oltre ai fogli informativi, gli intermediari mettono a disposizione, mediante copia asportabile, un "foglio comparativo" contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti, il quale: a) elenca tutti i prodotti della specie offerti dall'intermediario, rinviando ai fogli informativi per la pubblicazione delle rispettive condizioni; b) indica in modo chiaro le caratteristiche e i rischi tipici dei mutui, secondo modalità che agevolano alla clientela la comprensione delle principali differenze tra i diversi prodotti offerti. Il documento riporta altresì, per ciascuno dei mutui in questione, almeno: il tasso di interesse; la durata minima e massima del mutuo; le modalità di ammortamento; la periodicità delle rate; il TAEG; l'esempio di importo della rata di ciascun mutuo, in conformità di quanto riportato nei relativi fogli informativi"; tale provvedimento della Banca d'Italia rappresenta la versione aggiornata e consolidata del Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, emanato, con riferimento all'ambito (originariamente) generale dei contratti bancari, su subdelega del CICR, ai sensi dell'art. 116, terzo comma del Testo unico bancario. L'originario provvedimento del 29 luglio 2009 è andato incontro a vari aggiornamenti (l'ultimo risale al 20 giugno 2012), necessari per dare conto delle modifiche legislative, il più rilevante dei quali è conseguito alle modifiche recate al Testo unico bancario dai decreti legislativi 27 gennaio 2010, n. 11 (attuazione della direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che ha introdotto il capo II bis al titolo VI del testo unico bancario) e 13 agosto 2010, n. 141 che, in attuazione della direttiva 2008/48/CE, ha interamente riformato il capo II del medesimo titolo VI, oggi denominato "Credito ai consumatori" e apportato anche alcune modifiche al capo I. Le parti del provvedimento della Banca d'Italia riferite agli ambiti del credito ai consumatori ed ai servizi di pagamento, trovano la loro base legislativa negli articoli 124, comma 7 (per il capo II) e 126 quater, comma 1 (per il capo II bis). Sul quadro attuale della disciplina in tema di trasparenza bancaria (che assume fisionomia differente nei tre ambiti nei quali può suddividersi:

Inoltre, già dal 2001, in seguito alla Raccomandazione della Commissione del 1 marzo 2001<sup>13</sup>, gli operatori del mercato creditizio, hanno adottato, su base volontaria, un codice deontologico che prevede, fra l'altro, anche che l'ente erogante il credito debba rendere disponibili "informazioni generali" secondo quanto indicato dall'allegato I alla Raccomandazione (che delinea un ambito di informazione non troppo dissimile da quello oggi individuato dalla direttiva 17/2014, come oggetto però di un obbligo legale in capo a creditori e intermediari del credito).

Come chiarito dai *considerando* (37 e 38), poiché la pubblicità (regolata dai precedenti articoli 10 e 11) si riferisce di norma ad "uno o più prodotti" proposti dal contraente professionale, la norma dell'art. 13, nel disciplinare il contenuto e le modalità di pubblicizzazione delle "informazioni generali", intende dar rilievo all'interesse dei consumatori potenzialmente interessati al credito a conoscere le caratteristiche essenziali "di tutta la gamma dei prodotti di credito offerti" da ciascun operatore del mercato del credito.

Per questa ragione, la norma dispone che il consumatore potenzialmente interessato al credito debba avere accesso ad una serie di dati che gli consentano di individuare le caratteristiche distintive della complessiva offerta di ciascun operatore del mercato del credito, al fine primario di agevolare, già in sede di acquisizione di una prima informazione generale sulle condizioni del mercato, il confronto tra la platea delle offerte disponibili presso i diversi potenziali erogatori del credito.

Oltre a consentire tale confronto, le informazioni da fornire in questa sede, che appare caratterizzata da un contatto tra le parti ancora tenue e nel quale è ancora assente ogni elemento di concreta negoziazione in relazione alle specifiche esigenze e possibilità del consumatore e dunque ogni elemento di "personalizzazione" dell'informazione, sembrano altresì volte a consentire al consumatore un primo

operazioni e servizi bancari e finanziari; credito al consumo e servizi di pagamento, rispettivamente disciplinati dai capi I, II, e II bis del titolo VI del decreto legislativo 385 del 1993) e la complessa articolazione delle relative fonti, legali e regolamentari, anche in conseguenza dell'adozione della disciplina comunitaria in materia di credito al consumo, v. AUR. MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa*, 2014, p. 377; v. poi ID., *La trasparenza bancaria*, Padova 2012; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Regole, Bologna 2013, p. 55 e ss.; CARGNIEL – DE VELLIS, *La disciplina del credito ai consumatori: nuovi "strumenti di trasparenza" e forma dei contratti bancari*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, p. 312.

<sup>13</sup> *Raccomandazione della Commissione del 1 marzo 2001 sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa d'abitazione* (2001/193/CE), in G.U.C.E. L 69 10 marzo 2001, p. 25.



6

orientamento nel mercato del credito residenziale attraverso la conoscenza delle tipologie di prodotti astrattamente disponibili, delle loro caratteristiche essenziali e dei rischi che *in generale* (e dunque non con riferimento alla concreta condizione del consumatore) essi possono determinare.

Una prima *tranche* dell’informazione, dunque, ancora svincolata dalla negoziazione con specifici soggetti e pertanto rivolta in generale al mercato<sup>14</sup> e che, mediante la standardizzazione dei contenuti e delle modalità di trasmissione, appare volta a ridurre l’onere che il consumatore dovrebbe altrimenti sostenere per acquisire la conoscenza delle offerte disponibili sul mercato, sul presupposto che tale ampia e generale conoscenza, oltre a fornire al consumatore i primi rudimenti su un mercato che potrebbe essergli del tutto sconosciuto, sia utile al fine di individuare il prodotto ed il partner contrattuale che si presenti meglio in grado di rispondere alle esigenze che il consumatore intende soddisfare mediante il contratto.

Quanto al contenuto, tali informazioni dovranno comprendere le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti, quali: gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato; le forme di garanzia dalle quali può essere assistito; la possibile durata; i tipi di tasso debitore disponibili; le valute estere nelle quali il credito sia eventualmente disponibile; un’illustrazione del TAEG applicabile (mediante un esempio rappresentativo); la menzione degli ulteriori eventuali costi; le modalità di rimborso (con l’eventuale indicazione di numero, frequenza e importo delle rate); le modalità e condizioni per il rimborso anticipato (art. 13 *lett. a – k*).

Si tratta, com’è evidente, di informazioni relative a dati destinati a tradursi in contenuto dell’eventuale contratto da stipularsi e che dunque, relativamente agli aspetti appena elencati, hanno la funzione di far conoscere al pubblico, minimizzando così i costi di acquisizione di tali dati, le diverse tipologie di contenuti contrattuali astrattamente disponibili.

Inoltre, dovrà essere resa esplicita l’eventuale necessità di una perizia sul valore dell’immobile, con l’indicazione dei costi, o dell’acquisto di servizi accessori obbligatori al fine di ottenere il credito o ottenerlo alle condizioni offerte (art. 13 *lett. l – m*).

<sup>14</sup> Cfr., per la distinzione tra informazione generale *in incertampersonamo* resa al mercato e informazione propriamente precontrattuale “personalizzata”, nell’ambito della trasparenza bancaria, AUR. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 398 e ss.; per profili più generali in relazione al tema delle informazioni al mercato v. ZENO-ZENCOVICH, *Profili di uno statuto dell’informazione economica e finanziaria*, in *Dir. inf. Informatica*, 2005, p. 929.

Infine, tali informazioni generali comprendono anche altre indicazioni che, a ben vedere, non si risolvono né nell’anticipazione delle tipologie di contenuti contrattuali disponibili e nemmeno nella specificazione di eventuali attività e costi accessori che il consumatore dovrà sostenere al fine di accedere al credito (quali quelli per la perizia o l’acquisto di servizi ulteriori) ma costituiscono piuttosto spiegazione degli effetti economici che le diverse tipologie di contenuti contrattuali disponibili determinano, unita all’avvertenza circa i rischi che tali effetti economici sono in astratto suscettibili di determinare.

A questi ultimi fini sembrano infatti tendere le indicazioni in merito ai due profili che, in una fase della circolazione di informazioni ancora caratterizzata dall’assenza di alcun riferimento a soggetti determinati o operazioni specifiche, appaiono come quelli sui quali possono già appuntarsi le difficoltà del consumatore rispetto all’esatta comprensione degli effetti economici del contratto e dei profili di rischio per la sua sfera individuale: il carattere variabile del tasso debitore e il credito in valuta estera.

Le lettere *e* e *f*) dell’art. 13, infatti, prescrivono che, nell’indicare i tassi debitore disponibili, il creditore (o l’intermediario con vincolo di mandato) debba precisare se si tratti di tasso fisso o variabile e descrivere le “*caratteristiche di un tasso fisso e di un tasso variabile, comprese le relative implicazioni per il consumatore*” e che, nel caso in cui il credito sia denominato in valuta estera, occorra spiegarne le “*implicazioni per il consumatore*”.

Alla medesima categoria delle informazioni che costituiscono spiegazione degli effetti economici ed avvertenza sul “rischio” del contratto si lascia ascrivere anche la lett. *n*) dell’articolo in questione, ai termini della quale occorre comprendere nelle informazioni generali “*un’avvertenza generale relativa alle possibili conseguenze dell’inosservanza degli impegni legati al contratto di credito*”.

Quanto alle modalità di trasmissione di tali informazioni, in conformità ad un canone generale della disciplina del contratto col consumatore (cfr. art. 35 comma 2 cod. cons.), è prescritto che esse siano rese in forma “*chiara e comprensibile*”, lasciando così intendere (anche in congiunzione con quanto dichiarato nel *considerando* 41 in merito all’opportunità di utilizzare un linguaggio chiaro e comprensibile e non necessariamente modellato sulla terminologia tecnico-giuridica) un favore per quelle modalità comunicative in grado di illustrare contenuto, effetti economici e rischi dei possibili contratti secondo un registro che attinga essenzialmente al linguaggio comune e non specialistico.



### 3. Le informazioni precontrattuali “personalizzate” (art. 14)

Sul presupposto che abbia potuto avere accesso alle informazioni generali, rese disponibili ai sensi dell’art. 13, e proprio sulla scorta della “precomprensione” così acquisita (o quanto meno astrattamente acquisibile) in ordine alle caratteristiche generali del mercato e dei prodotti astrattamente disponibili, al consumatore spetta di fornire al potenziale creditore, intermediario del credito o rappresentante designato, le informazioni necessarie in merito alle proprie esigenze, la propria situazione finanziaria e le proprie preferenze, secondo quanto disposto dall’art. 20 della direttiva (cfr. art. 14, paragrafo 1 lett. a).

Soltanto dopo che il consumatore abbia assolto a tale onere, “*senza indebito ritardo*”, il creditore, l’intermediario del credito o il rappresentante designato, dovranno fornirgli le “*informazioni personalizzate necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull’opportunità di concludere un contratto di credito*” (così l’art. 14 paragrafo 1).

Tratto caratteristico delle informazioni precontrattuali dell’art. 14 è dunque in primo luogo, e secondo un modello già noto nelle sue caratteristiche essenziali al legislatore comunitario ed italiano (cfr. l’art. 5 della direttiva 2008/48/CE e il corrispondente art. 124 T.U.B.), il loro carattere personalizzato: esse si riferiscono cioè ad uno specifico prodotto, individuato dal contraente professionale sulla scorta di quanto riferito dal consumatore e a questi proposto per la sua valutazione, del quale sono volte ad illustrare e spiegare contenuto, effetti economici e rischi anche con riferimento alla specifica condizione personale e patrimoniale rappresentata dal consumatore.

Inoltre, deve evidenziarsi il particolare carattere standardizzato e documentale del contenuto e delle modalità di trasmissione delle informazioni. Esse vengono infatti comunicate mediante la consegna, su “*supporto cartaceo o altro supporto durevole*”, di un documento, il “*Prospetto informativo europeo standardizzato*” (PIES), il cui modello, che illustra contenuto e modalità espositive delle informazioni, si trova all’allegato II della direttiva, unitamente alle istruzioni per la sua compilazione. Eventuali informazioni aggiuntive dovranno essere fornite in un documento separato, ciò che rivela un impiego della standardizzazione volto anche a prevenire gli inconvenienti di un sovraccarico di informazioni, anche in tal caso secondo un modello già sperimentato

in occasione della direttiva 48 del 2008 sul credito ai consumatori<sup>15</sup>.

Ancora, la disciplina dell’informazione precontrattuale personalizzata lega la trasmissione dell’informazione ad una scansione della negoziazione organizzata secondo un procedimento che riserva al consumatore uno *spatiumdeliberandi* dopo la trasmissione dell’informazione personalizzata (il cui contenuto, come si vedrà, è definito in modo tale da predeterminare gli aspetti essenziali del contenuto del concreto contratto di credito proposto al consumatore) e prima della conclusione del contratto o comunque della definitiva produzione dei suoi effetti (cfr. *considerando* 23).

L’art. 14 si presenta pertanto, da questo punto di vista, come norma che, nel disciplinare il contenuto e le forme di comunicazione delle informazioni precontrattuali personalizzate, conforma al tempo stesso il procedimento per giungere alla conclusione del contratto o comunque alla stabilità dei suoi effetti giuridici (a seconda che tale “periodo di riflessione” venga strutturato dai legislatori nazionali come fase precedente alla conclusione del contratto o come tempo durante quale il consumatore può esercitare il diritto di recesso, cfr. art. 14 paragrafo 6).

Il modello delle informazioni personalizzate da rendersi mediante la consegna di un prospetto informativo standardizzato in tutto il territorio dell’Unione, oltre ad essere già stato adottato in occasione della direttiva sul credito ai consumatori, si avvale anche di una certa sperimentazione avvenuta su base volontaria.

Anche il PIES era infatti già stato elaborato in occasione della Raccomandazione della Commissione europea del 2001, cui ha fatto seguito l’adozione di un codice deontologico riguardante l’informativa precontrattuale al quale hanno potuto aderire, su base volontaria, gli operatori del mercato del credito. Di tale codice deontologico costituiva già parte integrante il “*Prospetto informativo europeo standardizzato*”, il cui modello si trovava all’allegato II alla citata Raccomandazione della Commissione europea del 1 marzo 2001. Tale originario modello, che appariva meno dettagliato di quello oggi adottato dalla direttiva 17/2014, soprattutto dal punto di vista della esplicazione degli effetti economici delle clausole contrattuali e del relativo rischio che esse possono determinare rispetto alla concreta condizione patrimoniale del consumatore, è stato rivisto ed ampliato, anche all’esito del

<sup>15</sup> Cfr. art. 5 dir. 48/2008/CE e art. 124, comma 2, del Testo unico bancario; per considerazioni critiche in merito a tale scelta del legislatore europeo v. DE POLI, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo*, in *Dir. della Banca e del mercato finanziario*, 2009, p. 33.



monitoraggio attuato dalla Commissione europea in ordine alla applicazione ed alla concreta efficacia informativa di tale prospetto informativo, originariamente facoltativo (cfr. *considerando* n. 40).

