

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2015 - Numero 2

Saggi

- Regole e principi. Un decalogo, di Giuseppe Vettori p. 51
- Spigolature sull'art. 7, commi 1 e 2 del d. Lgs. 231/02, di Stefano Pagliantini p. 57

Materiali e commenti

- Primi appunti sull'*interest rate swap* non adeguato, di Daniele Imbruglia p. 23

Attualità

- Il nuovo art. 2929 bis c.c. nel quadro degli strumenti di tutela dei creditori, di Serena Meucci ... p. 11

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:

Giuseppe Vettori

Comitato di direzione:

Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Francesco Macario; Mari-saria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori:

Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Giovanni Francesco Basini; Carmelita Camardi; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Sebastiano Ciccarello; Giovanni D'Amico; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdichio.

Segreteria di redazione:

Mario Mauro

Redazione:

Antonio Gorgoni; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli

E-mail:

info@personaemercato.it

Web:

www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

Hanno collaborato a questo numero: Daniele Imbruglia; Serena Meucci; Stefano Pagliantini; Giuseppe Vettori.

Ad eccezione dell'editoriale di Giuseppe Vettori, 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

REGOLE E PRINCIPI. UN DECALOGO.

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Una premessa. - 2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della *Rivista di diritto civile* nel 1955. - 3. Con il nuovo millennio si volta pagina. I principi come tratto della contemporaneità. - 4. I principi generali nell'Unione europea. - 5. Un metodo di lavoro. Il decalogo.

1. Una premessa

Il tema va ricondotto alla sua essenza. Al giusto atteggiamento sul positivismo che ha attraversato gran parte del novecento.

Un testo sapienziale che ho sempre apprezzato può servire a rifletterci su. Dice così. All'origine di ogni comprensione umana le montagne sono montagne le acque sono acque. C'è poi un periodo di evoluzione e di negazione che può portare alla perdita di ogni riferimento. Acquisita la giusta dimensione della realtà le montagne tornano ad essere montagne e le acque, acque.

La metafora, filtrata dalle grandi narrazioni filosofiche del secolo passato, può essere letta in modo diverso.

Può significare che essere saggi consiste nel vedere sempre le montagne, le acque e non altro. Ma può anche significare qualcosa di più. Può volere dire che la dimensione soggettiva originaria è legata al tempo, in modi diversi. Per ognuno l'assetto conoscitivo più appropriato è quello in cui si è formata la propria identità. Solo che essa, per il saggio appunto, non è un orizzonte finito, ma un punto di appoggio per guardare al futuro.

Se è così non ha senso demonizzare o arroccarsi sul positivismo. Il diritto è ordine e l'ordine si esprime con regole da interpretare e applicare. Questo sistema è edificato da leggi e giudici ed è frutto del tempo. Non ha senso rimpiangere il passato. Ciò

che conta in ogni vicenda umana e sociale è la lucida consapevolezza dell'esserci. E la contemporaneità indica un sistema di norme e di loro applicazioni diverse dal passato perché si articolano in regole (con fattispecie) e in principi (senza fattispecie). Entrambe essenziali per interpretare e applicare il diritto qual è *hinc et nunc*.

Che cosa sta accadendo è chiaro a tutti pur con diversi atteggiamenti.

Si guarda all'ordine del passato. Si osserva il presente dominato da norme senza fattispecie¹. Si parla di un'eclisse del diritto civile oscurato dall'irrompere, nel lavoro quotidiano del giurista, delle norme costituzionali, del protagonismo dei giudici e del diritto europeo². Si studia a fondo l'esperienza giuridica di principi e il loro uso ragionevole e realistico³. Non solo.

¹ Così N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 38 ss.; ID., *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, 1, p. 11 ss.; ID., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, p. 17 ss. e per un'impostazione diversa A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 245 ss.

² C. CASTRONOVO, *L'eclisse del diritto civile*, Milano, 2015, in part. p.10 ss.

³ A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, (numero speciale), p. 33 ss, ed ivi G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, p. 77 ss.; U. BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, p. 121 ss.; A. CERRI, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza*



Appare sempre più evidente come tutto ciò incida sulla forma del nostro ordinamento democratico e le analisi dei costituzionalisti sono diverse. Alcuni riconoscono che i diritti operano come “trasformatori permanenti” nelle mani delle Corti, ma osserva che tale mutamento nel sistema delle fonti può essere legittimo solo riconoscendo il formarsi di una consuetudine costituzionale che configuri una competenza concorrente fra legislatore e giudice. Consuetudine che giustifica un ruolo normativo della giurisprudenza in caso di protratto silenzio del legislatore. Il quale, si osserva, mantiene l’ultima parola, con la legge ordinaria e con la legge costituzionale⁴.

Per altri l’esaltazione dei principi degrada i diritti a raccomandazioni etiche e sovverte la gerarchia delle fonti attribuendo un ruolo creativo alla scienza e alla giurisprudenza, in contrasto con le esigenze più avanzate della modernità e a ciò si contrappone un assetto costituzionale che deve essere attuato dal legislatore e solo completato dalla dottrina e dai giudici⁵.

Più credibile in base all’analisi dell’attuale sistema delle fonti è una ricostruzione diversa. La trasformazione dello Stato costituzionale pone sempre più in posizione di parità la funzione legislativa e giurisdizionale, escludendo la primazia dell’una o dell’altra, come espressione di un vero e proprio progetto politico che domina il presente⁶.

E se ciò è vero la scienza giuridica civilistica non può cedere di fronte alla filosofia dell’incertezza e della catastrofe, ma deve continuare il suo compito in un nuovo orizzonte. Si tratta di precisare come e uno sguardo al passato, come sempre, aiuta.

2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della Rivista di diritto civile nel 1955.

Il codice civile, è noto, riduce nell’art.12 delle Preleggi il ruolo dei principi entro i confini “dell’ordinamento giuridico dello Stato”, sicché la

giuridica, p. 193 ss.; A. GAMBARO, *La dinamica dei principi: due esempi e un’ipotesi*, p. 229 ss.; E. DEL PRATO, *I principi nell’esperienza civilistica: una panoramica*, p. 265 ss.

⁴ V per questa posizione M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 41 ss.

⁵ V. fra molti L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principia lista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.

⁶ M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, p. 295 ss.; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.

giuridicità è contrassegnata dalla statualità e dalla positività e il ruolo del giurista è confinato in un metodo preciso. Basta un esempio.

Un saggio di Bobbio sul ragionamento giuridico apre nel 1955⁷ la lunga stagione della Rivista di diritto civile. L’attenzione si concentra sulla natura della giurisprudenza intesa, sin dal diritto romano, come attività logica o come attività ispirata dall’*aequitas*. Bobbio liquida subito il problema.

Il compito del giurista è determinato da “una valutazione dei fini del diritto” in un determinato ambiente storico e in quegli anni il fine è chiaro. Prevale la esigenza della stabilità delle relazioni orizzontali (fra cittadini) e verticali (fra cittadini e lo Stato) e per conseguire questo scopo si debbono esaltare alcune tecniche di organizzazione giuridica. Prime fra tutte la supremazia della legge e l’auto-integrazione dell’ordine giuridico.

Ciò porta alla centralità del ragionamento logico e all’equazione fra soluzione giusta e soluzione conforme alla norma. Non vi è posto per i giudizi di valore per un motivo chiaro. “Il linguaggio dei valori non si può ridurre a linguaggio logico o descrittivo”. Per provare un valore “non si può ricorrere né alla dimostrazione logica né alla verifica empirica, ma soltanto ad argomenti di carattere soggettivo che sfuggono al dominio della logica e della scienza”⁸.

Da qui la conclusione che il giurista deve eliminare tali giudizi dal suo ragionamento che verte, non sulla giustizia delle norme ma sulla loro validità. Il suo compito si ferma qui. Le sue operazioni sono ispirate ad un ragionamento deduttivo, logico, sistematico, senza trascurare che le leggi sono prodotti culturali da collocare in un tempo e in un ordine sistematico, ma ciò non altera il suo ruolo. Il giurista è “uno storico e un sociologo quando stabilisce le premesse e un logico quando dalle premesse stabilite ricava tutte le conclusioni implicite”⁹.

E’ noto che questa visione è solo il primo passo del percorso di Bobbio attraverso il positivismo, sino al saggio del 1969, sulla funzione promozionale del diritto, che inaugura lo studio della funzione privilegiata da allora rispetto ad una visione strutturale del diritto¹⁰. Ma il tema dei principi toglie il sonno ai civilisti già dalla seconda metà del novecento e le certezze entrano in crisi.

Gli studiosi già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti

⁷ N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1955, p. 3 ss.

⁸ N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, op.cit., p. 6-7.

⁹ N. BOBBIO, op.cit., p. 12

¹⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007 (rist. a cura di Losano)



civilistici. Si mostra intolleranza verso l'apriorismo dei dogmi e verso l'assolutismo della legge. Si inizia a parlare di un diritto vivente e di un principio di effettività. L'interprete e la sua dimensione esistenziale rispetto alla norma acquistano centralità. Si nega che la lettera della legge sia espressione di un significato oggettivo¹¹.

I magistrati nel convegno di Gardone del 1965 danno vita ad un vero e proprio manifesto sull'applicazione diretta della Costituzione.

La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che "le norme si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un'intera costituzionalità", invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad un'interpretazione costituzionalmente orientata¹².

Con il nuovo millennio, insomma, muta l'orizzonte. C'è un diffuso desiderio di ordine e di concetti ordinanti, ma ciò esige di coordinare fra loro regole e principi, giudizi di validità e di valore. Con un procedere non facile.

3. Con il nuovo millennio si volta pagina. I principi come tratto della contemporaneità.

Luigi Mengoni ha indicato con chiarezza il senso di questa svolta.

I diritti e i principi costituzionali appartengono, in pari tempo, al diritto e alla morale ma sono soggetti "ai modi, alle procedure e ai vincoli dell'argomentazione giuridica"¹³.

La fine dell'assolutismo della modernità e l'abbandono della stagione debole del post-moderno è segnata da questa consapevolezza per il giurista. La necessità di costruire nuovi modi, tecniche e vincoli di un'argomentazione giuridica che deve tener conto di un sistema delle fonti ove concorrono rigide fattispecie e affermazioni di valore che sono un *prius* e non un *posterius* rispetto alle norme esistenti.

Questo nuovo metodo è ancora, in gran parte, da definire ma si può indicarne qualche tratto.

L'argomento classico del positivismo giuridico per espellere i giudizi di valore da ogni riflessione teorica sul diritto è basata sulla convinzione, erronea, che i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata perché l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi. Centrale dunque è un modo di argomentare basato non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico¹⁴.

Le clausole generali sono ancora una singolarità e un problema. Una singolarità perché non hanno una fattispecie e consentono l'ingresso nel sistema di valori extragiuridici. Un problema perché pur essendo tecniche disciplinate nel codice "sfuggono allo stretto principio di legalità" e sono in netto contrasto con il metodo positivo su aspetti centrali, dall'illecito all'inadempimento¹⁵.

Da qui l'attenzione prestata di recente.

Si valorizza il loro ruolo di frammenti di norme. Si sollecita l'uso del sillogismo sulla scelta dello standard interno o esterno al diritto positivo. Si precisa che non sono principi ma sono destinate ad operare nell'ambito dei principi per fondare la regola di valutazione di un contegno o la disciplina di un atto¹⁶.

Le tecniche di diritto comunitario spingono alla ricerca di un rimedio effettivo, espressione di un sistema da costruire nel dialogo fra norma e giudici. Con una centralità del caso da cui è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo, tramite anche il precedente. Senza erodere il valore della certezza che non è mai stato, nella storia, affidato solo alla legge.

Basta pensare al *Code civil*, vero manifesto della modernità. Dopo aver affermato la forza di legge del contratto, nell'art. 6, si sottopone l'atto di autonomia ad un controllo di validità delimitato da principi di ordine pubblico e buon costume che esigono,

¹¹ V. per tutti R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 417 ss.

¹² V. da ultimo S. BARTOLE, *I principi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 3 ss.

¹³ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano 2011, p. 47; *Id.*, *I Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 317 ss.

¹⁴ V. da ultimo P. GROSSI, *Ritorno al Diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 51 ss.

¹⁵ A. GENTILI, *Prefazione a V. Velluzzi, Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. XIII ss.

¹⁶ V. da ultimo S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 264 ss.; *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss. ed ivi i saggi di P. RESCIGNO, D. CARUSI, P. CHIASSONI, S. MAZZAMUTO, F. ROSELLI, G. D'AMICO, F. ASTONE, V. CUFFARO, E. MOSCATI, V. VELLUZZI; *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, Roma 11 febbraio 2011, in *Orizzonti del diritto commerciale*, ed ivi M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*; v. anche V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 74 ss.



come si è detto benissimo, la ricerca da parte del diritto positivo dell'utile e del giusto¹⁷.

Insomma se il giuspositivismo stabilizzò i valori espressi dal nuovo ordine democratico, nei primi decenni della seconda metà del novecento, sin dagli anni settanta si è avvertita l'insufficienza dei presupposti di quell'ordine e si sono rivalutati la funzione individuale, i contegni, la correttezza.

A quella fase storica è seguita la stagione del nihilismo del pensiero leggero e debole espressione, si disse, di una condizione post-moderna che la crisi del 2007 ha spazzato via con un ritorno di attenzione alla realtà, alle esigenze vitali, all'esistenza messa alla prova da povertà inedite.

La letteratura e l'arte per prime hanno avvertito la fine di quella fragile utopia affidata alla fede astratta nel mercato e alla auspicata dissoluzione della verità oggettiva¹⁸.

Il diritto stenta ad afferrare il nuovo.

4. I principi generali nell'Unione europea.

Le opere più recenti nel dibattito europeo, non sottovalutano certo le difficoltà anche se assumono atteggiamenti diversi¹⁹ che è facile immaginare.

La discussione fra regole e principi attiene alla stessa organizzazione politica basata sullo Stato di diritto che l'EU accoglie. Solo che assicurando il rispetto della legge si è scoperto il ruolo dei principi che guidano l'interpretazione. Ma ecco il punto.

Se le regole creano diritti e obblighi, i principi per loro natura (in quanto astratti, flessibili e non specifici) non hanno di per sé questa funzione. E' necessaria una applicazione giudiziaria perché essi diventino parte dell'ordine legale (*"they are linked to rules, but are not rules themselves"*)²⁰

Il dibattito, è noto, deve molto alla classiche opere di Esser²¹ che respinge, già negli anni cinquanta del novecento, la irrilevanza per il diritto dei giudizi di valore e di Dworkin²² che dimostra l'importanza dei principi nelle domande di senso e nelle scelte tragiche del diritto. Seguendo tali tracce

l'opera fondamentale di Tridimas²³ descrive e fonda il ruolo dei principi nel diritto amministrativo e costituzionale europeo, ma il tema non è stato affrontato, con eguale profondità, nel diritto dei privati. Il motivo è chiaro.

La legislazione, sino al Trattato di Maastricht, privilegia le relazioni verticali (fra cittadini e istituzioni) e trascura le relazioni orizzontali (fra cittadini) e solo progressivamente si sviluppa, nelle sentenze della Corte di Giustizia, il ruolo dei principi attinenti alla non discriminazione e ai rapporti di consumo. Per molto tempo si dubita che esistano perfino le competenze e le ragioni per intervenire, con provvedimenti normativi, sulla disciplina generale del contratto o della responsabilità.

Stenta insomma a svilupparsi un forte dialogo perché *"the community legal order is a new and young legal order wich needs to be developed further"*²⁴ è insieme un *prius* e un *posterius*, potremo dire.

Ciò che manca, come si osserva esattamente, sono molte buone proposte²⁵ e la letteratura recente sta colmando quel vuoto. In modo molto articolato.

Norbert Reich²⁶ individua gli scettici e gli ostili. Fra questi un autorevole giurista inglese²⁷ che solleva una questione di fondo. Anche se si costruisse un ruolo dei Principi nel solo *acquis* legislativo dell'EU, il risultato inevitabile finirebbe per limitare l'area dell'autonomia nazionale nei settori interessati. Insomma un più coerente sistema nella UE potrebbe condurre ad una minore coerenza del diritto nazionale e tale risultato appare preoccupante.

Si può osservare che ciò è frutto di una precomprensione negativa sul ruolo dell'Unione europea. Ma il numero delle opinioni critiche è molto ampio.

Alcuno si stupisce di come dal *"patchwork"* della regolazione contrattuale in Europa si possano trarre principi generali e osserva che *"that only principles of an intermediate level can be found in EU contract law"*²⁸. Altri osserva che alcuni principi utilizzati dalle Corti (come l'equità e l'eguale

²³ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006.

²⁴ T. TRIDIMAS, op. cit., nota 2 at 1729 richiamato da N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p.7

²⁵ A. HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, RabelsZ, 2011.

²⁶ N. REICH, op. cit., p. 6 ss.

²⁷ S. WEATHERILL, *The Principles of civil law as a basic for interpretation the legislative acquis*, in *ERCL*, 2010, p. 74; e D. LECZYKIEWICZ-S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart Publishing, Oxford 2013, p. 131.

²⁸ Questa l'opinione di M. HESSELINK, in D. Leczykiewicz-S. Weatherill (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, op. cit., riferita da N. Reich, op. cit., p. 7

¹⁷ GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

¹⁸ V. M. FERRARIS, *Manifesto del neorealismo*, Roma-Bari, 2012; C. LUPORINI, *Tramonto e resistenza della critica*, Quodlibet, 2014, p. 233.

¹⁹ V. in particolare per un efficace sintesi il bel volume di N. REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, p. 1-16.

²⁰ N. REICH, *General Principles of EU Civil law*, p. 3

²¹ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, 1956.

²² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, HUP, 1977

trattamento) è basata su di una valutazione dei giudici che è difficile applicare in termini generali²⁹

A ciò si replica appunto con alcune buone proposte che individuano pochi e certi principi tratti dalle fonti legislative della EU e dell'attività della Corte di Giustizia.

Si fa leva sugli articoli 114 TFUE sul funzionamento del Mercato Unico, 53 TFUE sulle politiche sociali, 157/19 TFUE sulla non discriminazione, 81 TFUE sulla cooperazione giudiziale nella materia delle controversie civili. Su tali basi si analizzano nelle pronunzie della Corte di giustizia i presupposti e gli argomenti per fondare sette principi generali: "Framed" *autonomy, Protection of the Weaker Party, Non discrimination, Effectiveness, Balancing, Proportionality* e con qualche perplessità *Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights*. Tutto ciò nell'ambito dell'*acquis* e della casistica giudiziale in tema di contratto e responsabilità al solo scopo di fornire una "specific contribution of civil law provision of EU law in the "shadow" of the EU Charter"³⁰.

Credo che sia questo il metodo più giusto³¹ e provo a spiegare il perché. In breve e solo come un programma di un lavoro.

5. Un metodo di lavoro. Il decalogo.

La distinzione fra regole, diritti e principi è stata al centro della riflessione dei filosofi e della dottrina civilistica nell'ultimo decennio in particolare. Reputo alcune acquisizioni utilissime e riassumo, brutalmente, cose già dette.

1. La distinzione fra regole e principi poggia sulla loro struttura e sulla loro funzione. Le prime esigono conformità ad una fattispecie e sono frutto di una tipizzazione legislativa. I secondi hanno una dimensione diversa. Orientano in presenza di problemi altrimenti non facilmente risolvibili. "it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension"³²
2. Le norme che contengono diritti e i principi se non sono precise, determinate e se hanno

necessità di essere completate da qualche altra autorità, non fondano di per sé diritti obblighi e doveri. Hanno necessità di un'attività ulteriore della legge o del giudice. Nel primo caso il problema è attenuato. Nel secondo al giudice si richiede una particolare tecnica argomentativa. Deve creare una *rule of construction* una regola di decisione rigorosa e convincente. Ma il termine inglese non è qui facilmente traducibile³³. "Il termine *rule* non coincide nella *civil law* con il riferimento alla norma e assume nella stessa *common law* un significato da accertare caso per caso. Indica per lo più la regola giurisprudenziale ma anche il principio il regolamento, l'ordine la misura a seconda del sostantivo a cui si lega. Unito alla parola *construction* la *rule* assume il senso di canone di costruzione giuridica"³⁴.

