



Accademia

Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **uno** Gennaio - Aprile 2023

• **CONFRONTI**

*Carmelita Camardi, Stefano Pagliantini,
Matteo Dellacasa, Edoardo Bacciardi, Franco Trubiani*

• **ORIENTAMENTI**

*Guido Alpa, Simona Caporusso, Francesco Di Ciommo,
Andrea Maria Garofalo*

• **OPINIONI**

*Roberto Bocchini, Francesco Ricci, Massimo D'Auria,
Claudia Benanti, Francesca Cerea, Susanna Sandulli,
Claudio Scognamiglio*

• **INTERSEZIONI**

*Roberto Conti, Vincenzo Cuffaro, Francesco Gambino,
Giacomo Pace Gravina, Vincenzo Ricciuto,
Mauro Grondona*

• **OSSERVATORI**

Angelo Barba, Lourdes Fernandez Del Moral

Direttore editoriale/Editor-in-chief:

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

Vicedirettore/ Deputy director:

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

Comitato Editoriale/Editorial Board:

Maria Astone – Università di Messina
Angelo Barba – Università di Siena
Francesca Bartolini – Università Link di Roma
Elena Bargelli – Università di Pisa
Ettore Battelli – Università di Roma Tre
Elena Bellisario – Università di Roma Tre
Claudia Benanti – Università di Catania
Valentina Calderai – Università di Pisa
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia
Francesca Cristiani – Università di Pisa
Massimo D'Auria – Università di Siena
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale
Matteo Dellacasa – Università di Pavia
Valentina Di Gregorio – Università di Genova
Chiara Favilli – Università di Pisa
Fulvio Gigliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro
Mauro Grondona – Università di Genova
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona
Stefano Pagliantini – Università di Siena
Teresa Pasquino – Università di Trento
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro
Nicola Rizzo – Università di Pavia
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

Comitato di Redazione/Editorial Staff:

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano
Francesca Cerea – Università di Bergamo
Martina D'Onofrio – Università di Siena
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento
Antonello Iuliani – Università di Siena
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre
Daniela Santarpia – Università di Siena
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

Valutatori/Referee

Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Donato Carusi (Università di Genova) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Liliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Michele Sesta (Università di Bologna).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*double blind peer-review*) ovvero pubblicati previo parere favorevole di un componente del comitato editoriale.

© Copyright 2023 – Accademia Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269
Rivista online in open access periodicità quadrimestrale
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:
Roma

Produzione e distribuzione
Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto
– tel. 050 313011

Sommario

p. 5

CONFRONTI

CARMELITA CAMARDI, Sulla Governance digitale europea: una proposta di confronto | *European digital Governance: a call for discussion* » 7

STEFANO PAGLIANTINI, Trent'anni di direttiva 93/13, postvessatorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo | *Thirty years of Directive 93/13, restitutory "postvessatorietà" and the absence of a well-balanced interpretation* » 11

MATTEO DELLACASA, «Clausola abusiva...e poi?» Integrazione e nullità del contratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia | *"Unfair terms... and then?" Integration and nullity of the contract in the Court of Justice case law* » 25

EDOARDO BACCIARDI, Lo standard del consumatore medio tra *homo oeconomicus* e *homo heuristicus* | *The average consumer standard between homo oeconomicus and homo heuristicus* » 77

FRANCO TRUBIANI, Le incerte sorti del "consumatore medio" tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza | *The unclear fate of the "average consumer" between cognitive conditioning and new openings from jurisprudence* » 101

ORIENTAMENTI

GUIDO ALPA, Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti | *A new statute of rights within an evolving society* » 121

SIMONA CAPORUSSO, Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi | *Waiting for the Italian Supreme Court (Joint Divisions): notes on consumer protection, legal certainty and the latitude of the officious powers* » 139

FRANCESCO DI CIOMMO, Nullità consumeristiche, giudicato implicito e ruolo del giudice dell'esecuzione. Ovvero un pasticcio eurounitario in salsa italiana | *Consumer nullity, implicit res judicata and role of the enforcement judge. An Italian-style, European-wide mess* » 157

ANDREA MARIA GAROFALO, Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore | *Beyond Banco di Desio: the (other) effects on the Italian procedural system of European case law regarding effective consumer protection* » 173

OPINIONI

ROBERTO BOCCHINI, Il contratto di logistica tra gli artt. 1570 bis e 1677 bis c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice | *Logistic contract among articles 1570 bis and 1677 bis of the Italian civil code, between Sassocorvaro's recovery and the timeliness of our Code* » 205

FRANCESCO RICCI, I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel D.L. n. 68/2022 (dalla l. n.108/2022 alla l. n. 6/2023) | *Automotive integrated distribution contracts into D.L. n. 68/2022 (from l. n. 108/2022 to l. n. 6/2023)* » 231

MASSIMO D'AURIA, Convivenza e assegno di mantenimento | *Persons leaving together and maintenance allowance* » 253

CLAUDIA BENANTI, Vis attrattiva della funzione compensativa dell'assegno divorzile: la rilevanza dei sacrifici lavorativi compiuti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile | *Attractive vis of the compensatory function of the divorce allowance: the legal significance of labour sacrifices made during the cohabitation prior to marriage or civil union* » 265

FRANCESCA CEREÀ, «Complicanze» post-operatorie ed esonero da responsabilità del sanitario | *Postoperative complications and exclusion of medical liability* » 273

SUSANNA SANDULLI, Rettificazione di sesso e unioni civili | *Gender reassignment and civil unions* » 287

- CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, Affidamento, responsabilità precontrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede | *Legitimate expectation, pre contractual liability, write-off: a new development perspective of the good faith general clause* » 297

INTERSEZIONI

- ROBERTO GIOVANNI CONTI, Il mestiere del giudice e il diritto *incordato* di verità | *Working as judges and the right of truth* » 313
- VINCENZO CUFFARO, Verità e Giustizia omaggio al Diritto | *Truth and Justice: a tribute to Law* » 323
- FRANCESCO GAMBINO, Leonardo Sciascia e la pluralità degli ordinamenti giuridici | *Leonardo Sciascia and the plurality of legal systems* » 327
- GIACOMO PACE GRAVINA, Storie del diritto nella *Controversia liparitana* | *Stories of law in the Lipari controversy* » 335
- VINCENZO RICCIUTO, Giustizia e “senso della giustizia”. Il romanzo di Leonardo Sciascia nella lettura dei giuristi | *Justice and “sense of justice”. Sciascia’s novel in jurists’ work* » 343
- MAURO GRONDONA, Per un rinnovamento della teoria generale del diritto privato, ovvero: la forza sociale dell’individualismo | *Towards a renewal of the general theory of private law: the social force of individualism* » 357

OSSERVATORI

- ANGELO BARBA, La cultura delle riviste giuridiche tedesche: frammenti dal più recente dibattito sul diritto privato | *The knowledge of German legal reviews: excerpts from the most recent debate on private law* » 365
- LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Leggendo le riviste spagnole | *Reading Spanish reviews* » 381

SOMMARIO

Il programma di ACCADEMIA è già stato anticipato e condiviso tra i soci al momento dell'intrapresa del progetto e poi messo a punto con la fattiva collaborazione dei componenti del comitato editoriale e del comitato di redazione. Senza che sia necessario ripeterlo, piace constatare che la comunità dei soci ha prontamente risposto al progetto.

L'idea di dedicare una sezione a **CONFRONTI** tra gli interpreti è ben espressa nello scritto di Carmelita Camardi, nel quale sono sapientemente tracciati i percorsi di studio che la civilistica italiana dovrà seguire intorno alla tematica riassunta dalla formula suggestiva di *governance* digitale, in quel confronto di idee che è la vera linfa della ricerca.

Immediata conferma del rilievo viene offerta dal vivace dialogo che Stefano Pagliantini e Matteo Dellacasa conducono sui recenti arresti della Corte di Giustizia sul tema, certo tecnico ma di sicuro impatto pratico, degli esiti della accertata abusività consumeristica di una clausola rispetto alla possibile invalidità dell'intero contratto ove non integrato dalla legislazione nazionale. Il dialogo tra Edoardo Bacciardi e Franco Trubiani è invece focalizzato sulla questione sollevata dal nostro Consiglio di Stato (a conferma che la disciplina del consumo è ormai trasversale) circa le pratiche

commerciali scorrette e, rispetto a queste, il rilievo da assegnare alla nozione di consumatore medio.

L'attenzione ai contratti del consumatore torna prepotentemente anche nella sezione **ORIENTAMENTI**, nella quale sono raccolti, sotto l'egida dell'autorevole saggio di Guido Alpa, le riflessioni svolte da Simona Caporusso, Francesco Di Ciommo e Andrea Maria Garofalo intorno al peculiare argomento della rilevabilità d'ufficio in sede esecutiva della abusività di una clausola di un contratto concluso dal consumatore dopo e nonostante il formarsi del giudicato implicito in sede monitoria. I contributi prendono spunto dall'incontro di studio dedicato al tema. Il lettore curioso potrà verificare in quale misura le idee formulate sono state raccolte dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 9479 del 6 aprile 2023. Di diversi e diversamente connotati episodi normativi e giurisprudenziali la sezione **OPINIONI** offre un panorama assai articolato. Roberto Bocchini considera criticamente la nozione di contratto di logistica di cui all'art. 1677-bis cod. civ., mentre Francesco Ricci mette a fuoco gli esiti di novelle legislative che hanno ridisegnato il contratto di distribuzione automobilistica integrata. Ancora una volta gli interventi legislativi sollecitano lo studio delle potenzialità

del contratto, alla ricerca di schemi nuovi o alla riscoperta delle spesso ignorata potenzialità dei modelli già presenti nella trama del codice. La ricerca di criteri sinceranti per la determinazione dell'assegno divorzile continua ad appassionare le aule di giustizia in un contesto nel quale la definitiva acquisizione delle unioni civili appare idonea a moltiplicare le ragioni di contenzioso. Massimo D'Auria e Claudia Benanti esaminano con attenzione e da differenti prospettive l'ordinanza interlocutoria con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione della possibile rilevanza da attribuire della convivenza prematrimoniale. Il tema della responsabilità medica appare luogo elettivo di confronto di linguaggi scientifici ed al riguardo Francesca Cerea fa il punto sulla rilevanza sul piano della causalità giuridica della nozione di 'complicanza' propria della scienza medica. Le decisioni della Corte Costituzionale offrono ulteriori motivi di approfondimento: Susanna Sandulli esamina C.Cost. 269/2022 che ha affrontato, pervenendo tuttavia alla declaratoria di inammissibilità, il tema della possibilità di conversione in matrimonio di una unione civile a seguito della rettificazione di sesso; Claudio Scognamiglio si interroga sulle ricadute, in termini concretizzazione della clausola generale di buona fede, della recente C.Cost. 8/2023. La pubblicazione del libro a cura di L. Cavallaro e R.G. Conti, *Diritto*