Il PIES contenuto all'allegato II della direttiva tiene conto dunque dei risultati delle consultazioni e delle attività di verifica e monitoraggio condotte dalle istituzioni comunitarie nel corso del processo che ha portato all'approvazione definitiva della direttiva 17/2014.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la disciplina delle informazioni precontrattuali personalizzate oggi introdotta dalla direttiva è destinata ad incidere in maniera sostanziale sulla disciplina allo stato applicabile ai contratti volti a realizzare operazioni di credito garantito da ipoteca, recata dal Capo I del Titolo VI del *Testo Unico bancario* e integrata e specificata dal già ricordato *Provvedimento della Banca d'Italia* del 9 febbraio 2011<sup>16</sup>, rendendola probabilmente del tutto superata alla luce

<sup>16</sup> Banca d'Italia provv. 9 febbraio 2011 *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Recepimento della direttiva sul credito ai consumatori*, cit., che ai paragrafi 6 – 8, stabilisce l'obbligo per l'intermediario di consegnare in anticipo copia del contratto (tuttavia non sempre gratuita e completa di tutte le condizioni economiche) ma solo su richiesta del consumatore. Prevede inoltre l'obbligo di allegare al contratto il documento di sintesi “che riporta in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, le condizioni economiche pubblicate nel foglio informativo relativo allo specifico tipo di operazione o servizio” e l'obbligo di riportare nel foglio informativo e nel documento di sintesi l'indicatore sintetico di costo, che per i mutui è denominato “tasso annuo effettivo globale” ed è calcolato come il TAEG previsto dalla disciplina in materia di credito ai consumatori; per il rapporto tra tali regole di trasparenza (applicabili entro l'ambito disciplinato dal capo I del titolo VI del T.U.B.) e le regole di trasparenza operanti negli ambiti del credito al consumo e dei servizi di pagamento v. AUR. MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, cit., p. 398 e ss. e in particolare nota 83 dove si solleva il problema della compatibilità tra le modalità di informazione precontrattuale prescritte dalle fonti secondarie della Banca d'Italia (che per i mutui prevedono la consegna gratuita di copia del contratto completa delle condizioni economiche soltanto a partire dal momento nel quale viene concordata la data per la stipula dell'atto presso il notaio, cfr. par. 6) e l'art. 127 bis T.U.B., che invece, nell'ambito dei servizi di pagamento, ma esprimendo un principio che potrebbe considerarsi di rilievo generale, dispone la gratuità delle informazioni precontrattuali comprensive delle condizioni economiche. Nell'ambito del credito al consumo, invece, com'è noto, la disciplina delle informazioni precontrattuali è più stringente per il creditore e prevede (art. 124 T.U.B.) che al consumatore siano fornite (mediante il modulo contenente le “*Informazioni europee di base sul credito ai consumatori*”) “prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito” e che il consumatore abbia altresì diritto di ricevere gratuitamente copia della bozza di contratto (salvo che il finanziatore o l'intermediario “*non intenda procedere alla conclusione del contratto*”).

dei più dettagliati e qualitativamente diversi obblighi di informazione previsti dalla direttiva.

Le informazioni che il PIES deve contenere possono catalogarsi, in modo non sostanzialmente diverso da quanto si è detto a proposito delle informazioni generali, tenendo conto però del carattere ormai “personalizzato” dell'informazione fornita, distinguendo a seconda che esse abbiano come oggetto la comunicazione preventiva di elementi destinati a far parte del contenuto del futuro contratto oppure la spiegazione del concreto funzionamento del meccanismo contrattuale così comunicato nei suoi termini fondamentali e cioè la spiegazione degli effetti economici che i termini del contratto in sostanza determinano e dei rischi cui essi possono dar luogo rispetto all'economia individuale del consumatore anche in relazione a possibili sopravvenienze.

La conoscenza preventiva di tutti tali elementi, entro i limiti che risultano dal contenuto e dalle modalità dell'informazione resi obbligatori dalla struttura del PIES, dovrebbe consentire al consumatore, durante il “periodo di riflessione” imposto dalla direttiva tra la comunicazione del prospetto e la conclusione del contratto (o la produzione definitiva dei suoi effetti), di confrontare le diverse offerte “personalizzate” pervenutegli e di valutare, alla luce delle esplicazioni e delle avvertenze contenute nel prospetto, l'adeguatezza del regolamento contrattuale proposto rispetto alle proprie esigenze ed alla propria condizione patrimoniale (“*confrontare e riflettere*”) per poter compiere una “*scelta informata*” secondo la dizione dei *considerando* 40 e 43).

Rispetto a tale valutazione, particolare rilievo riveste il carattere standardizzato delle modalità informative imposte. In forza di tale standardizzazione, ciascun contraente professionale è vincolato, quanto al contenuto ed alle modalità dell'informazione, al modello predisposto ed allegato alla direttiva, con le relative istruzioni per la compilazione e, qualora voglia (o debba, in base al diritto nazionale) fornire informazioni ulteriori, dovrà farlo mediante la consegna di un documento distinto che può essere allegato al PIES (cfr. art. 14, paragrafo 8 e *considerando* 42).

Da ciò consegue che, pur essendo la disciplina recata dalla direttiva in materia di informazioni da fornire tramite il PIES ai sensi dell'art. 14, secondo paragrafo, normativa di piena armonizzazione (con la conseguente preclusione per il legislatore nazionale di adottare misure divergenti da quelle comunitarie anche in senso più favorevole al consumatore: cfr. art. 2 della direttiva), una certa flessibilità deriva dalla possibilità ammessa dai *considerando* (cfr. *considerando* 42) di “*introdurre o mantenere laddove manchino disposizioni armonizzate*” ulteriori requisiti informativi, salva l'intangibilità (fosse anche



a beneficio del consumatore) del modello contenuto all'allegato II ai fini della redazione del PIES. Ulteriori spazi di flessibilità derivano dalla norma contenuta al paragrafo 5 dell'art. 14<sup>17</sup> e dalla possibilità per gli Stati membri di "elaborare e precisare ulteriormente le istruzioni per la compilazione" del PIES, così come prevede la parte B dell'allegato II.

Tale standardizzazione (assistita anche, nei limiti visti, dal presidio dell'armonizzazione massima) del PIES pertanto, mentre rende, per quanto possibile, "semplice" un'informazione complessa, garantisce che, su tutto il territorio dell'Unione, al consumatore potenzialmente interessato all'accesso al credito collegato ad immobili residenziali venga fornito il medesimo quadro di informazioni (organizzate ed esposte secondo una veste grafica uniforme, che dia il medesimo rilievo grafico alle informazioni del medesimo tipo e particolare evidenza alle avvertenze in merito ai rischi), al fine di ridurre i costi del "confrontare e riflettere", che potrebbero invece essere accresciuti da un sovraccarico di informazioni che, contaminando il modello concepito dal legislatore comunitario, possa sviare l'attenzione del consumatore e rendere opache le informazioni reputate fondamentali (anche con riguardo alle modalità ed alla veste grafica della trasmissione) dal legislatore comunitario.

#### 4. Il contenuto del PIES e il procedimento di contrattazione delineato dall'art. 14

La struttura fondamentale del PIES è costituita da quei dati destinati ad essere incorporati nel contenuto contrattuale nel caso in cui la negoziazione abbia esito positivo.

Da questo punto di vista la consegna del PIES secondo la scansione temporale prevista dall'art. 14 risponde all'obiettivo di far conoscere adeguatamente al consumatore il contenuto del contratto con sufficiente anticipo rispetto alla eventuale stipula, al fine di evitare che possa essere colto di sorpresa da clausole contrattuali che non abbia avuto modo di soppesare a sufficienza e di garantire che abbia il tempo sufficiente per confrontare le offerte<sup>18</sup>. As-

sumono rilievo, in questa prospettiva, innanzitutto le informazioni relative agli elementi fondamentali dell'operazione di credito: l'importo e la valuta del credito; la durata; il tipo di tasso di interesse applicabile (sez. 3 del PIES).

Particolare importanza, nel quadro dell'informazione volta ad anticipare il contenuto contrattuale, riveste la comunicazione relativa al TAEG (sez. 4 del PIES). Tale indicazione ha evidentemente la funzione di neutralizzare in qualche modo la complessità dell'offerta rispetto alla comprensione del sacrificio patrimoniale che essa pone a carico del consumatore, rendendo immediatamente percepibile a questi il costo totale del credito (sotto forma di una percentuale annua sull'importo totale finanziato, che tenga conto naturalmente non soltanto del tasso debitore ma anche degli altri costi noti al creditore), al fine di rendere meno onerosa la comparazione con altre eventuali offerte.

Analoga funzione illustrativa del contenuto del contratto hanno le informazioni relative alla frequenza, al numero e all'importo delle rate, illustrate anche mediante una tabella di ammortamento esemplificativa (sezioni 5, 6 e 7), all'esistenza di eventuali obblighi ulteriori o relativi a servizi accessori (sez. 8), alle modalità di estinzione anticipata ed alla complessiva "flessibilità" del contratto (sezioni 9 e 10), agli "altri diritti" del mutuatario (fra i quali spicca l'eventuale diritto di recesso, al fine di dare corso all'obiettivo di garantire al consumatore un adeguato "periodo di riflessione", che tuttavia può essere in alternativa realizzato riconoscendo al consumatore uno spazio di deliberazione precedente alla conclusione del contratto, del quale deve essere comunque data notizia mediante il PIES: sez. 11).

Unitamente a tali informazioni, che in definitiva danno luogo ad una comunicazione anticipata degli elementi del futuro contratto la cui conoscenza nella forma standardizzata e semplificata prevista è ritenuta fondamentale dal legislatore comunitario, il creditore a mezzo del PIES fornirà anche indicazioni volte a chiarire ulteriormente i concreti effetti economici che il meccanismo contrattuale determinerebbe a carico del consumatore e a rendergli evidenti i rischi che tali effetti economici possono comportare anche in relazione a sopravvenienze future.

Secondo questa logica si spiegano le specifiche avvertenze in merito alla tipologia del tasso debitore, alle modalità della imputazione dei pagamenti a rimborso del capitale o degli interessi, al modo nel

<sup>17</sup> Che consente agli Stati membri che prima del 20 marzo 2014 abbiano predisposto un prospetto informativo che adempie ad obblighi di informazione equivalenti a quelli previsti dall'allegato II di continuare ad utilizzare tale prospetto "nazionale" fino al 21 marzo 2019.

<sup>18</sup> Uno dei problemi riscontrati nella prassi cui aveva dato luogo il codice deontologico di cui alla Raccomandazione del 1 marzo 2001 è infatti rappresentato dalla non uniformità dei tempi di consegna del PIES, il che, nel caso di consegna non adeguatamente anticipata rispetto alla conclusione del contratto, creava ostacoli rispetto al confronto delle offerte e alla serena riflessione del consumatore in ordine all'opportunità di stipulare il

contratto, cfr. il documento di accompagnamento proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali SEC(2011) 355 def. e cfr. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, cit., e v. *considerando* n. 44 dir. 17/2014/UE.



quale può assumere rilievo il fatto che il credito sia denominato in valuta diversa da quella nazionale del consumatore.

Il creditore, infatti, nella sez. 3 del PIES (“*Principali caratteristiche del mutuo*”), dovrà: inserire specifiche avvertenze che segnalino al consumatore come potrebbe variare l’ammontare del credito eventualmente denominato in valuta estera nel caso di variazioni del tasso di cambio rispetto alla valuta nazionale del consumatore; fornire un’ulteriore indicazione esplicativa dell’incidenza economica del tasso debitore (specificando quanto il consumatore dovrà pagare per ogni unità della valuta nella quale è denominato il credito); segnalare se i pagamenti del consumatore debbano imputarsi ai soli interessi con il conseguente obbligo di rimborsare, al termine, il capitale.

Ancora, si prevede che alla sezione 4 (“*Tasso di interesse e altri costi*”) il creditore illustri ulteriormente le conseguenze economiche che un eventuale tasso variabile può determinare rispetto al TAEG, prospettando degli scenari ipotetici (secondo le dettagliate indicazioni contenute nella parte B del modello di PIES) che prendano in considerazione l’eventuale sensibile aumento del tasso debitore al fine di rendere ancora più evidente il rilievo economico delle pattuizioni contrattuali relative al tasso debitore<sup>19</sup>. Inoltre, in particolare nella sezione 6 (“*Importo di ciascuna rata*”), il creditore dovrà dare ulteriori specifiche avvertenze in merito ai rischi connessi alla dimensione di durata del credito, segnalando che l’eventuale pattuizione che comporti il rimborso dei soli interessi oppure, con specifico riferimento alle sopravvenienze, le variazioni del reddito del consumatore, del tasso debitore (anche in tal caso descritte facendo riferimento a scenari descritti nelle istruzioni della parte B che esemplifichino possibili aumenti delle rate a carico del consumatore) o del tasso di cambio nel caso di credito in valuta estera (illustrate con scenari esemplificativi), possono incidere sulla sostenibilità economica futura delle obbligazioni a carico del consumatore.

L’efficacia informativa del PIES si misura, poi, essenzialmente in relazione al procedimento che lo stesso articolo 14 delinea, lasciando tuttavia alcuni spazi di discrezionalità ai legislatori nazionali, per

<sup>19</sup> Mentre allo stato, sulla scorta della disciplina della trasparenza bancaria generale (articoli 116 e 117 TUB e relativa disciplina secondaria della Banca d’Italia) il funzionamento di un tasso variabile viene illustrato dalla banca mediante la consegna del “foglio comparativo” dei mutui il quale, nel caso di tasso variabile, indica il TAEG assumendo un valore del tasso variabile immutato per tutta la durata del contratto e specifica che il tasso d’interesse e il TAEG sono indicati in via soltanto esemplificativa, cfr. *Provvedimento Banca d’Italia 9 febbraio 2011, cit.*, p. 16 nota 4 e v. sul punto DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, cit.*, p. 87.

la conclusione del contratto e che risulta incentrato sulla previsione di un “periodo di riflessione” del quale il consumatore possa a sua discrezione fruire dopo che gli siano state rese disponibili le informazioni personalizzate a mezzo della consegna del PIES.

Come si è detto, il primo impulso alla circolazione delle informazioni precontrattuali personalizzate viene dato dal consumatore, sul quale incombe l’onere di rappresentare le proprie esigenze e la propria condizione a norma dell’art. 20.

Tale momento rappresenta l’avvio della contrattazione individualizzata tra le parti e segna anche, per così dire, il “termine iniziale” a partire dal quale diviene efficace, a carico del professionista, l’obbligo di fornire informazioni personalizzate a norma dell’art. 14. Tale norma, infatti, dispone che, dopo la trasmissione di informazioni da parte del consumatore, a questi vengano fornite le informazioni personalizzate (“*necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull’opportunità di concludere un contratto di credito*”) “*senza indebito ritardo*” (così l’art. 14 paragrafo 1 lett. a) e “*in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta*” (art. 14 paragrafo 1 lett. b).

Il medesimo articolo 14, specifica poi l’ambito delle alternative disponibili ai legislatori nazionali per conformare la conclusione del contratto alla stregua di un procedimento che assicuri che tale “periodo di riflessione” possa adeguatamente assolvere alla funzione di consentire al consumatore di “*confrontare e riflettere*” (considerando n. 44), “*valutare le implicazioni*” del contratto e “*prendere una decisione informata sull’opportunità di concludere un contratto di credito*” (art. 14 paragrafo 1).

Si individua pertanto a tal fine un certo stadio della contrattazione che costituisce il termine entro il quale deve necessariamente essere fornito il PIES. Punto fermo della disciplina dettata in sede comunitaria è infatti l’obbligo per gli Stati di assicurare che “*quando al consumatore è proposta un’offerta vincolante per il creditore*” essa non soltanto sia fornita “*su supporto cartaceo o altro supporto durevole*”<sup>20</sup> ma sia anche “*accompagnata da un PIES*” (art. 14 paragrafo 3, oltre che, ai sensi del paragrafo 11, “*almeno nei casi in cui non sussiste diritto di recesso*”, dalla consegna di una copia della bozza del contratto).

<sup>20</sup> Nozione da intendersi, anche per ciò che si dichiara espressamente nel preambolo (cfr. considerando 19) ed all’art. 4 n. 18 della direttiva, allo stesso modo di come la si intende rispetto alla direttiva sul credito ai consumatori; cfr., sul significato di “supporto durevole” nella dir. 2008/48/CE, MAUGERI – PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano 2013, p. 16 e ss.





Se, dunque, la comunicazione di un’offerta vincolante costituisce il termine ultimo entro il quale, nel disegno della direttiva, deve essere fornito il PIES, agli Stati membri è comunque consentito di rendere obbligatoria la consegna del PIES anche prima della emissione della offerta vincolante per il creditore, purché sia previsto l’obbligo di fornire nuovamente un PIES nel caso in cui l’offerta successivamente proposta abbia caratteristiche diverse da quelle delle quali dà conto il PIES consegnato (art. 14 paragrafo 4).

L’art. 14, poi, quantifica tale “*tempo utile*” che deve precedere la definitiva costituzione del vincolo contrattuale per il consumatore in “*almeno sette giorni*” (art. 14 paragrafo 6), lasciando agli Stati la scelta sulla specifica tecnica di disciplina della contrattazione mediante la quale conseguire tale risultato.

In particolare, gli Stati possono prevedere che tale periodo di almeno sette giorni sia strutturato come una fase che precede obbligatoriamente la conclusione del contratto. Qualora in sede di recepimento la scelta andasse in tal senso, il legislatore nazionale dovrà altresì prevedere che l’offerta i cui termini siano esposti nel PIES sia vincolante per il creditore durante la pendenza del periodo di riflessione.

Quanto alla facoltà di accettazione da parte del consumatore, è lasciata agli Stati membri un’ulteriore scelta tra il consentire al consumatore di “*accettare l’offerta in qualunque momento durante il periodo di riflessione*” e il “*prevedere che i consumatori non possano accettare l’offerta per un periodo non superiore ai primi dieci giorni del periodo di riflessione*” (cfr. art. 14 paragrafo 6, commi 3 e 4).