3. Nella *rule of construction* si concreta in modo tangibile il limite e la funzione creativa del giudicare. Che esige conformità ad un ordine giuridico in modo peculiare. Impone in taluni casi decisioni *extra legem* ma *intra jus*³⁵, quando la risposta implichi un problema di vita che le regole non hanno previsto o e che non può essere risolto con l'analogia. (Ciò oltre l'art. 12 delle Preleggi superato dall'art. 117 cost. che pone sopra la potestà legislativa ordinaria la Costituzione, l'ordine comunitario e i vincoli internazionali come la CEDU)
4. L'irrompere dei principi supera in molti casi il problema delle lacune e l'impiego dell'analogia. Per un motivo chiaro. L'assenza di una regola in presenza di un principio, non crea il vuoto ma implica una decisione basata su di una diversa argomentazione. Certo un principio attinge sempre elementi fuori da sé. Per evitare elementi devianti (il sacro, l'ideologia) occorre grande attenzione alla giuridicità del fatto che emerge da una pluralità di fonti.³⁶
5. Tutto ruota attorno a nuove tecniche argomentative che conoscano e sappiano utiliz-

²⁹ J. BASEDOW, *The Court of Justice and civil law: vacillations, general principles and the architect of the European judiciary*, in *ERPL*, 2010, p. 475

³⁰ N. REICH, op. cit.

³¹ V. ora J. RUTGERS and P. SIRENA (ed.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2015 ed ivi i saggi di Y. ADAR and P. SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, p. 7 ss.; S. PATTI, *Contractual Autonomy and European Private Law*, p. 123 ss., E. NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, p. 135 ss.

³² R. DWORKIN, op. cit., p.26 ss.

³³ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 3, p. 751 ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 173 ss.

³⁴ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, cit., p. 177 e F. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 1304-5.

³⁵ v. A. METZGER, *Extra legem-intra jus*, Mohr Siebeck, 2009, p. 352.

³⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 33 e ss. e E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 801 ss.

- zare tutte le potenzialità del sistema integrato delle fonti e i precedenti delle Corti nazionali ed europee.
6. Il problema se esista già una regola o una tutela tipica e su come in tal caso il principio operi non va posto in astratto, ma calato nel concreto di precetti da sottoporre al vaglio dell'effettività richiesta da fonti costituzionali interne (art. 24 Cost.) comunitarie (47 Carta di Nizza) e sovranazionali (6 e 13 CEDU).
 7. Contro l'abuso dei principi ci sono antidoti precisi. Il fatto e l'argomentazione. La ricostruzione puntuale ed esatta della fattispecie concreta indica subito i termini entro cui deve articolarsi la risposta al problema di vita. La tecnica argomentativa darà conto di come dovranno essere impiegate regole e principi.
 8. Le une e gli altri vanno sottratti dall'astrattezza. Dovrà essere isolato il dato normativo specifico e il principio da cui si trae la *rule* e si dovrà motivare come questa *rule* può risolvere il caso.
 9. Non occorrono sentenze di cento pagine, ma un ragionamento stringente capace di convincere e di porsi in sintonia con un ordine oggettivo che esiste in ogni tempo e in ogni contesto sociale.
 10. L'argomentazione necessita di tecniche e di strumenti nuovi. Non una scatola degli attrezzi, ma una condivisione dei fini che è compito della scienza giuridica promuovere e saldare.

Tutto ciò richiede un grande impegno della dottrina e dei giudici nello studio dei precedenti e nell'analisi di ogni singolo principio³⁷, riconosciuto come tale, per fissare la sua origine e il suo fondamento operativo, sino a indicare come e in che modo da esso può trarsi un modello di decisione che integri o in certi casi sostituisca una regola che non c'è o non è adeguata o effettiva.

La distinzione fra Regole e Principi, insomma, come quella (usata da Berlin) fra il riccio (ove sono compresi coloro che riferiscono tutto ad una visione centrale) e la volpe (espressiva di chi ricerca molti fini senza ricondurre tutto ad una visione unica) "of-

fre un punto di vista...per un indagine autentica"³⁸ su aspetti complessi del pensiero giuridico in un momento che esige flessibilità ma grande responsabilità nello *jus dicere*³⁹.

³⁷ V. da ultimo per il diritto italiano E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; e per il diritto comunitario i recenti volumi di N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, op. cit., 17 ss., e di J. RUTGERS and P. SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, op. cit., p. 7 ss.

³⁸ I. BERLIN, *Il riccio e la volpe*, Milano, 1998, p. 69. Il frammento di Archiloco (da cui la distinzione è tratta) dice che "la volpe sa molte cose ma il riccio ne sa una grande".

³⁹ V. questa citazione e conclusione già in G. VETTORI, op. cit., p. 178-179.

SPIGOLATURE SULL'ART. 7, COMMI 1 E 2 DEL D. LGS. 231/02

Di Stefano Pagliantini

| 57

SOMMARIO: 1. Ancora sulla non automaticità della sostituzione dispositiva ex art. 7 comma 1. -- 2. Segue: art. 7 d. lgs. 231/02 e l'integrazione per applicazione diretta dei principi costituzionali. -- Chiosa: l'attualità del pensiero di Michele Costantino.

1. Ancora sulla non automaticità della sostituzione dispositiva ex art. 7 comma 1.

È capitato di scrivere che l'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 231/2002, nella versione riformata dal d.lgs. n. 192/2012, si può ancora intendere, nonostante il suo mutato tenore letterale, come una disposizione che *continua* ad annoverare un sindacato giudiziale pencolante tra un'applicazione dei termini legali ed una riconduzione ad equità dell'accordo sul termine di pagamento che sia nullo in quanto gravemente iniquo¹: sintagma, quest'ultimo, oltre-

¹ L'allusione è a S. PAGLIANTINI, *Integrazione di legge e riduzione conservativa*, in *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. BENEDETTI - S. PAGLIANTINI, Torino, 2013, 108 ss. Il dubbio che la norma si possa così intendere affiora nell'attenta disamina di A. M. BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ.com.*, 2013, I, 1094. Sulla *ratio* di una direttiva 2011/7/UE volta a contrastare i ritardi di pagamento in quanto ostacolo all'instaurarsi di un mercato concorrenziale e quale *vulnus* alla competitività delle imprese creditrici, in un contesto destinato ad aggravarsi in tempi di recessione economica, v., per una prima informazione, G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. impr.*, 2012, 443 ss. Sul dibattito *ante* riforma, la disamina critica più dettagliata si legge nell'attento studio di M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, *passim*.

modo infelice – *grossly unfair* e *abus manifeste* sono rispettivamente le formule del testo inglese e francese della direttiva 2011/7 UE 2² – che le novelle succedutesi non hanno emendato, tuttavia, sebbene la fattispecie che qui si dà esemplifichi un caso di abuso della libertà contrattuale in danno del creditore, con annesso nocumento al corretto divenire di un mercato concorrenziale. Quindi nullità – una delle tante ormai – per abuso³.

La suddetta lettura, il cui apparato argomentativo minuto si evita per brevità di riprodurre, non ha avuto fortuna, dominando in dottrina l'idea che l'operare in sostituzione automatica (artt. 1339 – 1419, comma 2, c.c.) dei termini di legge abusivamente derogati (art. 4, comma 2) non conosca eccezioni, sul presupposto corrente che la disciplina dispositiva appaia «in grado di tutelare efficacemente l'interesse di entrambi i contraenti a sottrarsi ad un

Utili spunti si traggono da M. GRONDONA, *Ritardo nel pagamento e debolezza del creditore: operatività e limiti dell'autonomia privata contrattuale*, in AA.VV., *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale dell'Unione europea e diritto interno*, a cura di QUEIROLO - BENEDETTI - CARPANETO, Roma, 2012, 143 ss.

² E v. pure *Considerando* 28 della dir. 2011/7 UE.

³ V. pure BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, cit. 1084.



regime legale derogabile»⁴. Dunque l'art. 7 come un precetto che incanala in una forma di monismo rimediabile -la c.d. ortopedia legale- le conseguenze derivanti dal giudiziale caducarsi di una parte del contratto? Così, almeno allo stato, è per la dottrina dominante⁵, poco incline però ad avvertire l'inconveniente che traluce viceversa da un'integrazione conformativa improntata ad una rigida *automaticità* dell'effetto sostitutivo. Niente infatti impedisce di pensare ad una sostituzione dispositiva che *sporgerà* tutte le volte in cui, nonostante un prezzo maggiorato, il giudice dovesse reputare *comunque* gravemente iniquo il termine pattizio di pagamento: gli è infatti che, per effetto della sostituzione dispositiva, qui si avrà un creditore che potrà cumulare sovrapprezzo e termine legale di pagamento (art. 4, comma 2), complice la doppia circostanza a) che la nullità dell'art. 7 non può involgere una frazione del contratto diversa dalle clausole sul termine (o sulle conseguenze del ritardato pagamento) e b) che la parte restante del contratto rimarrà *immutata* per l'implicita esclusione di un potere del debitore di domandarne la correzione (o la modifica) finanche, sia detto per inciso, un siffatto intervento perequativo sembrasse acconcio visto che, se il contratto è di durata, il rapporto continuerà *a condizioni mutate*. Dunque una sostituzione automatica monca, in realtà⁶, priva tra l'altro di fattispecie apparentabili giacché chi volesse richiamare il disposto dell'art. 3, comma 3, della l. 129/2004, un ammortamento degli investimenti stimabile in un arco di tempo inferiore al triennio non è giudizialmente ammissibile, traviserebbe in quanto il triennio di legge funge lì da limite di ordine pubblico, secondo la tecnica di un' *inderogabilità unilaterale*, a tutela degli investimenti specifici compiuti dal *franchisee* per diventare parte della rete distributiva organizzata dal *franchisor*⁷.

⁴ Così ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola "gravemente iniqua" nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit.

⁵ V., per tutti, MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 51 s. e R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale e la ricostruzione del sistema*, in ID., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 59.

⁶ E notoriamente le manipolazioni *ex lege* di un contratto non sono catalogabili a guisa di vicende *asetticamente singole*. La soppressione di una clausola economica porta sintomaticamente con sé l'esigenza di una «corrispondente riformulazione di un'altra delle clausole» del contratto, «sia pure sempre nel solco della direttiva economica dettata dalle parti» (così C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006², II, 1160 s.).

⁷ Dunque una norma dove il richiamo -implicito- all'art. 1339 è da intendere in senso proprio (v. G. CAPO, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore "debole"*. *Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione "asimmetrica" fra imprese*, in *Scritti*

Orbene, una sostituzione che sporge dischiude la situazione di un creditore che *lucra* una posizione eccedente il *giusto* equilibrio contrattuale: e di qui il suggerimento a pensare ad una (perdurante) *geltungserhaltende Reduktion*, quale rimedio conformativo che *previene* l'integrazione dispositiva, declinando l'art. 7 come una previsione che registra il *concorso*, in un'unica comminatoria di nullità, di *due* fattispecie, tipica o inclusiva la prima (X), atipica o esclusiva la seconda (X¹), quest'ultima aggregante i soli casi assoggettati ad una vicenda effettuale antagonista (Z e non B) ad un secco ricorso al diritto dispositivo quando questo sia troppo *premiabile* per il creditore. Naturalmente, è vero, l'effetto perverso di un sinallagma riveduto *troppo* a favore del creditore è sterilizzabile altrimenti, nello specifico praticando un rigido controllo di liceità della clausola derogatoria: epperò, il contrappunto è intuitivo, un sindacato giudiziale a maglie strette, interdittivo della nullità «ogni qual volta sulla base delle circostanze (oggettive) identificate dall'art. 7, comma 2, [si] possa rinvenire (anche solo) una ragione giustificatrice [della clausola in deroga]»⁸, sembra destinato ad avere come effetto (controvertibile) l'avallo ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 7, comma 1, plasmato per conseguenza in un modo che quasi finisce per svuotarne il raggio di azione. Il rischio, infatti, è che *in dubio*, ove l'interpolazione automatica dei termini legali dovesse rivelarsi troppo sbilanciata, il giudice si risolvesse ad escludere la grave iniquità, col risultato che a turno *ognuna* delle circostanze esimenti del comma 2 si troverà a rilevare come un fattore che *scansa* l'integrazione, trasformando così la sostituzione *ex lege* in una *eccezione*. Il che, per una paradossale eterogenesi dei fini, tradisce la *ratio* di una disposizione coniatata pur sempre allo scopo di proteggere il diritto del creditore a riscuotere tempestivamente i propri crediti.

Altro, invece, sarebbe obiettare che la fattispecie sunteggiata integra una *lacuna assiologica*, espressiva di una precompressione valutativa opposta a quella su cui si incista la scelta del legislatore, in-

in onore di Vincenzo Buonocore, Milano, 2005, IV, 4342; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1165 s. e G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2011, 52 e 58, pur se è vero che il *franchisee* vi potrà espressamente rinunziare nel caso avesse interesse, ad es. per l'esiguità degli investimenti compiuti ovvero per l'alto rischio economico dell'operazione avviata, ad un termine inferiore. V., al riguardo, A. FICI, *Il contratto di franchising*, in *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, V. *Leggi collegate*, Torino, 2011, 336.

⁸ Così A. M. BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1094.



traducibile per ciò stesso in una *lacuna tecnica* perché il contesto circostanziale del comma 2 vale *unicamente* da parametro valutativo dell'abuso. Obliquamente una siffatta replica riconosce infatti che il disposto dell'art. 7, per come è stato foggiato, lascia trasparire in filigrana un *eccesso di tutela* quando la sostituzione automatica squilibri, col doppio risultato di arricchire il creditore e di imputare al debitore del pagamento un *surplus* (ingiustificato) di effetto sanzionatorio; un cortocircuito che, come già si diceva⁹, si dissolve riscoprendo la connessione tra diritto dispositivo e buona fede nel canone messo in luce da quella dottrina che, quasi mezzo secolo fa, ebbe a parlare di una *bona fides* quale principio acconcio a vagliare se una certa «modifica del diritto dispositivo sia o meno esigibile dal contraente aderente»¹⁰. Ove, sembra utile riportare in sintesi quanto già si scriveva, *esigibile* qualifica una pretesa – del debitore – *cum causa* in quanto la rettifica giudiziale, correggendo la clausola in un modo non procurante più indebitamente del credito gratuito a danno del creditore, finisce per restaurare l'equilibrio sinallagmatico violato. Il diritto dispositivo dell'art. 4, commi 2, 5 e 6 è pur sempre nient'altro che la sintesi di un regolamento di interessi *presuntivamente* qualificato come maggiormente congruo: o, se lo si preferisce, la regola di giustizia del caso medio. Trascurarlo porta a dimenticare che *contenuto normale* e *contenuto equo* non sono abitualmente un'endiadi¹¹.

Al di là della rilevata contraddizione, nella stessa dottrina più recente si comincia d'altronde a percepire quanto un'integrazione eteronoma irrelata, pur se azzera il rischio giudice, abbia il difetto di accorpare indistintamente situazioni fattuali diverse. Nel dettaglio, prese le mosse dall'assunto che la formula

di legge, “si applicano gli artt. 1339 e 1419, comma 2 del codice civile”, starebbe da un lato ad escludere un potere di rettifica giudiziale, messo si dice in non cale da un 1339 conferente un automatismo incondizionato alla sostituzione, e dall'altro a certificare una nullità a parzialità necessaria¹², si osserva che l'effetto sostitutivo non sarebbe però da circoscrivere ai *solì* termini legali, ben potendo includere un materiale esteso «ai limiti di incondizionata validità dell'esercizio dell'autonomia privata»¹³. Orbene, il pensiero inespresso che fa da perno ad una siffatta lettura è radicato nell'idea di una liceità *di diritto*, che lo manda immune da un sindacato giudiziale di iniquità *ex art. 7*, per il termine pattizio di 60 giorni¹⁴: il che rende poi plausibile la notazione di rimando secondo cui la nullità ha un raggio limitato alla «sola eccedenza rispetto ai termini pattizi considerati incondizionatamente validi, che tornano in tal modo pienamente operativi sostituendosi alla clausola difforme»¹⁵. Potrebbe subito obiettarsi che, almeno in sede applicativa, una riduzione della clausola gravemente iniqua ai termini pattizi *validi*, *ex lege* inclusi automaticamente nel contenuto del contratto, conia un risultato prossimo, se non gemello, ad una rettifica giudiziale che revisioni la clausola aggiustandola alla *misura* in cui essa non determina più un *vantaggio sproporzionato* a carico di una delle parti. Esemplificando, in un contratto *B2B* (art. 4, comma 3), caduto il termine gravemente iniquo di 100 giorni, entrambe le interpretazioni sunteggiate vedono come *possibile*, in luogo del termine suppletivo di 30, uno di 60, secondo un'impostazione quale prodotto di una *geltungserhaltende Reduktion*, per l'altra quale effetto automatico di un giudizio che non può decampare dalla misura pattizia di liceità consentita dalla legge¹⁶. È ve-

⁹ V. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, cit. 96.

¹⁰ L'allusione è scopertamente a DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 99 ss., spec. 113 ss.

¹¹ Se poi le parti dovessero liberamente convenire di regolare i loro termini di pagamento secondo *le condizioni di legge*, allora *nulla quaestio*: una riduzione conservativa preposta a meglio comporre gli interessi dei contraenti, va da sé che non tocca quanto le parti hanno espressamente valutato come più rispondente ai loro interessi. L'obiezione perciò di una correzione giudiziale che, se la si dovesse ammettere, dovrebbe paradossalmente operare anche quando la clausola contrattuale riproduca consapevolmente i termini di legge, sicché il giudice verrebbe in fatto a sindacare «l'equità della regola legale» contro l'effettiva volontà delle parti (così AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale'*, in ID., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 236, è mal posta: o meglio, sottende un modo d'essere della *geltungserhaltende Reduktion* opposto a quello che gli è invece proprio, quale revisione della clausola iniqua ad un livello di ragionevolezza ove la misura legale risulti, nella concretezza del caso, inesigibile.

¹² Il che già si era avuto modo di rilevare, segnalando che l'art. 7 comma 1 esclude una nullità totale ov'anche la clausola sul termine di pagamento mostrasse in concreto di avere una sua essenzialità *ex latere proferentis*. Vero infatti che un termine pattizio è pur sempre accidentale: e tuttavia è facile arguire che la suddetta accidentalità potrebbe casisticamente virare in un'essenzialità – reale o speculativa – per il debitore.

¹³ Così ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola "gravemente iniqua" nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit.

¹⁴ Un'idea che si fonda principalmente sul fatto che, nei rapporti *B2B*, l'accordo derogatorio è ammesso a forma libera visto che la forma espressa è di pertinenza del termine convenzionale *post 60 giorni*. V., al riguardo, PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in AA. VV., *Ritardi di pagamento Temi, problemi, soluzioni*, Milano, 2015, in corso di stampa.