verità e giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia, è un importante avvenimento che si colloca nel solco di quel filone culturale di *Law and Literature* che va ormai diffondendosi anche nel nostro paese con protagonisti autorevoli (e si può anticipare che il prossimo numero tornerà ad occuparsene) suscitando l'attenzione di molti che si sono aggiunti ai prestigiosi giuristi i cui scritti compongono il volume. Sul libro Claudio Scognamiglio aveva sollecitato una riflessione organizzando nel giugno 2022 un nutrito seminario a più voci. Gli interventi di Roberto Conti, Vincenzo Cuffaro, Francesco Gambino, e Vincenzo Ricciuto svolti in quella occasione sono ospitati nella sezione **INTERSEZIONI**, assecondandone la vocazione a luogo nel quale l'esperienza del diritto viene declinata rispetto ad altre culture. Nella medesima sezione, Mauro Grondona invita con passione alla lettura di un recente volume di M. Spanò sulla recezione della giuridicità nei fenomeni sociali. Angelo Barba e Lourdes Fernandez del Moral, interpretando con intelligenza e acume il senso della sezione **OSSERVATORI**, rendono partecipi dei temi dibattuti sulle riviste d'oltralpe, a testimonianza di come la nostra piccola realtà voglia e possa essere partecipe di una più vasta comunità di studio nella quale si affrontano e si approfondiscono le medesime tematiche. ACCADEMIA è tutto questo: buona lettura!



Sulla Governance digitale europea: una proposta di confronto



Carmelita Camardi

1. È giudizio abbastanza condiviso quello per il quale l'attività normativa dell'Unione europea si esprime attraverso atti e strumenti che non sempre riescono a raggiungere una dimensione sistematica, o quantomeno di completezza nella regolazione della materia volta per volta affrontata. Ciò è dovuto alla natura degli strumenti utilizzati, destinati ad inserirsi in modo più o meno vincolato nel tessuto degli ordinamenti nazionali; e perciò anche al conseguente contenuto delle norme, più inclini ad indicare obiettivi da perseguire che non strumenti tecnici idonei allo scopo.

Con riferimento al vasto tema della *Governance* digitale, questa valutazione può essere rivista in senso positivo, per il fatto che, probabilmente in ragione del carattere pervasivo dell'economia digitale rispetto a tutti gli ambiti dell'esperienza sociale, l'Unione si è sforzata per un verso di concepire Atti programmatici e/o strategici; per altro verso di incidere in maniera più efficace e cogente sugli ordinamenti nazionali attraverso l'uso massiccio dei regolamenti, piuttosto che delle direttive.

Ad oggi, infatti, ed a fronte dell'ultima dichiarazione strategica, quella sul *Decennio digitale europeo: obiettivi digitali per il 2030*¹, preceduta da una *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale del 26 gennaio 2022*², il progetto di *governance* dell'economia digitale prende forma in maniera più compiuta, tanto più che un buon numero di regolamenti hanno preso vigore o stanno per prenderlo con attenzione a quasi tutti gli elementi del mercato dei dati e del mercato degli scambi digitali.

È perciò possibile tracciare una pista analitica per lo studioso che voglia cimentarsi nella ricostruzione delle linee guida di questo progetto.

¹ Che ha preso corpo con la DECISIONE (UE) 2022/2481 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 dicembre 2022 che istituisce il programma strategico per il decennio digitale 2030, visibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D2481&from=EN>.

² Al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>.

2. Un primo tema attiene certamente alla rilevanza da attribuire alla citata Dichiarazione sui diritti e principi digitali. A parte il profilo relativo al valore dello strumento utilizzato – una dichiarazione congiunta del Parlamento, del Consiglio e della Commissione – non c'è dubbio che il testo incide sulla definizione del contenuto dei principi generali della materia, individuabili quale supporto dei principi e dei diritti di cui alla Carta di Nizza, dei quali rappresenterebbero una sorta di declinazione digitale.

Ed infatti, la dichiarazione di bandiera della strategia 2030, al di là delle affermazioni di rito, fa perno sulla persona³, e ribadisce perciò la primazia del principio personalistico dell'ordinamento giuridico europeo già sancito nella disciplina dei Trattati e della Carta. La dichiarazione non è priva di valore interpretativo. Disegnarne la rilevanza di principio nel contesto del *Bill of the rights* europeo nel progetto di governance digitale può essere oggetto di studio e di ricerca, specie dal punto di vista del diritto civile. Il percorso è segnato dai “capitoli” che scandiscono l'elencazione dei diritti e principi: la persona; solidarietà e inclusione; libertà di scelta; partecipazione allo spazio pubblico digitale; sicurezza, protezione e conferimento di maggiore autonomia e responsabilità; sostenibilità. E all'interno tutte le tematiche note, da quelle del lavoro, a quelle sui minori, all'accesso, e così via.

3. Questo tema conduce per via diretta alla disciplina dei dati personali, al GDPR, la cui valenza nel sistema di *governance* digitale continua ad essere primaria, quale rappresentazione formale del processo di evoluzione del diritto personale alla privacy dalla tutela della riservatezza alla protezione dell'interessato rispetto al controllo dei propri dati personali.

E tuttavia la indiscutibile – e sempre ribadita – primazia del GDPR quanto all'applicazione delle norme di protezione dell'interessato in qualunque contesto di elaborazione dei suoi dati egli si trovi, va riconfigurata e arricchita attraverso un'accurata correlazione con gli altri Regolamenti che frattanto l'Unione ha emanato per regolare il mercato digitale.

Il riferimento è ai diversi Atti entrati in vigore negli ultimi anni e concernenti sostanzialmente l'attività e la posizione delle infrastrutture tecnologiche di intermediazione – le piattaforme –, le cui *performance* da “giganti” danno vita alla maggior parte delle problematiche che oggi investono le esperienze personali e gli scambi commerciali in rete. Qui di seguito i più importanti:

- a) Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019, significativamente intitolato alla promozione di Equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*

³ *L'Europa mira a dare maggior forza alle imprese e ai cittadini in un futuro digitale incentrato sulla persona, sostenibile e più prospero* (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_it#prossime-tappe).

- b) Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, pubblicato il 27 ottobre 2022, in breve *Digital services act*
- c) Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, pubblicato il 12 ottobre 2022, in breve *Digital market act*
- d) Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati, pubblicato il 3 giugno 2022, in breve *Data governance act*
- e) la Proposta COM(2022) 68 final, in breve *Data act*, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo
- f) la proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (COM(2021) 206 final)
Si inseriscono a pieno titolo nel sistema anche le discipline consumeristiche, con specifico riferimento agli scambi di beni e servizi digitali, quali disciplinati nelle Direttive apposite e nella Direttiva 2161/2019/UE, da poco recepita con D. Legislativo 7 marzo 2023, n. 26 (*New/green deal* dei consumatori).

4. Gli atti e provvedimenti indicati⁴ rappresentano il terreno ideale per sviluppare studi di diritto civile a carattere sistematico e dogmatico. Solo alcune suggestioni.

Innanzitutto sul piano dei diritti individuali, il rapporto tra Carte dei diritti e nuove Dichiarazioni degli stessi andrebbe indagato sotto il profilo della ricostruzione dello Statuto dei diritti della persona, e con riguardo al rapporto tra principi di tutela della persona e declinazioni del principio in fattispecie di diritti da esso desumibili. Il tema acquista interesse anche in relazione alla natura *soft* della Dichiarazione innanzi citata.

Ritorna poi sempre il tema della qualificazione giuridica dei dati. Le diverse discipline concernenti l'utilizzo e la condivisione dei dati ripropone le questioni legate alla rilevanza giuridica del loro "valore economico" in quanto elementi di uno scambio patrimoniale; e al tempo stesso del loro valore sociale come elementi portanti di altre operazioni – quelle appunto di condivisione anche "altruistica" – finalizzate ad obiettivi sociali, solidali o non patrimoniali. Si propone cioè una visione più complessa del valore dei dati, che supera la prospettiva del "petrolio" dell'economia moderna.

Ancora pregnante sul piano civilistico si ripropone il tema della gestione degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale. Anche qui, la complessità dei piani sui quali l'AI incide restituisce una tematica ampia e trasversale, che può aggregarsi attorno alla categoria del "rischio", declinata con riguardo ai diritti della persona, per un verso; e per altro verso con riguardo all'apparato di misure preventive e di rimedi che il consueto *approccio basato sul rischio* può suggerire; tenuto conto del bilanciamento tra tutela della persona

⁴ E altri se ne potrebbero aggiungere: Il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche; la Direttiva SMAV.

e necessità di accompagnare la transizione digitale nella sua espansione nel mondo produttivo.

Circa gli sviluppi delle tematiche contrattualistiche, le discipline introdotte sui rapporti costituiti attraverso e nelle piattaforme di intermediazione apre prospettive analitiche sulle evoluzioni della disciplina dei contratti predisposti e contestualmente degli abusi che per tal via si perpetrano nei confronti degli utenti delle piattaforme. I cui connotati di debolezza – oggi si parla di vulnerabilità – si offrono ad una revisione delle categorie fin qui utilizzate per dare forma al tema delle asimmetrie: non più soltanto tra professionisti e consumatori, ovvero tra professionisti e imprese che operano in posizione di macroscopica dominanza; ma anche tra piattaforme e minori, anziani e altri soggetti che subiscono una posizione di soggezione non soltanto economica. Con tutte le conseguenze che questa fenomenologia può generare anche in altri ambiti, per es. quello dei rapporti tra genitori e figli.

Ci sono poi i problemi legati al “gigantismo” vero e proprio delle piattaforme: temi che lambiscono il diritto della concorrenza e nel far ciò presentano un impianto regolatorio incentrato sull’imposizione di obblighi di comportamento, e di rispetto degli utenti, secondo uno schema che richiama il tema del potere e delle cosiddette Autorità private, e perciò quello degli strumenti di amministrazione di quelle speciali disuguaglianze cui l’esercizio di un potere autoritario dà forma.

Su tutti questi e su altri temi, la Rivista si augura di aprire un proficuo confronto.



Trent'anni di direttiva 93/13, postvessatorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo



Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Schegge di norme: quale statuto per le restituzioni nella direttiva 93/13? – 2. Il diritto della Corte: interferenze e sovrapposizioni, con l'appendice delle Conclusioni nella causa C-520/21 (*Bank M. SA*). – 3. Chiosa finale: spunti da *X Bank S.A.* (C-6/22) e di *Caixabank SA* (C-565/21).

