

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2019 – Numero 2

Saggi

Giuseppe Benedetti Maestro di ragione e verità, di Giuseppe Vettori p. 45

Derecho privado y autonomía privada en el ordenamiento cubano: entre la Constitución, el Código civil y las leyes de desarrollo, Leonardo B. Pérez Gallardo p. 51

Materiali e commenti

Il diritto «generale» delle pratiche commerciali scorrette e le discipline «settoriali», di Francesco Bernardi p. 23

“Nuovi” vizi del consenso e disciplina della concorrenza, di Serena Meucci p. 45

Attualità

Atti amministrativi e autonomia negoziale. A proposito del volume di Angela Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, di Piergiorgio Leonardi p. 13

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; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori:

Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Elena Bargelli; Giovanni Francesco Basini; Ettore Battelli; Carmelita Camardi; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Giovanni D'Amico; Matteo Della Casa; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Arianna Fusaro; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Vincenzo Putorti; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.

Segreteria di redazione:

Mario Mauro

Redazione:

Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Mario Mauro; 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: Francesco Bernardi; Piergiorgio Leonardi; Serena Meucci; Leonardo B. Pérez Gallardo; 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

GIUSEPPE BENEDETTI MAESTRO DI RAGIONE E VERITÀ

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Il nuovo millennio e il dominio della tecnica. - 2. Il diritto privato europeo. - 3. Teoria ermeneutica e teoria rimediale. - 4. Il dovere di verità.

*ABSTRACT. Lo scritto è un ricordo del pensiero di Giuseppe Benedetti, Maestro della civilistica.
The essay is written in memory of Giuseppe Benedetti, Master of private law.*



1. Il nuovo millennio e il dominio della tecnica.

| 46

Giuseppe Benedetti è stato un Maestro di ragione e verità ricercate nei suoi scritti e nelle sue azioni sino agli ultimi giorni, con una profonda fiducia nella Scienza giuridica capace di riproporre con forza, all'inizio del millennio, i grandi temi della vita e della convivenza civile.

Nel saggio sulla contemporaneità del civilista si disegna (ricordando Filippo Vassalli) un modello di studioso, umanista, legislatore, grande avvocato che invita ad applicare le leggi riportandole al diritto dei privati per sua natura extra-statuale, perché foggiate da giuristi alla ricerca della misura e dell'equilibrio intrecciato nella storia col bene, "l'ordine, e la perfezione"¹.

In questa visione c'è una presa di distanza forte dal nihilismo che attraversa gli ultimi decenni del novecento e una chiara percezione del rapporto fra Diritto, politica, ed etica. Il richiamo al pensiero assiologico è un chiaro esempio.

Il giurista svolge la sua opera di fronte a due momenti distinti: l'elemento sostanziale e l'elemento formale della dinamica giuridica da cogliere in un'equilibrata correlazione per evitare ogni sacrificio del valore che "sta a fondamento della componente vulnerata"². Il che implica rifiuto del formalismo estremo, ma anche dello storicismo che "esalta il fatto nel suo divenire, fino a smarrire il *proprium* della giuridicità, scambiando l'essere con il dover essere. Sino ad appiattare l'orizzonte etico sull'accaduto con esiti devastanti anche di tipo autoritario. Il parallelo con il presente è evidente. Si orientano i bisogni e i desideri del consumo e se ne resta prigionieri con l'*audience* come indice di successo. Così si schiaccia ogni valore "riconoscendo al fatto virtù ordinanti autoreferenziali" tanto che "il quotidiano è il più effettivo e perciò il più autentico dei mondi umani". A ciò si deve contrapporre la dialettica essere-dover essere "risvegliando alla coscienza, di fronte al fatto, il valore, volto a qualificare quel fatto"³.

Ed è chiaro il perché.

Il diritto è autonomo dalla Politica ma ha un'intima connessione con l'*ethos* che esige un impegno del civilista ad affinare la sua preparazione e

sensibilità nel fornire risposte che non si trovano né in un codice, né in un altro scritto. Non solo.

Dopo la Lezione di Heidegger, è chiaro che "all'uomo non è consentita altra lettura della storia fuori dall'orizzonte del tempo"⁴. Ebbene il nuovo millennio avverte il dominio della tecnica e arriva alla consapevolezza che nessuno ha ancora trovato come rendere possibile un libero rapporto con tale forza immane. Da qui il grido che solo un Dio ci può salvare e la necessità di ripensare i valori dell'occidente senza cercare limiti o contraddizioni, ma ricostruendo alla radice le categorie per fondare un *ethos* adeguato alla tecnica e "giudizi ontologicamente corretti all'interno di quel mondo".

Primo fra tutti il dovere della verità, della vita, del limite⁵ senza pretese universalistiche, ma con una rinnovata fiducia nella ragione ereditata dalla civiltà occidentale alla ricerca, dopo "la morte di Dio", di "imperativi morali, di leggi non fondate sull'arbitrio e di un orizzonte emancipato dalla politica"⁶.

2. Il diritto privato europeo.

L'incontro con il diritto europeo è centrale.

Benedetti avverte il fascino di un "diritto nazionale di matrice europea" composto da singoli ordinamenti giuridici nazionali da conoscere con lo studio delle fonti comunitarie e nazionali, e da maneggiare con la precisazione degli istituti ad esse connesse, tramite l'apporto della buona teoria e delle sentenze delle Corti.

Un'extra-statalità assicurata dal diritto civile, che può sempre più preparare quella dimensione tramite la formazione di "organici gruppi di regole sulle quali possa formarsi un consenso molto ampio, mediante un dialogo che si basi sulla reciproca conoscenza delle diverse soluzioni normative su precise situazioni di fatto"⁷.

La dottrina perciò ha un compito ineludibile. Basta pensare che la vendita dei beni di consumo in Germania e Austria è divenuta l'unica disciplina della vendita. In Italia no. Ciò conferma che il diritto privato europeo non può essere lasciato solo al legislatore o a una dimensione positiva ma si presenta "come atteggiamento della cultura giuridica"

¹ Perché solo così il civilista "vive il diritto come esperienza veritativa" e il "diritto diviene luogo di verità", G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano 2004, pp. 1261, 1270, 1272.

² A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 372 ss.

³ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, op. cit., p. 1276

⁴ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, op. cit., pp. 1256-1258

⁵ Fra Irti e Vattimo, Barcellona e Severino in P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001.

⁶ A. BARATTA, *Bilancio di un dibattito*, in *Nuove frontiere del diritto*, cit., p. 229-234; G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1284-86.

⁷ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., p. 1293-1298.



che contribuisca ad adeguare il diritto nazionale ad una prospettiva europea. Attraverso un pensiero giuridico che si evolva su dati offerti da fonti pre-cettive o persuasive in un processo lungo ma in atto ben oltre l'Europa. Non fosse altro perché "l'idea di territorialità e sovranità si sta sciogliendo dai confini sostituita da un'idea di spazialità". Il problema è sempre meno fra territori e sempre più fra culture diverse che convivono nel villaggio globale della rete. Non solo.

La edificazione di un "unitario e omogeneo diritto privato comune europeo esige la messa in campo anche di una rigorosa metodologia di tipo nuovo, con la costruzione di un coerente e appropriato statuto epistemologico, che tenga conto sia dello specifico oggetto (il testo da interpretare) sia della particolare funzione (obbiettivi e scopi dell'Unione)" per assicurare il controllo dell'esito interpretativo e per misurarsi "con il multilinguismo legislativo" e il pluralismo dei diversi contesti culturali nazionali", attraverso la elaborazione, non solo di regole e criteri ordinatori, ma anche di "una vera e propria metodica ermeneutica" capace di individuare e fissare "le strutture portanti e le coordinate assiali del procedimento ermeneutico applicato al diritto europeo"⁸.

Sul punto le idee di Benedetti sono chiarissime.

Occorre concentrarsi sulla "categoria del diritto sostanzialmente uniforme, in quanto armonizzato", il che implica differenziare "sul piano della teoria generale tipologie ermeneutiche diverse in ragione dell'oggetto o della funzione", come è avvenuto in passato per il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese"⁹.

Le linee essenziali costruttive sono fissate nell'intreccio di *nomos* e *logos* basato su una ragione astratta ma "aperta alla funzione ordinante del diritto che ha come tratto fondante, ineliminabile, la giustizia" seguendo itinerari diversi. Non una sola lingua che finirebbe per "mortificare le fertili identità culturali, ma una "ermeneutica aperta che si muova su testi *multilingue* e giochi su contesti *pluriculturali*".

Un diritto che sia "diritto" ed "europeo" giocando sulla diversità che si esalta nella "fatica" della giurisprudenza e della dottrina, capaci di dialogare con altri giudici e con altre culture giuridiche, non

in base a concetti statici ma ad orizzonti che mutano col procedere dell'interprete calato nella contemporaneità. Usando una metodologia ermeneutica adeguata al diritto uniforme, come già avviene per la disciplina della vendita internazionale, e ispirata al primato del diritto comunitario.

Un Dialogo che sia rispettoso dell'identità culturale dell'interlocutore, e che si preoccupi di una *integrazione multiculturale* e multilingue per approdare ad un *metatesto* tramite anche l'esperienza della traduttologia.

Un modello strutturato su un preciso nucleo fondativo basato sul primato della persona e dei suoi diritti secondo un percorso storico e antropologico che ha stratificato le conquiste di milioni di persone.

Una scienza giuridica capace di ampliare l'orizzonte ermeneutico, "consapevole del diverso spessore delle fonti, del diverso peso dei precedenti", sorretta "dalla certezza d'esser protagonista dell'edificazione di un diritto nuovo, costruito su un nucleo fondativo condiviso e su criteri diversi dal piano comparatistico".

Un'unità nella diversità che tende ad una unità-conformità attraverso la fatica del pensiero capace di animare la giurisprudenza ma anche di fissare i problemi del testo tramite il ruolo di "un organo istituzionale che promuova l'interpretazione conforme nella decisione giurisprudenziale" che sempre più è rappresentato dall'attività della Corte di Giustizia e dal dialogo serrato con le altre Giurisdizioni nazionali.

Insomma un testo non liquefatto da una possibilità di tradizioni e interpretazioni possibili, ma custode del senso senza "la libertà incontrollata" del decostruzionismo che Benedetti vede come "un'ermeneutica svuotata di fede"¹⁰.

Una fede ¹¹ che si riassume in una sola parola: equilibrio (*libra* è la bilancia) che esige bilanciamento e ponderazione, secondo equità verso un ordine nuovo. Con tratti precisi.

"Per realizzare l'equilibrio non si possono utilizzare gli strumenti dei vecchi sistemi municipali come ad esempio la fattispecie o il sillogismo. Occorre mettere fra parentesi questo strumentario, per osservare con occhi limpidi la cosa" abbandonando l'ambizione di perseguire una verità assoluta "per abbracciare un pensiero che si adatti e si realizzi *hic et nunc* a seconda del contesto storico" tenendo conto dell'ammaestramento di Heidegger. "Il livello di una scienza si misura dall'ampiezza entro cui è capace di ospitare la crisi dei suoi concetti fondamentali". Sicché i giudici e la dottrina non devono tanto

⁸ V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1262; ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, ora in ID., *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 354-356.

⁹ G. BENEDETTI, op. cit., p. 230-231 e il richiamo a F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione della legge*, in *Studi giuridici*, Milano 1960, t. III, p. 737, ed ivi, ID., *Estrastatalità del diritto civile*, p. 754.

¹⁰ G. BENEDETTI, op. ult. cit., p. 225-237

¹¹ *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto europeo. A cura di Giuseppe Vettori*, in *Persona e Mercato*, 2011, p. 83 ss.

creare, ma trovare la regola nelle diverse culture da integrare che vanno interrogate tenendo conto “della natura pratica del diritto, che si esprime in un ordine europeo che non è un dato, ma si automanifesta come espressione delle culture giuridiche nazionali in evoluzione e in continuo confronto”¹².

Tutto ciò attraverso il dialogo che utilizza i Principi e perciò ha bisogno del diritto e di una filosofia che (secondo la famosa frase di Marx utilizzata da Heidegger) non può più limitarsi a comprendere il mondo ma deve contribuire a cambiarlo¹³.

Benedetti richiama in particolare Gadamer che dopo Heidegger volge lo sguardo non all’Essere, ma al Mondo orientando il suo pensiero verso un sapere pratico. “In questa prospettiva fonda la sua filosofia sulla *phronesis*, la *prudentia*, da intendere, oltre la tradizionale virtù, come *Vernunftigkeit*, e cioè “ragionevolezza del sapere pratico”. Sulla base di una convinzione precisa. “L’ontologia non è riuscita a scongiurare la tragedia del secolo breve e il ruolo della filosofia contemporanea deve assumere la ragionevolezza pratica, sorretta dal concetto di *phronesis* come fondamento teorico nel quadro di un pensiero che non esaurisce la verità del metodo”. Su questo pensiero Benedetti reputa che debba fondarsi “oggi il giurista che voglia assolvere la sua missione impegnato ad accompagnare col suo sapere la cultura dell’Unione Europea”¹⁴.

3. Teoria ermeneutica e teoria rimediale.

Dunque l’approdo sicuro del civilista europeo sta nell’ermeneutica che “non è scoperta di verità già conformate, ma percorso veritativo avvolto nella contemporaneità fondata su un’oggettività, colorata di esistenza. Solo grazie ad essa la norma acquista pieno valore di precetto perché “la parola giuridica è sempre parola ermeneutica”, orientata a cogliere le possibilità costruttive e “la misura necessaria a formulare una giusta massima di decisione adeguata al caso”¹⁵. Insomma l’interpretazione non è riproduzione di un significato oggettivamente preesistente, già compiutamente prefissato: non è il pensare il già pensato, è *inventio* prima che *demonstratio*.¹⁶

Tutto ciò induce Benedetti a ripensare il problema della fattispecie, che non è l’unica forma di certezza in un tempo di innovazione che ha necessità di

altri strumenti “a tutela di situazioni soggettive che attendono di essere soddisfatte con prontezza ed effettività”. Sicché “l’attenzione si concentra sui rimedi, da rinvenire in modo agile, nella totalità complessa transnazionale con attenzione ai diritti, ai principi, ai valori e alla loro attuazione”¹⁷.

Non è un caso che un’autorevole dottrina¹⁸, in dialogo costante con il nostro Maestro, abbia teorizzato il legame strettissimo fra un corretto uso dei rimedi e la funzione ermeneutica. Secondo una serie di passaggi che coniugano dogmatica e ricerca di senso in un tema oggetto da un decennio di un fitto dialogo.

Dopo una netta contrapposizione strutturale e ideologica, l’autonomia del rimedio dal diritto si riconosce in modo prevalente per una serie di ragioni. L’utilizzo del rimedio “presuppone l’esistenza di un interesse protetto, sicché l’approccio rimediale non incide sull’*an* della protezione ma solo sulla modalità di applicazione della tutela più efficiente”. “Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all’obbligo sostanziale, ma intende fornire un piano vigile e mobile di tutela adeguata, in presenza di violazione di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e di nuovi beni da tutelare”¹⁹. Questa autonomia si motiva da alcuni in base alla forza normativa della tutela, in presenza di un diritto della Persona²⁰ e in ipotesi sempre più ampie²¹ sino a coinvolgere in misura sempre maggiore ampi settori del diritto privato²², non senza esporsi ad alcune critiche radicali²³. Alle quali si oppone la piena legittimità sostanziale e formale del rimedio. Con una serie di passaggi di inquadramento dogmatico. E non solo.

Il rimedio come dispositivo tecnico di tutela è un effetto giuridico e in particolare un diritto che segue l’effetto primario di riconoscimento della rilevanza dell’interesse sostanziale e ciò delimita la sua configurazione.

¹⁷ G. BENEDETTI, *Fattispecie ed altre forme di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67 ss.

¹⁸ V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 1045 ss.

¹⁹ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The common rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 292 ed ivi anche la Presentazione, p. X.

²⁰ Così in particolare D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 610 ss.; ID., *La sistemistica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss.

²¹ S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 1 ss.

²² A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.

²³ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1211; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 592 ss.

¹² *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 84.

¹³ *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 84

¹⁴ *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 85

¹⁵ G. BENEDETTI, *Sull’ in-cerchezza del diritto*, inedito

¹⁶ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 242 ss.; ID., *Ritorno al diritto ed ermeneutica dell’effettività*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 3 ss.



Il *proprium* sta nella situazione d'interesse a cui si rivolge e nella sua autonomia strutturale e funzionale. Anzitutto la tutela si rivolge ad un "fatto dovuto mancato" che necessita di un'adeguata realizzazione e differisce perciò dall'effetto primario che si occupa di un'azione oggettivamente esigibile prevista da una fattispecie astratta. La funzione rimediabile è poi volta non alla attribuzione di rilevanza dell'interesse ma al rafforzamento della tutela della situazione soggettiva protetta.

Tutto ciò pone in luce lo "stretto e diretto rapporto con l'interesse giuridico"²⁴ e le diverse potenzialità esplicative" del rimedio che non è "sempre determinabile a priori", "ma individuabile soltanto a posteriori", "avuto riguardo alla natura del bene giuridico da soddisfare, valutato in concreto nei suoi elementi" specifici.

Insomma siamo in presenza di "una tecnica adatta ai tempi della complessità" che "dialoga con i fatti" e non ha bisogno della necessaria "mediazione di precostituiti modelli legalistici calati dall'alto, uniformi e omogenei". Che opera secondo "meccanismi di diritto orizzontale favorendo il recupero della complessa e plurale essenza della giuridicità" in un mondo globale. Governato da un diritto "a forma di rete più che di piramide" che trova "nella effettività della tutela il criterio fondante della propria riconoscibilità e validità"²⁵.

Il che presuppone un uso corretto delle regole e dei principi che hanno per loro natura una vocazione ermeneutica da intendersi non solo come "ermeneutica della legittimità ma anche e soprattutto come ermeneutica dell'effettività, in quanto orientata alla ricerca dello strumento di tutela più appropriato e idoneo a dare effettivo soddisfacimento al concreto e reale interesse giuridico che rimane inattuato".²⁶

4. Il dovere di verità.

Sta anche in ciò quel dovere di verità che Benedetti evoca, consapevole delle negazioni²⁷ e dei

dubbi²⁸ ma anche dei testi fondamentali della modernità²⁹ da cui trae precisi convincimenti.

In primo luogo il rifiuto "dell'adorazione della legge positiva" per riconoscere un diverso ruolo della giurisprudenza chiamata a "saggiare il fatto" anche alla luce del consenso dei consociati e "della effettiva validità sociale e giuridica della regola extralegale"³⁰.

In secondo luogo la necessità di esaminare il caso non come puro fatto storico, ma come valutazione giuridica fondata sulla *persuasività* dell'argomentazione giuridica che lo fa emergere e lo trasforma in precedente.

Infine il metro della ragionevolezza come principio alla cui "stregua saggiare il fatto che ambisce a diventare diritto", secondo un procedimento che conduce all'*ermeneutica dell'effettività*³¹. *Se la prima parola contiene il comprendere, la seconda esprime l'oggetto di tale conoscenza, ossia il problema della sua esistenza nel tempo, nel suo esserci qui e ora.*

Insomma Benedetti ha fede nel diritto civile come *ratio summa* della convivenza foggata nella storia da giuristi maestri di eleganza e misura «alla ricerca del bello intrecciato nella storia col bene e il giusto».

Solo così il civilista "vive il diritto come esperienza veritativa; meglio, il diritto diviene luogo di verità"³², cogliendo le luci e le ombre della contemporaneità che non significa contemplazione dell'evidenza "riconoscendo al fatto virtù ordinanti autoreferenziali". Tutt'altro. «Dopo l'immersione nel fatto si deve prenderne le distanze per rimanere vigili *custodi del dover essere*"³³.

Sul punto il pensiero di Benedetti è limpido.

Il linguaggio per il giurista è il mondo. Ma non è solo forma. Il diritto cerca la verità e allo stesso tempo crea verità, senza assoluti ma con strumenti precisi.

Il sillogismo critico che muove da idee condivise nella società, nella teoria e nella prassi. Il precedente che si consolida ed è tramandato. La Retorica delle buone ragioni che sa convincere e persuadere. L'equilibrio connaturato ad ogni manifestazione o

²⁴ P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 4.

²⁵ V. SCALISI, op. cit., p. 1058 ed ivi il richiamo a B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova 2014, p. 27 ss., F.Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 29 ss.

²⁶ V. SCALISI, op. ult. cit., p. 1060.

²⁷ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, p. 165.

²⁹ HABERLE, *Diritto e verità*, Torino 2000, p. 105; CORSETTI, *Verità, decisione razionale teoria della complessità*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 39; PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano 1971, p. 57.

³⁰ G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed *ermeneutica dell'effettività*, cit., p. 10.

³¹ G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed *ermeneutica dell'effettività*, cit., p. 11.

³² G. BENEDETTI, *La contemporaneità*, cit., p. 1271.

³³ G. BENEDETTI, *La contemporaneità*, cit., p. 1276.

immagine della Giustizia. Il convincimento e la capacità di persuasione.

Tutto ciò non isola il pensiero in un'astratta contemplazione. I valori non esistono in un cielo lontano, non prescindono dal nostro impegno nel mondo, ma devono confrontarsi con l'esistenza e con la particolarità dell'incontro con l'altro che richiede alcune regole.

| 50

Uscire da sé stessi.

Se fai centro su di te, sulla tua scienza, cultura, saggezza non si lambisce la verità. Se sposti il centro di te, fuori da te la tua mente può riconoscere e garantire la verità delle cose, nell'unico modo possibile. “*Chi fa la verità arriva alla sua luce, Chi discute della verità senza farla la perde*”; e si perde la verità se si separano le belle idee, dai fatti umili perché *la verità ci viene dal basso* fissando i fatti vivi e “il tortuoso bacillo dell'errore”³⁴.

Infine coltivare l'ironia, consapevoli del demone che tiene i fili del nostro operare nel mondo³⁵, e non rinunciare alla gioia in un'arte che si avvicina, come poche altre, alla vita.

³⁴ E. BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960, p. 101.

³⁵ M. WEBER, *La scienza come professione*, Roma, 1997, p. 101.



DERECHO PRIVADO Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO CUBANO: ENTRE LA CONSTITUCIÓN, EL CÓDIGO CIVIL Y LAS LEYES DE DESARROLLO

Di Leonardo B. Pérez Gallardo

| 51

SOMMARIO: *1. El Código civil cubano desde una visión retrospectiva. 1.1. La autonomía privada al compás de la codificación: agonías y suplicios. 2. El Código civil cubano en tiempos de Constitución. 2.1. Libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada. 2.2. Los derechos de las personalidad reconocidos en vía constitucional: las posibilidades de actuación de las personas. 2.3. Prosperidad individual y colectiva: el reconocimiento de la propiedad privada, junto a otras formas de propiedad, bajo la preeminencia de la propiedad socialista de todo el pueblo. 2.4. El mercado en función de los intereses de la sociedad. Los tipos contractuales que entran en escena. 2.5. Los derechos de los consumidores. 2.6. La libertad de disponer por causa de muerte. 2.7. Constitución, autonomía privada y Derecho de las familias: Su repercusión para el Código civil. 3. Arterias y venas del torrente jurídico: la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico a la luz de las normas de desarrollo. 4. Tras la Constitución de 2019: ¿Los días del vigente Código civil están contados?*

ABSTRACT. *Il presente scritto indaga, all'interno dell'ordinamento cubano, il ruolo dell'autonomia privata in diversi settori del diritto: proprietà, contratti, famiglia, successioni e diritto dei consumatori. Centrale, nella riflessione, è il ruolo svolto dal testo costituzionale.*

The present paper investigates, in the Cuban system, the role of private autonomy in different areas of law: property, contracts, family, succession and consumer law. Constitution plays a central role.



1. El Código civil cubano desde una visión retrospectiva.

Cuando en 1987 el Parlamento cubano aprobaba el Código civil, hoy vigente, se iniciaba una nueva etapa en la institucionalización del Derecho patrio, tras la Revolución de 1959 y que irradiaba a la persona, la propiedad, los contratos y la herencia. No se olvide que hasta entonces estuvo vigente el Código civil español de 24 de julio de 1889, que se hizo extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y que entró en vigor el 5 de noviembre de ese propio año. El Código civil español fue nuestro Código, importado eso sí, pero se hizo nuestro a fuerza de ley, por ello cuando acudimos hoy a su estudio lo hacemos desde un doble perfil, uno vertical o histórico u otro horizontal o comparatístico. El viejo Código civil español, no por viejo menos interesante y útil para entender e interpretar los preceptos de nuestro abstracto Código civil de 1987, respondía, eso sí, a otro momento histórico y a otras condiciones o circunstancias que a la fecha en la que se sanciona el vigente, ya no podía expresar los destinos de la nación, pero no obstante, es un valioso precedente que en lo que atañe a las instituciones que reguló, a la manera pensada y razonada en que estas fueron concebidas, no logra superar el hoy Código civil cubano, cuyo trigésimo aniversario recientemente celebramos. No niego que el Código civil de 1987 fuera una necesidad histórica y política. Los Códigos civiles –reitero-, obedecen a coyunturas políticas nacionales. Y de ello da fe la historia de la codificación civil moderna, pero la técnica y la tutela de los derechos civiles no pueden rendirse ante prejuicios ideológicos. Como apuntara Alberdi en su disputa con Vélez Sársfield durante el proceso de redacción del legendario Código civil argentino, actualmente abrogado, “el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política”¹.

Un Código civil debe recoger la tradición y la experiencia acumulada de un pueblo, de una nación y amoldarla a los nuevos tiempos, a los nuevos derroteros, pero no desecharla por impropia o por inservible. La vida ha demostrado que la historia es cíclica, vamos y venimos, y en ese ir y venir, muchas veces las instituciones jurídicas poco utilizadas pueden ser una herramienta útil. Decía mi maestro Juan Vallet de Goytisolo, que si una figura

jurídica era utilizada una vez cada cien años, se justificaba su estatuto regulatorio y su estudio pues al menos en ese interregno alguien había tenido la buena fortuna de encontrar el respaldo jurídico reclamado.

Del Código civil cubano se han vertido las más disímiles críticas que objetan, desde su enfoque socio-político, hasta la técnica legislativa empleada. Se ha llegado incluso, en peyorativa expresión, a catalogarse como reforma del Código civil español heredado por nuestra nación, mero producto de los cambios políticos profundos, por el establecimiento del socialismo real², no concibiéndose como un fenómeno de recodificación, lo que contradice la propia esencia transformadora de las relaciones privadas que el Código civil impuso. No puede negarse la impronta que en su articulado tiene el precedente Código civil español, un buen número de cuyos preceptos reproduce, algunos de ellos reformados conforme con la sistemática y la técnica empleadas y que ha llevado a decir al profesor García Cantero que “dada su impronta hispánica, constituye un ejemplo inédito de Cc. hispano-marxista”³, que “conserva un número bastante importante de reglas procedentes del C.c. español, a través del cual viene a seguir manteniendo relación con los códigos latinos, respecto de los cuales no ha roto definitivamente, por tanto, toda vinculación”⁴. Empero, se distancia del Código hispano desde el Plan al que se afilia, de corte alemán, hasta el grado tal de concreción de las instituciones reconocidas, que linda con una parquedad excesiva, influjo de los códigos civiles socialistas de Europa del Este, a los cuales supera, a tal extremo que hoy si no es el más, se incluye entre los más escuetos del mundo, en contraste con el español, criticado por su casuismo y minuciosidad extremas.

Sin embargo, coincido con Díez-Picazo cuando le niega el carácter de código de segunda generación, a la par del italiano de 1942 o del holandés, hoy prácticamente renovado en todos sus Libros, o el argentino de 2014, o el húngaro de 2013, en que el Código civil de los cubanos de 1987 supone la primera codificación civil de nuestra nación. Nuestra gran isla vivió durante casi un siglo bajo la regulación de un cuerpo normativo que heredó de España y al cual no podemos desdecir. La huella hispana no sólo la tenemos y la llevamos con orgullo en nuestra sangre, en nuestra cultura e idiosincrasia, sino también en las normas jurídicas civiles que aún

¹ SOLA, Juan Vicente, “Alberdi: la Constitución como programa de gobierno. La polémica con Vélez Sársfield”, Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de septiembre de 2010, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Córdoba, Argentina, 2011, pp. 417-418.

² Así lo afirma Díez-PICAZO, L., “Codificación...”, *cit.*, p. 481.

³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 26, abril-junio de 1998, pp. 70-71.

⁴ *Idem*, pp. 72-73.





nos rigen, herederas, en una buena parte, de las contenidas en el centenario Código civil español.

Como sostiene Trías Monge⁵, al referirse al panorama puertorriqueño, se necesita afinar los conceptos: no puede reformarse lo que nunca hemos formado. Tanto Puerto Rico como Cuba, últimos vestigios del que fuera el vasto imperio español, recibieron la importación del Código civil, como antes habían recibido mercancías e ideas. En contraste con el resto de los países hispanoamericanos, han tenido la tarea de formular su primer Código civil, de marcar las pautas en la ordenación de su Derecho Privado en forma autóctona. Cuba lo logró en 1987, Puerto Rico, en cambio, aún hoy discurre por esos senderos.

El Código civil cubano se apresta e intenta lograr un ideal muy encomiable, el de ser asequible y fácil de entender a sus destinatarios⁶. Su lenguaje, sin negar el tecnicismo, propio de estos cuerpos legales, es diáfano, no utiliza rodeos inútiles⁷. Sin embargo sus normas no logran la cohesión que un Código requiere. No es el lenguaje del legislador quien ha abrumado más de una vez a nuestros operadores jurídicos, sino la parquedad de su normativa que se limita a enunciar los principios generales de cada instituto jurídico, y las antinomias, resultado de la confluencia de varios ordenamientos legales de naturaleza muy disímil, tenidos en cuenta por los codificadores, e indebidamente traspolados al cuerpo del Código, sin más trabajo de orfebrería, necesario para todo codificador que, con acierto, abreva del Derecho Comparado. Ello ha conllevado a que se le tilde de código elemental⁸, demasiado simple. Lo cual no conduce a que sea calificado como un código “confeccionado por quienes no creen en el Derecho”⁹, porque amén de la descortesía que la expresión lleva implícita, al referirse su autor a un código foráneo, supone un desconocimiento de una realidad que le es ajena a su entorno, para quien –

como expresara el profesor Hinestrosa¹⁰ – carece de la vivencia del proceso cumplido en Cuba en los últimos años y cuya formación y experiencia jurídicas corresponden a una codificación concordante en su nomenclatura y en sus reglas con su sistema político, social y económico basado en la propiedad y autonomía privadas, en donde la iniciativa y la actividad individuales y colectivas constituyen el factor y el motor primordial de la economía y de las relaciones sociales en general. Por eso – sigue sosteniendo el célebre catedrático –, para entender la sistematización y la disciplina de las distintas instituciones reguladas en el Código y para captar los alcances de esa normatividad, es menester no sólo tener en cuenta los problemas específicos y la situación de la sociedad cubana en la actualidad respecto de las materias que tradicionalmente se han considerado objeto del Derecho civil, sino también y primordialmente, tener presente el régimen político del cual es producto y a cuya permanencia y afianzamiento está llamado a servir el Código, que en última instancia es una pauta para el intérprete y aplicador del Derecho. No se trata de que los codificadores del Código civil de los cubanos de 1987 no hayan creído en el Derecho, sino de entender y respetar la forma en que otras naciones conciben la codificación de su propio Derecho civil, se compartan o no los criterios seguidos.

1.1. La autonomía privada al compás de la codificación: agonías y suplicios

He dicho alguna vez que el Código civil cubano ha estado condenado a una obsolescencia precoz, con alguno que otro reproche de colegas cercanos. Los códigos civiles han sido un producto de las revoluciones. El ejemplo vivo lo fue el propio *Code* y el cubano tampoco queda atrás. No pretendo ahora rememorar el proceso de codificación cubano, respecto de lo cual ya me he expresado en otros trabajos¹¹. Si bien la codificación civil no fue priorizada tras el triunfo de la Revolución, en 1959, pues era necesario centrar la atención en crear el nuevo or-

⁵ TRÍAS MONGE, José, “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, volumen LII, número 2, 1983, pp. 143-144.

⁶ *Vid.* en este sentido HUTSCHENREUTER, Helga, “Sobre algunas regulaciones do Código Civil de 1987 directamente influenciadas pelo modelo social”, en *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latino –Americano*, Centro interdisciplinare di studi Latino – Americani, Roma, 1990, pp. 137-138.

⁷ GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, “Nuevo Código Civil cubano” (Nota informativa), en *Revista de Derecho Notarial*, CXXXIX, enero-marzo, 1988, p. 390, elogia el que las reglas establecidas en el articulado del Código Civil estén escritas en muy buen castellano

⁸ Así, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, p. 53.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ HINESTROSA, Fernando, “Notas sobre el Código Civil cubano. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987”, en *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latinoamericano*, Centro interdisciplinare di studi Latino – Americani, Roma, 1990II p. 92.

¹¹ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos”, en *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 43, 2000, Mendoza-Argentina, pp. 17-61 y “¿*Quo vadis* Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano)”, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, No. 24/2007, pp. 103-161.

den político, social y económico, con la promulgación del Derecho que la Revolución necesitaba, el Código civil español de 1889 no podía dar respuesta al modelo socioeconómico que se estaba construyendo, y que partía de una concepción ideológica diferente de instituciones como la persona, la propiedad, el contrato y la herencia, ejes cardinales de cualquier Código civil. Los propios autores del Código diseñaron las bases sobre las cuales este se asentaría -con un discurso más político que técnico-, y una carga ideológica en la que las recreaciones doctrinarias y las alambicadas construcciones dogmáticas, fueron totalmente abandonadas. Se buscó un Código inspirado en los modelos de Europa del Este. Un Código escueto, regulador de las instituciones básicas de un Derecho civil agónico, asfixiado por las normas del Derecho administrativo por un lado, con el peso adquirido con los entes de la administración que invaden tipos contractuales como el arrendamiento, la compraventa, la permuta, la donación, en ocasiones prohibidos, y en otras -digamos en los momentos de gloria-, limitados con autorizaciones administrativas, que actúan como requisitos habilitantes del contrato, como presupuestos de legitimación dispositiva por el *tradens*. En tanto, otros tipos contractuales resultan desregulados, como la hipoteca inmobiliaria, cualquier tipo de censos, y los contratos de azar o aleatorios que se reducen a la figura del contrato de seguro. Y, en otro orden, la amenaza continua de la contratación económica, preeminente frente a la contratación civil, que se convierte en contratación doméstica, esencialmente entre personas naturales. Dada la influencia de la doctrina rusa en ese período, es innegable la trascendencia de la tesis del Derecho económico de Pashukanis, conforme con la cual todas las relaciones económicas en un país socialista deberían estar regidas por el Derecho económico, cuya figura espectral hoy sigue apareciéndose no solo en la praxis sino también en la academia cubana como Mefistófeles a Fausto, obviándose que el Derecho económico responde a las relaciones económicas que protagoniza el Estado¹².

¹² Así también ha acontecido en China. Según el profesor Li-hong ZHANG “la teoría soviética sobre el Derecho Económico provocó un fuerte debate sobre los diferentes ámbitos de acción del Derecho Civil y del Derecho Económico”. De ahí que -similar a lo que ha acontecido en Cuba-, la ley sobre contratación de 1980, fue llamada ley económica y se dividió en dos partes: Ley económica de contratación de 1981 y Ley económica de contratación relativa a intereses extranjeros de 1985. En oposición a esta teoría - sostiene el profesor-, que: “la mayoría de los profesores de Derecho Civil alegaron que las relaciones económicas entre los sujetos de igual condición debían ser reguladas por el Derecho Civil”. Criterio que fue superado con la aprobación, en 15 de marzo de 1999 y vigente a partir del 1 de octubre de ese año, de la Ley de contratación. *Vid.* ZHANG, Li-hong, “Los últimos avances de la codificación del Derecho Ci-

El Código civil cubano responde al momento histórico de su promulgación. Al estudiar el anteproyecto de febrero de 1979, uno de sus grandes artífices, al frente de la comisión que estudió por años las reformas al Derecho civil cubano, dejó claro que: “Toda la reglamentación del Anteproyecto está dominada por el principio social fundamental de la armonía entre los intereses de la colectividad y los intereses de los individuos, acogido en la Constitución de la República”¹³. Antes, en una exposición de esa versión del anteproyecto de Código civil, en la nota preliminar, resultando ello uno de los pocos antecedentes escritos del hoy vigente Código civil, con fecha 27 de agosto de 1979 se deja dicho, cuáles fueron las fuentes en las que abrevaron sus autores, entre otras, a saber: los códigos de los países de por aquel entonces, integrantes de la comunidad socialista, que luego, en lo que llaman exposición, concretan en “... los Códigos Civiles de los hermanos países socialistas de la República Popular de Polonia de 1964, de la República de Checoslovaquia de 1964, de la RDA de 1975, de la República Popular de Hungría de 1959 y el Código de la RSFSR de 1964”¹⁴. Los principios en los que ese anteproyecto se basa, que en este orden, poco difiere de los principios en que en definitiva se sustentó el Código, ya aprobado, son “los contenidos en nuestra Constitución socialista, que establece la propiedad social sobre los medios e instrumentos de producción y la planificación centralizada de la Economía Nacional”¹⁵.

Al hacer referencia a los objetivos del Código, enunciados en el artículo 1 de esa versión del Anteproyecto, se deja explícito en la llamada exposición -entiéndase de Motivos-, pero sin que se le denomine así, la importancia que se le atribuye, al centrarse en el primer artículo del Anteproyecto, que “La regulación de las relaciones patrimoniales de las entidades económicas tiene, generalmente, como base, el contrato en el que las partes se consideran jurídicamente iguales, lo que hace que aquellas relaciones sean susceptibles de ser consideradas como relaciones de derecho civil y objeto de regulación en el Código Civil. Por ello el citado artículo 1 del Anteproyecto declara que el Código regulará tanto las relaciones patrimoniales de carácter civil que surjan entre los ciudadanos y entre ellos y las organizaciones estatales y culturales de la sociedad y de

vil chino”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 36, No. 3, 2009, p. 469, en concreto, en nota (5).