¹⁵ Cfr. ADDIS, *op. loc. ult. cit.* (pure per la citazione che segue)

¹⁶ Per la verità, se il termine di 60 giorni lo si intende come quello *massimo* pattiziamente consentito, non trattandosi di un termine *fisso*, si dovrà allora pure riconoscere che il materiale sostitutivo destinato ad interpolarsi automaticamente è in realtà giudizialmente scomponibile in una sequenza di termini minori,



ro che, secondo la teorica riferita, il termine di 60 giorni è regola sì *diversa* da quella suppletiva restando però *legale* in quanto pur sempre interna al perimetro di legge mentre la rettifica equitativa implica una regola giudiziale *diversa* da quella legale¹⁷: epperò il risultato, si diceva, non muta nella prospettiva di una clausola *in peius* per il creditore, in quanto si discosta da un diritto dispositivo fissante il *termine minimo*, ma al tempo stesso *legittima* perché delle condizioni contrattuali *migliori* non sarebbero ragionevoli – nel senso di *esigibili* – sulla base dei dati situazionali di riferimento. Ed allora, più che insistere sull'assonanza tra le due letture, giova qui evidenziare come pure la dottrina richiamata apertamente rifugga da un'*intangibilità* della sostituzione dispositiva, optando per una nullità che riduce entro il limite negoziale consentito, sull'assunto che «solo quest'ultimo si rivela capace di salvaguardare efficacemente i reali obiettivi protettivi perseguiti dalla dichiarazione di nullità». Il *dualismo*, in quest'ottica, dal piano delle tutele si sposta sul terreno del materiale sostitutivo automaticamente interpolato, scansando così almeno formalmente un'equità giudiziale correttiva: per entrambe però una riduzione *eccedente* il termine suppletivo esprime la tensione verso una *regola* del rapporto meglio calibrante, secondo una misura di giustizia, gli interessi antagonisti delle parti, secondo la logica di un *balancing test* che, se per un verso de – tipizza l'apparato dei rimedi, dall'altro meglio asseconda le peculiarità delle fattispecie. Il *proprium* del discorso vede, in ogni caso, un termine dispositivo di legge che, in ambedue le versioni, non è identificato col *giusto termine o con un termine imposto*¹⁸, con una declinazione del tutto –ci

compresi tra quello suppletivo minimo (30) e la soglia oltre la quale scatta il giudizio di grave iniquità. Col che però la *differentia specifica* rispetto ad una riduzione giudiziale che segue (e non precede) una declaratoria di nullità si attenua sensibilmente.

¹⁷ Col che si ha un *escamotage* sofisticato che formalmente rispetta l'ortodossia di un'interpretazione dominante, con un'equità marginalizzata perché a) suppone una previsione di legge che non abbia disposto diversamente ed una valorizzazione delle circostanze contrattuali che di nuovo b) soltanto un'espressa previsione «autorizzatrice» (così FRANZONI, *sub art. 1374*, cit. 135) dovrà contemplare. Il che, per inciso, almeno *sub b)*, non è sempre vero però visto, come si segnalava, quanto emerge dall'art. 3, comma 3 l. 129/2004.

¹⁸ Aggiungasi che il disposto dell'art. 7, se lo si intende come costitutivo della sola sostituzione dispositiva, non è circuitabile col ricorso ad *altri* rimedi, pensando così ad un debitore che, ove naturalmente ne ricorrano i presupposti, possa invocare la risoluzione o l'annullamento per errore di diritto (art. 1429 c.c.). L'esempio, che rimanda alla *vexata quaestio* sull'annullabilità del contratto stipulato ignorando la norma imperativa integrativa (v. BELFIORE, *Materiali del corso di diritto civile 2009 – 2010*, Catania, 2009, 353, nt. 42), dà infatti per sottinteso che l'esservi una norma dispositiva in luogo di una

parrebbe- secondo un canone di razionalità privatistica ottimizzante in realtà il rimedio *de quo* quale mezzo di governo dello scambio

2. Segue: art. 7 d. lgs. 231/02 e l'integrazione per applicazione diretta dei principi costituzionali.

L'obiezione più insinuante alla configurabilità di una riduzione conservativa, promana però dall'uso dall'argomento costituzionale ed è, volendo, sintetizzabile così: dando per assodato che la legge dell'art. 1374 sia un vocabolo inclusivo delle norme – principio costituzionali¹⁹, quand'è che da una di queste può dedursi la regola di azione sostitutiva della clausola contrattuale caduta perché contraria ad un precetto inderogabile ex art. 1418 comma 1, dunque secondo la tecnica di una nullità virtuale? Per la dottrina richiamata²⁰, un principio costituzionale può rilevare da fonte di integrazione successiva del contratto soltanto a *due* condizioni: che si tratti di una norma il cui baricentro sia il *contratto* e, al tempo stesso, che la stessa sia provvista di un sufficiente grado di determinatezza. Due presupposti, sul dato non si può che convenire, *necessari* se non altro perché se il sostantivo “legge” dell'art. 1374 non fosse una norma puntuale, per il coevo operare dell'analogia *legis e iuris*, mai avrebbe modo di realizzarsi quella “mancanza” di legge alla quale letteralmente è subordinata un'integrazione secondo gli usi e l'equità²¹. Al netto però dei casi nei quali il

cogente non muta davvero i termini della questione, nell'ottica di un annullamento che sarebbe elusivo dell'art. 7, trattandosi di norme dispositive a derogabilità condizionata. Il che postula una preclusione del rimedio d'impugnazione tutte le volte che il concederlo frusterebbe la *ratio* protettiva della norma dispositiva operante in sostituzione. Per un ragionamento diverso, ma che perviene al medesimo risultato ostativo per la difficoltà di immaginare il carattere determinante dell'errore e la sua riconoscibilità, v. MAUGERI, *sub art. 1339*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, I, 523 s.: il cui ragionamento torna utile proprio con riguardo alla fattispecie di un termine convenzionale di pagamento unito ad un sovrapprezzo della fornitura. Qui infatti il debitore dovrebbe provare che, se avesse conosciuto la legge, non avrebbe concesso il sovrapprezzo, dando così per sottinteso che avrebbe però concluso il contratto. Il che certifica, almeno nell'ottica di una valutazione tipica, l'assenza di un errore determinante.

¹⁹ Lo nota, tra gli altri, E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 393.

²⁰ V. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in questo volume,

²¹ Perché un precetto comunque imputabile all'ordinamento, in via diretta od obliqua, sempre sarebbe deducibile. La dimostrazione di questo assunto risale, com'è noto, già a GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit. 260 s. (nonché nt. 290) e 287. La avversa, ma nella prospettiva della presupposizione, A.



principio costituzionale sia espresso nella veste di una regola (art. 36 Cost.), il delinearci di una siffatta ipotesi avrebbe, si lascia subito intendere, dell'inconsistente in quanto è tipico dei principi, come si fa acutamente notare, porsi a mo' di titolo non già di una bensì di una «pluralità di possibili regole che [ne] graduano l'attuazione ... in base al bilanciamento ... con altri principi»²². Risultato, un'integrazione del contratto che veda agire in presa diretta il principio costituzionale evoca un rimedialismo che destruttura perché avrebbe l'effetto di conformare il regolamento contrattuale secondo un soggettivismo giudiziale che, valorizzando l'una o l'altra delle regole rampollanti dall'applicazione di una norma - principio, diverrebbe causa di una "incertezza intollerabile"²³.

Ora, *sub* art. 7 la nullità non è virtuale ma *te-stuale*, per di più nel prospettare una rettifica giudiziale della clausola gravemente iniqua qui non si vuole inseguire una finalità perequativa del contratto, secondo una logica di proporzionalità, riduzione della clausola significando sempre e soltanto il ricondurre ad uno scambio mercantilmente giustificato ciò che l'abuso ha reso ingiustificato²⁴, stante un

equilibrio pur sempre *in astratto* del diritto dispositivo. E tuttavia è vero che questa impostazione, se la si dovesse condividere, finisce per rivelarsi contraria all'ammissione di qualsiasi tecnica di "riduzione conservativa" perché se il primato del diritto dispositivo si incista su di un'esigenza di calcolabilità del contratto (o delle decisioni), per la contraddizione che nol consente, delle due, l'una: se è retta da un principio di tassatività, una riduzione conservativa *atipica* è inammissibile, se può essere *atipica*, allora la tassatività difetta in virtù di un'equità che si attegga a fonte di integrazione autonoma del contratto²⁵.

E tuttavia, con riferimento specifico all'art. 7, la suddetta critica potrebbe mostrarsi non del tutto insuperabile. Qui infatti, stante la natura dispositiva della norma da interpolare, non è che si prospetti un intervento cogente dell'equità che, per es. fondi un potere del giudice di abbreviare il termine di durata del patto di non concorrenza quando il contesto circostanziale lo induca a ritenere che il termine convenuto, ancorché pari o inferiore al quinquennio massimo di legge (art. 2596, comma 1 c.c.), non sia congruo²⁶. In assenza di una previsione autorizzativa, non è infatti che il potere di correzione della clausola iniqua possa dedursi dall'argomento empirico che nel più (potere di sostituzione) ci sta il meno (quello di modificare equitativamente). A ragionare così ci si espone, in effetti, alla critica che l'applicazione diretta di una norma - principio prelude ad una rettifica giudiziale del «prezzo di una vendita, al di fuori delle ipotesi di prezzo simbolico»²⁷ ovvero, come osserva la dottrina in esame²⁸, ad una rettifica della caparra confirmatoria iniqua bypassante la misura appropriativa/restitutoria di legge (art. 1385, comma 2), secondo un crescendo, giova evidenziarlo a mo' di utile *caveat*, che porterebbe ad una (inammissibile) *duplicazione* delle regole d'azione applicabili ogni qual volta o la legge fissi un limite di durata -massima/minima- di un certo rapporto contrattuale oppure si trovi a dettare una regola di liquidazione del danno conseguente ad un inadempimento. Il che, com'è evidente, svuoterebbe di senso il disposto dell'art. 1374 c.c.²⁹, dando progressivamente luogo alla costruzione di un "sovradiritto comune", legittimante l'interprete a disco-

BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, XIII, T. IV (*Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone), Torino, 2003, 9.

²² Cfr. D'AMICO, *op. ult. cit.* (e pure per la citazione che segue). Sulla distinzione tra principi e regole, che fa da architrave al periodare argomentativo della dottrina citata, nell'ottica di una concezione che raffigura i primi come precetti che *si danno* unicamente per il tramite di quel bilanciamento già compiuto viceversa quand'è questione di una regola (quale precetto definitivo), qui comprensibilmente neanche è dato soffermarsi: giova soltanto segnalare che molto (se non tutto) cambia nell'ottica di un'allotopia dei valori quali strumento di contestazione dell'esistente: così acutamente FEMIA, *Segni di valore*, in *civili-stica.com*: <http://civilistica.com/category/doutrinal/estrangeira/>.

²³ V., in termini simili, pure CASTRONOVO, *Eclissi di diritto civile*, Milano, 48. Per inciso, e a tacer d'altro, un'ampia sponda questa dottrina la trova in quella corrente di pensiero, seppur aspramente contestata, che Oltralpe ha avversato, in nome di una *faiblesse* dei principi generali, il progetto TERRÉ, contemplante, in apertura del Titolo I del libro III del *Code civil*, ben tre articoli (da 3 a 6) dedicati alla libertà contrattuale ed ai suoi limiti, alla buona fede ed al divieto del *venire contra factum proprium*. Una *faiblesse*, legata a cause esogene ed endogene, condensata in un *sens multiple* dei principi, causa di un «*marge de manoeuvre qui permettrait au juge de s'immiscer plus ancore dans la sphere contractuelle*»: v. M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnances portant réforme du droit des obligations*, in *D.*, 2015, *Ch.*, 819 ss.

²⁴ Così, rispetto al testo previgente dell'art. 7, R. ALESSI, *Trasazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del D.Lgs. n. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'"equità"*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, III, 6, giustamente critica verso quelle interpretazioni che declinavano la rettifica giudiziale come una tecnica utile a veicolare nel contratto «valori altri...[e] confliggenti», secondo una strategia neoconformativa «dell'atto di autonomia privata al dovere di solidarietà consacrato nell'art. 2 Cost.».

²⁵ V., al riguardo, pure FRANZONI, *sub* art. 1374, cit. 139.

²⁶ Secondo la prospettiva che caldeggiava GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit. 326, nt. 71 ed *amplius* 334 ss. e 353. Di recente M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 577 s.

²⁷ V. FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ V. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit.

²⁹ Norma, è bene ricordarlo, nella quale manca l'espressa statuizione di una nullità, con annessa poi sostituzione, per le clausole confezionate in violazione degli usi e/o dell'equità.

starsi volta per volta dalle regole codicistiche in quanto norme di secondo livello. Cosa che non può essere giacché equità e buona fede non sono termini interscambiabili e la seconda, acclarato che non funge normativamente da criterio decidente «dell'esistenza di un rapporto obbligatorio»³⁰, neanche può atteggiarsi a fattore che sovrintende alla «modificazione di esso»³¹. D'altronde, il che dovrebbe tranciare di netto qualsiasi obiezione, è risaputo che l'ammettere il giudice a sindacare l'abusività di un patto non è che implichi *automaticamente* un suo corrispondente potere di foggare un regolamento equo³². Gli è infatti che l'idea di una consequenzialità logica tra il sentenziare la nullità parziale di un contratto ed il correggerlo non resiste all'obiezione che, nella previsione di un sindacato giudiziale di vessatorietà non è affatto implicito un potere di integrazione. Detto, diversamente, per fondare una correzione giudiziale *pro parte* del contratto serve molto di più di un argomento che invochi la *simmetria dei rimedi*, in assenza di un principio generale dell'ordinamento utilmente spendibile ex art. 12 disp. l. g.³³.

Bene, se non fosse, per tornare subito ai ritardi di pagamento, che il termine dispositivo di 30 giorni ex art. 4 è sì una *norma speciale* che ha messo fuori gioco, nei rapporti commerciali *B2B*, l'art. 1183, comma 1 c.c.: ma viene da domandarsi se *in toto* ovvero limitatamente al suo primo capoverso, quanto cioè ad una esigibilità secondo il principio dello *statim debetur*. Sulla premessa di un effetto derogatorio non intaccante il secondo capoverso, potrebbe infatti sostenersi che, ove il termine suppletivo di trenta giorni dovesse sembrare *incongruo* vuoi rispetto alle circostanze del contratto vuoi perché troppo si discosta dalla corretta consuetudine del mercato di riferimento, il giudice possa stabilirne un altro ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1183, comma 1, 2 cpv., in quanto termine meglio confacente al sinallagma economico dell'operazione in essere. Gli è infatti che, almeno secondo l'interpretazione più convincente³⁴, la determinazione giudiziale ex art. 1183 ha una funzione costi-

tutiva ed è schiettamente espressione di un potere equitativo. Letta così, la rettifica giudiziale si sottrarrebbe alla critica che il giudice non può fare il contratto in quanto null'altro sarebbe che una riduzione conservativa di legge o, se lo si preferisce, uno dei casi in cui è proprio la legge ad attribuire al giudice un potere equitativo³⁵, ritagliando una regola allineata ai valori di mercato meglio confacenti alla realtà peculiare del rapporto controverso³⁶. Il motto di Francis Bacon, *optima est lex, quae minimum relinquit arbitrio iudicis, optimum iudex, qui minimum sibi*³⁷, palesemente sotteso al paventato rischio di un'incertezza intollerabile, non riceverebbe un qualche *vulnus* destabilizzante, col vantaggio di prendere nel contempo sul serio l'idea di una miglior attitudine della correzione giudiziale a soddisfare, «nei contratti asimmetrici fra imprese»³⁸, quel valore dell'efficienza economica spesso viceversa affidato ad un uso improprio dell'art. 1366 c.c. D'altra parte, piccola chiosa, non è poi forse vero che il rimedio di una rettifica giudiziale può funge-

³⁵ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 48.

³⁶ Né si potrà opporre che una correzione *ope iudicis*, nelle due versioni riportate, urta col disposto dell'art. 12, § 3 della direttiva 2011/7 UE, legittimante gli Stati, nel recepirla, a mantenere in vigore o ad adottare soltanto disposizioni *più favorevoli* al creditore: e non avrebbe questo connotato, questo il senso della critica, un art. 7 letto nel senso di mitigare un patto abusivo rispetto ad una disciplina di legge troppo premiale per il creditore. L'art. 7 legittimerebbe, se così fosse, una correzione *in peius* che cozza con la lettera della direttiva.

Già, ma ai sensi dell'art. 3, § 5, gli Stati si impegnano a che il periodo di pagamento stabilito nel contratto «non superi i sessanta giorni di calendario». Di conseguenza, non foss'altro entro il limite giust'appunto dei sessanta giorni, il potere mitigativo del giudice potrà esplicitarsi. E poi, l'adattamento giudiziale della clausola sui termini di pagamento funge da variabile che si atteggia a scansione interna di una normativa *si pro creditore* ma pur sempre congegnata in modo da assecondare quel principio generale di correttezza (art. 1175 c.c.) che sarebbe innegabilmente vulnerato da un'applicazione incondizionata dello *strictum ius*. In ogni caso, anche a voler ritenere l'art. 12, § 3 un argomento insuperabile, dovrebbe allora riconoscersi che l'espunzione di una correzione giudiziale finisce per rappresentare *sempre e soltanto* il corollario necessitato di un'interpretazione comunitariamente orientata *prevalente* su di una lettura sistematica, ragionevolmente plausibile, di tutt'altro tenore. In altre parole, qui si avrebbe una lettura sistematica *derubricata* non perché implausibile o irragionevole ma per il motivo che, inteso non alla lettera, l'art. 7 *si discosterebbe* dalla disciplina europea. Donde, tra due interpretazioni plausibili, la preferenza per la lettura adeguatrice che *salva* la legittimità della disposizione. Epperò, come si diceva nel testo, qui sta il punto: se la normativa europea vada letta nel senso che questa critica vorrebbe oppure, come parrebbe più persuasivo, in una maniera un po' più sofisticata.

³⁷ *De dignitate et augmentis scientiarum, aphorism. XLVI.*

³⁸ Così M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti - Maugeiri - Notari, Bologna, 2012, I, 65.

³⁰ Così – notoriamente- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ora in *Scritti, I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo-Albanese-Nicolussi, Milano, 2011, 168 s.

³¹ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi di diritto civile*, cit. 49.

³² Così, invece, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 699, nt. 105.

³³ V. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 50.

³⁴ L'allusione è a U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, 104 s. e, a seguire, GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit. 250. Di un giudice che formalizza determinativamente «una modalità del rapporto» discorre U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 511.



re, come acutamente si osserva³⁹, da utile incentivo ad una rinegoziazione del rapporto tra le parti?

Chiosa

Alla tutela del c.d. contraente debole, Michele Costantino ha dedicato delle originalissime pagine sulla *Civile* del 1972⁴⁰, quando ancora figurava, mi piace ricordarlo, Professore straordinario dell'Università di Siena e le nostre note intendono idealmente riallacciarsi a quello studio.

Scrive finemente Costantino che la conoscibilità è un canone legale acconcio a stabilire quand'è che un regolamento contrattuale predisposto «può diventare vincolante» mentre è inidoneo a fungere da criterio per restaurare quell'equilibrio tra diritti ed obblighi del programma negoziale nel quale poi davvero si sostanzia «il problema della tutela del contraente “più debole»⁴¹. Una sana professione di realismo giuridico, verrebbe da dire.