1. Schegge di norme: quale statuto per le restituzioni nella direttiva 93/13?

1. È incontrovertibile che il rinvio pregiudiziale, «sotto il profilo rimediabile», si venga a palesare come «una innovativa tecnica di difesa»¹. Epperò, per quanto la dottrina contemporanea sia perfettamente consapevole del carattere ideologico – politico dell'istituto, permane nitida la sensazione che talora sia tutt'altro che agevole avvicinarsi a ricostruire, nel sempre più tumultuoso accavallarsi di pronunce, quell'*interpretazione conforme* dinanzi alla quale, per il giudice nazionale, dovrebbe schiudersi l'*aut-aut* fra (un'euro) compatibilità ed (un'euro) incompatibilità della regola da applicare al caso in decisione. È un problema, notiamo, che si prospetta più frequentemente di quanto sia abituale pensare, alimentando a cascata un senso di smarrimento dell'interprete che, in taluni contesti, diventa oltremodo stringente. Dalla sentenza *Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt c. PN* (C-472/20) apprendiamo per es. che il giudice nazionale, pure quando abbia accertato che *non è possibile* il ripristino della situazione in cui le parti si sarebbero trovate

¹ Così, plasticamente, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, 150.

se il contratto, caduto per l'abusività di una clausola relativa al suo oggetto principale, non fosse stato concluso, ha comunque l'*obbligo*, leggiamo, di "vigilare affinché il consumatore si trovi in definitiva nella situazione in cui si sarebbe trovato [a versare] se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita". La formula è ben poco chiara: ma il giudice, come si scrive, sembra conservare un certo «*marge de manoeuvre*»². Operativamente, stando al dire della Corte, gli interessi del consumatore potrebbero infatti venire qui salvaguardati sancendo il rimborso, a titolo di arricchimento senza causa, delle somme indebitamente percepite dal finanziatore sulla base della clausola dichiarata abusiva.

Orbene, premesso che, a seguire un siffatto esito argomentativo, il risultato che si ottiene è quello di un rimedio restitutorio *dissimmetrico*, *quid iuris* se a cadere sia un contratto di prestazione professionale quando, per l'essere stata la prestazione eseguita, non sia possibile rimettere le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate se il contratto non fosse stato concluso? Nelle sue Conclusioni alla causa C-395/21 (*D.V. c. M.A.*), ove a mostrarsi abusiva era la clausola fissante il compenso per un'attività di consulenza legale, l'AG Szpunar muove dalla premessa che la 93/13, avendo come obiettivo la tutela dei consumatori, *non contempla* un livello di protezione del professionista per il caso in cui *il contratto cada*. Di qui la deduzione che, se il ripristino dello *status quo ante* non è possibile perché i servizi legali prestati *non sono restituibili*, il combinato disposto degli artt. 6 e 7 *non opera alla rovescia*, legalizzando cioè un'*integrazione del contratto* in modo che il professionista possa ottenere un *compenso* per l'attività prestata. *Nessuna integrazione dispositiva*: il ripristino dello *status quo ante* è invero contemplato, leggiamo, affinché l'accertamento della vessatorietà non si risolva in un vantaggio simbolico per il consumatore. Il che niente ha a che spartire con un'integrazione che sarebbe invece ivi finalizzata a *restaurare* la parità tra i diritti e gli obblighi delle parti. Di conseguenza, *sic stantibus rebus*, non è sorprendente, che si raccomandi un'interpretazione legittimante il giudice a *rigettare integralmente* la domanda del professionista di condanna del consumatore al pagamento del compenso per i servizi legali resi. La direttiva 93/13, prosegue l'AG, "non impone una sorta di "salvataggio" del contratto dalla caducazione" *in favore del professionista*: ed è *eurocompatibile* una normativa nazionale che caduto il contratto, *non attribuisca* alcun compenso al professionista sleale che abbia prestato i servizi legali. Da un lato *Kasler docet*, l'integrazione suppletiva cioè, in luogo di clausole abusive essenziali, è vicenda di stretta pertinenza delle fattispecie dischiudenti una caducazione del contratto che comporterebbe delle conseguenze restitutorie "particolarmente dannose" *per il consumatore*; dall'altro, sebbene il *come* del ripristino sia materia di pertinenza del diritto nazionale, non si potranno avere, detto ellitticamente, degli effetti di una declaratoria di nullità totale che cozzino con l'obiettivo di una 93/13 pur sempre finalizzata a bandire l'inclusione, nei contratti predisposti, di clausole abusive. Tecnicamente, insomma, sebbene importi un *arricchimento* per il consumatore, una *gratuità* del contratto nullo ese-

² Così POILLOT, *Droit de la consommation*, in *Journal de droit européen*, 2022, 407.

guito si armonizza con «l'obbiettivo deterrente perseguito dalla direttiva»³: e, notiamo, non è una logica estemporanea, se è vero che prima si era già affacciata, in modo insidioso, nella sentenza *Banca B.*⁴, ove la Corte, oltre a statuire che la direttiva 93/13 “non mira a raccomandare soluzioni uniformi” quanto alle conseguenze prodotte da una declaratoria di nullità (§ 39), aveva chiosato che la coppia *mera disapplicazione e sostituzione per via dispositiva*, pur se idonea a soddisfare la *ratio* della direttiva, “non [ha un] carattere esaustivo” (§ 40). Il che, pur se non mette in mostra chissà quale slancio speculativo, ci restituisce a sua volta un enunciato dal quale si deduce che *tanto* la fattispecie del contratto mutilato *quanto* quella del contratto integrato garantiscono il restaurarsi del pristino stato mediante un'obbligazione restitutoria che *unilaterale* lo è in quanto il consumatore ha il diritto di ripetere quanto abbia *indebitamente* corrisposto. *Né più e né meno quindi, in pendenza del contratto, di un effetto restitutorio riguardante gli importi pagati in base alla clausola abusiva*⁵. Chi adesso legga uno dei dispositivi di *D.V. c. M.A* noterà agevolmente come la traccia disegnata dall'AG, quanto alla legittimità di uno scenario che “*conduit à ce que le professionnel ne perçoit aucune rémunération pour ses services*”⁶, è seguita alla lettera da una Corte accantonante il problema di un ingiustificato arricchimento.

Dopo di che, è vero, in C-395/21 l'AG si rappresenta la variabile di un diritto nazionale che, nonostante la nullità del contratto, contempli l'effetto di una pretesa del professionista al *controvalore* per i servizi prestati: il che, senza correttivi, potrebbe esporre al paradossoso di una caducazione del contratto riproduttiva, in danno del consumatore, della situazione alla quale “la direttiva 93/13 mira a rimediare”⁷. Di qui, al fine di ovviare ad una nullità totale particolarmente penalizzante per il consumatore, lo schema di un *salvataggio* del contratto comportante il pagamento al professionista di un compenso, per l'attività legale prestata, pari al *prezzo minimo* di tali servizi secondo il tariffario nazionale di riferimento. È appena il caso di rammentare che, in nessuno dei luoghi citati, è menzionato l'art. 38 della Carta, segno inequivocabile di quanto la nomenclatura della Corte rigetti, dicevamo⁸, il maneggiare un principio fondamentale quale fattore che, *prima* anco-

³ Conclusioni dell'AG Szpunar nella causa *D.V. c. M.A.*, §§ 69 e 71.

⁴ C. giust., 25 novembre 2020, causa C-269/19.

⁵ C. giust., 29 aprile 2021, causa C-19/20, *Bank BPH S.A.*, §§ 51, 88 e 90; C. giust., 16 luglio 2020, cause riunite C224/19 e C259/19, cit., § 53; C. giust., 9 luglio 2020, cause riunite C-698/18 e C-699/18, *SC Raiffeisen Bank SA e BRD Groupe Société Générale SA c. JB e KC*, § 54.

⁶ C. giust., 12 gennaio 2023.

⁷ Conclusioni, cit. § 74.

⁸ V., nel senso del testo, PAILLER, *Applications et potentialités de la Charte des droits fondamentaux en droit civil. Aspects substantiels*, in *RDLF*, 2022, *Chron.* n. 49, 3 che, non a caso, discorre di un art. 38 che «*conforte les raisonnements mais n'est pourvu d'aucun effet quant à la solution retenue*». È apparente l'eccezione che, *prima facie*, si legge in *Bondora*, C. giust., 19 dicembre 2019, cause riunite C-453/18 e C494/18, nel quale la Corte ha sì statuito che l'art. 7, § 2, ll. d) ed e), del Regolamento (CE) n. 1896/2006, istitutivo di un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, deve intendersi in modo da conformarlo allo standard protettivo dell'art. 38 epperò nella maniera in cui questo grado di tutela è, a sua volta, *concretizzato* dagli artt. 6 e 7 della dir. 93/13. Di qui il principio di dirit-

ra di selezionare la norma applicabile secondo i casi, (*pre*)*orienti* i processi interpretativi: anche l'esclusione di un esborso del consumatore parametrato alla corresponsione di un *compenso ragionevole*, superiore alla tariffa minima perché rapportato ad un contesto circostanziale commisurato per es. alla complessità del caso e/o alla situazione finanziaria del consumatore, non è impiantato dall'AG sul presupposto di una *massimizzazione della tutela* bensì sulla circostanza che una tariffa minima, oltre a non disincentivare il consumatore dall'agire in giudizio, dischiude un *effetto deterrente* sul professionista. Se non la migliore, crediamo sia l'ennesima riprova che la *fundamentalisation* della protezione consumerista sia avvenuta in maniera non soltanto *«inattendue»* ma pure estemporanea⁹. Soltanto in apparenza, notiamo, chi dovesse replicare scrivendo di una Corte che ha recentemente statuito di «un'efficacia diretta dell'art. 47 [della] Carta ... anche nei rapporti interprivati a cui si applicano norme dell'Unione»¹⁰, smonterebbe il nostro dire. Vero è, naturalmente, che *Egenberger*¹¹, mostrando così di voler flirtare apertamente con la *Drittwirkung*¹², è inequivocabile nello statuire che, al pari dell'art. 21, l'art. 47 della

to, prodromico ad una declaratoria di euroincompatibilità del § 2 della ventitreesima disposizione finale della [LEC], per cui il giudice adito è legittimato a richiedere al creditore quelle informazioni complementari, relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito preteso, repute utili ad effettuare un controllo d'ufficio del loro carattere potenzialmente abusivo. Anziché sparigliare la sentenza è infatti iterativa nella parte in cui decreta che, quando convenuto sia un consumatore, il giudice, investito della domanda di ingiunzione, debba osservare un elevato livello di protezione. Come si legge nel § 51, una “*diversa interpretazione* dell'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 sarebbe tale da consentire ai creditori di *eludere* le esigenze che derivano dalla direttiva 93/13 e dall'articolo 38 della Carta” (c. vo aggiunto). Spunti analoghi si ricavano da C. giust., 28 novembre 2018, *PKO Bank Polski*, C- 632/17, § 49. Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Sharpston, “il potere di controllo del giudice deriva *implicitamente* e *necessariamente* dalla *direttiva 93/13*, come interpretata dalla Corte. Si tratta pertanto di un requisito che trae origine *direttamente* dal *diritto dell'Unione ...*” (§ 127). Dopo di che tutto si può pensare tranne che sia consentito “ai creditori privi di scrupoli di aggirare la disciplina imperativa sancita dalla direttiva 93/13 grazie al ricorso alla procedura semplificata del regolamento n. 1896/2006” (§ 134). Un'interpretazione siffatta, com'è evidente, non permetterebbe di garantire il livello elevato di protezione dei consumatori previsto dall'articolo 38 della Carta, “in particolare dal punto di vista dei loro interessi economici”.