Oltre alla disciplina dell’art. 14, un’avvertenza generale che occorre tenere presente al fine di ricostruire correttamente il modo nel quale dovrebbe essere strutturato il procedimento affinché esso possa realizzare adeguatamente gli obiettivi della direttiva sembra essere quella contenuta alla fine del *considerando* 43, secondo la quale “*gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che, qualora decida di concedere il credito, il creditore sia vincolato alle informazioni fornite nel PIES*”.

Alla luce di questo quadro, qualora uno Stato membro scelga di recepire l’indicazione comunitaria relativa al periodo di riflessione nei termini di uno *spatiumdeliberandi* precedente alla conclusione del contratto, il procedimento di contrattazione potrà essere conformato secondo le alternative che si prova ad ipotizzare di seguito.

Nel caso in cui uno Stato membro, ritenendo di avvalersi della possibilità in tal senso offerta dalla direttiva (art. 14 paragrafo 4), imponga la consegna

del PIES in una fase antecedente la comunicazione di una offerta vincolante per il creditore, si dovrebbe ritenere che comunque la soluzione rispettosa della *ratio* della direttiva (per come espressa dal *considerando* 43) e dell’indicazione che emerge dal paragrafo 6, terzo comma (“*Se uno Stato membro prevede un periodo di riflessione prima della conclusione di un contratto di credito ... l’offerta è vincolante per il creditore per la durata del periodo di riflessione*”), sia quella di prevedere in ogni caso l’emissione da parte del futuro creditore, dopo la consegna del PIES, di una offerta vincolante, dal contenuto corrispondente a quello del PIES, che il consumatore avrebbe la facoltà di accettare durante il periodo di riflessione.

Se infatti il periodo di riflessione deve essere connotato da una condizione di vincolo del creditore rispetto alla propria offerta e di libertà del consumatore per consentirgli di “*confrontare e riflettere*” (questo il sistema che risulta dalla lettura dell’art. 14 paragrafo 1 lett. b, “*prima che il consumatore sia vincolato*”, e paragrafo 6, terzo comma: “*l’offerta è vincolante per il creditore per la durata del periodo di riflessione*”), allora tale periodo di riflessione non può che decorrere dalla emissione dell’offerta vincolante per il creditore ed il tempo intercorso tra la consegna del PIES (nell’ipotesi in cui essa sia resa obbligatoria dalla legislazione nazionale prima della comunicazione dell’offerta) e l’emissione dell’offerta non può essere qualificato se non come un ulteriore strumento di tutela del consumatore, reso facoltativo per gli Stati dal paragrafo 4 dell’art. 14, ma irrilevante (ai sensi del paragrafo 6, terzo comma) ai fini del compimento del periodo di riflessione secondo le modalità e i tempi richiesti dalla direttiva.

Lo Stato membro che scegliesse di rendere obbligatoria la consegna del PIES già prima della emissione dell’offerta vincolante, potrebbe piuttosto decidere di non avvalersi della possibilità riconosciuta al quarto comma del paragrafo 6 (prevedere che i consumatori non possano accettare l’offerta per un periodo non superiore a dieci giorni) in considerazione del fatto che il consumatore, avendo già ricevuto il PIES, avrebbe già avuto il tempo sufficiente a esaminare le condizioni dell’offerta e percepire il rischio economico del contratto. Rimarrebbe in tale caso comunque intatta l’esigenza di imporre che l’offerta rimanga ferma per un periodo di almeno sette giorni dopo l’emissione, durante i quali il consumatore potrebbe accettarla, in modo da strutturare il periodo di riflessione in conformità a quanto richiesto dalla direttiva.

Un procedimento così strutturato si presterebbe a realizzare le esigenze informative che stanno alla base della disciplina del PIES di cui all’articolo 14,

in quanto consentirebbe al consumatore di conoscere adeguatamente, grazie alla illustrazione standardizzata e semplificata che costituisce la funzione pratica del PIES, il contenuto dell’offerta ed i rischi economici che essa comporta rimanendo al riparo da eventuali mutamenti dell’offerta e ridurrebbe dunque in modo efficace l’onere dell’attività precontrattuale di confronto delle offerte e valutazione dei rischi per il consumatore.

Al contrario, nel caso in cui il periodo di riflessione non fosse legato ad un’offerta vincolante per il creditore, esaurito l’esame ed il confronto del PIES, il consumatore si troverebbe esposto alla possibilità che il creditore muti le condizioni proposte. Ciò comporterebbe la consegna di un nuovo PIES e un’ulteriore attività di valutazione e ricerca precontrattuale da parte del consumatore (che potrebbe dunque avvenire in assenza di impegni della controparte), con conseguente aggravio dei costi e a danno degli obiettivi di trasparenza ed efficienza dell’informazione precontrattuale (intesa essenzialmente a ridurre i costi di ricerca e di valutazione per il consumatore) sottesi alle modalità di informazione documentale, standardizzata e semplificata adottate dalla direttiva.

In altri termini, sembra che un eventuale periodo di riflessione ipoteticamente previsto dal legislatore nazionale come successivo alla consegna del PIES, ma in assenza della condizione di vincolo del creditore cui dà luogo l’offerta vincolante, non potrebbe assolvere alla funzione informativa in modo coerente con la *ratio* espressa dalla direttiva. E dunque l’eventuale soluzione nazionale che prevedesse una consegna del PIES anticipata rispetto all’offerta vincolante e consentisse ai creditori l’emissione di offerte non vincolanti, imputando a “periodo di riflessione” il tempo trascorso tra la consegna del PIES e l’emissione dell’offerta non sarebbe conforme alla disciplina comunitaria. Ciò non esclude naturalmente che, ferma restando la necessaria vincolatività dell’offerta per il creditore per il tempo richiesto affinché possa considerarsi rispettato il periodo di riflessione, il consumatore potrà accettare tale offerta in qualunque momento (salva una diversa previsione del legislatore nazionale ai sensi dell’articolo 14, paragrafo 6, comma quarto, in merito ad un periodo di riflessione obbligatorio per il consumatore al massimo di dieci giorni).

Da ciò consegue che la soluzione che si avrebbe qualora il legislatore nazionale non imponesse la consegna del PIES prima dell’offerta vincolante ma richiedesse soltanto (in conformità a quanto previsto dall’art. 14 paragrafo 3) che esso obbligatoriamente accompagni l’offerta vincolante non differirebbe in modo rilevante dal modello appena esposto, per ciò che concerne la decorrenza del periodo di riflessio-

ne e le rispettive situazioni soggettive (di vincolo e di libertà) delle parti.

In tal caso, infatti, a maggior ragione, pur se restasse ferma, per ipotesi, la facoltà del creditore di consegnare il PIES anche prima della consegna della offerta vincolante, il tempo necessario affinché possa considerarsi integrato il periodo di riflessione non potrebbe che decorrere dalla emissione dell’offerta vincolante, rimanendo invece irrilevante il tempo eventualmente trascorso tra la consegna del PIES e l’emissione dell’offerta.

Gli Stati hanno poi la facoltà di recepire l’indicazione comunitaria relativa alla garanzia di un “periodo di riflessione” per il consumatore riconoscendo a quest’ultimo il diritto di recesso dopo la conclusione del contratto (che pertanto dovrà essere consentito per almeno sette giorni a partire dalla conclusione del contratto).

In questo caso, che, almeno in questa sede di primo esame della disciplina, sembra garantire in misura minore rispetto al precedente l’effettiva libertà di scelta del consumatore (perché richiede un comportamento attivo e oneroso volto a dissolvere un rapporto già costituito piuttosto che la mera inerzia del consumatore a fronte dell’assenza di alcun obbligo in capo al medesimo), non si avrebbe alcun preciso vincolo per il creditore in merito al tempo da lasciare necessariamente al consumatore per la riflessione tra la consegna del PIES e la conclusione del contratto ma dovrebbe tuttavia ritenersi ferma l’indicazione del paragrafo 3 dell’articolo 14, secondo la quale nel caso in cui venga emessa un’offerta vincolante per il creditore essa deve essere accompagnata dalla consegna del PIES.

Una volta fornito il PIES potrebbe dunque farsi luogo immediatamente alla conclusione del contratto senza attendere il compimento di alcun periodo di riflessione, ma rimarrebbe in vigore, per un tempo che deve essere precisato dai legislatori nazionali (purché sia di almeno sette giorni), il diritto di recesso del consumatore.

Un aspetto rilevante, nel caso in cui l’obiettivo della garanzia di un periodo di riflessione sia realizzato dal legislatore nazionale mediante il riconoscimento del diritto di recesso, è la possibilità, per gli Stati, di prevedere in sede di recepimento che tale diritto si estingua nel caso in cui il consumatore intraprenda “*un’azione che, in base al diritto nazionale, si risolve nella creazione o nel trasferimento di diritti di proprietà in connessione con o mediante l’utilizzo di fondi ottenuti con il contratto di credito, ovvero – in caso – nel trasferimento di fondi a terzi*” (così il *considerando* 23). Tale indicazione diretta ai legislatori nazionali non si trova per la verità riprodotta in alcuna specifica disposizione dell’articolato direttiva e se ne trova traccia soltanto nel *conside-*





rando 23 e nel modello del PIES all'allegato II della direttiva<sup>21</sup>. Si deve ritenere dunque, anche se le indicazioni normative in proposito non sono chiarissime, che rimanga la possibilità che gli Stati membri limitino o escludano il diritto di recesso essenzialmente nel caso in cui il consumatore, durante la pendenza del diritto, utilizzi effettivamente il credito (per ipotesi effettivamente erogato e nella disponibilità del consumatore) ponendosi così in una condizione di fatto poco compatibile con la dissoluzione del rapporto che conseguirebbe al recesso.

Le modalità secondo le quali è strutturato il periodo di riflessione, sotto forma di opzione precedente alla conclusione del contratto ovvero sotto forma di diritto recesso, sono tali da porre probabilmente qualche problema di coordinamento con la prassi della contrattazione immobiliare per alcune operazioni, rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, mediante le quali si realizza, anche in considerazione delle esigenze di tutela del creditore in ordine alla immediata costituzione della garanzia ipotecaria, la stipulazione e l'erogazione del mutuo contestualmente alla conclusione del contratto di compravendita al fine dell'immediata iscrizione (in forza del consenso dell'acquirente) della garanzia reale sull'immobile acquistato per mezzo del credito.

Nel caso in cui il periodo di riflessione sia conformato, mediante la tecnica dell'offerta vincolante per il creditore, come periodo precedente alla conclusione del contratto, può ipotizzarsi che il consumatore, esaurita la riflessione e sciolta in senso positivo la riserva, possa aver interesse a vincolare definitivamente la controparte alle condizioni dell'offerta (così come esplicate e comprese grazie al PIES) senza attendere il momento nel quale sia possibile procedere contestualmente alla stipula della compravendita collegata al contratto di credito. Pertanto, al di fuori del caso nel quale l'accettazione della proposta da parte del consumatore si realizzi direttamente mediante la definitiva stipulazione del contratto di compravendita e del contratto di mutuo e quindi con la contestuale erogazione del credito (utilizzato come prezzo) e l'iscrizione dell'ipoteca, si porrà il problema di coordinare le tecniche di tutela del consumatore impiegate dalla direttiva in ordine al “periodo di riflessione” con le riferite carat-

teristiche della prassi della contrattazione immobiliare.

Analogo problema di coordinamento può porsi nel caso in cui in sede di recepimento si scelga di attuare l'indicazione comunitaria in merito al “periodo di riflessione” del consumatore, sotto forma di diritto di recesso a questi riconosciuto dopo la conclusione del contratto. Anche in tal caso si porrà il problema di coordinare (presumibilmente mediante l'impiego di termini e condizioni che in qualche modo differiscano la produzione degli effetti della compravendita e del mutuo), alla luce della prassi della contrattazione immobiliare, gli interessi del creditore in ordine alla stretta connessione tra erogazione del credito e costituzione della garanzia ipotecaria e gli interessi del debitore consumatore in ordine alla effettività del rimedio del recesso, anche in considerazione della possibilità, prevista per gli Stati, di limitare o escludere tale diritto nel caso in cui il consumatore abbia già utilizzato il credito per l'acquisto.

#### 5. Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione degli articoli 13 e 14

In conformità ad un canone ormai consolidato della legislazione comunitaria in tema di obblighi di informazione a tutela del consumatore la direttiva non individua rimedi specifici per il caso della violazione di tali obblighi e lascia agli Stati membri il compito di definire, in sede di recepimento, “*sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive*” per garantire l'applicazione delle norme di diritto interno adottate a recepimento della direttiva<sup>22</sup>.

La questione deve dunque in questa sede essere affrontata, facendo salve le eventuali scelte specifiche del legislatore nazionale in sede di recepimento, cercando di valorizzare sia la *ratio* specifica della direttiva 17/2014, sia le indicazioni sistematiche che si colgono dall'esame della complessiva disciplina della trasparenza bancaria e della tutela del consumatore, al fine di individuare l'ambito entro il quale dovrebbero collocarsi i rimedi ed il modo nel quale in linea di massima dovrebbero operare.

La riflessione sui rimedi per la violazione delle regole di informazione della direttiva 17/2014, deve

<sup>21</sup> Dove, nella sezione dedicata agli “altri diritti del mutuatario” (sez. 11), si prevede che al consumatore venga data, se applicabile, anche la seguente avvertenza “*Lei può perdere il diritto di recedere dal contratto se, durante il periodo a Sua disposizione, compra o vende un immobile collegato al presente contratto di credito*”.

<sup>22</sup> Così all'art. 38 della direttiva 17/2014/UE, che al primo paragrafo, allo stesso modo di quanto ha fatto l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori (e secondo una prassi comunque consolidata della legislazione comunitaria), stabilisce “*Gli Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate sulla base della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive*”.

dunque condursi, da un lato, entro il perimetro delle soluzioni note al diritto positivo (e cercando di trarne coerenti direttive sistematiche) o individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. D'altra parte, tale analisi può utilmente svolgersi distinguendo i diversi tipi di problema che la violazione delle regole di informazione può porre, sulla scorta di alcuni criteri cui l'impianto dato dalla direttiva alla materia (in particolare agli articoli 13 e 14) consente di attribuire rilevanza.

È dunque opportuno, in primo luogo, assumere a criterio per l'impostazione del problema il grado di “personalizzazione” dell'informazione, distinguendo tra informazioni rese al pubblico (informazioni generali di cui all'art. 13) e informazioni rese ad un soggetto determinato nell'ambito di una trattativa già instaurata ed avente già ad oggetto una specifica ipotesi di operazione di credito, o quanto meno un ventaglio di prodotti, individuati entro la generalità dei prodotti offerti dal soggetto che eroga il credito (informazioni personalizzate dell'articolo 14).

Assume inoltre rilievo, nella prospettiva dei rimedi, ma probabilmente, per quanto si dirà, solo limitatamente alle informazioni personalizzate, l'oggetto dell'informazione, e cioè quel profilo che consente di distinguere tra informazioni che hanno la funzione di far conoscere in anticipo gli elementi del regolamento contrattuale e informazioni la cui trasmissione ha invece la funzione di spiegare gli effetti economici del contratto ed illustrare il rischio che lo specifico regolamento contrattuale può comportare (anche in considerazione delle esigenze e della condizione patrimoniale rappresentate dal consumatore).

Entro questo quadro, si può affrontare il problema procedendo separatamente per le informazioni generali e le informazioni personalizzate e premettendo alla specifica trattazione della questione dei rimedi una breve illustrazione dei casi e dei modi nei quali può realizzarsi una violazione delle regole di informazione.

Quanto alle informazioni generali disciplinate all'articolo 13, a parte il caso estremo della loro totale mancanza presso la sede del soggetto erogante il credito, il “difetto” in relazione a tali informazioni può in linea di massima consistere o nel loro carattere lacunoso o nel loro carattere fuorviante.

Nel primo caso si avranno cioè delle informazioni generali che non fanno riferimento a tutti i prodotti in realtà disponibili e di fatto offerti dal creditore oppure che, in relazione ai prodotti illustrati, non contengono tutti i dati che la disciplina impone di includere.

Nel secondo caso, si avranno informazioni in qualche modo fuorvianti per il consumatore in quanto pubblicizzano prodotti che, in sede di con-

trattazione personalizzata, il consumatore scopre in realtà non disponibili<sup>23</sup>, oppure in quanto pubblicizzano i prodotti effettivamente disponibili ma in modo non conforme alle modalità prescritte dalla direttiva.