La notazione si inserisce in un più ampio discorso nel quale l'autore contesta vivacemente la tesi (non solo allora) dominante di un art. 1341 c.c. come una norma *speciale* in quanto *in deroga* ai principi sulla formazione del contratto, se è vero che le condizioni generali predisposte, purché conoscibili, vincolano ov'anche «di fatto non [risultino] conosciute» dall'aderente. Gli è infatti che, siccome un siffatto assunto dà per buona l'idea che la normalità del procedimento di conclusione del contratto supponga una determinazione comune del testo, con delle parti per conseguenza davvero consapevoli del relativo contenuto, forte è il sospetto, nota Costantino, di un ragionare che scade in una petizione di principio in quanto è vero, all'opposto, che qualsiasi oblatore «è vincolato da una risposta affermativa anche se di fatto non ha conosciuto il contenuto della proposta»⁴². La *differentia specifica* tra un contratto negoziato ed uno predisposto, volendo usare un lessico oggi più *à la page*, non sta dunque nel fatto che il primo è improntato ad un canone di conoscenza effettiva del quale il secondo è invece sprovvisto. Ebbene, se così è, acclarato che l'onere speciale di una conoscibilità operante in una maniera ambivalente, perché misura *a presidio* dell'aderente diligente ma pure *pena* per quello che viceversa sia sta-

to negligente, di fatto trasforma l'art. 1341 in una tecnica di tutela premiale per il predisponente, davvero, osserva Costantino, può restituirsi una maggiore linearità al discorso se si riconosce che, essendo la conoscibilità un attributo connotante il contratto, il vero problema sta nell'avarsi edittalmente più gradi di conoscibilità, la cui «soglia»... può variare secondo le circostanze, la natura dell'affare, gli usi, la condizione dei contraenti ecc.»⁴³. Il fatto è che discorrere di una conoscibilità *neutra*, che non distingue cioè tra le tecniche di conclusione nella quale è riversata, la azzoppa come criterio che dovrebbe ricomporre una parità di trattamento, per l'elementare ragione che il contratto non negoziato diventa fruibile per l'aderente soltanto all'atto dell'approvazione. E così, riformulando la premessa, tutto in effetti parrebbe filare di più: l'interesse che muove il professionista predisponente, Costantino lo evidenzia con esemplare nitore parlando di un interesse che *identifica*, si incista in realtà nella *deroga al diritto dispositivo* e visto poi che il fine di ogni contrattazione standardizzata sta nel moltiplicare serialmente il numero delle operazioni, diventa chiaro che più il numero dei contratti discosti dal tipo legale cresce, più questa deroga diventerà *sistematica*, lasciando così trasparire in controluce che la *ratio* dell'art. 1341 è tutt'uno in realtà collo spoglio delle strategie imprenditoriali che inducono a contrarre. Costantino parla di “regole di gioco”, mentre il vocabolario odierno preferisce, come si sa, ragionare di pratiche commerciali, nel senso di “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciali ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto” idonea ad indurre “una decisione di natura commerciale” (artt. 18, lett. d) e 22, comma 1, c. cons.): il risultato però non cambia e, detto di passata, la metafora delle regole di un gioco che ha come «posta ... la vincolatività del regolamento predisposto» fa capire al lettore come il *focus* sulle strategie di *marketing* di un'impresa è sempre a doppio spettro in quanto tecnica di disciplina (o di regolazione) del contratto e del mercato. Ed allora, proseguendo, se davvero si vuole tutelare il contraente debole, ecco la felice intuizione di Michele Costantino, bisogna posizionare le condizioni generali predisposte *fuori* dal perimetro delle regole di formazione del contratto, andando piuttosto e giust'appunto a vagliare codeste tecniche di conoscibilità, forme manifestative in realtà del contrattare dell'imprenditore «con la massa dei prevedibili aderenti»⁴⁴. Non un problema, dirà l'interprete odierno, di *contratto* bensì di *contrattazione*: questa infatti si lega al *pre*,

³⁹ Cfr. LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 68 ss. Come già ha notato F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 168, nt. 133, il saggio in questione tratteggia un'«originale ricostruzione della disciplina codicistica» sul procedimento di conclusione del contratto.

⁴¹ *Op. ult. cit.* 84.

⁴² *Op. loc. ult. cit.*

⁴³ *Op. ult. cit.* 80.

⁴⁴ *Op. ult. cit.* 95.

nello specifico alla definizione delle regole di gioco attraverso le quali deve dipanarsi il criterio legale della conoscibilità, mentre il primo, corredato dal dovere del *clare loqui*, involge un consenso già formatosi, di per sé indifferente ad uno scrutinio dei modi adoperati per conseguire «l'approvazione», come la chiama Costantino, del programma. Dunque, per condensare il tutto in una formula compendiosa, *dall'atto all'attività e viceversa*. Il che chiama in causa, la notazione all'epoca era tutt'altro che scontata, la clausola generale di buona fede, intesa da Costantino come principio che stilizza il *limite* entro il quale al predisponente è consentito soddisfare la soglia di «conoscibilità delle condizioni generali»⁴⁵. Qui la pagina parla da sé: la *bona fides* implica il «riconoscere doveri “positivi” a carico del predisponente relativo al contenuto e all'oggetto del programma elaborato, primo fra essi quello della verità e della completezza delle informazioni rese note o rese conoscibili alla controparte»⁴⁶, per una lotta contro le clausole a sorpresa o imprevedibili, onde l'esecuzione del contratto corrisponda a quella che l'aderente poteva ragionevolmente attendersi, tematizzando fra l'altro un utilizzo meno corrivo degli artt. 1439 e 1440 c.c quando, tornando di nuovo al lessico odierno, la conoscibilità sia stata affidata a tecniche svianti del consenso o delle condizioni alle quali l'aderente abbia contrattato⁴⁷. Diversamente la conoscibilità diventa un attributo *in re ipsa, posterius* di un elevato livello di diligenza prescritto dalla legge per la massa degli aderenti, Costantino in via del tutto stipulativa discorre emblematicamente di “consumatore medio”, che approvi-

no. Non è poco: e per di più non è tutto⁴⁸. Anche l'uso dell'argomento costituzionale, in un panorama

⁴⁵ *Op. ult. cit.* 94.

⁴⁶ *Op. ult. cit.* 95.

⁴⁷ Torna senz'altro utile fare parlare direttamente l'a. laddove, p. 94, si legge «sostenere che in queste ipotesi e nelle altre affini la strategia usata dal predisponente è idonea a conseguire lo scopo di rendere vincolanti le condizioni rimaste “occulte”, significa esprimere un *giudizio di valore* che probabilmente non riflette i principi del sistema vigente» (c. vo. aggiunto).

⁴⁸ Una piccola parentesi. Ad intendere l'onere della conoscibilità in termini assoluti, cioè scisso da un insieme di condizioni che lo canalizzano compatibilmente alla regola di buona fede, finisce per risultare vero, come infatti notava Costantino, che l'art. 1341, nella *ratio* originaria del legislatore storico, nasce quale norma funzionale all'interesse dell'impresa, collo scoperto obiettivo di «realizzare massimi incrementi produttivi» (96). Viceversa l'idea di un *limite* alla confezione delle tecniche di avviamento alla conoscibilità interpola nell'orbito della disposizione la mediazione applicativa di una *bona fides* che fa da preclusione, nel periodare dell'a., a modi di approvazione captatori o carenti di una responsabile autodeterminazione volitiva. Quel che potrebbe definirsi, con tutti i *caveat* del caso ben s'intende, una preclusione *ante litteram* ad approvazioni indotte

dottrinale che conosceva le alterne fortune di un uso alternativo del diritto già allora assai discusso⁴⁹, rifugge da certe scorciatoie in auge viceversa nella stagione presente: in luogo di una *Drittwirkung* che confonde tra un decidere per regole ed uno per valori⁵⁰, Michele Costantino si avvale dell'art. 41, comma 2 Cost. a guisa di un precetto che esplicita le condizioni d'uso della buona fede nella selezione delle condotte artefici di una conoscibilità virtuale se non sviante, onde ripristinare quell'«equilibrio fra le parti contraenti in modo che [pure] l'aderente sia posto in condizione di vagliare la convenienza per lui del contenuto del contratto unilateralmente predisposto»⁵¹. È una metrica argomentativa classica, ispirata ad un'applicabilità indiretta (*mittelbare Drittwirkung*)⁵², col medio di una clausola generale che ottimizza il valore costituzionale plurimo della libertà, sicurezza e dignità umana, valore, per il suo intrinseco contenuto, limitativo di una libertà contrattuale del predisponente che non può svolgersi *ad nutum* nel disapplicare l'operatività di un diritto dispositivo pur sempre espressione di una *Leitbildfunktion* ordinante. È un uso controllato delle norme costituzionali che le vede fungere anfibologicamente da precetti formalizzanti operazioni di controllo dell'atto di autonomia, nel segno di un'imperatività del valore rilevante ex art. 1418, comma 1, c.c., ovvero da titolo costitutivo della situazione giuridica soggettiva protetta in via aquiliana (art. 2043)⁵³, sul sottinteso evidentemente che lo strumentario concettuale privatistico, se compulsato evolutivamente⁵⁴, si mostri il più delle volte autosufficiente nella *costruzione* del rimedio meglio confacente al bisogno di tutela domandato. Il che, la deduzione quasi va in automatico, implica una Costituzione che scioglie, per tornare al dibattito odierno, a catalogo di principi innervanti interpretativamente le clausole generali di buona fede e correttezza a mo' di controllo *a posteriori* sul risultato dell'atto di autonomia. Nello scritto, per la verità, affiora pure un abbozzo di bilanciamento degli interessi quando, sul presupposto che l'attività contrattuale del predisponente sia una forma di iniziativa economica, per ciò

da pratiche commerciali scorrette o apparentate a tecniche di conclusione del contratto aggressive.

⁴⁹ V. P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Parte I, Roma - Bari, 1973.

⁵⁰ L'allusione, *ça va sans dire*, è a C. cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382 s. e 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2014, I, 2035.

⁵¹ *Op. ult. cit.* 97.

⁵² V., di recente, la meditata rilettura critica che offre CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 38 ss.

⁵³ Per tutti i riferimenti v., da ultimo, CASTRONOVO, *op. ult. cit.* 40 s.

⁵⁴ CASTRONOVO, *op. ult. cit.* 47 direbbe «un diritto comune, ben sciorinato, [che] appare da sé in grado di dare forma al conflitto da decidere».



stesso allora costituzionalmente garantita (art. 41, comma 1 Cost.), si lascia intravedere come potrebbe darsi il contrappunto di un interprete che giudichi la dignità dell'aderente meno *spessa* e dunque *posposta* a quella del predisponente⁵⁵, lasciando intravedere così una tipica fattispecie di valori o diritti in conflitto. Neanche al riguardo sarebbe però corretto pensare ad una norma costituzionale operante in presa diretta giacché l'intrecciarsi dei due valori è pur sempre destinato a sfociare nella regola del caso concreto, posponente o premiante l'interesse d'impresa: regola, formalizzante il punto di equilibrio per il suo tramite raggiunto tra i due interessi in competizione, la quale di per sé è "altra" dall'applicazione delle «norme portatrici dei diritti confliggenti»⁵⁶.

Come si può notare è una metrica, assecondante un canone di razionalità tipica del diritto privato, che potrà piacere oppure no, ma di sicuro è corredata di uno spiccato rigore metodologico nient'affatto dimidiante il canone di un'effettività delle tecniche di tutela nell'uso della libertà contrattuale nel tempo presente.

⁵⁵ V. COSTANTINO, *op. ult. cit.* 97.

⁵⁶ V. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 42.



Materiali e commenti

PRIMI APPUNTI SULL'INTEREST RATE SWAP NON ADEGUATO

Di Daniele Imbruglia

| 23

1. Il termine *swap* è comunemente utilizzato per indicare la fonte dell'obbligazione convenzionale con cui due soggetti si vincolano a scambiarsi le prestazioni pecuniarie rappresentate da flussi di cassa calcolati tramite l'applicazione di parametri diversi rispetto a un medesimo capitale¹.

¹ La giurisprudenza definisce lo *swap* come il contratto con cui "due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netto, in forza di compensazione" (Corte Cass., 06.04.2001, n° 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186; definizione che richiama quella che si legge in House of Lords, 24.01.1991, *Hazel v. Hammersmith and Fulham Lbc*, in *Banca borsa*, 1991, I, p. 432). Rispetto a questa figura è valida anche nel nostro ordinamento l'affermazione per cui "[w]hile the concept of the swap is disarmingly simple (you have an obligation which you do not like, so you swap it for one that you prefer) the legal analysis is not so straightforward" (A. HUDSON, *The Law on Financial Derivatives*, London, 2002^{III}, p. 48): di ciò è chiara testimonianza la notevole pluralità e diversità delle ricostruzioni dello *swap* che si rinviene nella nostra letteratura giuridica e nel cui ambito vanno segnalati, oltre alle diverse sezioni contenute nei volumi dedicati al (*genus* del) contratto derivato (E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010^{II}, p. 62 e F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011^{II}, p. 23), i contributi di R. AGOSTINELLI, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, in *Banca borsa*, 1991, 4, II, p. 437; G. ALPA, *Nuovi strumenti finanziari: problemi di qualificazione*, in *Econ. dir. terziario*, 1992, 2, p. 321; E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *ivi*, p. 399; F. GIULIANI, *I titoli sintetici tra operazioni differenziali e realtà del riporto*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 79 e p. 291; D. PREITE, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in*

In epoca recente, questo contratto ha ottenuto una grande diffusione e la descritta dinamica di scambio tra le prestazioni future è stata impiegata in funzione di gestione dei diversi rischi finanziari².

particolare caps, floors, swaps, index futures), in *Dir. comm. int.*, 1992, 1, p. 171; F. ROSSI, *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa*, 1993, 5, I, p. 602; B. INZITARI, *Il contratto di swap*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Tratt. dir. Galgano, III, Torino, 1995, p. 2441; N. SQUILLACE, *La legge 2 gennaio 1991, n. 1, e i contratti di swap*, in *Giur. comm.*, 1996, 1, II, p. 85; A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezioni di gioco*, in *Banca borsa*, 1995, 1, II, p. 82; G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 3, p. 587; R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 112; M. IRRERA, *Swaps* (voce), in *Dig. comm.*, XV, Milano, 1998, p. 314; G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap»*, Milano, 1999; G. GIOIA, *Il contratto di «swap»*, in *Giur. it.*, 1999, 11, II, p. 2209; A.M. CAROZZI, *Swap*, in P. Cendon (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2004, p. 468; V. SANGIOVANNI, *I contratti di swap*, in *Contratti*, 2009, 12, p. 1133; G. RACUGNO, *Lo swap*, in *Banca borsa*, 2010, 1, I, p. 39; E. PAGNONI, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, dir. da E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2011, p. 1405; S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, in G. Gitti – M. R. Maugeri – M. Notari, *I contratti per l'impresa, cit.*, p. 184; D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.

² Per l'identificazione della funzione dello *swap* con la gestione del rischio finanziario si veda il contributo di G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario, cit.*, p. 46. Sui differenti rischi finanziari si rinvia a M. ONADO, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna, 2008^{II}, p. 65. Sulle prime applicazioni e l'evoluzione degli *swaps* come *modern financial derivatives*, si vedano le ricostruzioni di A. HUDSON,

Più segnatamente, a partire dalle esperienze dei moderni mercati mobiliari anglo-americani, lo *swap* è stato declinato, dapprima, per realizzare un baratto tra tassi di cambio (c.d. *currency swap*)³ e, in seguito, è stato impiegato anche con riferimento ai diversi tassi di interesse (c.d. *interest rate swap*; nel prosieguo anche *Irs*)⁴.

2. Anche il legislatore nazionale conosce questo contratto. Il vocabolo inglese⁵ compare alle lettere d), e), f), g), e j) del secondo comma dell'articolo 1 del vigente testo unico in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 58/1998; nel prosieguo, t.u.f.) con la funzione di indicare uno degli "strumenti finanziari"⁶.

Al comma successivo, poi, lo stesso legislatore ha cura di inserire lo *swap* in quel *genus* di investi-

menti noto come 'derivato'⁷ e il cui scopo primario – a differenza degli altri strumenti finanziari – non è rappresentato dalla circolazione⁸.

⁷ Come è noto la storia degli investimenti classificabili come 'derivati' è ricca e lunga (R. SHILLER, *Finance and the Good Society*, Princeton, 2012, p. 76) e non è possibile identificare uno scopo tipico sotteso a simili contratti. In proposito si vedano, in luogo di tanti, A. HUDSON, *The Law on Financial Derivatives*, cit., p. 11-21 (il quale da conto dei più risalenti utilizzi degli accordi di *options* e *future* e, poi, riferisce di almeno quattro diverse finalità che giustificano la sottoscrizione di un derivato finanziario (*speculation, hedge, asset/liability management, arbitrage*)), A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative*, cit., p. 83, G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*, cit., p. 595 (la quale rileva come "a fronte della gestione del rischio, le parti possono perseguire i fini individuali più diversi") e ID., *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 60. Sui 'contratti derivati' si confrontino le ricostruzioni operate in G. FERRARINI, *I derivati finanziari tra vendita a termine e contratto differenziale*, in F. Riolo (a cura di), *I derivati finanziari*, Milano, 1993, p. 27; F. CAPRIGLIONE, *I prodotti derivati: strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca borsa*, 1995, 3, I, p. 359; F. BOCHICCHIO, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, 4, I, p. 593; G. GALASSO, *Options e contratti derivati*, in *Contr. impr.*, 1999, 3, p. 1269; E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa*, 2009, 6, I, p. 652; G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 26 (ora in ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, p. 59); G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, 6, p. 1133; E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., *passim.*; M. COSSU – P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente – divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 4, I, p. 401; D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 779; ID. *Contratti derivati*, in *Banca borsa*, 2011, 5, I, p. 604; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., *passim.*; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una definizione*, in *Banca borsa*, 2012, 5, I, p. 541; A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca borsa*, 2013, 1, I, p. 68; E. GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, in *ivi*, p. 92; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 91; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale – I – L' 'azzardo' oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, p. 571; ID., *I derivati e la causa negoziale – II – Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. impr.*, 2014, 4/5, p. 881; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 173; F. DELFINI, *Contratti derivati OTC: problemi di validità e di qualificazione (a margine di un recente libro in tema di Swap)*, in *Contr. impr.*, 2014, 4/5, p. 910; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 24 (www.personaemercato.it).

⁸ A tal proposito, in dottrina è diffusa la suddivisione degli strumenti finanziari tra derivati e non (F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014^{VI}, p. 85), nonché

The Law on Financial Derivatives, cit., p. 43-47 e di F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 36-49.

³ Su questo tipo di *swap* si confrontino, in particolare, M. IRRERA, *Domestic currency swap*, cit., p. 121, B. INZITARI, *Il contratto di swap*, cit., p. 2444-2452, N. SQUILLACE, *La legge 2 gennaio 1991, n. 1*, cit., p. 89, M. FERRARIO, "Domestic Currency swap" a fini speculativi e scommessa, in *Contratti*, 2000, 3, p. 258 e M. COSSU, *Domestic currency swap e disciplina applicabile ai contratti su strumenti finanziari. Brevi note sul collegamento negoziale*, in *Banca borsa*, 2006, 2, II, p. 168.

⁴ Con tale ultima formula la nostra giurisprudenza di merito intende appunto il contratto "mediante il quale le parti, a scadenze prestabilite e per un arco di tempo predefinito si impegnano a scambiarsi flussi di cassa calcolati applicando ad uno stesso capitale nazionale – non oggetto di scambio – due diversi tassi di interesse" (Trib. Civitavecchia, ord. 08.06.2011 in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2012, 2, I, p. 133 con nota di L. G. VIGORITI, *Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di swap su tassi di interesse*). Sull'*interest rate swap*, si segnalano, oltre ai lavori in tema di *swap* richiamati *supra* (nt. 1), i contributi di S. GILOTTA, *In tema di «interest rate swap»*, in *Giur. Comm.*, 2007, 1, II, p. 134; A. TUCCI, *Interest rate swaps: 'causa tipica' e 'causa concreta'*, in *Banca borsa*, 2014, 3, II, p. 291; U. MINNECI, *La parabola degli IRS: tra innovazione normativa e recupero di nozioni appartenenti alla tradizione*, in *Società, banche e crisi d'impresa: liber amicorum Pietro Abbadesse*, Torino, 2014, III, p. 2301.

⁵ Come si legge in *The Oxford English Dictionary*, Oxford, 1933, X, il primo significato del verbo è quello di 'to strike, hit, smite'. Inizialmente, il termine era impiegato come sinonimo di 'to strike the hands together' (nel senso di 'to take another by the hand in confirmation of a bargain'), ma già a partire dal 1600 vi sono occorrenze dell'impiego di 'to swap' nel secondo significato oggi riconosciuto di 'to make exchange'.

⁶ In luogo della originaria versione del dettato normativo, dove il termine era ripreso in seno ai "contratti di scambio a pronti e a termine (*swaps*) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (*equity swaps*), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti" (art. 1, co. II, lett. g), t.u.f.), il legislatore – art. 1, co. I, lett. h), d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164 – ha oggi impiegato il termine, a seconda del parametro cui è connesso lo *swap* e della modalità di esecuzione del pagamento (a tal proposito si confrontino le lettere d, e, f, g, j, art. 1, co. II, t.u.f.).



3. Dopo averlo previsto (art. 1, co. II, t.u.f.) e averlo altresì qualificato come strumento finanziario derivato (co. III), il legislatore non ha fornito il contratto di *swap* di una determinata disciplina. Questa circostanza (contratto nominato, ma non regolato) non è estranea alla nostra esperienza giuridica e, di per sé, non è fonte di un problema nuovo⁹.