⁹ L'aggettivo è di PICOD, *Article 38. Protection des consommateurs*, in PICOD, RIZCALLAH e VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2020², 951.

¹⁰ IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di IAMICELI, Napoli, 2020, 16 s.

¹¹ C. giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*

¹² Il che riceve il plauso entusiastico della COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*. ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, *IR v JQ.*, in *EuConst.*, 2019, 15: 294–305.

Carta è “sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale”¹³. Se non fosse che quanto si legge nel § 78, e cioè di un diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva che *da sé* è idoneo a produrre un *effetto orizzontale diretto*, va poi contestualizzato sulla scorta di quanto si scorge in quel § 79 nel quale la Corte non è meno stentorea nell’evidenziare che l’*orizzontalità diretta* dell’art. 47 diventa rilevante soltanto “se necessario”, e cioè laddove il giudice nazionale non possa assicurare la “piena efficacia” dell’art. 47 *indirettamente*, dunque per via dell’interpretazione. Al netto che allora sembra di trovarsi dinanzi ad una *Mangold* rivisitata, scrivere che *Egenberger* proclama la valenza dell’art. 47 quale fattispecie costitutiva di un *effective judicial protection as a fully-fledged right*, con l’*addendum* che la Corte ha ivi pure sancito la compatibilità dell’effetto diretto (orizzontale) del suddetto articolo con l’obbligo dei tribunali nazionali di bilanciare tra diritti fondamentali concorrenti¹⁴, dischiude perciò una mezza verità in quanto la Corte posterga, in realtà, l’effetto diretto ad una illustrazione sistematica dei parametri che presiedono al *prius* di un *effetto indiretto*. Non a caso, tornando all’altro dispositivo di *D.V.*, sentenziare che il diritto dispositivo è soltanto ancella di un consumatore penalizzato da una nullità totale particolarmente pregiudizievole (§§ 62-64), nuovamente, e più di ogni altra riflessione, ci rivela come sia difficile tracciare una linea di demarcazione netta tra interpretazione conforme ed effetto diretto.

2. Il diritto della Corte: interferenze e sovrapposizioni, con l’appendice delle Conclusioni nella causa C-520/21 (*Bank M. SA*)

Preso atto che l’intermezzo lituano è un impasto di pura ortodossia consumeristica, dovrebbe apparire evidente quale sia, in un contesto siffatto, il *punctum crucis*: siccome non esiste, a livello di legislazione unionale, uno statuto *restitutorio di protezione* che si affianchi ad una nullità unilaterale, almeno se ne intravede un abbozzo per via giudiziale?

A censire la c.d. dottrina delle Corti, notiamo come l’impressione che ci sembra plausibile trarre sia quella di un’alchimia di *frammenti sparsi*: tanto è vero che, proprio per la carenza di un siffatto apparato, si *integra* il contratto che cadrebbe quando le pretese restitutorie del professionista penalizzerebbero il consumatore che, a sua volta, *non abbia acconsentito* ad una siffatta declaratoria di nullità. È una “*possibilità eccezionale*” come di recente la etichetta, a sua volta, la corposa *E.K., S.K. c. D.B.P*¹⁵ sulla scia del precedente di *Dziubak* (§ 48), da valutarsi sulla base del contesto circostanziale esistente o prevedibile al momento della controversia¹⁶. Il *salvataggio* del contratto diventa così una *forma di correttivo*, nell’economia argomentativa della Corte, alla *neutralità* connotante la

¹³ C. vo nostro.

¹⁴ Così COLOMBI CIACCHI, *op. ult. cit.*, 305.

¹⁵ C. giust., 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, § 67.

¹⁶ C. giust., 8 settembre 2022, *cit.*, § 74.

disciplina restitutoria di diritto comune. Epperò, e qui sta il punto, con un'insidia prepotente che rimane in agguato: *quid* nel caso di una nullità totale, che sia penalizzante per il consumatore, il quale non vi acconsenta, se però in pari tempo difettano delle disposizioni suppletive che, in quanto destinate a sostituirsi alle clausole abusive soppresse, opererebbero il salvataggio del contratto? Non va sottaciuto che l'inciso di *E.K., S.K.* in realtà costituisce un *obiter* perché, siccome i mutuatari avevano ivi *assentito* ad una nullità totale del contratto, la Corte, pur dando atto che difettavano delle norme nazionali suppletive, mette in esergo come il rinvio pregiudiziale l'avesse investita "a priori" (§ 76) su di una questione complanare estranea al *thema decidendum* (§§ 77-78). Non a caso il suo recitativo che, in replica al quesito se il *salvataggio* di un contratto possa praticarsi per il tramite di un'integrazione giudiziale condotta per via equitativa, se da un lato recisa rinnova l'esclusione di un rimedio alle lacune che non sia per via suppletiva o per un accordo tra le parti, dall'altro tace sul *quomodo* delle obbligazioni restitutorie. Il dubbio, riteniamo, era stato alimentato dal fatto che, in precedenza, *Topaz*¹⁷, con un dire che sfiora l'enigmatico, aveva sdoganato, al fine precipuo di proteggere il consumatore dalla penalizzazione di una nullità totale, un intervento giudiziale sul contratto, nei limiti in cui non pregiudichi l'efficienza della dir. 93/13, onde realizzare, leggiamo, gli obbiettivi della stessa: mentre l'ultimo arresto di questo catalogo, cioè *OTP Jelzálogbank e a*¹⁸, non meno allusivamente, discorre di una volontà del consumatore postergata ad una valutazione giudiziale sull'attitudine della normativa nazionale a ripristinare "la situazione di diritto e di fatto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di una clausola abusiva" (§ 50).

Dunque, al netto di una (inconfutata) inefficacia originaria della clausola abusiva, manca l'occorrente minimo utile a che una Corte nazionale modelli il post-vessatorietà restitutorio su di un'*interpretazione conforme autonoma* che faccia da scudo. Se *sussidiariamente* entra in gioco la regola nazionale del diritto primo, ciò significa che le parti del contratto hanno il diritto di chiedersi *reciprocamente* la restituzione dell'equivalente di *tutte* le prestazioni *indebite* effettuate in esecuzione del contratto caduto. Il che, per un mutuate, che ha diritto alla restituzione del capitale messo a disposizione del consumatore, comporta senz'altro l'obbligo di restituire al mutuatario le somme ricevute a titolo di rimborso delle rate di mutuo *in eccesso* rispetto a quelle dovute, secondo un ammontare comprensivo naturalmente degli interessi legali di mora per il periodo decorrente dalla richiesta di restituzione. *Quid* però, come si fa notare in *Bank M.* (C-520/21), per ulteriori pretese delle parti, mai essendosi la Corte pronunciata sulla possibilità che l'una e l'altra facciano valere crediti restitutori nell'ordine **a)** "in relazione all'utilizzo extracontrattuale del capitale", **b)** alla "perdita della possibilità di ottenere profitti a causa della temporanea impossibilità di utilizzare il proprio denaro", **c)** "ai costi finanziari e organizzativi sostenuti in relazione all'esecuzione del contratto, nonché **d)** alla "diminuzione

¹⁷ C. giust., 24 novembre 2019, causa C-211/17.

¹⁸ C. giust., 2 settembre 2021, causa C-932/19.

del potere d'acquisto del denaro nel tempo”? Vieni da sé che, principalmente in un’ottica di *deterrenza* che fa premio sul “di protezione”, dando così voce alla precomprensione che la banca *non* può trarre un *profitto* dalla propria *slealtà precontrattuale*, può reputarsi infondata una sua pretesa in relazione al fatto che il consumatore abbia potuto utilizzare il capitale o che essa abbia dovuto sostenere determinati costi in relazione alla gestione del mutuo. Epperò, domanda che sorge per riflesso spontanea, un *pari diniego* vale pure per il *consumatore* che, se potesse percepire un *surplus*, rispetto ovviamente al rimborso delle rate del mutuo e delle spese, delle commissioni e dei premi assicurativi pagati *medio tempore*, si troverebbe a maturare un *profitto ingiustificato* e contrario al principio di proporzionalità? A ragionare così, non sarebbe fondato, come ancora si legge in *Bank M.*, l’obbligo del professionista di “pagare una remunerazione per il fatto di aver utilizzato, senza un fondamento giuridico, il capitale messo a sua disposizione dal consumatore”. *Nulla quaestio* naturalmente, come si legge nelle conclusioni dell’AG Collins, che le nozioni di “prestazione indebita” e di “arricchimento senza causa” abbiano un contenuto ampio potenzialmente inclusivo di *tutte* le pretese che vadano ad impingere sull’utilizzo interinale di una somma di denaro non provvisto di una “giustificazione contrattuale” (§ 20): e tuttavia, scartata per una banca la cui pretesa restitutoria non può andare, se non pena una patente eterogenesi dei fini¹⁹, *oltre* il cumulo degli interessi legali di mora, ci suonerebbe altrettanto distonico ritenere che invece sussista una *legittimazione generale* del consumatore a domandare pretese patrimoniali *ulteriori* a quelle basiche, cioè *additive* alla restituzione degli adempimenti effettuati in sede di esecuzione del contratto. È vero che l’AG rimarca come l’ammissione di una siffatta pretesa avrebbe una funzione sia *proattiva* che *dissuasiva*: a quanto ci costa a venire fatta salva è però la *sola* via di fuga di un consumatore che, nonostante la restituzione delle rate mensili indebite, venisse a versare in una situazione patrimoniale peggiore “a causa di tale contratto”. Verrà così facile comprendere che la suddetta fattispecie rientra a pieno titolo nel caso di un *inesatto ripristino* della situazione antecedente all’accertamento della vessatorietà, con un arricchimento ingiustificato che, in difetto, verrebbe lucrato dal professionista. La c.d. pretesa ulteriore qui, perciò, non sporge e neanche è ingabbiabile nello stampo dell’art. 8 della 93/13: anziché un problema di un *più elevato* livello di protezione del consumatore, la fattispecie abbozzata presenta invero i tratti di una tutela che, al fine dell’aversi una piena restaurazione *ex tunc*, si avvale della stampella di un diritto comune che concorre, *in via integrativa*, a garantire quello standard di protezione minima che è comandato dalla 93/13. Niente più però, diremmo, di un concorso ad un *rétablissement* altrimenti incompleto idoneo ad importare un trattamento *in peius* per il consumatore.