¹³ ROCA CALDERÍO, Blas, “Características generales del Anteproyecto de Código Civil”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XII, No. 18, enero-abril 1982, p. 5.

¹⁴ Exposición del Anteproyecto de Código civil cubano, 27 de agosto de 1979 (en pdf), p.1.

¹⁵ *Idem*.



las personas individuales, como la contratación de las entidades económicas que se citan en el párrafo segundo del mismo artículo con los pequeños agricultores (...).”

”Las relaciones contractuales de las entidades económicas con vista al cumplimiento del Plan Único de Desarrollo Económico Social de la Nación tienen que acomodarse a la movilidad de las formas de la economía socialista, movilidad que es inevitable en una evolución económica rápida (...)”¹⁶.

De marcado interés resulta que en dicha exposición los propios autores del Anteproyecto se preguntan sobre la existencia o no de un Derecho económico, autónomo del Derecho civil¹⁷. No se olvide que hasta bien avanzado el proceso de codificación civil cubano estaban incluidos en la parte relativa al Libro dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, los llamados contratos económicos por la fuerte influencia de los Códigos civiles ruso y polaco¹⁸. Pero hoy la pregunta sigue en pie, si bien ya sabemos los rumbos del Derecho civil, de ese conservadora rama del Derecho, que pasados los tiempos turbulentos siguió en pie, no así con el Derecho económico, que en las últimas años ha tenido que tomar los cauces que le corresponden como parte del Derecho público de un Estado, ajeno a la contratación que sigue siendo civil o mercantil, pero no económica, a pesar del empecinamiento de quienes nombraron al Decreto-Ley 304/2012, “De la contratación económica”¹⁹, reforzando aún más conceptos de por sí confusos e imprecisos, cuando su alcance y su cometido fue oxigenar las parcas y escuálidas normas del Código civil cubano, casi omiso en lo que concierne a la parte general del Derecho contractual ¿Merecía la pena entonces una nueva norma contractual ajena al Código civil? Si los contratos a los cuales están destinadas sus normas son de Derecho privado por excelencia, entonces nada mejor que incluir los principios generales de la contratación que se positivizan en él donde corresponde, siguiendo el orden de la naturaleza de las cosas y ese lugar era el Código civil, perdimos la ocasión de sumar por la unificación, de poner la piedra en el gran edificio de la codificación del Derecho privado

cubano (dígase el civil y mercantil). Hoy contamos ciertamente con una norma que es el pulmón de la contratación en Cuba, -lamentablemente no empleada como se suponía por quienes trabajamos en ella - inspirada en los principios de UNIDROIT, pero con un Derecho contractual fragmentado a partir de los sujetos intervinientes en los contratos y con un caos dogmático que por mucho que los profesores intentan explicar hoy, no se logra superar en el orden práctico las diferencias entre contratos mercantiles y económicos, pues el fantasma de Pashukanis sigue deambulando por nuestros lares. Tantos años pensando en la contratación económica, aplicándola y recibéndola cuan una transfusión sanguínea, no es fácil desembarazarse de ella. Una deuda que tiene la academia y que urge solventar de cara al nuevo escenario económico del país. Abandonemos eufemismos, a fin de cuentas ¿Existe algún contrato que no tenga contenido económico?

Enjuiciar un Código civil con el decursar del tiempo, puede resultar injusto. Sus autores creyeron crear un cuerpo normativo dúctil para adaptarse a los cambios. Ello, a partir de fórmulas abstractas, generales, que a su juicio permitían dar cobertura a figuras, bajo el paraguas de principios positivizados, sin más desarrollo normativo. El protagonismo de los jueces que, sin dejarlo expresado, es una encomienda directa de los autores del Código civil, nunca se logró. El ejemplo más cabal lo es la fórmula regulada en el artículo 52, relativo a la interpretación de todo tipo de acto jurídico, que necesariamente cedió en sede contractual, primero por el Decreto-Ley 263/2008 de 23 de diciembre, regulador del contrato de seguro y luego por el Decreto-Ley 304/2012 “De la contratación económica”, al positivarse los principios generales de la contratación, en ambos casos, con preferencia expresa por reglas precisas de interpretación contractual, posición seguida por el *Code*, y retomada después por el Código civil español, luego criticada, para favorecer la existencia de una regla de alcance general, e indudable nivel de abstracción, reconocida en el citado artículo 52 del vigente Código civil, que ha traído más quebraderos de cabeza, que utilidad en la hermenéutica contractual²⁰.

A todas luces se ensayó con un Código civil, cuya brevedad escamotea el sentido de plenitud del ordenamiento jurídico, con el que nace la codificación. Un Código, al estilo de los códigos de Europa del Este, cuya imagen y semejanza es evidente. Se calca el modelo, se importa, se traspola, y todo, sin atenernos a las diferencias idiosincrásicas, a la his-

¹⁶ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

¹⁸ No es hasta el Anteproyecto de Código civil, en su versión de septiembre de 1985, que se suprime del Libro III, dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, los contratos económicos “por entender que éstos están gobernados por decisiones administrativas y sufren constantes variaciones”. *Vid.* Anteproyecto de Código civil, versión de septiembre de 1985 (en pdf), p. 1. Ello, debido a la impronta del Código civil de la RDA que tampoco le había dado entrada.

¹⁹ *Vid.* Decreto-Ley 304/2012 de 1 de noviembre, “De la contratación económica”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 62, de 27 de diciembre de 2012.

²⁰ Sobre el tema *vid. per omnia*, en el Derecho cubano VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul José, *La interpretación de los contratos*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, y la bibliografía cubana que allí cita.

toria jurídica del país y a la pertenencia de Cuba a un sistema de Derecho romano-francés. Pesó más la ideología que la historia, que las raíces latinas de nuestro Derecho, que a la postre, están ahí, en cada precepto del propio Código civil. Ese sentido de la parvedad y de la parquedad preceptiva llevó a que una buena parte de las instituciones del Derecho civil se desecharan por inútiles en el modelo de economía que venimos ensayando desde hace casi seis décadas. Operó una especie de lotería preceptual, en el que no tuvieron cabida figuras como el concurso de acreedores, determinadas garantías crediticias como la hipoteca, los contratos de azar, debilitándose los pilares en los que se asienta el tráfico jurídico, expresión de la dinámica contractual y con ello, del tráfico que opera en la economía. Se debilitó el arsenal de instituciones jurídicas, milenariamente creadas, que obedecen a la existencia de relaciones monetario-mercantiles, con independencia de la función social que el contrato debe representar en una sociedad como la cubana. Ahí, en ese orden, era donde resultaba necesario apuntalar el Derecho contractual, pero apropiándose de las figuras ya creadas. Fue una utopía desechar la doctrina científica cubana, cuyos textos quedaron en el camino, para apropiarnos de una doctrina que nunca fue nuestra, que era más utópica que real, y que desarticuló la esencia del Derecho civil, invadiéndole de un lenguaje nada científico, nada académico, con una sobredosis de carga política, que enarboló barricadas donde antes había ciencia.

Por su parte, la autonomía privada ha sido un principio que si bien no negado en el Código civil cubano, su destino ha sido maltrecho. En aras de armonizar intereses individuales y sociales, los primeros han sido sacrificados, en ocasiones sin que ello redunde en beneficio de los segundos. Tampoco la Constitución de 1976 potenció la autonomía privada, ni incluso los cambios que se le introducen a aquella con las reformas de 1992 fomentan palpablemente dicha autonomía, en tanto que la protección a la inversión extranjera como incentivo económico no está destinada a abrir el diapasón de la iniciativa privada de los cubanos. La Constitución de 1976 hace primar de modo casi absoluto los derechos económicos y sociales frente a los derechos inherentes a la persona y al proyecto de vida. No es que lo impida, es que en cierta medida los invisibiliza. Estos derechos esenciales llegan incluso a no estar regulados expresamente en el texto constitucional (como el derecho a la vida, el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, el derecho al honor, entre otros). Ha sido la labor de los intérpretes la que ha hecho posible destilar su protección del plexo de valores y principios consagrados en la propia Constitución.

El Código civil de 1987 sitúa el concepto de relación jurídica como eje central, categoría básica que lleva de la mano el legislador para situarla en el hilo conductor de su parte general con las partes especiales²¹ “concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna” cuya “función (...) es permitir un mayor ordenamiento de la materia”²², de lo que dan fe los artículos 22 y 23, relativos a la regulación con alcance general de la relación jurídica y a los elementos que la integran, en tanto en los artículos subsiguientes, se centra la regulación en dichos elementos, a saber: los sujetos (artículos 24 al 45), el objeto (artículo 46) y sus diferentes causas (artículos 47 y siguientes). El legislador de nuestro Código civil desplaza el acto o negocio jurídico, para centrarse metodológicamente en la relación jurídica, una de cuyas fuentes lo es precisamente los actos jurídicos. De ahí que, el artículo 49 al definir el acto jurídico, y hacer especial énfasis en el espectro de sus efectos, está previendo la posibilidad de las personas de concertar los más diversos actos jurídicos como expresión de la libertad y con ello de la autonomía, siempre que estos actos respondan a los requerimientos que la ley establece dentro de los límites de la autonomía privada. Es el artículo 49 centro de imputación de la libertad de las personas en el estricto ámbito del Derecho civil, luego recalcado en el artículo 312, trasunto del artículo 1255 del Código civil español, que tiene su base en el poder de las personas de crear reglas normativas de Derecho privado formando parte de la preceptiva contractual que crean.

2. El Código civil cubano en tiempos de Constitución

La necesidad de una reforma constitucional se hizo sentir en el país desde muchos años antes. La aprobación de los lineamientos de la política económica del Estado durante el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en abril de 2011, dejó las puertas abiertas al proceso de reforma, pues en dichos lineamientos el poder político daba luz verde. Se imponía una reforma en la estructura del Estado y en el catálogo de derechos constitucionales, a tono

²¹ Apunta RESCIGNO que el acudir el legislador cubano a la relación jurídica como concepto central del ordenamiento es una opción ideológica, más en definitiva se trata de una noción sustancialmente neutra cuando se dice que la relación jurídica es toda relación social productiva con efectos para el Derecho. Vid. RESCIGNO, Pietro, “Il ‘Código civil’ di Cuba, ultimo codice socialista”, en *Codici, storia y geografia de un'idea*, a cura e con una di Fausto Caggia, 6ª edizione, Editori Laterza, Roma, 2018, p. 207.

²² BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 4ª reimpre- sión de la 2ª edición, Temis, Bogotá, 2002, p. 183.

con la sociedad cubana contemporánea. Una Constitución que abriera puertas – si bien aún angostas-, al mercado, la propiedad privada, la empresa no solo estatal, sino también la pequeña y mediana empresa privada, los consumidores, o sea, una Constitución mucho más inclusiva, que apostara por una mayor pluralidad, mayor protagonismo de la sociedad civil y presencia de actores o agentes económicos y de grupos vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, las personas en situación de discapacidad, las personas de la tercera edad, entre otras, cuya visibilidad no existía en la actual Constitución. De ello deriva también una Constitución más normativa y menos programática (*vid.* artículo 7).

De este modo, el Código civil cubano entra en una nueva etapa en la que sus instituciones, requeridas de oxígeno, encontrarán una puerta de escape adecuando su interpretación a la Constitución de la República. De ahí que el artículo 2 de dicho cuerpo legal será la brújula que oriente a sus intérpretes en la atinada interpretación constitucional de sus instituciones, en aras de adecuarlas a los principios, derechos y valores contenidos en ella, dado que mandata a que las normas del Código civil se interpreten conforme con los fundamentos económicos, políticos y sociales que la Constitución enarbola. Particular que tampoco debilitarán las necesarias modificaciones que las primeras leyes de desarrollo de la Carta Magna llevarán consigo respecto del Código civil, cuyas bases han sido estremecidas por la Constitución en modo sismo, con continuas replicas expresadas en las citadas leyes de desarrollo que se sentirán en la justa medida en que sean sancionadas, y ello, mientras el Código civil tenga fuerzas suficientes para resistir semejantes embates, intensos y prolongados.

Entra pues en una nueva etapa la constitucionalización de nuestro Derecho civil, que no era ajena en la Constitución de 1976, pero sin dudas sin la misma intensidad que la de 2019. Como arguye el profesor peruano González Barrón: “El programa de actuación del Derecho Civil, con manto en la Constitución, abarca los más diversos temas, entre otros, la protección de los fines honestos y razonables en el negocio jurídico; la tutela del contratante débil a través de mecanismos de justicia contractual que superen la sujeción a un pacto; la defensa del consumidor frente a un mercado monopólico, abusivo y que no es libre; la nulidad de cláusulas generales abusivas, aun sin norma expresa que las sancione y por efectos de las normas constitucionales de tutela del consumidor o de proscripción del abuso del derecho; la reforma del derecho de los contratos a efectos de examinar si realmente está operando la libertad contractual o se trata de una simple etiqueta; la reevaluación del arbitraje como justicia privada

que en muchos casos resulta un fraude a la tutela judicial, o un abuso en contra de la parte vulnerable, y que sufre los mismos vicios de la justicia estatal; la ponderación de los distintos intereses en los conflictos de derechos reales (...) y así muchos otros temas en los que se debe avanzar con el fin de lograr una solución razonable al caso, bajo la guía de los principios constitucionales”²³.

En este proceso de constitucionalización, se trata además de lograr que los códigos civiles recepcionen los principios enarbolados por las convenciones internacionales y esencialmente los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Constitución política del Estado. Asistimos sin dudas, en el caso cubano, en clave real a un proceso innegable de constitucionalización del Derecho civil²⁴. Extremos que los civilistas debemos velar con especial esmero, si no queremos perder el sentido de la proporción. En efecto, “los códigos civiles han perdido su carácter casi exclusivo de elemento fundamental de ordenación jurídica de los Estados a favor de las constituciones. Como contrapartida, la visión constitucional de la persona como ser portador de valores que todo orden social debe respetar, a partir del reconocimiento de su dignidad, se proyecta sobre los pilares mismos del derecho civil, como derecho centrado en las relaciones de las personas como tales. De modo que la Constitución ha empujado al derecho civil a superar con decisión el carácter marcadamente patrimonialista en que la ideología liberal de los códigos le había dejado sumido, para acentuar y redescubrir su vocación personalista, precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza básica del nuevo sistema. Ello ha obligado al Derecho civil a flexibilizar muchos rígidos moldes de una vieja dogmática, en pos de soluciones más modernas y acordes con la realidad social. El derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que, como norma jurídica, la Constitución

²³ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, Capítulo I “Constitución y Derecho civil”, en *La propiedad un enfoque constitucional* (en coautoría con Marco COMPORTI), Gaceta jurídica, Lima, 2019, pp. 24-25.

²⁴ Es interesante la valoración que sobre este tema ofrece, desde la perspectiva del Derecho chileno, el profesor CORRAL TALCIANI, quien afirma que “También en Chile se ha producido un redescubrimiento de la Constitución en materias de Derecho privado, aunque ello no esté exento de polémicas. Las normas de la Constitución sobre la persona y su dignidad, la igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos, la libre iniciativa en materia económica, la propiedad y su afectación, la familia y su promoción, los derechos fundamentales a la vida, integridad física y psíquica, a la honra y a la vida privada, han tenido repercusiones importantes en la interpretación y aplicación de las normas del Código. Por ejemplo, la procedencia de la indemnización del daño moral en la responsabilidad tanto contractual como extracontractual ha tenido un apoyo importante en los textos constitucionales”. *Vid.* CORRAL TALCIANI, H., “La descodificación...”, *cit.*, p. 648.

proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales²⁵. No se concibe hoy una interpretación de las normas jurídico-civiles sino se hace desde la Constitución y desde los tratados internacionales de Derechos humanos como han recalcado tanto el Tribunal Europeo de Derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos humanos. Se trata – como expone el profesor Corral Talciani de “una nueva forma de interpretar y de aplicar el Código Civil, a la vez como fuente central del sistema de Derecho privado, y como cuerpo jurídico que debe reflejar y traducir en criterios y estándares de actuación concreta los principios, derechos y valores consagrados en la Constitución en normas y pautas de textura abierta y flexible”²⁶.

Atrás han quedado los conceptos individualistas de propiedad y contrato. La función social de la propiedad, a partir de los postulados constitucionales ha de ser reconocida por los códigos civiles. Quizás más polémica, pero sin dudas ya en la palestra pública lo referente a la función social del contrato, que en el caso del Derecho cubano podría vislumbrarse a partir de lo enunciado en el artículo 8 del Decreto-Ley 304/2012 sobre la contratación económica que regula el llamado principio del interés general.

En fin, tampoco se trata de que “la constitucionalización del Derecho privado exija que el Derecho civil abdique de su secular función de Derecho común y nuclear, respecto no solo del Derecho privado sino de todo el orden jurídico. La Constitución, por su misma situación de estar en el vértice superior de la pirámide y por la necesaria concisión y tono declamativo de sus normas, no puede suplantarse al Derecho Civil en la necesaria función nutricia de alimentar y dar consistencia y unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto”²⁷.

2.1. Libertad, igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada

La libertad, la igualdad, junto con la dignidad son el pedestal en el que se erigen los demás derechos constitucionales. No caben dudas de que “La

libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no puede hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales”²⁸. La libertad en su expresión de autonomía, supone el poder de decisión de la persona de reglar sus propios asuntos e intereses, de ejercitar los derechos subjetivos de que está investido, de concertar o no los disímiles negocios jurídicos que puede protagonizar. La autonomía privada no es solo la inmunidad del particular o del privado, sino también el poder de la persona de autodeterminarse, incidiendo sobre la realidad física y económica, con la inmediatez, propia de la actividad humana, incidiendo también sobre la realidad jurídica, lo que significa la creación de derechos y obligaciones garantizados y sancionados *ex lege*²⁹.

Autores como Díez-Picazo y Gullón le conceden significación especial cuando se refiere a la persona, identificándola con el nombre de autonomía privada y conceptuándola como el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto”, “el poder de gobierno de la propia esfera jurídica”, “un poder de la persona como realidad eminente”³⁰. Otros como De Castro la conceptúan como “el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanta actuación en la vida social”³¹. En sentido general De Castro la entiende como poder de autodeterminación de la persona. El sentido del término se amplía así hasta comprender todo el espacio de la autarquía personal.

Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y tam-

²⁸ MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen, “La autoprotección de las personas con capacidad modificada”, *Tesis doctoral*, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Vallolid, 2012, p. 25, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763>, consultada el 12 de febrero de 2014.

²⁹ En este sentido, RESCIGNO, *cit. pos* ALPA, Guido, *Istituzioni di Diritto Privato*, UTET, Torino, 1994, p. 42.

³⁰ DIEZ – PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I – *Introducción – Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona jurídica*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 371.

³¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reimpresión de la segunda tirada de la edición original publicada en 1971, Civitas, Madrid, 1991, p. 12.





bién para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser también definida “(...) como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del espacio de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”³².

Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos fases: 1ª El poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas; y 2ª El poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación) ofrece puntos y principios comunes, tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad³³), como desde el de las reglas imperativas que controlan o limitan sus poderes.

La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárseles a sí mismo.

El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad. La palabra libertad significa libertad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar por lo que será responsable de sus actos. Se habla en este sentido cada vez con más frecuencia de una libertad positiva y de una libertad negativa. La primera como la posibilidad de actuar o no, sin estar constreñido a ello y sin que otros terceros se lo impongan o se lo impidan. La segunda como ausencia de constreñimiento o de impedimento, o sea, la posibilidad de hacer o de no hacer. Siguiendo – como la hago a Bobbio-, ha de entenderse por libertad positiva “la

situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Es a lo que se llama autonomía o autodeterminación de la persona”³⁴. Pero el autor prefiere hablar en términos de *libertad de obrar*, para hacer referencia a la libertad positiva y de *libertad de querer* para aludir a la libertad negativa. A su juicio “La libertad positiva es una cualificación de la acción; la libertad negativa es una cualificación de la voluntad”. Por ello sostiene que “(c)uando digo que soy libre en el primer sentido, quiero decir que una acción mía no se ve obstaculizada y que por tanto puedo llevarla a cabo, cuando digo que soy libre en el segundo sentido, quiero decir que mi querer es libre, es decir que no está determinado por el querer de otro (...)”³⁵. Es quizás este vocablo, libertad, amén de sus diversas dimensiones, el que tiene una mayor resonancia en lo más íntimo del ser humano, ya que es ella la que verdaderamente determina la razón de la existencia del hombre. Si el hombre, no es o no se siente libre su vida no será plena, será sólo un pasar por el mundo, sin sentir ese hálito interior que le mueve hacia su propia perfección y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad, es en ese modo donde esa palabra adquiere toda la dimensión humana y la que justifica la auténtica sustantividad de la persona.

La libertad a la vez que principio, es también valor. El artículo 1 de nuestra Constitución reconoce a la República de Cuba como un Estado socialista de Derecho y justicia social sobre la base, entre otros valores, de la libertad, la misma que se garantiza en su proyección de derecho en el artículo 46. La libertad es esencia de la persona. Ello a partir de la dignidad como valor supremo y fundante también del Estado de Derecho. Los actos justos para que así sean han de ser enteramente libres y en respeto de la dignidad no solo de quien los protagoniza sino también de terceros. El Derecho civil como espacio jurídico de actuación de la persona ha de tener como cobija los valores constitucionalmente atendibles. La dignidad se erige a su vez en límite de los actos jurídicos concertados por las personas, así no serían lícitas las cláusulas contractuales que conculquen la dignidad del consumidor, ni tampoco las cláusulas de un testamento lesivas a la dignidad del heredero, como pudiera ser elegir al heredero -y dejarlo expresado así en el testamento-, sobre la base de que cumple con los parámetros o requerimientos que el testador quiere para su heredero o legatario, entre

³² RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, pp. 187-356, en *Ponencias presentadas por el Notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, (México), 1998*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, p. 195.

³³ Ciertamente, “(a)utonomía y responsabilidad van de la mano, porque significan concreciones de la libertad”. Vid. CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Comentarios al artículo 312”, en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo III, Libro III – Derecho de obligaciones y contratos, volumen IV (artículos del 309 al 321), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2019, p. 36.

³⁴ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad, Barcelona, Buenos Aires, México, 1993, pp. 97 y 100.

³⁵ *Idem*, pp. 102-103.

ellos el sexo, o el color de la piel, o determinada orientación sexual. Como explica el profesor Rodotà “la dignidad pertenece a todas las personas, de manera que deben ser consideradas como ilegítimas todas las tentativas que traten de considerar algunas vidas como no dignas, o poco dignas de ser vividas, o que lleguen incluso a negarles su capacidad jurídica (...)”. En tal sentido -sostiene el célebre profesor- se suele ver en “la dignidad el principio que prohíbe considerar a la persona como medio, instrumentalizarla. Con dos ulteriores precisiones: no puede ser reducida a mera categoría de mercado — el cuerpo como fuente de beneficio—, y debe respetarse su autonomía (...)”³⁶.

Es la dignidad el pórtico de los derechos constitucionales, “fundamento de los derechos de la persona, los cuales merecen protección jurídica aunque no se hallen específicamente tutelados por norma expresa del ordenamiento jurídico”³⁷. Por ello la Constitución de 2019 la regula como valor supremo en su artículo 40, previo a la regulación de tales derechos y como sustento de ellos. De ahí que los derechos y libertades reconocidas en el Código civil han de ser ejercitados sin que en modo alguno se conculquen los valores y principios constitucionales. Como nos explica el maestro Rodotà a partir del análisis del artículo 36 de la Constitución italiana “la relación entre libertad y dignidad, que a veces parece como algo inalcanzable (en tanto) la primera (es) portadora del valor de la autonomía de la persona, mientras que la dignidad sería como un vehículo de imposición autoritaria de los valores que limitan la autonomía (...) la dignidad puede escapar al riesgo de su reducción como instrumento de imposición autoritaria (...), justamente con su explícita asociación con la libertad de la persona”³⁸.

2.2. Los derechos de la personalidad reconocidos en vía constitucional: las posibilidades de actuación de las personas.

La Constitución de 2019 enaltece el valor de la persona. En expresión del maestro peruano Fernández Sessarego “sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (...). El hallarse en

esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión”³⁹.

El Título V de la Constitución de 2019, relativo a los derechos, deberes y garantías tiene como centro de atención a la persona en sus diversas facetas o modos de actuar, tanto en lo privado como en lo social. Llama la atención la deuda que salda la Constitución con el Código civil y que llevó al reclamo de la doctrina científica precedente⁴⁰. Los derechos in-

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 993.

⁴⁰ Ya se había exigido la necesidad de una regulación de estos derechos, tanto desde la perspectiva constitucional como desde la civil. Según expresa la profesora PRIETO VALDÉS, quien destacó la ausencia de regulación constitucional de dichos derechos, “el Código civil que debió desarrollar la letra mayor no lo hace; no estipula los derechos personalísimos, aunque la Sección cuarta tiene tal denominación, y el vacío se enfatiza de manera expresa al remitir el artículo 38 a la consagración constitucional de estos. Inexplicable error en la regulación de los derechos”. Vid. PRIETO VALDÉS, Martha, “La Constitución, el Código civil y las interconexiones necesarias”, en *El Código civil cubano...*, 30 años después, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, p. 46. Por su parte, VALDÉS DÍAZ afirma – al hacer referencia a la Constitución de 1976 que: “peca de excesiva parquedad en cuanto al reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad, sólo tangencialmente pueden identificarse algunos mientras que otros son totalmente omitidos, a lo que se añade el hecho de dibujar un mínimo contenido en aquellos que perfila”. Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentarios al artículo 38”, en *Comentarios al Código civil*, tomo I Disposiciones preliminares, Libro I – Relación jurídica, volumen II (artículos 38 al 80), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2014, p. 8. En su tesis doctoral dedicada al estudio del de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral DELGADO TRIANA concluye que desde la Constitución de 1976 “no existen pronunciamientos expresos en cuanto a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral, el tratamiento que se les concede es ambiguo y abstracto”, en tanto “(e)n el Código Civil cubano se hace una somera alusión a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral, dando lugar a un vacío legislativo”. Vid. DELGADO TRIANA, Yanelys, “Protección en el ordenamiento jurídico cubano de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral”, *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Reinerio Rodríguez Corría, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, pp. 112 y 113, respectivamente (en biblioteca digital del autor). Mientras que ALVAREZ-TABÍO ALBO, quien también incurrió en su tesis doctoral en el tema, igualmente ha objetado que el artículo 38 del Código civil “único dedicado a los derechos de la personalidad (...) padece la inconsistencia cardinal de la imposibilidad de determinar cuáles son los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución. Aun cuando pudiera inferirse el reconocimiento de alguno de ellos, en ningún momento se describe en el texto constitucional ni en el Código Civil el contenido de uno o varios de los más importantes siquiera, quedando en el ámbito de otras disciplinas la definición y protección de determinados derechos, o a la labor integradora de los jueces

³⁶ RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, traducción José Manuel Revuelta, Editorial Trotta, Bologna, 2014, p. 180

³⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 598.

³⁸ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 150.



herentes a la personalidad, ante cuya violación es posible el ejercicio de las acciones de reparación, indemnización o retractación del ofensor, según el dictado del artículo 38 del Código civil tienen ahora pleno reconocimiento en el texto constitucional al regularse el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho de libertad (artículo 46), el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, el derecho a la propia voz, el derecho al honor, el derecho a la identidad personal (artículo 48). Derechos todos que se caracterizan por ser innatos, y además irrenunciables, imprescriptibles, indivisibles y universales (artículo 41).

En primer orden, se impone un reconocimiento por el Código civil no solo de la titularidad sino también del ejercicio de dichos derechos, lo que va de la mano de su reforma, devenida por la propia Constitución, de manera que supere su parco tratamiento en el artículo 38, solo por vía de negativa o de conculcación de los derechos, para lo cual el legislador del Código civil se conforma con la remisión constitucional.

No obstante, y aún el criticado tratamiento que se le han dado a los derechos de la personalidad por el Código civil, hoy por fortuna superado por la Constitución, en los últimos años el Derecho infralegal, - muy discutida por cierto la jerarquía de la fuente normativa que les ha cobijado en razón de la legitimación para ello-, ha dado al menos pasos en función de regular actos de autonomía privada sobre el ejercicio de estos derechos. Así la dación de órganos *inter vivos* en función de los trasplantes a favor de ciertos familiares en la línea consanguínea (hasta el cuarto grado) y afines de primer grado (hijos y padres y madres afines), expresión del ejercicio del derecho a la integridad física, como derecho inherente de la personalidad⁴¹, conforme con lo di-

spuesto por la Resolución 857/2015 de 31 de agosto, Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos”, dictada por el Ministro de Salud Pública⁴². Se trata de un acto jurídico de tipo negocial, informado de altruismo, a cuyo tenor una persona, con discernimiento tal que le permita asumir los riesgos inherentes al acto, en ejercicio del derecho a la integridad física del que es titular, dispone a favor de otra, previamente determinada, y que cumple los requerimientos de parentesco o conyugalidad que la norma establece, de órganos (uno o varios, siempre que ello sea compatible con la vida) o de tejidos. Se trata, además, de una declaración negocial de voluntad, revocable *ad libitum*, en razón de la naturaleza del derecho que se ejercita y sobre los bienes que se disponen⁴³.

Sobre similares bases, igualmente y con la misma crítica respecto de la jerarquía normativa, dada la carencia de legitimación de la administración para ello, se han regulado la dación de células germinales femeninas y masculinas, o sea, de óvulos y de espermatozoides en pos de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, como también parte del derecho a la integridad física, las que tienen cobertura jurídica por la Resolución No. 61/2014, de 27 de febrero sobre ovodonación y la Resolución No. 17/2017, de 24 de enero, sobre donación de semen, ambas del Ministro de Salud Pública. En sendos casos, se trata de actos de altruismo y de solida-

Derecho Privado, tomo I – *Personas*, volumen 2º, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 408 y ss. lo ubica entre los derechos a la integridad física y psíquica.

⁴² Tómese en cuenta que la Ley de Salud Pública, Ley No. 41/1983, de 13 de julio, tan solo enunció en la Sección oncenava del Capítulo II, dedicado este a la atención médica y social, la “donación” de órganos y tejidos en sus artículos 41 y 42, que son meramente programáticos y remisores a reglamentaciones del propio Ministerio, algunas de las cuales adquirieron forma por conducto del Reglamento de dicha Ley, contenido en el Decreto No. 139/1988, de 4 de febrero, que de la lectura e interpretación de los artículos del 83 al 85, cabe colegir que la única modalidad de “donación” de órganos y tejidos humanos admitida en Cuba es la *post mortem*, pues se supedita este proceder quirúrgico-terapéutico a la expedición del certificado médico de defunción. Ergo, convivimos durante décadas con el éxito de los trasplantes de órganos, procedentes de dadores vivos, y ello al margen del Derecho, dada la laguna legal que existía.

Es dable aclarar que, tras su aprobación, el artículo 3 de la mencionada Resolución fue modificado por la Resolución No. 979/2015, de 26 de noviembre, del propio Ministro de Salud Pública, dictada con el solo fin de extender el círculo de parientes consanguíneos legitimados para la dación de órganos y tejidos humanos *inter vivos*.

⁴³ Para un estudio más detenido de esta norma, si bien desde una perspectiva notarial, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, en *Revista Anales de Legislación argentina*, año LXXV, No. 30, noviembre 2015, pp. 229-243.

(...) el complemento de esta imperdonable omisión del legislador”. *Vid.* ALVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión”, *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz y Martha Prieto Valdés, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2008, p. 17 (en biblioteca digital del autor).

⁴¹ En la doctrina peruana ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, Rhodas, Lima, 2006, p. 242, habla del derecho de disposición sobre el propio cuerpo, distinto del derecho a la integridad física, definiéndolo como “una situación jurídica en la que se tutela una manifestación del derecho a la libertad, en el sentido de que la propia persona, entendida en su inescindibilidad psicosomática, está facultada para disponer de sí misma (dentro de la categoría del ser) y no de una entidad diversa a él (el cuerpo entendido erróneamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener). Ello, evidentemente, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico establece”. Por su parte, entre los españoles, BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, Tema 4 “Los derechos de la personalidad”, en *Instituciones de*



ridad, en los que los dadores disponen a favor de terceros, por esencia anónimos, salvo en la ovodonación, en la que se admite que dicho acto pueda ser realizado a favor de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (artículos 1 y 7.1.) del material genético.

La integridad física de la persona supone para ella, asimismo, la libertad de oponerse a cualquier examen, tratamiento médico o intervención quirúrgica a que se le deba someter para restablecer su salud o mitigar las consecuencias de su enfermedad, salvo disposición contraria de la ley. Para tomar decisiones fundadas en estos casos, se hace necesario que el médico tratante informe previamente al paciente, con las formalidades que a tal extremo se exigen. Sólo así se podrá obtener un consentimiento informado.

Como parte del ejercicio de la integridad física habilita el Derecho cubano el derecho a disponer del propio cadáver, al poder determinar la persona, o en su defecto los familiares más próximos (según el criterio tradicional de familia enarbolado por la Constitución de 1976) del fallecido, el destino que tendrá este: ya sea la inhumación, la cremación, la investigación científica. Desde 1992 con la aprobación de la Resolución No. 9/1992, de 30 de enero, del Ministro de Salud Pública que pone en vigor el “Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos humanos”, se da configuración legal al ejercicio de este derecho, instrumentado con cierta frecuencia en sede notarial a través de testamentos y manifestaciones de voluntad *ad hoc*, aun cuando no tenga toda la cobertura que merece, pues como con acierto expresa Enríquez Sordo, si bien “el derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose la mayoría de las posibilidades de actuación que el mismo contiene, sin embargo, la deficiente técnica jurídica empleada por el legislador, así como la dispersión normativa imperante, y la insuficiente protección que se le brinda en el orden sustantivo y procesal civil, dificultan la eficaz solución de las problemáticas que pueden acontecer, obstaculizando una realización más plena del derecho”⁴⁴.

Similar acontece con otros derechos de la personalidad cuya protección, en el mejor de los casos en el Derecho cubano es fragmentaria, lo que da al traste con una eficiente tutela en su ejercicio, recayendo en los jueces la labor de protección. Así, *v.gr.*, acontece con el derecho a la propia imagen, en tanto la imagen “como toda situación subjetiva personal,

por su propia naturaleza, es extrapatrimonial”⁴⁵, por cuya razón su titular tiene la facultad de disponer asintiendo su publicación o reproducción por cualquier medio, ya sea de forma gratuita u onerosa, o la facultad de prohibir la reproducción y la publicación de su propia imagen, dentro de los límites que establece la ley, cuando ello lo ha sido inconscientemente⁴⁶.

No menos trascendente es el derecho a la identidad como parte de la realización de la persona. La identidad personal es una profunda faceta de la existencia de los seres humanos. La identidad del ser humano en cuanto ser libre - expresa el maestro Fernández Sessarego- “se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso auto-creativo, mediante una sucesión de quehaceres en que consiste la existencia (...) La identidad se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia”⁴⁷. En este orden, uno de los retos que se le atribuye al Derecho en Cuba es la regulación de la identidad en sus diversas fases o dimensiones que van desde la identidad digital hasta la identidad sexual o la identidad de género, de manera que se extravase el mero plano de su reconocimiento a su no discriminación por razón del sexo o de la identidad de género (contenido hoy expresamente en el artículo 42 de la Constitución), para adentrarse en la regulación del derecho a la libre determinación de la orientación sexual y la identidad de género como derechos como expresión del derecho de identidad de la persona, de manera tal que cada persona pueda encaminar su proyecto existencial de acuerdo con sus necesidades, expectativas y deseos. No obstante, en las últimas dos décadas, el Derecho jurisprudencial ha ido tutelando las libertades de la persona en este concreto actuar. Como ha dejado sentado la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tri-

⁴⁵ ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de...*, cit., p. 399.

⁴⁶ En su Sentencia No. 29 de 30 de abril de 2008, la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Insua Gamboa), recaída en los autos del proceso ordinario promovido por la parte actora con el *petitum* del reconocimiento de la violación de su derecho a la imagen por un tercero que utilizó esta en un afiche destinado a la publicidad, sin su asentimiento, la Sala dejó dicho (segundo Considerando) que: “... es criterio de quienes resuelven, una vez observado el afiche aportado al proceso que se ventila, que ciertamente ha sido utilizada la imagen del (...), sin la anuencia del demandante y por ser la misma un atributo propio de la persona y nadie posee el derecho de manipularla sin su previo consentimiento, entendemos los actuantes que fue violado un derecho inherente a la personalidad y en virtud de lo previsto en el artículo treinta y ocho, inciso a del Código Civil Cubano, debe cesar la comercialización del afiche en el cual se muestra la figura del promovente (...)” (fuente: legajos de sentencias de dicha Sala).

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 406.