Per un verso, in omaggio al c.d. principio di atipicità (art. 1322 c.c.), è pacifico che l'assenza di una specifica normativa legislativa per un contratto non ne cagioni la nullità¹⁰. Al pari di ogni altro accordo privo di una disciplina legale *ad hoc* e che realizzi un interesse meritevole di tutela, anche quello di *swap*, qualora rispetti tale condizione, sarà pienamente vincolante per le parti che lo hanno concluso.

Per altro verso, il “peculiare valore del principio dell’atipicità dei contratti italiani” spingerà l’interprete a ricondurre, mediante un vero e proprio sforzo di sussunzione e assimilazione, la fattispecie non regolata in un tipo contrattuale (legale, sociale o giurisprudenziale), di modo da non ridurre l’insieme delle regole applicabili al contratto atipico alle sole norme generali di cui agli artt. 1321-1469, codice civile¹¹.

Lo *status* di contratto nominato atipico (proprio di quello di *swap*) non presenta, dunque, elementi di novità per l’interprete. Questi subordinerà l’efficacia del vincolo al ricorrere di un interesse meritevole e, una volta individuato il tipo in cui ricondurre l’atto non disciplinato, applicherà la relativa normativa allo *swap*¹².

4. Così, verificando la meritevolezza dell’interesse (art. 1322 c.c.) sotteso allo specifico contratto atipico di *interest rate swap*, una parte della giurisprudenza di merito ha escluso che possa superare il vaglio di liceità l’*Irs* che sia “insuscettibile di recare un apprezzabile pregiudizio a un contraente, esponendo viceversa - solamente - l’altro contraente al rischio di oscillazione dei mercati in misura notevole”¹³.

Altra giurisprudenza ha ritenuto, invece, che fossero meritevoli di tutela i soli derivati di copertura (ossia quegli accordi di scambio delle future prestazione pecuniarie che assolvono “una funzione di sicurezza e garanzia economica, perché collegati con effettivi rapporti obbligatori (di prestito o di import/export) sottostanti”)¹⁴ e non anche quelli c.d. speculativi¹⁵.

il rilievo per cui i primi non abbiano attitudine alla circolazione (R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2006^{IV}, p. 12).

⁹ Già F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano, 1952^{III}, p. 214, rilevava come fossero numerose le ipotesi di contratti “previsti ma non disciplinati”. Nonostante la lunga serie di contratti che sono nominati dal legislatore ma di cui non è poi fornita una regola legale, nella letteratura giuridica è tutt’ora in voga l’impiego del sintagma ‘contratto nominato’ come sinonimo di ‘contratto tipico’ (*ex multis*: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011^{II}, p. 399), nonché la definizione del “contratto che non rientra in un dato tipo legale” come ‘contratto innominato’ (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 449). Rimane, pertanto, maggioritaria (ma non assoluta: M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale - I, cit.*, p. 602 nt 90) la posizione che esclude la distinzione fra “contratti nominati e tipici a seconda che la legge, anche diversa dalle norme codificate, contempra una certa figura contrattuale qualificandola sola nominalmente oppure ne indichi anche la disciplina” (M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 8).

¹⁰ In argomento, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2009^{II}, p. 359.

¹¹ R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 (cui *adde*, ID. [-G. DE NOVA], *Il contratto*, **, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 439). Nello stesso senso: P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 43, e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 410. Per le ragioni sistemiche di questa tendenza alla tipizzazione del contratto non disciplinato, si vedano i risultati dell’indagine, ancora attuali, di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale* (1974), Napoli, 2014 (*rist.*), p. 3. Secondo l’A. tre sarebbero i fattori che giustificano il successo di questo “processo”: i) il nostro elenco di tipi legali contrattuali è particolarmente ampio e aggiornato (pp. 35-50); ii) la centralità nella disciplina legislativa in mate-

ria contrattuale della parte del codice dedicato ai singoli contratti (p. 53); iii) la tradizionale pretesa del nostro ordinamento a che il giudice per giustificare la sua decisione “citi una serie di articoli del codice” (p. 57).

¹² Nel senso dell’atipicità degli *swaps* è la giurisprudenza (*ex multis*, Trib. Torino, 24.04.2014 n° 2976 in www.ilcaso.it), nonché la maggioranza degli Autori (tra i tanti, si vedano M. IRRERA, *Domestic currency swap: un nuovo contratto atipico?*, in *Foro pad.*, 1987, II, p. 122; R. AGOSTINELLI, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, cit., p. 441; F. ROSSI, *Profili giuridici del mercato degli swaps*, cit., p. 613; D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore*, cit., p. 784 nt. 19; S. PAGLIANTINI - L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 184; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale - I, cit.*, p. 602 nt 90).

¹³ In tal senso, *ex multis*, Trib. Modena, ord. 23.12.2011, in *Contratti*, 2012, 3, p. 130 e Trib. Milano, 19.04.2011, in *Banca borsa*, 2011, II, p. 748; in dottrina, tra gli altri, riconoscono la necessaria bilateralità dell’alea E. GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, *Borsa banca*, 2013, 1, I, p. 97, P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 206 e D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l’incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contr. impr.*, 2014, 4-5, p. 855.

¹⁴ Trib. Milano, ord. 26.05.1994, in *Banca, borsa*, 1995, 1, II, p. 80.

¹⁵ Questo indirizzo è ripreso da parte della giurisprudenza successiva (Trib. Linciano, 06.12.2005, in *Giur. Comm.*, 2007, 1, II, p. 131; Trib. Lucera, 26.04.2012, in www.ilcaso.it) ed è condiviso da diversi Autori (*ex multis*, A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative*, cit., p. 8; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi*, cit., p. 139; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale - I, cit.*, p. 600; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell’interesse ed effettività della tutela*, cit., p. 33). Peraltro, la distinzione tra derivati di copertura e quelli c.d. speculativi - ignorata dal legislatore, ma richiamata anche in CONSOB, *I principali prodotti finanziari*



5. Ancora. Da ultimo e ragionando secondo il metodo c.d. tipologico¹⁶ (in funzione estensiva)¹⁷, la Corte di Appello di Milano ha qualificato l'accordo con cui due parti si scambiano (*swap*) delle future obbligazioni pecuniarie calcolate secondo determinati differenti tassi di interessi (*interest rate*) nei termini della scommessa¹⁸ legale *autorizzata* (e non

derivati, *Elementi informativi di base*, Ottobre 2012, in www.consob.it, nonché diffusa nella nostra letteratura e dalla giurisprudenza – non avrebbe solo valore descrittivo e rilevante nell'individuazione della causa in concreto del contratto stipulato tra intermediario e cliente. Ad esempio, seguendo questo secondo orientamento, qualora lo *swap* stipulato dal cliente per ridurre un pre-esistente rischio sia stato strutturato in modo tale da prescindere interamente da una funzione di copertura (e porsi, dunque, alla stregua di un derivato speculativo), il contratto sarebbe da intendersi come nullo per mancanza di causa (in tal senso si veda, per tutti, A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari*, cit., p. 87 e, in giurisprudenza, Trib. Bari, ord. 15.07.2010, in *Contratti*, 2011, 3, p. 244).

¹⁶ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 121.

¹⁷ ID., *Tipicità e atipicità nei contratti* (1983), ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 161: quando opera in questo senso, il metodo tipologico “consente di applicare ad un determinato contratto e le norme riguardanti un determinato tipo legale, e le norme riguardanti qualche altro tipo”.

¹⁸ A sostegno della riconduzione dello *swap* nella figura della scommessa (*contra*: D. PREITE, *Recenti sviluppi*, cit., p. 171, R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di «swap»*, cit., p. 128 e, più di recente, S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 199) milita la circostanza *i*) della loro comune appartenenza alla categoria dei contratti aleatori (nel senso dell'aleatorietà dell'*Irs* militano la maggioranza degli Autori, *ex multis*, M. IRRERA, *Swaps*, cit., p. 318; S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 145; S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 196; in senso difforme, vi è la posizione minoritaria che definisce l'*Irs* come un contratto commutativo di E. PAGNONI, *Contratti di «swap»*, cit., p. 1412; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati*, cit., p. 74); *ii*) dell'artificialità dell'alea creata e scambiata a mezzo dell'uno e dell'altro strumento (la dottrina è pacifica nel convenire sulla natura artificiale dell'alea creata con la scommessa: *ex multis*, E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., p. 31 e G. DI GIANDOMENICO e D. RICCIO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 335; con riferimento allo *swap*, la dinamica di creazione dell'alea è sottolineata da E. GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata*, cit., p. 97 ed è ben descritta da E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati*, cit., p. 564); *iii*) per cui al momento della conclusione dell'accordo – tanto nel caso della scommessa come nel caso dello *swap* – non sia individuabile il soggetto che deve effettuare la prestazione (quest'ultimo aspetto esclude la possibilità di associare l'*Irs* con l'altro classico esempio di contratto aleatorio (il contratto di assicurazione), così da rendere, in qualche modo, ancora più evidente l'associazione dello strumento finanziario derivato in parola allo schema della scommessa (in dottrina, la distinzione tra *interest rate swap* e contratti di assicurazione si vorrebbe evidente: M. IRRERA, *Swaps*, cit., p. 319 e, già, B. INZITARI, *Swap*, cit., p. 617; G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 182; S. GILOTTA, *In tema di interest*, cit., p. 140; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati*, cit.,

già meramente *tollerata*)¹⁹ e ha poi ricostruito la disciplina del contratto di *interest rate swap* secondo le coordinate giuridiche di quello specifico schema privatistico²⁰.

Dalla sussunzione dell'*Irs* nella figura della scommessa legale autorizzata discende, infatti, che la validità dell'atto sia subordinata al concreto ricorrere nell'*Irs* di quel “supporto esterno” all'*animus lucrandi*, che, rendendo giustificata l'esclusione dell'eccezione di gioco, è elemento essenziale della scommessa legale autorizzata²¹.

p. 560; S. PAGLIANTINI – L. VIGORITI, *I contratti «swap»*, cit., p. 197).

¹⁹ A partire dal capo XXI (“Del giuoco e della scommessa”) del titolo III (“Dei singoli contratti”) del libro IV (“Delle obbligazioni”) del codice civile, a seconda di ciò che viene riconosciuto dall'ordinamento al vincitore del gioco, si può distinguere la scommessa tollerata (*ex* 1933 c.c.) e quella autorizzata (artt. 1934 e 1935 c.c.): a differenza della prima (dove l'ordinamento non appresta al vincitore alcuno strumento coercitivo per ottenere il pagamento, appunto limitandosi a rendere irripetibile quanto spontaneamente versato dal perdente in favore del vincitore), nelle seconde si riconosce al vincitore la possibilità di adire in giudizio per ottenere la soddisfazione del suo credito. La ragione di questa diversità di discipline risiede nella generale valutazione del giuoco e della scommessa come atti improduttivi, che, per quanto non siano atti illeciti o immorali (e difatti, al vincitore è accordata la c.d. *soluti retentio*), sono ritenuti privi di ogni utilità sociale. Quando, invece, la scommessa *i*) è accompagnata da una qualche forma di “controllo pubblico”, successivo\giudiziale (art. 1934 c.c.) o preventivo\legale (art. 1935 c.c.); *ii*) ricomprende al suo interno un interesse meritevole di tutela che sia diverso dal mero fine di lucro, il codice opta per la tutela del vincitore, al quale viene accordata l'azione in giudizio per ottenere il pagamento dovuto. Sul gioco e la scommessa (il cui essere “disciplinati in maniera identica ha fatto perdere ogni pratico interesse alla loro distinzione”, così L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 21) nell'ordinamento privatistico si vedano i lavori di E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 53; G. PINO, *Il giuoco e scommessa e il contratto aleatorio*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 791; L. BALESTRA, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, p. 665; A. GENTILI, *Il contratto di giuoco e la scommessa*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, III, 3, Milano, 2009, p. 1031 e M. PARADISO, *Giuoco, scommessa, rendite*, in *I singoli contratti*, in *Tratt. Sacco*, Milano, 2006; G. DI GIANDOMENICO e D. RICCIO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 335.

²⁰ Il riferimento è ad App. Milano, 18.09.2013 n. 3459, in www.ilcaso.it (sulla pronuncia si vedano F. CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: “swap uguale scommessa”!*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, II, p. 287; M. INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 3, p. 218; G. GIGLIOTTI, *Obblighi informativi e misurabilità dell'alea tra comportamento di buona fede, oggetto e causa del contratto di Interest Rate Swap*, in *Giur. it.*, 2014, 8/9, p. 1876; e, volendo, D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati otc e la nullità dello swap per vizio di causa*, in *Pers. merc.*, 2013, 3, p. 332, in www.personaemercato.it).

²¹ M. PARADISO, *op. loc. cit.*, p. 61-63.



Con riferimento all'*Irs*, tale aspetto è stato individuato nella "razionalità delle contrattazioni"²². Pertanto, secondo questa lettura, il contratto che le ha generate può dirsi fonte di un interesse meritevole (valutazione del rischio) e, quindi, può validamente spiegare i suoi effetti, solo quando le alee scambiate siano il frutto di un giudizio razionale in termini di entità e natura²³.

6. Sebbene non siano pacifici²⁴, questi orientamenti hanno avuto il merito di respingere la tesi che

²² App. Milano, 3459/2013, *cit.*, § 3: "[n]on sembra revocabile in dubbio che il legislatore abbia menzionato nel TUF tali contratti valutando che il pericolo sociale che li accompagna sia, in base ad una scelta di ordine pubblico di direzione, inferiore al vantaggio di massimizzare gli scambi e di incrementare la liquidità dei mercati finanziari; ma proprio per questo la scommessa "autorizzata" non può che essere "razionale", non solo per l'intermediario che genreo lo strumento, ma anche per l'investitore. Come per qualsiasi contratto di scommessa, esso è bensì validamente concluso alle condizioni che piacciono agli scommettitori, ma la *ratio* del riconoscimento legislativo risiede nella *razionalità* delle contrattazioni, che presuppone la misurabilità dell'alea secondo criteri scientifici, pur non essendo richiesto che vi sia *equilibrio* tra le alee". In dottrina, la tesi della razionalità dell'alea scambiata quale "supporto esterno" che giustifica l'autorizzazione della scommessa e che rileva come elemento essenziale per la vincolatività del contratto è sostenuta in particolare dal prof. Maffeis (*Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, I, p. 662; *Homo oeconomicus, homo ludens, cit.*, p. 846; *L'ufficio di diritto privato e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti, cit.*, p. 20), nonché, almeno inizialmente, anche da E. BARCELLONA, *Note su derivati creditizi, cit.*, p. 652.

²³ App. Milano, 3459/2013, *cit.* La sentenza ha dichiarato la nullità del contratto *Irs* concluso tra un intermediario e un cliente a cui era stata preclusa la conoscibilità e la misurabilità del rischio assunto (in particolare, il soggetto abilitato non aveva comunicato alla controparte il c.d. *mark-to-market* e ciò comporterebbe "la radicale nullità dei contratti di *interest rate swap*, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutria perfetta conoscenza – addirittura nella sua precisa misurazione scientifica – avendo predisposto lo strumento"). Nella giurisprudenza di merito successiva, tale impostazione è stata seguita da App. Bologna, 11.03.2014 n° 734 (in www.dirittobancario.it).

²⁴ Invero, a eccezione dell'orientamento che qualifica come necessaria la bilateralità dell'alea, tutti i sopra-richiamati orientamenti sono stati criticati e il loro consolidamento è, ad oggi, alquanto incerto. Ad esempio, l'indirizzo che afferma la nullità del contratto di *swap* per mancanza di causa concreta quando il derivato è strutturato in modo diverso rispetto agli interessi concretamente perseguiti dalle parti è esattamente criticato da V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 985 e S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela, cit.*, p. 26. In particolare, il prof. Roppo afferma come la circostanza per cui "le parti si rappresentavano di fare, e intendevano fare, un contratto diverso da quello realmente sottoscritto (un derivato di «copertura», e non un derivato «speculativo»)» rilevi "indiscutibilmente come un errore, e

propende per l'elusione del controllo di meritevolezza del singolo *swap*, in ragione delle esigenze della finanza internazionale²⁵. Questa tendenza va condivisa²⁶.

Infatti, se è vero che l'atipicità non ne determina la nullità, è altresì vero che il nostro ordinamento non "sia il far west" e il giudice deve controllare i contratti atipici "alla luce delle norme imperative *tout court* del diritto italiano".

Come insegna la dottrina più attenta, difatti, la circostanza per cui gli *swaps* siano contratti atipici "elaborati sulla base del diritto americano e inglese, ma a cui si applica il diritto italiano" (c.d. contratti alieni) non impedisce all'interprete di verificare la compatibilità "di tali contratti con le norme imperative del diritto italiano", peraltro ricomprendendo tra queste sia la "norma imperativa a fattispecie e analitica" sia quella materiale, cioè la norma impe-

altrettanto indiscutibilmente un errore essenziale, in quanto caduto su «natura» o «oggetto» del contratto *ex art.* 1429, n. 1, c.c.. Ove ne risultasse anche la riconoscibilità, esso darebbe luogo ad annullamento del contratto". La tesi che esclude la meritevolezza dell'*Irs* speculativo è, invece, disattesa da parte della giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 11.05.1995, in *Banca, borsa*, 1996, II, p. 442, e da Trib. Milano, 09.02.2012, in www.ilcaso.it) e, in dottrina, è respinta da quanti affermano che i derivati speculativi sono leciti (E. GIRINO, *I contratti derivati, cit.*, p. 244; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari, cit.*, p. 74; D. Maffeis, *Homo oeconomicus, homo ludens, cit.*, p. 851) e da coloro i quali ritengono che la finalità speculativa o conservativa attenga al piano dei motivi (G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario, cit.*, p. 130; M. COSSU, *Domestic currency swap, cit.*, p. 174) e al più rileva in ordine ai giudizi di adeguatezza o appropriatezza (D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato e il contratto derivato, cit.*, p. 29). Infine, la tesi che afferma la razionalità dell'alea creata artificialmente con la stipula dell'*Irs* quale requisito di validità del contratto derivato non è stata seguita da Trib. Torino, 24.04.2014 (in www.ilcaso.it) e, in dottrina, è contestata, tra gli altri, da M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale – II –*, *cit.*, p. 897, il quale rileva come "[d]i per sé, infatti, la soggettiva ignoranza che un contraente nutre circa l'alea che si assume rende irragionevole solo la sua condotta negoziale e, quindi, può, in linea di principio, rilevare esclusivamente sul piano dei vizi della sua volontà e delle relative discipline".

²⁵ In tal senso è la posizione (isolata) di F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari, cit.*, p. 101 (per un'esatta critica di questa tesi si veda E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi, cit.*, p. 140).

²⁶ Peraltro, in dottrina, un giudizio positivo su questa giurisprudenza è espresso (con toni e argomentazioni diverse) anche quanto agli effetti dell'impiego della causa descritto in precedenza in punto di tutela dell'investitore: a tal proposito si vedano, in particolare, i contributi di G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 4-5, p. 1190, A.A. DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti, cit.*, p. XVII-XVIII) e S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela, cit.*, p. 36.



rativa “che non si preoccupa dello strumento giuridico ma del risultato”²⁷.

7. Orbene, nell’individuazione di quali siano le norme imperative che interessano il contratto atipico in esame occorre prendere le mosse da un dato.

28 L’*interest rate swap* è tipicamente un derivato c.d. *over the counter*²⁸. Esso è quindi *i*) un contratto in cui gli aspetti fondamentali sono definiti dalle parti e il contenuto non è etero regolamentato (come, invece, accade per gli altri derivati, c.d. standardizzati o uniformi)²⁹; *ii*) uno strumento finanziario rispetto al quale “l’intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente”³⁰ e che non si affranca dal contratto che lo ha generato³¹.

Tale ultimo aspetto è di fondamentale importanza, giacché, a ben vedere, esso determina l’applicazione di specifiche norme al contratto di *interest rate swap*.

Quando è sottoscritto da un intermediario, difatti, quel contratto rileva ad un tempo come servizio

²⁷ G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, cit., p. 60 e 66.