Il seguito di *Bank M.* sarà per altro *mBank S.A.*²⁰, posto che, in una cornice di tal fatta, è altamente sospetta di *euroincompatibilità* la sentenza della Corte di Cassazione polacca

¹⁹ Atteso che una normativa nazionale “non può modificare la portata né, di riflesso, la sostanza di tale tutela”: così Conclusioni dell’AG Collins (§ 41).

²⁰ Causa C-140/22 (ancora pendente).

recitante di un diritto del consumatore al rimborso delle prestazioni eseguite in base a un contratto di mutuo nullo ridotto di un importo equivalente agli interessi sul capitale che sarebbero spettati alla banca qualora il contratto di mutuo si fosse mostrato *valido*. Qui, per la verità, affiorerebbe un rilievo anche più costruttivo: ad ammettere infatti che il mutuante possa domandare un pagamento per l'utilizzo extracontrattuale del capitale, l'effetto che si otterrebbe è quello di un disincentivo ad agire dei consumatori giacché costoro, pur consapevoli dell'illecito subito, si asterrebbero per lo più dall'impugnare il contratto nel timore che ingente fosse la somma da corrispondere al finanziatore. Il che, a cascata, innescherebbe l'effetto, non meno perverso, di vanificare gli obiettivi propri della direttiva 93/13.

Così rettificato il discorso, non è però che vada meglio se il *focus* si concentra sull'esperienza materializzatasi nel campo del diritto nazionale italiano. Pur se sbreccata e parziale, la precomprensione europea finisce infatti per gettare più di un'ombra sulla regola, di fattura giurisprudenziale allignata e cresciuta sul terreno delle c.d. nullità selettive ex art. 23 T.U.F., accreditata da quelle S.U. 28314/2019 fattesi artefici, come si sa, del *principio* che la reciprocità restitutoria *non sia* un attributo della nullità di protezione, il cui statuto si comporrebbe viceversa di una *doppia deroga*, una *testuale*, ricompresa nell'art. 1421 c.c., l'altra *virtuale*, insita a sua volta nel combinato disposto degli artt. 1422 e 2033 c.c., quando si congiunga allo scopo della norma violata. La *ripetibilità unilaterale*, in questa versione, sarebbe una caratteristica *tipica e costitutiva* della figura della nullità di protezione, rampollate direttamente, come le S.U. hanno accreditato, dal suo operare soltanto *a favore* della parte specificamente protetta dalla stessa. Dopo di che, siccome la riserva di legittimazione impedirebbe di esercitare una *condictio indebiti* rispetto agli ordini non impugnati, il professionista intermediario potrebbe soltanto, nell'ottica risaputa delle S.U., opporre un'eccezione di buona fede oggettiva paralizzante gli *effetti in esuberano* della declaratoria di nullità delle operazioni (di investimento) selezionate. Soltanto, infatti, *se un pregiudizio sussiste*, per le S.U. si dà un investitore che abbia agito in maniera coerente con la funzione tipica delle nullità di protezione. Nella fattispecie opposta invece, quando cioè il profitto delle operazioni non selezionate risultasse superiore al pregiudizio del *petitum*, quel che si verrebbe a dare sarebbe un contraente *in bonis*: ed allora la *ripetizione unilaterale* si convertirebbe in un'*irripetibilità bilaterale*. Diversamente, sempre per le nostre S.U., ci sarebbe un'*iperprotezione* dell'investitore e, di riflesso, un'*overdeterrence* nei confronti dell'intermediario. In questa versione, in quanto nullità unilaterale, il *di protezione* andrebbe perciò modularizzato *ex fide bona* onde evitare che sporga.

Ebbene che un siffatto recitativo non trovi un riscontro nel dire della Corte di giustizia è smaccato: il suo *di protezione*, come i due casi sopra citati evidenziano, introduce la raffilatura di una vicenda extracompensativa premiale per il consumatore. Non a caso la critica più tagliente che si è rivolta alle S.U. non è stata che una deroga al regime bilaterale degli artt. 2033 ss. c.c. o ha una sua testualità oppure rimane una lacuna assiologica quanto e piuttosto quella di esplicitare una venatura di *euroincompatibilità* giacché una *nullità mitigata*, visto che non sarebbe di per sé assistita da una *retroattività piena o forte*,

non si paleserebbe più a guisa di una nullità *ex post* sospesa tra *rimedio* e *sanzione*²¹. Diversamente dalle S.U., la Corte di giustizia *non dimidia*, questo è il succo della critica, l'interesse opportunistico del consumatore in quanto sempre la sua convenienza ha davanti a sé la sanzione comminata ad un professionista responsabile di un abuso.

Euroincompatibilità, quand'è così, di Cass. 28314/2019 perché vulnera l'efficacia deterrente e non assicura l'effettività di una nullità declinata in Lussemburgo come un rimedio riversante sul professionista sleale il costo degli svantaggi economici connessi al post-vessatorietà? Pur difettando una *concezione integrale*, riteniamo che un avallo a siffatto dire sia *tutt'altro* che da escludere: e forse, si potrebbe aggiungere, se l'intervento giudiziale, come statuito da *Banca B*, non può andare *oltre quanto* "è strettamente necessario per ripristinare l'equilibrio contrattuale tra le parti contraenti" (§ 44), è lo stesso meccanismo compensativo confezionato dalle S.U. a rivelarsi ostativo a che il consumatore possa decidere *anticipatamente* se avvalersi della tutela riservatagli dalla direttiva. Vero, infatti, è che il consumatore può optare per non contestare la vessatorietà di una clausola: epperò, posto che il giudice è tenuto ad informarlo sugli effetti originati da una sentenza di nullità del contratto, un'eccezione di buona fede, opposta in giudizio e rinviante ad un (complesso) calcolo tra il dare e l'avere, dischiude un *impedimento* a che il consumatore maturi una *piena consapevolezza* sui riflessi economici che la scelta, di agire oppure no, comporta.

Altro, potremmo così chiosare, è l'interpretazione conforme come *integrabilità* del diritto nazionale, il che suppone il *prius* dell'esistenza di una lacuna da colmarsi in conformità alla direttiva; altro, è il *concreto metodo* che, nel compiere le singole interpretazioni, i giudici, nazionali ed europei, devono osservare: e, se è vero che un ruvido tecnicismo non aiuta, neanche va pretermesso che i difetti dello stile italiano non sono più ingombranti del grezzo postvessatorietà deducibile da *BNP Paribas Personal Finance SA*, a supporre che l'abusività delle clausole sul rischio di cambio comporti una caducazione del contratto. Pure lo stile francese si mostra invero parimenti incerto su *come* le restituzioni operino: dando infatti per buono che i mutuatari debbano restituire soltanto il capitale, a quale valore del franco svizzero, quale moneta di conto ci si deve riferire, a quello originario o al tasso di cambio «*évolutif au fil des paiements*»?²² E poi che dire rispetto alla sostituzione dell'interesse legale al tasso, quando ne sia stata appurata la liceità, "*swap francs suisses cinque an*? Non ci vuol molto a scorgere che il *deficit* qui è di una *disciplina* compendiate una molteplicità di regole. E pensare di rimettere tutto al giudice, quale *bras armé* dell'effettività²³, non è realistico: la recente sterzata proconsumeristica della

²¹ V., in special modo, D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 15 e 25 e MODICA, *Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento*, *ibid.*, 2020, 36 e 38.

²² Così BRUTTIN, *Prêts Helvet Immo: CJUE versus Cour de cassation?*, in *RDI*, 2021, 650 ss.

²³ V., nella letteratura francese, CHAINAIS et al., *Procédure civile*, 2020³⁵, Paris, nn. 575 e 578 ss. nonché PELLIER, *Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation*, in *AJCA*, 2020, 469 ss.

*Cour de cassation*²⁴, sentenziante l'obbligo per il giudice francese di rilevare officiosamente l'intrasparenza di una clausola predisposta, va senz'altro ad infittire lo stuolo di pronunce nelle quali è potenziato il ruolo del giudice in sede, diremmo, di *pre-vevassatorietà*, senza però che una pari acribia governi un *posterius* nel quale si naviga a vista. Molteplici ragioni, nel caso di un contratto nullo per violazione dell'art. 6 dir. 93/13, concorrono ad escludere, torniamo a ribadirlo, che il professionista abbia titolo per domandare una remunerazione aggiuntiva, dal rilievo che il mutuante non può ottenere una compensazione per una perdita patrimoniale scaturente *esclusivamente* dalla "propria condotta illecita" (§ 58) all'argomento, del pari dirimente, che una siffatta remunerazione per l'utilizzo extracontrattuale della somma neutralizzerebbe l'inefficacia originaria delle clausole abusive²⁵. Che il credito restitutorio del mutuante sia circoscritto al capitale corrisposto, oltre ad essere un effetto del caducarsi del contratto, serve ad evitare che la declaratoria di nullità importi il paradosso di una remunerazione che, nonostante la nullità, sia reclamabile per un importo pari "al tasso di mercato per l'utilizzo del capitale del mutuo" (§ 59). Ma che una siffatta pretesa, azzerando il rischio economico che il professionista dovrebbe sostenere, sia destituita di qualsiasi fondamento, è (non una parte per il tutto) bensì pur sempre l'epifania di una delle tante problematiche innescate da un dispositivo restitutorio il cui *modus operandi* non può avere il controeffetto di costringere i consumatori ad eseguire un contratto iniquo in quanto dischiudente condizioni migliori di quelle conseguenti all'esercizio dei diritti "che la direttiva 93/13 garantisce loro" (§ 61).