Trattandosi di informazioni rivolte “al pubblico” dei consumatori, che prescindono cioè da una concreta negoziazione tra le parti ma che tuttavia sono diverse dalla pubblicità, il luogo normativo che dovrebbe attribuire rilievo giuridico ed assegnare dei rimedi contro tale carattere lacunoso o fuorviante delle informazioni generali sembra essere primariamente la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (agli articoli 20 e seguenti del codice del consumo)<sup>24</sup>, mentre non sembra che possa ipotizzarsi un diverso rilievo del carattere incompleto o ingannevole di tali informazioni a seconda che tale lacunosità o decettività attenga alle informazioni sul contenuto del contratto o a quelle sul rischio.

Potrà dunque senz'altro trovare applicazione l'apparato della tutela amministrativa e giurisdizionale dell'art. 27 del codice del consumo, nel caso in cui il difetto dell'informazione (omissione, inesattezza, mancato rispetto degli standard imposti dalla direttiva) integri una pratica commerciale scorretta, in particolare, presumibilmente, in quanto ingannevole ai sensi degli articoli 21, 22, e 23 del codice del consumo<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Naturalmente sarebbe cosa diversa dal carattere decettivo o fuorviante dell'informazione il caso nel quale il creditore, dopo aver ricevuto dal consumatore le informazioni rilevanti in merito alle sue esigenze ed alla sua situazione, e dunque in sede di valutazione del merito creditizio, decida, conformemente alla disciplina della direttiva, di non proporre un certo prodotto (pur astrattamente disponibile per la generalità del pubblico) a quel singolo consumatore.

<sup>24</sup> Cfr. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile*, cit. p. 527; com'è noto, la stessa direttiva comunitaria 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette stabilisce, all'art. 7, che costituisce pratica commerciale scorretta l'omettere “informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” e, tra tali “informazioni rilevanti” si indicano le informazioni qualificate come doverose ai sensi della direttiva comunitaria (tra quelle allora in vigore) di cui all' All. II della direttiva, ma più in generale, la definizione ed il catalogo delle informazioni ingannevoli di cui agli articoli 21 e 23 si prestano a ricomprendere le informazioni generali di cui all'art. 13 della direttiva qui in commento. Per la ricostruzione del quadro normativo complessivo alla luce del quale valutare la scorrettezza delle pratiche, v. LIBERTINI, *Clau-sola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 73.

<sup>25</sup> Per un quadro generale delle tipologie di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito bancario e delle relative vicende giurisdizionali v. GENOVESE, *Il contrasto alle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in V. MELI – MARANO (cur.), *La tutela*





Più difficile sembra invece ipotizzare concorrenti rimedi giurisdizionali in capo a singoli consumatori che assumessero che il loro “comportamento economico” sia stato in concreto “falsato” dal carattere ingannevole dell’informazione generale nel caso in cui il contratto sia stato effettivamente concluso<sup>26</sup>.

In un caso di questo genere potrebbe in astratto ipotizzarsi un rimedio situato nel campo dei vizi del consenso e che pertanto conduca all’annullamento del contratto. Un argomento in tal senso potrebbe provenire, in ipotesi, dalle indicazioni di quella parte della dottrina secondo la quale l’introduzione di particolari obblighi di informazione e, più in generale, di prescrizioni in ordine alle modalità dell’informazione precontrattuale realizzata con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (che dovrebbe leggersi nel caso di specie anche alla luce degli obblighi posti dall’art. 13 della direttiva 17/2014) rifluisce sull’interpretazione della disciplina codicistica del dolo, in particolare allargando l’ambito della nozione giuridicamente rilevante di “raggiro”<sup>27</sup>.

---

*del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino 2011, p. 41 e ss.

<sup>26</sup> In generale sull’influenza che l’informazione *ad incertam-personam* può spiegare sul singolo contratto, v. ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 391 e ss.; sul requisito della idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore e ad indurlo ad “assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso” ai fini della applicazione dei rimedi previsti dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, v. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. “idoneità ad alterare la libertà di scelta del consumatore medio”); V. MELI, “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di *de minimis* nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa”, in V. MELI – MARANO, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1 e ss.;

<sup>27</sup> Cfr., MAUGERI, *Pratiche commerciali sleali e disciplina generale dei contratti*, in GENOVESE (cur.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova 2008; EAD., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 477; sempre sul collegamento tra pratiche commerciali scorrette e fattispecie codicistica del dolo v.: GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 776; CALVO, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, in DE CRISTOFARO (cur.), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino 2008, p. 175 e ss.; per l’allargamento dell’area del dolo (e più in generale dei vizi del consenso) sulla scorta dell’art. 1337 inteso come regola volta a porre una direttiva generale per il comportamento delle parti nella fase precontrattuale che sanzionerebbe (indifferentemente con l’annullamento o col risarcimento del danno) ogni comportamento qualificabile come contrario ad una generale istanza di correttezza anche se non esattamente riconducibile ad alcuno dei vizi del consenso così come individuati dal codice, v.

Tuttavia può ragionevolmente ipotizzarsi che nei casi disciplinati dalla direttiva 17/2014 sia in fatto difficile giungere alla conclusione che il concreto consenso del consumatore sia stato viziato a causa dell’informazione resa in sede di informazioni generali, perché la conclusione del contratto, nel disegno della direttiva, è comunque necessariamente mediata dalle informazioni personalizzate dell’art. 14 che riguardano i medesimi aspetti oggetto delle informazioni generali ma li espongono in modo molto più dettagliato e tale da suscitare l’attenzione del consumatore proprio al fine di accompagnarne il consenso.

Quindi, in linea di principio, se l’informazione personalizzata corrispondente all’operazione poi effettivamente conclusa è integra, completa e corretta, sembra arduo sostenere che il consenso del consumatore possa dirsi viziato da una informazione non corretta resa in fase di informazioni generali.

Qualora, invece, lo sviamento del comportamento economico del consumatore sia riconducibile ad una informazione non corretta (nei termini che si diranno) resa in sede di informazioni personalizzate, tale circostanza dovrebbe assorbire il rilievo del difetto di informazione generale e condurre all’applicazione di autonomi rimedi per la violazione delle regole dell’art. 14, che, come si dirà, dovranno presumibilmente collocarsi anche su un terreno diverso da quello dei vizi del consenso.

Rimane, nell’ipotesi in cui il contratto sia stato concluso, il diverso caso che veda informazioni precontrattuali personalizzate complete e rispettose delle prescrizioni della direttiva, seguite da un contratto il cui contenuto sia rispondente a quello del PIES e ad uno dei prodotti pubblicizzati in sede di informazioni generali, ma che tuttavia sia ipoteticamente stipulato a condizioni economiche meno vantaggiose per il consumatore rispetto a quelle pubblicizzate con le informazioni generali. In questo caso il difetto atterrebbe specificamente alla discordanza tra i costi per il consumatore dichiarati in sede di informazioni generali e quelli dichiarati, per il corrispondente prodotto, in sede di PIES e coerentemente riportati in contratto: il contratto sarebbe regolarmente concluso sulla scorta di un PIES corretto, ma conterrebbe condizioni economiche meno favorevoli rispetto a quelle enunciate nelle informazioni generali.

Sarebbe già allo stato applicabile a casi di questo genere la disciplina degli articoli 116 e 117 del *Testo unico bancario* (salvo il fatto che naturalmente tale disciplina, allo stato, non “conosce” le informazioni generali di cui all’art. 13 della direttiva ma so-

---

SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, Torino 2004, p. 613 e ss.

lo le informazioni “pubblicizzate” di cui all’art. 116 T.U.B.), con la relativa specificazione degli obblighi informativi attuata dalla disciplina secondaria della Banca D’Italia. Tale disciplina com’è noto, dispone la nullità delle clausole contrattuali che prevedano condizioni economiche meno favorevoli per il consumatore rispetto a quelle pubblicizzate ed un meccanismo di sostituzione di tali clausole volto a comporre adeguatamente gli interessi delle parti<sup>28</sup>.

Risulta poi concepibile, almeno in teoria, un rimedio a vantaggio del consumatore nel caso in cui l’inesattezza delle informazioni generali non si ac-

<sup>28</sup> La giurisprudenza dell’Arbitro bancario e finanziario è anzi pervenuta ad applicazioni analogiche di tali regole che ne hanno significativamente ampliato la portata, rispondendo ad una domanda di tutela dei debitori alla quale sembra oggi rispondere espressamente la direttiva in commento. Nell’ambito della trasparenza bancaria generale così come ancora disciplinata dal capo I del titolo VI del Testo unico bancario, infatti, non vengono espressamente previste regole di informazione propriamente precontrattuale e cioè “personalizzata” (come invece avviene per il capo II relativo al credito ai consumatori) ma soltanto obblighi di informazione generale al mercato, ed è rispetto a tali informazioni “pubblicizzate” al mercato che opera la nullità dell’art. 117 sesto comma (mentre scarsi obblighi di informazione precontrattuale, di carattere documentale, in sede di trattative sono previsti dalla disciplina secondaria della Banca d’Italia, v. *supra* nota 16, senza essere, a rigore, assistiti dalle sanzioni di cui all’art. 117 sesto comma). A fronte di tale situazione alcune decisioni dell’Arbitro Bancario e Finanziario, in tema di mutui ipotecari, hanno sanzionato con la nullità ex art. 117, sesto comma, clausole contrattuali che rimanevano non più sfavorevoli delle condizioni comunicate al pubblico (ai sensi dell’art. 116) ma più sfavorevoli rispetto a quelle comunicate al cliente il sede di trattativa personalizzata (e dunque al momento della consegna dei documenti che, in base al *Provvedimento della Banca d’Italia* sopra citato, devono essere consegnati ai clienti): v. *ABF Roma* n. 2651/2012; *ABF Milano* n. 1009/2011; altra decisione dell’ABF, invece, sanziona col risarcimento del danno ex art. 1337 cod. civ. la difformità tra condizioni comunicate in sede di trattative e quelle poi concretamente proposte al momento della conclusione del contratto, che, scoperta dal cliente, aveva determinato la mancata conclusione del contratto (*ABF Roma* n. 3782/2012). Tali tendenze sono state interpretate dalla dottrina come indizi di un possibile travaso di principi e tecniche di tutela dai “sottosistemi” del credito ai consumatori e dei servizi di pagamento al “sistema” generale (la cui generalità sembra però messa in crisi proprio da tali sommovimenti) della trasparenza bancaria del capo I del Titolo VI del Testo unico bancario: v. in proposito MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., 401 e ss. In casi di questo genere, in sostanza la giurisprudenza dell’ABF ha dato prevalenza alle informazioni personalizzate (che tuttavia nell’ambito della trasparenza bancaria generale, allo stato, e fino al recepimento di tale direttiva, non hanno uno statuto normativo definito, ad eccezione di quanto previsto dal Provvedimento della Banca d’Italia 9 febbraio 2011) rispetto alle informazioni generali (che invece secondo il disegno del TUB sarebbero le sole a dover prevalere sul regolamento contrattuale). La direttiva in commento, come si vedrà, dovrebbe sancire definitivamente, anche nel campo dei mutui immobiliari ai consumatori (finora escluso dalla disciplina del credito ai consumatori, che invece prevede l’informazione personalizzata e la prevalenza di questa sul contenuto del contratto eventualmente difforme), la vincolatività dell’informazione personalizzata così anticipata dalla giurisprudenza dell’ABF.

compagni alla conclusione del contratto ed anzi sia causa della mancata conclusione. Si può cioè ipotizzare il caso in cui il consumatore lamenti un danno per aver confidato, sulla base delle informazioni generali, sulla disponibilità di certi prodotti, con certe caratteristiche, nella complessiva offerta della banca, per scoprire solo in sede di contrattazione personalizzata, che le informazioni generali erano fuorvianti (non illustravano cioè le caratteristiche dei prodotti in modo conforme a quanto richiesto dalla direttiva o pubblicizzavano prodotti in realtà non disponibili).

Il danno in tal caso corrisponderebbe alle perdite subite ed alle occasioni alternative perdute per aver confidato, in conseguenza delle informazioni fornite da controparte, sull’opportunità di concludere un certo contratto con certe caratteristiche. Gli obblighi di informazione dell’art. 13 (anche alla luce delle assonanze di tale disciplina con quella delle pratiche commerciali scorrette) determinerebbero l’applicazione dell’art. 1337 cod. civ., rendendo in linea di principio ragionevole e giustificato l’affidamento formatosi sulla scorta delle informazioni generali rese al pubblico in esecuzione degli obblighi di legge<sup>29</sup>.

Quanto invece alle informazioni personalizzate, può innanzitutto ipotizzarsi il caso estremo nel quale il contratto venga concluso senza la previa consegna del PIES, ipotesi alla quale può equipararsi quella delle informazioni fornite oralmente o comunque secondo modalità tali da non soddisfare i requisiti del “supporto durevole”.

Deve poi prendersi in considerazione il caso nel quale il PIES venga consegnato e tuttavia il contratto abbia un contenuto diverso da quello illustrato nel prospetto. La violazione delle regole di informazione personalizzata dunque riguarderebbe in questo caso specificamente quelle regole (e cioè quelle parti del PIES) che impongono di fornire informazioni relative al contenuto del futuro contratto. Tali regole risulterebbero violate dalla conclusione, senza consegna di un nuovo PIES (e la disponibilità di nuovo periodo di riflessione), di un contratto che

<sup>29</sup> Ritiene (con riguardo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette) che, solo entro l’ambito della contrattazione tra imprese e consumatori, la violazione degli obblighi informativi precontrattuali rivolti “al mercato” possa dar luogo a responsabilità precontrattuale anche in presenza di contratto concluso (e valido) D’AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali II*, Milano, 2008, p. 567 e ora in ID., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano 2014 (da cui si cita), p. 42 e ss.; per l’esclusione della configurabilità di tale responsabilità nel caso del contratto “di diritto comune”, v. ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (cur.), *Trattato del contratto*, vol. V, *Rimedi*, Milano 2006, 1007 e ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, p. 467 e ss.





contiene elementi difformi da quanto indicato in quelle parti del PIES che hanno ad oggetto i tratti essenziali del regolamento negoziale proposto.

Altro tipo di violazione delle regole di informazione personalizzata può ricorrere qualora il PIES sia corretto quanto alle informazioni sul contenuto del contratto (e cioè contenga informazioni conformi alle corrispondenti parti del contenuto contrattuale) e però non siano conformi a quanto richiesto dal modello di cui all'allegato II della direttiva (e dalle relative istruzioni per la compilazione) quelle parti del PIES relative alla spiegazione degli effetti economici del contratto e dei relativi rischi (ad esempio non vengono correttamente spiegate le implicazioni e i rischi di un tasso variabile o di un credito in valuta estera, non vengono segnalati i rischi derivanti da possibili sopravvenienze che interessino la sfera del consumatore).

In tale ultima ipotesi, a differenza della precedente, la violazione delle regole di informazione non si realizzerebbe mediante la conclusione di un contratto dal contenuto diverso da quello che era stato illustrato al consumatore mediante il PIES, si avrebbe bensì un contratto che comporta per il consumatore effetti economici e rischi che non sono stati adeguatamente spiegati e che dunque produce effetti economici o rischi diversi o ulteriori rispetto a quelli che il consumatore poteva legittimamente credere sulla base di quanto (non correttamente) esposto nel PIES.

E dunque, ricapitolando: oltre che per la mancata consegna del PIES, le regole di informazione possono risultare violate dall'infedele redazione del PIES che conduca o alla conclusione di un contratto dal contenuto difforme da quanto rappresentato in sede precontrattuale o alla conclusione di un contratto che ha contenuto conforme ma i cui effetti e rischi non sono stati spiegati al consumatore in modo da soddisfare lo standard (qualitativo e quantitativo) di informazione imposto dalla direttiva.

La *ratio* della disciplina dell'informazione nella direttiva e le indicazioni sistematiche che si traggono dalla disciplina della contrattazione del consumatore, inducono a ritenere che la conclusione del contratto senza previa consegna del PIES debba determinare la costituzione o comunque l'estensione oltre il termine ordinario del diritto del consumatore di recedere dal contratto<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit.; PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile*, cit. p. 528; per una ricostruzione sistematica del recesso nei contratti del consumatore come vicenda che attiene alla fase formativa del vincolo, anche i relazione all'adempimento degli obblighi di informazione da parte del professionista v. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. Dir.*, *Annali II*, Milano, 2008, p. 567 e ora

A tale conclusione concorrono sia la correlazione che emerge dalla direttiva tra informazione e scansione della negoziazione attorno ad un periodo di riflessione del consumatore sia l'indicazione sistematica che si trae dal modello degli articoli 125 *bis* e 125 *ter* del codice del consumo (relativi alla disciplina del credito ai consumatori) dai quali emerge la correlazione tra la consegna delle “*Informazioni europee di base sul credito ai consumatori*” e la decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso.