⁴⁴ ENRÍQUEZ SORDO, Jorge, “¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, No. 25, enero 2018, pp. 106-107.



bunal Provincial de Ciudad de La Habana en su Sentencia No. 3 de 24 de enero de 2011 (primer Considerando) que resuelve el recurso de apelación interpuesto (ponente Blanco Pérez) bajo la vigencia de la Constitución de 1976, y en expresión palpable de la protección del derecho de la identidad de género en personas trasgénero: “... la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son derechos inviolables inherentes a la persona, los cuales encuentran amparo legal en la pleca tercera del artículo nueve de la Constitución de la República, debe entenderse como intrascendente el hecho de que en su Capítulo VII relativo a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, dada su estructura normativa, no se encuentren éstos regulados de forma expresa como partida fundamental para iniciar cualquier acción encaminada a su efectiva defensa, debido a que, como se infiere de la regulación del precepto antes mencionado, no impide ello su justa alegación en tanto ha sido éste el criterio sentado por los estudiosos de la materia constitucional cubana, lo cual hace que pueda ampararse bajo este rango la acción interesada por el apelante (...) como parte del derecho a la personalidad, en el sentido de haber decidido libremente someterse a una intervención quirúrgica para la ablación de sus órganos reproductores masculinos (...) ello en virtud del *ius variandii* que detenta, lo que al estar íntimamente relacionado con el orden privado, se precisa su plena defensa dadas las eventuales amenazas que pueden sufrir en cuanto a su integridad, demandando ello la conformación de eficaces vías legales para su salvaguarda en la medida que dichos derechos dimanen en su esencia de la dignidad humana, ello a pesar de que las leyes positivas no hayan previsto concretamente esas nuevas situaciones devenidas de los avances de la ciencia médica como es el caso de las operaciones por transexualismo, sin que pueda entonces ignorar el Derecho la mutación sufrida en su esfera física, en tanto toda persona merece tener un sexo bien determinado en lo que respecta a sus atributos psicológicos y sus caracteres físico-sexuales, del mismo modo que no se le puede imponer a nadie el tener que mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que no le corresponde psíquicamente (...) pues, en todo caso, el sexo comporta más que perfiles cromosómicos, implica además el aspecto físico-biológico o fenotípico que ha tomado ahora el ser, unido a la trascendencia que también detenta su comportamiento social como individuo, siendo precisamente esos factores de la psiquis los más importantes en la medida que inciden directamente en el desarrollo de su personalidad”⁴⁸.

⁴⁸ Fuente: legajos de sentencias de la Sala.

Por último, se hace necesario de cara a la nueva Constitución de la República, llenar de contenido lo previsto en el artículo 97 que contiene la regulación del *habeas data*, entendida como “una acción que no requiere, en principio, que exista arbitrariedad manifiesta (...), que protege la intimidad de los datos, la autodeterminación informativa y la propia imagen”⁴⁹. En una sociedad en la que la informática es parte de la vida, y lo virtual va ocupando los espacios dejados por lo analógico, se va construyendo una identidad digital y con ello el concepto de dataimagen, el cual “se refiere a nuestro retrato computarizado en las bases de datos, nuestra imagen electrónica (...). La dataimagen de un individuo puede incluir información como el nombre, la edad, el sexo, la dirección, el número de teléfono o el origen étnico de la persona, además de preferencias de consumo, gustos, intereses, etcétera. En una sociedad dominada por las nuevas tecnologías informáticas, las personas se definen cada vez más en términos de una dataimagen (...). La dataimagen, a diferencia del yo real, es completa, recuperable, predecible en términos estadísticos (...)”.

”El individuo actual nace, crece y muere como dataimagen, pues los registros digitales del yo evolucionan desde el nacimiento (o antes, desde el embarazo) hasta la muerte, e incluso más allá de ésta. El resultado es la construcción de un minucioso y detallado archivo personal de uno mismo que puede actualizarse y reproducirse en cualquier momento. La dataimagen se convierte en un archivo, y el archivo de formas pasadas de la vida (...), puede convertirse, en cualquier momento, en un plano para el futuro (...)”⁵⁰. En este contexto se habla del derecho a la autodeterminación informativa, o derecho a la libertad informativa como parte de las libertades de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Se trata “de considerar que toda persona tiene la facultad de autogestionar los datos que se refieren a sí misma, así como a acceder a los que otras personas manejan respecto de su persona”⁵¹. Tal y como regula el mencionado artículo 97: “(s)e reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida

⁴⁹ Vid. LAJE, Alejandro, “Protección constitucional de datos personales”, *Derecho Civil Constitucional*, (Carlod Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, coordinadores), Grupo editorial Mariel, México, 2014, p. 102.

⁵⁰ Vid. MÁRQUEZ, Israel, “‘Muerte 2.0’: pensar e imaginar la muerte en la era digital”, en *Andamios*, Revista de Investigación Social, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Distrito Federal, México, vol. 14, No. 33, enero-abril, 2017, p. 114.

⁵¹ Vid. LAJE, A., “Protección constitucional...”, *cit.*, p. 98.

corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación”, o sea, “el titular de ciertos datos tiene derechos sobre ellos, concretamente: 1. a controlar los destinatarios; 2. a supervisar el uso que se dará a estos y 3. a poder acceder a ellos y rectificarlos”⁵². Tales derechos se han dado en llamar “derechos a la autodeterminación informativa y constituyen una categoría autónoma de derecho personalísimo, diferenciándose del derecho a la privacidad y a la vida privada”⁵³.

Desde un punto de vista filosófico – siguiendo a Rodotà -, “la persona virtual, no solo (está) dispersa en tantos lugares cuantos son los bancos de datos que tratan las informaciones personales, sino expuesta también a los ataques del reduccionismo, de una prepotencia del dato electrónico que asumiría en sí mismo cualquier carácter de la existencia. Estamos ante fenómenos que nos muestran el riesgo de una progresiva pérdida, no solo del control de uno mismo, sino de su misma construcción. La persona virtual, de hecho, es la que resulta de una incesante intervención de sujetos diferentes a aquel a quien se refieren las informaciones. La diseminación en una multiplicidad de lugares no solo hace correr a la persona el riesgo de la «desintedidad», sino de una irremediable fragmentación”⁵⁴.

2.3. Prosperidad individual y colectiva

El artículo 1 de la Constitución parte del espíritu democrático del Estado cubano, sobre la base del sentido inclusivo de todos los ciudadanos, y entre los valores fundantes la prosperidad individual y colectiva. Llama la atención la formulación de la prosperidad como valor fundante del Estado cubano. La prosperidad es un valor, y a su vez una meta o propósito del Estado. La prosperidad individual conecta de esta manera a nivel simétrico con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 42). La persona a partir de la autonomía privada, como expresión de la libertad, desarrolla su proyecto de vida que le permite escribir su propia biografía, o sea, “el rumbo o destino que (...) ha decidido darle a su existencia, otorgándole un sentido o razón de ser”⁵⁵. Esa prosperidad en sus dimensiones individual y colectiva – preferiría llamarla social-, se logra no solo con los aportes del Estado, sino también por lo que cada persona construye en favor de su bienestar o prosperidad y también su familia. La prosperidad

individual es el lugar a donde dirigir los esfuerzos particulares de la persona. Esta prosperidad tiene un valor ontológico, pero también espiritual y material. No solo la satisfacción de las apetencias morales o espirituales conduce a ese estado de prosperidad, influye también, ¡Y de qué manera! la economía. Solo una persona libre, el *homo dignus* puede lograr llegar a ese estado de prosperidad. La autonomía privada en la medida en que concreta la realización de la persona se convierte en catalizador en la búsqueda de la felicidad.

Pero esta prosperidad individual, no puede verse con fines egoístas. La prosperidad individual ha de ir de la mano de la prosperidad social, comunitaria o colectiva. Esta última es expresión de la dimensión social de la persona. No olvidemos que “el ser humano es bidimensional, es decir que no es solo estructuralmente un ser individual sino, que, simultáneamente, es un ser coexistencial o social. El ser humano ha sido creado para convivir con sus congéneres (...). No se puede concebir (...) fuera del contexto social, aislado, incomunicado”⁵⁶.

2.4. El reconocimiento de la propiedad privada, junto a otras formas de propiedad, bajo la preeminencia de la propiedad socialista de todo el pueblo.

De la mano de la autonomía privada está el reconocimiento de la propiedad privada, con ello no se ha hecho más que refrendar legalmente lo que es una verdad a gritos en la realidad cubana. Si bien aún no se ha ordenado en la necesaria Ley de empresas, el estatuto jurídico de la pequeña y mediana empresa, su existencia en el Derecho cubano es innegable. Bajo el eufemísticamente llamado “trabajador por cuenta propia” han obtenido carta de naturaleza los pequeños y medianos empresarios. Eso sí, desprovistos de un estatuto que no solo les proteja a ellos sino también a sus familiares, e incluso a sus futuros herederos. Con el artículo 22 d) de la Constitución se pone fin a un largo silencio sobre la propiedad privada, satanizada por décadas.

La resistencia en las cuerdas del Código civil, hoy se ponen a prueba. El Código civil está diseñado con formas de propiedad, “teóricamente” distintas a la privada. No obstante, el reconocimiento de formas de propiedad que en esencia son de naturaleza privada, aunque nos empecinemos a verlo de otra manera tras el prisma de la ideología, matiza la balanza que tradicionalmente ha existido hacia lo

⁵² *Idem*, p. 99.

⁵³ *Ibidem*. Vid. asimismo, ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de...*, cit., pp. 411 y ss.

⁵⁴ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 163.

⁵⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 53.

⁵⁶ *Idem*, p. 970.



público⁵⁷. La propiedad de las cooperativas (artículos 145 al 149), la de los pequeños agricultores (artículos 150 al 155), la controvertida propiedad personal, cuya naturaleza privada es indiscutible por su finalidad y por los sujetos que la detentan, aunque precisamente la finalidad sea motivo para que – sin éxito-, se pretenda distinguir de la privada (artículos 156 al 159) e incluso aquellas formas de propiedad cuya denominación con valor residual de “otras formas de propiedad”, tienen igualmente carácter privado, de titularidad asociativa, fundacional o societaria (artículo 160). En todas ellas el elemento privado se erige en denominador común. Propiedad privada que según se enuncia en la propia Constitución tiene un valor complementario frente al protagonismo de la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción, pero aun complementaria, es un contrapeso para el mercado que también asoma su rostro en el nuevo escenario constitucional.

Empero, el reconocimiento de la propiedad privada, si bien no cambia el ritmo de la historia, traza derroteros de interés. No deja de tener importancia el superar prejuicios ideológicos que tanto daño han hecho en la construcción de nuestro Derecho civil. Aun el papel complementario de la propiedad privada, su reconocimiento viene a tono con el libre desarrollo de la personalidad.

Compete al Estado al dictado del artículo 58, primer párrafo, de la Constitución, el garantizar el ejercicio por el propietario de las facultades que el derecho de propiedad comprende, entre ellas la de libre disposición. La libertad de disposición opera en tanto y en cuanto se le reconoce a la persona la autonomía privada. Le es dable al propietario enajenar los bienes de su propiedad, eso sí con las limitaciones que la propia ley establece. Ahora bien, esa libertad de disposición reconocida constitucionalmente, entra en colisión con las limitaciones que aún hoy existen, ya sea en el Código civil o en la legislación complementaria, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad. Así, el artículo 2 de la Ley General de la Vivienda enerva la posibilidad de que los ciudadanos cubanos no residentes en el país o los extranjeros sin residencia permanente puedan adquirir viviendas sitas en la República de Cuba, prohibición que no excluye ni a personas en situación de discapacidad ni a niños, niñas y adolescentes, aun cuando sean descendientes directos de cubanos y cubanas, de lo que además pueden resultar herederos, en caso de fallecimiento de aquellos. Y

lo mismo acontece con las personas en situación de discapacidad. La adquisición de una vivienda en Cuba, en todo caso les estaría vedada, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Tampoco deja de ser una restricción a la libertad de disposición *inter vivos*, la que se erige frente a los titulares de viviendas situadas en zona de recreo, descanso o veraneo (artículo 83 de la Ley General de la Vivienda). Viviendas que por demás carecen de un estatuto jurídico propio, en relación con las cuales tampoco le será dable al propietario la libre disposición en vida, aunque esta limitación a la autonomía privada no se extienda a los actos *mortis causa*.

No obstante, hay que entender que el ejercicio de las facultades que le compete al propietario tiene límites que hoy no solo el Código civil sino también la Constitución impone. Hay que entender la propiedad con un sentido constitucional, aun cuando nuestro texto no haga referencia expresa a la función social de la propiedad. En fin, “(l)a abstracción propietaria se disuelve en la concreción de las necesidades, que surgen para conectar los derechos fundamentales con los bienes indispensables para su satisfacción”⁵⁸.

Como expresa el profesor Gonzales Barrón: “La definición de la propiedad ha evolucionado desde la perspectiva individualista-liberal (...) hacia una social. Por su parte, la propiedad actual, de corte constitucional y social, se encuentra sometida desde su propio interior a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. Por ello, no causa extrañeza que desde la filosofía del derecho se diga que la propiedad no solo tutela un interés individual (del propietario), sino también distintos bienes colectivos que se materializan en directrices. Una propiedad basada o justificada solo en la autonomía del titular pondría en peligro su propia finalidad, pues en realidad lo que se busca es que todos los individuos dispongan del quantum de propiedad necesaria para llevar a cabo una existencia autónoma. En consecuencia, la autonomía del propietario no puede desatender la exigencia de otros bienes colectivos, como una distribución más equitativa de la renta, el acceso al trabajo, la modernización de todos los sectores económicos, el medio ambiente adecuado, la conservación del patrimonio cultural, el derecho a una vivienda adecuada, la protección de los consumidores, la tutela de la salud (...)”⁵⁹. Ese justo equi-

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, “Duelo teórico entre las formas de propiedad y la propiedad privada en Cuba”, en *El Código civil cubano..., 30 años después*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, pp. 190-201.

⁵⁸ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 107.

⁵⁹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, Capítulo I “Constitución y Derecho civil”, en *La propiedad un enfoque constitucional* (en coautoría con Marco COMPORTI), Gaceta jurídica, Lima, 2019, p. 24.

librio hoy puede obtenerse desde la perspectiva constitucional de la propiedad. No se trata de restringir las facultades del propietario por razones meramente ideológicas porque eso atenta contra el proyecto de vida de la persona, contra el libre desarrollo de la personalidad y las libertades, *rectius* contra su autonomía. Pero su autonomía no puede ser desmedida por el sentido racional del contenido de la propiedad, su función social y también su perspectiva ecológica, esto último en el sentido del artículo 75 de la propia Constitución. La protección del propietario en el artículo 54 no niega el derecho que tienen todas las personas a un medioambiente sano y equilibrado y para ese equilibrio el ejercicio del derecho de propiedad por personas naturales y jurídicas ha de ser racional, pues “(l)a propiedad no se protege por causas meramente individualistas o egoístas, ni por efecto de la voluntad del dueño. Hoy, la propiedad se reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo; con sus derechos a ser libre e igual, pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. En tal contexto, la propiedad solo tiene sentido en tanto ‘función’ que permita satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de solidaridad, paz, tranquilidad, seguridad y bienestar material”⁶⁰.

2.5. El mercado en función de los intereses de la sociedad. Los tipos contractuales que entran en escena.

Tampoco se pretende en la sociedad cubana actual convertir el mercado y sus leyes en centro de atención, pero el mercado existe, está ahí al acecho de todos. Negarlo sería una miopía política, empoderarlo, una negación de los principios que el Estado cubano ha abrazado. Por eso, si bien la nueva Constitución sitúa a la economía planificada en el centro del espectro económico (*vid.* artículos 18 y 19), hace un guiño y quizás también le dedica una sonrisa al mercado, guiño sí, pero detrás de ese guiño y de esa sonrisa al estilo de la de la Mona Lisa, hay control y regulación. Se trata en todo caso de un mercado en función de los intereses sociales. La libertad de contratación no se erige en un principio constitucional, pero esa libertad está implícita al reconocer la existencia del mercado en un Estado socialista y el libre desarrollo de la personalidad, este último reconocido a todas las personas, lo cual desemboca inexorablemente en la libertad de contratación.

⁶⁰ *Idem*, p. 30.

Al decir del maestro Galgano-, la libertad de contratación tiene dos aspectos, uno negativo y uno positivo. Conforme con el primero, nadie puede ser despojado de sus bienes o forzado a asumir prestaciones en favor de otros en contra de su voluntad, o en todo caso, independientemente de su propia voluntad. En sentido positivo, la libertad contractual significa el que los sujetos privados, a través de un propio acto de voluntad, pueden constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales, lo cual tiene tres formas concretas de expresión, a saber: como libertad de escoger, según las finalidades que tenga la persona, entre los diversos tipos contractuales reconocidos *ex lege*, como libertad de determinar, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido del contrato (y sobre esa base – según mi criterio-, incluir en él todos los pactos, cláusulas y condiciones que resulten posibles, posibilidad que franquea el artículo 312 del Código civil) y como libertad de concluir contratos atípicos o innominados⁶¹, expresión esta última que reconoce explícitamente el Código civil en su artículo 314 asintiendo un sistema abierto de tipos contractuales, “(a) la vez, (que) reserva un amplio margen de libertad para quienes contratan, a fin de que rijan sus propios intereses, dentro del marco ofrecido por los tipos contractuales o fuera de ellos; permitiéndoles la creación de nuevas figuras o combinaciones de las ya existentes, siempre que tales acuerdos no contradigan el orden legal, sus valores y principios fundantes”⁶².

Aun cuando no comparta, - ya lo he dejado dicho-⁶³, la existencia de la eufemísticamente llamada “contratación económica”, el Decreto-Ley 304/2012 es la piedra angular de la modernización del Derecho contractual cubano, al regular los principios generales de la contratación⁶⁴. No con un sentido ni con un propósito de asestar un golpe al sentido racional de la codificación, sino con otra mirada, por otras necesidades y con otras pretensiones, amén de

⁶¹ GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 2ª edición, Edizioni Cedam, Padova, 1983, pp. 210-211.

⁶² Según refiere – apoyado en el maestro colombiano Fernando HINESTROSA-, VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul, “Comentarios al artículo 314”, en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo III – Derecho de obligaciones y contratos, volumen IV, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en proceso de edición).

⁶³ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Quo vadis Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano)”, *Roma e America. Diritto Romano comune*, No. 24/2007, pp. 103-161.

⁶⁴ Lo cual no quiere decir que el Código civil cubano sea omiso en la regulación de tales principios, pero no en la manera en la que lo debería hacer la norma de mayor significación en materia contractual en un ordenamiento jurídico, al no tener asiento, varios de ellos.



que el efecto descodificador sea el mismo, digamos que estamos frente a un *dolus bonus*. La sanción del mencionado Decreto-Ley, sin dudas ha tenido un innegable efecto positivo al colmar las lagunas - extensas y profundas, por cierto- que en este, como en otros órdenes, deja el Código civil de 1987, aun cuando el resorte requerido no fuera una norma *ad hoc*, sino la integración de esos principios y reglas del Derecho contractual en el cuerpo normativo destinado a tal fin: el propio Código civil.

De ahí que, sea sumamente significativo – y diría incluso alegórico-, que el artículo 2 del citado Decreto-Ley se refiera a la autonomía de la voluntad en el sentido de libertad de contratar, de elegir el tipo contractual y de determinar libremente su contenido, dimensiones a las que hacía referencia Gallardo. Ello a tono con el artículo 8 que regula la función social del contrato, al refrendar el principio del interés general, de modo que en el contrato se atienda al orden social, la economía nacional, el medio ambiente y el interés público que se erigirían como límites internos de su contenido, o sea, un contrato con una visión ecológica, en funciones de necesidades sociales y conforme con el interés público. En tanto que, a través del Decreto 310/2012, regulador de los tipos contractuales en este sector, entran en escena contratos que si bien tenían tipicidad normativa, había dispersión en su regulación, la que además, en razón de sus fuentes era muy heterogénea, se incluyen: el contrato de leasing (artículos 101 al 109), los contratos de cooperación (artículos 110 al 115) entre ellos los contratos para la producción cooperada de bienes o para la prestación de servicios (artículos 112 y 113) y los contratos de administración productiva o de servicios (artículos 114 y 115), el contrato de investigación ingeniera aplicada (artículos 151 al 153), entre otros. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio del Derecho contractual en el Decreto-Ley 304/2012 con al alcance que tiene, y que no se limita como se hace en el artículo 312 al contenido del contrato, sino en su dimensión de libertad para contratar, ha de entenderse conforme con el artículo 1 y el artículo 47 de la Constitución, de los cuales es una concreción. Autonomía de la voluntad que se manifiesta en el proceso de formación del contrato, incluso desde la tratativas preliminares (artículos 11 al 18), en la elección de la forma contractual (artículo 31.1.), en la determinación del contenido (artículo 32 y siguientes), en la posibilidad de acudir a soluciones alternativas para el cumplimiento (artículo 42), en la determinación de las vías para solucionar los conflictos derivados de la ejecución del contrato (artículo 46), en la posibilidad de establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones sean convenientes (artículo 49), de modificar el contrato

(artículos 64 y 66), de transmitir la posición contractual (artículos 67 al 72), de dar por terminado el contrato (artículo 65.1 a) e igualmente de renegociar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente (artículos 76 y 77). El contrato gira en derredor de la autonomía de la voluntad. Por supuesto, un contrato hoy con una mirada constitucional, conforme con el interés general. Ello lleva también de la mano, la necesidad de concebir una autonomía privada conforme con los límites que marca la propia Constitución en el ejercicio de los derechos según el dictado del artículo 45, entre ellos los derechos del propio obligado, o deudor dentro de la relación jurídica contractual creada, de ahí la posibilidad de la revisión judicial del contrato, de su renegociación en casos de excesiva onerosidad sobreviniente o de su adaptación en sede judicial en pos de restablecer el equilibrio (artículos 76 y 77 del Decreto-Ley 304/2012 sobre la contratación económica) o de rescisión por lesión (artículo 80 del Código civil). Ello –al decir del maestro Fernández Sessarego- como manifestaciones concretas “de asegurar protección, en términos de justicia y solidaridad, a todos los intereses de los que son portadores los sujetos de derecho comprometidos en cierta relación jurídica” y como “resquebrajamiento del férreo principio del *pacta sunt servanda*”⁶⁵.

2.6. Los derechos de los consumidores.

No es posible el progreso social, sin el progreso económico. Sin dudas, se hace necesario incentivar la economía doméstica. En la medida en que la Constitución reconoce el mercado le corresponderá al Derecho privado regular los resortes que lo incentiven, aún el papel de actor de reparto que en la economía cubana se la ha atribuido por la Carta Magna. Y en ello juega un papel importante la pequeña y mediana empresa como eslabones imprescindibles de la economía.

En este escenario entran en acción los consumidores⁶⁶ cuya visibilidad por vez primera en sede constitucional patria se refleja en el artículo 78 de la nueva Constitución. Es cierto que, desde la perspectiva del Derecho del consumo, la autonomía privada cede frente a la protección de bienes constitucionalmente atendibles, como la salud del consumidor, la transparencia informativa, y la propia dignidad del consumidor a la que alude el citado artículo 78

⁶⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 162.

⁶⁶ Sobre el consumidor en el Derecho italiano, *vid.* BARENGHI, Andrea, La tutela de los consumidores en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2018-III, Fascículo No. 4, Buenos Aires, julio 25 de 2018,

constitucional, “uno de los aspectos más importantes del derecho del consumo es haber generado restricciones a la libre voluntad de los contratantes a través de la ampliación de normas indisponibles”⁶⁷. Se hace indispensable echar mano del principio de equilibrio, en el sentido de “ecuanimidad, mesura, sensatez, contrapeso, armonía (...)”⁶⁸. Por ello la autonomía privada ha de tener otras dimensiones en materia de Derecho del consumo, de manera que las normas reguladoras de los contratos con consumidores han de permitir “amplias facultades del juez para intervenir en la revisión contractual; responsabilidades objetivas que alcanzan a todos los que intervienen en la cadena de producción, distribución y comercialización de productos y servicios y eximentes limitadas”⁶⁹. Lleva razón Labañino Barrera - quien ha estudiado en nuestros predios el tema con detenimiento-, cuando expresa que la autonomía de la voluntad, tal como es conocida en el modelo clásico contractual, no se observa en estas relaciones contractuales de consumo. A su juicio, criterio con el que se coincide: “(t)ienen estas relaciones una fenomenología propia, basada en la necesidad del sostenimiento de la ecuación económica financiera del predisponente. En este tipo de relación contractual se aprecia la presencia de un objeto contractual deseado por una inmensa masa de consumidores, lo cual hace que la relación personal del contrato clásico se pierda, no existiendo posibilidad de negociación alguna, ni la adaptación de cláusulas contractuales especiales a la medida del consumidor. La explotación, los tiempos, el suministro de servicios o cosas a los consumidores, en las mismas condiciones, precio y al mismo destino, impiden que los predisponentes escuchen las conveniencias de cada uno de los consumidores. Ello tornaría más onerosa la provisión del objeto contractual, pues necesitaría un sistema de administración, control de calidad, y facturación lo suficientemente versátil para ajustarse a cada contrato suscrito. Tomando en consideración que cientos de miles de hogares reciben el suministro de distintos servicios, sería ilusorio especular o peticionar la existencia de un sistema que respete la autonomía de cada voluntad”⁷⁰.

⁶⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino”, en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 14.

⁶⁸ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “El Derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.361”, en *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo*, Jorge Oviedo Albán (coordinador), Biblioteca jurídica Diké, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2010, p. 170.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ LABAÑINO BARRERA, Maidolis, “La protección civil de los consumidores en la compraventa celebrada en el comercio

Y el entorno cubano no es ajeno al consumo. Desde la doctrina foránea se ha llegado a decir que “el Derecho cubano no ha permanecido ajeno a los movimientos legislativos de protección jurídica de los consumidores, siendo pionero en la introducción, en su Código Civil de 1987, de importantes mecanismos protectores de los intereses económicos de aquéllos, resultando, en ocasiones, un buen ejemplo a seguir, por los otros ordenamientos jurídicos, en determinadas instituciones (...)”⁷¹. El Código civil cubano si bien con una protección difusa o fragmentaria del consumidor, regula determinados tipos contractuales en los que intervienen consumidores y protege sus derechos. Se hace imprescindible tal tutela en la medida en que la sociedad cubana se abre al mercado y la pequeña y mediana empresa – aún hoy sin estatuto legal-, se convierte en actores de los lentos movimientos económicos que se van visualizando. A juicio de la profesora Ojeda Rodríguez: “(l)a modernización de los códigos civiles no puede dejar de considerar (...) los principios con arreglo a los cuales se desarrolla el tráfico jurídico de bienes y servicios, por ello no puede dejar fuera la figura del consumidor, la inserción de los consumidores en los códigos no puede ser puramente estética o ficticia y debe ir acompañada por reglas que mantengan la especialidad del tratamiento jurídico. Considerando que a los códigos se les reserva la función que siempre tuvieron, de reflejar la vida económica y social, no puede dejar de resultar claro que han de integrarse con el Derecho de consumo, ya que los consumidores son operadores económicos con una clara incidencia en la vida económica”⁷².

En fin, en materia de consumidores - y el Derecho cubano no escapa a ello-, las limitaciones de la autonomía de la voluntad son una suerte de contrapeso en la balanza de la relación con el consumidor. Se busca en todo caso, paliar la situación de desigualdad, colocar en una situación de paridad a la

minorista cubano”, *Tesis en opción al grado de ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo y Ediltrudis Panadero de la Cruz, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2012 (en biblioteca digital del autor), p. 14.

⁷¹ Así, ACEDO PENDO, Ángel, “El concepto de consumidor y usuario y sus derechos básicos en el vigente Derecho comunitario europeo y español. La protección del consumidor en el Código Civil de la República de Cuba”, en *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después. Libro homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador) Editorial Unijuris, La Habana, 2014, p. 253.

⁷² OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., “Los consumidores en el Código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?”, en *El Código civil cubano..., 30 años después*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, p. 287.



empresa (privada o pública) con los consumidores, a fin de que no se pueda insinuar que existe una relación con sustento en la desigualdad negocial de ambas, y que arroje como resultado la existencia de términos abusivos y cláusulas que a la postre se tornen ineficaces. La generalización de las relaciones de consumo ha generado la necesaria combinación “de una parte (de) la noción de contrato como acuerdo bilateral destinado a reglar los derechos de los contratantes, su finalidad económica y social, las mismas que en el contrato tradicional por negociación; y de otra, en el ámbito público, la intervención del Estado, en su poder de reglamentar y controlar la autonomía de la voluntad y la formación del consentimiento en función protectora de la parte más débil del vínculo”⁷³. Acertadamente arguye Kemelmajer de Carlucci, que hoy día “se es consciente que en el mercado hay débiles y poderosos (consumidores y empresas) que impiden toda flexibilidad (...) y nada de adaptabilidad a las necesidades de los más vulnerables. Por eso, ha sido necesaria la intervención del estado para que la igualdad contractual sea real”⁷⁴.

2.7. La libertad de disponer por causa de muerte.

Como expresión de libertades y autonomías, el reconocimiento a las personas de la libertad de disponer por causa de muerte también se impone. En tiempos en que tanto se debate sobre la libertad de testar, el Derecho cubano franquea tal posibilidad al reconocer entre los derechos constitucionales, con total independencia normativa, el derecho a la sucesión por causa de muerte en el artículo 63 constitucional.

El nuevo constituyente se desmarca del anterior al reconocer el derecho a la sucesión por causa de muerte y no solo el derecho a la herencia, ligado al derecho a la propiedad personal sobre determinados bienes (*vid.* artículo 24 de la Constitución de 1976). A mi juicio, el fundamento de la libertad de testar hay que centrarlo hoy, más que en la propiedad privada y en la protección de las familias, en el libre desarrollo de la personalidad, expresión de las libertades de la persona. Como sabiamente nos guía la profesora Kemelmajer de Carlucci: “(e)l punto de partida común es la constitucionalización del derecho privado, que impone *releer* el derecho sucesorio tomando como centro la persona humana. Esta centralidad exige atender a los valores jurídi-

cos contenidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos y ponerlos en equilibrio: la *libertad*, llamada hoy *autonomía*; la *igualdad real* y no meramente formal, vinculada a la *pluralidad*, y la *fraternidad*, hoy *solidaridad y protección* de las personas más vulnerables”⁷⁵.

En esta tesitura, nos enseña Vaquer Aloy que “(l)a libertad de testar es la libertad para organizar la sucesión mortis causa, y ello supone contemplar, por un lado, los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone al alcance del causante, y, por otro, el conjunto de limitaciones a esa libertad, limitaciones que no se reducen a la legítima, aunque sea la restricción más vistosa.

”Por su parte, la libertad para testar es la libertad para formar y expresar la voluntad de organizar la sucesión por causa de muerte. Por eso merece una especial atención la forma testamentaria y una tendencia jurisprudencial que se muestra muy tolerante con los defectos formales del testamento. Y, en una sociedad cada vez más envejecida, esa libertad para testar requiere una especial protección”⁷⁶.

La autonomía privada en materia sucesoria hoy va por distintos rumbos no necesariamente marcados por actos de naturaleza puramente patrimonial. En primer orden, si bien el testamento, regulado en el artículo 476 del Código civil cubano es el principal acto dispositivo por causa de muerte, no excluye otros como la designación por causa de muerte de beneficiarios en cuentas de ahorro (*vid.* artículo 545 del Código civil), de indudable arraigo entre los cubanos, y que expresa el favor del legislador hacia el ahorro y su tutela, al potenciar la autonomía privada, no solo al determinar el contenido del acto testamentario, sino también al reconocer otras alternativas para la disposición por causa de muerte de ciertos bienes (dinero), si bien como excepción (hasta el tope de las 5000.00 unidades monetarias), aun cuando quede en este orden un largo camino por recorrer, dada la no admisión de otras fuentes de derechos sucesorios como la paccionada o contractual, con indudable incidencia en la empresa familiar y en las explotaciones agrarias.

El artículo 63 de la Constitución salvaguarda íntegramente el fenómeno sucesorio, y no se limita a la tutela exclusiva de la herencia, sino de la sucesión *mortis causa*, con lo que quedan protegidas otras sucesiones como la particular, o a título de legado, incluida en el fenómeno sucesorio, mas no en la herencia. Y no solo la recepción por los herederos

⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Prólogo” al libro *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), en edición.

⁷⁶ VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 12.

⁷³ LABAÑINO BARRERA, M., “La protección civil...”, *cit.*, p. 40.

⁷⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 15.

y legatarios de los bienes y derechos atribuidos, sino también y sobre todo la libertad misma de disponer por causa de muerte, a tono con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 47 constitucional). Cada día cobra más sustantividad que el testamento se convierta en reservorio de disposiciones no patrimoniales, conectadas con la persona, así disposiciones sobre el destino del propio cuerpo o de sus órganos, sobre el cuidado de la fama, la reputación, la imagen, el honor, o sea, la protección de la personalidad pretérita, disposiciones relativas a la legitimación *post mortem* de las facultades de contenido moral derivadas del derecho de autor, así, *v.gr.*, designar a una persona física o jurídica que a su muerte ejercite algunas de las facultades o derechos morales incluidos en el derecho de autor, entre ellas exigir el reconocimiento de su paternidad y el respeto a la integridad de la obra, así como decidir sobre la publicación de inéditos. En tanto que, si bien aún hoy en Cuba no suele ser incluida en las disposiciones testamentarias, la protección *post mortem* de la identidad digital, lo será en un futuro mediato en la medida en que la sociedad de la información tome mayor protagonismo en el entorno cubano. La muerte en la red, o la muerte 2.0 ya es una realidad palpable. Tómese en cuenta que las nuevas generaciones nacen en un entorno digital que ha superado al analógico, vivirán en ese entorno y morirán en él. De ahí que, acudamos a un proceso de socialización de la muerte, pero en entornos digitales, “(c)on la llegada y generalización del nuevo paradigma de la Web 2.0 (o ‘Web social’) y su énfasis en la conectividad y la sociabilidad entre usuarios, este tipo de espacios dedicados al culto a la muerte adquieren un carácter más relacional, dinámico y flexible. Aparecen incluso espacios originalmente no pensados para este uso, pero que se convierten en nuevos lugares para rendir culto a los muertos, como blogs, redes sociales o mundos virtuales”⁷⁷. Y ello condiciona un nuevo modo de pensar y de hacer, todo ello en clave virtual. Para Moratalla Escudero: “Los internautas sienten la necesidad de velar por la integridad, autenticidad, preservación y destino de su patrimonio digital acumulado y ello se manifiesta en la voluntad de incluir en los testamentos las contraseñas de sus redes sociales, de sus páginas web y de sus cuentas de correo electrónico, incluso todo lo relativo a la propiedad de do-

minios online, lo que permite asegurar la música, vídeos, podcast, juegos, fotografías, blogs, e-books o cualesquier tipos de documentos en soporte digital, listas de favoritos,... y cualquier otro tipo de información o contenidos que podrían perderse o quedar inaccesibles en los discos duros locales o de servidores o incluso de estar alojados en la nube”⁷⁸. Se trata de bienes digitales que en los sucesivos se irán incorporando a los activos hereditarios, sin embargo, no solo en Cuba, sino también en el Derecho comparado “las reglas generales del Derecho sucesorio, aisladamente consideradas, no permiten determinar el destino de aquellos contenidos digitales de carácter privado, alojados en cuentas de mensajería, redes sociales, etc. que un prestador de servicios digitales pone a disposición del usuario con el que mantiene una relación contractual. Ni garantizan el acceso generalizado a las comunicaciones digitales del causante”⁷⁹. El Derecho de sucesiones tendrá que sentar pautas legales en este sentido que permita potenciar la autonomía privada en este orden, en tanto el entorno digital va formando cada día – y con más intensidad–, parte de la cotidianidad⁸⁰. Si la sucesión por causa de muerte hoy se asienta en el libre desarrollo de la personalidad es lógico que la persona en vida desee fijar sus designios sobre la administración *post mortem* de su identidad digital, pues ello también forma parte de su proyecto de vida, aunque sea en su capítulo final. Agudamente esgrime el profesor Delgado Echevarría que “(e)l fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales no puede ser, simplemente, la propiedad (...). El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (...), que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. La libertad de disponer para después

⁷⁸ MORATALLA ESCUDERO, José Ramón, “La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital”, en *Revista de Derecho Actual*, Universidad de Granada, vol. I (2016), p 3.

⁷⁹ *Vid.* SANTOS MORÓN, María José, “La denominada ‘herencia digital’: ¿Necesidad de su regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, No. 1, p. 424.

⁸⁰ Fe de ello lo da la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales, de Cataluña, que modifica los libros segundo y cuarto del Código civil catalán a través de la cual – según explica la profesora SANTOS MORÓN: “El causante puede designar a una persona física o jurídica como encargada de ejecutar sus voluntades digitales. Si no designa a nadie en particular se entiende que le corresponde al heredero o albacea ejecutarlas (...). En cuanto a la forma de manifestar estas voluntades digitales, pueden ordenarse mediante disposición de última voluntad (testamento, codicilo o memorias testamentarias) o a través de un documento (denominado “documento de voluntades digitales”) (...) que ha de inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales que crea esta norma (...)”. *Vid.* SANTOS MORÓN, M. J., “La denominada ‘herencia digital’...”, *cit.*, p. 434.

⁷⁷ MÁRQUEZ, I., “Muerte 2.0’...”, *cit.*, p. 109. Al decir del propio autor (p. 110) “... las nuevas tecnologías digitales (...) por medio de comentarios, imágenes, videos y canciones publicados y compartidos digitalmente, devuelven al muerto a la comunidad. Por medio de este tipo de interacciones digitales, la muerte se comparte públicamente, se socializa, y el muerto retorna digitalmente al mundo de los vivos, y comparte espacio con ellos”.





de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, sólo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana; si bien cada uno no puede disponer de otros bienes sino de los que le pertenecen”⁸¹.