Quand'è così, posto che tutte le classificazioni e le distinzioni possono rifiutarsi, non riteniamo allora che si verrebbe a banalizzare la questione ponendo la seguente domanda: posto che l'art. 38 della Carta è concretizzato da un diritto europeo secondario che, nell'economia della 93/13, ha una spiccata cifra deterrente, quanto è eurocompatibile un art. 36, comma 1, c. cons. che si limita a statuire un principio di nullità parziale necessaria? Per reputarlo tale dobbiamo ragionare di una *letteralità inclusiva*, disvelante «all'interprete i più "nascosti" e inattesi significati»?²⁶ Oppure dobbiamo ipotizzare *eine Lücke in der Systemwidrigkeit*, cioè nella disomogeneità sistemica, *der Gesamtrechtsordnung*? Se, rispetto all'utilizzo extracontrattuale delle somme corrisposte, dovessimo per es. stare al dire ingenerato da *Bank M.*, siccome tolti l'ipotesi testuale di uno Stato membro che formalizzi, ai sensi dell'art. 8 dir. 93/13, una deroga *in melius*, non c'è modo di riconoscere ai mutuatari una siffatta legittimazione, quale ostacolo residuerebbe a che un interprete provveduto risponda da sé al suddetto quesito? Dopo di che, l'argomento per cui, senza una remunerazione extracontrattuale, il mutuante si troverebbe a versare nella situazione di accordare un credito, per fini immobiliari, in modo gratuito, palesamente soffre del contrappunto che l'ammancio patrimoniale subito dal professionista è pur sempre una conseguenza, diretta ed immediata, di un naufragio del contratto imputabile alla sua

²⁴ Cass. 2 civ., 14 ottobre 2021, n. 19-11758.

²⁵ Producendo "un esito incoerente con gli obbiettivi che [la 93/13] ... persegue" (§ 59).

²⁶ Così la classica pagina di IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, 125.

slealtà. Come scrive l'AG, è un principio, di massima riconosciuto, quello per cui “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (§ 58).

3. Chiosa finale: spunti da *X Bank S.A. (C-6/22)* e di *Caixabank SA (C-565/21)*

A chi dovesse apparire, se non eccentrico, inusuale il taglio espositivo che abbiamo inteso imprimere a queste note sparse, ci permettiamo di replicare osservando che non sarebbe stato di alcun ausilio riprestare, semplicemente cambiando l'ordine dei fattori, l'acqua nel mortaio. Il senso di queste paginette vuole invero essere un altro: evidenziare che persino la cifra aggregante dell'art. 2037, comma 3, c.c. si sfilaccia in seno ad un contesto europeo nel quale è difficile muoversi senza prendere lucciole per lanterne. Il quadro infatti è in movimento e non soltanto per quelle conclusioni dell'AG Collins che, con più di un costrutto, mettono in guardia dal riconoscere al professionista delle facoltà il cui esercizio, minando alla radice ogni effetto dissuasivo, finirebbe per rendere più redditizia “la prassi di imporre clausole abusive ai consumatori” (§ 60)²⁷. Adesso campeggia la *novitas* di *X Bank S.A. (C-6/22)* e di *Caixabank SA (C-565/21)*²⁸: la prima stentorea nel ribadire che, in caso di nullità totale, il diritto nazionale non può regolare il postvessorietà senza aver riguardo alle norme inesprese della 93/13 e la seconda altrettanto categorica nel disporre la restituzione di quanto corrisposto a titolo di commissione di apertura laddove la clausola che la contempra dovesse mostrarsi abusiva. A leggerli insieme sono due arresti che si toccano: se il reintegro dello *status quo ante* è un *essentiale* della 93/13, vien da sé che abbia dell'asfittico sollevare un interrogativo sulla pretesa eurocompatibilità di una normativa nazionale che, in luogo di restaurare la situazione di diritto e di fatto anteriore, ripartisse in parti eguali i costi rampollanti dalla nullità del contratto. Così *X Bank S.A.*, il cui periodare ha pure del didascalico nel marcare l'ostracismo verso ogni dispositivo tecnico che concorresse, *pure obliquamente*, a mitigare l'assoluta sconvenienza per il professionista nell'insistere ad un utilizzo sistematico di clausole abusive: ma non è che *Caixabank SA*, nella parte in cui esclude che la commissione di apertura benefici del regime di immunità relativa proprio delle clausole di cui all'art. 4, § 2, sia da meno.

Quanto alla seconda ed alla terza massima di *X Bank S.A.*, sentenzianti rispettivamente a) l'euroincompatibilità di una regola che legittimasse il giudice, previo esame officioso della situazione patrimoniale del consumatore, ad opporsi alla sua domanda di

²⁷ Se, come apprendiamo dalla narrativa dei fatti riportata dall'AG Collins, la remunerazione domandata è “pari a circa i due terzi del capitale del mutuo”. Il tutto al netto della circostanza che sarebbero censibili delle fattispecie nelle quali l'importo remuneratorio preteso dalle banche “era superiore al credito concesso”. Per inciso la remunerazione pretesa sarebbe da corrispondere immediatamente ed in un'unica soluzione. Ora, tutti sanno che, in sede di esecuzione del mutuo, le rate sono invece da versare ad intervalli regolari.

²⁸ Entrambe le decisioni sono del 16 marzo 2023.

nullità totale a motivo che una siffatta invalidazione potrebbe esporlo a conseguenze particolarmente pregiudizievoli e b) l'euroincompatibilità, a sua volta, di un'integrazione, ovviante ad una nullità sconveniente per il consumatore, diversa da quella dispositiva, non è che si decampi da un tracciato ormai ben collaudato. Siccome, se è stato esaustivamente informato, il consumatore può *responsabilmente* disporre della tutela che la direttiva gli ha riservato, avrebbe del paternalistico riconoscere al giudice un super-potere di rigettare una domanda espressa di nullità del contratto. Il giudizio sulla sostenibilità degli effetti restitutori, se il consumatore sia stato reso oggettivamente edotto su quale sia il loro impatto, è insindacabile e non passa per il filtro di una valutazione eteronoma. Circa invece la preclusione ad un'integrazione giudiziale del contratto, pur a dare per buono che la questione rimessa non fosse di tipo ipotetico²⁹, alla fine quanto si continua a chiamare in causa è la via di fuga di un rinvio giudiziale a quella *trattativa tra le parti* già sperimentata da *Banca B*. Il che, per la natura iterativa del richiamo, ci induce a ribadire quanto già osservammo rispetto a quel *dictum*³⁰: sentenziare che niente osta, in termini di eurocompatibilità, ad ammettere che un giudice nazionale, per scongiurare una nullità sconveniente, possa rinviare ad una trattativa tra le parti, rinegoziante *ex fide bona* il metodo di calcolo del tasso di interesse, è il segno conclamato di una decisa inclinazione della Corte a valorizzare una «post-costruzione del regolamento contrattuale», direbbe un'autorevole dottrina³¹, in chiave non di (*etero*) bensì di *autointegrazione*. Può convenirsi, naturalmente, che una rinegoziazione, di cui sono predeterminate le condizioni onde assicurare l'instaurarsi a valle di «un equilibrio reale» (§ 60), abbia dalla sua di *non sostituire* la volontà delle parti con una del giudice: ed è pure vero che una buona fede cooperante ad una determinazione del tasso fissandolo a quanto dovrebbe convenirsi garantendo, «conformemente all'obiettivo [della] direttiva, un livello elevato di protezione del consumatore» (§ 60), se da un lato non scivola nella finzione di una vo-

²⁹ In effetti, con una Corte chiamata a decidere se, qualora la soppressione di una clausola abusiva comporti la nullità del contratto, il giudice nazionale, tenuto ad informare analiticamente il consumatore delle gravose conseguenze economiche derivanti dalla caducazione retroattiva, non può opporsi, nonostante le condizioni economiche rilevate, alla volontà del primo di ottenere una declaratoria di nullità integrale, diventa esornativo riflettere (in subordine) sull'azionabilità della variabile di un'integrazione *ex fide bona* onde salvare il contratto dal naufragio. Per di più dalla narrativa della decisione di rinvio risultava che il consumatore già aveva prestato il proprio consenso alla soppressione del contratto nella sua interezza. Il solo modo per ovviare all'irricevibilità della questione, e non a caso è quello prescelto dalla Corte, consisteva così nel dare per buono che la domanda non fosse stata preceduta da un'informazione prestata dal giudice in modo, dicevamo, oggettivo ed esaustivo.

³⁰ In *Contratti del consumatore (diritto europeo)*, in *Enc. dir., I Tematici, I-Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 94 s.

³¹ V., espressivamente, CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. it. a cura di Castronovo, pt. I e II, Milano, 2001, XIII e XXXVII. E v. pure, per una succosa consonanza, MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1446, che ragiona di una «primazia dell'accordo, rispetto al giudizio» (corsivo nel testo).

lontà ipotetica, dall'altro evita che venga a serbarsi il risultato di un «appiattimento sul mercato come unico ancoraggio»³². Dopo di che, se, nel nostro ordinamento, l'art. 185-bis c.p.c. è candidabile come il luogo più acconcio di epifania di quel rinvio ad una trattativa che ha tutta l'aria d'essere, nell'intendimento della Corte, una sorta di proposta conciliativa del giudice, notiamo: siccome la mancata accettazione di quella proposta, senza un giustificato motivo, può tradursi in un comportamento valutabile ai fini del giudizio, non sarà che l'integrazione giudiziale, anziché ostracizzata *in sé*, è in realtà riorientata ad un "fallimento" dell'autonomia privata? È un'illazione che può trarsi dalla circostanza che un'eventuale declaratoria di nullità del contratto produrrebbe ivi l'effetto di far deflettere quel giudice dall'obbligo, come leggiamo, di «adottare tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento di detto contratto potrebbe provocare» (§ 60). Naturalmente, una nullità totale, che invece il giudice dichiarasse in seguito all'insuccesso della trattativa, *a fortiori* implicherebbe il virare verso una responsabilità precontrattuale di quel professionista che abbia dato causa alla nullità del contratto. Vero, infatti, è che l'art. 36 c. cons. non fa menzione espressa di una responsabilità, ma lo è pure il rilevare che il causare la nullità totale è senz'altro «condotta più grave» di una mera omissione informativa *ex art.* 1338 c.c.³³. Qui, d'altronde, la nullità è *unilaterale* pure nel senso che è imputabile ad una parte e patita da quella protetta: *ergo* la pretesa risarcitoria del consumatore che, domandato l'accertamento di una nullità parziale, si trovi invece a subire gli effetti sconvenienti di una nullità totale, può utilmente riguardarsi a guisa di una «coniugazione [...] tipica»³⁴. Quanto invece al problema, accomunante le due vicende, circa il contenuto di un'obbligazione restitutoria degli interessi che siano stati versati in eccesso, la Corte persiste nel glissare: non riteniamo però che sarebbe irragionevole pensare che la trattativa officiata dal giudice si trovi ad includere pure uno schizzo della *base contrattuale* strumentale al calcolo di quanto prestatato indebitamente a motivo dell'accertata abusività.