La soluzione, non diversamente dagli altri rimedi che comportino la dissoluzione del rapporto contrattuale, rischia di divenire poco efficace nel caso in cui il consumatore abbia già utilizzato il credito per l'acquisto, in assenza di un qualche regime di favore per il consumatore quanto agli obblighi restitutori. La mera disponibilità del diritto di recesso in tal caso finirebbe probabilmente per sovrapporsi, sul piano pratico, come mezzo di tutela dell'interesse del consumatore che una volta edotto del reale contenuto contrattuale volesse sciogliersi dal rapporto, alla surrogazione dell'articolo 120 *quater* del Testo unico bancario, che, com'è noto, anche in forza di quanto disposto dall'articolo precedente, contempla un meccanismo che in definitiva rende priva di costi l'uscita dal contratto per il mutuatario che trovi un altro soggetto disposto a finanziare il medesimo bisogno di credito a condizioni migliori.

L'esercizio del recesso, cioè, diverrebbe concretamente praticabile e fornirebbe tutela effettiva al consumatore soltanto quando questi riuscisse a reperire sul mercato un altro soggetto disposto a soddisfare il medesimo bisogno di credito a condizioni migliori.

Ciò in qualche modo conferma la coerenza del rimedio del recesso rispetto alla *ratio* che emerge dall'impianto degli obblighi informativi della direttiva e tuttavia lo priva, sembra, di autonoma utilità alla luce della disciplina degli articoli 120 *ter* e 120 *quater*.

E infatti, nel quadro di una informazione precontrattuale volta a realizzare essenzialmente una “trasparenza economica”<sup>31</sup> del contratto al fine di ridurre i costi del confronto tra le diverse offerte, il recesso è destinato a svolgere una funzione pratica utile nel caso in cui il consumatore, stipulando il contratto in assenza delle spiegazioni del PIES, non si sia reso conto che altri potenziali finanziatori sarebbero stati disponibili ad offrire condizioni economiche più vantaggiose, così da rendere poi conveniente per il consumatore estinguere il precedente

in ID., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano 2014 (da cui si cita), p. 16 e ss.

<sup>31</sup> Così PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile*, cit. p. 530 e ss.

debito con denaro preso a credito da un altro soggetto: il che richiama un'esigenza di tutela del mutuatario alla quale sembrano allo stato rispondere gli articoli 120 *ter* e *quater* del *Testo unico bancario*.

Nel diverso caso in cui il PIES venga consegnato ma sia infedele rispetto al contenuto del contratto nei termini sopra detti, il difetto nella trasmissione di tali informazioni (siano esse lacunose o non corrette secondo quanto prescrive il modello del PIES) non può che tradursi e in definitiva consistere in una difformità tra il contenuto del contratto ed il corrispondente contenuto del PIES.

Tale difformità può riguardare innanzitutto le clausole di costo in senso stretto e cioè essenzialmente il TAEG. In tale ipotesi, può ragionevolmente ipotizzarsi un rimedio che sia collocato sul terreno della nullità testuale di protezione con sostituzione delle clausole nulle, secondo il modello già sperimentato all'art. 125 *bis*, commi 6 e 7 del *Testo unico bancario* con riferimento al modello delle “*Informazioni europee di base sul credito ai consumatori*”.

Soluzione simile ma non sovrapponibile a quella dell'art. 125 *bis* si trova già, come si è detto, nell'ambito generale dei contratti bancari, all'articolo 117 comma 6 del *Testo unico bancario*, che prevede la nullità delle clausole che prevedano “*tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli ai clienti di quelli pubblicizzati*”, con il conseguente regime della sostituzione delle relative clausole anche con i “*prezzi e le condizioni pubblicizzati*” ai sensi dell'art. 117, comma 7.

La tutela dell'articolo 117, commi 6 e 7 però differisce, com'è noto, da quella che si avrebbe qualora si sanzionasse con la nullità e la sostituzione la difformità tra clausole di costo del contratto di credito e quanto esposto nelle corrispondenti sezioni del PIES. La nullità dell'art. 117, infatti, si riferisce alla difformità tra contratto e condizioni di costo “*pubblicizzate*” e cioè rese conoscibili al pubblico in conformità all'articolo 116 ed alle fonti secondarie ivi menzionate.

Ciò comporta che, alla luce della attuale disciplina generale dei contratti bancari, il parametro rispetto al quale occorre valutare la validità delle condizioni contrattuali è rappresentato non dalle condizioni comunicate in sede di trattativa precontrattuale con il soggetto concretamente interessato al credito quanto piuttosto dalle condizioni rese pubbliche, al mercato, ai sensi dell'art 116 del *Testo unico bancario* e della relativa disciplina secondaria (con la conseguenza, fra l'altro, che le banche sono così incentivate a dichiarare al pubblico le condizioni “*peggiori*” piuttosto che quelle medie o “*mi-*

gliori”)<sup>32</sup>. Risulta dunque consentito alla banca, almeno sulla scorta del tenore letterale della attuale disciplina, proporre in sede di contrattazione “*personalizzata*” (fase rispetto alla quale, allo stato non esistono, a differenza che nell'ambito del credito ai consumatori, prescrizioni che impongano una informazione “*personalizzata*” completa e dettagliata, quale quella prevista dalla direttiva in commento mediante l'obbligo di consegna del PIES) condizioni più favorevoli di quelle pubblicizzate e poi modificare l'offerta personalizzata, proponendo condizioni peggiori di quelle proposte inizialmente, purché comunque non più sfavorevoli di quelle pubblicizzate in sede di informazione “*generale*” al pubblico ai sensi dell'art. 116 t.u.b.<sup>33</sup>.

Quanto alle clausole che definiscono altri elementi del contenuto contrattuale diversi dai costi in senso stretto (e cioè dagli elementi che devono rientrare nel calcolo del TAEG, ad esempio: la periodicità delle rate), per il caso in cui esse siano difformi dalle corrispondenti parti del PIES (o esso sia lacunoso in proposito), si pone un'alternativa che dovrebbe essere sciolta, in linea di principio, dal legislatore in sede di recepimento.

È vero che la direttiva “non riconosce alle informazioni del prospetto l'attributo di *parte integrante del contratto* (artt. 49 e 72, comma 4 codice del consumo) limitandosi a prescrivere l'obbligo di fornire nuovamente il PIES nel caso in cui le caratteristiche dell'offerta siano diverse”<sup>34</sup> e tuttavia, dalla medesima direttiva (in particolare al *considerando* 43), traspare anche l'idea che, nella prospettiva del legislatore comunitario, sia coerente con la disciplina posta che gli Stati membri possano “*prevedere che, qualora decida di concedere il credito, il*

<sup>32</sup> Cfr. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 398 e ss.

<sup>33</sup> Rimedi vengono tuttavia forniti per i casi di questo genere dalla giurisprudenza dell'ABF, che applica rimedi intesi dalla dottrina come segnali dell'emersione, nella disciplina dei contratti bancari, di una regola di trasparenza più incisiva, sulla scorta di una qualche forza espansiva dei più stringenti parametri di trasparenza imposti dalla disciplina del credito ai consumatori, anche mediante rilevanti obblighi di informazione personalizzata, v. *supran.* 28 e cfr. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 398 e ss.

<sup>34</sup> Così, contrapponendo le informazioni rese mediante il PIES a quelle contenute nel “*formulario informativo*” obbligatorio di cui all'art. 71 cod. cons. (che l'art. 72 quarto comma definisce “*parte integrante e sostanziale del contratto*” rendendole relativamente immodificabili, se non nel caso di espresso accordo delle parti o di circostanze eccezionali e imprevedibili) e a quelle di cui al nuovo art. 49 cod. cons., PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile*, cit., p. 529; e, più approfonditamente, ID., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 805 e ss., con riguardo agli obblighi di informazione previsti dai nuovi articoli 48 e 49 cod. cons.





*creditore sia vincolato dalle informazioni fornite nel PIES*”.

Si può ritenere dunque, ferma restando l’opportunità di una scelta esplicita del legislatore sul punto, che, qualora il creditore abbia in realtà effettivamente dato corso alla conclusione del contratto sulla base di un PIES non conforme (e dunque senza consegnare un nuovo PIES), il problema che tale situazione pone sia diverso rispetto al caso nel quale la stipulazione avvenga semplicemente senza che sia stato consegnato alcun PIES. E ciò in quanto, nel disegno della direttiva, è il PIES effettivamente consegnato lo strumento che, semplificando l’informazione e presentandola in modo standardizzato, rende economicamente sostenibile per il consumatore la valutazione dell’offerta ed il confronto con altre offerte.

Ciò comporta che, nel caso in cui il contratto venga concluso a seguito della consegna di un PIES infedele, la dinamica della contrattazione si svolga in modo tale da suscitare l’affidamento del consumatore su un certo contenuto contrattuale (qui preso in considerazione per ciò che riguarda le clausole diverse dai costi in senso stretto) per come da questi conosciuto non sulla base del testo contrattuale (ché, se si supponesse che il consumatore può conoscere e comprendere il significato economico del contratto dal mero esame del testo contrattuale, non si darebbe alcuna asimmetria informativa a carico del consumatore), quanto, piuttosto, sulla scorta del PIES effettivamente consegnato<sup>35</sup>.

Pertanto, l’alternativa che potrebbe schiudersi per il legislatore nazionale consiste nello sviluppare ulteriormente, mediante una disciplina testuale, quella prospettiva di “contrattualizzazione” dell’informazione precontrattuale o “internalizzazione” di tale informazione nel regolamento, già emersa in alcuni ambiti del diritto del consumatore e nelle fonti europee non formali di armonizzazio-

<sup>35</sup> Sulla inidoneità della mera lettura del testo del contratto a soddisfare le esigenze informative del consumatore (in particolare nel caso in cui la condizioni del contratto siano diverse e più gravose per il cliente rispetto a quelle comunicate in fase di consegna dei documenti precontrattuali, dovuti in forza della sezione II del provvedimento della Banca d’Italia del 9 febbraio 2011, ma, a rigore, non prevalenti sulle condizioni contrattuali ai sensi dell’art. 116 e 117 TUB, i quali fanno riferimento soltanto alle condizioni “pubblicizzate”) v. anche *ABF Roma* n. 2651 del 2012, che ritiene nulle le clausole sfavorevoli (nel caso di specie era stato applicato uno *spread* del 3,50 per cento anziché del 2,50 per cento, come era stato comunicato nei documenti informativi precontrattuali), applicando l’art. 117 TUB (aderisce alla decisione, segnalando però, correttamente, che l’art. 117 può essere applicato al caso di specie solo in via analogica, *MIRONE, Sistema e sottosistemi, cit.*, p.402, nota 81): v. poi in proposito *DOLMETTA, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, cit.*, p. 80 e ss.

ne<sup>36</sup> (e quindi, ad esempio, applicare al rapporto, con la mediazione di una nullità con sostituzione di clausole, la periodicità delle rate dichiarata nel prospetto, in luogo della diversa periodicità indicata nel contratto; con la previsione di eventuali meccanismi di integrazione legale nel caso in cui il PIES sia semplicemente lacunoso al proposito) oppure, in difetto di esplicita indicazione testuale, lasciare la questione al campo dei rimedi contrattuali generali, quali, presumibilmente, l’annullamento ex articolo 1439 o il risarcimento ex articolo 1440.

Tale ultima opzione potrebbe aprire la strada ad operazioni interpretative da parte della dottrina che, non diversamente da quanto già avvenuto in particolare con riguardo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, valorizzino le ricadute di tali nuovi obblighi informativi, sull’interpretazione della disciplina codicistica del dolo, quanto alla individuazione dei comportamenti necessari affinché possa dirsi integrato il requisito oggettivo del “raggiro”.

Diversamente si pone invece il problema dell’informazione difettosa con riguardo a quelle parti del PIES non relative al contenuto del contratto in senso stretto (e cioè non volte ad anticipare e rendere facilmente confrontabili gli elementi del contenuto) ma piuttosto volte a spiegare il concreto effetto economico delle clausole contrattuali ed a segnalarne il rischio, anche in considerazione delle sopravvenienze, rispetto alla sfera del consumatore.

In tal caso non si porrebbe un problema di difformità del contenuto del contratto rispetto a quanto emerge dal PIES, quanto piuttosto un difetto (lacunosità o non conformità alle prescrizioni della direttiva) dell’informazione resa tramite il PIES in forza del quale (difetto) il consumatore lamenterebbe la conclusione di un contratto più oneroso (o meno conveniente) o più (o diversamente) rischioso rispetto a quanto il consumatore poteva legittimamente ritenere facendo affidamento su quanto esposto dal PIES (che, nel disegno comunitario, alla luce dell’assunto sulla asimmetria informativa del consumatore, rappresenta più ed a prescindere dal testo contrattuale la fonte determinante dell’affidamento

<sup>36</sup> Cfr. quanto alle norme di derivazione comunitaria soprattutto il modello degli articoli 70 e ss. del codice del consumo in materia di contratti relativi all’acquisizione di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili, ma anche, in ambito bancario lo stesso art. 117 del Testo unico bancario; v. sul punto *M. BARCELLONA, I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e Mercato nell’orizzonte europeo*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, p. 51 e ss. *ALESSI, Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale, cit.*; v. poi, per un quadro generale dei modelli in proposito adottati dal “diritto comunitario vigente” così come formulato dai c.d. “Principi Acquis” *U. SALANITRO, Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.* 2009, p. 59 e ss.

del consumatore in merito al contenuto e ai rischi del contratto<sup>37</sup>).

Pertanto, in relazione al difetto che riguardi tali informazioni (e cioè per il caso in cui esse siano lacunose o non corrette e cioè non rese secondo quanto prescrive la direttiva), salvo un esplicito intervento del legislatore (che tuttavia sul punto specifico appare poco probabile), si dovranno far operare i rimedi generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Più in particolare, poiché il problema in questo caso sarebbe costituito dallo scarto tra gli effetti economici ed i rischi che il consumatore poteva legittimamente attribuire al contratto sulla scorta delle rappresentazioni di controparte realizzate in violazione di regole di informazione e gli effetti ed i rischi che il contratto effettivamente determina, i rimedi si collocheranno essenzialmente sul terreno dell’annullamento per dolo o del risarcimento del danno ex art. 1440<sup>38</sup>.

## 6. Conclusioni

Nel complesso, dunque, la nuova disciplina del credito ipotecario ai consumatori, se letta alla luce del quadro attuale della disciplina della trasparenza bancaria, sembra sottrarre un ulteriore ambito di operazioni alla disciplina (originariamente) “generale” della trasparenza bancaria di cui al capo I del titolo VI del *Testo unico bancario*, per dar luogo ad un nuovo e ulteriore “sottosistema” della trasparenza bancaria che, quanto meno dal punto di vista del

<sup>37</sup> In altri termini, è il PIES, più che il testo del contratto, che pure, ai sensi dell’ultimo paragrafo dell’articolo 14, deve comunque essere fornito, almeno nei casi in cui non sussiste il diritto di recesso, unitamente all’offerta vincolante, lo strumento che la direttiva predispone per far sì che il consumatore possa apprendere e comprendere il contenuto economico del contratto.

<sup>38</sup> Con la variante del possibile riconoscimento di una responsabilità ex art. 1337 pur in presenza di contratto validamente concluso, ammessa da parte della dottrina, com’è noto, con portata più o meno generale ed esclusa da altra parte: v. sul punto D’AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 42 e ss. (che ammette la configurabilità di una responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di informazione a fronte di contratto validamente concluso solo per il contratto col consumatore); per l’esclusione della configurabilità di tale responsabilità nel caso del contratto “di diritto comune”, v. ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (cur.), *Trattato del contratto*, vol. V, *Rimedi*, Milano 2006, 1007 e ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, p. 467 e ss.; per il paradigma generale che, sulla scorta dell’art. 1337, estende la configurabilità di obbligazioni risarcitorie ai casi di violazione di doveri di informazione che tuttavia non diano luogo a vizi tipici del consenso, MANTONVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 613 e ss.

contenuto delle regole (prescindendo cioè dalle future scelte del legislatore in ordine alla collocazione sistematica della disciplina di recepimento), andrà ad aggiungersi ai due attuali “sottosistemi” del “credito ai consumatori” (capo II) e dei “servizi di pagamento” (Capo II bis)<sup>39</sup>.