Y no menos interés despierta la manera en la que el legislador cubano concilia la libertad de testar con la protección de las personas con vulnerabilidad⁸². En efecto, la legítima reconocida en el Código civil cubano es una legítima de naturaleza asistencial⁸³, en la que el legitimario tiene derecho a una *pars bonorum* del patrimonio del fallecido, aun cuando – sorprendentemente- no haya sido entendida así por la Corte de Casación italiana⁸⁴. Erigida como una legítima negativa o de freno, en tanto el

testador ha de cumplir con el deber legitimario de atribuirle por cualquier concepto la mitad del acervo hereditario (reconstruido) a las personas parentalmente vinculadas con él, en el orden de los descendientes y ascendientes, o al cónyuge, siempre que resulten probadas las circunstancias de no aptitud para trabajar y dependencia económica respecto del causante de la sucesión (*vid.* artículos 492 y 493 del Código civil). Circunstancias que han de subsistir – a modo de yuxtaposición-, al momento del deceso del testador y cuyo cumplimiento será controlado *ex post* en vía notarial, o en vía judicial, si se discute la condición de legitimario atribuida por el testador. Legítima que tiene naturaleza concurrencial, en tanto que sólo respecto de los hijos que excluyen al resto de los descendientes, los demás legitimarios tienen derecho a ella sin carácter excluyente entre sí⁸⁵. Con este enfoque social, de derechos humanos, la legítima cubana busca tuición a las personas con vulnerabilidad económica⁸⁶, a la vez que enaltece la libertad de testar erigida en principio cardinal del Derecho de sucesiones, libertad de testar conciliada con la responsabilidad familiar. Libertad sí, pero con compromisos familiares atendibles en razón de la vulnerabilidad de las personas⁸⁷. No se trata de compensar cuotas en su sentido cuantitativo, sino de erigir pesos y contrapesos que permitan a la persona proyectar en un justo equilibrio su propia sucesión, escribir el último capítulo de su biografía, sin más cortapisas que cumplir con los deberes familiares impuestos por la moral y el Derecho, pero no exclusivamente sobre la base de la sangre, del matri-

⁸¹ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “El fundamento constitucional de la facultad de disponer por causa de muerte”, *Diario La Ley*, No. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Editorial La Ley, p. 6.

⁸² Si bien en otro contexto histórico, es dable destacar que la Constitución cubana de 1940 reguló la libertad de testar y también las legítimas, en el afán de los constituyentistas de reducir la cuota legitimaria de los descendientes, de dos tercios reconocidos en el Código civil, a la mitad de la herencia. Sobre el tema, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La sucesión por causa de muerte desde una visión constitucional”, en *Derecho civil constitucional*, Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo, German Molina Carrillo, coordinadores, Instituto de Ciencias Jurídicas, Grupo editorial Mariel, México, 2014, en concreto, pp. 327-331.

⁸³ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Estudios sobre la legítima asistencial*, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2015, *passim*. Igualmente, PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “La legítima en el Código civil ruso. Un análisis histórico y comparado”, en *In Dret*, No. 1/2016, Barcelona, enero 2016, WWW.INDRET.COM, consultado el 23 de octubre de 2017.

⁸⁴ La Corte Suprema Italiana, con la Sentencia No. 14811, de 30 de junio de 2014 (Cas. Sez. II, presidente: Roberto Michele Triola, relator: Vincenzo Mazzacane), resolvió que: “*la calidad de heredero particularmente protegido prevista por el código vigente cubano no es asimilable a la del heredero legitimario regulada por nuestro ordenamiento, en realidad, mientras que la primera institución tutela la condición del heredero que está en condiciones económicas precarias, el heredero legitimario es reconducible a la sucesión necesaria, que atribuye al cónyuge y a algunos parientes muy cercanos del de cuius una cuota intangible de la herencia, a la que estos tienen derecho en base a la relación conyugal o de parentela existente con el difunto, prescindiendo por ende de sus condiciones económicas; es evidente la diversidad radical de las finalidades y los requisitos de ambas instituciones y, por tanto, la insubsistencia de la condición de reciprocidad del art. 16 Disp. prel., dado que según dicha norma el extranjero puede gozar del derecho atribuido al ciudadano italiano solo si demuestra que el estado al que pertenece reconoce un derecho igual o similar al ejercido en Italia, y que el mismo estado, al reconocerlo, no establece ninguna discriminación en perjuicio del ciudadano italiano*”, llegando a faltar los presupuestos para la verificación de la condición de reciprocidad referida por el artículo 16, Disposición preliminar, del *Codice*. Para profundizar en el estudio de esta sentencia *vid. per omnia*, CALÓ, Emanuele, “La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legitimario”, nota a Cass. 30 giugno 2014, n. 14811, *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2015, pp. 567-576.

⁸⁵ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., *Estudios...*, *cit.*, *passim*.

⁸⁶ Se insiste en el que el concepto clave ha de ser el de vulnerabilidad, y no otro. Desde el Derecho brasileiro se expone la necesidad de enfocar el Derecho de sucesiones hacia las personas con vulnerabilidad. A tal fin se ha dicho, con toda razón que: “o Direito Sucessório não deve promover a transmissão da herança, indiferentemente, a pessoas aptas a garantirem, economicamente, uma vida digna, quando há pessoas vulneráveis economicamente, ou seja, pessoas com dependência econômica do de cujus ou que, dentre os herdeiros legítimos, não possam prover o próprio sustento”. *Vid.* CARDOSO BRASILEIRO BORGES, Roxana y Renata MARQUES LIMA DANTAS, “Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos”, *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 11, jan-mar 2017, p. 74.

⁸⁷ Entiéndase que: “A vulnerabilidade econômica no Direito Sucessório não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade”.

“Não se nega que normas de Direito Sucessório regulam a continuidade do direito patrimonial, com vistas a estimular a produção em vida (...). Mas não podem ser vistas somente sob este ângulo, uma vez que à sucessão também tocam aspectos existenciais, especialmente quando se referem aos vulneráveis no Direito Sucessório”. *Vid.* CARDOSO BRASILEIRO BORGES, R. y R. MARQUES LIMA DANTAS, “Direito das sucessões...”, *cit.*, en concreto, pp. 83 y 89, respectivamente.

monio o de la unión de hecho, sino sobre la base también de necesidades asistenciales, debidamente acreditadas. De esta manera en el epílogo de nuestras vidas se logra un justo equilibrio entre nuestro propio ego y el prójimo.

| 72

2.8. Constitución, autonomía privada y Derecho de las familias: Su repercusión para el Código civil.

Si bien el Derecho de las familias tiene autonomía normativa en el Derecho cubano al estar dotado de un cuerpo uniforme de normas legales que lo constituye el todavía vigente Código de familia, promulgado en 1975 y que ha regido los destinos de nuestra nación durante 44 años, amén de la discusión que en el ámbito doctrinario doméstico todavía podría sostenerse sobre el acierto, o no, de ello y que ha llevado a planos exacerbados de los “autonomistas” a negar incluso la aplicación supletoria de las normas del Código civil, pues si bien es cierto que la familia es el único sostén de cualquier sociedad, “un camino común, aunque particular, único e irrepetible, como irrepetible es todo hombre; un camino del cual no puede alejarse el ser humano”⁸⁸. Esa familia socorrida, ansiada, buscada, querida, amada, remanso de paz, regazo de los más nobles recuerdos, también requiere de las normas del Derecho civil y no solo del Derecho familiar. A fin de cuentas, ambos tienen en común el ser las materias más sensibles y cercanas a la persona. No comparto, por supuesto y eso lo he dicho en disímiles escenarios esa mirada doctrinaria que busca una escisión abismal entre el Derecho civil y el familiar. Ni el primero es exclusivamente patrimonialista al ser el Derecho regulador de la persona, ni el segundo se centra únicamente en afectos y valores, porque no solo atañe al matrimonio sino también al patrimonio. En fin, el artículo 8 del Código civil es para el Código de familia lo que un balón de oxígeno para alguien con dolencia respiratoria⁸⁹.

⁸⁸ JUAN PABLO II, “Carta del Papa a las Familias, con motivo del año internacional de la familia (1994)”, en <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/familias.htm>, consultada el 3 de mayo de 2005.

⁸⁹ *Sobre la naturaleza supletoria de las normas del Código civil respecto de las del Código de familia, es dable citar varias sentencias, tanto de tribunales de instancia como del propio Tribunal Supremo. Como paradigmática la Sentencia No. 45 de 29 de mayo del 2009, dictada en proceso ordinario, por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Roselló Manzano), que en su Cuarto Considerando deja sentado que: “... si bien es indiscutible la independencia legislativa de que goza el Derecho de familia desde la promulgación de un Código propio en mil novecientos setenta y cinco, al que siguió doce años después el Código civil que coherentemente con ello no incluyó un libro*

La autonomía privada no es ajena al Derecho familiar. Las recientes reformas al Código civil y comercial de la Argentina lo han hecho evidente. Se trata de abrir cauces a la autonomía en el Derecho familiar, sobre todo en lo que concierne a las relaciones horizontales.

Según Kemelmajer de Carlucci la autonomía de la voluntad “metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares. Desde esta perspectiva, la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se

destinado a la regulación de las relaciones familiares, es también innegable que el Derecho no es cosa distinta que un sistema, y que en particular entre Derecho de familia y Derecho civil existe una estrecha relación, como lo demuestra el hecho de que en un gran número de Códigos civiles de nuestra tradición romano-francesa, se sigue el llamado Plan de Gayo, incluyendo la materia familiar, y ello hace que, incluso habiendo el legislador patrio adoptado el Plan de Savigny, haya en ambos Códigos necesarios referentes mutuos, como lo demuestra en el caso del Código de familia, el artículo treinta y siete, que remite a lo legislado en el Código civil en materia de copropiedad; todo lo relativo a la capacidad, que salvo las excepciones conocidas en materia de edad para contraer matrimonio, se rigen por los artículos veintinueve y siguientes del Código civil; la prescripción de la acción para reclamar mensualidades vencidas de la obligación de dar alimentos, claramente coherente con lo preceptuado en el artículo ciento dieciocho del Código civil, por solo citar algunos ejemplos que hacen patente la posición que sostenemos, de la que se sigue que su propio carácter de acto jurídico, hace que le sea claramente aplicable al matrimonio de forma subsidiaria la disciplina de la nulidad regulada en los artículos sesenta y siete y sesenta y ocho del Código civil, en virtud del artículo ocho y la disposición final primera del propio cuerpo legal, supliendo los vacíos que en ese sentido acusa la legislación familiar, y debiéndose notar que el sostenimiento de una posición contraria implicaría, además de la desatención a los argumentos técnicos propuestos, la nefasta consecuencia de no contar con una solución normativa para decretar la nulidad de actos jurídicos matrimoniales que persiguen fines extraños a dicha institución, a placer de quienes se sirven de ella para alcanzar dichos resultados o para defraudar las prohibiciones que establecen normas imperativas”.

Posición que igualmente ha abrazado el Alto Foro en su Sentencia No. 406 de 31 de mayo de 2016, (ponente Acosta Ricart), que en su primer Considerando dispone que: “... no resulta acertada la valoración del Tribunal al estimar como únicas causales de nulidad del matrimonio las contenidas en el artículo cuarenta y cinco del Código de Familia, sin estimar la supletoriedad del Código Civil con relación a otras leyes a que se contrae su artículo ocho; (...) pues desconoce el Tribunal que para el jurista moderno, la doctrina de la nulidad matrimonial encuentra lógica justificación partiendo de la consideración del matrimonio como acto jurídico, entonces cabe configurar la nulidad matrimonial como la sanción civil por ausencia o imperfección de alguno de los requisitos o condiciones legalmente requeridos para la válida formación del vínculo; en consecuencia, como acto jurídico no pueden serles ajenos los requisitos esenciales para cualquier acto jurídico, por tanto cuando así corresponda nada impide se aplique el precepto que corresponda del artículo sesenta y siete del Código Civil, en cuyo caso la acción resulta imprescriptible y podrá ejercitarse por persona interesada o por el Fiscal, según lo establecido en su artículo sesenta y ocho (...)”.





esfuerzo por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales⁹⁰. El paso más importante para la democratización del Derecho de las familias lo ha sido su constitucionalización. Si bien la Constitución de 1940 y la Constitución de 1976 dedicaron capítulos a la familia⁹¹, la Constitución de 2019 rompe esquemas tradicionales y potencia la autonomía en el ámbito del Derecho familiar. De esta forma toda persona, en razón de su libertad y conforme con su proyecto de vida puede ejercitar libremente el derecho a fundar una familia, cuyo modelo puede ser construido precisamente en razón de la dignidad como presupuesto ontológico de cada persona, y según ese proyecto de vida familiar que en todo caso debe responder a presupuestos éticos.

Las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que desde el Derecho, tradicionalmente se ha tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, todavía anclado a la familia nuclear, o sea, el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Ha operado pues un proceso de repersonalización en las relaciones familiares en la búsqueda de atender los intereses más valiosos de las personas: afecto, solidaridad, lealtad, confianza, respeto, amor, felicidad. Por ello, las familias, y no la familia, plural enfático del constituyente cuando le da un *nomen iuris* al Capítulo III del Título V, de modo que como expresa el artículo 81 de la Constitución: “*El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización*”, cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen visibilidad. Todas ellas además, conforme con el canon de la igualdad previsto en el artículo 42 constitucional.

Modelos familiares que pueden constituir según el proyecto de vida o por vía del matrimonio o a través de la unión de hecho, ambos con sus efectos jurídicos disímiles, pero no por ello protectores, por supuesto según el grado de intensidad del compromiso asumido, así serán los efectos jurídicos que la norma de desarrollo, en este caso el nuevo Código de las familias que vendría a sustituir el vigente, ha

de establecer. Será la pareja la que decida qué compromiso asumir, si a partir del matrimonio o al margen de este, conforme con la una unión convivencial o de hecho que ha constituido, cualquiera sea la orientación sexual de los miembros de la pareja. De ahí que, formalizar matrimonio o no es un derecho de cada persona, ejercitable *ad nutum*.

Por eso, “dado que hay un derecho a la vida familiar y a no casarse, el legislador no puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, ya que de una u otra manera se aplicarían los mismos efectos. Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos corresponde aplicar y cuáles no”⁹². Será la labor de un neurocirujano la que le competará a los legisladores del nuevo Derecho familiar cubano. No podrá actuar con vehemencia ni con pasiones exacerbadas. Al filo del precepto constitucional, según los párrafos segundo y tercero del artículo 82, la ley determinará los efectos del matrimonio, y en materia de unión de hecho, los derechos y obligaciones que bajo las condiciones y circunstancias que la ley también determinará, le serán atribuidos. Sin dudas, la Constitución aboga por las diferencias entre los modelos familiares, dejando al legislador ordinario la criba de los que corresponde a uno y a otra. Acercarlos en pos de una pretendida igualdad, conllevaría a anular la autonomía familiar, pues quien ha apostado por la unión de hecho, es porque el matrimonio no es el modelo familiar que se ajusta a su proyecto de vida.

Y este poder de decisión de la pareja ha de extenderse, a modo de *lege ferenda*, a la determinación del régimen económico del matrimonio, sobre la base de un régimen primario que cautele los derechos básicos de la pareja sustentados en el auxilio y la solidaridad familiar, pero que a la vez permita a los cónyuges decidir con entera libertad, siempre que se respeten los principios generales de la contratación, las normas imperativas del Derecho familiar y al orden público, conjugándose de ese modo, de manera armónica y equilibrada el principio de autonomía privada y los valores medulares de las familias.

Para la estipulación del régimen económico del matrimonio en capitulaciones, el Derecho puede actuar desde dos posiciones extremas, que van desde un mandato legal que impone un determinado régimen a los esposos y que elige el legislador sin intervención de la voluntad de las partes a la plena libertad de estipulación para los contrayentes en virtud

⁹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 4.

⁹¹ En el caso de la Constitución de 1940 la familia se reguló conjuntamente con la cultura (*vid.* al respecto, MEDEROS RODRÍGUEZ, Eduardo B., *La familia y la cultura en la Constitución cubana*, Jesús Montero editor, La Habana, 1948, p. 78). La de 1976, sí que le dedicó un capítulo *ad hoc*.

⁹² KEMELMAJER DE CARLUCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 18.

de la autonomía privada, incluyendo todas las variantes intermedias posibles⁹³.

En fin, el nuevo Derecho familiar que ya comienza a construirse tras la sombra constitucional deberá otorgar un amplio margen de libertad a los capitulantes para que se sometan a algunos de los regímenes típicos que la ley admite o para adoptar uno de ellos con las modificaciones y combinaciones que estimen pertinentes, y al mismo tiempo configuren un régimen patrimonial que rija los efectos económicos de su matrimonio, organizado y estructurado por ellos mismos y que podrían denominarse atípicos o innominados⁹⁴, sin más limitaciones que las señaladas expresamente por el propio Código. El principio de la libertad capitular presupone igualmente la libertad de concertar el contrato lo mismo antes que después de la constitución del matrimonio, y la posibilidad de modificarlo durante la vigencia del vínculo matrimonial.

El Derecho filiatorio tampoco ha de regirse exclusivamente por normas imperativas, la voluntad procreacional se erige como tercera fuente de la filiación. El Derecho cubano tiene que dar cobertura a lo que acontece en la realidad. Al aplicarse las técnicas de reproducción humana asistida –como acontece en el ámbito médico cubano, dotadas además de gratuidad–, se está previendo que la voluntad es el título habilitante de la filiación en supuestos sobre todo de inseminación artificial o FIVTE heterólogas, o sea, aquellas en la que no hay convergencia entre el progenitor o progenitores y el padre o la madre legal, en tanto estos últimos son los que han manifestado su intención de convertirse en tales aunque no hayan sido ni los titulares del material genético, ni en el caso de la mujer, la madre portadora, que tampoco tiene por qué coincidir con la madre gestante. Y no menos trascendente lo es el reto de democratizar la filiación, en el sentido de que sean los progenitores por acuerdo entre ellos quienes determinan el orden de los apellidos, como

⁹³ Se trata de la aplicación en mayor o menor medida del principio de autonomía de la voluntad en el otorgamiento del contrato matrimonial. Otra cosa bien distinta sería la de las legislaciones que no conceden libertad alguna para concertar capitulaciones y prevén un solo tipo de régimen legal con carácter imperativo, anulando radicalmente la posibilidad de establecer cualquier otro pacto relacionado con el matrimonio. Tal es el caso en América Latina, únicamente de Cuba que impone como único régimen económico matrimonial el de la comunidad parcial de bienes (*vid.* artículos 29 y siguientes, de aplicación, del Código de familia).

⁹⁴ Sin embargo, en la práctica estos sistemas son difíciles de aplicar, ya que en la mayoría de los casos los cónyuges no tienen los conocimientos técnicos y la previsión necesaria para organizar correcta y coherentemente un régimen económico. No obstante, el asesoramiento notarial sería lo idóneo.

parte del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía privada en el ámbito familiar⁹⁵.

La elección de la vía a través de la cual se pone fin al matrimonio, sea esta notarial o judicial, también forma parte de las libertades que tiene la pareja, no solo de poner fin al matrimonio, sino también de elegir si lo hacen a través de convenciones aprobadas en sede notarial o en sede judicial. Cuba ha sido un país tradicionalmente divorcista y fue el primer país en regular, en el año 1937, un divorcio por mutuo acuerdo ante notario⁹⁶. Las reglas establecidas hoy en el Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre y su Reglamento (Resolución No. 182/1994, de 10 de noviembre del Ministro de Justicia) sientan como basamento que el divorcio como acto jurídico familiar es expresión de la voluntad de los divorciantes. Con la atribución al notario de la competencia para conocer de la separación y el divorcio “(s)e busca adecuar el procedimiento a la nueva fisonomía del divorcio, a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos; pues el ejercicio de un derecho no implica necesariamente su judicialización. Y, justamente, la potenciación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges no implica en modo alguno, la *privatización* del divorcio”⁹⁷.

Se trata en definitiva de un control de autoridad, en tanto no hay una degradación del control estatal sobre el vínculo matrimonial que se rompe a causa del divorcio. No funciona en el divorcio el principio de autonomía privada como acontece en sede contractual. La manera de dibujar las convenciones en el divorcio, no son tan amplias como en el contrato, ni tampoco pueden supeditarlas a condición, ni a término, ni imponerle un modo. Ni tampoco el contenido del divorcio es esencialmente patrimonial, como acontece en los contratos. Según Pérez de Ontiveros: “Admitido el valor que ha de darse a esta autonomía de la voluntad en la separación y disolución del vínculo, y en la necesidad de un control de la decisión adoptada y las medidas que la acompañan, el debate se centra en el hecho de si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o encomendarse a otros profesionales al

⁹⁵ *Vid.* en el contexto cubano, ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Los principios de igualdad y no discriminación y el orden de los apellidos”, en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, año XI, No. 1, Buenos Aires, febrero 2019, pp. 158-174.

⁹⁶ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Divorcio por mutuo acuerdo ante notario*, ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018 y los distintos trabajos contenidos en él, desde perfiles diferentes.

⁹⁷ CULACIATI, Miguel, “Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina”, en *Revista Ius*, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 36, año V, invierno 2015, p. 385.

servicio del Estado, (...)”⁹⁸. El notario es un profesional del Derecho en quien el Estado delega el ejercicio de la fe pública, precisamente para dar autenticidad, legitimidad y veracidad a la actuación de los particulares. No se trata de privatizar el Derecho de familia ni tampoco de contractualizarlo. Potenciar la autonomía privada no significa convertir en contrato las instituciones en las que en esta se fortalece, como si fuere el Rey Midas. Permitir que la pareja pueda acudir ante el notario para instrumentar su decisión de desvincularse sin probar causa alguna que “justifique” la disolución, no implica que el Estado no tenga interés en proteger la familia, y en consecuencia no controle de algún modo la decisión de los cónyuges. El notario está precisamente para ello. No se trata de una transformación copernicana del divorcio, sino de encauzarlo por las vías que más se atengan a su propia naturaleza, conforme con la autonomía privada de los cónyuges y los reclamos sociales.

El nuevo Derecho familiar cubano ha de prever, además, la posibilidad de acuerdos de parentalidad. El divorcio pone fin a la pareja conyugal pero no, a la pareja parental, por ello y en la medida en que se democratiza la familia, se hace necesario que padre y madre acuerden con previsión de futuro las pautas en las que se sustentará el cuidado de los hijos e hijas, determinándose a tal fin, no solo prestaciones de contenido económico como los alimentos, sino otras de índole personal-afectivo como el régimen relacional con los hijos, entre ellos el cuidado compartido en los casos en que resulte lo más beneficioso para el interés superior de los menores. Explica Abboud Castillo que se trata “de dar espacio a las voluntades de padre y madre, para que autorregulen su situación familiar luego de producirse la separación de pareja”⁹⁹, respondiendo con ello a “una orientación contemporánea del Derecho de familia, que propugna mayores márgenes para la autonomía privada expresada en la libertad de las personas para ordenar su esfera íntima, con mínima intervención de autoridad pública, sin abandono del debido respeto al principio constitucionalizado de protección a la familia (...)”¹⁰⁰.

Y en materia de unión de hecho ha de habilitarse a los miembros de la pareja la posibilidad de pactar, a través de escritura pública, sobre el contenido personal y patrimonial de la unión que voluntariamente

conciertan y que inscriben a los fines de oponer los efectos frente a terceros, pero sin que ello tenga eficacia constitutiva de la unión. Es la pareja la que ha de dotar de contenido a ese acuerdo o convenio o incluso contrato.

En fin, se trata de potenciar la autorregulación de los intereses familiares, siempre a tono con los intereses públicos atendibles, la solidaridad familiar y el interés superior del menor como límites infranqueables a esa autonomía, también generadora de preceptos o normas jurídicas con igual eficacia que las legales. En ese sentido se ha de dar preferencias también a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, en la medida en que las capacidades de ellos se asientan, gradualmente perderá protagonismo el papel sustitutivo de padres y madres. A mayor autonomía progresiva, menor será la intensidad de la sustitución por sus progenitores. Y similar acontece con las personas de la tercera edad. El artículo 88 de la nueva Constitución reconoce expresamente su autodeterminación, y el ejercicio pleno de sus derechos, pero desde su propio yo, ejercitados en primera persona. Tal autodeterminación supone el validismo, la realización personal, el desarrollo de su proyecto de vida, e incluso el otorgamiento de actos en previsión de su propia discapacidad. Según Pereira Pérez: “debe ser congruente el ejercicio de la autonomía con el concepto de persona, ya que es a ella a quien se le reconoce y quien puede fácticamente ejercitarla, o sea, que la autonomía no tiene sentido si no va unida a los seres humanos y su convivencia en sociedad, siendo ese el escenario en el que se presenta como un fenómeno verdaderamente trascendente, manifestándose en la toma de decisiones esenciales, primero para la individualidad y después frente a otras personas, a la familia, a la comunidad, a la sociedad o al Estado”¹⁰¹.

3. Arterias y venas del torrente jurídico: la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico a la luz de las normas de desarrollo.

Es necesario educar, instruir, enseñar desde las aulas universitarias con sentido y vocación de sistema, sin pensar que las materias que impartimos son la quintaesencia del Derecho. Constitución y Código civil se convierten en la piedra angular eso sí, de nuestro sistema jurídico y ello con sentido de unidad, en cuanto en la base del ordenamiento jurí-

⁹⁸ PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, BIB 2015\15870. Thomson Reuters Aranzadi, 25 de noviembre 2015 (tomado de westlaw).

⁹⁹ ABBOUD CASTILLO, Neylia L., *El cuidado compartido. Una propuesta viable*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 106.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ PEREIRA PÉREZ, Joanna, “El acto en previsión de la propia discapacidad o incapacitación”, *Tesis en opción al grado de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana 2018, p. 34 (en biblioteca de la Facultad de Derecho).



dico hay que presuponer la primera como norma fundamental a la cual se adscribe el Código como el resto de las normas jurídicas de desarrollo constitucional, teniendo en cuenta, no obstante, el valor preeminente que en cualquier sociedad siguen teniendo los códigos civiles. No quiero ofrecer discusiones diletantes sobre el valor o no supletorio que puedan tener las normas jurídico-civiles, pero, aun así, recuerdo solo el artículo 8 y la Disposición Final Primera del Código civil cubano. Entiendo que el Derecho público tiene sus propios principios y reglas, con la autonomía que en Derecho es dable hablar, a fin de cuentas, ello siempre en términos muy relativos, pero los principios generales del Derecho que se destilan del Código civil pueden ser de aplicación, más allá de la distinción etérea y bizantina entre el Derecho público y el Derecho privado, en realidad “no existe un derecho puramente público ni un derecho exclusivamente privado. En cada uno de ellos existe una determinada injerencia del otro (...)”¹⁰². La relación jurídica, la prescripción, la caducidad, el cómputo de los plazos de tiempo, la capacidad jurídica, la personalidad jurídica, la propiedad, las situaciones de copropiedad, la hipoteca, el derecho real de prenda, el acreedor, el deudor, la compraventa, la permuta, la donación, la fianza, la declaración judicial de ausencia, la declaración judicial de presunción de muerte, la representación, el apoderamiento, el legado, la herencia, la legítima, la partición hereditaria, los órdenes sucesorios, son categorías del Derecho civil, pero tomadas por las ramas que después alcanzaron independencia en términos relativos, de manera que cuando en la legislación especial se emplean estos términos “siempre se estará aludiendo a la de esos institutos que aparecen en el Código”¹⁰³. Al decir del profesor Giorgio Cian, “el Código civil sigue siendo el telón de fondo de toda la legislación especial y es a la vez el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna intelegibles”¹⁰⁴. La cuestión está en el empleo, interpretación, adaptación de las categorías jurídico-civiles, en su utilización como herramientas metodológicas para entender el Derecho.

El gran desafío de la Constitución de la República de 2019 es su propia aplicación, ya sea como norma suprema con eficacia directa, como cúspide de todo el ordenamiento jurídico, a partir de la supremacía constitucional (artículo 7) o a través de normas de desarrollo que actúan como venas que irrigan el torrente jurídico a partir de los postulados

constitucionales situados en la arteria principal de todo el sistema jurídico del Estado. Ha de tenerse en cuenta que “el legislador solo incide en el derecho cuando es llamado a ello por mandato constitucional mediante reserva de ley, siempre con el objeto de complementar el postulado de la norma iusfundamental, desarrollar el derecho y crear las condiciones más favorables para su ejercicio”¹⁰⁵. Por esa razón será necesario dictar un número significativo de normas legales, e interpretar las vigentes desde el prisma de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos integrados al ordenamiento jurídico cubano (*vid.* artículo 8 constitucional). Todo ello con un sentido de coherencia, sistematicidad, integración, más allá de los límites que tradicionalmente se han erigido entre el Derecho público y privado. Al decir del Rodotà “(l)a Constitución (...) no se contenta con dar relieve a cualquier forma de existencia, sino a la que da plenitud a la libertad y a la dignidad. Nos hallamos frente a un complejo nudo gordiano, frente a un juego de toma y daca que no solo prohíbe abstraerse de las condiciones materiales, sino que establece una relación necesaria entre existencia, libertad, dignidad (no solo individual sino «social»), desarrollo de la personalidad (en una dimensión señalada por la igualdad)”¹⁰⁶. Y en esos planos han de orientarse las leyes posteriores. Deben ser portadoras de los valores que la Constitución enarbola, en tanto “el postulado constitucional limita y mandata al legislador ordinario de dos formas: vedando su actuación en el espacio del contenido que configuró el constituyente y habilitándolo para que incida sobre él desarrollándolo”¹⁰⁷.

En fecha anterior a la reforma constitucional, pero próxima a ella, nos alertaba la profesora Prieto Valdés que: “urge que frente a leyes de desarrollo no nacidas, demasiado ambiguas o lacónicas en su decir, o con carácter restrictivo o modificador de los contenidos, se asuma a la Constitución, sus principios y valores positivados, como regla directa, y que mediante la interpretación judicial conforme a ella, se brinde la garantía primera de los derechos, sea cual sea la rama jurídica o la sede judicial que compete y que, por esa vía, se asegure la primacía y res-

¹⁰² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 616.

¹⁰³ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho civil. Parte general*, tomo I, 5ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 61.

¹⁰⁴ CIAN cit. pos RIVERA, J. C., *Instituciones...* I, cit., p. 61.

¹⁰⁵ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, “Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Una relación conceptual no siempre bien resuelta”, *Derecho Civil Constitucional* (Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, coordinadores), Grupo editorial Mariel, México, 2014, p. 92.

¹⁰⁶ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 150.

¹⁰⁷ VILLABELLA ARMENGOL, C., “Derechos fundamentales...”, cit., p. 92.





peto de la ley aprobada soberanamente por el pueblo”¹⁰⁸.

“La Constitución -como decía Calamandrei- debe ser próspero, debe ver a lo lejos y no ser miope”¹⁰⁹ solo así es capaz de atemperarse a los movimientos pendulares de la sociedad, de la economía y también de la política. En este sentido se hace necesario el respeto al principio de reserva de ley como garante de la legitimidad de los actos normativos creados por el poder legislativo. No se olvide que las normas constitucionales son normas productoras de normas inferiores, pero con vocación de sistema. Se trata de esa unidad sistemática, esa totalidad ordenada, descrita por Bobbio¹¹⁰, esa coherencia que permite comprender el ordenamiento jurídico con ese sentido de sistema en el que cada norma inferior se intercomunica con las de igual jerarquía y constituyen todas los brazos de la propia Constitución.

4. Tras la Constitución de 2019: ¿Los días del vigente Código civil están contados?

Uno de los grandes maestros del Derecho civil italiano Massimo Cesare Bianca ha apuntado que los códigos civiles siguen satisfaciendo dos necesidades esenciales, a saber: la igualdad y la racionalidad¹¹¹.

Por su parte, otro genio del Derecho italiano, el maestro Guido Alpa, le atribuye a los códigos una triple función: ser el espejo de la sociedad, servir de regulación a las relaciones civiles y servir también de laboratorio de interpretación¹¹². Por su parte desde la Argentina, el profesor Rivera apunta – con razón-, que “lo caduco es la ilusión racionalista de consagrar en un código el derecho de manera definitiva, permanente, estable. El derecho muda, cambia constantemente, y ello debe reflejarse en el Código (...)”¹¹³.

Los códigos civiles son el estandarte del estatuto mismo de la persona, como lo es el Derecho civil. Al decir -siempre castizo-, del profesor Rogel Vide “(e)l denominador común de las todas las instituciones civiles, complejas y dispares entre sí, es la persona. La vida jurídica de la persona es el contenido del Derecho civil. El Derecho civil es, pues, el Derecho de la persona, pero de la persona en sí mi-

sma considerada, abstracción hecha de cualidades o adjetivos que puedan interesar a otros derechos”¹¹⁴. Por ello, -sigue diciendo el profesor Rogel-, el Derecho civil centra su atención en “los actos del hombre más genérico, titular de un patrimonio y miembro de una familia”¹¹⁵.

El Código civil cubano de 1987 responde a un momento histórico, social, económico y cultural diferente. No me atrevo a avizorar si estamos hoy en el momento preciso para una revisión íntegra de las normas del Código civil, pero no cabe duda que ella se impondrá. “Las circunstancias o condiciones para una nueva codificación o para una recodificación deben ser comprobadas –y reveladas– con estudios técnicos, que bien pueden ser realizados en el ámbito universitario. Dichos estudios técnicos no tendrán que ver, exclusivamente, con la puesta al día de la normativa vigente que se haya importado en un proceso previo de codificación civil, o sea, con la información que se procuran los académicos sobre las modificaciones de los códigos que sirvieron de modelo al nacional, que a veces hacen sentir la necesidad de actualizar también el texto nuestro. La verdadera labor universitaria radicará en la comprobación de lo adecuado de las leyes a los problemas concretos”¹¹⁶. La Constitución –aclaro- en los temas que hoy nos conciernen, ha constituido un sismo de gran intensidad para todo el sistema jurídico cubano, cuyas réplicas serán continuas y constantes, justo en la misma medida en que se reformen las distintas leyes especiales que conforman el ordenamiento jurídico, con indudable incidencia en el Código civil. Por ello, se refuerza la idea de la inmediatez de la necesidad de un nuevo Código de las familias lo que es tan evidente como el aire que respiramos, de una ley de protección a los consumidores, de una sobre identidad y protección de datos personales, otra sobre protección animal, sobre ciudadanía, sobre asociaciones, fundaciones y otras personas jurídicas, sobre la empresa, que incluya el estatuto de la pequeña y mediana empresa, e igualmente la empresa familiar, y su transmisión por actos entre vivos y por causa de muerte, sobre el concurso y la quiebra, sobre el régimen jurídico de la propiedad rústica en Cuba y su transmisión, sobre el régimen inmobiliario y la publicidad registral, sobre protección a las personas en situación de discapacidad, sobre derechos de autor y otros derechos conexos, sobre libertad de cultos, amén de las refor-

¹⁰⁸ PRIETO VALDÉS, M., “La Constitución, el Código civil...”, *cit.*, p. 52.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero, *Intervento* (4 de marzo de 1947), en *Asamblea constituyente. Acti e discorsi politici II. Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Florencia, 1966, p. 40.

¹¹⁰ BOBBIO, N., *Teoría general...*, *cit.*, p. 177.

¹¹¹ RIVERA, J. C., *Instituciones...*, *cit.*, p. 58.

¹¹² *Idem*, pp. 58-59.

¹¹³ *Ibidem*, p. 59.

¹¹⁴ ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho civil – método y concepto-*, Temis Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México D. F., Madrid, Buenos Aires, 2010, p. 327.

¹¹⁵ *Idem*, p. 328.

¹¹⁶ LEÓN, Leysser, “Universidad y cultura de la codificación civil,” en *Global Jurist*, vol. 7: Iss. 1 (Topics), Article 1, 2007, p. 21.

mas a las leyes procesales, e igualmente a la ley notarial, solo por citar algunos de los ejes temáticos que deben girar al compás de las manesillas de la Constitución. Por ello, es difícil aventurarse en las naves de la recodificación civil. ¿Estamos justo en el momento? Una respuesta basada, más que en la lógica, en la necesidad urgente y perentoria del tráfico jurídico, apostaría por el sí. El Código no resiste los embates de la reforma legislativa que se le viene encima y requiere con premura desarrollar los principios y derechos reconocidos en la Constitución. Tómese en cuenta que el Código civil cubano ha nacido con una obsolescencia precoz. Una respuesta más mesurada, quizás reposada, apostaría por un después, prefiriendo la urgencia de las materias especiales. Con tal orientación cabría embarcarse en aquellas naves que conduzcan a los satélites antes de llegar al centro del ordenamiento jurídico privado, de modo que las reformas al Código serían parciales y paulatinas, corriéndose el riesgo de la falta de unidad, de coherencia y de sistematicidad.

El Código civil -sin que se le atribuya valor residual- debe ser expresión de los principios generales del Derecho privado, sus valores, categorías, instituciones. Ello en perfecta armonía con las leyes satelitales que en razón de su especialidad tienen razón de existir, sin perder la medida del todo y las partes, de los árboles y el bosque.

La dinámica de las relaciones sociales y económicas de Cuba ha llevado a que el panorama vivido durante el proceso de codificación haya cambiado sustancialmente de la época, a la actualidad. Ciertamente es un período breve, y el Código que es aún joven, debería enfrentar con lozanía y júbilo los retos que se avecinan. Sin embargo, cabría pensar si el espíritu del Código y el dictado de sus propias normas pueden cobijar las nuevas personas jurídicas que aparecen en escena en el modelo económico que ensayamos en la actualidad. Coincidiendo en que las normas especiales pudieran dar respuesta a este fenómeno, pero estas normas deben concebirse como satélites del Código civil para mantener la visión de sistema que el Derecho exige.

En ese Estado socialista de Derecho y de justicia social que es la República de Cuba (*vid.* artículo 1 constitucional), la Constitución es la fuerza centrífuga del ordenamiento jurídico (*vid.* artículo 7 regulador de la supremacía constitucional). A ella nos encomendamos los juristas, pero el Código civil -que como dice Cabrillac para los franceses es la Constitución civil de una nación¹¹⁷-, necesita acom-

pasarla. La revisión de nuestras normas jurídicas no puede quedar a nivel constitucional, el Código civil, como herramienta esencial en cualquier sociedad es un sensor que capta los más imperceptibles movimientos económicos y sociales que atañen a la persona.