Ci congediamo allora così: il *tuttavia*, cioè la congiunzione avversativa limitativa che apre l'ultima proposizione del § 64, è l'emblema di un orizzonte che la Corte sta dischiudendo. Diversamente da una congiunzione avversativa oppositiva, *tuttavia* non rompe infatti con quanto precede, limitandosi a circoscriverne il perimetro. Sentenziare allora che non si integra giudizialmente, spettando nondimeno al giudice adottare "tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente pregiudizievoli che la dichiarazione di nullità del contratto potrebbe provocare nei suoi confronti", è il segno paradigmatico di una tutela che, virando sul piano delle restitu-

³² Per «la risoluzione delle situazioni di crisi nelle quali il contratto va integrato o corretto»: così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, XXXVIII.

³³ Così, con uno spunto che può rivelarsi assai prezioso, CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA e A. PLAIA, Milano, 2011, 46.

³⁴ Così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 47 s., e, in termini consimili, A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 268.

zioni, implica una *risrittura modulare* delle stesse, trascendente quel piano puramente compensativo contrassegnante un art. 2033 c.c. nel quale la buona o mala fede non rilevano ai fini di una parziale o totale irripetibilità. Com'è proprio di ogni *work in progress*, dobbiamo aspettare avendo però cura nell'attesa, come la Corte comanda, di valorizzare le utilità rimediali calate nell'insieme del diritto interno. Quanto la Consulta, con la sentenza 8/2023, ha messo in risalto, rimodellando l'art. 2033 c.c. alla luce di una valutazione di buona fede, può tornare prezioso per un interprete esposto ormai alle scorribande di molti formanti.

ABSTRACT

Il saggio ripercorre, alla luce della più recente giurisprudenza "creativa" della Corte di giustizia, alcune suggestioni che possono maturarsi sul regime delle restituzioni da contratto nullo ai sensi dell'art. 6, § 1, dir. 93/13.

The essay retraces, in the light of the most recent "creative" jurisprudence of the EU Court of Justice, some suggestions that may mature on restitutions regime of restitutions arising from a null contract under art. 6, § 1, Dir. 93/13.



«Clausola abusiva...e poi?» Integrazione e nullità del contratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia



Matteo Dellacasa

SOMMARIO: **1.** «Post-abusività»: ovvero, come governare uno scenario complesso con una disciplina incompleta. – **2.** Il sindacato di abusività nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: la trasparenza in senso economico e sostanziale. – **3.** *Segue.* Il requisito della buona fede e il criterio del «significativo squilibrio»: dove governano i diritti nazionali. – **4.** Quando l'abusività della clausola non mette in discussione la permanenza del contratto: è ipotizzabile una nullità senza integrazione? – **5.** L'integrazione della clausola nulla e il suo impatto sulle contrattazioni nelle discipline di carattere "verticale": credito al consumo e TAEG scorretto. – **6.** Quando l'abusività della clausola può estendersi all'intero contratto: un nuovo regime della nullità e una forma sperimentale di integrazione. – **7.** Sostituzione della clausola abusiva con norme legali, ma solo se l'alternativa è una nullità penalizzante per il consumatore? Su *D.B.P.* e *Dexia Nederland*.

1. «Post-abusività»¹: ovvero, come governare uno scenario complesso con una disciplina incompleta

Le clausole abusive predisposte dal professionista – dispone la direttiva 93/13 [di seguito, «la direttiva»] – «non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle... legislazioni nazionali»; il contratto, nondimeno, resta «vincolante per le parti secondo i

¹ Riformuliamo qui, per adattarlo al contenuto del saggio, l'efficace neologismo di PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561.

medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive» (art. 6, par. 1).

Il legislatore europeo, dunque, prevede quale conseguenza ordinaria dell'abusività l'inefficacia della clausola; rimette alle legislazioni nazionali la qualificazione del rimedio al quale tale inefficacia consegue e la configurazione del suo regime; prevede che l'inefficacia resti ordinariamente circoscritta alla clausola abusiva, ma ammette l'eventualità che in assenza di essa il contratto possa risultare inidoneo a regolare l'operazione economica e sia così destinato ad essere integralmente improduttivo di effetti.

La direttiva, invece, non regola la gestione della lacuna generata dall'inefficacia della clausola abusiva. Nelle intenzioni del professionista che l'ha predisposta, quest'ultima avrebbe dovuto integrare il regolamento contrattuale: la sua elisione impone allora per necessità logica, prima ancora che giuridica, la sostituzione della regola convenzionale con una diversa regola, sia essa di fonte convenzionale, legale o giudiziale. Il legislatore tedesco, come è noto, individua quale conseguenza fisiologica della declaratoria di abusività della clausola la sua sostituzione con norme di fonte legale: stante l'inefficacia della clausola, infatti, «il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge» [§ 306(2) BGB]². Una disposizione analoga non si rinviene nella legislazione italiana, che appare anzi, sotto questo profilo, più reticente della stessa matrice europea; dopo aver ricondotto alla nullità l'inefficacia della clausola prevista dalla direttiva, il codice del consumo dispone che il contratto rimanga «valido per il resto», senza prevedere l'ipotesi di una nullità estesa all'intero accordo (art. 36, comma 1).

D'altra parte, se è vero che il legislatore europeo considera l'eventualità che l'inefficacia della clausola si propaghi all'intero contratto, è anche vero che esso non disciplina i criteri sulla base dei quali tale ipotetica estensione è destinata a prodursi. In assenza di indicazioni rinvenibili nel testo della direttiva, la Corte di Giustizia afferma che tali criteri devono essere rinvenuti nelle legislazioni nazionali³. Senonché – come risulta evidente anche nel contesto italiano – le regole di diritto comune previste da queste ultime si fondano su un presupposto diverso ed anzi incompatibile con quello che ha orientato l'elaborazione della direttiva, ovvero sulla parità formale dei contraenti; su questa base, ammettono senza alcun pregiudizio che un'alterazione significativa del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una o più clausole possa legittimare la parte che

² Si rinvia sul punto, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca, ai contributi di AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 58 s., nt. 27 e di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 744 s., testo e nt. 18. Nella giurisprudenza dell'arbitro bancario finanziario, cfr. Coll. Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 737, 740, con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit.

³ Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 40; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 83-85, 90; C. Giust. 30 giugno 2022, C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, [doc. 3] punto 35; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.*, [doc. 4] punto 66; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 55.

ne risulta pregiudicata ad ottenere la caducazione dell'intero contratto (art. 1419, comma 1 c.c.)⁴.

Se, dunque, la conseguenza ordinaria dell'abusività è una nullità circoscritta alla clausola, lo scenario in cui si colloca la previsione è largamente incompleto. Stante la carenza di indicazioni rinvenibili nel testo della direttiva e nella stessa legislazione italiana, occorre valutare quali regole permettano di colmare la lacuna prodotta dalla nullità della clausola; e individuare le condizioni in presenza delle quali in un rapporto asimmetrico come quello che intercorre tra «professionista» e «consumatore» la nullità possa estendersi all'intero contratto.

In un primo tempo, il tema è stato oggetto di interesse prevalentemente teorico, sollecitato dalla nuova valenza che la disciplina delle clausole abusive assegna alle norme dispositive⁵. Se infatti queste ultime costituiscono un essenziale punto di riferimento nella valutazione dell'abusività di una clausola, nel contesto dei contratti di consumo assumono di fatto una valenza parzialmente imperativa; posto che, come vedremo, esse integrano la nozione di «significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti» pregiudizievole per le ragioni del consumatore, quando risultano derogate oltre una certa soglia contribuiscono ad avvalorare l'abusività della clausola. E siccome, come sembra naturale, la lacuna prodotta dalla nullità della clausola viene colmata ricorrendo a quelle stesse norme dispositive che sono state abusivamente derogate, si è portati a concludere che nel contesto dei contratti di consumo il diritto dispositivo assume una valenza «cripto-»⁶, o «semi-»⁷ imperativa. La riflessione teorica si è allora concentrata, in questa

⁴ Benché di recente sia stato segnalato, e commentato in termini critici, un orientamento volto a limitare l'estensione della nullità all'intero contratto, realizzandosi così una riduzione teleologica del regolamento contrattuale che si ritiene possa trovare giustificazione solo quando la funzione protettiva della nullità è esplicitamente avvalorata dalla legge: cfr. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 553. Il fenomeno viene inquadrato nel contesto di una tendenza che vede la nullità codicistica "consumerrizzarsi": dunque, assumere i tratti delle nullità previste dalla disciplina protettiva del consumatore, ordinariamente circoscritte ad una parte del regolamento contrattuale. Cfr. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 33 s.; ID., *L'ambaradan delle nullità (urbanistiche e della s.r.l., locative e della claims made)*, in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Esi, 2020, 390; adesivamente, BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale*, cit., 583.

⁵ Per una nitida ricostruzione, cfr. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante diritto dispositivo*, in D'Amico e Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, 213 e più di recente, D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici*, I, Milano, 2021, 609, 626 ss.

⁶ L'espressione è di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed ABF: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, 861; ID., *Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le corti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 336 s.; ID., *Post-vessatorietà*, cit., 564.

⁷ A segnalare l'esistenza di norme «semidispositive», in quanto «solo parzialmente derogabili» – dunque, potremmo aggiungere, «discretamente imperative» – è ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, 460 s. L'espressione è ripresa da D'ADDA, *Nullità*

prima fase, sugli strumenti che sotto il profilo ricostruttivo sono meglio in grado di giustificare l'integrazione della lacuna generata dalla nullità della clausola: ci si riferisce, in particolare, al dibattito focalizzato sul ricorso alle disposizioni che configurano le due varianti dell'integrazione suppletiva (art. 1374)⁸ e cogente (artt. 1339; 1419, comma 2)⁹ e all'opinione che ricostruisce l'applicazione delle norme dispositive come il risultato di una fisiologica "riespansione" determinata dall'inefficacia della clausola abusiva¹⁰.

In questa sede, per sottrarci agli equivoci che l'aggettivo «dispositivo» potrebbe generare, preferiamo designare quali «regole di fonte legale», o «norme legali» le previsioni che si candidano all'integrazione della lacuna. Se da un lato tali espressioni evitano di presentare come derogabili norme che in questo contesto normativo lo sono solo in parte – e segnatamente, fino all'enigmatica soglia del «significativo squilibrio» – esse esplicitano dall'altro la fonte delle regole destinate ad integrare la clausola nulla: un aspetto che, come vedremo, assume notevole rilevanza nella giurisprudenza europea¹¹.

Più di recente il tema riscuote una rinnovata attenzione, e non solo in Italia¹², a causa dell'intensificarsi degli interventi della Corte di Giustizia, a loro volta sollecitati da due ordini di fattori: l'adozione di clausole non trasparenti da parte di operatori bancari e finanziari concentrati prevalentemente – ma non esclusivamente – nell'Est europeo e in Spagna e il ricorso a misure protezionistiche da parte di legislatori e istanze giurisdizionali superiori, entrambi preoccupati delle conseguenze che l'incremento del contenzioso e l'accoglimento massivo delle domande proposte dai consumatori potrebbero comportare a carico del sistema bancario e finanziario.