La scelta politica di fondo che impronta tale ulteriore “sottosistema”, costituito dalle regole di informazione applicabili alle operazioni di credito rientranti nell’ambito di applicazione della direttiva 17/2014, è orientata verso la costruzione di un nuovo statuto dell’informazione a tutela del consumatore interessato al credito residenziale, che, nella nuova disciplina, si qualifica come informazione “personalizzata” (e oltre che “bidirezionale” e perciò correlata alla valutazione del merito creditizio del consumatore) sulla scorta del modello allo stato applicabile al credito ai consumatori, ai sensi del capo II del titolo VI del *Testo unico bancario* (in recepimento della direttiva 2008/48/CE), entro il quale la medesima esigenza di informazione personalizzata è soddisfatta mediante la consegna del modello contenente le “*Informazioni europee di base per il credito ai consumatori*”.

Ne risulta un procedimento di contrattazione che, sulla scorta dell’assunto secondo il quale la “asimmetria informativa” consente al consumatore di conoscere e comprendere il contenuto del contratto nei suoi concreti effetti economici e rischi soltanto se il suo consenso è sorretto da una illustrazione documentale, standardizzata e semplificata, si incentra sulla correlazione tra la trasmissione di informazioni personalizzate ed il riconoscimento di un “periodo di riflessione”, a beneficio del consumatore ed in presenza di un vincolo del creditore rispetto alle condizioni della propria offerta.

Entro questo quadro, la disciplina della contrattazione, al fine di dare piena attuazione alla *ratio* sottostante al modello di regolazione comunitario (così come risultante anche alla luce della complessiva evoluzione degli interventi in materia di credito ai consumatori), dovrà verosimilmente tendere verso il risultato di rendere vincolante per il creditore quanto comunicato a mezzo del PIES in ordine al contenuto del contatto, secondo il modello oggi recepito nell’ordinamento italiano all’articolo 125 bis, sesto comma, del *Testo unico bancario* in materia di credito ai consumatori e che il legislatore comunitario mostra di voler estendere, nei suoi tratti caratteristici, anche ai contratti coperti dalla nuova disciplina della direttiva 17/2014, finora esclusi

<sup>39</sup> Cfr. per l’impostazione in questi termini della disciplina della trasparenza bancaria, MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., *passim*





dall'ambito di applicazione della disciplina del credito ai consumatori.

Più in particolare, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, tali indicazioni comunitarie impongono una profonda revisione della disciplina della contrattazione tra l'ente finanziatore ed il consumatore interessato al credito per fini residenziali, oggi esclusivamente incentrata, per ciò che complessivamente emerge dagli articoli 116 e 117 del Testo unico bancario e dalle relative fonti secondarie, su obblighi di informazione e tutele rimediale riferiti alla sola informazione generale rivolta al pubblico<sup>40</sup>.

Il legislatore comunitario indica così un modello di disciplina in parte già delineato, rispetto all'ordinamento italiano, da quelle riflessioni della dottrina che si sono interrogate sulle ricadute interpretative che il rilievo allo stato attribuito all'informazione personalizzata entro i “sottosistemi” della trasparenza dei capi II e II *bis* può determinare rispetto alla costruzione di uno statuto generale della trasparenza bancaria (e dunque, essenzialmente, sulla disciplina del capo I)<sup>41</sup>.

Spunti e indicazioni nel medesimo senso si rinvengono peraltro anche nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario, che si è in varie occasioni mostrata propensa ad attribuire (in ambiti a rigore retti dalla sola disciplina della trasparenza generale del capo I) più incisivo rilievo alle informazioni rese in fase di trattative (e cioè non “generali” ma “personalizzate” e pertanto in teoria non direttamente rilevanti, ai sensi degli articoli 116 e 117, rispetto all'accesso a rimedi da parte del consumatore) nel caso in cui il creditore smentisca l'affidamento che il cliente abbia riposto su di esse, facendovi seguire un contratto che abbia contenuto difforme o che determini rischi inaspettati<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., p. 1281; e con riferimento alla disciplina della trasparenza bancaria in generale, v. anche A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr e impr.*, 2009, p. 1244.

<sup>41</sup> V. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit. *passim*.

<sup>42</sup> V. *supra* nota 28.



# Attualità



# A PROPOSITO DEL LIBRO DI FABIO ADDIS “IL ‘MUTAMENTO’ NELLE CONDIZIONI PATRIMONIALI DEI CONTRAENTI”

Di Stefano Pagliantini

| 1

**SOMMARIO:** 1. *Premessa: l’itinerario essenziale del libro.* – 2. *Il trittico che illustra la “cifra” del discorso.* – 3. *Il “pasticcio” dottrinale di un’annullabilità per errore sulla solvibilità.* – 4. *L’ignoranza del dissesto per errore inescusabile: spigolature.* – 5. *Eccezione dilatoria e monopolista legale: il claudicante incedere delle S.U.* - 6. *La fuga dall’art. 1461 nei contratti asimmetrici.* - 7. *Epilogo (in itinere).*

## 1. Premessa: l’itinerario essenziale del libro

Esemplare per rigore argomentativo e quanto all’analitica del discorso concettuale, il libro di F. A. è un manifesto di metodo per l’interprete post-moderno il quale, nel tentativo di governare la montante complessità del reale, è ormai chiamato a coniugare fattispecie e valori, mixando l’orizzonte della singola norma con quello dei principi<sup>1</sup>. Non c’è più infatti un tema che esima da questa fatica, quantunque l’oggetto dell’indagine non veda operare in presa diretta questa o quella clausola generale e nel contempo il suo nucleo minimo sia perimetrato entro un ambito più circoscritto com’è, almeno *prima facie*, nel caso dell’art. 1461, “mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti”, stando alla sua (non poi così criptica) rubrica. La cifra del volume, che consta di tre capitoli alquanto densi e modellati sulle cadenze del pensiero critico, è già insita nel virgolettato che introduce e delimita il sostantivo *mutamento*: l’eccezione di pericolo o di insicurezza, come il riformulato § 321 del BGB l’ha puntualmente appellata, rimanda ad un «divenire

senza determinazioni temporali» (p. 259), con un declinarsi *duale* dell’alterazione patrimoniale ostativa al realizzarsi del futuro adempimento. Potrà trattarsi, perciò, di un dissesto insorto o che si rende *manifesto*, nel senso di riconoscibile, dopo la stipula del contratto, colla sospensione come eccezione «profilattica» (p. 200) comminata per mandare indenne dal pregiudizio di perdere la controprestazione il contraente *in bonis* obbligato ad adempiere per primo. Non dunque un *quid novi* della realtà fattuale, la *Verschlechterung* per intendersi campeggiante nella formulazione *ante* 2002 del § 321, piuttosto «qualche cosa che predica la sua esistenza da un certo momento in poi» (p. 260). Nel nuovo recitativo del § 321, c. 1 del BGB all’idea della sospensione si preferisce quella di un contrante che «*kann die ihm obliegende Leistung verweigern*», tecnicamente perciò un *rifiuto* della prestazione dovuta quando il conseguire l’altra sia messa a rischio, versione tedesca dell’“evidente pericolo” italiano, dalla *mangelnde Leistungsfähigkeit* della controparte. E tuttavia, di là dalle differenze lessicali, emerge chiaramente come le due disposizioni prescindano da una violazione attuale del rapporto obbligatorio, dovendo altrimenti farsi questione di un’eccezione di inadempimento (art. 1460 e § 320), preservando

<sup>1</sup> V., non foss’altro per come nitidamente stilizza i termini essenziali della questione, IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.



scopertamente il *solo* interesse alla conservazione del contratto. Vuol forse questo allora dire che, pur derivando le due eccezioni dallo stesso principio, *inadimplenti non est adimplendum*<sup>2</sup>, i tempi non sono ancora maturi per una *reductio ad unitatem*? Di sicuro questo è l'approccio della dottrina italiana prevalente<sup>3</sup>, mentre il persuasivo periodare di F.A., estremamente attento al diritto uniforme della CISG (art. 71), si mostra ben più problematico.

Con dovizia di argomenti, che vedono il formante storico sapientemente alternato a quello comparatistico, F.A. mette subito in risalto come l'art. 1461 conosca due figure eponime: l'art. 1469 del codice previgente ed il § 321 prima versione del BGB, due disposizioni che davano rilievo, è vero, al solo dissesto patrimoniale sopravvenuto. Epperò la giurisprudenza italiana, che F.A. esamina capillarmente (p. 57 ss), quasi da subito si orientò per un'interpretazione valorizzante l'*attualità* del dissesto, sulla scorta di un modulo discorsivo antiletterale e tuttavia mai episodico perché quasi sempre incentrato su di una valutazione comparativa degli interessi, con quello del contraente *in bonis*, se ignaro incolpevolmente, che vince in quanto *più meritevole di tutela*. Il codice del 1942, e qui le pagine di F.A. restituiscono vividamente i termini del dibattito, fa tesoro del laboratorio giurisprudenziale anteguerra ed affrancandosi da un'eredità francese tutta rinserta per converso nella logica del tipo contrattuale (art. 1613 *code civil*), trasforma l'eccezione di pericolo in una regola di *governo* del rapporto *comune* a tutti i contratti a prestazioni corrispettive. Un'*exceptio*, dunque, fisiologicamente connaturata e coestesa alla nozione, pura perché non corredata di genitivi svianti, di sinallagma contrattuale. Chi, in passato, ha imputato all'art. 1461 una lacuna, perché letteralmente non riproduce la fattispecie *sub b*) dell'art. 71 CISG in ordine ad una sospensione indotta dal modo in cui la controparte si prepara "a dare esecuzione al contratto"<sup>4</sup>, sottovaluta fin troppo come e quanto un'interpretazione assiologicamente orientata dell'art. 1461 ne abbia in realtà fatto, l'espressione di F.A. ben rende l'idea, un «silenzioso precursore» (p. 263) della disposizione internazionale.

Negletto per decenni e talvolta descrittivamente annoverato tra le misure volte a preservare la garan-

zia patrimoniale generica, oggi la dottrina dominante è concorde nel ritenere che il disposto dell'art. 1461 conii un'eccezione dilatoria di stampo cautelare modificante cronologicamente l'ordine di attuazione del rapporto obbligatorio<sup>5</sup>, una forma potestativa di autotutela preventiva, così la si potrebbe anche etichettare, priva di sfumature sanzionatorie perché tra i presupposti di operatività della disposizione non v'è *–recte* non vi può essere l'imputabilità della causa di dissesto al debitore. Insomma, il mutamento come manifestazione rileva, per così dire, *oggettivamente*. Dopo di che, è esatto, colla fattispecie dell'art. 1186 c.c. e coll'idea di un diritto di ritenzione, l'art. 1461 non ha in effetti nulla a che spartire: ma fa bene F.A. a svolgere una preliminare *actio finium regundorum* (p. 18 ss.), non foss'altro per smontare da subito certe forme di apparentamento con alcune disposizioni, gli artt. 1822, 1565, 1481 e 1482, 1901, 1 e 2 comma c.c., 1956 e 1959, c. 2, tutt'al più mimanti *pro parte* la norma in oggetto. Quanto invece al perimetro delle circostanze chiamate ad interrompere l'esercizio del rimedio dilatorio (p. 80 ss.), già il fatto di declinarle al plurale è indice della circostanza che il testuale richiamo di legge al rilascio di un'idonea garanzia non va inteso in termini di esclusività, se è vero che la valenza di fatti impeditivi (dell'opponibilità) od eliminativi (della sospensione) pertiene pure all'offerta di adempimento anticipato ed al miglioramento patrimoniale incorso *medio tempore*.

## 2. Il tritico che illustra la "cifra" del discorso.

Quello di F.A., si diceva, è un libro che non fa sconti, chiamando ripetutamente in causa la grammatica elementare del rapporto obbligatorio, epperò tre questioni più di altre ci sembra facciano da catalizzatore, nell'ordine: la tutela dilatoria è prospettabile nell'ipotesi di un dissesto patrimoniale anteriore alla stipula ma incolpevolmente ignorato oppure questa fattispecie rientra nel perimetro dell'errore spontaneo (art. 1429) od indotto (art. 1439) e rileva per ciò stesso come causa di invalidità? Non ci vuol molto ad avvedersi che, così ragionando, il discorso va ad impattare sulla distinzione tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale, una partizione questa talmente controversa che, almeno in termini di pulizia concettuale, già da subito potrebbe tornare altamente utile derubricarla al rango di una formula

<sup>2</sup> Tanto è vero che DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, ragiona di un art. 1461 dettato «a garanzia del principio di corrispettività».

<sup>3</sup> Lucidamente sintetizzata nella pagina di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460 – 1462)*, II, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1988, 59.

<sup>4</sup> Così SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1981, 243.

<sup>5</sup> V., in luogo di tanti, BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460 – 1462)*, cit. 59 e A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 93.



puramente descrittiva. Il secondo quesito è invece declinabile così: se la conoscenza dello stato di dissesto preclude l'operare dell'eccezione, *quid* per l'ignoranza colpevole? Qui, *ça va sans dire*, il problema si incentra tutto su come debba modularsi la nozione di un affidamento meritevole di tutela, stante la regola cardine, non sempre però nitidamente inquadrata, dell'art. 1338 c.c. Quanto al terzo interrogativo, se dell'eccezione di pericolo si possa giovare pure il monopolista legale, allo stato è sì l'aspetto meno vischioso e tuttavia, complice un *dictum* delle S.U. non privo di ombre, non è affatto ozioso provare a ripensarlo più meditativamente.

Trittico finanche troppo ambizioso, dirà qualcuno, specie se paragonato a talune più recenti esercitazioni sull'argomento: il problema è che una riflessione meditata sulla portata sistematica dell'art. 1461 passa indeclinabilmente attraverso il setaccio delle domande testé poste. Altrimenti si bascula tra informazione e calligrafia giuridica.

### 3. Il “pasticcio” dottrinale di un'annullabilità per errore sulla solvibilità.

Prima *quaestio*: è massima consolidata nella giurisprudenza della Cassazione che l'eccezione dilatoria compete, in via diretta o per integrazione analogica, al contraente *in bonis* di buona fede che non abbia potuto conoscere l'insolvenza originaria. Ebbene, domanda: perché invece non immaginare qui, secondo il periodare di un'autorevole dottrina<sup>6</sup>, un annullabilità per errore che eviterebbe di far interferire il sinallagma genetico con quello funzionale, evitando torsioni al tenore letterale del lemma mutamento? La replica di F.A. è di una linearità esemplare: l'art. 1461 formalizza una causa di inadempimento paventato, «non una violazione attuale del rapporto» (p. 269), associandovi il solo effetto di una sospensione dell'esecuzione. L'annullamento, in quest'ottica, per l'effetto ablativo che ne discende, vanificherebbe irrimediabilmente l'interesse all'adempimento di un contraente incolpevole che non può tuttavia essere penalizzato circoscrivendo il divenute della *litteralegis* ad una sopravvenienza oggettiva *in deterius*. Il danno non può restare là dove cadrà se un'apparenza ha fatto sembrare certe condizioni economiche migliori di quelle che in re-

altà erano. Vero, e tuttavia il problema, nonostante il ragionamento regga, non è risolto perché potrebbe sostenersi che nulla osta ad immaginare una *doppia qualificazione* del dissesto originario sconosciuto, come causa di un pericolo di inadempimento e nel contempo motivo per un annullamento del contratto, supponendo così un'ambivalenza rimessa alla *libera electio* del contraente *in bonis*, il quale potrebbe così disporre di un rimedio conservativo e di uno ablativo<sup>7</sup>. Di là dalla circostanza che la solvibilità rappresenti un *essentiale* nei contratti di credito o che la sua efficienza determinante sia insita nel fatto stesso di accordare alla controparte il beneficio di adempiere per seconda, si potrebbe più persuasivamente sostenere che Cass. 21255/2013<sup>8</sup>, allo stato, offra più di una sponda, nell'ottica di una satisfattività della tutela, all'immagine di due rimedi fungibili assecondanti il soddisfacimento «del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse».