²⁸ Si veda, per tutti, CONSOB, *I principali prodotti finanziari derivati*, cit., p. 12. Sulla figura e sul mercato di prodotti OTC (*over the counter*) si vedano, in particolare, D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca borsa*, 2011, 4-5, I, p. 604 (a cui *adde* ID. *Intermediario contro investitore*, cit., p. 779 e A. PERRONE, *I contratti derivati «over the counter»*, in G. Gitti – M. R. Maugeti – M. Notari (a cura di), *I contratti per l’impresa. Banca, impresa e società*, Bologna, 2012, II, p. 287); L. SASSO, *L’impatto sul mercato dei derivati OTC*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, I, p. 899.

²⁹ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit., p. 617. Scrive Trib. Milano, 19.04.2011 n° 5443, in www.ilcaso.it: “[i]l derivato uniforme si distingue dall’OTC per essere trattato in un mercato regolamentato e per obbedire ad uno schema negoziale predefinito. Tale predeterminazione del contenuto pattizio confina l’autonomia privata delle parti alla semplice scelta del “se” contrarre, senza alcuna possibilità di definire il contenuto della pattuizione e senza neanche scegliere la controparte, essendovi un meccanismo telematico di acquisto”. Come esempio di strumento finanziario derivato standardizzato si veda il contratto *future* (sul punto, A. GUCCIONE, *L’organizzazione dei mercati a termine come carattere tipico dei contratti Futures e sistema di regole di comportamento degli intermediari*, in *Giur. comm.* 1998, I, p. 892).

³⁰ App. Milano, 3459/2013, cit.; tale aspetto è sottolineato in dottrina da D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore*, cit., p. 779.

³¹ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 194: “se è vero che tutti gli strumenti finanziari hanno una matrice e un’origine contrattuale, può osservarsi che mentre questi, una volta venuti ad esistenza, si affrancano nettamente rispetto al negozio che li ha generati, nel derivato OTC un simile distacco non avviene mai, in quanto tale modello assume la morfologia di un comune contratto, con tutte le vicende che lo accompagnano dalla nascita alla cessazione”. In giurisprudenza, si veda Trib. Milano, 5443/2011, cit., dove l’affermazione per cui “la stipulazione di un contratto derivato, a differenza del mero scambio di azioni o titoli, costituisce ad un tempo atto negoziale e mezzo di generazione dello strumento, cioè di un’autonoma entità finanziaria”.

di intermediazione e quale strumento finanziario, così da comportare “l’applicabilità al derivato medesimo – in quanto anche “contratto di investimento” – della cospicua disciplina sui servizi di investimento, con la conseguenza che allo stesso trovano applicazione contemporaneamente, regole del t.u.f. relative agli strumenti finanziari e, appunto, quelle proprie dei servizi e delle attività di investimento”³².

Per conseguenza, occorre ricostruire la disciplina dei derivati *over the counter* stipulati con un intermediario scrutinando le norme materiali previste dalla legislazione in tema d’investimento mobiliare.

8. Ad esempio, la coincidenza tra strumento finanziario e servizio d’investimento, propria del derivato *over the counter* concluso tra intermediario e cliente, determina la nullità virtuale (ex art. 1418 c.c.) dello *swap* sottoscritto con un soggetto che esercita l’attività d’intermediazione senza l’autorizzazione richiesta dalla legge (art. 18, t.u.f.)³³.

Non solo. La normativa imperativa in tema di prestazione al pubblico di servizi di investimento contiene ulteriori regole che vietano in modo assoluto determinati risultati e che costituiscono norme materiali idonee a disciplinare il contratto atipico di *swap* concluso con l’intermediario.

Tra queste disposizioni speciali, di assoluta importanza è la c.d. *suitability doctrine*, ossia quell’istituto con cui, sin dalla prima esperienza di disciplina speciale dell’attività d’intermediazione, si è appunto attribuito rilievo al legame tra il rischio assunto con lo strumento scambiato e il profilo del cliente³⁴.

³² P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 196. Sulla c.d. *financial regulation* si veda, quanto alla sua necessità R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 769; al c.d. multilivello della disciplina V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, 3, p. 424; e – sebbene con riferimento ad un altro ordinamento – quanto alla specialità di questa fonte (c.d. *financial regulation*) rispetto il c.d. diritto comune (c.d. *Old Lady the Common Law*) si veda A. HUDSON, *The Law of Finance*, London, 2013¹¹, p. 13.

³³ Corte Cass., 07.03.2001 n° 3272, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2109.

³⁴ La prima manifestazione di un legame tra l’operazione finanziaria e il profilo del cliente ricorre già all’interno del testo approvato nel 1939 dalla *National Association of Securities Dealers* (NASD), vale a dire l’organismo nazionale a cui i *brokers* avevano l’obbligo di iscriversi e a cui il *Securities Exchange Act* aveva riservato il compito di individuare le *guidelines* vincolanti per lo svolgimento della loro attività: art. III, Sect. 2 del *Rules of Fair Practice*. A seguito della fusione tra NASD e *New York Stock Exchange*, avvenuta nel 2007, la competenza a determinare le regole che governano l’attività di intermediazione dei principali operatori di mercato è stata attribuita alla *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) e, puntual-



9. In un momento iniziale, la *suitability rule*, che si applicava a tutti i servizi di investimento resi in favore dei clienti non qualificati, imponeva all'intermediario l'obbligo di valutare l'idoneità tra il rischio assunto con l'operazione finanziaria scambiata nell'ambito di un'attività di investimento e la capacità del cliente³⁵.

In caso di esito negativo del c.d. test di adeguatezza, poi, per l'intermediario sarebbe scattato il dovere di informare il cliente di una tale circostanza nonché quello di astenersi dal compimento dell'operazione incongrua. Tale secondo obbligo non comportava una limitazione assoluta: a seguito della dichiarazione del cliente di volere dare corso all'operazione³⁶, l'intermediario avrebbe aggirato il dovere di astensione e l'operazione così eseguita sarebbe stata considerata come lecita (ancorché fosse inadeguata).

La natura della *rule* era, dunque, quella di obbligo di comportamento inerente alla prestazione del servizio di investimento. Da siffatta qualificazione, la giurisprudenza delle Sezioni Unite aveva tratto la conseguenza per cui l'eventuale inosservanza avrebbe rappresentato un inadempimento, così da rilevare sul solo piano del rapporto (del contratto) di investimento, determinandone la correzione degli

mente, il testo regolamentare emanato da quest'ultima prevede una generale disciplina in tema di *suitability* (rule §2111), nonché delle previsioni con più specifico riferimento a determinate operazioni (rule §2310.b2 in tema di *direct participation program*; rule §2330 in tema di *deferred variable annuities*; rule §2360.b)19 con riguardo allo scambio di *options*). Oltre che nei testi adottati da altri organismi di autoregolazione (rule §G-19, *Municipal Securities Rulemaking Board*; rule §9.9 *Chicago Board Options Exchange Rule*), una *suitability rule* si rinviene anche in seno ai testi approvati dalla *Securities Exchange Commission* (rule §15b10-3). In argomento: R. MUNDHEIM, *Professional Responsibilities of Broker-Dealers: The Suitability Doctrine*, in *Duke Law Journ.*, 1965, p. 445; S.B. COHEN, *The Suitability Rule and Economic Theory*, in *Yale Law Journ.*, 1971, p. 1604; H.H. COHEN, *The Suitability Doctrine: Defining Stockbrokers Professional Responsibilities*, in *Journ. Corp. Law*, 1978, p. 533.

³⁵ Nel nostro ordinamento – dove era inizialmente prevista a livello di fonte primaria (art. 6, lett. f), l. 1/91) e nel periodo successivo era stabilita dalla fonte secondaria, rappresentata dai regolamenti emanati dalla CONSOB (in particolare, tra l'adozione del TUF e la ricezione delle direttive MiFID (2004/39/CE e 2006/73/CE), la disciplina era prevista dall'art. 29, reg. CONSOB 11522/1998) – la *suitability* si articolava secondo un dovere di raccolta di informazioni circa il profilo del cliente e di valutazione di adeguatezza dell'operazione per tipologia (App. Torino, 13.10.2010, n° 1494), oggetto (Trib. Catania, 05.05.2006, n° 1600), frequenza (App. Torino, 03.05.2006 in *Società*, 2007, p. 7111) e dimensione (Trib. Milano, 13.11.2008 n° 13240) (tutte le sentenze ora citate sono reperibili in www.ilcaso.it).

³⁶ Su questa dichiarazione si veda Corte Cass., 25.09.2014 n° 20178 (in www.italgiure.giustizia.it).

effetti (tramite il risarcimento) oppure la fine (mediante la risoluzione)³⁷.

10. In forza delle direttive MiFID, com'è noto, la rilevanza del rapporto tra rischio assunto e profilo del cliente ha mutato il suo significato giuridico³⁸.

Innanzitutto, la disciplina varia a seconda del tipo di servizio di investimento reso in favore del cliente. Oggi, di vera e propria *suitability rule* è dato discorrere, infatti, unicamente con riferimento a quelli di consulenza e di gestione del portafoglio, i c.d. servizi di risparmio gestito³⁹. Rispetto alla pre-

³⁷ Corte Cass., SS.UU., 19.12.2007 n°26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784.

³⁸ Si confrontino gli articoli 19, §4-6, dir. 2004/39/CE (c.d. MiFID I livello) e 35-37, dir. 2006/73/CE (c.d. MiFID II livello). La disciplina è ripresa – in modo sostanzialmente simile – anche nella nuova versione della direttiva: art. 25, 2014/65/EU (c.d. MiFID II; in argomento, N. MOLONEY, *EU securities*, Cambridge, 2014^{III}, p. 805-808). Sul piano interno, invece, la normativa euro-unitaria è stata recepita agli artt. 39 – 44, reg. CONSOB, 16190/2007. Sulla disciplina post-MiFID si vedano i lavori di L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni nella direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 6, p. 583; R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Società*, 2008, 3, p. 269; A. PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la nuova disciplina MIFID*, in A. Perrone (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, p. 14; F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, p. 25; P. FLORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento tra nuova e vecchia disciplina*, in S. Ambrosini – P.G. Demarchi (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio – Servizi di investimento*, Milano, 2009, p. 125; F. SAVASTA, *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, in *Società*, 2009, 8, p. 997; A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 728; L. PURPURA, *Strumenti finanziari e doveri di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto la normativa post Mifid*, in *Borsa banca*, 2010, 5, I, p. 609; V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MiFID*, in *Corr. giur.*, 2010, 10, p. 1385; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli e R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, I, Torino, 2011, p. 235; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *ivi*, p. 281; M. MAGGIOLIO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012, p. 389; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 87; A. VALONGO, *Profili di tutela individuale dell'investitore tra nullità e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 75; F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40 Regol. Intermed., obbligazioni strutturate e derivati di credito*, in *Borsa banca*, 2014, 3, I, p. 296; A. DI AMATO, *I servizi e i contratti di investimento*, in S. Amoroso (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2014^{III}, p. 101.

³⁹ Artt. 39-40, reg. CONSOB 16190/2007. Peraltro, a differenza del passato, oggi la disciplina prevista in materia di *suitability*

stazione di questi due servizi, è domandato all'intermediario di valutare che i prodotti raccomandati siano "corrispondenti agli obiettivi d'investimento del cliente, finanziariamente sopportabili dallo stesso e suscettibili di essere compresi dal medesimo investitore nelle relative implicazioni di rischio"⁴⁰. Rispetto alle attività diverse da quelle di risparmio gestito, si avrà, a seconda della modalità di prestazione del servizio di c.d. risparmio amministrato, in un caso (*appropriateness rule*), un giudizio differente (meno esteso) di quello di adeguatezza⁴¹ e che sostanzialmente si sviluppa secondo il vecchio meccanismo informativo⁴², e, in un

troverà applicazione per ogni servizio di consulenza in materia di investimenti e di gestione del portafoglio effettuato dall'intermediario autorizzato e, dunque, anche quando reso in favore delle controparti qualificate: sul punto si veda, per tutti, F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40, cit.*, p. 298.

⁴⁰ L. PURPURA, *Strumenti finanziari e doveri di informazione degli intermediari, cit.*, p. 629; sul punto si veda la distinzione dei vari parametri in adeguatezza finanziaria, patrimoniale e conoscitiva avanzata da F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa, cit.*, p. 35. Il primo parametro (finanziario) attiene appunto alla verifica che il prodotto raccomandato sia in linea con gli obiettivi di investimento del cliente: ad esempio, un derivato strutturato in modo da essere speculativo è inadeguato finanziariamente rispetto all'obiettivo del cliente di proteggere un precedente rischio. Il secondo parametro (patrimoniale) intende "evitare che le operazioni di investimento possano rovinare finanziariamente il cliente" e si pone come limite a strumenti che presentano un rischio da questi non sopportabile (V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti, cit.*, p. 1394). Il terzo parametro (conoscitivo) intende determinare l'adeguatezza del prodotto finanziario verificando che chi lo acquista sia abbia, anche per il tramite degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, "una ragionevole comprensione delle potenziali implicazioni patrimoniali dell'investimento" (L. PURPURA, *op. loc. ult. cit.*). Infine, un recupero del parametro relativo alla idoneità della frequenza dello strumento finanziario (c.d. *churning*) è operato da M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento, cit.*, p. 387, a partire dalla disposizione regolamentare con cui si afferma che "una serie di operazioni, ciascuna delle quali è adeguata se considerata isolatamente, può non essere adeguata se avvenga con una frequenza che non è nel migliore interesse del cliente"(art. 40, co. I, reg. CONSOB 16190/2007).

⁴¹ La valutazione dell'appropriatezza impone all'intermediario di verificare unicamente la congruità conoscitiva, ossia la verifica che "il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta" (art. 42, co. I, reg. CONSOB 16190/2007). Sul punto, si veda L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza, cit.*, p. 583; P. FLORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento, cit.*, p. 169; F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa, cit.*, p. 43; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza, cit.*, p. 297.

⁴² Artt. 41-42, reg. CONSOB 16190/2007. Questa nuova disciplina non fa riferimento – come invece la vecchia – alla necessità di un *permissive consent* del cliente informato sulla non appropriatezza del servizio. La dottrina è divisa tra quanti sostengono che, una volta fornite le avvertenze in parola al cliente, l'intermediario possa procedere all'operazione (*ex multis*: A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule, cit.*, p. 733; M.

altro (*execution only*), l'esonero per l'intermediario dalla valutazione di ogni idoneità⁴³.

Inoltre, nel sistema attuale, rispetto a uno strumento finanziario non adeguato (definibile, quindi, come quel prodotto *i*) scambiato in seno ad un'attività di risparmio gestito; *ii*) non in linea con le competenze patrimoniali, finanziarie e conoscitive del cliente), non c'è spazio "per superare la deficienza sostanziale ricorrendo alla procedura formale che consentiva all'intermediario di procedere all'operazione da lui reputata inadeguata"⁴⁴.

Più esattamente, oggi qualora non sia possibile valutare l'adeguatezza dello strumento finanziario da consigliare o da scambiare nell'ambito di una gestione di portafoglio altrui vi è il dovere di astensione; e non è prevista alcuna forma di *permissive consent* o altro meccanismo di dialogo tra intermediario e cliente che possa consentire di concludere l'operazione ove il prodotto *i*) non corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; *ii*) non sia sopportabile per il cliente; *iii*) e non abbia natura tale per cui il cliente ne possa comprendere i rischi. In altri termini, la valutazione dell'adeguatezza è "estromessa dal mondo dell'informazione"⁴⁵ e opera come "preclusione insuperabile"⁴⁶ così che, ex art. 39, reg. Consob 16190/2007, lo strumento finanziario scambiato all'interno di un'attività di risparmio gestito o è adeguato oppure non è.

11. Tradizionalmente intesa come servizio di negoziazione per conto proprio (definito dall'art. 1, co. V-bis, t.u.f., come quell'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti)⁴⁷, la sotto-

MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento, cit.*, p. 398) e chi, invece, subordina la legittimità dell'investimento alla reiterazione dell'ordine (F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa, cit.*, p. 43 nt. 49; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza, cit.*, p. 297-298; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato", cit.*, p. 118).

⁴³ Artt. 43-44, reg. CONSOB 16190/2007. Come è noto, tale modalità di prestazione dei servizi di esecuzione, ricezione e trasmissione di ordini impartiti da clienti è ammessa unicamente quando lo strumento finanziario scambiato non è complesso, il servizio sia stato prestato a iniziativa del cliente (a sua volta chiaramente informato della modalità *execution only*) e l'intermediario rispetti gli obblighi in materia di conflitto di interesse. Tra la dottrina interna, un giudizio critico verso questa categoria di servizi si legge in F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa, cit.*, p. 44 e in P. FLORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento, cit.*, p. 175.

⁴⁴ M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento, cit.*, p. 391.

⁴⁵ F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa, cit.*, p. 40.

⁴⁶ A. DI AMATO, *I servizi e i contratti di investimento, cit.*, p. 103.

⁴⁷ In tal senso, *ex multis*, D. DI ZITTI, *Ordine di borsa e commissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 160; R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2004, p. 36, nt. 27; E. GIRINO, *I contratti derivati, cit.*, p. 525;



scrizione di uno *swap* tra un intermediario autorizzato e un cliente rileva ora come un servizio di consulenza⁴⁸.

In tal senso⁴⁹, difatti, è la circostanza per cui nella strutturazione del derivato *over the counter* secondo le specifiche esigenze del cliente, l'intermediario utilizza necessariamente raccomandazioni personalizzate⁵⁰, ossia quel presupposto di fatto il cui ricorrere è sufficiente per aversi un servizio di consulenza⁵¹.

A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati*, cit. p. 72; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 195.
⁴⁸ Sul servizio di consulenza in materia di investimenti (definita all'art. 1, co. V-*septies*, t.u.f. come "la prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario") si vedano: G. LA ROCCA, *Appunti sul contratto relativo alla prestazione del servizio di "consulenza in materia di investimenti" (art. 1, comma 5, lett. f, d. lgs. n. 58/98)*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, p. 330; F. PARRELLA, *Il contratto di consulenza finanziaria*, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, cit., I, p. 1021; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 271.

⁴⁹ La maggioranza degli Autori (*ex multis*, G. LA ROCCA, *Appunti sul contratto*, cit., p. 23; P. FLORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento*, cit., p. 174; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 236; F. DELFINI, *Contratti derivati OTC*, cit., p. 933; ID. *Nessun derivato è un'isola (il servizio di consulenza nella negoziazione di derivati OTC)*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 265; ID., *Servizio di consulenza in materia di investimenti vs. servizio di ricezione e trasmissione ordini*, in *Banca borsa*, 2014, 4, II, p. 491) e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 30.05.2013, c-604/11, *Genil 48 SL, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, § 53-55, in www.curia.europa.eu militano a favore della riconduzione della negoziazione tra intermediario e cliente dello *swap* nei confini del servizio di consulenza.

⁵⁰ In virtù dell'art. 52, dir. MiFID II liv., per raccomandazioni personalizzate si intende "quella che viene fatta ad una persona nella sua qualità di investitore o potenziale investitore o nella sua qualità di agente di un investitore o potenziale investitore." Essa deve essere "presentata come adatta per tale persona e deve essere basata sulla considerazione delle caratteristiche di tale persona." Inoltre, deve raccomandare la realizzazione di un'operazione che si riferisce al comprare, vendere, sottoscrivere, scambiare, riscattare, detenere un determinato strumento finanziario o all'assumere garanzie nei confronti dell'emittente rispetto a tale strumento (oppure che sia concernete esercitare o non esercitare qualsiasi diritto conferito da un determinato strumento finanziario a comprare, vendere, sottoscrivere, scambiare o riscattare uno strumento finanziario). La direttiva chiarisce poi che "una raccomandazione non è una raccomandazione personalizzata, se viene diffusa esclusivamente tramite canali di distribuzione o se è destinata al pubblico."