El Código civil cubano de 1987, amén de sus desciertos técnicos, es obra de una nación. Identifica a la nación cubana. Sus autores apostaron por su subsistencia, porque creyeron en el Derecho civil.

El Código civil es y seguirá siendo la brújula que nos orienta en los difíciles momentos en que los operadores del Derecho tenemos que, proa en mano, dirigir nuestras naves hacia los más recónditos terrenos jurídicos, inexplorados por demás. No se trata de su valor supletorio, sino del método que ofrece, del razonamiento a que nos conduce su regulación, del encuadre *more* geométrico de sus instituciones, que permite al jurista cavilar, pensar, discurrir y navegar por otros lares. Como dice el maestro Cabrillac “(u)n código es mucho más que el conjunto de artículos que le componen (...) el continente trasciende al contenido. Un código adquiere frecuentemente una dimensión simbólica que lo traspassa. Más allá de la materia civil que este regula (...)”¹¹⁸.

No olvidemos lo que nos enseña la historia – y también la doctrina científica-, “(u)n país donde el código civil no sea visto con respeto a la investidura que le es connatural, por el bagaje cultural que él encierra o ‘simboliza’, será un país donde la cultura de la codificación civil no ha arraigado, o donde la legitimidad del código no ha sido bien construida”¹¹⁹.

¹¹⁷ CABRILLAC, Rémy, “¿Es el Código Civil la verdadera Constitución de Francia?”, en *Revista de Derecho, Themis*, No. 63, 2013, pp. 293-301. Sostiene el autor que “(e)l *Code Civil* constituye sociológicamente la verdadera Constitución de Francia ya que, muy a pesar de la Constitución el *Code Civil*

unifica (...) la Nación y se identifica con la Nación”. También CORRAL TALCIANI, H., “La descodificación...”, *cit.*, p. 642, quien expresa que “lo que queda claro desde el principio es que el *Code* es el derecho privado común y general, e incluso, mediante su título preliminar, es también el derecho común del derecho público”.

¹¹⁸ CABRILLAC, R., “¿Es el Código Civil...”, *cit.*, p. 297.

¹¹⁹ LEÓN, L., “Universidad y cultura...”, *cit.*, p. 6.



Materiali e commenti

IL DIRITTO «GENERALE» DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LE DISCIPLINE «SETTORIALI»

Di Francesco Bernardi

| 23

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La direttiva 2005/29/CE e il diritto europeo delle pratiche commerciali. La questione e il suo contesto – 3. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all’art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani – 4. La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis dell’art. 27 cod. cons. Le sentenze “gemelle” dell’Adunanza plenaria nn. 3-4/2016 e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea – 5. La sentenza del 13 settembre 2018 della Corte di Giustizia (cause C-54/17 e C-55/17) – 6. Considerazioni critiche. La coerenza del diritto europeo delle pratiche commerciali sleali

ABSTRACT. Lo scritto indaga la controversa questione del coordinamento tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e quella relativa a particolari settori merceologici. L’occasione nasce da una pronuncia della CGUE relativa all’attivazione di servizi non richiesti da parte di alcuni operatori della telefonia mobile italiana (CGUE, 13 settembre 2018, C-5417 e C-55/17).

The paper investigates the issue of coordination between the general discipline of unfair commercial practices and that concerning particular commodity sectors. It moves from a ruling by the CJEU concerning the activation of unsolicited services by some operators of Italian mobile telephony (CGUE, 13 September 2018, C-5417 and C-55/17).



1. Premessa.

| 24

Con sentenza del 13 settembre 2018, pronunciata nella cause riunite C-54/17 e C-55/17 (*Wind Tre Vodafone Italia*)¹, la Seconda Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha finalmente composto la controversa questione del coordinamento tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, per come introdotta dalla direttiva 2005/29/CE, e il restante (e preesistente) diritto di derivazione europea concernente determinate tipologie di pratiche commerciali scorrette, ovvero pratiche commerciali relative a particolari settori merceologici.

L'occasione è stata resa da alcune questioni interpretative sollevate ai sensi dell'art. 267, para 3, TFUE dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, chiamato quest'ultimo a valutare la legittimità dei provvedimenti sanzionatori irrogati dall'A.G.C.M. (ex art. 27 cod. cons.) nei confronti di due operatori telefonici (Wind Tre e Vodafone), responsabili – a dire dell'Autorità – di avere preattivato sulle carte SIM in commercio alcuni servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza avere previamente informato i consumatori della loro preimpostazione e onerosità, così esponendoli ad addebiti inconsapevoli perché mai acconsentiti².

I sette quesiti formalmente posti dal Giudice Amministrativo nazionale possono essere sostanzialmente ricondotti a due: *i*) con le prime due questioni pregiudiziali il Consiglio di Stato domandava se le condotte poste in essere dai due operatori telefonici, poi sanzionate dall'A.G.C.M., potessero qualificarsi come pratiche commerciali aggressive ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva (artt. 24 e 25 cod. cons.), e, segnatamente, sub specie di cd. “fornitura non richiesta”, già contemplata al punto 29 dell'Allegato I della direttiva e prevista alla lettera *f*) dell'art. 26 cod. cons.³; *ii*) con le questioni dalla

terza a alla settima, il Consiglio di Stato rimetteva la questione interpretativa – che qui interessa annotare – relativa alla portata applicativa della disposizione dell'art. 3, para 4 della direttiva (art. 19, comma 3°, cod. cons.), in punto di coesistenza e coordinamento tra la stessa disciplina recata dalla direttiva 29/2005/CE e ogni altra disposizione comunitaria settoriale che disciplini «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»⁴.

una situazione in cui non venga addebitata alcuna ulteriore e distinta condotta materiale all'operatore di telefonia medesimo; 2) Se il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE [recepita nell'ordinamento interno dall'articolo 26, lettera f), Codice del consumo] possa essere interpretato nel senso che sussista una “fornitura non richiesta” qualora un operatore di telefonia mobile chieda al proprio cliente il corrispettivo di servizi di segreteria telefonica o di navigazione in internet e ciò in una situazione caratterizzata dai seguenti elementi:

– l'operatore di telefonia, all'atto della stipula del contratto di telefonia mobile, non avrebbe correttamente informato il consumatore della circostanza che i servizi di segreteria telefonica e di navigazione internet sono preimpostati sulla SIM, con la conseguenza che detti servizi possono essere potenzialmente fruiti dal consumatore medesimo, senza una operazione di impostazione ad hoc (setting);

– per fruire effettivamente di tali servizi, il consumatore deve comunque compiere le operazioni all'uopo necessarie (ad esempio, digitare il numero della segreteria telefonica ovvero azionare i comandi che attivano la navigazione internet);

– non vi è alcun addebito in merito alle modalità tecniche ed operative mediante le quali i servizi vengono concretamente fruiti dal consumatore, né in merito all'informazione inerente a tali modalità ed al prezzo dei servizi stessi, ma all'operatore venga unicamente addebitata la menzionata omessa informazione relativa alla preimpostazione dei servizi sulla SIM».

⁴ Così, invece, le questioni dalla terza alla settima:

«3) Se la ratio della direttiva “generale” n. 2005/29/CE quale “rete di sicurezza” per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una normativa nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti [dalla] direttiva settoriale [“servizio universale”] a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale;

4) Se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;

5) Se la nozione di “contrasto” di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta;

¹ Corte di Giustizia EU, Sez. II, 13.09.2018, C-54/17e C-55/17, disponibile in <http://curia.europa.eu/>.

² V. AGCM, 26/03/2012, PS7001- *Wind-Attivazioni SIM presso punti vendita*, Prov. n. 23356, e PS7002- *Vodafone-Attivazioni SIM Presso Punti Vendita*, Prov. n. 23357, entrambi in *Boll. AGCM*, n. 10/2012.

³ Così le prime due questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato sono richiamate nella sentenza in commento:

«1) Se gli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29 (...) ostano ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionali (costituite, rispettivamente, dagli articoli 24 e 25 del Codice del consumo) per cui si ritenga che sia qualificabile come “indebito condizionamento” e, dunque, come “pratica commerciale aggressiva” idonea a limitare “considerevolmente” la libertà di scelta o di comportamento di un consumatore medio la condotta di un operatore di telefonia che consista in una omissione informativa in merito alla preimpostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (i.e. il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet), e ciò segnatamente in



Giova subito richiamare le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia.

Quanto al primo quesito, il Tribunale europeo ha concluso che la nozione di «forniture non richieste» di cui al punto 29 dell'Allegato I alla direttiva (art. 26, lett. f), cod. cons.) «ricomprende condotte come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM (*Subscriber Identity Module*, modulo d'identità dell'abbonato) sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi».

Quanto al secondo quesito, la Corte ha concluso che l'art. 3, paragrafo 4, della direttiva non osta a una normativa nazionale in virtù della quale una condotta che costituisce una «fornitura non richiesta» e posta in essere nel settore delle telecomunicazioni (di cui alla direttive 2002/21/CE e 2002/22/CE) deve essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva 2005/29/CE, con la conseguenza che l'Autorità amministrativa competente a sanzionare siffatta condotta non è l'Autorità di regolamentazione del settore (speciale) delle telecomunicazioni (A.G.Com., in Italia), bensì quella competente alla repressione di ogni pratica commerciale sleale secondo la stessa disciplina (generale) recata dalla direttiva 2005/29/CE (A.G.C.M., in Italia).

Le argomentazioni e le conclusioni versate dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento sono assai sintetiche, sicché si crede opportuno riassumere

re i termini della questione, per il vero più complessi di quanto ivi sia dato intendere.

2. La direttiva 2005/29/CE e il diritto europeo delle pratiche commerciali. La questione e il suo contesto.

L'adozione della direttiva 2005/29/CE⁵, «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»⁶, è stata salutata

⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in G.U.C.E., n. L. 149 dell'11 giugno 2005, pp. 22 ss. I lavori preparatori iniziarono con il *Green Paper on Consumer Protection*: COM(2001) 531 (2 ottobre 2001); cui seguì la *Commission's Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection* dell'11 giugno 2002: COM(2002) 289. Essa si compone di due parti. La prima (artt. 2-13) contiene la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali; la seconda prevede l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti: precisamente, alla direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14), alle direttive 97/7/CE e 2002/65/CE in materia di contratti conclusi a distanza (art. 15), alla direttiva 98/27/CE in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e al regolamento CE n. 2006/2004 «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori» (art. 16).

⁶ Sul tema della pratiche commerciali sleali/scorrette la letteratura è molto ampia. Cfr. AA.VV., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, a cura di H. COLLINS, London-New York, 2004; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007; AA.VV. *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007; AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, Oxford, 2007; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008; AA.VV., *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2009; AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 84 ss.; AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pp. 1671 ss.; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 116 ss.; G. ANAGNOSTARAS, *The Unfair Commercial Practices Directive in Context: From Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Review*, 2010, 147 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr.*

6) Se la nozione di norme [dell'Unione] di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto [dell'Unione];

7) Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina "consumeristica" settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di "pratica aggressiva", ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o "in ogni caso aggressiva" ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime "pratiche aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime "pratiche scorrette».



con grande entusiasmo tra gli studiosi e operatori del settore di tutta Europa, stanti la rilevante portata innovativa e il forte impatto sistematico della disciplina da essa recata. Da taluni è stata significativamente accolta come «the most exciting event» degli ultimi anni nel campo del diritto (della protezione dei consumatori («consumer protection law») e del diritto delle concorrenza (s)leale («fair trading law»)⁷.

Invero, al pari della sola direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive e differenzialmente da ogni altro intervento normativo adottato in ambito europeo per la protezione dei consumatori, la direttiva 2005/29/CE reca una disciplina dal

Impr./Europa, 2007, p. 1 ss.; ID., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2, 4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2008, 4-6, pp. 1057 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2012, p. 1079 ss.; ID., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. I, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1059 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, a cura di ID., Torino, 2008, pp. 15 ss.; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, pp. 165 ss.; A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13, in *Contr.*, 2015, 8-9, pp. 770 ss.; F. GOMEZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 4 ss.; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, pp. 776 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 73 ss.; S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 25 ss.; ID., *Le Informazioni*, Padova, 2012; S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette, in Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 161 ss.; M. RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law - Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2004; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 45 ss.; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 107 ss.; T. WILHELMSSON, *Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, pp. 461 ss.

⁷ Così, precisamente, J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, cit., p. 107: «For lawyers and scholars in the field of consumer protection and fair trading law the adoption of the total harmonization Directive 2005/29/CE [...] is without any doubt the most exciting event in the past years. The objectives of the UCPD are far-reaching, its methods are innovative, and its legal impact is likely to be massive».

respiro «trasversale» (od «orizzontale», che dir si voglia), destinata com'è a disciplinare *qualsiasi* «pratica commerciale», quale che sia la natura del bene e del servizio che costituisce oggetto dell'operazione economica (*i.e.* il settore dell'attività professionale) e quale che sia la causa dei contratti alla cui conclusione la pratica è diretta⁸.

In questa prospettiva s'è detto che la direttiva 2005/29/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» delle pratiche commerciali sleali⁹, in tal senso attribuendo «unità» e «identità»¹⁰ a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata. In effetti, tutti i precedenti interventi normativi in materia avevano adottato un approccio cd. «verticale», disciplinando ognuno un determinato «tipo» di pratica commerciale, ovvero pratiche commerciali settoriali aventi a oggetto particolari categorie di beni o servizi, o poste in essere mediante il ricorso a determinati mezzi di comunicazione¹¹.

⁸ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., p. 29; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *o.u.c.*, p. 107.

La direttiva 2005/29/CE trova applicazione anche: *i*) nel settore dei prodotti alimentari, come risulta dal *considerando* 5 del Regolamento UE 1169/2011, là dove viene precisato che le norme ivi contenute in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori costituiscono «norme specifiche» che vanno a integrare i «principi generali» sulle pratiche commerciali sleali; *ii*) nel settore dei servizi finanziari in generale (servizi di investimento, assicurativi, bancari e di pagamento), come risulta senza margini di dubbio dall'art. 3, para 9 della stessa direttiva 2005/29, che espressamente autorizza gli Stati membri a prevedere in tale settore regole più rigorose; *iii*) nel settore dei servizi di comunicazione elettronica, come precisato dalla sentenza in commento e, in precedenza, dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 11 marzo 2010, causa C-522/08, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>, nonché come ricavabile dall'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE (come modificato dalla direttiva 2009/136/CE), per il quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario».

⁹ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173.

¹⁰ S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 98 e 175-176.

¹¹ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 28-29, che richiama le seguenti direttive: la direttiva 98/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (in G.U.C.E., n. L 136 del 30 aprile 2004); la direttiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (in G.U.C.E., n. L 311 del 28 novembre 2001) e in particolare gli artt. 86-100, come modificati dalla direttiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004; la direttiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e



Per contro, la direttiva 2005/29/CE è stata pensata come una «direttiva-quadro», non a caso costruita intorno a un unico «*divieto generale*» di porre in essere comportamenti sleali in danno dei consumatori tutti¹², siano essi investitori, risparmiatori, assicurati, clienti o utenti¹³; così prestandosi a essere condivisibilmente salutata come espressione di un rinnovato approccio di politica legislativa europea, non più votata al concreto, pragmatico soddisfacimento di esigenze contingenti (e settoriali), ma per l'appunto proiettata verso la creazione di un vero e proprio sistema¹⁴.

È stata proprio tale innegabile impronta sistemica del regime normativo introdotto dagli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE a porre l'esigenza di un coordinamento tra le regole «generali» da esso dettate e le regole «speciali» contenute nelle direttive settoriali già esistenti¹⁵.

Al quale coordinamento – va opportunamente precisato – il legislatore europeo del 2005 ha, in

parte, provveduto *direttamente*¹⁶: è il caso delle preesistenti fattispecie della pubblicità ingannevole e comparativa ingannevole verso i consumatori (cd. *business to consumers*), che sono state fatte confluire nella più ampia fattispecie delle azioni ingannevoli (artt. 6 della direttiva e 21 cod. cons.)¹⁷; nonché il caso dell'attribuita automatica rilevanza, nella fattispecie delle omissioni ingannevoli, degli «obblighi di informazione, *previsti dal diritto comunitario*, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing» (artt. 7, para 5, della direttiva e 22, comma 5°, cod. cons.)¹⁸, sì che la violazione degli stessi parrebbe assurgere a elemento costitutivo della fattispecie d'illecito previsto dalle richiamate disposizioni.

Al di fuori di tali ipotesi, la soluzione del problema del coordinamento tra le norme della direttiva 2005/29/CE e le altre normative settoriali in materia di pratiche commerciali scorrette è stata affidata alla disposizione dell'art. 3, para 4, della «diretti-

amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in G.U.C.E., n. L 152 del 20 giugno 2003); la direttiva 89/552/CEE Parlamento Europeo e del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in particolare gli artt. 10-20 (in G.U.C.E., n. L 298 del 17 ottobre 1989), come modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 (in G.U.C.E., n. L 202 del 30 luglio 1997); la direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (in G.U.C.E., n. L 178 del 17/07/2000); cfr. anche la direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica («Direttiva servizio universale»), in particolare agli artt. 20-22 (in G.U.C.E., n. L 108/51, del 24 aprile 2002), modificata dalla direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009; e la direttiva 1993/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (G.U.C.E., n. L 095 del 21/04/1993). Sempre per un'analisi del contesto storico che ha portato all'adozione della direttiva 2005/29/CE, v. J. STUICK, E. TERRY e T. VAN DYCK, *o.u.c.*, pp. 109 ss.

¹² Cfr. *considerando* 11, 12 e 13.

¹³ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, f. 3, p. 7 (versione digitale).

¹⁴ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 7-8 (versione digitale); S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173;

¹⁵ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 29. È stato peraltro notato che, a ben vedere, un problema di coordinamento si pone anche con riferimento «alla future (rispetto alla direttiva 2005/29/CE) disposizioni del diritto comunitario che costituiscono obblighi e divieti di comportamento, anche di natura informativa, incidenti su pratiche commerciali idonee ad influenzare il comportamento economico dei consumatori» (S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 177).

¹⁶ S. ORLANDO, *Le informazioni*; cit., p. 176; Id., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47.

¹⁷ Cfr. *considerando* 3, 6 («La presente direttiva ravvicina pertanto le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi [...]. Inoltre la presente direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa»), 14 («È auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente»). Il riferimento alla pubblicità è poi espressamente compiuto nella definizione di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori» ex art. 2, lett. d) e, ancora, negli artt. 6, para 2, lett. a) e 7, para 5, della direttiva. Non rientra invece nella disciplina *de qua* la materia delle pratiche pubblicitarie ingannevoli e della pubblicità comparativa nei rapporti tra professionisti (cfr. art. 14 della direttiva e D.lgs. 145/2007). In dottrina, per una chiara analisi degli ambiti normativi delineati dagli interventi legislativi italiani di recepimento della direttiva 2005/29/CE, v. S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 163; Id., *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit. p. 123 ss.

¹⁸ Così precisamente l'art. 7, para 5, della direttiva: «Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo»; così l'art. 22, comma 5°, cod. cons.: «Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto». Cfr. anche *considerando* 15 della direttiva: «Qualora il *diritto comunitario* stabilisca obblighi di informazione riguardo a comunicazioni commerciali, pubblicità e marketing, tali informazioni sono considerate *rilevanti* ai fini della presente direttiva [...]».



va-quadro», che così recita: «In caso di *contrasto* tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici»¹⁹. A tale disposizione corrisponde quella dell'art. 19, comma 3°, cod. cons., dal seguente, grosso modo corrispondente, tenore: «In caso di *contrasto*, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Sennonché, della portata applicativa di tale norma e, più precisamente, del criterio da essa consegnato all'interprete per procedere al delicato compito di ricostruzione sistemica del nuovo diritto della pratiche commerciali, non sono sempre state date letture convergenti. Di esse e, in particolare, del tortuoso percorso interpretativo che in Italia ha visto impegnata la giurisprudenza amministrativa, si ritiene pertanto utile dare conto.

3. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani

I primi commentatori della norma in esame – con riferimento tanto alla formulazione dell'art. 3, para 4, della direttiva, quanto a quella dell'art. 19, comma 3°, cod. cons. – evidenziarono come essa, almeno *prima facie*, volesse intendere che la disciplina della direttiva 2005/29/CE (ovvero la normativa nazionale che a essa ha dato attuazione) ha natura meramente *sussidiaria* o *residuale*, essendo destinata a trovare applicazione soltanto per la regolamentazione di pratiche commerciali che non siano già disciplinate da altre normative comunitarie, ovvero per la definizione di «aspetti specifici» di una pratica commerciale diversi da quelli già regolati dalla normativa settoriale²⁰. Quando, cioè, la norma-

tiva «speciale» regoli già la pratica commerciale o quel suo «aspetto specifico», la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE è destinata a recedere.

Secondo tale lettura il cd. principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) introdotto dall'art. 3, para 4, non varrebbe tanto e solamente a risolvere eventuali *antinomie* in senso stretto tra norme sostanziali, nel senso di lasciare recedere la normativa della direttiva 2005/29/CE nelle sole ipotesi in cui un comportamento valutabile come *sleale* alla stregua degli artt. 5 ss. della stessa (artt. 20 ss. cod. cons.) non sia invece *vietato* alla stregua della normativa di settore, e *vice versa*. Tale interpretazione, piuttosto, nell'escludere un concorso (reale) tra normativa generale di cui alla direttiva 2005/29/CE e normativa settoriale, conferisce sempre preminenza al diritto «speciale» (compreso il suo impianto sanzionatorio), che prevarrebbe per il solo fatto della sua *esistenza*, indipendentemente dall'accertamento che tra le norme dei due ordinamenti via sia un'«incompatibilità» di disciplina: il termine «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19 cod. cons. andrebbe pertanto inteso come mera *sovrapposizione* tra disciplina generale e disciplina settoriale, al cui ricorrere la seconda prevarrebbe sempre.

A tale conclusione, in effetti, sembrerebbe indurre il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE, ove, premessa l'esigenza di «garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente», è così detto: «Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora *non esistano norme* di diritto comunitario *specifiche* che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario *non esista* una specifica legislazione di settore e vieta ai pro-

tario *breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.: ivi viene osservato che, ai sensi dell'art. 3, para 4, della direttiva, nell'ipotesi in cui non vi sia una *incompatibilità* in senso stretto tra disciplina generale e disciplina settoriale - *i.e.* nell'ipotesi in cui una pratica risulti scorretta a norma degli artt. 20 ss. cod. cons. e nel contempo contrasti con prescrizioni specifiche contenute in discipline settoriali di natura «speciale» contenute in Reg. UE o in norme interne attuative di direttive UE - i principi generali dettati dalla direttiva 2005/29/CE, lungi dal dover essere integralmente disapplicati, debbono essere coordinati e raccordati con quelli speciali, così procedendo a una integrazione fra essi; sembrerebbero invece escludere l'applicazione della disciplina generale P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 8; C. TUVERI, sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1693; F. MASSA, sub art. 19, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., p. 98.

¹⁹ Questa la versione in lingua *inglese* del medesimo articolo: «In the case of *conflict* between the provisions of this Directive and other Community rules regulating specific aspects of unfair commercial practices, the latter shall prevail and apply to those specific aspects».

²⁰ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, ragioni, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., pp. 29-30. Lo stesso Autore, però, sembra successivamente mutare orientamento in ID., sub art. 19, in *Commen-*





fessionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti [...]. La presente direttiva *completa* pertanto l'*acquis* applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

Nella stessa direzione interpretativa sembrava essersi espressa anche la Commissione Europea nella relazione alla proposta di direttiva (COM(2003)256 definitivo, del 18 giugno 2003)²¹, ove analogamente si osservava che «La direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme *specifiche* che disciplinino le pratiche commerciali sleali. Le norme *specifiche*, laddove *esistenti*, *prevarranno* sulla direttiva quadro»²². E ancora: «Laddove una direttiva settoriale disciplini soltanto determinati aspetti delle pratiche commerciali, ad esempio il contenuto delle informazioni da fornire, la direttiva quadro si applicherà in relazione ad altri elementi come, ad esempio, nel caso di presentazione ingannevole delle informazioni prescritte dalla legislazione di settore. La direttiva completa pertanto sia la normativa esistente sia quella futura, come la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite o la direttiva sul credito al consumo e la direttiva sul commercio elettronico»²³.

Alle stesse considerazioni, e sulla base dei medesimi argomenti, giunsero anche le prime pronunce dei Tribunali amministrativi italiani, chiamati a fare applicazione pratica del richiamato criterio di specialità. Ai quali – va opportunamente premesso – la questione venne posta sotto il peculiare profilo della competenza dell'Autorità amministrativa indipendente (trasversale o settoriale) chiamata ad accertare, reprimere ed eventualmente sanzionare la pratica commerciale posta in essere in un particolare settore: andava cioè chiarito se per tali pratiche la competenza spettasse all'A.G.C.M., quale Autorità *Antitrust* cui è attribuita la competenza nella materia *generale* delle pratiche commerciali scorrette (art. 27 cos. cons.), ovvero all'Autorità preposta in via esclusiva alla vigilanza dello *specifico* settore (quali, per es., l'A.G.Com., la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap); ma non v'è dubbio che la questione della competenza dell'Autorità chiamata a intervenire con riferimento alla pratica commerciale «settoriale» – questione peraltro irrilevante per il diritto europeo²⁴ – presupponesse la previa risoluzione del

più ampio problema del coordinamento e del rapporto tra discipline: individuato l'«ordinamento» applicabile, ne sarebbe derivata l'individuazione dell'Autorità competente²⁵.

Fu il Consiglio di Stato, primo tra tutti e in sede consultiva, a pronunciarsi sulla questione del rapporto tra normativa generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. e normativa settoriale (parere n. 3999/2008, Sez. Prima, dicembre 2008)²⁶. L'occasione fu una richiesta di parere avanzata dalla stessa A.G.C.M. perché venisse chiarito il suo ruolo, se mai ve ne fosse stato uno, in merito all'accertamento e alla repressione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli operatori professionistici nel settore dei *servizi finanziari*, nel quale – sosteneva la stessa Autorità indipendente – poteva ritenersi già esistente un'articolata disciplina speciale (di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. T.U.F.) che individuava in maniera puntuale e dettagliata gli obblighi di informazione, di trasparenza e correttezza in capo agli operatori del settore, e che individuava altresì la competenza di una precisa Autorità di settore (la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, cd. Consob), cui la legge attri-

zia, sentenza 17 giugno 1986, Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio, causa C-1/86, in *Raccolta* 1987, p. 2797; Corte Giustizia, sentenza 13 dicembre 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, causa C-33/90, in *Raccolta* 1991, p. I-5987.

²⁵ In tal senso si è anche espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008, Sez. Prima, 3/12/2008, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, di cui si dirà meglio *infra*. Ivi, al pt. 4 dei *considerato*, si legge: «il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative. Del resto, è a questo criterio che si è richiamata, nel non dissimile caso, la ricordata decisione di questo Consiglio di Stato, VI, 16 ottobre 2002, n. 5640. La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapposibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento». Così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 11-12-13-15-16 (tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>), delle quali pure meglio si dirà *infra*: «In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione» (pt. 2 della parte motiva); così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 14 (pt. 4 della parte motiva), in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁶ V. nota precedente.

²¹ La relazione è reperibile sul sito web <http://eur-lex.europa.eu/>, anche in lingua inglese.

²² Così al pt. 44 della relazione.

²³ Così al pt. 45 della relazione.

²⁴ È nota la generale indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto all'articolazione delle competenze interne agli Stati Membri. *Cfr.*, *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1982, Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-96/81, in *Raccolta* 1982, p. 1791; Corte Giusti-

buiva poteri di vigilanza, di regolazione, oltre che inibitori e sanzionatori²⁷.

Ebbene, premesse le considerazioni che nella specie l'interesse generale da "curare" risultasse in concreto il medesimo per entrambi gli impianti normativi (*i.e.* la tutela del consumatore in generale, in un caso, e quello dell'investitore quale sub specie di consumatore, nell'altro) e che, pertanto, «ragioni di coerenza, non contraddizione, economia e efficacia» imponessero di evitare la duplicazione degli interventi in ossequio al principio del *ne bis in idem*²⁸, il Consiglio di Stato convenne nell'applicazione, quale criterio risolutore, del principio di specialità²⁹ per come inteso secondo i primi contributi dottrinali e come interpretabile alla luce del *considerando* 10 e del parere della Commissione al progetto definitivo della direttiva³⁰, così optando per l'applicazione delle disposizioni del T.U.F. e non di quelle del codice del consumo, in ragione della *specialità* delle prime rispetto alle seconde. Si legge nel testo del parere che «Qui, più in particolare, è la caratteristica distinta del settore finanziario a identificare, alla luce di queste considerazioni, le ragioni della specialità. Non pare infatti dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per

²⁷ Il riferimento è al quadro giuridico che risulta dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni ("*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*", anche T.U.F.) e dai relativi regolamenti attuativi emanati dalla CONSOB, in relazione alle norme sulla trasparenza e sulla completezza delle informazioni che vanno fornite ai risparmiatori tanto in sede di emissione di titoli, quanto in relazione alla loro circolazione. Per una più dettagliata individuazione delle norme di riferimento, v. pt. 1 della *Premessa* del parere del Consiglio di Stato.

²⁸ Ritiene il Consiglio di Stato che la duplicazione di interventi pubblici non sia mai tollerabile nell'ordinamento giuridico («Che il conflitto, per quanto potenziale, debba essere evitato è regola immanente all'ordinamento»), da tanto derivando la «necessità, nei casi dubbi o misti, di identificare quali sia l'Autorità di volta in volta competente» (*cf.* pt. 1 dei *considerato*).

²⁹ Il principio di specialità viene definito come «principio generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e da sempre considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie, sostanziali come procedurali, tra cui quelle riguardanti l'intervento pubblico (*in toto iure genus per speciem derogatur*)». Con la precisazione – osserva ancora il Consiglio di Stato – che tale *specialità* ha carattere oggettivo, ciò nel senso che la comparazione deve avere riguardo al «settore su cui l'intervento va ad essere dispiegato», e non al soggetto destinatario o beneficiario dello stesso intervento (*i.e.* operatore interessato o soggetto tutelato) (*cf.* pt. 4 dei *considerato*). Fermo comunque restando che, nella specie, anche a voler applicare il principio della specialità con riferimento al soggetto destinatario dell'intervento, a prevalere sarebbe comunque la disciplina speciale prevista dal T.U.F. atteso che l'investitore o il risparmiatore altro non è che «una specie del genere *consumatore*, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari» (pt. 5 dei *considerato*).

³⁰ *Cfr.* pt. 4.1 delle *Premessa*.

le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di *sistema*, distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, *specifico* a quello del *mercato in generale*, di cui le disposizioni sopra richiamate sono indice. La conclusione nel caso in esame pare dunque essere – conformemente a quanto prospetta l'AGCM – che la normativa di ordine speciale del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa di ordine generale di cui al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206»³¹.

L'orientamento così sviluppato è stato poi posto a fondamento della maggior parte dei successivi pronunciamenti dei Tribunali amministrativi, i quali hanno variamente affermato l'applicabilità della disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. (e, dunque, anche la competenza dell'A.G.C.M.) ai fini dell'accertamento e per la repressione delle pratiche commerciali poste in essere nei settori regolamentati, talora in ragione del difetto di completezza e organicità della disciplina di settore³², talaltra, ma sot-

³¹ Non rilevante, invece, secondo il Consiglio di Stato doveva considerarsi la constatazione che la direttiva 2005/29/CE non escludesse *a priori* dalla sua applicazione le condotte dei professionisti nel mercato dei prodotti finanziari, che anzi sono espressamente richiamati dal *considerando* 9 («Per i servizi finanziari e i beni immobili occorrono, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati, inclusi gli obblighi positivi per i professionisti. Pertanto, nel settore dei servizi finanziari e dei beni immobili, la presente direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori»). La circostanza – sempre a dire del Giudice amministrativo – non starebbe a significare che l'apparato operativo e sanzionatorio debba essere quello della direttiva 2005/29/CE. Anzi, la riconosciuta complessità di questi servizi indicherebbe la possibilità per lo Stato membro di differenziare «l'assetto e la modalità dell'intervento in modo tale da renderlo più congruo rispetto a quella complessità: il che è quanto avviene riferendo l'intervento alla Commissione nazionale per le società e la borsa, l'evoluzione del cui ordinamento, specie dopo le innovazioni degli ultimi anni, la profila ormai – come sottolinea autorevole dottrina – quale principale regolatore del mercato finanziario» (pt. 6 dei *considerato*) (il richiamo operato è anche al *considerando* 15 e, in particolare, all'art. 3, para 9 della direttiva, che così dispone: «In merito ai «servizi finanziari» definiti alla direttiva 2002/65/CE e ai beni immobili, gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza»).

³² In tal senso si richiamava quanto pure espresso in termini generali dal Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008: «... il principio di specialità opera perché esiste una *compiuta* ed *organica* disciplina nella materia che dà luogo appunto a un rapporto di specialità. Il che induce ad una più attenta considerazione, da sviluppare di volta in volta, qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento». Le regole generali di cui agli artt. 18 ss. venivano pertanto considerate applicabili alle pratiche commer-



to un corrispondente profilo, argomentando in considerazione della diversità degli «interessi pubblici primari» alla cui tutela le discipline, generale e settoriale, fossero preposte³³: si riteneva che la differenza dell'interesse tutelato escludesse *a priori* che la disciplina settoriale potesse definirsi speciale, o quanto meno esaustiva, rispetto alla finalità di tutela del consumatore perseguita in via generale dagli artt. 18 ss., cod. cons.³⁴. Non molte – e, per il vero, non sempre chiarissime – sono invece state le sentenze che hanno letto nella locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva,

ciali «settoriali» (con conseguente competenza dell'Autorità *Antitrust*) perché le regole settoriali fornivano la disciplina di una sola parte del rapporto di consumo: *cf.*, *inter alia*, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8394; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8395; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8396; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8398; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8399; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8400; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8402; Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 31/01/2011; tutte rinvenibili in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³³ Per il vero, con particolare riguardo al rapporto tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche, la giurisprudenza amministrativa ha visto contrapporsi due orientamenti, per il quali si ritiene sufficiente richiamare Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 7/29-07.2011, n. 5526, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha ritenuto di dovere richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - di cui si dirà *infra* - in ragione per l'appunto di un'incertezza interpretativa relativa al rapporto tra i due Codici: secondo invero una prima interpretazione, i due impianti normativi tutelerebbero «interessi pubblici primari diversi», ovvero il codice del consumo tutelerebbe il consumatore in quanto «parte negoziale debole nel mercato», mentre il Codice delle comunicazioni elettroniche «persegui[rebbe] il diverso interesse di consentire la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale delle relativo mercato»; per una diversa interpretazione, invece, «la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni elettroniche altresì in via primaria, essendo comunque strumentale a tale fine l'obbiettivo della libertà e della concorrenzialità del relativo mercato pure ivi affermata; la disciplina di tutela del consumatore posta nel medesimo Codice sarebbe perciò l'unica da applicare ai soggetti e ai rapporti operanti nel settore, rivestendo carattere, nel contempo, speciale ed esaustivo». La questione della medesima, o meno, finalità di tutela del consumatore perseguita dagli ordinamenti generale e settoriali – che nel primo caso esclude un concorso di interventi, ammettendolo invece nel secondo – crediamo costituisca nel ragionare dei Giudici amministrativi il presupposto per una sovrapposibilità tra discipline: solo se la finalità di tutela del consumatore è condivisa dalla disciplina settoriale, può porsi un problema di sovrapposibilità tra discipline e, dunque, di specialità nei termini indicati dal parere n. 3999/2008.

³⁴ Lo osserva – seppure in commento ai successivi sviluppi giurisprudenziali (di cui *infra*) – anche L. TORCHIA, *Una questione di competenza la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, p. 957: «La specialità è idonea a fondare la competenza dell'Autorità di settore solo ove essa preveda una tutela del consumatore altrettanto ampia di quella prevista nella disciplina generale e, anzi, ulteriormente articolata rispetto a quest'ultima».

l'esigenza della esistenza di un'antinomia reale tra regola *settoriale* e regola *generale* perché potesse operare il principio di specialità³⁵.

L'orientamento prevalente ebbe poi a consolidarsi con alcune, ben note, pronunce della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'anno 2012 (nn. 11-12-13-15-16 dell'11/05/2012)³⁶, nella specie aventi a oggetto la questione del rapporto tra la disciplina del Codice del consumo e quella del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché, a margine, la cd. *actio finium regundorum* delle competenze tra Autorità amministrative indipendenti (A.G.C.M. e A.G.Com.)³⁷. Premessa anche in tale caso la convergenza nell'obiettivo di tutela del consumatore tra i due impianti normativi, il Supremo Consesso esclude chiaramente che all'applicazione del principio di specialità potesse opporsi la necessità della sussistenza di un *contrasto* in senso stretto tra i plessi normativi. Si legge nelle dette pronunce che, stando a una «lettura più meditata» degli artt. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE e 19, comma 3°, cod. cons., come anche suggerita dal *considerando* 10, «il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria *antinomia* normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *conflict*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come *contrasto*, come *diversità* di disciplina,

³⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 29/03/2010, n. 4931; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 19/05/2010, n. 12277; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 15/07/2011, n. 6356; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14856; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14857; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁶ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, nn. 11-12-13-15-16, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁷ *Cfr.* L. TORCHIA, *o.u.c.*, 953 ss.; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 233 ss.; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti, Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future"*, Napoli, 22 marzo 2013, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it; G. DE CRISTOFARO, *sub art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del consiglio di stato*, in *Federalismi.it*, 2013, 7, pp. 1 ss.; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2012; F. MARINI BALESTRA, *Pratiche commerciali scorrette? Secondo il consiglio di Stato è competente l'AgCom a tutelare gli utenti!*, in *giustamm.it*, 24.05.2012.

poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una *sovrapposizione* di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione» (così al pt. 5 della parte motiva delle sentenze)³⁸. Negli stessi termini si pronunciò la sentenza n. 14 dell'11/05/2012 sempre dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁹, che fece applicazione delle medesime conclusioni con riguardo al rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette, ricadente nella competenza dell'Autorità *Antitrust*, e la disciplina specifica relativa alle condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, contenuta nel Testo Unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs. 385/1993, in acronimo T.U.B.) e ricadente nella competenza della Banca d'Italia (pt. 4 della parte motiva). Nella specie concludendo però per la competenza dell'A.G.C.M., stante la considerazione che il citato Testo Unico Bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contenesse disposizioni «specifiche» volte alla tutela (diretta) del consumatore⁴⁰.