Pur se il profilo dell'effettività rimane troppo confinato sullo sfondo, anche qui la replica di F.A. non fa una grinza: questa natura ancipite del dissesto anteriore è più apparente che reale, l'opinione sull'altrui solvibilità non è infatti traducibile, per il suo fisiologico tasso di mutabilità, in un attributo qualitativo rilevante ex art. 1429, n. 3 c.c., investendo piuttosto «la realtà esteriore» (p. 271)<sup>9</sup>. Risultato, un annullamento potrebbe ammettersi soltanto se il contraente *in bonis* riuscisse a dimostrare che la conoscenza dell'altrui stato di dissesto avrebbe costituito ragione determinante per il rifiuto di *quel* contratto: prova evidentemente diabolica perché sono destinate a farle da contrappunto tanto la circostanza che la dilazione di pagamento può essere dipesa dalla natura della prestazione quanto il rilievo che un'esatta rappresentazione della realtà avrebbe indotto l'eccezione a concludere il contratto a condizioni più vantaggiose o alle stesse sul presupposto, magari, di una preconizzata *mutatio in*

<sup>7</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011<sup>2</sup>, 924 -926 e BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 100 s.

<sup>8</sup> Sul rapporto tra rimedi di impugnazione e demolitori, nel percorso avviato da Cass. 21255/2013, sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Tutela per equivalente di un contratto annullabile e principio di effettività: appunti per uno studio*, in ID., *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, 223 ss.

<sup>9</sup> E v. pure CATAUDELLA, *Somministrazione del monopolista e obbligo di contrattare*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, cit., I, 617 ss., il quale però, con un argomentare che non persuade, esclude un operare dell'art. 1461 fuori dal perimetro della sopravvenienza. Già per una denegatoria dell'annullamento, eccettuato il caso del dolo, era CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987, II, 900 ed oggi MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 110.

<sup>6</sup> La paternità della tesi spetta a SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 968 s e 972 - 974, il cui periodare torna però nello scritto di MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, II, 1732, e nelle pagine di molti altri interpreti.

*melius*. Insomma, è il profilo dell'essenzialità dell'errore a mostrarsi claudicante: il che, a cascata, si riverbera sul dolo in quanto la scorrettezza del dissestato che abbia dissimulato la sua reale condizione finirà tendenzialmente per dare ingresso all'art. 1440 c.c., nell'ottica di una correzione manteniva del rapporto ovvero all'art. 1337 c.c., secondo la prospettiva, per chi ci creda, di una responsabilità da contratto valido epperò sconveniente.

*Tout se tient* allora? Non proprio, o meglio: quella riassunta è la versione aggiornata di un'annullabilità esclusa per il degradare del suddetto errore ad un *Motivirrtum* o *IrrthumimBeweggrunde* giacché non ci sarebbe modo di profilare un'infungibilità della prestazione (pecuniaria) dovuta. Il che è esatto beninteso ma coll'inconveniente di lasciare il problema in un limbo di incertezza quando invece non dev'esservi margine per equivoci: gli è infatti che l'annullabilità non ha qui sistemicamente una qualche ragion d'essere perché, se la si dovesse ammettere, verrebbe a dischiudersi una forma di *risoluzione mascherata*. E tanto basta a smontare l'idea, seppur utile controreplica non c'è dubbio all'errore sulla solvibilità come puro sbaglio di valutazione<sup>10</sup>, che ogni errore sulle qualità postula in realtà una valutazione subiettiva delle stesse<sup>11</sup>, senza che la maggior mutevolezza dell'attributo alteri la natura del suddetto giudizio. Gli è per vero, e F.A. lo nota puntualmente, che un'impugnativa del contratto per errore sulla solvibilità realizza un effetto demolitorio *anticipato* «rispetto all'inadempimento poiché in questa fase esso è per definizione solamente “temuto”... [e] comunque non attuale» (p. 189), coll'indebita commistione di due momenti, «la violazione della garanzia patrimoniale e il vero e proprio inadempimento» (p. 190), alquanto sviante. Forse in modo ancor più *tranchant* si potrebbe però dire che l'ammissione di un annullamento, tanto nei termini di un rimedio esclusivo quanto a calibrarlo nella forma di un concorso alternativo, finisce per attribuire al contraente *in bonis* un'*utilità maggiore* di quella che la legge gli riserva ex art. 1461, se è vero che un effetto estintivo anticipato prenderebbe qui il posto di una mera sospensione. Detto diversamente: dando ingresso all'errore, il contraente *in bonis* otterrebbe il vantaggio di *speculare* sul prodursi di un effetto demolitorio che gli sarebbe precluso dalla sussistenza di una perdurante capacità di adempiere della controparte dissestata, finendo così singolarmente

<sup>10</sup> Così PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 445 – 447.

<sup>11</sup> Lo segnala, per es., DI RAIMO, *sub art. 1429*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, III, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 105 – 107.

per *abbinare* uno scioglimento immediato ad uno stato di pericolo interinale e financo emendabile. Ecco per quale ragione il sintagma *risoluzione mascherata* ci sembra renda bene l'idea di un effetto perentorio ottenuto trasformando *in geneticamente invalido* un contratto che viceversa si è *regolarmente formato*: nella sostanza l'annullamento finisce qui obliquamente per sottintendere un'irreversibilità subitanea della capacità di adempiere della controparte nonostante codesta non versi in una situazione di insolvenza, coll'ulteriore paradosso che un *minus* (l'inaffidabile situazione patrimoniale) genererà un effetto potiore di quel *maius* (insolvenza) che *sub art. 1186 c.c.* importa viceversa la *sola* conseguenza di un'immediata esigibilità della prestazione. Nessuna impugnativa del contratto, perciò, a mo' di un correttivo della fattispecie che ne altera la struttura: sarebbe infatti esiziale il prodursi di un annullamento aggirante, perché ne bypassa i presupposti, il *posterius* di un effetto risolutorio, eventuale e sempre comunque procedimentalizzato nelle forme di legge, stragiudiziali o ai sensi dell'art. 1453 c.c. Molto banalmente è vero che l'errore scusabile è valutato *ex positivo iure*, cioè in punto di composizione qualitativa della fattispecie, come una vicenda *in executivis* ed ai *soli* fini della tutela scritta nel disposto dell'art. 1461: non c'è un *altro bisogno* di tutela del contraente *in bonis* al quale l'ordinamento reputi legittimo riconoscere una *diversa* cautela protettiva. La *satisfattività* del rimedio *non sporge* insomma oltre l'effetto sospensivo. Né, in senso contrario, potrebbe valere il ribattere che una *risoluzione per anticipata impossibilità* dovrebbe ragionevolmente darsi quando il contesto circostanziale sia tale da rendere *inutile*, nel senso di superfluo, il ricorso ad un'eccezione dilatoria postergante l'adempimento del contraente *in bonis* magari ad un tempo nel quale costui non abbia più interesse alla controprestazione. Come F. A. fa diffusamente notare, è vero che il § 323, c. 4 del BGB legittima il creditore a recedere *prima* della sopraggiunta esigibilità della prestazione, ove sia evidente che sussistono i presupposti del recesso: epperò il tutto avviene sulla scorta di un sopraggiunto «carattere irreversibile della violazione, che, al contrario, si assume ancora assente a fronte della difettosa capacità di adempiere» (p. 174). E l'irreversibilità, *mutatismutandis*, è il solo fattore che potrebbe allo stesso modo appalesare, nel nostro ordinamento, un consimile farsi di un effetto risolutorio, insuscettibile per altro di una qualifica come *anticipato*, se è vero che la *mutatio in deterius* tradottasi ormai in insolvenza innescherebbe allora la decadenza dal termine ex art. 1186 prodromica, se la richiesta di adempimento dovesse rivelarsi infruttuosa, ad un inadempimento *stricto-sensu* inteso. Risultato, nessuna «immediata risolu-





zione del contratto» (p. 269) e, visto che i due rimedi *quoadeffectum* si accavallano, nessun annullamento. Né, per finire, il discorso si intorbida nel comma 2 di quel § 321, disposizione che non ha un equivalente nel sistema italiano, fondante il potere dell'*excipiens* di fissare un congruo termine entro il quale la controparte, a fronte della controprestazione, esegua la prima ovvero presti un'idonea garanzia, pena altrimenti il recesso: la dipendenza dell'effetto perentorio dall'infruttuosa decorrenza di un (nuovo) termine attesta inequivocabilmente come serva invero un nuovo fatto per «trasformare in “certezza” del futuro inadempimento quanto originariamente aveva assunto contorni d'“insicurezza”» (p. 172). In filigrana s'intravede poi l'argomento che una *scelta* tra i rimedi, motivata sulla circostanza che chi è incorso in un errore indotto merita la più ampia latitudine possibile quanto alla modalità riparatoria, scelta questa che dovrebbe poi supporre indotta dal contesto circostanziale di riferimento, finirebbe qui per invischiare ed attentare alla certezza dei rapporti contrattuali.

Prima chiosa allora: in una stagione che vede gli interpreti sollevare più di una critica verso una dottrina delle Corti talora troppo imperniata in un decidere per valori, leggere l'art. 1461 come una disposizione che apparenta *mutatio in peius* ed affidamento incolpevole dell'*excipiens* non è segno di una giurisprudenza creativa praticante un'interpretazione antiletterale per scoperte ragioni equitative: l'insidia di un errare nello strumentario tecnico adottato o di maneggiarlo malamente è in agguato se si ammette l'annullabilità, preambolo detto di passata ad una disparità di trattamento difficile da motivare. Per quale ragione infatti chi ha, seppur incolpevolmente, errato dovrebbe poter ripensare il giudizio sulla convenienza dell'affare, «modificandone [irretrattabilmente] i termini di esecuzione»? (p. 266). Per poco che si rifletta, sembra infatti evidente che, pure a ragionare nei termini di un'annullabilità parziale, supponendo allora che cada soltanto la clausola obbligatoria del contraente *in bonis* ad adempiere per primo, per l'irreversibilità dell'effetto ablativo, costui otterrebbe una correzione conformativa del contratto acconciata come *definitiva* quando la sospensione dell'art. 1461 innesca una vicenda *transeunte* e *reversibile*. Anzi, a ben vedere, una parzialità estintiva è forse ancor più sistemicamente spuria se solo ci sofferma a pensare, come F.A. con oculatezza fa, che un'annullamento *in parte qua* andrebbe a riprodurre gli effetti di una decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186, senza che però... ricorra il presupposto dell'insolvenza! Insomma, la via di fuga dell'annullamento davvero fa da molla al prodursi di un pasticcio interpretativo. Tra l'altro è detto *en*

*passant*, se si risolve a domandare il rilascio di un'idonea garanzia, che cosa sta facendo questo contraente *in bonis* che abbia nel frattempo impugnato, una convalida *per facta concludentia*? Come si può notare, la logica del vizio genetico conia più problemi di quanti non si periti di risolverne: ed *entia*—notoriamente— *non sunt multiplicanda sine necessitate*. Di qui a dire però che l'errore scusabile sulla solvibilità fa parte dell'alea normale, perché «costituisce materia di rischio assunto»<sup>12</sup>, suonando come paternalistico il dolersi giudizialmente di un cattivo affare, sinceramente ne passa. All'eccesso di responsabilizzazione del contraente *in bonis* corrisponde infatti un *premio* per l'affidamento immeritevole della controparte.

#### 4. L'ignoranza del dissesto per errore inescusabile: spigolature.

Seconda *quaestio*: se la conoscenza dello stato di dissesto preclude l'operatività dell'art. 1461 (e, per inciso, di *ogni* altro rimedio), qualche dubbio, nella dottrina più recente<sup>13</sup>, aleggia viceversa rispetto all'ipotesi dell'errore inescusabile. L'opinione prevalente, alla quale F.A. mostra di aderire, facendo orbitare il tutto intorno al principio di autoresponsabilità, risolve il problema imputando al contraente *in bonis* la violazione di un onere di diligenza: e di qui il canovaccio interpretativo corrente che vede le Corti per lo più impegnate a declinare casisticamente una diligenza spesso legata ad un problema di *evidenza* delle condizioni patrimoniali, nel senso di un dissesto *apparente* dal contesto, secondo un canone di «oggettiva acquisibilità» (p. 183), l'espressione di F.A. al riguardo è assai calzante, dell'informazione sulla vulnerabilità economica della controparte. Qui il tema, nel caso il contraente *in bonis* sia un istituto di credito, incoccia di solito la *vexata quaestio* di una concessione abusiva del credito, col correlato problema di un danno tanto ai creditori antecedenti l'erogazione del finanziamento quanto a quelli posteriori che abbiano confidato su di una solvibilità fittizia: ma è una declinazione del problema che F. A. preferisce soltanto menzionare, probabilmente a motivo del fatto che la pratica di una concessione abusiva del credito, nella misura in cui preclude al contraente *in bonis* di avvalersi di eccezioni in autotutela, in realtà *scherma* l'art.

<sup>12</sup> Così BESSONE, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pactasuntservanda e alea normale del contratto*, in *Giur. mer.*, 1978, 802, seguito da MODICA, *Profili giuridici del sovra indebitamento*, cit. 109 s.

<sup>13</sup> *Amplius* in DELLA CASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 556 s. e 567 – 571.

1461: classica disposizione, in quanto *premia* il contraente più accorto esponendo invece al rischio di un'esecuzione inefficiente gli altri aventi causa rimasti inerti, che sembra costitutivamente irriferribile a chi negozi sovrastimando colpevolmente la capacità di adempiere della controparte.

6 Bene, non tutti però, si diceva, sono di questo avviso e, legando l'eccezione dilatoria ad un'ignoranza oggettivamente intesa, si è fatto provocatoriamente notare come l'idea di un'insolvenza colpevolmente ignorata, quale *fatto impeditivo* di una tutela sospensiva genera il *paradosso* di una controparte in dissesto, consapevole epperò reticente, *premiata* pur nella piena consapevolezza del danno che così arrecherà alle aspettative del contraente *in bonis*, quantunque questo sia stato negligente. Alle corte, nella valutazione comparativa dei contrapposti interessi, all'errore inescusabile di un contraente fa pur sempre da *pendant*, si fa nella sostanza notare, lo stato subiettivo di una controparte in malafede. E, se così è, non si vede per quale ragione la situazione di anti-giuridicità di quest'ultimo dovrebbe apparire *più meritevole*, perché *meno grave*, di quella del primo. Il che beninteso è vero, per quanto già potrebbe opporsi che ammettere l'eccezione dilatoria, nonostante una sconsiderata negligenza nell'informarsi, conosce l'insidia di garantire un potere di variare la cronologia delle prestazioni a chi nulla ha fatto per meritarsi una siffatta tutela. Del che è convinto, come si diceva, pure F.A., per il quale la *bewußte Fahrlässigkeit* gioca da condizione ostativa per l'efficienza pervasiva sovraordinata che tuttora comunica il principio *pacta sunt servanda*, al netto dell'effetto perverso che, nei termini di una vistosa disparità di trattamento, avrebbe equiparare *sub art. 1461* il contraente *in bonis* diligente a quello avventato o sconsiderato.

Anche qui tutto vero, sebbene uno sguardo dall'alto alimenti la sensazione che, sulla questione *de qua*, un valore sistematicamente forte lo trasmetta non già l'art. 1372, col suo *τόπος* di una vincolatività intangibile *ex uno latere* quando il sinallagma sia il prodotto consapevole di una «libera determinazione» (p. 239), bensì il meno acclamato ma non per questo cadetto, art. 1338: norma, non lo si dimentichi, che lascia il danno *là dov'è* se manca un affidamento meritevole perché occasionato da un errore inescusabile. C'è una *fattispecie nascosta*, osserva la migliore dottrina<sup>14</sup>, nell'art. 1338, traducibile nell'incisiva formula di un'*invalidità senza responsabilità* allorché, chi ha errato, abbia confidato colpevolmente sulla validità del contratto. Ebbene,

<sup>14</sup> V. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, 35 s.

se l'inescusabilità dell'errore, ancorché la scusabilità non sia più un presupposto per l'annullamento, modula ed orienta una qualifica di responsabilità finendo per fungere da *regola* idonea «a scagionare colui che non dà notizia di un errore inescusabile dell'altra parte»<sup>15</sup>, non si vede per quale ragione l'art. 1461, rispetto ad una situazione di pericolo, dovrebbe palesarsi come una norma eccezionale. Diverso, ed assai meno pacifico, sarebbe invece dire che l'inescusabilità della sua ignoranza preclude al contraente *in bonis* l'annullabilità ove l'errore sia riconoscibile.

Dopo di che, *nulla quaestio* sulla circostanza che sia debole mettere in non cale la buona fede inescusabile del contraente *in bonis* adducendo l'argomento di un art. 1461 unicamente incistato su di una funzione di riequilibrio patrimoniale. Ma pure qui, senza tante perifrastiche, forse converrebbe più banalmente chiosare così: la parte che non si informa si atteggia, in realtà, ad un contraente che *scommette* sull'adempimento altrui. L'eccezione dilatoria non gli compete, allora, nella stessa maniera in cui la pretesa all'adempimento di chi scommette non è coercibile (art. 1933, c. 1 c.c.). E tanto dovrebbe bastare.