⁵¹ Sottolineano in modo chiaro il nesso tra raccomandazioni personalizzate e consulenza: L. PURPURA, *Strumenti finanziari e doveri di informazione*, cit., p. 630, nt. 42, M. MAGGIOLO, *Servizio di consulenza in materia di investimenti*, cit., p. 493. Sul punto si veda anche CONSOB, Comun. 90919104, 02.03.2009, in www.consob.it, dove l'affermazione per cui "l'assistenza fornita alla clientela nella fase di strutturazione di queste operazioni, create (o quantomeno presentate come) "su

Da ciò deriva che la sottoscrizione dello *swap* con un intermediario rechi con sé la disciplina prevista per il servizio di consulenza e, quindi, sia l'obbligatorio giudizio di adeguatezza⁵² sia l'insuperabile limite allo scambio dello strumento che non risulta essere in linea con la capacità patrimoniale, cognitiva e finanziaria del cliente⁵³.

12. Dal punto di vista del derivato *over the counter* sottoscritto con l'intermediario, la descritta coincidenza tra il servizio di investimento (consulenza) e lo strumento finanziario (ad esempio: l'*interest rate swap*) "che ne dovrebbe costituire l'oggetto"⁵⁴ consente di ripetere la disciplina del servizio in seno allo strumento finanziario negoziato, sì da consentire la qualificazione stessa del con-

misura" per il cliente, pur in una logica di parziale standardizzazione, presuppone intrinsecamente che il prodotto sia presentato come adatto alla clientela e rende, quindi, imprescindibile l'applicazione del regime di adeguatezza previsto in caso di svolgimento del servizio di consulenza in materia di investimenti". *Contra*, A. PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse*, cit., p. 28. Questo A. lamenta che l'interpretazione qui seguita (e che argomenta nella riconduzione di ogni investimento prestato su raccomandazione personalizzata dell'intermediario nella disciplina della consulenza) si risolverebbe "nell'*interpretatio abrogans* della distinzione fra *execution only*, servizio di investimento con valutazione di appropriatezza e consulenza (o gestione di portafogli)" e propone di considerare la consulenza come "un'attività verso corrispettivo", così da recuperare la diversificazione dei servizi (evitando di riconoscere nella sola raccomandazione l'elemento sufficiente per la configurazione di un servizio di consulenza). Siffatta posizione è rilevante solo in prospettiva *de iure condendo*: oggi, infatti, non vi sono elementi per sostenere l'onerosità della consulenza e, in genere, argomenti che impediscano di considerare tale la raccomandazione personalizzata.

⁵² F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza*, cit., p. 300. *Contra*, coerentemente con la qualifica della sottoscrizione del derivato in termini di negoziazione titoli per conto proprio, R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 121, argomenta a favore dell'applicazione della c.d. *appropriateness rule*.

⁵³ In questo senso, F. PARRELLA, *Il contratto di consulenza finanziaria*, cit., p. 1032: "[c]osì, ad esempio, l'intermediario che presta congiuntamente i servizi di consulenza e di collocamento è vincolato a promuovere la cliente o al potenziale cliente esclusivamente strumenti finanziari ritenuti preventivamente a lui "adeguati" (e non semplicemente "appropriati", come accadrebbe in caso di prestazione del solo servizio di collocamento). Così, ancora, la consulenza associata ai servizi di ricezione e trasmissioni di ordini e/o di esecuzione di ordini e/o di negoziazione per conto proprio implica l'osservanza dell'obbligo di valutare l'adeguatezza (e non la mera appropriatezza) degli ordini impartiti dal cliente". *Contra*: M. MAGGIOLO, *Servizio di consulenza in materia di investimenti*, cit., p. 495-496, il quale, pure ammettendo che la disciplina attuale colleghi l'attività di consulenza in materia di intermediazione finanziaria alla raccomandazione, suggerisce per l'ipotesi di consulenza strumentale alla prestazione di un servizio diverso dalla gestione di portafogli l'applicazione dell'*appropriateness rule*. A ben vedere questa posizione non trova riscontro nel dato normativo, il quale, all'interno delle operazioni raccomandate, non opera alcuna distinzione.

⁵⁴ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 196.

tratto *Irs* come adeguato o non adeguato. Nel primo caso esso sarà pienamente vincolante; nel secondo caso, esso sarà nullo.

La “preclusione insuperabile” determinata dalla normativa in materia di risparmio gestito rispetto alla valutazione dell’adeguatezza comporta, difatti, che, quando quello strumento finanziario ha la funzione di scambiare un rischio non adeguato, lo *swap* rileva come contratto nullo per illiceità della causa (ex art. 1418, co. II, c.c.), determinata dalla sua contrarietà alla norma imperativa (art. 1343 c.c.) che materialmente impone la raccomandazione di strumenti finanziari adeguati (art. 39, reg. Consob 16190/2007). Invece, quando l’*Irs* è stato concluso con l’intermediario in assenza di una rilevante valutazione, il derivato è nullo per illegalità del contratto (ex art. 1418, co. I, c.c.), determinata dalla violazione del dovere di astensione (ex art. 39, co. VI, reg. Consob 16190/2007)⁵⁵.

In conclusione, l’unico contratto di *swap* che l’intermediario può stipulare con il cliente è quello che genera uno strumento finanziario adeguato alle caratteristiche conoscitive, patrimoniali e finanziari del soggetto nei cui confronti è reso il servizio di risparmio gestito. A titolo di esempio, si può affermare che lo *swap* c.d. speculativo concluso con un cliente il cui obiettivo di investimento era quello di proteggersi dall’andamento di una pre-esistente e indicata esposizione debitoria sia un derivato inadeguato e, quindi, un contratto nullo per contrarietà alla norma imperativa che impone di raccomandare strumenti finanziari in linea con gli obiettivi di investimento (art. 39, reg. Consob 16190/2007).

13. Da queste sommarie indicazioni è possibile trarre degli ulteriori spunti.

Innanzitutto, si deve ribadire come, anche rispetto al contratto (atipico, alieno) derivato, l’interprete non possa prescindere dalla verifica della compatibilità dell’atto con le norme imperative. Il caso della nullità dello *swap* per inadeguatezza dello strumento finanziario (come anche quello di nullità del de-

rivato sottoscritto con intermediario abusivo) dimostra appunto come l’ordinamento, pur senza disciplinare il contratto, abbia altresì previsto norme che hanno l’effetto materiale di restringere la validità dell’atto di autonomia privata, ancorché siano rivolte *in primis* un altro oggetto (l’attività di intermediazione).

Inoltre, la raggiunta nullità del contratto (nominato, atipico, alieno, derivato *over the counter*) di *interest rate swap* per violazione della normativa (imperativa, materiale) sull’adeguatezza del servizio di risparmio gestito attesta come oggi non sia più corretto affermare che dalla tutela del mercato mobiliare “nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile”⁵⁶.

Al contrario, quell’obiettivo si sostanzia oggi anche nella sottrazione all’autonomia privata di schemi contrattuali che si pongano, quanto alla loro stessa esistenza o alla loro funzione, in contrasto con le varie esigenze di sistema riconosciute dal legislatore (in questo caso, la stabilità del mercato finanziario)⁵⁷.

⁵⁵ In senso difforme è F. DELFINI, *Contratti derivati OTC*, cit., 939, per il quale “[l]’eventuale violazione dell’obbligo di astensione (...) esporrà [l’intermediario] al risarcimento del danno”. Tale posizione non appare meritevole di essere condivisa: all’inosservanza del dovere di astensione il nostro ordinamento non accorda tutela risarcitoria, ma bensì invalidante. In tal senso e a sostegno di quanto indicato nel testo (nullità), pare essere sufficiente il rinvio a Cass. 26724/2007, cit., §1.7 dove la seguente affermazione in ordine alle conseguenze della violazione dell’obbligo di astensione: “[s]e il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell’atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell’atto medesimo”.

⁵⁶ Corte Cass., 26724/2007, cit., §1.8.

⁵⁷ Per dei cenni in tal senso, si vedano S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, p. 640; F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ comm.*, 2012, 1, p. 30; CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *Europ. Rev. Contr. Law*, 2014, 3, p. 390 e M. ANDENAS – I. H-Y CHIU, *The Foundations and Future of Financial Regulations. Governance for Responsibility*, London - New York, 2014, p. 234.



Attualità

IL NUOVO ART. 2929 BIS C.C. NEL QUADRO DEGLI STRUMENTI DI TUTELA DEI CREDITORI.

Di Serena Meucci

| 11

SOMMARIO: 1. La tutela del creditore avverso atti dispositivi a titolo gratuito. - 2. Ambito di applicazione: “atti di alienazione a titolo gratuito”. Profili problematici. - 3. Gli atti “di costituzione di vincolo di indisponibilità”. - 4. Osservazioni conclusive.

1. La tutela del creditore avverso atti dispositivi a titolo gratuito.

Il sistema delle tutele delle ragioni creditorie a fronte di atti dispositivi pregiudizievoli della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.) da parte del debitore ruota intorno allo strumento della revocatoria¹. I presupposti e le caratteristiche dell'azione pauliana ex art. 2901 c.c. sono noti. Merita invero evidenziare la progressiva caratterizzazione che tale istituto ha assunto nell'evoluzione della giurisprudenza da istituto diretto alla repressione della frode a strumento volto a tutelare l'interesse del creditore, in senso quasi cautelare². A fondamento del rimedio

vi è l'interesse del creditore alla soddisfazione sul patrimonio del debitore, sicché il limite stesso della revocabilità consiste nel soddisfacimento del creditore in relazione al danno concretamente subito. Si è parlato di un processo di “oggettivazione” che ha caratterizzato l'iter giurisprudenziale nella configurazione sia del presupposto c.d. oggettivo (*eventus damni*) che di quello c.d. soggettivo (*consilium fraudis* e *scientia fraudis*), pur essendo incerta l'individuazione dei criteri (solo quantitativi, qualitativi, ovvero combinati) di determinazione del pregiudizio. L'evoluzione dell'istituto ha altresì portato ad una ripartizione dell'onere probatorio tra credito-

l'inefficacia di esso nei soli confronti del creditore che l'abbia esperita per consentire allo stesso di esercitare sul bene oggetto dell'atto, l'azione esecutiva per la realizzazione del credito”.

In dottrina, P. DE MARCO, *Eventus damni ed onere della prova nella revocatoria ordinaria, tra principio della garanzia patrimoniale e la libertà di iniziativa economica del debitore*, in *Giust. civ.*, 1999, 4, p. 1133, il quale, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale rileva la natura cautelare dell'azione pauliana con la quale il creditore, “in presenza del pericolo di un danno alle sue ragioni, esperisce il rimedio, deducendo una serie di elementi (rilevanti al fine della delimitazione della pericolosità dell'atto impugnato), la cui fondatezza deve essere accertata dal giudice di volta in volta designato; il debitore, ove in possesso di rilevanti elementi che possano smascherare la temerarietà di una tale iniziativa, li deduce in giudizio, fornendo la prova della piena capienza del suo patrimonio e dell'esigua modificazione subita dallo stesso in conseguenza dell'atto di dismissione”.

¹ Per ulteriori riflessioni in ordine all'azione revocatoria quale strumento generale di tutela delle aspettative creditorie a fronte del pregiudizio conseguente alla stipulazione dell'atto di destinazione e alla adeguatezza di tale meccanismo di tutela ex post sia consentito rinviare a S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 440 ss.

² In questo senso, v. una pronuncia della Cassazione (8 aprile 2003, n. 5455, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Revocatoria (azione)* [5800], n. 12) ove si osserva che l'azione revocatoria presenta una finalità “cautelare e conservativa del diritto di credito, essendo diretta a conservare nella sua integrità la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore; in coerenza con tale sua unica funzione l'azione predetta, ove esperita vittoriosamente, non travolge l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, ma semplicemente determina



re agente e debitore (ovvero terzo contraente), nel senso di “favorire” la posizione giuridica del creditore stesso³.

In questo contesto merita attenzione la recente novella apprestata con Decreto Legge 27 giugno 2015 n. 83 “recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria” convertito con Legge del 6 agosto 2015, n. 132⁴ in vigore dal 21 agosto, il cui art. 12 introduce nel codice civile l'art. 2929-bis rubricato “Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito”.

Ai sensi della novella il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore “di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione” che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, “compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia”, purché trascriva il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. Tale effetto è esteso “anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa”.

Prima di affrontare alcuni degli aspetti problematici sollevati dalla disposizione, giova inquadrarla dal punto di vista sistematico. La norma rientra nel contesto delle “Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria” e va ad affiancarsi alle modifiche alla Legge fallimentare e al codice di procedura civile, con un obiettivo preciso, quello di proteggere il creditore, di fatto, dai rischi connessi alla lunghezza dei procedimenti della tutela revocatoria⁵. Il tema di fondo

è dunque la lentezza del sistema giustizia nel dare risposte ad una esigenza di tutela piuttosto che la debolezza dei rimedi predisposti dall'ordinamento. L'obiettivo espresso dal legislatore d'urgenza e ripreso nella relazione alle Camere è infatti quello di introdurre “un'azione semplificata” che consenta al creditore di avviare direttamente l'esecuzione.

Si tratta appunto di una “azione semplificata”⁶ esercitabile tramite domanda di pignoramento in presenza di determinati presupposti: compimento di un atto gratuito di alienazione o di costituzione di un vincolo di indisponibilità da parte del debitore; che non sia decorso un anno tra la data del pignoramento e la data in cui l'atto gratuito è stato reso opponibile (trascrizione).

In forza del 2929 bis, il creditore che ritenga di essere pregiudicato dal compimento di un atto dispositivo a titolo gratuito – vedremo poi alcuni profili problematici in ordine a tale aspetto - posto in essere dal debitore, purché munito di titolo esecutivo può procedere al pignoramento del bene da quest'ultimo disposto. E ciò senza il preventivo esperimento dell'azione revocatoria la quale da sempre costituisce presupposto necessario alla reazione del creditore danneggiato.

Più precisamente il creditore pregiudicato da atti dispositivi del debitore volti a sottrarre beni al proprio patrimonio viene esonerato dall'obbligo di promuovere l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. in presenza dei seguenti indici: 1) l'atto dispositivo pregiudizievole posto in essere dal debitore sia “a titolo gratuito”, abbia ad oggetto beni mobili registrati o beni immobili e consista nella “costituzione di un vincolo” o in una alienazione; 2) il credito vantato sia anteriore rispetto all'atto pregiudizievole; 3) il creditore sia munito di titolo esecutivo e proceda a trascrivere il pignoramento entro un anno dalla data di trascrizione dell'atto gratuito pregiudizievole.

Ai sensi dell'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 2929 bis, inoltre la possibilità di agire direttamente in via esecutiva sul bene oggetto dell'atto dispositi-

relativi effetti si ritengono quindi subordinati, secondo stabile giurisprudenza, al passaggio in giudicato della sentenza”. Il beneficio per l'amministrazione della giustizia consiste nella “possibile riduzione di contenzioso, in ragione dell'eventualità che il debitore o terzo assoggettato a esecuzione non proponga opposizione”.

⁶ La menzionata Relazione di accompagnamento per la conversione del Decreto dopo essersi espressa in modo assai singolare in termini di “azione semplificata” precisa come tale valore non risulti espressamente dalla norma “per non indulgere in definizioni dottrinali” ma che comunque tale dato si possa evincere dal complessivo impianto e in particolare dalla considerazione che l'opponente non può eccepire la prescrizione della revocatoria, se essa non era maturata alla data del pignoramento o dell'intervento compiuto dal creditore. In altri termini la domanda esecutiva ha effetto interruttivo.

³ V. Cass., 14 ottobre 2005, n. 19963 (in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Revocatoria (azione)* [5800], n. 11) ai sensi della quale incombe al convenuto che eccepisca la mancanza dell'eventus damni, l'onere di provare l'insussistenza del rischio di incapienza, in ragione di ampie residualità patrimoniali. Conforme Cass., 6 agosto 2004, n. 15257, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Revocatoria (azione)* [5800], n. 16.

⁴ In GU n.192 del 20-8-2015.

⁵ La Relazione di accompagnamento alle Camere per la conversione del Decreto (reperibile all'indirizzo http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0032140.pdf) precisa come ogni anno vi siano circa 6.500 nuovi fascicoli e che in media un'azione revocatoria richiede, per la sua definizione, “1.372 giorni per il primo grado e 1.546 giorni per il grado di appello”. Se ne deduce – prosegue la relazione – “che il creditore è oggi costretto ad attendere circa otto anni, prima di sottoporre a esecuzione forzata il bene che il debitore ha alienato o su cui ha costituito un vincolo di indisponibilità”. Sicché il beneficio per il ceto creditorio consiste in una riduzione di tempi e costi necessari al realizzo coattivo del credito, “in considerazione del fatto che la revocatoria è azione costitutiva e



vo spetta anche al creditore anteriore rispetto all'atto di alienazione o di costituzione del vincolo purché, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, intervenga nell'esecuzione da altri promossa. Si consente così a ogni creditore che agisca nel predetto termine di insinuarsi nella procedura esecutiva aperta da altri nella quale il bene oggetto di alienazione gratuita ben poteva essere estraneo. La novella individua poi nell'espropriazione presso il terzo proprietario la forma in cui può essere eseguito il titolo esecutivo e prevede il diritto del debitore, del terzo assoggettato ad espropriazione e di ogni altro interessato al mantenimento del vincolo di proporre opposizione all'esecuzione ex artt. 615 c.p.c. e ss., qualora venga contestata la sussistenza dei requisiti di cui al primo comma o la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore.

Prescindendo da considerazioni legate all'opportunità di incidere sul sistema rimediabile – con conseguenti ricadute di ordine sostanziale – al fine di alleviare inefficienze legate alla tempistica dei procedimenti giudiziari, occorre svolgere alcune riflessioni con particolare riguardo al campo di applicazione del nuovo art. 2929-bis c.c. Tale profilo è destinato ad avere rilevanti ripercussioni sulla circolazione immobiliare, ambito che attraversa una fase di ripensamento radicale sia nelle riflessioni della dottrina⁷ che nei molteplici interventi normativi che si sono succeduti, tutti espressione di un percorso legislativo caratterizzato dall'incidenza sul profilo dell'opponibilità quale strumento di risoluzione di conflitti tra titoli incompatibili. Esempi significativi sono, da ultimo, le modifiche in tema di trascrizione immobiliare e precisamente: l'art. 2645 ter c.c. con riguardo alla trascrizione degli atti di destinazione, l'art. 2645 quater c.c. in forza del quale sono trascrivibili i contratti e gli altri atti di diritto privato, anche unilaterali con i quali vengono costituiti vincoli di uso pubblico od altre tipologie di vincoli a favore dello Stato, della regione e degli altri enti pubblici territoriali e l'art. 2643 n. 2 bis c.c. quanto alla circolazione dei diritti edificatori.

2 Ambito di applicazione: “atti di alienazione a titolo gratuito”. Profili problematici.

Uno degli aspetti più rilevanti riguarda l'ampiezza terminologica utilizzata dal legislatore, il quale indirizza l'innovativo potere di azione del creditore non agli atti di natura donativa, caratterizzati quindi

⁷ Per tutti, G. VETTORI, *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, Persona e Mercato, 2008, 5.

da una causa squisitamente liberale, ma, più in generale, alle alienazioni (di beni immobili o di beni mobili registrati) e agli atti costitutivi di vincolo *a titolo gratuito*.

Tale espressione nella sistematica giuridica rinvia al *genus* dei negozi traslativi della proprietà aventi, per l'appunto, causa gratuita: ambito ben più ampio degli atti liberali tra i quali si annovera la donazione. Gli atti di alienazione a titolo gratuito non si esauriscono nella categoria degli atti donativi, questi ultimi causalmente caratterizzati non solo dalla gratuità ma anche da spirito di liberalità⁸.

All'indomani dell'entrata in vigore del Decreto, si sono levate voci favorevoli ad una lettura restrittiva della disposizione, limitata ai soli atti di donazione traslativi della proprietà e ciò in considerazione della scarsa limpidezza – che si traduce in eccessiva ampiezza – della locuzione normativa. Vero è che l'adozione di una o di altra interpretazione presenta conseguenze assai rilevanti sul perimetro applicativo della novella: l'insieme degli “atti a titolo gratuito” ovvero le sole donazioni in senso tecnico.