³⁸ Il Collegio, accertata la specialità, la completezza e l'eshaustività della disciplina settoriale ha pertanto concluso per l'incompetenza dell'A.G.C.M. in favore di quella dell'A.G.Com. La conclusione così raggiunta – sempre a dire del Giudice – sarebbe peraltro più rispettosa del principio costituzionale del «buon andamento» dell'amministrazione, in tal modo invero evitandosi di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti «con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità [...]». Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità» (pt. 12 della parte motiva).

³⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11052012, n. 14, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁰ Ciò che – a dire del Supremo Consesso – si ricaverebbe «dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "...alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"; a tali finalità, il successivo art. 127 aggiunge poi quelle relative "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela". Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e ri-

Tali approdi giurisprudenziali⁴¹ sono infine stati fatti propri dal legislatore nazionale, che ha provveduto a positivizzarli con l'art. 23, comma 12-*quiquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ed entrato in vigore in data 15 agosto 2012). Tale disposizione, invero, oltre a prevedere l'innalzamento dell'importo massimo delle sanzioni irrogabili ai sensi dell'art. 27 cos. cons., andava altresì a precisare che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette «è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati»⁴². Col che, evidentemente, dovendosi intendere che la disciplina delle pratiche commerciali poste in essere in particolari settori del mercato andava rinvenuta nella stessa «regolazione di settore di derivazione comunitaria», rispetto alla quale invece la disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. era destinata a recedere⁴³.

4. La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis

sparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore» (pt. 5 della parte motiva della sentenza).

⁴¹ La ricostruzione operata dalle sentenze dell'Adunanza plenaria è poi stata ripresa anche nelle successive pronunce giurisprudenziali: *cf.*, tra le molte, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1752; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 17/01/2013, n. 535; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/07/2013, n. 7442; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 25/07/2012, n. 6962; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴² Così precisamente il richiamato art. 23, comma 12-*quiquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95: «L'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro». L'articolo è poi stato abrogato dall'art. 1, comma 7°, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di cui si dirà *infra*.

⁴³ Va anche segnalato che, conformemente al così delineato quadro giurisprudenziale e normativo, la stessa A.G.C.M., con provvedimento n. 24467 del 23 luglio 2013, pubblicato nel Bollettino n. 38/2013, deliberò di «non procedere ad avvisi istruttori in casi che ricadono nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [...]».

dell'art. 27 cod. cons. Le sentenze "gemelle" dell'Adunanza plenaria nn. 3-4/2016 e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ben presto l'orientamento così formatosi è stato però fatto oggetto di censura da parte della Commissione Europea. Con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 veniva avviata la ben nota procedura di infrazione n. 2013/2169, con la quale, preso atto delle richiamate pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la Commissione ebbe a rilevare come l'allora quadro giuridico italiano e l'applicazione datane dagli organi giurisprudenziali fossero incompatibili con le disposizioni della direttiva 2005/29/CE «perché contrastano con il suo carattere di armonizzazione piena e non garantiscono la sua corretta applicazione»⁴⁴. L'oggetto del caso di infrazione era costituito proprio dall'errata attuazione del principio della *lex specialis* sancito dall'art. 3, para 4, della direttiva, che, al contempo, determinava anche il mancato adempimento dell'obbligo di assicurare che in tutti i settori economici esistessero «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali [...]» (artt. 11, 12 e 13).

Secondo la Commissione, non conforme alla normativa europea doveva invero considerarsi l'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato (ma anche dai successivi Tribunali amministrativi e poi dal legislatore) secondo cui il termine «contrasto» di cui all'art. 19, comma 3°, cod. cons. dovesse essere inteso come mera *sovrapposizione* tra diverse discipline, sì che una disciplina più «specifica» dovesse sempre, e nel suo insieme, prevalere sulle disposizioni di attuazione alla direttiva 2005/29/CE. Diversamente – a dire dell'organo esecutivo dell'Unione – il criterio della *lex specialis* doveva essere inteso nel senso che le disposizioni settoriali «specifiche» prevalgono su quelle generali di cui alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali solamente se *i)* posseggono lo *status* di legislazione dell'Unione, ovvero sono norme nazionali che recepiscono quelle europee; *ii)* disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; *iii)* sono «in contrasto» con le disposizioni della direttiva-quadro, con tale ultima espressione dovendosi intendere l'esistenza di una vera e propria «opposizione» o «incompatibilità» tra norma generale e norma settoriale. «In tal senso – si legge nella richiamata lettera di costituzione in mora – le norme

nazionali di recepimento di altre direttive dell'UE che sono più specifiche della direttiva sulle pratiche commerciali sleali prevalgono su quest'ultima con riguardo agli aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali che sono regolati in modo *incompatibile*. Ciò significa che, *in qualunque altro caso*, i requisiti informativi specifici che possono essere previsti da norme settoriali fondate sul diritto dell'Unione si aggiungono ai requisiti generali disposti dalla direttiva. Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore»⁴⁵.

⁴⁵ In questo senso - secondo quanto osservato ancora dalla Commissione - l'art. 3, para 4, e il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE «ne costituiscono caratteristiche fondamentali e sanciscono il principio secondo cui essa è concepita a complemento di altre norme dell'UE applicabili alle pratiche commerciali che ledono gli interessi economici dei consumatori. In tal senso, la direttiva opera come "rete di sicurezza" che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali comuni a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali».

Con specifico riferimento poi al rapporto tra le disposizioni della direttiva 2005/29/CE e le disposizioni della direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE (e le cui norme di recepimento sono contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche), la Commissione richiamava anzitutto il disposto dell'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE che stabilisce: «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario»; dacché deve inferirsi «che gli Stati membri non possano impedire l'applicazione di norme dell'UE generali di tutela dei consumatori nell'ambito della loro legislazione settoriale specifica». In secondo luogo, osservava la Commissione che neppure fosse corretto l'assunto del Consiglio di Stato secondo cui gli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche - che danno attuazione degli artt. 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE - e l'art. 2 dell'allegato A del regolamento n. 664/06/CONS (recante le disposizioni a tutela dell'utenza finale in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica) regolano in modo esaustivo e completo le pratiche commerciali sleali in questo settore, tali disposizioni particolari prevedendo invero obblighi informativi rilevanti nella sola fase precontrattuale, mentre la direttiva 2005/29/CE «non si limita a prevedere la trasparenza nei confronti dei consumatori ed altri utenti finali o la pubblicazione di informazioni, bensì contiene i criteri generali per valutare il carattere leale di una pratica commerciale e trova applicazione al di là della fase di commercializzazione, ossia anche durante e successivamente alla conclusione dell'operazione commerciale [...]». Pertanto - concludeva in termini generali la Commissione - «per quanto esaustiva possa essere una disciplina settoriale specifica nello stabilire obblighi informativi aggiuntivi nella fase precontrattuale, non si può escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta in atto una pratica sleale, ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva ("la clausola generale"); [...]. Il carattere leale di una pratica commerciale non può

⁴⁴ La lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 è rinvenibile in <https://francescoluongo.files.wordpress.com/2013/10/diffidacommissione-u-e-direttiva.pdf>.



Così ammonito, il legislatore italiano corse ai ripari. Cogliendo l'occasione del recepimento della direttiva 2011/83/UE (cd. *consumers rights directive*), poi attuata con il D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, da un lato abrogò il comma 12-*quinquiesdecies*, dell'art. 23 del D.l. 6 luglio 2012, n. 95⁴⁶, e dall'altro introdusse sotto l'art. 27 cod. cons. il comma 1 *bis*⁴⁷, che così ancora oggi recita: «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con pro-

essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva».

⁴⁶ Comma abrogato dall' art. 1, comma 7°, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

⁴⁷ Non v'è dubbio che il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., introdotto dall'art. 1, comma 6°, lett. a), D.lgs. 21/2014, mirasse a superare la procedura di infrazione n. 2013/2169. Si legge, invero, alle pp. 10 e 11 della Relazione illustrativa allo schema del richiamato D.lgs. (http://documenti.camera.it/apps/nuovovisito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0059_F001.pdf&leg=XVII) che la nuova disposizione «ha l'obiettivo di superare la procedura d'infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.[...] La questione da cui origina la procedura di infrazione è risolta riconoscendo l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore e, nel contempo, la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il Codice del Consumo, acquisendo però i pareri delle Autorità di settore e senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione. Le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore». L'urgenza dettata dalla necessità di superare le contestazioni della Commissione emerse anche dal rapido iter di approvazione parlamentare, che mai vide richieste di modifica quanto alla riaffermata competenza generale dell'A.G.C.M. nella materia delle pratiche commerciali; competenza generale che anzi fu salutata con favore in quanto migliore soluzione per la tutela dei consumatori (si veda in tale senso il Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari - Attività produttive, commercio, e turismo (X) del 21 dicembre 2013: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/html/2013/12/21/10/comunic.htm>; e il Resoconto sommario n. 38 del 14/01/2014 della 14ª Commissione permanente, qui rinvenibile: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=So mmComm&leg=17&id=734889>).

toccolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»⁴⁸.

Non v'è dubbio che la norma rispondesse anzitutto all'esigenza, di carattere pratico, di individuare una volta per tutte un criterio di ripartizione preventiva delle competenze tra Autorità generale e *Authorities* settoriali, così riconoscendo all'A.G.C.M. una competenza generale per la repressione di tutte le pratiche commerciali scorrette - anche ove esse fossero integrate da un comportamento professionistico posto in essere in violazione della regolazione di settore - e, di contro, attribuendo alle Autorità di settore una competenza di carattere residuale, individuata in negativo, per essere limitata all'accertamento e alla sanzione di quei comportamenti che, nello stesso settore regolamentato, *non* costituiscono pratiche commerciali scorrette. Il che peraltro, in un'ottica sanzionatoria, escludeva anche il tanto temuto rischio che un medesimo comportamento che integrasse una doppia violazione (delle regole generali in materia di pratiche commerciali scorrette *ex artt.* 18 ss. cod. cons. e delle regole settoriali) potesse ricevere una duplice sanzione in violazione del principio del *ne bis in idem*⁴⁹.

Tuttavia, sotto altro profilo, appariva pure innegabile che tale regola di competenza operasse anche su di un piano sostanziale, o - come è stato detto - avesse la natura di norma interpretativa del precetto, di diritto sostanziale, dell'art. 19, comma 3°, cod. cons.⁵⁰. In tale ottica, nell'attribuire all'A.G.C.M. la competenza a intervenire in via esclusiva anche nei «settori regolati» e nel «rispetto della regolamentazione vigente», la disposizione sembrava spiegare effetti direttamente sull'*ampiezza* del canone della «diligenza professionale» esigibile dal professionista (*ex art.* 20 cod. cons.) in tali settori⁵¹; le cui «speciali» regole comportamentali, cioè, lungi dal precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., a tali ultime dovevano ora essere ricollegate e integrate al precipuo fine di

⁴⁸ Comma inserito dall' art. 1, comma 6°, lett. a), D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21. Cfr. S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. Giur.*, 2014, pp. 44 ss.; F. DI MARCO, *Sulla competenza esclusiva dell'Agcm in materia di pratiche commerciali scorrette (nota al nuovo art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo)*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, pp. 526 ss.; G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcm e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 44 ss.; G. PASCALI, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM ... o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs. n. 21/2014*, in *dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 76 ss.

⁴⁹ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51.

⁵⁰ S. PERUGINI, *o.u.l.c.*

⁵¹ Nei termini S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52.



individuare lo *standard* di diligenza richiesto ai professionisti nei settori regolamentati⁵². Il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cos. cons. sembrava dunque lasciar intendere che i precetti e gli eventuali e ulteriori requisiti informativi previsti dalle normative settoriali dovessero «aggiungersi» (nella terminologia della Commissione) ai requisiti generali disposti dalla direttiva 2005/29/CE nel senso che con tali ultimi requisiti dovessero essere *coordinati* per la ricostruzione delle regole di condotta cui sono tenuti i professionisti operanti in quegli stessi settori⁵³: una lettura, questa, che sembrava peraltro trovare sicuro puntello normativo nelle stesse definizioni normative di «diligenza professionale» di cui agli artt. 2, lett. *h*) della direttiva e 18, lett. *h*), cod. cons., a mente delle quali, invero, i principi della correttezza e della buona fede debbono essere parametrati al «settore di attività del professionista»⁵⁴.

Per altro verso, ma in modo speculare, l'espressione «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» - sempre conformemente alle indicazioni della Commissione - sembrava ricondurre l'operatività del principio della *lex specialis derogat generali* di cui all'art. 3, para 4, della direttiva (e 19, comma 3°, cod. cons.) ai soli casi di antinomia reale tra norme sostanziali, nel senso che l'impianto normativo settoriale può precludere l'applicazione di quello generale nei *solis* casi in cui la disciplina dal primo recata sia «incompatibile» o «in contrasto»

⁵² Nei termini si era peraltro già espressa una parte (minoritaria) della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle comunicazioni elettroniche. Si leggeva già in T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14856, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>: «Di talché l'art. 1, comma 1, l. 2 aprile 2007, n. 40 (conversione del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7), nonché le delibere l'AGCom nn. 416/07/Cons e 353/08/Cons, si pongono in rapporto di complementarietà e non di alternatività rispetto al codice del consumo, in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti. Esse sono state considerate dall'Autorità precedente non per sostituirsi all'autorità regolatoria competente nel settore, bensì all'esclusivo scopo di individuare, sulla base di elementi oggettivi, lo standard di diligenza richiesto alla società nelle condotte ivi oggetto di regolazione» (pt. 3.3. della parte motiva della sentenza). Con gli stessi termini anche T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14857, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵³ Così aveva già osservato anche G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss. (v. nota 20).

⁵⁴ Così l'art. 2, lett. *h*), della direttiva: ««diligenza professionale»: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori»; così l'art. 18, lett. *h*), cod. cons.: «"diligenza professionale": il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

con quella portata dal secondo. Ciò che, da un punto di vista teorico, significava precludere all'Autorità *Antitrust* la possibilità di qualificare come pratiche commerciali «scorrette» quelle condotte professionistiche che, ancorché astrattamente definibili come tali ai sensi dell'art. 20, comma 2°, cod. cons., fossero state poste in essere «nel rispetto» della regolazione di settore⁵⁵; quasi come se, ricorrendo a una *fictio iuris*, agire conformemente alle regole di condotta settoriali - regole nelle quali l'obbligo di agire secondo diligenza e buona fede di cui all'art. 20 cod. cons. trova una sua peculiare specificazione - significasse agire «lealmente» o «correttamente»⁵⁶.

⁵⁵ Che tale fosse il significato dell'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» lo precisa anche la Relazione illustrativa allo schema del D.lgs. 21/2014 (v. nota 47).

⁵⁶ Prima ancora dell'entrata in vigore del comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., v. S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 178: «i comportamenti professionali che si conformano agli obblighi particolareggiati previsti dal diritto comunitario non possono ritenersi sleali sensi della direttiva 2005/29/CE, e cioè [...], di fronte a comportamenti che si adeguano agli speciali obblighi imposti dalle normative comunitarie di settore, l'interprete non può far operare le clausole generali implicate dagli elementi costitutivi delle figure generali poste dalla direttiva 2005/29/CE, perché l'obbligo di comportarsi secondo diligenza professionale ha ricevuto in quelle normative di settore una specificazione in positivo, rispetto alla quale non può l'interprete instaurare (né, coerentemente, può la direttiva 2005/29/CE ammettere) un giudizio di contrarietà». Negli stessi termini ID, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 48; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 142. Sul significato di «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19, comma 3°, cod. cons., v. anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52, la Quale rileva che un «conflitto» tra le disposizioni del codice del consumo e le disposizioni settoriali non può essere individuato nelle ipotesi in cui queste ultime disciplinano in modo più puntuale aspetti specifici di una determinata pratica commerciale, giacché tanto significherebbe «svuotare di significato la locuzione dal momento che si finisce per far coincidere tale elemento con quello che la stessa disposizione individua come il criterio di risoluzione del conflitto: il carattere "speciale" della disposizione settoriale individuato dal legislatore comunitario nella disciplina di «un aspetto specifico delle pratiche commerciali». Al contrario, tale «cortocircuito» sarebbe evitato seguendo una via ermeneutica che privilegi il significato letterale del termine «contrasto» interpretandolo come vera e propria "opposizioni" tra norme».

È stato peraltro condivisibilmente osservato che l'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (e dunque anche l'art. 19, comma 3°, cod. cons.) attribuisce prevalenza solamente a quelle disposizioni settoriali disciplinanti «aspetti specifici» delle pratiche commerciali che posseggano altresì lo *status* di legislazione dell'Unione e dunque, nell'ottica ordinamentale nazionale, soltanto a quelle norme interne che diano attuazione a direttive europee, e non anche alle norme «puramente» interne: l'art. 3, para 4, della direttiva pone infatti un criterio di coordinamento e coerenza proprio del solo diritto UE. Ove pertanto il contrasto sorga con disposizioni interne non attuative di direttive UE, prevalenza dovrà accordarsi sempre alla disciplina del codice del consumo, ciò in ragione dell'obiettivo di completa armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguito dalla direttiva 2005/29/CE (v. G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 143, 144; S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 52-54).

Tali gli spunti suggeriti da questo mutato contesto normativo, di essi le successive pronunce del Consiglio di Stato non sembrarono però tenere la debita considerazione.

36 Chiamata a pronunciarsi sullo stesso caso poi posto al vaglio anche della Corte di giustizia, con le ordinanze nn. 4351-4352 del 18 settembre 2015⁵⁷ la Sezione Sesta del Consiglio di Stato ritenne di dover nuovamente richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a., questa volta in interpretazione proprio del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. Si legge nei richiamati provvedimenti che tale disposizione poteva senz'altro prestarsi a essere intesa come attributiva in via esclusiva alla Autorità *Antitrust* di una competenza generale ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, come chiaramente deponeva il dato testuale della disposizione nonché «il richiamo allo scopo della disposizione – esplicitato nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 21/2014 – da intendersi quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE (testualmente recepito dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo), finalizzata a chiudere la procedura di infrazione n. 2013/2169, relativa appunto all'applicazione della direttiva concernente le pratiche commerciali scorrette al settore delle comunicazioni elettroniche». La stessa disposizione però - sempre a dire del Consiglio di Stato - avrebbe potuto intendersi nel senso che la disciplina di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. è applicabile in via esclusiva dall'Autorità *Antitrust*, anche nei settori regolamentati, solamente quando la disciplina del settore regolamentato non abbia «previsto *ex ante* - in modo completo ed esaustivo - la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni». Ove invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale in ragione della sua completezza ed esaustività, non vi sarebbe necessità alcuna di ricorrere alla rete di sicurezza costituita dalla disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. Interpretazione, quest'ultima, che dunque richiamava espressamente i principi fatti propri dall'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 11-16 del 2012⁵⁸, l'affermazione dei

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. VI, Ordd., 18-09-2015, nn. 4351-4352, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵⁸ Si legge chiaramente nelle richiamate ordinanze che «a seguire questa diversa argomentazione la questione all'esame andrebbe decisa alla luce del criterio di specialità di cui ha fatto applicazione l'Adunanza plenaria con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, valutando in particolare se nella specie la disciplina di settore abbia quel carattere di esaustività e completezza in relazione al comportamento sanzionato (requisito ne-

quali aveva indotto la Commissione europea all'apertura della procedura di infrazione n. 2013/2169.

Ebbene, nella sentenza n. 3 del 9 febbraio 2016, cui è seguita la “gemella” n. 4 emessa in pari data⁵⁹, l'Adunanza Plenaria – probabilmente mossa, come è stato osservato, anche dalla preoccupazione di non screditare la propria funzione nomofilattica con un radicale mutamento di pensiero⁶⁰ – ebbe di fatto a confermare tale ultimo orientamento. Nella fattispecie oggetto del suo sindacato, invero, il Supremo Consesso riconobbe l'applicabilità della disciplina generale del codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette (e, per conseguenza, la competenza dell'Autorità *Antitrust*), non in ragione di un difetto di un'antinomia normativa (o «contrasto») tra disciplina generale e disciplina settoriale, bensì in considerazione del fatto che il comportamento contestato all'operatore professionistico (operante nel settore delle comunicazioni elettroniche) e qualificato dalla A.G.C.M. quale pratica commerciale scorretta, non fosse «per nulla integralmente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore».

Si è detto che la condotta che aveva dato luogo alla irrogazione di una sanzione da parte della Autorità, poi valutata anche dalla Corte di Giustizia, consisteva nell'attivazione, da parte dell'operatore telefonico, di servizi di navigazione Internet e di segreteria telefonica sulle carte SIM in commercio, senza che di tale preattivazione e del costo di tali servizi il consumatore fosse stato edotto⁶¹. Tale condotta poteva effettivamente dar luogo a conflitti tra norme sostanziali appartenenti a *corpus* normativi differenti, poiché, se da un lato essa si prestava a qualificar-

cessario, proprio alla stregua del principio invocato dall'Adunanza plenaria per affermare la competenza di A.G.Com.) e possa essere qualificata normativa di derivazione europea (come richiesto dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo ai fini dell'applicazione del principio di specialità)».

⁵⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 3 e Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 4, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Cfr. A.G. ROVATI, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, 2, pp. 141 ss.; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, pp.793 ss.; C.E. GALLO, *La competenza sanzionatorie nei rapporti tra agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1206 ss.; B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

⁶⁰ Così C.E. GALLO, *o.u.c.*, p. 1208.

⁶¹ V. nota 2.



si come pratica commerciale scorretta (e, in particolare, quale pratica senz'altro aggressiva ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons.⁶²), per altro verso, essa poteva nondimeno essere valutata ai sensi della sola disciplina di settore, in cui diverse disposizioni sono volte a garantire al consumatore una piena trasparenza informativa in sede precontrattuale, tra cui, in primo luogo, quelle degli artt. 70-71 del D.lgs. 259/2003 e 2 della L. 2 aprile 2007, n. 40 (cd. Legge Bersani)⁶³.

In tale contesto fattuale e normativo, la Corte – nel far salva competenza dell'Autorità *Antitrust* anche nei settori regolamentati come suggerito dalla Commissione, ma, al contempo, senza sconfessare i precedenti arresti della stessa Adunanza Plenaria – ricorse al principio, di matrice penalistica, della “consunzione” o “assorbimento”: nella specie, infatti, a dire del Supremo Consesso la condotta professionistica integrava una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 20 cod. cons., che l'operatore telefonico aveva consumato *attraverso* la violazione

degli obblighi informativi previsti per i servizi telefonici dalle norme settoriali. Si sarebbe trattato cioè di un'ipotesi di «specialità per progressione di condotte lesive», ovvero di una «progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione», in cui la condotta illecita per violazione del *corpus* normativo settoriale diveniva «elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito concorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust». Il che si fondava sulla considerazione che la violazione degli obblighi informativi previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche non fosse *per se* sufficiente a integrare la fattispecie di illecito concorrenziale *ex art. 20*, comma 2°, cod. cons., ovvero di pratica commerciale scorretta, «poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo al pagamento dei servizi preimpostati». Non comprendendo dunque l'illecito settoriale tale ulteriore elemento dell'“indebito condizionamento” delle scelte del consumatore-utente, non poteva sostenersi che la normativa settoriale disciplinasse «esaustivamente» la condotta posta in essere dall'operatore telefonico, con conseguente applicazione “residuale” degli artt. 18 ss. cod. cons.

La decisione sul punto è apparsa però tutt'altro che condivisibile. Non solo e non tanto perché la Corte ha di fatto ommesso di considerare la diversa posizione espressa dalla Commissione in ordine alla possibile alternativa portata dall'espressione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, da intendersi quale richiamo ai soli casi di antinomia in senso stretto tra norme generale e settoriale⁶⁴; e neppure per avere fatto ricorso a un principio, quello della «consunzione» o «assorbimento», che le stesse giurisprudenza e dottrina penalistiche ritengono di dubbia operatività per essere un criterio di valore privo di qualsiasi fondamento normativo⁶⁵.

⁶² Ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons. è considerata «in ogni caso ingannevole» la pratica commerciale consistente nell'esigere il pagamento immediato o differito di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto.

⁶³ Il riferimento, più precisamente, è:

i) agli artt. 70 e 71 del Codice che, in attuazione delle corrispondenti norme della Direttiva 2002/22/CE (artt. 20 e 21), da un lato, disciplinano la stipula e i contenuti dei contratti per i servizi di comunicazioni elettroniche, e, dall'altro, impongono specifici obblighi di trasparenza informativa, vigilati dall'A.g.Com.;

ii) alle disposizioni del D.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con L. 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. Legge Bersani), che, «al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio» (comma 1° dell'art. 1), stabiliscono, *inter alia*, che le proposte commerciali formulate dagli operatori «devono evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta» (comma 2° dell'art. 1);

iii) alle previsioni contenute in atti regolamentari adottati, nell'esercizio delle proprie prerogative, dall'A.G.Com. nello specifico settore della prestazione dei servizi di comunicazione elettronica e dei diritti degli utenti per compiutamente disciplinare la materia (*cf.* Delib. 179/03/CSP, recante approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazione, adottata in attuazione della Direttiva 2002/22/CE; Delib. 96/07/Cons, che ha stabilito le modalità attuative delle richiamate disposizioni della Legge Bersani, oltre che degli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni e del Codice del Consumo; Delib. 126/07/Cons, che introduce “Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato”; Delib. n. 664/06/Cons, recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, che disciplina proprio la materia dei servizi non richiesti ed i connessi obblighi di informazione a carico dell'operatore telefonico).

Cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁶⁴ La Corte di fatto glissa sulla questione, osservando invero che la procedura di infrazione si sarebbe aperta solo ed esclusivamente «sul presupposto che questo Consiglio avesse completamente integralmente e senza eccezioni adottato lo schema della specialità per settori [...]». In realtà, come visto, la Commissione non si è affatto limitata ad osservare che il principio di specialità dovesse basarsi sul raffronto tra «fattispecie concrete» - il che peraltro, a una più attenta lettura, era già stato sostenuto anche dalle precedenti pronunce del Consiglio di Stato - ma ha espressamente contestato l'errata interpretazione di tale principio, nella misura in cui era stato inteso che esso presupponesse una mera «sovrapposizione» tra discipline, e non un «contrasto» o «incompatibilità» tra norme.

⁶⁵ In giurisprudenza *cf.* Cass. S.U., 20/12/2005, n. 47164, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, ove così si legge: «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento



Piuttosto, la decisione non risultava condivisibile nella parte in cui – nel ritenere che la condotta violativa degli obblighi informativi imposti dagli artt. 71 e 72 del D.lgs. 256/2003 rappresenta elemento costitutivo della più ampia fattispecie di pratica commerciale aggressiva *ex art. 26, comma 1° lett. f)*, cod. cons. – ha implicitamente ma non meno chiaramente escluso che la stessa condotta possa integrare una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta* alla luce delle disposizioni settoriali. Sembra in effetti assai arduo negare che tali disposizioni specifichino e disciplinino una particolare condotta ispirata a *lealtà* e *correttezza* nel senso ricavabile dagli artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons. (ovvero una particolare ipotesi di pratica commerciale *corretta*), e che, *indirettamente*, proprio nell'imporre quei peculiari obblighi informativi in capo agli operatori del settore, sanciscano il *divieto* di una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta*, che si considererà per l'appunto integrata tutte le volte in cui la condotta professionistica violi tali obblighi.

E invero, se agire conformemente a diligenza professionale significa prestare «cura» e «attenzione», *inter alia*, al compendio informativo che il consumatore deve avere a disposizione per prendere una decisione libera e consapevole (ovvero a quella particolare condizione soggettiva di vulnerabilità decisionale costituita dall'«informazione»), è allora evidente che l'utilizzo di condizioni contrattuali che non indichino tutti i servizi forniti dall'operatore (ai sensi della lett. *b)* dell'art. 71 del codice delle comunicazioni elettroniche) né il dettaglio dei corrispondenti prezzi (ai sensi della lett. *e)* dell'art. 71 e dell'art. 72) integra senza margini di dubbio una condotta contraria alla diligenza professionale, ovvero, ove si preferisca, a buona fede.

normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. [...] Inoltre i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consumazione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale; nello stesso senso Cass. pen. Sez. II, 06/12/2012, n. 10994, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; in dottrina, su tutti, *cfr.* F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, IX ed., 2015, pp. 469-470: «Trattandosi di criteri di valore, sono per natura del tutto *indeterminati*, date le difficoltà ed i soggettivismi nell'individuare l'oggetto giuridico delle norme concorrenti e l'integrale assorbimento di un valore normativo in un altro, essendo fra l'altro la nostra legislazione penale ancora approssimativamente e rozzamente costruita sull'oggettività giuridica».

Né la considerazione che tali disposizioni settoriali non prevedano nelle fattispecie ivi descritte l'elemento della «idoneità» o della «attitudine» a condizionare indebitamente le scelte del consumatore – elemento valorizzato dalla Corte per escludere un «conflitto di norme» e dunque per affermare l'applicazione degli artt. 18 ss. cod. cons. e la competenza dell'A.G.C.M. – appare più convincente. Ciò, in primo luogo, in considerazione del fatto che queste disposizioni hanno una struttura normativa diversa da quella prescelta dal legislatore del 2005 e applicata all'art. 5 della direttiva: queste disposizioni settoriali svolgono cioè il tema della *slealtà* in positivo, come tema della *lealtà*, attraverso l'imposizione di obblighi positivi di comportamento e non con l'imposizione (diretta) di un divieto di una particolare condotta⁶⁶. Cionondimeno, non può non considerarsi che ogni qual volta determinate disposizioni, espressamente pensate per la tutela del consumatore (come certamente sono quelle testé richiamate), impongano determinati obblighi informativi o che determinate informazioni siano fornite in modo chiaro e intelligibile, ciò non può che essere funzionale affinché il consumatore si autodetermini nelle proprie scelte, ovvero compia una scelta pienamente consapevole e libera: tanto più, poi, se tali informazioni vertono sull'oggetto del contratto, ovvero – come nella specie – sui servizi offerti e sui prezzi praticati dal professionista. In altri termini, se il legislatore europeo ha imposto siffatti obblighi, lo ha fatto nella piena consapevolezza che la mancanza di informazioni è idonea a condizionare o alterare la capacità decisionale dei consumatori e quindi a indurli a compiere una scelta economica che altrimenti non avrebbe compiuto (art. 2, lett. *e)* della direttiva 2005/29/CE e 18, lett. *e)*, cod. cons.): la violazione di tali obblighi non può pertanto non essere, di per sé, idonea a falsare il comportamento economico del consumatore⁶⁷.

⁶⁶ *Cfr.* S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 177-176; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47-48.

⁶⁷ Il concetto di «scelta» ricorre con frequenza nella direttiva 2002/22/CE: v. *considerando* 13 («[...]Devono inoltre essere adottate misure specifiche atte a consentire agli utenti disabili e agli utenti con esigenze sociali particolari di accedere ai servizi di emergenza («112») e di avere le medesime opportunità degli altri consumatori per quanto riguarda la scelta tra diversi operatori o fornitori di servizi. [...]»); *considerando* 26 («Una concorrenza più efficace sui mercati dell'accesso e dei servizi amplierà la scelta per gli utenti»); *considerando* 40 («La portabilità del numero è un elemento chiave per agevolare la scelta dei consumatori e la concorrenza effettiva nell'ambiente concorrenziale delle telecomunicazioni»); art. 1 («1. La presente direttiva disciplina la fornitura di reti e di servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali nell'ambito della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Scopo della presente direttiva è garantire la disponibilità in tutta la Comunità di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza e un'opportu-





Della bontà delle conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria, o quanto meno della loro conformità all'ordinamento europeo, deve avere dubitato anche la stessa Sezione Sesta remittente, la quale, invero, nella prosecuzione dei giudizi, anziché fare applicazione dei principi di diritto enunciati dal Supremo Consesso e decidere conformemente a essi (*ex art. 99, comma 4°, c.p.a.*), ha ritenuto di doverli sottoporre al vaglio delle Corti di Giustizia dell'Unione Europea.

Con le Ordinanze nn. 167-168 del 17 gennaio 2017⁶⁸, il Consiglio di Stato – precisato che l'autorità dello *stare decisis* propria delle pronunce dell'Adunanza Plenaria e l'efficacia di giudicato interno dalle stesse esplicita nei relativi giudizi sono destinate a “cedere” dinnanzi a un sospettato contrasto con il diritto euro-unitario⁶⁹ – ha così rimesso (ai sensi dell'art. 267, comma 3°, TFUE) alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali di cui si è detto in premessa.

5. La sentenza del 13 settembre 2018 della Corte di Giustizia (cause C-54/17 e C-55/17)

Precisato, in risposta i primi due quesiti posti dal Giudice rimettente, che la condotta nella specie imputata agli operatori telefonici dovesse considerarsi quale «fornitura non richiesta», ovvero quale pratica commerciale in ogni caso aggressiva ai sensi del punto 29 dell'allegato I alla direttiva (e art. 26 lett. f), cod. cons.), la Corte di Giustizia, in risposta ai quesiti dal terzo al sesto⁷⁰, ha quindi concluso che «trovano applicazione le norme pertinenti della direttiva 2005/29».

nità di scelta effettive, nonché disciplinare le circostanze in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato»).

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. VI, Ord., 17/01/2017, nn. 167-168, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Successivamente, *cf.* T.A.R., Sez. I, Ord., 17/02/2017, n. 2547, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha rimesso alla Corte di Giustizia la risoluzione delle medesime questioni pregiudiziali, in tal caso però concernenti il rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e le direttive settoriali 2009/72/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e 2009/73/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale) e, dunque, l'*actio finium regundorum* tra le competenze della A.G.C.M. e della A.E.E.G.S.I. (Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico).

⁶⁹ Ciò in ossequio ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nei seguenti pronunciamenti, richiamati dal Collegio alle pp. 23-24: Corte Giustizia UE, 05/04/2016, C-689/13; Corte Giustizia UE, 03/09/2009, C-2/08; Corte Giustizia UE, 14/12/1995, C-312/93; Corte Giustizia UE, 16/12/1976, C-33/76; tutte disponibili in <http://curia.europa.eu/>.

⁷⁰ Per la cui esatta formulazione si rinvia alla nota 4.

Le argomentazioni su cui si fonda la decisione possono riassumersi come segue.

La Corte ha anzitutto precisato la portata applicativa del principio di specialità di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, statuendo che ai sensi di tale disposizione – che «disciplina espressamente i casi di contrasto tra norme dell'Unione e non tra norme nazionali» – «la nozione di «contrasto» [...] denota un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle». «Pertanto – conclude la Corte di Giustizia – un contrasto come quello contemplato dall'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 sussiste unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi *incompatibili* con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29» (il corsivo è di chi scrive).

La statuizione sul punto è chiara: in (com)presenza di una disposizione “speciale” che imponga alle imprese operanti in un determinato settore uno specifico standard comportamentale verso il consumatore, la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE recede nella sola ipotesi in cui il divieto generale da essa sancito all'art. 5, para 1, è del tutto incompatibile con quello standard settoriale; in difetto di siffatta incompatibilità, le due discipline non possono dirsi in «contrasto», con conseguente applicazione di quella generale. Il che, detto in altri termini, significa pure che il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) di cui all'art. 3, para 4 – come a suo tempo già sostenuto dalla Commissione Europea – è stato pensato per risolvere eventuali *antinomie* reali tra norme sostanziali generali e speciali, lasciando recedere le prime nelle sole ipotesi in cui un comportamento valutabile come *sleale* alla stregua degli artt. 5 ss. della direttiva 2005/29/CE non sia invece *vietato* alla stregua delle seconde, e *vice versa*.

Tale la portata dell'art. 3, para 4, la Corte è poi passata ad analizzare la normativa settoriale (di cui alle direttive 2002/21 e 2002/22) astrattamente applicabile (oltre a quella generale dettata dalla direttiva 2005/29) al caso di specie, al fine di verificare se questa potesse dirsi disciplinante «un aspetto specifico delle pratiche commerciali scorrette» e se, in ipotesi, se ne potesse predicare un «contrasto» con quella generale nei termini testé citati.