È un falso problema invece, ed infatti lo si esamina *en passant* per mere ragioni di completezza espositiva, quello che introduce la fattispecie di un aggravamento dello stato di dissesto, già noto all'atto della stipula ma non ancora tale da indurre a rifiutare la conclusione del contratto per un pericolo di inadempimento: va da sé infatti che la suddetta vicenda integri il presupposto fattuale dell'art. 1461 c.c.. Semmai, come F. A. ben ci ricorda, è chiaro che non se ne può fare una questione quantitativa, per intendersi di entità del dissesto: piuttosto una disamina avvertita implica che il discorso *vir* sul riconnettere l'*exceptio* ad un giudizio di prognosi postuma, nel senso che l'art. 1461 *si darà* ogni qual volta la pur nota situazione di incapacienza della controparte non rendeva preventivabile, in termini di ragionevole prevedibilità, un deteriorarsi al punto da mettere in pericolo la controprestazione. Il che implica però il sottinteso di un mutamento avente qui le fattezze non di una situazione che si rende manifesta quanto e piuttosto di una vera sopravvenienza: ove questa dovesse mancare, viene infatti di pensare che l'evidente pericolo null'altro sia che l'esito «necessario ed inevitabile dello stato di dissesto preesistente e già noto» (p. 223).

Breve intermezzo, a mo' di seconda chiosa, espresso in forma di domanda: se, omettendo di valutare il merito creditizio, una banca, dopo aver concesso una prima *tranche* di finanziamento, si ritrova

<sup>15</sup> Così CASTRONOVO, *op. ult. cit.* 37.



un mutuatario consumatore inadempiente al pagamento di alcune rate, nel caso non volesse più erogare i fondi residui ma nel contempo neanche fosse intenzionata ad agire subito in risoluzione, potrà invocare l'eccezione dilatoria ex art. 1461 o nella forma di cui all'art. 125 *quater*, c. 2 lett. b) T.U.B., adducendo il sopravvenuto mutamento delle situazioni patrimoniali dell'obbligato? Di primo acchito, almeno a chi scrive<sup>16</sup>, sembra che la preclusione si incisti su due ragioni difficilmente controvertibili: la contravvenzione da un lato ad uno specifico obbligo di legge, nella specie l'art. 124 *bis* T.U.B., che conforma l'attività di erogazione del credito, il canone dall'altro che orienta la Corte di giustizia, nell'area dei finanziamenti *b2c*, in vista di un'effettività dei rimedi a tutela del consumatore. *Le Crédit Lyonnais SA* (C-565/12), al riguardo, disegna alla perfezione l'abbozzo di una responsabilizzazione dell'attività d'impresa espressa seguendo coordinate che vedono il *cattivo professionista irresponsabile* soccombere ogni qualvolta il vantaggio deducibile dalla propria colpa *non sia notevolmente inferiore* al profitto «di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Nel pronunziarsi sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE, si legge infatti che il professionista, se ha mancato all'obbligo precontrattuale di verifica del merito creditizio, decade tanto dagli interessi convenzionali quanto da quelli legali perché, se potesse legittimamente esigere i secondi, la sanzione per l'inadempimento di un obbligo di legge *non sarebbe sufficientemente dissuasiva*. E tanto di nuovo dovrebbe bastare ad escludere l'opponibilità, nell'esempio sunteggiato, di un'eccezione dilatoria generale o di *ius speciale*: le condotte avventate o irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento ostative alla crescita dei consumi, *in concreto* minano quel mercato concorrenziale trasfigurato in una situazione di *public interest*. La recentissima *CAConsumer Finance SA* (449/13), nel riconoscere che la piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali ex artt. 5 e 8 della direttiva 2008/48/CE, incombe sempre sul creditore e può pure implicare una valutazione della solvibilità dipanata attraverso dei chiarimenti adeguati *ad personam*, certifica in un certo qual modo che allocazione del rischio sul professionista e selezione come *effettivo* del rimedio meglio contrastante pratiche di *market failure* sono, in vista di un finanziamento responsabile, due facce della stessa medaglia.

<sup>16</sup> Mentre, se si è ben inteso, parrebbe diversamente orientato E. GABRIELLI, *I contratti e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2014, 12 s.

La specialità della disciplina testé illustrata potrebbe, naturalmente, indurre a pensare che il quadro cambi quando il soggetto finanziato sia un professionista, stante la circostanza che costui non si può giovare della normativa unilateralmente orientata spettante al consumatore. Al netto di svianti integrazioni per via analogica, la suddetta impressione sarebbe però alquanto fallace perché in soccorso dell'interprete parrebbe che possa ragionevolmente addursi il canone della buona fede che arricchisce il rapporto contrattuale implementando il dovere di cooperazione tra le parti, con al più il distinguo corretto promanante da un'oculata applicazione dell'art. 1227, c. 2 c.c.

### 5. Eccezione dilatoria e monopolista legale: il claudicante incedere delle S.U.

Terza *quaestio*: se è ragionevole presumere che la conoscenza del dissesto varrà da impedimento alla stipula ovvero almeno a concordare un adempimento contestuale, variabile per la quale soccorre poi con tutta evidenza l'art. 1460, *quid* nel caso di un obbligo legale di contrarre, per la preclusione *prima facie* del monopolista ad opporre un rifiuto alla stipula a chiunque faccia richiesta della prestazione, dunque pure ad un utente dissestato? Anche qui l'interpretazione suggerita da F.A., che riflette sulla questione dopo che le S.U. 1232/2004 si sono notoriamente pronunziate per l'utile esperibilità dell'art. 1461 in quanto disposizione compatibile coll'art. 2597 c.c., è di una nitidezza esemplare. Aniché indugiare sulla natura incondizionata di un obbligo a contrarre circoscritto artificialmente al momento della stipula, perché *in executivis* si riepandrebbero i rimedi sinallagmatici, il *proprium*-della questione, ci avverte l'a., sta nel riconoscere che, *sub* art. 2597, una libertà di autodeterminazione permane in realtà, seppure nella diversa accezione di una parità di trattamento fra gli utenti: parità che verrebbe scopertamente compromessa, in danno degli utenti futuri, se il monopolista non fosse libero di improntare la propria attività a criteri di economicità della gestione. Di qui, *melius re perpensa*, il suggerimento allora a reputare già possibile un *rifiuto* alla stipulazione, come farebbe «ogni altro operatore di un mercato concorrenziale perfetto» (p. 214). Per inciso questo argomentare, se rettamente inteso, ha dalla sua il vantaggio di ovviare ad un inconveniente tutt'altro che di risulta: se infatti, nonostante sia edotto del dissesto, il monopolista negozia, siccome ha così implicitamente reputato di valutare nello stesso modo contraenti patrimonialmente diversi, non potrà certo *in executivis* riscoprire quella *differentia specifica* accantonata al momento

della stipula. Allora sì, il rilievo è fin quasi autoevidente, che verrebbe a delinearsi un'irragionevole disparità di trattamento! E poi: se l'art. 1372 riconosce forza di legge al contratto, ammettere, come le S.U. hanno sentenziato, che il monopolista possa opporre l'eccezione dilatoria, equivale nella sostanza a riconoscergli surrettiziamente una facoltà di ripensamento sulla convenienza dell'affare, nonostante la convenienza *de qua* debba supporre sia stata già congruamente scrutinata, stante la pendenza del supposto pericolo di inadempimento, all'atto della stipula. È difficile, in altri termini, scansare l'impressione che il servirsi dell'eccezione dilatoria non finisca qui per dischiudere una condotta contraria a buona fede. Ed allora, pur se ispirato ad un comprensibile pragmatismo appannante il principio *pactasuntservanda*, il ragionamento delle S.U. in realtà non tiene. Per inciso, il grado di rischio dell'utente, nel passaggio dal momento della stipula a quello dell'esecuzione, non è che solitamente si aggravi, col risultato che il riconosciuto operare dell'art. 1461 decampa dall'ordito assiologico illustrato per decenni dal diritto vivente: se l'effetto sospensivo dell'*exceptio* suppone un *mutamento* che può essere alternativamente sia fenomenico che gnoseologico, qui in realtà non v'è né l'uno né l'altro. Non si dà, per chi ben osservi, né un divenire in sé né uno calato nella succedanea rappresentazione più avvertita di un contraente *in bonis* incolpevole, destrutturando nel contempo, a mo' di una *lexspecialis*, gli elementi costitutivi della fattispecie legale. Il paradosso, in tempi di una paventata giustizia del caso concreto, non potrebbe allora essere più vistoso.

È vero, naturalmente, che la novellazione dell'art. 67, c. 2, lett. a L. Fall., perché il *dictum* delle S.U. dava ingresso ad una revocabilità dei pagamenti effettuati nell'anno precedente al fallimento avendo il monopolista giust'appunto la facoltà di sospendere la prestazione, ha tolto un po' di mordente all'intera questione: l'irrevocabilità edittale dei pagamenti di beni e servizi compiuti nell'esercizio dell'attività d'impresa «nei termini d'uso», ha senza dubbio appianato il contrasto. E tuttavia concettualmente il problema permane, innervato probabilmente dalla circostanza che la lettura teorizzata dalle S.U. è il riflesso di un distinguo tra sinallagma genetico e funzionale maneggiato ormai sempre più alla stessa guisa di un artificio retorico.

## 6. La fuga dall'art. 1461 nei contratti asimmetrici.

Prima della chiosa finale, ancora una spigolatura.

Sebbene non la si possa far rientrare nella fattispecie tipizzata all'art. 33, c. 2, lett. r) c. cons., una clausola che dovesse permettere al professionista di sospendere la prestazione in difetto dei presupposti previsti dall'art. 1461 c.c., meriterebbe vien fatto di pensare la qualifica di vessatorietà, coll'annesso operare perciò di quella nullità di protezione ex art. 36, cc. 1 e 3 che cassa ogni pattuizione determinante un significativo squilibrio normativo in danno del consumatore<sup>17</sup>. Epperò, domanda: *quid* nel caso in cui una clausola siffatta dovesse comparire in un contratto asimmetrico tra professionisti? La pratica infatti, come recentemente segnalato<sup>18</sup>, sperimenta da tempo tecniche volte a rafforzare la tutela del credito rispetto allo standard di diritto comune, colla previsione ad es. di clausole subordinanti l'adempimento al possesso di uno specifico *rating* o al rilascio di una garanzia bancaria a prima richiesta, l'una e l'altra abbinata solitamente ad una clausola risolutiva espressa (art. 1456) per l'ipotesi in cui i suddetti requisiti dovessero venire a mancare trascorso un termine di grazia perentorio (20 giorni di norma), concesso alla controparte per provvedere al ripristino della condizione patrimoniale richiesta. Trattasi, palesemente, di pattuizioni mediante le quali, accomunando situazioni di matrice diversa che non necessariamente impingono sull'oggettivo modificarsi dei presupposti di *realizzabilità della prestazione*, viene formalizzata nella sostanza una risoluzione anticipata del contratto, nella misura in cui il contraente *in bonis* viene legittimato, per modificazioni subiettive diverse dal dissesto, ad un recesso *ante tempus*. Tornando all'esempio, il possesso di uno specifico *rating*, come si è fatto notare<sup>19</sup>, stilizza un livello minimo di affidabilità contrattuale che difficilmente integra la fattispecie di *evidente pericolo* richiesta per legge, allargando così le maglie di una tutela dilatoria – perentoria finalizzata sì a rendere più stabile la garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c. ma a detrimento dell'impresa che divenga sprovvista del “merito” richiesto. Se la situazione di pericolo innescante l'art. 1461 è assimilabile a quella che simboleggia l'*eventusdamni*

<sup>17</sup> V., puntualmente, BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 99.

<sup>18</sup> V. M. MAUGERI – C. FERRARI, *La tutela del credito nel c.d. regime di TPA nel settore dell'energia*, in corso di stampa in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, letto in anteprima grazie alla cortesia delle autrici.

<sup>19</sup> V. MAUGERI – FERRARI, *op. ult. cit.*



nel consentire il ricorso all'azione revocatoria (art. 2901 c.c.)<sup>20</sup>, *nulla quaestio* sulla circostanza che una giusta causa per sospendere ricorra nell'ipotesi di una sentenza o di un provvedimento amministrativo di condanna incidenti fondatamente sulla capacità di adempiere della controparte, molto meno convince viceversa che la difficoltà prospettica di adempiere sia insita nel difetto di un *rating*, solitamente connesso ad una situazione di indebitamento non garantito a lungo termine. Il pericolo di inadempimento non rileva in sé, neanche nell'area del diritto uniforme (art. 71 CISG), dovendosi comunque sempre appalesare una situazione che lo inverte *oggettivamente*. Certo, a presidio dell'impresa che si trovi a subire giuste cause pattizie (e non legali) di sospensione, verrà in soccorso il disposto dell'art. 1341 c.c., sulla premessa che l'eccezione dell'art. 1461 è tradizionalmente annoverata tra quelle rinunziabili, sterilizzando così il normale rischio d'impresa connesso alla scelta del contraente<sup>21</sup>: e tuttavia, stante l'insufficienza protettiva di una tecnica rimediale tradotta nel debole marchingegno di una doppia sottoscrizione, perché non immaginare, quando l'impresa vessata versi in una situazione di dipendenza economica, una nullità ex art. 9 l. 192/1998? Sembra difficile infatti sostenere, per quanto sia esatto che le clausole in questione riproducano di solito gli standard di sostenibilità economica richiesti dal mercato di riferimento per operazioni rilevanti, che l'interprete non si trovi qui al cospetto di pattuizioni includenti condizioni eccessivamente gravose. A tacer del fatto che la pratica di aggiramento dell'art. 1461, norma dispositiva sì ma pur sempre nella versione di una *derogabilità condizionata*, rappresenta un nuovo capitolo di quella *fuga* dal codice ben illustrata da chi continua ad ammonire che un diritto incalcolabile fa da premessa a che le imprese (più forti) si dotino di una calcolabilità fai da te<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Puntualmente CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in CARNEVALI – E. GABRIELLI – TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, 255 ss.

<sup>21</sup> Il profilo non sfugge all'acutezza di chi, nell'economia di una recensione a questo stesso libro, ha già fatto opportunamente notare come «in chiave sistematica è preferibile una concezione del rimedio dilatorio che poggia su un'idea di autonomia privata magari assai severa però anche fortemente legata alla responsabilizzazione dell'agente, cui concorre anche la consapevolezza di correre rischi i cui effetti non sono eliminabili successivamente, oppure una concezione che miri a preservare quanto più possibile il sinallagma anche contro insidie non propriamente intrinseche al rapporto contrattuale, valorizzando la dimensione dell'attività successiva alla conclusione del contratto ... ?»: così PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2014, 215 ss.

<sup>22</sup> L'allusione è ad IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

## 7. Epilogo (*in itinere*).

Ed allora, a guisa di commiato. Il libro di F.A. tocca un tema che vanta più di un padre nobile: da Pothier, che per primo teorizzò il diritto del venditore di ricusare la consegna della *res*, sebbene il compratore benefici di un termine al pagamento non ancora scaduto, quando costui abbia sofferto uno *sconcerto nella sua fortuna*, a tutta l'elaborazione pandettistica influenzante pervasivamente il modello tedesco prima maniera, fino ad arrivare al lavoro esegetico che ha accompagnato le norme di uniformazione internazionale, in special modo a quell'art. 71 CISG che F.A. illustra ampiamente nel suo contenuto precettivo (p. 121 ss.), evidenziando nel contempo lo scarso apporto che invece proviene da tutti i più recenti progetti di codificazione civile europea. In sospenso, ma non potrebbe essere altrimenti, rimane il quesito d'insieme: nella stagione presente conviene privilegiare un sistema binario, nel quale eccezione di inadempimento ed eccezione di insicurezza rimangono fattispecie contigue sì ma separate oppure, sfruttando la *vis attractiva* che ci restituisce l'art. 71 CISG, è più utile ripensare il principio *inadimplenti non est adimplendum*, coniando un'unica tutela dilatoria calibrata sul manifestarsi di un inadempimento, presente o in predicato, alla funzionalità sinallagmatica del rapporto contrattuale? Il dibattito, che questo bel libro di sicuro arricchisce criticamente, è aperto. Agli interpreti che verranno l'onere di riflettere sulla fatica di quel concetto che F.A., ed anche questo è un pregio innegabile del libro, restituisce al lettore con un tecnicismo terso, e mai di maniera, sempre proteso alla ricerca critica del punto di rilevanza ermeneutica delle norme.