A nostro avviso seppure l'espressione *de qua* sia probabilmente utilizzata in modo improprio, i criteri che orientano l'interpretazione e, precisamente, l'argomentazione fondata sulla sola genericità del parlare legislativo non consentono di riscrivere *tout court* la novella in termini restrittivi. Occorre più propriamente verificare l'applicabilità della norma alle possibili fattispecie di atti a titolo gratuito per saggiarne la compatibilità caso per caso, proprio in considerazione della astratta ampiezza della portata letterale dell'articolo 2929-bis C.C.

Vediamo dunque di impiegare tale opzione interpretativa con riferimento ad alcune ipotesi problematiche al fine di delineare l'ambito della novella prendendo le mosse da quelli che il legislatore definisce “atti di alienazione a titolo gratuito” per poi soffermarsi sugli “atti di costituzione di vincolo di indisponibilità”.

A questo fine, criterio orientativo di fondo va reperito nella circostanza che la gratuità risulti dal titolo e non debba essere oggetto di accertamento giudiziale. Diversamente opinando si arriverebbe a un irragionevole aggravamento della posizione del debitore esecutato e dell'onere probatorio a carico di quest'ultimo in sede di opposizione all'esecuzione.

⁸ Sulla donazione, in generale e sulla sua distinzione dal negozio a titolo gratuito, PALAZZO, voce «Donazione», in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1991,137; CHECCHINI, voce «Liberalità», in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 1990; CARNEVALI, voce «Donazioni», ivi, V, Roma, 1989; ID., *Le donazioni*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 6, II, Torino, 1982; CASULLI, voce «Donazione (diritto civile)», in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 966; TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956.

Il requisito causale in parola assurge a elemento costitutivo di una tutela innovativa quale l'immediata esecuzione immobiliare e, in quanto tale, giustifica il superamento della dichiarazione giudiziale di inefficacia espressa tramite la revocatoria.

L'*expressio causae* nel senso della gratuità deve cioè discendere dall'atto e non può considerarsi di per sé esistente in "tipi" negoziali la cui causa concreta non consenta di ritenere integrato tale requisito⁹. Si pensi, e su questo aspetto torneremo¹⁰, all'atto di destinazione e al trust, negozi non gratuiti in quanto tali, circostanza questa che - ai fini dell'art. 2929 bis - dovrà invece risultare dal titolo.

Quanto argomentato consente di orientare e dare soluzione ai problemi interpretativi connessi alla estensione del rimedio di cui all'art. 2929 bis¹¹. Il riferimento a questo riguardo è a una fattispecie assai rilevante sia nel contesto teorico che nella prassi e nell'evoluzione giurisprudenziale, quale quella delle liberalità indirette di cui all'art. 809 c.c.: atti nei quali utilizzando un mezzo diverso dalla donazione formale si raggiunge il risultato giuridico del-

⁹ Quanto indicato trova supporto nel carattere tipicamente formale degli atti coinvolti dall'art. 2929 bis. Trattandosi di atti dispositivi (alienazione o apposizione di vincoli) di beni immobili, gli stessi dovranno infatti rivestire la forma scritta e, più precisamente, la forma idonea alla trascrizione (atto pubblico o scrittura privata autenticata), requisito che dovrà rivestire anche l'espressione causale dell'atto.

¹⁰ V. il paragrafo successivo.

¹¹ Si pensi ai negozi di mutuo dissenso di donazioni immobiliari, fattispecie cui la prassi mostra di fare ricorso per ovviare alle difficoltà conseguenti alla circolazione dei beni di provenienza donativa.

La configurazione del mutuo dissenso quale negozio di natura eliminativa con effetto retroattivo della donazione e non quale "controvicenda", *contrarius actus*, che partecipa del medesimo tipo e natura - seppur in senso simmetricamente opposto - del negozio risolto, consente di escluderne la qualificazione in termini di liberalità donativa e, dunque, l'estensione del rimedio ex art. 2929 bis c.c.

Al riguardo, v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Milano 2006, 84; M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino 2002, 31; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980; G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1981, p. 526; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, Milano, p. 699.

Sostenitori della ricostruzione nel senso del *contrarius actus*, G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, 104; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del Cod. Civ.*, Torino, IV, 2, 1980, p. 290; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1987, p. 871 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano 1972, 205 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1961, 519 ss.; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Milano 1952, 23 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed. (rist.) Milano, 1952, p. 472.

la donazione, cioè l'arricchimento di un altro soggetto per spirito di liberalità¹².

Le problematiche sollevate dall'art. 809 c.c. hanno a lungo impegnato dottrina e giurisprudenza e tuttora presentano profili di problematicità¹³. Ai nostri fini giova evidenziare come, ferme le differenze formali tali per cui agli atti di liberalità indiretta non sono applicabili le prescrizioni previste per le donazioni (atto pubblico e presenza di testimoni), entrambe le fattispecie sono soggette alla stessa disciplina in punto di revocazione, riduzione e collazione delle donazioni così come - seppur non espressamente richiamati - agli articoli 787 e 788 cc. in tema di errore sul motivo e capacità di donare, 2901 c.c. e 64 L. fall. La liberalità indiretta può attuarsi mediante diversi schemi negoziali, quali, a titolo esemplificativo, l'adempimento del terzo, il contratto a favore del terzo, la datio in solutum, la remissione del debito, la delegazione di pagamento, l'espromissione e l'accollo¹⁴.

In questo contesto, caso tutt'altro che infrequente soprattutto nella circolazione immobiliare è quello del pagamento da parte del terzo del prezzo di acquisto di un immobile ad altri intestato (si pensi al genitore rispetto al figlio)¹⁵. L'atto dispositivo formalmente stipulato è la compravendita: dal patrimonio del padre fuoriesce danaro ed entra nel patrimonio del figlio un immobile.

¹² In tema L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4a ed., Milano 2000, p. 251 ss.; G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze domestiche e coerenza sistematica*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, atti del convegno organizzato dalla Fondazione per il Notariato, Milano, 2008, p. 34 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 951 ss.; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 133.

¹³ Si pensi alla recente disciplina dell'atto di opposizione alla donazione per la quale oggetto di discussione è l'estensibilità delle nuove norme alle liberalità diverse dalla donazione. Per tutti, da ultimo, C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563*, in *Vita not.*, 2007, p. 1006 s.

¹⁴ Secondo l'impostazione tradizionale, la donazione indiretta è la risultante della combinazione di due negozi collegati tra loro: il negozio mezzo produttivo degli effetti normali (contratto a favore di terzi, remissione di debito, adempimento del terzo, ecc.), prescelto dalle parti quale strumento per il raggiungimento del risultato ulteriore; l'altro negozio, accessorio ed integrativo, connesso al primo, contenente l'accordo delle parti per piegare gli effetti del negozio mezzo verso il fine ulteriore dell'arricchimento. Sull'improprietà del richiamo alla categoria del negozio indiretto, v. i rilievi di F. ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 2001, p. 1066.

¹⁵ Si tratta della fattispecie che prende nome di intestazione di beni in nome altrui; al riguardo U. CARNEVALI, *Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990.



Ebbene, al caso tratteggiato non trova applicazione l'art. 2929 bis c.c. proprio per l'insussistenza, rispetto al titolo negoziale, della causa gratuita, circostanza alla quale corrisponde, di contro, la necessità dell'accertamento della natura di donazione indiretta; accertamento che non può ritenersi superato dall'inciso normativo che consente di evitare la "sentenza dichiarativa di inefficacia" da parte del creditore pregiudicato dall'atto dispositivo.

Non solo. Potrebbe ritenersi non integrato ai fini dell'applicazione del 2929 bis il requisito dell'oggetto dell'atto dispositivo: "beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri". A questo riguardo il riferimento è alla più recente giurisprudenza di legittimità in punto di circolazione dei beni provenienti da liberalità indiretta. La vicenda giurisprudenziale appare articolata proprio con riguardo all'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini delle azioni di collazione e riduzione. Le Sezioni Unite nel 1992¹⁶ quale soluzione al problema dell'individuazione dell'oggetto della pretesa nella collazione delle liberalità non donative con riguardo alla intestazione di beni a nome altrui rilevavano come oggetto della liberalità debba considerarsi ciò di cui s'è arricchito il patrimonio del beneficiario: è tale incremento patrimoniale a doversi assoggettare a collazione. Sicché in caso di acquisto di immobile con denaro del disponente ed intestazione ad altro soggetto mediante atto di compravendita, ai fini dell'art. 737 cod. civ., oggetto dell'atto è l'immobile e non il denaro impiegato per il suo acquisto. Di tutta evidenza è l'incidenza di tale orientamento ai fini della circolazione degli immobili provenienti da liberalità indiretta stante il possibile pregiudizio in caso di lesione di legittima.

La giurisprudenza più recente con riguardo a casi di donazioni indirette aventi ad oggetto immobili acquistati con danaro messo a disposizione da un soggetto diverso dall'intestatario, ha avuto modo di affermare - con riguardo all'azione di riduzione - che se è vero che la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, alla riduzione della liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura. L'azione cioè non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore attraverso lo strumento dell'imputazione; così facendo, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indi-

retta è ottenuto dal legittimario leso con le modalità del diritto di credito¹⁷.

Ferma l'opportunità di una verifica caso per caso, la giurisprudenza è pervenuta a escludere il rimedio restitutorio per le liberalità indirette: oggetto della donazione sotto l'aspetto della possibile azione di riduzione e di restituzione non è l'immobile bensì il valore entrato nel patrimonio del donatario indiretto.

Ad esito analogo, nel senso cioè della non applicabilità del rimedio di cui all'art. 2929 bis, si perviene con riguardo a un'altra fattispecie cui merita prestare attenzione: le alienazioni (ovvero la costituzione di vincoli di destinazione) dipendenti da accordi patrimoniali raggiunti tra coniugi in sede di separazione personale o divorzio¹⁸. Si tratta di atti dispositivi che così come prescindono dalla causa liberale, non presentano *ex se* causa gratuita in quanto negozi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 comma 2 c.c. tali da integrare una causa autonoma legata alla soluzione della crisi coniugale non riconducibili né al paradigma delle convenzioni matrimoniali né a quello della donazione¹⁹.

Tali attribuzioni patrimoniali non si sottraggono alla possibilità per i terzi di agire in via revocatoria (ordinaria o fallimentare), tutela che non può dirsi impedita dall'omologazione dell'accordo traslativo, né nella funzione solutoria rispetto all'obbligazione di mantenimento del coniuge o della prole. Di questo avviso è anche la giurisprudenza più recente secondo la quale "ai fini dell'azione revocatoria promossa nei confronti di un atto con cui il debitore, a seguito della separazione dal coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo la proprietà di un bene, in adempimento del proprio obbligo di mantenimento nei confronti del coniuge e dei figli, l'attribuzione deve qualificarsi a titolo oneroso, salvo che non sia intervenuta, anteriormente al trasferimento, una riconciliazione tra i coniugi, nel qual caso si è in presenza di un'attribuzione a titolo gratuito"²⁰.

¹⁷ G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, parte I, p. 683-712

¹⁸ Per una recente e articolata analisi in tema di crisi coniugale e degli strumenti di soluzione, M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, p. 575 ss.

¹⁹ Con riguardo al dibattito in tema di estensione dell'autonomia privata E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'Autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 43 (2014), t. 1, p. 589 ss. e, nel settore dei rapporti familiari cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano 2013, p. 77 ss.

²⁰ Cass., 26 luglio 2005, n. 15603, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Revocatoria (azione)* [5800], n. 9. Indicativa è altresì la citata Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, la quale, nel soffermarsi sui pre-

¹⁶ Sez. Un. 5 agosto 1992, n. 9282 in *Giust. civ.*, 1992, I, 2991, con nota di G. AZZARITI e in *Foro it.*, 1993, I, 1, 1544 ss., con nota di C. DE LORENZO.

Altro problema di ordine generale che coinvolge l'ambito applicativo della novella riguarda il caso della simulazione relativa. Ci si chiede cioè se il creditore sia legittimato ad avviare direttamente l'esecuzione ex art. 2929 bis c.c. in presenza di un negozio dissimulato a titolo gratuito, formalmente e simulatamente oneroso. Anche in questa ipotesi la risposta non può che essere negativa non foss'altro perché la simulazione deve formare oggetto di giudizio di accertamento. L'art. 2929-bis c.c. consente, in altri termini, di superare la tutela revocatoria quale declaratoria di inefficacia ma non l'accertamento della simulazione del negozio gratuito dissimulato.

3. Gli atti “di costituzione di vincolo di indisponibilità”.

Il secondo ambito di applicazione di tipo “negoziale” dell'art. 2929 bis c.c. è individuato dal legislatore con riferimento agli “atti di costituzione di vincolo di indisponibilità”, anch'essi a titolo gratuito. La formulazione letterale non risulta del tutto precisa: se l'intenzione del legislatore è quella di “colpire” gli atti costitutivi di vincoli di destinazione in quanto idonei a pregiudicare i creditori del destinante, il riferimento alla “indisponibilità” appare per certi aspetti eccessivo.

Nell'ottica legislativa, rientrano nella fattispecie de qua la costituzione del fondo patrimoniale non traslativo, il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e il trust purchè, come detto, gratuiti. Si pongono infatti in questo contesto le problematiche espresse nel precedente paragrafo in ordine al requisito della gratuità e alla relativa estensione.

Il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in particolare non presenta di per sé causa gratuita²¹: l'esperibilità del rimedio ex art. 2929 bis dovrà es-

supposti soggettivi della revocabilità delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi in sede di accordi di separazione consensuale, ricorda come da tempo la giurisprudenza e la dottrina più attente ne riconoscano la praticabilità “non necessariamente legata alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri dalla donazione”. Tali attribuzioni infatti, tanto più per quanto rileva ai fini dalla loro assoggettabilità all'actio revocatoria, rispondono ad uno specifico ed originario spirito degli accordi di sistemazione dei rapporti fra i coniugi in occasione dell'evento di “separazione” consensuale, così sfuggendo alle connotazioni classiche dell'atto di “donazione” vero e proprio e a quello di un atto di vendita. Si tratta, dunque, di un ambito caratterizzato da una sua tipicità, la quale poi, volta a volta, può colorarsi dei tratti della obiettiva onerosità ai fini dalla più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., in funzione della eventuale ricorrenza, nel concreto, dei connotati di una sistemazione “solutorio-compensativa” più ampia e complessiva”.

²¹ Per osservazioni più approfondite al riguardo sia consentito di rinviare al nostro, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., p. 240 ss.

sere valutata caso per caso con riferimento alla singola fattispecie. Elemento centrale nella configurazione dell'atto di destinazione è infatti l'espressa indicazione dell'interesse: l'*expressio causae* che orienta il profilo della meritevolezza dell'interesse ex 1322 c.c. In questo senso, si dovranno rispettare le norme inderogabili e i principi di ordine pubblico e buon costume che delimitano la destinazione e circolazione dei beni nei vari settori (familiari, successori, societari, finanziari), ove la destinazione è prevista. Tutto ciò nel rispetto delle esigenze formali che rafforzano la volontà e sorreggono l'effetto²².

Tale controllo così come consuma la valutazione di meritevolezza, da fissare nei singoli settori di ordinamento ove gran parte della giurisprudenza, teorica e pratica, non va oltre il controllo di legittimità²³, è, ai fini dell'esperibilità del rimedio ex 2929 bis, necessario per la verifica dal titolo della causa gratuita²⁴.

Osservazioni analoghe possono essere svolte con riguardo al trust, pur dovendosi prescindere in questa sede dal dibattito che ha a lungo impegnato dottrina e giurisprudenza di merito in ordine alla ammissibilità del c.d. trust interno²⁵.

Se, da un lato, il riferimento di cui all'art. 2929 bis ai “vincoli di indisponibilità” consente di annoverarvi l'istituto del trust immobiliare, dall'altro sarebbe ingiustificata l'estensione tout court del rimedio a qualunque fattispecie e ciò proprio in considerazione del carattere variabile della causa (liberale, solutoria, di gestione o di garanzia ...). Così come l'atto di destinazione, l'atto istitutivo di trust non deve contrastare con disposizioni imperative e far emergere la causa concreta la quale potrà essere liberale, ovvero trovare giustificazione nel rapporto sinallagmatico, nella causa associativa o in altri rapporti caratterizzati da onerosità. La dimensione causale espressa nell'atto istitutivo – tramite la quale la fattispecie è sottoposta al giudizio di meritevolezza nei termini indicati – viene estesa e mutuata agli atti dispositivi (di beni immobili) collegati

²² In dottrina si è efficacemente osservata (G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. Contr.*, 2006, 4, p. 777...), p. 777 ss.; ID., *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust Art. 2645-ter cod. civ.*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2006) la centralità dell'espressa indicazione dell'interesse (*l'expressio causae*) nonché la conformità alle norme inderogabili e i principi di ordine pubblico e buon costume che delimitano la destinazione e circolazione dei beni nei vari settori, ove la destinazione è prevista.

²³ S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., in part. p. 280 ss.

²⁴ Detta valutazione dovrà riguardare non solo l'interesse di destinazione (meritevole di tutela) che colora causalmente il negozio ma anche il contesto nel quale si inserisce l'operazione. Si pensi, in via esemplificativa, all'atto di destinazione stipulato con funzione solutorio – compensativa.

²⁵ Per un excursus al riguardo, v. S. MEUCCI, *op. ult. cit.*



all'atto istitutivo stesso, questi astrattamente passibili di esecuzione immobiliare ex art. 2929 bis.

4. Osservazioni conclusive.

L'art. 2929 bis consente al creditore munito di titolo esecutivo di agire direttamente in esecuzione in presenza degli altri requisiti previsti dalla norma, tra i quali la trascrizione del pignoramento nel termine di un anno dalla trascrizione dell'atto lesivo. Se nella tutela pauliana il creditore agente deve dimostrare il danno patito e quindi ottenere la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto posto in essere, qui, il medesimo soggetto può direttamente esperire la tutela esecutiva.

Il profilo probatorio viene recuperato – e sostanzialmente invertito - in sede di opposizione all'esecuzione²⁶. Il debitore potrà esercitare la propria difesa mediante opposizione agli atti esecutivi potendo dimostrare che l'atto dispositivo posto in essere non ha determinato alcun nocumento alla garanzia generica offerta dal proprio patrimonio ex art. 2740 c.c. e, più precisamente, contestare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione ex 2929 bis nonché la conoscenza del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore. Il requisito della *scientia fraudis* ovvero la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato al creditore, rimesso all'onere probatorio in testa al creditore procedente nell'azione pauliana, assurge nel contesto della tutela *de qua* a elemento impeditivo o meglio caducativo dell'esecuzione in caso di opposizione agli atti esecutivi formulata dal debitore.

Da quanto osservato risulta chiaro come la chiave di lettura offerta dalla prospettiva rimediale non sia affatto la sola. La disciplina introdotta dall'art. 2929 bis al di là dei profili di novità in punto di tutela, investe in modo rilevante un ambito oggetto di particolare attenzione da parte del recente legislatore: la circolazione immobiliare e più precisamente la circolazione degli immobili di provenienza donativa. Tale problematica ha suscitato un ampio dibattito che ha dato vita alla novella in tema di opposizione alla donazione (artt. 561 e 563 c.c.) e allo stesso patto di famiglia. La problematicità del tema è dovuta al collegamento intrinseco con gli strumenti di tutela dei legittimari, ambito che solleva istanze di rinnovamento o, comunque, di superamento del conflitto tra le ragioni familiari dei con-

giunti e le esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza della circolazione.

Letto nel contesto della circolazione immobiliare, il nuovo art. 2929 bis c.c. è destinato ad aprire nuove problematiche ed incertezze proprio in un ambito nel quale la legge 14 maggio 2005 n. 80 aveva tentato, non senza difficoltà, di introdurre sicurezza e garanzie in testa agli aventi causa.

²⁶ Con riguardo ai vincoli di destinazione, è interessante notare come l'opposizione all'esecuzione possa essere esperita non solo dal disponente nella sua qualità di debitore, ma anche dai beneficiari e dagli altri "interessati alla conservazione del vincolo" ex articolo 2645-bis (oltre che, in caso di trust, dal trustee).