Ebbene, è stato anzitutto escluso, con riferimento al caso di specie, che la disciplina del settore delle telecomunicazioni contenga disposizioni particolari (o ulteriori) rispetto a quelle già contemplate

dalla direttiva 2005/29/CE. Si legge esattamente che la direttiva 2002/22/CE (cd. «servizio universale») si limita, al suo art. 20, a imporre «di fornire determinate informazioni nel contratto» ma «né tale disposizione né altre disposizioni della medesima direttiva contengono norme disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come la fornitura non richiesta». In effetti – si crede di poter aggiungere – l'obbligo delle imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni di indicare in modo chiaro, dettagliato e intellegibile i servizi offerti e i prezzi o le tariffe di tali servizi, oltre a essere espressamente sancito agli artt. 20, para 2, lett. *b* e *d* e 21 della direttiva 2002/22/CE (v. artt. 70, comma 1-lett. *b* e *e*, e 71, comma 1, del D.lgs. 259/2003), si ricava implicitamente, ma non meno chiaramente, anche dal divieto sancito dal combinato disposto di cui agli artt. 5, para 1, e 7, para 1, 2 e 4-lett. *a* e *c*, della direttiva 2005/29/CE (v. artt. 20, comma 1°, e 22, comma 1, 2 e 4-lett. *a* e *c*): è evidente che queste ultime disposizioni, sancendo il divieto di porre in essere quelle pratiche commerciali (cd. omissioni ingannevoli) che consistono nell'«omett[ere]» o «presenta[re] in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo» le informazioni rilevanti (tra cui evidentemente quelle relative al prodotto, alle sue caratteristiche e al suo prezzo) di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole, esse sanciscono un corrispondente, speculare, obbligo per ogni impresa di agire nel senso espressamente contemplato dalle disposizioni settoriali.

Sembra allora di poter intendere che, per la Corte, sebbene la condotta professionistica posta al suo esame fosse qualificabile come «sleale» anche alla luce della disciplina settoriale (per violazione dell'art. 20 della direttiva 2002/22/CE), nondimeno detta disciplina non potesse trovare applicazione per essere quella pratica già qualificabile come «sleale» ai sensi della direttiva 2005/29/CE; la quale peraltro espressamente contempla la condotta del professionista che esige il pagamento di servizi offerti ma mai richiesti dal consumatore, valutandola – con presunzione *iuris et de iure*⁷¹ – come pratica commerciale senz'altro sleale, ed esattamente quale «fornitura non richiesta» (punto 29, allegato I alla direttiva 2005/29; e art. 26, lett. *f*), cod. cons.).

⁷¹ Cfr. Corte di Giustizia EU, 23.04.2009, C-261/07 e C-299/07, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 56, ove così si legge: «La direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente all'art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della direttiva».

Peraltro, rileva *ad abundantiam* la Corte che un «contrasto» tra le due normative nella specie non sarebbe neppure paventabile alla luce della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE (introdotta dall'art. 1 della direttiva 2009/136/CE), a mente della quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori», comprese, dunque, anche quelle della direttiva 2005/29/CE. «Ne consegue – conclude la Corte – che non vi è contrasto tra le disposizioni della direttiva 2005/29 e le norme sancite dalla direttiva «servizio universale» per quanto concerne i diritti degli utenti finali. Pertanto, in circostanze come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, trovano applicazione le norme pertinenti della direttiva 2005/29».

Destà invece qualche perplessità la mancata risposta della Corte al settimo quesito posto dal Consiglio di Stato.

Il quesito era stato così formulato: «Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniquale volta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina «consumeristica» settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva», ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o «in ogni caso aggressiva» ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime «pratiche aggressive» e «in ogni caso aggressive» o, comunque, le medesime «pratiche scorrette»».

La Corte di Giustizia ha ritenuto che non occorresse rispondere a detta questione in quanto la premessa su cui si fondava – ovvero che le direttive 2002/20/CE e 2002/22/CE «disciplinano in maniera esaustiva la tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche» – sarebbe errata.

A parere di chi scrive, le precisazioni compiute dalla Corte sulla portata del criterio di specialità di cui all'art. 3, para 4, avrebbero dovuto condurre a concludere nel senso che ogniquale volta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina «consumeristica» settoriale, una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva» o più in generale di «pratica «sleale/scorretta», debba



sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche commerciali sleali di cui alla direttiva 2005/29/CE.

Di seguito si proverà ad illustrarne le ragioni.

6. Considerazioni critiche. La coerenza del diritto europeo delle pratiche commerciali sleali

Si crede che l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia, in risposta ai quesiti dal terzo al sesto, al criterio di specialità formulato dall'art. 3, para 4, abbia definitivamente chiarito ciò, che la normativa recata dalla direttiva 2005/29/CE, lungi dall'aver una portata applicativa «residuale», ha bensì carattere «generale». Tanto si è giocoforza costretti a concludere quando si riconosca – come è stato riconosciuto – che la regola settoriale possa prevalere solo in ipotesi di “insuperabile” incompatibilità (o «contrasto») con la regola generale, e quando altresì si sostenga – come per logico corollario deve sostenersi – che, in difetto di siffatta incompatibilità, la valutazione del rispetto degli obblighi specifici previsti dalla normativa settoriale deve essere ricondotta nell'ambito di applicazione della normativa generale (la direttiva 2005/29/CE, per l'appunto).

Si segnala peraltro che la stessa conclusione era in passato già stata sostenuta nello studio del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive. Nella constatazione che quest'ultima direttiva sancisce il divieto di due particolari ipotesi di pratiche commerciali scorrette, *i.e.* il *divieto* delle pratiche di utilizzazione di clausole abusive (art. 7) e di clausole non trasparenti (art. 5), si osservava che cionondimeno dovessero trovare applicazione le regole di *enforcement* previste dalla direttiva 2005/29/CE (art. 11 ss.). Il che si credeva imposto dall'esigenza – sodisfatta proprio dalla regola dell'art. 3, para 4 – di garantire una *coerenza* del nuovo *sistema* delle pratiche commerciali: «[...] [the] criteria of coherence and consistency aim[ed] at ensuring that the unfair commercial practice under consideration is treated in principle in the same way as any other unfair commercial practice, *ie according to the EU enforcement rules provided by Articles 11 to 13 of the UCPD*» (corsivo dell'Autore)⁷².

Quelle conclusioni muovevano da un dato, peraltro ampiamente condiviso tra gli studiosi, che appare inoppugnabile quanto decisivo: la direttiva

2005/29/CE, come si è detto, ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» e «uniforme» delle pratiche commerciali sleali, in tal senso attribuendo identità e unità a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata⁷³. L'unitario *corpus* normativo così delineato aspira a qualificarsi come *sistema*, nel cui ambito è data la ricerca di un *ordine razionale*⁷⁴ che ricomprende tutti i precedenti interventi normativi cd. «settoriali» o «verticali» volti a regolamentare determinati «tipi» di pratiche commerciali, ovvero pratiche commerciali correlate a particolari categorie di beni o servizi. E tale ordine, secondo l'intenzione del legislatore europeo, non può che imporre che tutti gli *standard* comportamentali positivizzati dalle normative settoriali siano ricondotti al «divieto generale» di cui all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, nel cui ambito di applicazione dovrà pertanto essere valutato il loro rispetto.

Di ciò numerosi sono gli indici rivelatori nella stessa direttiva 2005/29/CE.

È quanto anzitutto è dato evincere là dove il legislatore europeo ha chiaramente precisato che quello delle pratiche commerciali è, per l'appunto, un «divieto *unico* generale comune», intorno al quale è costruito un corrispondente «*unico* quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE»⁷⁵. È quanto

⁷³ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 10; S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 98 e 175-176; P. AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 2; E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., p. 82.

⁷⁴ Crediamo di poter condividere le più generali considerazioni di L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1 (della versione digitale), secondo la Quale il sistema «è un *posterius* affidato alla fatica dell'interprete che, dinanzi alle norme, deve incessantemente porsi alla ricerca dell'includibile imperativo di razionalità».

⁷⁵ Chiari sono in questo senso il *considerando* 11 («[...] La presente direttiva introduce un unico *divieto generale* di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. [...]»); il *considerando* 12 (che riferisce di un «*unico quadro normativo* fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE») e il *considerando* 13 (che ancora richiama il «*divieto unico generale comune* istituito dalla presente direttiva [che] si applica [...] alle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori»).

⁷² S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 51; pare condividere le stesse considerazioni S.J. WHITTAKER, *Unfair terms in consumer contracts*, in *Chitty on contracts*, by H.G. BEALE, London, 2012, pp. 1218-1219.



ancora, e più in particolare, è dato evincere dalla *diretta* rilevanza che «gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario» (art. 7, para 5) assumono nella valutazione della ingannevolezza di una condotta professionistica, di talché le omissioni o l'occultamento delle informazioni *settorialmente* dovute costituisce indice, se non prova, della contrarietà a diligenza professionale della stessa condotta⁷⁶; ovvero, *indirettamente*, dalla scelta di escludere che la direttiva 2005/29/CE armonizzi «massimamente» anche i settori dei «servizi finanziari» e dei «beni immobili» (art. 3, para 9, della direttiva⁷⁷), col che, per contro, ammettendosi chiaramente che *tutti* gli altri *settori*, nessuno escluso, ricadono nella opera di sistemazione del «nuovo» diritto delle pratiche commerciali. Significativa crediamo sia inoltre, e ancor più nello specifico, la considerazione, tra le pratiche in ogni caso sleali di cui all'allegato I della direttiva, di quella consistente nell'«Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di *assicurazione* di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta [...]»⁷⁸. Da ciò deve coerentemente dedursi che le condotte professionistiche poste in essere in quel particolare settore merceologico (delle *assicurazioni*) sono senz'altro considerate dalla «direttiva-quadro», nel cui ambito di applicazione vanno pertanto valutate.

A ogni buon conto, a fugare ogni dubbio è – si crede – lo stesso concetto di diligenza professionale, come ricavabile dalla definizione di cui all'art. 2, lett. h) della direttiva. Ivi è fatto chiaro che la «cura», l'«attenzione» e la «competenza» cui è tenuto il professionista secondo il canone della diligenza professionale (o della buona fede) vanno adeguate, variando nella loro misura e intensità, al *settore* di attività del professionista. La *diligenza professionale* è da valutarsi «rispetto al principio della buona fede nel settore di attività del professionista», ovvero avendo riguardo alle caratteristiche dei servizi, dei prodotti e, più in generale, delle modalità degli scambi che avvengono nei diversi *settori*, con tutte

le peculiarità che gli sono proprie⁷⁹. Il che significa – come pure è stato osservato in commento al comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons.⁸⁰ – che ove già esista una disciplina *settoriale* che contenga «speciali» regole comportamentali preposte alla tutela della libertà e della consapevolezza delle scelte economiche del consumatore, queste, anziché precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., con esse vanno integrate al precipuo fine di individuare lo *standard* o la misura della diligenza richiesti ai professionisti in quel settore regolamentato⁸¹, in tal senso tali regole settoriali contribuendo a *riempire* di contenuto la nozione di diligenza professionale⁸².

Nello stesso senso, ma specularmente, depone la nozione di «consumatore medio», con riferimento al quale deve essere valutata la idoneità «falsante» della pratica commerciale (art. 5, para 2 e 3). Del quale consumatore medio, invero, vengono in rilievo quelle condizioni soggettive di vulnerabilità che

⁷⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 53, secondo il Quale il riferimento al “settore di attività” del professionista «esprime [...] un criterio di adeguamento dei principi legali alle caratteristiche tipiche degli scambi che avvengono nei diversi settori». Cfr. anche *considerando* 20 della direttiva.

⁸⁰ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51-52.

⁸¹ Nei termini si era peraltro già espressa una parte della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle comunicazioni elettroniche. In proposito, si veda quanto richiamato in nota 52; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, sub *art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.

⁸² Rimane inteso che le condotte professionistiche vanno valutate nel loro complesso, di talché – come anche rilevato dalla Commissione europea nella più volte citata lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 – l'osservanza degli obblighi informativi previsti per la fase precontrattuale dalla disciplina settoriale, se esclude che *in parte qua* la condotta possa qualificarsi sleale, non vale invece a escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta *altrimenti* in atto una pratica sleale, «ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva (“la clausola generale”); oppure utilizzando atteggiamenti aggressivi o altri comportamenti sleali, quali ad esempio porre ostacoli di natura non contrattuale all'esercizio da parte dei consumatori dei loro diritti derivanti dal contratto, o ancora impedendo loro di cambiare prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista (articolo 9, lettera d), della direttiva); [...]». «Il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva». Così anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 53-54: «[...] l'operatività dell'art. 19, comma 3, cod. cons. è circoscritta ai soli *aspetti specifici* da esse disciplinati che potrebbero anche non esaurire l'intera attività posta in essere dal professionista in relazione ad un prodotto e, dunque, lasciare spazio alla configurabilità di una o più pratiche commerciali scorrette anche a fronte di atti conformi ai precetti dettati dall'Unione per altri aspetti».

⁷⁶ Tali obblighi informativi in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali sono passati in rassegna nell'allegato II della direttiva e richiamati dall'art. 7, para 5: sono, a titolo esemplificativo, quelli previsti dall'art. 3 della direttiva 90/314/CEE (nel settore dei viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»), dall'art. 19 della direttiva 2004/39/CE (nel settore degli strumenti finanziari), dagli artt. 5 e 6 della direttiva 2000/31/CE (nel settore dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico).

⁷⁷ Cfr. anche *considerando* 9.

⁷⁸ V. allegato I, n. 27, della direttiva 2005/29/CE e art. 26, lett. d), cod. cons.



si appalesano – oltre che con riferimento a eventuali condizioni di «infermità mentale o fisica», di particolare «ingenuità» o all'«età» – anche «in relazione al prodotto» (così al para 2, lett. *b*) cui la pratica «si riferisce» (così al para 3), ovvero in relazione al settore «speciale» di mercato in cui la condotta professionistica è posta in essere⁸³. Dire che la cura e l'attenzione richieste al professionista variano al variare del *target* di consumatore a cui la pratica è diretta, significa ammettere che la misura di quel *duty of care* imposto dal canone della diligenza professionale può variare in relazione al settore merceologico di riferimento, che quel *target* di consumatore contribuisce a fissare.

Tali dati normativi sembrano decisivi nell'impostazione del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e ogni altra direttiva settoriale in materia di pratiche commerciali sleali/scorrette: riconoscere che le cautele, i comportamenti e il livello di «cura» e «competenza» suscettibili di essere considerati dovuti *ex fide bona* possano variare in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica e in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista⁸⁴, significa del pari riconoscere che la direttiva 2005/29/CE è stata per l'appunto pensata come una «direttiva-quadro», introduttiva di un nuovo diritto *generale* delle pratiche commerciali scorrette, che, come tale, è *applicabile – altresì nel suo impianto sanzionatorio – in relazione a qualsiasi pratica commerciale, qualsivoglia sia il settore merceologico di riferimento.*

Se l'assunto è corretto, corretto è altresì escludere che la «*prevalence rule*» di cui all'art. 3, para 4, della «direttiva-quadro» possa operare in virtù della mera «*presenza*» di una disciplina di settore, sia essa più o meno «esaustiva» o «compiuta»; piuttosto, l'impianto normativo recato dalla direttiva 2005/29/CE è destinato a recedere in favore di quello settoriale nella sola ipotesi di antinomia o *incompatibilità* tra disposizioni, ovvero nell'ipotesi in cui uno stesso comportamento professionistico sia qualificabile come «sleale» secondo una disciplina e, al tempo stesso, come «leale» o «corretto» secondo l'altra. Ove invece la pratica professionistica risulti vietata tanto secondo la «disciplina-quadro» (art. 5 della direttiva 2005/29/CE) quanto secondo quella «settoriale», solo la prima troverà applicazione, insieme con le relative regole di *enforcement*⁸⁵.

Per tali ragioni appare difficilmente spiegabile che la Corte abbia ritenuto di non poter rispondere al settimo quesito posto dal Giudice *a quo*. Quel quesito, come visto, chiedeva alla Corte di precisare se, in presenza di una condotta qualificabile come pratica commerciale «aggressiva» o più in generale «sleale» posta in essere in un particolare settore merceologico, dovesse sempre trovare applicazione la disciplina della direttiva 2005/29/CE anche se la normativa settoriale regoli «*in maniera esaustiva*» la pratica commerciale. La mancata risposta della Corte, fondata sul rilievo che nella specie le direttive 2002/20/CE e 2002/22/CE non «disciplinano *in maniera esaustiva* la tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche», è di difficile spiegazione proprio perché, per quanto dalla stessa precisato in interpretazione dell'art. 3, para 4, il presupposto dell'operatività della «*prevalence rule*» non è la mera «esistenza» di una disciplina settoriale né *a fortiori* la sua «esaustività» o «compiutezza», bensì l'esistenza di un «contrasto» tra discipline generale e settoriale. In altri termini, a quel quesito la Corte aveva in realtà già risposto, negli stessi termini con cui aveva concluso in risposta al terzo quesito: se è vero che, in difetto di una incompatibilità di disciplina, la valutazione degli «obblighi specifici» previsti dalla normativa settoriale deve ricondursi nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE al fine di fissare la misura della «diligenza professionale» richiesta ai professionisti in quei settori, non meno vero è che ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva» o più in generale di «pratica «sleale/scorretta», debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche commerciali sleali, indipendentemente dal carattere «esaustivo» o meno delle regole settoriali.

Alle medesime conclusioni, peraltro, dovrebbe indurre anche il cd. principio di specialità, correttamente inteso. Tale criterio (*lex specialis derogat generali*) altro non costituisce che un'attuazione del principio fondamentale di giustizia (*suum cuique tribuere*) nonché un modo di manifestazione del divenire di un sistema ordinamentale⁸⁶. Osservava Norberto Bobbio che «il passaggio da una regola più estesa (che abbraccia un certo *genus*) ad una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia una *species* del *genus*) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come eguale trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria. Il passaggio dalla regola generale a quella

⁸³ Si consideri che per «prodotto», ai sensi dell'art. 2 lett. *c*) della direttiva, s'intende «qualsiasi bene o servizio [...]» offerto dal professionista.

⁸⁴ Nei termini G. DE CRISTOFARO, sub art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 157.

⁸⁵ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 52.

⁸⁶ Nei termini F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, 1980, pp. 709 ss.

speciale corrisponde ad un naturale processo di differenziazione delle categorie, e ad una graduale scoperta, da parte del legislatore, di questa differenziazione. Avvenuta o scoperta la differenziazione, il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un'ingiustizia»⁸⁷.

Se il rapporto tra regola generale e regola speciale deve essere affidato a valutazioni di giustizia sostanziale, *i.e.* di eguale trattamento di fattispecie appartenenti alla stessa categoria, non v'è ragione alcuna per non attrarre sotto l'alveo della disciplina della direttiva 2005/29/CE anche quelle pratiche commerciali sleali cd. settoriali, che tali (*i.e.* pratiche commerciali sleali) rimangono ancorché consumatesi ai danni di un investitore, piuttosto che di un risparmiatore, di un assicurato, di un aderente a condizioni generali di contratto o di ogni altro utente. Tanto è più vero, poi, se si consideri che le peculiari esigenze che il consumatore può avvertire nei diversi settori sono espressamente prese in considerazione dalla «direttiva-quadro», il cui criterio della «diligenza professionale» è idoneo a fissare *standard* comportamentali più o meno rigorosi, proprio in adeguamento a quelle esigenze.

Infine, sembra corretto osservare che a tale conclusione conduce anche l'unico approccio metodologico possibile per quello che è un problema di coordinamento tra norme di un medesimo sistema: la ricerca di una *relazione di coerenza* tra i contenuti di quel sistema⁸⁸.

È opinione tradizionale che in un insieme «unitario» di norme, quale s'intendeva certamente creare con il «nuovo» diritto delle pratiche commerciali sleali, la *relazione di coerenza* tra le parti del tutto non costituisce una sua intrinseca caratteristica quanto, piuttosto, una sua esigenza: ogni sistema «non è un dato, bensì un processo», e la sua costruzione «non è una qualità, [...] bensì l'obiettivo, il fine da realizzare e da raggiungere, e anzi, meglio, cui tendere, cui avvicinarsi incessantemente»⁸⁹. E nella ricerca di un risultato di coerenza, volto a evitare le diverse norme del sistema si contrappongano, contraddicano o anche solamente sovrappongano, l'interprete deve farsi guidare da *ragionevolezza*, perché, in siffatte fisiologiche ipotesi, prevalga non una qualsiasi norma, bensì quella che risulti compa-

tibile con la logica del sistema⁹⁰. Tale è l'insegnamento di teoria generale dell'ordinamento generalmente condiviso, da ritenersi estensibile anche nel caso qui affrontato: la clausola generale di «ragionevolezza», normalmente ricondotta al valore essenziale della coerenza, opera in un tempo come limite generale alla attività legislativa e come criterio di metodo per l'interprete, affinché non esistano ovvero, se esistenti, non prevalgano disposizioni incompatibili con l'ordine costituendo⁹¹.

Ora, che l'obiettivo del legislatore del 2005 europeo fosse quello di sistematizzare il diritto delle pratiche commerciali sleali *business to consumer* è difficilmente discutibile: il che – come variamente osservato – rappresentava un'esigenza stingente, resasi necessaria in un contesto di politica legislativa che negli ultimi anni lo aveva visto servirsi di un approccio pragmatico, volto al concreto soddisfacimento di esigenze contingenti (e settoriali) alle quali dare risposte immediate. In un tale contesto, la direttiva 2005/29/CE ha rappresentato un *unicum* nell'esperienza legislativa europea, il frutto cioè di un notevole sforzo, fino ad allora inedito, volto a creare *ordine* in un ambito normativo frammentario: essa è stata pensata e strutturata per disciplinare tutte le pratiche commerciali «B2C», di tutti i «settori» del mercato europeo.

Sicché si crede che riconoscere carattere «residuale» o «sussidiario» a un impianto normativo pensato come «generale», oltre a vanificare interamente tale sforzo, si palesa come un'operazione concettuale incongruente, ovvero *incoerente e irragionevole*.

⁸⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 ss.

⁸⁸ L'esigenza di «coerenza» nel rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e il «diritto comunitario esistente» è richiamata anche dal *considerando* 10 della «direttiva-quadro»: «È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici».

⁸⁹ F. MODUGNO, *o.u.c.*, p. 705.

⁹⁰ A. CELOTTO, sub *art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Vol. I, Torino, 2006, pp. 80 ss.

⁹¹ A. CELOTTO, *o.u.c.*; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. società*, 1975, 3, pp. 561 ss.



“NUOVI” VIZI DEL CONSENSO E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

Di Serena Meucci

| 45

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento. - 3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate. - 4. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT. Sempre più numerose e rilevanti sono le forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale prese in considerazione nel nostro ordinamento così determinando un apparente allentamento del tradizionale principio di tipicità dei vizi del consenso. In particolare il riferimento è alle fattispecie di alterazione della volontà causate dall'abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro, dunque i “nuovi” vizi che emergono nella normativa concorrenziale (disciplina dell'abuso posizione dominante, comportamenti discriminatori, dipendenza economica). L'esigenza di ricostruzione rimediale si arricchisce in questo ambito da una diversa lettura dell'art. 1440 c.c. e in generale dalla rilevanza dei c.d. vizi incidenti e incompleti unitamente alla centralità dell'evoluzione normativa a livello europeo.

The forms of disturbance in the formation of the negotiating will taken into account in our legal system are increasingly numerous and relevant, thus leading to an apparent loosening of the traditional principle of typicality of the defects of consent. In particular, the reference is to the types of alteration of will caused by the abuse of a position of strength on the one hand and structural weakness on the other, therefore the "new" defects that emerge in the competitive legislation (discipline of abuse dominant position, behavior discriminatory, economic dependence). The need for remedial reconstruction is enriched in this area by a different reading of the par. 1440 and in general from the relevance of the c.d. incomplete defects together with the opening of the european legislation revolution.



1. Il problema.

| 46

Il problema dei nuovi vizi del consenso si pone all'attenzione dell'interprete in considerazione dell'evoluzione dell'ordinamento in numerosi ambiti. Tra questi, il settore che maggiormente sollecita una riflessione circa la rilevanza di forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale investe le fattispecie di derivazione europea relative alla disciplina del mercato: "vizi" nei quali emerge un problema di inquadramento di fattispecie di alterazione della volontà negoziale causate dall'abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro¹. L'attenzione si rivolge a quei "nuovi" vizi che emergono nella normativa concorrenziale, si pensi alla disciplina dell'abuso di posizione dominante, ai comportamenti discriminatori e alla dipendenza economica, con l'obiettivo di valutare come queste figure si pongono nella dialettica tra tipicità da un lato e nuovi vizi dall'altro.

Il problema è più in generale un problema di ricostruzione rimediabile sicché occorre procedere mediante siffatto metodo². Occorre cioè prendere le mosse dal bisogno di tutela che emerge a fronte di una situazione giuridicamente rilevante, come tale ricostruita dall'interprete e degna dunque di protezione, per ricostruire i rimedi esperibili, in linea di principio rimessi alla valutazione della parte offesa. E ciò a fronte del superamento, come la dottrina più attenta ha ormai dato conto, di un presunto principio di tipicità dei rimedi nell'ottica dell'esigenza di effettività della tutela quale si trae dall'impianto costituzionale e precisamente dall'art. 24. La questione dei "nuovi vizi" del consenso partecipa della più ampia e complessa problematica che vede l'interprete di fronte all'esigenza di governare e sistematizzare l'estensione dell'area della rilevanza delle situazioni giuridiche e della relativa protezione con ciò che ne consegue in punto di rimedi. In questo contesto la tradizionale immagine della rigida tipicità dei vizi del consenso che si esauriscono nei casi di incapacità di agire o naturale, errore essenziale, minaccia e dolo determinante il cui rimedio è la sola azione di annullamento appare illusoria.

¹ In tema da ultimo, A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, 148.

² Sulla nozione di "rimedio", G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, 86; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 237; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601; ID., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 1155.

Numerose sono le fattispecie dotate oggi di rilevanza così come variegati sono i rimedi esperibili.

Nell'esaminare lo svolgersi di siffatto percorso, prima di entrare nel merito dei "vizi" in ambito concorrenziale, occorre evidenziare due momenti fondamentali che fanno da sfondo alla nostra problematica, uno per così dire endogeno, di evoluzione interna al sistema, e l'altro esogeno.

Nel primo ambito, occorre ascrivere la rinnovata e diversa lettura dell'art. 1440 c.c. e in generale la rilevanza dei c.d. vizi incidenti e incompleti con l'apertura allo strumento risarcitorio, ricostruito quale rimedio generale attuativo di un principio anch'esso generale quale quello del ristoro economico. Nel disposto dell'art. 1440 c.c. viene individuata la base normativa per una generalizzata tutela risarcitoria in tutte quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio – e per le quali l'impugnativa è perciò preclusa – il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appare "il frutto di una decisione in qualche modo 'deformata' in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto"³. Sicché la "vittima" di condotte scorrette della controparte suscettibili di essere considerate illecite (a partire da quelle che si concretizzano nel dolo incidente) è legittimata a richiedere il risarcimento del danno anche nelle ipotesi nelle quali non si diano le condizioni per il ricorso alla tutela demolitoria.

La sanzione della invalidità propria dei "vizi completi" (che presentano cioè i requisiti voluti dalle relative discipline) non vale ad escludere il diverso rimedio risarcitorio per i "vizi incompleti", espressione che rinvia a un predicato relazionale ovvero all'assenza dei caratteri richiesti per legittimare l'azione di annullamento o di rescissione volta volta previsti dalla normativa di riferimento⁴. Tale

³ Così M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995, 187. Si tratta cioè di quelle ipotesi che "si collocano al di sotto della soglia che vale a delimitare le ipotesi legali di vizio e rispetto alle quali il ricorso al rimedio invalidatorio è escluso: situazioni, tuttavia, in cui l'assetto di interessi che risulta dal contratto, si rivela "squilibrato" a danno di uno dei contraenti in ragione della scorrettezza in contrahendo dell'altro, che superi la soglia di irrilevanza ai normali rischi del traffico contrattuale". *Contra v.* G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (diretto da) *Trattato del contratto*, V, *I rimedi*, 2, Milano, 2006, 1007; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium*.

⁴ Si è osservato in contrario come "l'ordinamento non può – al di fuori di ipotesi specificamente e tassativamente previste e specificate – da un lato riconoscere validità ed efficacia ad un dato regolamento negoziale, e dall'altro porre a carico di una delle parti del contratto l'obbligo di risarcire all'altra i danni che, dall'esecuzione di esso, derivano" (L. ROVELLI, *I principi del diritto contrattuale europeo: tendenze e prospettive*, in

interpretazione si innesta nel quadro della lettura, accolta anche in giurisprudenza, dell'art. 1337 c.c. come espressione di un principio generale di rilevanza in termini risarcitori di condotte contrarie all'obbligo di buona fede, obbligo che orienta e pervade l'intera fase contrattuale a partire dalla formazione. Sicché a fronte di condotte scorrette (quali per esempio quelle che si concretizzano nel dolo incidente) che siano tali da integrare una violazione del dovere generale di buona fede ex art. 1337 c.c., l'ordinamento assicura una tutela risarcitoria concretizzandosi appunto la scorrettezza precontrattuale nella violazione del detto obbligo fonte di responsabilità anche quando la condotta scorretta non sia tale da consentire l'invalidazione del contratto⁵.

L'orientamento così tratteggiato ha trovato sostegno nella giurisprudenza di legittimità, sostegno che si sta facendo via via più solido e robusto⁶ e che deve essere valutato unitamente alla progressiva

estensione dell'area della contrattualità della responsabilità nei casi di contatto sociale qualificato, quale quello che si instaura con le trattative⁷. Il primo riferimento è, naturalmente, alle pronunce delle Sezioni Unite del dicembre 2007⁸ le quali, sia pure in obiter, hanno affermato l'ammissibilità di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole¹¹, dunque da contratto validamente concluso, suscitando non poche reazioni⁹. Si è tentato di circoscrivere la rilevanza dei principi enucleati in quelle e successive pronunce osservando come da un lato si tratti di semplici obiter dicta e, dall'altro, come gli stessi casi avrebbero potuto essere decisi attraverso un apparato argomentativo diverso da quello della responsabilità da contratto valido ma pregiudizievole.

Al di là delle critiche, che non sembrano a ben vedere decisive, la progressiva estensione del rimedio risarcitorio nelle sue molteplici declinazioni tra le quali l'affermazione della responsabilità da contratto validamente concluso ha trovato un rapido accreditamento nell'elaborazione giurisprudenziale e ha determinato una progressiva estensione dell'area della protezione in tutti i casi di turbative che si sostanziano in condotte scorrette di una parte che induce la controparte a concludere un contratto che, seppur non determinato, risulti condizionato dall'altrui preponderanza o dalla propria debolezza e comunque diverso da quello che avrebbe altrimenti

ALPA – BUCCICO (a cura di) *Il codice civile europeo*, Milano, 2001, 116), fermo restando comunque che all'ordinamento non è affatto estraneo il dispositivo di divaricare le proprie tutele quando ciò serve a comporre istanze multiverse (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 396).

⁵ Come osservato da Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp.*, 2006, 25 con nota di ROPPO AFFERNI, in *Contratti*, 2006, 446, con nota di POLIANI; in *Corr. giur.*, 2006, 669, con nota di GENOVESI; in *Foro it.*, 2006, I, 1105 con nota di SCODITTI) "la responsabilità per violazione del dovere di buona fede durante le trattative ... non è limitata ai casi in cui alla trattativa non segua la conclusione del contratto o segua la conclusione di un contratto invalido ... bensì si estende ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto". Quanto alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità precontrattuale, v. Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, *Corr. Giur.*, 2007, 12, 1706, con nota di A. DI MAJO; Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità contrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1944, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*. In tema, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale ... è dunque contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 2013, 283.

⁶ Da ultimo Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1517 nota di C. SCOGNAMIGLIO, così massimata: "la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido ed inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido ma risulti pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto altrui. Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità dell'altra parte, qualora a questa sia imputabile, sulla base di un accertamento di fatto, l'omissione di informazioni rilevanti, nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, e con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto".

⁷ Di recente, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504 con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*.

⁸ Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, le quali richiamano Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, sopra citata.

¹¹ In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 205 ss., con nota di M. CONFORTI.

⁹ Si veda tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725*, in *Contratti*, 2008, 231 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civili: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 445 s.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, 784 s.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 s.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 59 ss. In giurisprudenza Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, citata.



ti concluso. Per questa via torniamo dunque alla rilevanza dell'interrogativo di fondo che riguarda la presente riflessione.

Il secondo aspetto del quale occorre dare conto per correttamente inquadrare il tema che qui ci occupa riguarda l'incidenza del diritto di derivazione europea, elemento esogeno solo per la provenienza formale della normativa e/o del modello dal momento che la relativa integrazione nel sistema domestico ne provoca un'evoluzione e un mutamento spesso sostanziali. Basti solo pensare alla figura della nullità ed alla profonda innovazione della disciplina domestica.

Al diritto europeo si deve la rafforzata rilevanza attribuita ai condizionamenti provenienti dal mercato e in generale ai casi di asimmetria di forza e informativa non solo nei rapporti B to C (professionista e consumatore) ma anche nei rapporti tra imprese. Occorre a questo punto entrare nel merito delle relative normative per verificare l'incidenza sul tema dei vizi del consenso¹⁰.

2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento.

Partiamo allora dalla dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, fattispecie di applicazione generale nel diritto dei contratti che ben può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura e che colpisce e sanziona il caso di abuso effettuato da una impresa (di solito fornitrice) della situazione di dipendenza economica nella quale versa l'impresa controparte (normalmente cliente). Non rileva la dipendenza economica in quanto tale giacché espressiva di uno stato fisiologico dell'andamento del mercato e dunque delle contrattazioni che lo compongono e non oggetto ex se di disvalore da parte dell'ordinamento, bensì l'abuso effettuato da una parte a danno dell'altra¹¹. A questo riguardo, l'abuso si concretizza nella situazione in cui una impresa sia in grado di determi-

nare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, sfruttando la propria forza economica, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi da misurarsi anche in relazione alle reali possibilità per la parte vittima dell'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Uno dei principali elementi rivelatori della sussistenza della dipendenza economica è fornito dal legislatore stesso, ed è rappresentato dall'esame della possibilità per l'impresa "debole" di compiere scelte imprenditoriali alternative sul mercato.

Tre i dati da evidenziare ai nostri fini ovvero in rapporto ai rimedi codicistici tratteggiati nella disciplina dei vizi del consenso. In primo luogo, l'ambito applicativo della fattispecie, indice rilevatore quanto all'estensione della rilevanza di condotte abusive e comunque tali da perturbare la scelta negoziale.

La norma che sanziona l'abuso di dipendenza economica ha carattere generale e trova applicazione nei contratti tra imprese a prescindere dalla qualificazione in termini di subfornitura. Dato questo che risulta acquisito anche in giurisprudenza la quale ha osservato come si tratti di una "fattispecie di applicazione generale ... che si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali": il che pertanto presuppone che siffatti rapporti siano regolati da un contratto. Tanto ciò è vero che il comma terzo dell'art. 9 della legge 192/1998 statuisce la nullità del patto che realizza l'abuso¹².

¹² Cass., SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, 4, 739 e Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in *DeJure*, nonché nel merito, Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3344 secondo cui l'applicabilità dell'art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di abuso di dipendenza economica, non è limitata alle sole ipotesi di sub - fornitura; in senso analogo Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2, 2011, II, 1471, con nota di V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, Trib. Roma 30 novembre 2009, in *Foro it.*, 2001, I, 256; Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 2248 ad avviso del quale la disciplina in tema di abuso di dipendenza economica si applica a tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese che, come la sub - fornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo a un'integrazione "verticale" delle rispettive attività; v. altresì Trib. Trieste 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, n. 2, 178, con nota di BATELLI, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*, Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 2149, con nota di DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262, con riferimento ad ogni rapporto di natura commerciale. Di diverso avviso, nel senso di circoscrivere l'applicazione della norma alla sola subfornitura, Trib. Roma 19 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 256, nonché Trib. Taranto 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440 che ne ha escluso l'applicazione proprio con riferimento al contratto di affiliazione commerciale. In dottrina, negli stessi termini, E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la sub-fornitura*, *Conc. merc.*, 2010, 630.

¹⁰ In tema, in particolare, A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 91; G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 742 ss.

¹¹ Fra i contributi più significativi, si veda A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, terzo contratto e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013 I 91, G. GITTI - G. VILLA, *Il terzo contratto, l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, G. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 493, V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1127.





Secondariamente, in questa tipologia di vizio invalidante, a differenza dei tradizionali vizi del consenso (fatta eccezione per la incapacità naturale e, ai fini però risarcitori, il dolo incidente), rileva lo squilibrio, l'iniquità del patto. Con un limite importante. Lo squilibrio deve investire diritti e obblighi, uno squilibrio dunque normativo come per le clausole abusive nei contratti del consumatore¹³, che naturalmente si flette in un danno economico. Non è sindacabile dal giudice l'adeguatezza del corrispettivo della transazione commerciale in sé considerata.

In terzo luogo, l'effetto demolitorio sul contratto (rectius, sul patto che realizza l'abuso) si produce anche in assenza del requisito - presente invero nei rimedi codicistici dei vizi del consenso - del carattere "determinante" del consenso stesso. Ai fini cioè della fattispecie di cui all'art. 9, sanzionata ai sensi del relativo comma 3 con la nullità, non è richiesta una indagine sull'incidenza radicale del consenso della parte "vittima" dell'abuso.

Come detto, in mancanza dell'abuso, ovvero della condotta scorretta della controparte, l'impresa avrebbe comunque stipulato quella transazione ma a condizioni diverse: si tratta per utilizzare un'espressione codicistica di un vizio incidente. Diversamente, qualora cioè la condotta scorretta fosse determinante il consenso della vittima, quest'ultima ben potrebbe esperire gli ordinari rimedi civilistici (ovvero l'azione di annullamento per dolo), nulla innovando allora l'art. 9 della Legge 192.

Spostandosi sul profilo rimediabile, è il legislatore a statuire la nullità del patto che sostanzia lo squilibrio, nullità che presenta i caratteri del regime protettivo, dunque parziale e relativa: l'impresa che lamenta di essere vittima di un abuso di dipendenza economica generalmente non intende liberarsi dal contratto bensì conservarlo, emendato della clausola stipulata a seguito di un comportamento abusivo della controparte¹⁴. E' da ritenere inoltre che si tratti di nullità rilevabile d'ufficio e ciò anche alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite del 2014¹⁵

che si pongono nel solco - seppur con alcune differenze - dei precedenti della Corte di Giustizia.

Regime per certi versi analogo è quello sui ritardi di pagamento. L'art. 7, comma 1 del Decreto 231/2002 sanziona con la nullità l'accordo che, in esito alla valutazione sulla scorta dei criteri previsti dalla normativa stessa, si riveli "gravemente iniquo", in danno del creditore. La nullità è 32011/7/UE ha modificato l'impianto del 2012. Quanto alla disciplina, ancorché nulla sia precisato al riguardo (dato questo che a ben vedere non sorprende) in dottrina si riconduce la nullità della clausola "gravemente iniqua" nell'alveo delle nullità protettive con applicazione dei caratteri della parzialità¹⁶. E' invece espressamente sancita (comma 2) la rilevabilità d'ufficio dal giudice nonché il fatto che dall'accertamento della grave iniquità della clausola in deroga alle disposizioni di legge, e, quindi, dalla declaratoria della nullità della stessa, consegua l'applicazione dei termini legali, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. A questo riguardo giova menzionare come l'intervento ad opera del D.Lgs. 192/2012 abbia eliminato la possibilità in precedenza attribuita al giudice di disporre, a seguito dell'accertamento della nullità, la riconduzione della clausola ad equità in alternativa all'applicazione delle disposizioni di legge. Siffatto potere modificativo-integrativo del sinallagma contrattuale rappresentava una previsione fortemente innovativa per il nostro ordinamento la quale, peraltro, aveva dato luogo a non pochi dubbi interpretativi ed applicativi. E ciò con particolare riferimento alla ampiezza dei poteri del giudice quanto all'espletamento di tale forma di intervento equitativo e alla individuazione dei criteri nella scelta tra applicazione della disciplina legale e riconduzione ad equità dell'accordo "gravemente iniquo".

Al di là della disciplina applicabile (carattere parziale, relativo e rilevabile d'ufficio del rimedio), i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di dipendenza economica così come gli accordi che si rivelino gravemente iniqui in danno del creditore sono espressamente qualificati nulli e il legislatore, an-

¹³ Al riguardo sia consentito di rinviare a S. MEUCCI *Art. 34*, in VETTORI (a cura di) *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 341.

¹⁴ Oltre alla nullità il comma 3 dell'art. 9 richiama le azioni risarcitorie e inibitorie. Come osservato infatti (R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 398) l'esperienza applicativa maturata negli anni ha dimostrato che "il vero rimedio per gli abusi di dipendenza economica è innanzi tutto inibitorio e, solo in subordine, risarcitorio; raramente è stata invocata la nullità del patto".

¹⁵ Cass., Sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 909, con nota di ADORNO, e *ibid.*, 931, con nota di MENCHINI, e in *Giur. it.*, 2015, I, 71 ss. con nota di PAGNI e *ibid.* 1387 con nota di BOVE.

¹⁶ S. ZUCCHETTI, *Art. 7 - Nullità*, in DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 588; v. altresì DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, 1155 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, *cit.*, 461 e ss.; A. ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la precedente disciplina in materia*, *ivi*, 2004, 305 e ss.; R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 57 e ss.; G. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; V. CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004; G. SPOTO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) L'Italia*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 160.

corchè il vizio – se valutato con gli occhiali dei vizi del consenso codicistici – ben potrebbe essere incidente (comunque non determinante il consenso), ha fatto ricorso al rimedio invalidante¹⁷.

| 50

La spiegazione è presto data. Il legislatore a fronte di condotte scorrette che nella maggior parte dei casi si situano nella fase precedente alla sottoscrizione del contratto ha ritenuto inidoneo il solo rimedio risarcitorio, vuoi per ragioni per così dire politiche vuoi per garantire omogeneità quanto all'incidenza sui contratti tra imprese frutto di tali condotte scorrette e di conseguenza sul mercato¹⁸. D'altra parte, l'esigenza di protezione non si esaurisce nella sola sfera del contraente vittima dell'abuso ma nel mercato e nella efficienza delle negoziazioni tra imprese, interesse generale che verrebbe a essere pregiudicato da abusive condotte.

3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate.

Occorre una precisazione quanto alla individuazione della fattispecie. Un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori; in genere, ciò accade quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non è di per sé distorsivo del mercato e dunque meritevole di disapprovazione; per operare in modo efficiente, può essere infatti necessario operare su larga scala o in più mercati e, d'altra parte, un'impresa può ampliarsi proprio grazie ad un comportamento "virtuoso", offrendo prodotti che meglio di altri soddisfano le esigenze dei consumatori.

L'art. 3 della legge 287/1990 non vieta la posizione dominante in quanto tale né la capacità dell'impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale: ad essere rilevante è invece lo sfruttamento abusivo di tale potere a danno dei consumatori il quale può per esempio concretizzarsi nell'impedire ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori.

Ciò detto, a differenza di quanto previsto per le intese, il legislatore nazionale, come quello europeo, nulla dispone in merito alla validità o invalidità dei contratti che realizzano un abuso di posizione

dominante. Analogo silenzio legislativo si ravvisa in ordine al rimedio applicabile con riferimento ai contratti a valle, i quali cioè risentono degli effetti di intese (art. 2 legge 287/1990) o degli abusi di posizioni dominante (art. 3 legge 287/1990). Come è noto, infatti, nulle "di pieno diritto" o "ad ogni effetto" sono le intese vietate a monte, senza disporre alcunché in merito alla sorte dei contratti "derivati", la cui disciplina rimane invece di esclusiva competenza nazionale. Nel silenzio legislativo, parte della dottrina¹⁹ ha proposto di richiamare il sistema generale dell'annullabilità, ravvisando una comunanza di elementi tra condotta abusiva e vizio del consenso, così avvicinando la tematica antitrust a quella tradizionale dei vizi del consenso eteroindotti, partecipi degli elementi dell'abuso e dello "sviamento" della volontà. Il riferimento è più precisamente al dolo incidente ex art. 1440 c.c. e dunque al rimedio risarcitorio.

Al di là di questa voce, la dottrina maggioritaria così come la giurisprudenza tende a negare l'applicazione di rimedi invalidanti in favore di quelli risarcitori sicché la fattispecie contrattuale non è nulla né la nullità dell'intesa si propaga per collegamento. D'altra parte non sussiste alcun raggirio o inganno che giustifichino l'annullamento.

4. Osservazioni conclusive.

Il dato di fondo che l'interprete registra è senza dubbio una espansione della rilevanza giuridica - e dunque della corrispondente esigenza di (effettiva) protezione da parte dell'ordinamento - di fattispecie di abuso e di condotte perturbanti la volontà negoziale, e ciò oltre le ipotesi classiche dei vizi del consenso, quindi al di là di una visione liberale del contratto come fatto di pertinenza delle sole parti.

Da un lato si ravvisa una consistente evoluzione interna al sistema codicistico domestico e di ciò ne abbiamo dato conto. In questo contesto di fondamentale importanza è la rinnovata lettura dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede quale previsione avente portata generale e precettiva in tutte le fasi esplicative dell'autonomia contrattuale e alla quale si deve l'estensione della rilevanza giuridica dell'abuso rilevante con un ripensamento degli strumenti tipici. La legislazione cessa di essere indifferente ai condizionamenti provenienti da anomalie di mercato e ampia la soglia di rilevanza di condotte incidenti sulla libertà del volere realizzate da un comportamento abusivo di una parte.

¹⁷ Siffatta considerazione "spezza sul piano dogmatico l'equazione del codice per cui al vizio determinante fa riscontro un rimedio invalidante e al vizio incidente un rimedio risarcitorio", così A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.

¹⁸ A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.

¹⁹ M. MELI *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.





Dall'altro vi è l'incidenza del diritto europeo che ha dato rilevanza a fenomeni di turbative nella libera formazione del consenso, pertanto di abuso della posizione di debolezza di una parte (sia essa consumatore ovvero impresa). Abusi che visti con le lenti dei vizi della volontà codicistici non si annoverano tra quelli determinanti ma che sono tali comunque da determinare dei condizionamenti della libertà del volere derivanti dalla strutturale asimmetria informativa o da una posizione di forza della controparte.

Si affacciano nuovi casi di turbativa della libera formazione del consenso realizzati tramite abuso (commissivo o omissivo) se non sempre determinanti almeno condizionanti il contratto. Per alcuni vizi, è il legislatore ad avere ricostruito il rimedio in termini invalidanti, e lo abbiamo visto (così è infatti per l'abuso dipendenza economica) – anche se risulta articolato in termini di nullità di protezione. Ove il legislatore nulla dice spetta all'interprete individuare caso per caso la soluzione con una valutazione di ordine rimediabile che dovrà essere effettuata secondo i canoni del sistema e che può declinarsi tra rimedi invalidanti o rimedi risarcitori.

Alla luce di ciò l'analisi sistematica dei vizi del consenso deve essere osservata dall'ottica rimediabile. In particolare, occorre valorizzare un elemento già proprio della disciplina dei vizi del consenso e che si trae dalla disciplina codicistica (riletta alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale): il legislatore non ha esaurito i rimedi nell'annullabilità del contratto, ma ha previsto la risarcibilità del danno (art. 1440 c.c.) e la correzione del contratto (art. 1432 c.c.). Correzione prevista anche in materia di rescissione (art. 1450 c.c.). Varietà dei rimedi che è funzionale alla tutela effettiva dell'interesse giuridicamente rilevante fatto valere in giudizio.

Ecco allora che l'evoluzione interna ed esterna al sistema come è stata tracciata (che muove dalla riletture e dalla portata precettiva al canone di buona fede ex 1337 c.c. nella formazione del contratto, alla rilevanza del rimedio risarcitorio fino alla incidenza di normative di derivazione europea) e che richiede un ripensamento dei tradizionali vizi del consenso, trova una coerenza proprio nella molteplicità e diversità dei rimedi che già il nostro codice ci restituisce, variamente articolati in relazione all'incidenza del comportamento abusivo sulla formazione della volontà contrattuale. Rimedio invalidante in caso di condotta abusiva determinante la formazione della volontà negoziale o rimedio risarcitorio ai sensi di una lettura combinata degli artt. 1440 e 1337 c.c. in caso di comportamento abusivo perturbante la volontà e incidente sulla stessa ma il cui effetto, fermo restando la disponibilità a istanza di parte, è il mantenimento del contratto riequilibrato

tramite l'intervento risarcitorio, con quella che è stata definitiva la precisione chirurgica nel riequilibrare le posizioni giuridiche²⁰. Ecco allora che il superamento e comunque l'allentamento della tipicità dei vizi del consenso e l'emersione di nuove fattispecie di rilevanza di condotte abusive incidenti sulla volontà possono essere recuperati a sistema attraverso l'analisi dei rimedi alla luce di canoni precisi che si traggono dall'ordinamento nel suo complesso. Ne segnalo alcuni: la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità; la distinzione tra rimedi invalidanti in caso di abuso determinante la volontà e rimedi risarcitori (manutentivi del contratto) in caso di abuso incidente; la rilevanza dell'obbligo di buona fede presidiata dalla tutela risarcitoria.

Un'ultima considerazione riguarda il profilo comparato. I principali sistemi europei hanno vissuto negli ultimi anni una importante stagione di riforme codicistiche, basti pensare alla riforma “per la modernizzazione del Diritto delle obbligazioni” tedesco del 2001 e alla ancor più recente Ordonnance de réforme francese del 2016²¹. Proprio nell'ambito dei vizi del consenso la riforma del code Napoléon introduce alcune novità di grande rilievo soprattutto se comparate con il sistema domestico²². Accanto ai classici vizi del volere - errore, dolo e violenza - viene codificato un vizio nuovo incentrato sulla “faiblesse”, ovvero la violenza per abuso dello stato di dipendenza (art. 1143 code civil²³) definendo così una netta diversificazione con il più rigido sistema

²⁰ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104.

²¹ Si tratta della Ordonnance no 2016-131 del 10 febbraio 2016 “portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”.

²² Oltre agli aspetti indicati nel testo, tra gli elementi innovativi apprestati dalla riforma occorre menzionare la previsione di un dovere generale di informazione e la rilevanza della mera omissione. Per ulteriori approfondimenti v. A. GORGONI, *La riforma dei contratti in Francia - i vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. It.*, 2018, 5, 1216.

²³ L'art. 1143 code civil stabilisce che «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione («contrainte») procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo» (un avantage manifestement excessif). Gli elementi della fattispecie sono i seguenti: 1) lo stato di dipendenza nei confronti della controparte; 2) l'abuso di tale condizione; 3) il nesso di causalità tra la condotta abusiva (la costrizione) dello stato di dipendenza e la conclusione del contratto o l'assunzione di un obbligo; 4) il vantaggio manifestamente eccessivo per l'autore della condotta riprovata prodotto dal contratto o dall'obbligo. Sulla scorta del diritto contrattuale europeo in formazione (c.d. fonti persuasive), il code civil ha introdotto un articolo che attribuisce rilevanza giuridica allo «stato di dipendenza» («l'état de dépendance») di un contraente rispetto all'altro.

italiano dei vizi del consenso. L'ordinamento francese per la prima volta dà rilevanza in termini generali allo stato soggettivo di dipendenza dalla controparte la cui causa non è predefinita dal legislatore bensì può scaturire da una molteplicità di fattori (età, condizioni culturali, stato di salute e così via).

52 Il legislatore del 2016 ha fatto proprio un orientamento già espresso dalla Cour de Cassation la quale aveva più volte affermato che costituisce vizio del consenso lo sfruttamento abusivo di una condizione di dipendenza economica perpetrato al fine di trarre profitto dal timore avvertito dalla controparte di pregiudicare i propri interessi²⁴. È evidente come, astrattamente, la nuova fattispecie abbia un campo di applicazione assai ampio, trasversale a tutti i contratti (e a tutti i contraenti) e in grado di attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona. D'altra parte il novellato codice francese accomuna sotto il profilo del rimedio le due fattispecie di vizi del consenso che il nostro legislatore, da un lato, ha distinto quanto alle ricadute sul contratto, dall'altro, ha circoscritto al dolo: quelli (*erreur, dol, violence*) senza i quali «una delle parti non avrebbe contratto» e quelli senza i quali una parte «avrebbe contratto a condizioni sostanzialmente diverse» (art. 1130 code civil). La sanzione, come detto, è la medesima: la nullité ex art. 1131 code civil. Sicché la tutela invalidante è concessa con riguardo a tutti i vizi del consenso che abbiano indotto a contrarre a condizioni sostanzialmente diverse; non così nel nostro sistema stante l'art. 1440 c.c. ed il rimedio risarcitorio, ricostruito – lo si è visto – quale norma di applicazione ampia ed espressione della rilevanza giuridica della condotta dolosa sul regolamento contrattuale.

²⁴ Cass I° civ., 3 aprile 2002, n. 00-12932 in *Bull. civ.* I, n. 108.



Attualità

ATTI AMMINISTRATIVI E AUTONOMIA NEGOZIALE

A proposito del volume di Angela Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli editore, Torino, 2016

Di Piergiorgio Leonardi

| 3

SOMMARIO: 1. Il tema trattato. – 2. Il campo di indagine e gli esiti. – 3. Profili processuali. – 4. Atti amministrativi conformativi. – 5. La riserva di legge.

ABSTRACT. Traendo spunto da un volume del 2016 di Zumbini, il presente scritto indaga la controversa categoria dei c.d. atti amministrativi conformativi e su come questi abbiano la forza di incidere su tutte le componenti dell'autonomia contrattuale.

Moving from a 2016 volume by Zumbini, the paper investigates the controversial category of the c.d. conformational administrative acts and on how these have the strength to affect all the components of contractual autonomy.



1. Il tema trattato.

Con questa pubblicazione, Angela Ferrari Zumbini si propone di enucleare una nuova tipologia di atti amministrativi, aventi quale tratto distintivo la produzione di effetti conformativi sull'autonomia contrattuale dei privati. Dall'attuale dato positivo emerge una realtà varia ed eterogenea, molto più di quanto non fosse in passato; tale circostanza, unitamente alla mancanza nel dato normativo di un riconoscimento esplicito di tali atti in termini di autonomia categoria, spinge l'autrice ad una riflessione nuova sul tema, sganciata da precedenti analisi.

Gli atti in esame vengono definiti "conformativi" rispetto all'autonomia negoziale privata, in quanto sono in grado di incidere su tutti i requisiti del contratto di cui all'art. 1325 cod. civ.¹, arrivando, in talune ipotesi, a conformare *tout court* lo stesso, plasmandolo integralmente secondo il volere dell'autorità pubblica; per il loro studio vengono prese in esame alcune concrete manifestazioni di potere conformativo, poste in essere da soggetti diversi (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli) e destinate a mercati aventi una struttura diversa (nel settore delle comunicazioni elettroniche vige la concorrenza; quello dei giochi pubblici è, invece, sottoposto a monopolio pubblico).

L'autrice, dunque, rileva come gli atti in parola abbiano la capacità di incidere su tutte le componenti dell'autonomia contrattuale: la *Partnerfreiheit* (relativa alla scelta del contraente), la *Abschlussfreiheit* (relativa alla causa del negozio), la *Inhaltsfreiheit* (comprendente tutti i casi di libera determinazione dell'oggetto del contratto), la *Formenfreiheit* (relativa alla forma del negozio). Essi hanno in altri termini (ripetendo la trilogia di cui all'art. 1321 cod. civ.²) la capacità di costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici tra privati (tanto evidenzerebbe come la legge stia perdendo buona parte della sua centralità in tale materia). I diversi effetti giuridici che conseguono a tali atti (dalla imposizione dell'obbligo di inserire nel contratto una determinata clausola sino alla completa determinazione del regolamento contrattuale), non ne impediscono comunque la riconduzione all'unica categoria degli atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale.

¹ Art. 1325. Indicazione dei requisiti. - I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

² Art. 1321. Nozione. - Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

2. Il campo di indagine e gli esiti

Come sopra accennato, l'autrice, ai fini della propria ricerca, prende in considerazione il settore delle comunicazioni elettroniche e quello dei giochi e delle scommesse: settori assolutamente diversi tra loro per la tipologia di Pubblica Amministrazione che in essi è chiamata a esercitare poteri conformativi, per le finalità che l'opera di regolazione persegue e per la struttura del relativo mercato.

Quanto al settore delle comunicazioni elettroniche, precedentemente oggetto di monopolio statale e successivamente liberalizzato, le funzioni di regolazione e controllo sono affidate, come già detto, all'AGCom. Dopo aver passato in rassegna le varie limitazioni che l'autonomia negoziale subisce in tale settore (approvazione preventiva dello schema di contratto, obblighi a contrarre, obblighi di servizio universale, imposizione o divieto di inserire nei contratti determinate clausole, etc.), l'autrice evidenzia come tali atti, seppur eterogenei, attraverso l'effetto conformativo che li caratterizza perseguano le finalità di tutela della concorrenza e degli utenti del settore.

Nel settore dei giochi pubblici, invece, la P.A. con compiti regolatori è di tipo tradizionale (si tratta, come detto sopra, dell'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato, oggi incorporata nell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli) e le finalità che essa persegue non sono di natura pro-concorrenziale bensì di tutela dell'ordine pubblico (contrasto al gioco illegale, lotta al riciclaggio, etc.). Il settore in questione è, inoltre, riservato per legge allo Stato (che può, tuttavia, attraverso apposite concessioni, consentire ai privati di svolgervi attività imprenditoriali).

Pur in presenza di tali differenze, le fattispecie di conformazione dell'autonomia negoziale riscontrate nei due settori appaiono simili tra loro: obblighi pre-contrattuali, obblighi a contrarre, divieti a contrarre, determinazione eteronoma del regolamento contrattuale, obbligo di forma, etc.; peraltro, lo studio e il confronto tra due comparti così diversi fa emergere come la categoria degli atti amministrativi conformativi non sia riconducibile alla sola attività di regolazione posta in essere da Autorità Indipendenti ma abbia, piuttosto, carattere generale, potendo caratterizzare anche l'operato di amministrazioni di tipo tradizionale.

L'eterogeneità con la quale si presentano gli atti conformativi non impedisce all'autrice di individuare gli effetti comuni a tutte le fattispecie (ossia i tratti di genere della categoria); essi appaiono sempre caratterizzati da un'efficacia:



- di tipo prescrittivo (la conformazione deriva dall'atto e non dalla norma attributiva del potere di porlo in essere);
- di tipo legittimante (gli atti incidono sulle condizioni cui è subordinata la valida esplicazione dell'autonomia negoziale);
- necessariamente trilaterale (gli atti, producendo i loro effetti su un rapporto, incidono tanto sulla sfera giuridica dei cd. destinatari diretti dell'atto, quanto su quella delle loro controparti contrattuali, i cd. destinatari indiretti);
- di tipo costitutivo, potendo determinare la costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici.

3. Profili processuali.

L'opera esamina altresì le conseguenze di carattere processuale direttamente correlate alle caratteristiche degli atti in esame.

In primo luogo, viene evidenziato come la loro giustiziabilità non sia differita bensì immediata: l'efficacia prescrittiva che li caratterizza, ossia la loro idoneità ad incidere direttamente sulla sfera giuridica dei destinatari, fa sì che essi siano immediatamente impugnabili (a differenza degli atti amministrativi generali, di norma impugnabili solo unitamente all'atto applicativo).

Quanto alla legittimazione ad agire, essa, alla luce dell'efficacia necessariamente trilaterale prima esposta, va riconosciuta non solo ai cd. destinatari diretti, ma anche ai cd. destinatari indiretti: questi ultimi, infatti, nella misura in cui, al pari dei primi, subiscono una conformazione della propria autonomia negoziale, devono poter ricorrere avverso l'atto conformativo, onde tutelare i propri interessi economici connessi al contratto.

Quanto all'efficacia di un'eventuale sentenza di annullamento dell'atto conformativo, viene rilevato come, anche nei casi di atti individuali, l'annullamento espliciti i propri effetti non solo tra le parti del processo, ma anche nei confronti della controparte negoziale che ha stipulato un contratto con il soggetto la cui autonomia è stata conformata dal provvedimento individuale poi annullato, e che non è stata parte del giudizio sfociato nell'annullamento dell'atto.

Conclusivamente, viene posta l'attenzione sui controlli che vengono effettuati su tali atti in sede giurisdizionale. In particolare, vengono richiamate le verifiche concernenti la sussistenza in capo all'amministrazione del potere conformativo concretamente esercitato, il controllo sull'esercizio della discrezionalità tecnica nonché il controllo che i

giudici effettuano sulla motivazione dell'atto qualora nel procedimento volto alla sua adozione siano intervenuti organi europei.

4. Atti amministrativi conformativi.

Si può certo affermare che, grazie ad un'analisi attenta e articolata, la Ferrari Zumbini perviene ad una definizione puntuale della categoria degli atti amministrativi conformativi, di cui individua le caratteristiche tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale. L'individuazione dello statuto giuridico di tali atti e l'ampiezza con cui viene affrontato il tema rendono la trattazione particolarmente apprezzabile, poiché il tema dei limiti apposti all'autonomia negoziale ad opera di fonti secondarie promananti dalla pubblica amministrazione non aveva finora ricevuto particolare attenzione da parte degli studiosi.

L'analisi condotta dall'autrice ha consentito di verificare come tale tipologia di atti non sia limitata ad un'unica materia, ad un unico regime di mercato o al perseguimento di un'unica finalità; in particolare, estendendo la propria ricerca al settore dei giochi pubblici, ella ha potuto constatare come l'incisione dell'autonomia contrattuale ad opera di atti conformativi non sia connessa alla sola attività di *market regulation* posta in essere dalle *Authorities*, ma anche a finalità d'ordine perseguite da pubbliche amministrazioni di tipo tradizionale.

Come la stessa autrice rileva, mentre nel settore delle comunicazioni elettroniche, da lei selezionato in rappresentanza di tutti i settori in cui operano Autorità Indipendenti, gli atti sono caratterizzati dalla macro-finalità pubblica di tutela della concorrenza (per garantire, pertanto, la corretta esplicazione delle regole di mercato, la tutela degli utenti e dei contraenti deboli, la prevenzione e reazione ai fallimenti di mercato), nel settore dei giochi pubblici, selezionato viceversa in rappresentanza dei settori in cui il diritto amministrativo si presenta, sia con riguardo all'attività svolta che con riguardo alla figura soggettiva, in veste tradizionale, è invece riscontrabile una macro-finalità di tutela dell'ordine pubblico, declinabile nei vari aspetti del contrasto al gioco illegale, della lotta al riciclaggio di denaro sporco e alla criminalità organizzata, della tutela della salute e dell'integrità patrimoniale degli individui.

5. La riserva di legge.

Nel suo libro, l'autrice non manca di approfondire due profili intimamente connessi alla tematica affrontata: si tratta della perdita di centralità della

fonte legislativa e del ridimensionamento del principio della riserva di legge nella disciplina del contratto.

Quanto al primo profilo, chi scrive osserva che l'attuale quadro normativo innegabilmente restituisce un contesto in cui la legge statale ha subito un forte ridimensionamento alla luce del moltiplicarsi di atti normativi secondari (cd. delegificazione). Si tratta peraltro di un arretramento della normativa statale che non è per nulla accompagnato da una diminuzione della produzione di norme: la pluralità di fini perseguiti dalle pubbliche amministrazioni a mezzo di atti conformativi ha semmai determinato un eccesso di regolamentazione che rischia di comprimere oltre i limiti costituzionali la libertà dei privati nel campo contrattuale³. D'altro canto, si tratta di un cambiamento che, oltre a derivare dalla crisi in cui da tempo versa l'attività di produzione normativa ad opera del Parlamento (si pensi, a titolo di esempio, all'eccesso di ricorso allo strumento del decreto legge), è soprattutto connesso ad una ridefinita partecipazione pubblica nell'economia: lo Stato da soggetto "imprenditore" si è fatto soggetto "regolatore", e la conseguenza principale di tale mutamento è rappresentata dal fatto che la regolamentazione di determinati settori è stata affidata ad appositi organismi preposti alla cura di questi⁴.

Tali circostanze non devono tuttavia condurre, attraverso la formulazione di norme attributive di poteri in termini eccessivamente generici, ad una svalutazione delle garanzie apprestate dalla nostra Carta Costituzionale (in particolare dalla riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost.)⁵.

³ Vedi G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 25 ss. L'Autore descrive lo sterminato campo delle fonti giuridiche come un «posto del disordine», mutuando tale espressione dal titolo di un'opera di Boudon sulle scienze sociali. Vedi anche G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata cit.*, p. 57, per il quale «se per legislatore dei contratti intendiamo il legislatore che ordina e regola in modo organico la prassi contrattuale, il legislatore dei contratti è morto». Sulla «delegificazione» nonché sulla crisi della statualità del diritto, vedi G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata cit.*, pp. 15 ss. Vedi anche M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Ed. Scient. It., 2012, pp. 49 ss. Quest'ultimo Autore sottolinea altresì come il contratto non appaia più « prerogativa esclusiva o, quantomeno, prevalente dei contraenti, ma neppure del legislatore statale » (*op. cit.*, p. 134).

⁴ Così M. ANGELONE, *op. cit.*, pp. 142 ss.

⁵ Art. 41 Cost., comma 3: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Giova sottolineare come la tendenza del legislatore sia sovente quella di intendere la riserva di legge in maniera riduttiva.

Ora, in merito a tale problematica l'autrice rileva come al criterio gerarchico (il quale impone che la fonte primaria deleghi espressamente una fonte secondaria ad incidere sull'autonomia negoziale) si siano affiancati altri criteri che danno risalto alle attribuzioni della figura soggettiva che pone la regola: qualora si accerti che l'autorità abbia la competenza a regolare il settore su cui va ad incidere, la conformazione dovrà considerarsi legittima anche in assenza di una norma che disciplini esplicitamente il potere conformativo esercitato (ferma restando la preferenza per la fonte legislativa, la quale potrà in qualunque momento limitare, modificare o sostituire la fonte amministrativa).

Questo modo di intendere la riserva, su cui l'autrice si sofferma ampiamente, non appare condivisibile in quanto svaluta oltremodo l'art. 41, comma 3, Cost. sopra citato, il quale prescrive che debba essere la legge a determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. La norma in questione, tutelando direttamente l'iniziativa economica, appresta una tutela costituzionale indiretta anche al contratto e alla libertà contrattuale. Di conseguenza, pur essendo pacifico in dottrina e in giurisprudenza che la riserva di cui all'art. 41 della Costituzione sia relativa, e che possa dunque realizzarsi un concorso tra normativa primaria e atti normativi secondari, appare imprescindibile definirne adeguatamente la portata, onde evitare che la stessa possa essere elusa con eccessiva disinvoltura da norme primarie che si limitino ad un'attribuzione di poteri in bianco⁶. Non bisogna infatti dimenticare che la *ratio* della riserva risiede nella volontà di sottrarre la regolamentazione di determinati settori all'Esecutivo per riservarla al Parlamento; intento che rischia di essere frustrato tutte quelle volte in cui il legislatore conferisce poteri di regolamentazione in termini troppo generici⁷.

Il rispetto del sistema costituzionale postula piuttosto che la norma primaria che delega poteri all'autorità amministrativa, lungi dall'attribuire una generica competenza, indichi, seppur in modo sintetico, l'oggetto del potere e gli scopi da perseguire. Tale soluzione è imposta sia dal principio di legalità

⁶ Vedi D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, diretto da R. SACCO, Aggiornamento, UTET, Torino, 2014, p. 133. L'Autore, con riferimento alle A.I., rileva come il legislatore «nel conferire loro competenze di carattere generale, si limiti sovente alla scarna individuazione degli obiettivi da perseguire e dei valori da tutelare».

⁷ Vedi D. SIMEOLI, *op. cit.*, p. 133; l'Autore, con riferimento alle A.I., riferisce come esse «lungi dal limitarsi a dare mero svolgimento tecnico alla normativa primaria di indirizzo, adottano fonti-atto che regolano in via autonoma e completa la materia».



sostanziale, che impedisce un conferimento di potere indeterminato in favore di un'autorità amministrativa, sia dalle pesanti limitazioni che l'autonomia contrattuale subisce ad opera degli atti conformativi, sicché non pare corretto applicare con leggerezza il meccanismo di cui all'art. 41 della Costituzione⁸. Il fatto dunque che la riserva *de qua* sia relativa non deve portare a relegare la legge sullo sfondo, dovendo quest'ultima, piuttosto, indicare contenuti e modi dell'azione amministrativa⁹.

Ad analoghe conclusioni conduce peraltro l'interpretazione prevalente in dottrina dell'art. 1339 cod. civ.¹⁰: la maggior parte degli studiosi ritiene già da tempo che il disposto di tale norma possa considerarsi rispettato in tutti i casi in cui la norma primaria determini i criteri direttivi, rinviando la quantificazione ai provvedimenti degli organi amministrativi¹¹. Il dovere del legislatore di indicare

con sufficiente livello di dettaglio il contenuto del potere delegato potrà al più attenuarsi qualora questo abbia ad oggetto forme di intervento nel sistema economico (funzionali a far fronte ai fallimenti di mercato) che col tempo si siano oggettivate. In tali ipotesi, infatti, essendosi dinanzi a modelli di intervento standardizzati (ricavabili da precisi testi di Direttive, Regolamenti e decisioni della Corte di Giustizia), la funzione amministrativa delegata potrà essere descritta anche con poche parole chiave (si pensi al concetto di "trasparenza") che tuttavia saranno in grado di guidare l'operato dell'amministrazione. In presenza di tali indici normativi di sistema, dunque, l'onere per il legislatore di definire espressamente e in maniera compiuta i contenuti della delega si potrà fortemente attenuare¹².

D'altro canto, come ben scritto, «la riserva di legge relativa impone solo che sia la legge ad indicare i criteri e le finalità cui la formazione secondaria deve attenersi, ma non impone che l'attribuzione di funzioni e la delega del potere avvengano conte-

⁸ D. SIMEOLI, *op. cit.*, p. 135. L'Autore cita la sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 7 aprile 2011, per la quale vi è «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto», il quale «non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa». Vedi anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 252-253.

⁹ Per una tesi contraria, vedi F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata cit.*, pp. 43 ss. Tale Autore, con riguardo specifico all'opera di regolazione posta in essere dalle A.I., afferma come «per l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede ... la riserva di legge, per la regolazione no, perché è una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza (la *par condicio* concorrenziale) ora garantita da una normativa federale, quella comunitaria». Tale ultima tesi non è condivisa da M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in Enrico del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Tomo II, *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2013, pp. 1309 ss. Per tale Autrice «l'affermazione secondo la quale la regolazione sia una forma di tutela della libertà economica e quella secondo la quale la regolazione sia collegata al principio di eguaglianza sono palesemente ideologiche». In tale ultimo senso, vedi anche D. SIMEOLI, *op. cit.*, pp. 134-135. Nello stesso senso vedi anche M. ANGELONE, *op. cit.*, pp. 191 ss., il quale sottolinea come le limitazioni alla libertà negoziale risulteranno illegittime per contrasto con la Costituzione ove non ricorrano le istanze sociali di cui all'art. 41 della Costituzione.

¹⁰ Art. 1339. Inserzione automatica di clausole. - Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.

¹¹ M. MAUGERI, *sub art. 1339*, in *Commentario Gabrielli, Dei contratti in generale* (artt. 1321-1349), a cura di Navarretta-Orestano, Torino, 2011, 517; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 36-37, per il quale «...l'espressione "imposti dalla legge" non può essere correttamente intesa quando si trascura il fatto che espressioni del genere sono tutt'altro che rare nella nostra legislazione. Senza voler qui tentare una sorta di impossibile, e in definitiva inutile, censimento di tutti i casi in cui tali espressioni vengono adoperate, basta richiamare quanto è detto, ad esempio, nella Costitu-

zione agli articoli 24 ("in base alla legge") e 41 ("la legge determina"). Ora, l'interpretazione corrente di queste norme ha escluso che il rispetto delle condizioni da esse previste si abbia soltanto nei casi in cui l'imposizione personale o patrimoniale, o la limitazione dell'iniziativa economica privata, siano compiutamente definite nell'atto legislativo; si sono, invece, ritenute soddisfatte le condizioni dell'imposizione o della determinazione legale tutte le volte che, attribuendo ad un organo amministrativo il potere di provvedere alla imposizione o alla determinazione, la legge provvede anche alla "predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità"... il legislatore del 1942 non poteva intendere il riferimento alla legge come necessità di una continua e puntuale ripetizione di atti legislativi in materie che possono richiedere un rapido adattamento a condizioni transitorie o locali (si pensi, per tutte, alla disciplina dei prezzi), e rispetto alle quali deve, quindi, mantenersi un sufficiente grado di elasticità». Il richiamo fatto dall'Autore è alla sentenza della Corte Costituzionale n. 133 del 20 dicembre 1968.

¹² M. MAUGERI, *Effetto conformativo cit.*, pp. 1309 ss. Ad avviso dell'Autrice non vi è «ragione alcuna per escludere che la funzione possa essere ricavata a partire da indici normativi non necessariamente formalizzati contestualmente alla delega del potere e della competenza, purché presenti nel sistema...se si dice che l'Autorità deve garantire la "Trasparenza" del mercato, ad esempio, si dà una precisa indicazione che fa riferimento a modelli studiati, condivisi (dunque non oggettivi in senso proprio ma socialmente tali) e positivizzati. Se un fenomeno si muove all'interno di quello specifico modello, pochi indici di legge saranno idonei a delimitare in modo reale la funzione». Tali considerazioni non potranno farsi qualora il modello di intervento delegato sarà di tipo solidaristico: in tal caso, infatti, non essendosi in presenza di modelli di intervento standardizzati, affinché la riserva possa considerarsi rispettata, la delega dovrà essere maggiormente dettagliata (dovranno dunque essere indicati sia i soggetti da tutelare sia l'intensità della protezione che si intende loro concedere). Vedi anche D. SIMEOLI, *op. cit.*, p. 135.



stualmente e siano inserite in un unico provvedimento»¹³. Non si tratta tanto di un tentativo di elusione della garanzia apprestata dalla riserva di legge, quanto piuttosto di un modo nuovo di intenderla rispetto al passato: sarebbe pur sempre il legislatore ad indicare all'amministrazione la strada da seguire, rendendo così l'esercizio del potere conformativo controllabile *ex post*.

In conclusione, ad avviso di chi scrive, porre al centro dell'attenzione il principio cardine in materia di limitazioni alla libertà contrattuale, qual è quello della riserva di legge di cui all'art. 41 Cost., appare doveroso, costituendo tale norma la più forte garanzia contro le restrizioni alla libertà negoziale a mezzo di atti conformativi. Una sua corretta valorizzazione impedirebbe infatti una produzione incontrollata di atti normativi secondari, dovendo questi ultimi trovare sempre e necessariamente un'adeguata copertura nella normativa di rango sovraordinato; d'altro canto, la possibilità, prima prospettata, di rinvenire all'esterno della norma attributiva del potere indici in grado di integrarne adeguatamente il contenuto, consentirebbe di rispettare gli atti di indirizzo del legislatore al di là del loro carente livello di dettaglio e di garantire conseguentemente un corretto equilibrio tra autonomia privata, esigenze della regolazione e rispetto della riserva di legge.



¹³ M. MAUGERI, *Effetto conformativo cit.*, pp. 1309 ss.