In questa seconda fase della riflessione, le preoccupazioni di carattere teorico appaiono meno urgenti se confrontate con l'esigenza di decodificare le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte. Ciò che occorre comprendere, in altri termini, è non solo e non

parziale e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008, 251 s. e più di recente da AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva*, cit., 73.

⁸ In base all'interpretazione evolutiva della disposizione proposta da D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto*, cit., 241 ss. e condivisa da AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva*, cit., 63.

⁹ Sulla compatibilità tra la disciplina consumeristica di derivazione europea – come interpretata dalla Corte di Giustizia – e la categoria dell'integrazione cogente v., da ultimo, IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità nude e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 728 ss.

¹⁰ Ci si riferisce ai contributi di D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, cit., 632; *Le nuove stagioni dell'integrazione del contratto*, in *Ann. contr.* 2019, Torino, 2020, 47, 50; *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., 261 ss., spec. 267 s.

¹¹ V., *infra*, §§ 4, 6.

¹² A segnalare il "cambio di passo" nella giurisprudenza della Corte e il conseguente interesse della letteratura giuridica europea è il saggio di MICKLITZ e REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *Common Market Law Review*, 2014, 771. Significativo il fatto che decorso un decennio SECOLA (*Society of European Contract Law*) abbia scelto di dedicare un convegno al tema, evidentemente ritenendolo oggetto di particolare attenzione nel contesto europeo [*Unfair Contract Terms and Restitution in European Private Law*, Milano, 12-13 dicembre 2022].

tanto il modo in cui giustificare l'integrazione del contratto parzialmente abusivo ricorrendo al diritto dello stato, quanto le coordinate sulla base delle quali il giudice nazionale è tenuto a operare una volta accertata l'abusività di una clausola rinvenibile in un contratto di consumo.

Sono diverse le ragioni che rendono il compito tanto complesso, quanto stimolante.

Come avviene su tutto il fronte del diritto privato di matrice europea, su questo terreno si riscontra la delicata coesistenza tra regole e istanze giurisdizionali diverse. Non è facile definire con chiarezza il dominio del diritto dell'Unione e quello dei diritti nazionali, così come le competenze dei rispettivi organi giurisdizionali. Cedendo alla tentazione di descrivere schematicamente i rapporti tra i due ordini di regole, si sarebbe portati ad affermare che la normativa europea definisce i criteri sulla base dei quali una clausola può essere ritenuta abusiva e, nei suoi tratti essenziali, il regime applicabile a seguito dell'accertamento dell'abusività; mentre il diritto nazionale completa la definizione di tale regime e governa, in particolare, le conseguenze che l'inefficacia della clausola produce sul resto del contratto. Si tratterebbe, tuttavia, di una rappresentazione approssimativa e carente. Da un lato – lo si è già ricordato – il diritto nazionale contribuisce ad identificare il «significativo squilibrio» tra i diritti e gli obblighi delle parti che deve essere accertato nel controllo di abusività. Dall'altro, nonostante si affermi che la questione appartiene alla sfera di competenza dei diritti nazionali la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo incide in modo rilevante sul modo in cui l'abusività di una clausola può ripercuotersi sulla validità del contratto di consumo.

Non solo. Se il dettato della direttiva è inevitabilmente incompleto, in quanto destinato ad integrarsi con le legislazioni nazionali, il contesto storico in cui la Corte si trova ad operare non è certo favorevole ad un deciso avanzamento del processo di integrazione tra gli ordinamenti degli stati dell'Unione. Il prodotto dei due fattori è una giurisprudenza che se confrontata con quella nazionale appare frammentaria e disuguale. «Frammentaria» perché considera solo un aspetto della decisione che il giudice competente a decidere sulla controversia deve assumere, e non di rado – pur disponendo degli elementi necessari per farlo – elude la soluzione del quesito, rifiutando di prendere posizione su questioni che attengono all'interpretazione del testo della direttiva. «Disuguale» perché incide in modo diverso sugli aspetti che richiedono di essere definiti perché la disciplina delle clausole abusive sia armonizzata nei fatti e non solo nelle intenzioni. A fronte dell'elaborazione creativa di regole processuali stringenti – in particolare, per quanto riguarda il ruolo del giudice¹³ – alcuni snodi del testo europeo vengono in buona parte affidati all'elaborazione

¹³ V., a titolo esemplificativo, C. Giust. 30 giugno 2022, C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, [doc. 3] punto 38; C. Giust., grande sezione, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, *SVP Project 1503*, [doc. 6] punto 68; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punto 97; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 53, 66; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 43. Per ulteriori riferimenti, si rinvia alla comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, 27 settembre 2019, 44-62.

degli interpreti nazionali: ci si riferisce in particolare alle nozioni di «oggetto principale del contratto»¹⁴ – rilevante ai fini dell’esonazione dal sindacato di abusività (art. 4, par. 1)¹⁵ – e di «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti» (art. 3, par. 1)¹⁶.

Certamente, infine, il quadro non è reso più nitido dal lessico volutamente generico adottato dalla Corte per non smentire le scelte linguistiche compiute dagli stessi redattori della direttiva e rendere la motivazione fruibile da parte dei giudici di tutti i paesi dell’Unione. Così, le «disposizioni legislative o regolamentari imperative» la riproduzione delle quali immunizza la clausola dal sindacato di abusività (art. 1, par. 2)¹⁷ sono anche quelle suppletive, dunque derogabili¹⁸, purché, nei contratti di consumo, nel rispetto del-

¹⁴ Un buon esempio di pronuncia “evasiva” sul punto specifico è offerto da C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1268, con nota di PANCALLO, *La tutela del consumatore nei contratti di mutuo espressi in valuta estera*. La Corte viene interpellata in ordine all’attinenza all’oggetto principale del contratto di una clausola, contenuta in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, in base alla quale le somme pagate dal consumatore sarebbero state imputate prioritariamente agli interessi e qualora, a causa dell’andamento sfavorevole del tasso di cambio, il suo debito nei confronti della banca fosse aumentato, la durata del contratto sarebbe stata dilatata fino ad un massimo di cinque anni e in subordine – nel caso in cui l’estensione non fosse sufficiente a “contenere” l’aumento del debito – sarebbe stato aumentato l’importo delle rate mensili: una risposta positiva avrebbe comportato l’esonazione dal controllo di abusività della clausola, qualora trasparente in senso economico e sostanziale (art. 4, par. 2, dir. 93/13). Senonché, la Corte si limita a sostituire il criterio previsto dalla direttiva con un criterio non meno vago - reperibile nella sua stessa giurisprudenza [per esempio in *Kasler*: 30 aprile 2014, C-26/13, [doc. 9] punto 49] - rispondendo che la clausola può ritenersi attinente all’oggetto principale del contratto «qualora fissi un elemento essenziale che caratterizza» lo stesso contratto: più che una risposta insoddisfacente, una risposta omessa. Nonostante il riferimento all’«insieme contrattuale» rappresentato dal collegamento tra mutuo ed assicurazione – promettente, ma non sviluppato nel contesto della motivazione – appare piuttosto evasiva sul punto specifico anche C. Giust. 23 aprile 2015, C-96/14, *Van Hove*, [doc. 9] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, con nota di LANDINI, “Oggetto oscuro” e tutela del consumatore ed in *Contratti*, 2015, 758, con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*.

¹⁵ Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

¹⁶ V., *infra*, § 3.

¹⁷ Cfr. art. 34, comma 3 *Cod. cons.*

¹⁸ Cfr. C. Giust 9 luglio 2020, C-81/19, *SC Banca Transilvania SA*, [doc. 9] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 5, con nota di F. MORELLO, *Norme suppletive non derogate e giudizio di vessatorietà*. Anche tale sentenza risponde alla questione pregiudiziale in modo laconico e carente. Un giudice di secondo grado rumeno chiede alla Corte di chiarire se una clausola contrattuale riproduttiva di una norma suppletiva sia esclusa dal controllo di abusività ai sensi dell’art. 1, par. 2 dir. 93/13. Senonché, la previsione in relazione alla quale viene sollecitata l’interpretazione pregiudiziale è un frammento di una più ampia clausola contenuta in un contratto di mutuo, in base alla quale il capitale sarebbe stato tanto erogato al mutuatario, quanto restituito al mutuante in valuta straniera (franchi svizzeri), prevedendosi contestualmente che, ai fini dell’adempimento dell’obbligazione di rimborso, il denaro in valuta nazionale (lei rumeni) nella disponibilità del mutuatario sarebbe stato convertito dalla banca nella valuta straniera nella quale era stato contratto il mutuo sulla base del tasso di cambio praticato alla scadenza delle singole rate. La clausola, evidentemente, imputa il

la soglia del «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti». Neppure contribuiscono a rendere più limpido il quadro le alterazioni inevitabilmente determinate dalla traduzione: in qualche caso, esse generano dubbi interpretativi che non sempre il confronto con le altre versioni linguistiche della motivazione permette di risolvere.

Ne deriva una produzione giurisprudenziale ormai consistente, ma non facile da ricostruire, sicché non stupisce che in relazione ad alcuni aspetti di essa vengano proposte in dottrina letture sensibilmente diverse. In questa occasione, allora, proveremo a delineare quanto più chiaramente possibile gli orientamenti della Corte di Giustizia valorizzando non solo la formulazione dei principi di diritto, ma anche e soprattutto le fattispecie che ne hanno determinato l'enunciazione. A nostro avviso, infatti, solo raccordando le affermazioni della Corte con i fatti che inducono i giudici nazionali ad interpellarla è possibile rappresentare attendibilmente le sue posizioni. La prospettiva che scegliamo di adottare è, dunque, prevalentemente ricostruttiva, anche se non mancheranno alcuni rilievi critici.

Siccome, poi, il contributo che si intende dare in questa sede verte sulla giurisprudenza europea, ancorché considerata nel suo rapporto con gli ordinamenti nazionali, la terminologia e le disposizioni richiamate nel testo saranno quelle della direttiva; anche

rischio di cambio al mutuatario, che percependo il proprio reddito in moneta nazionale risente negativamente del possibile incremento di valore di quella straniera nella quale ha contratto il debito. Nel contesto di essa si riscontra un enunciato in base al quale «qualsiasi pagamento effettuato sulla base del contratto è effettuato nella valuta del mutuo», dunque in franchi svizzeri. La previsione, osserva il giudice del rinvio, riproduce il principio nominalistico sancito dall'art. 1578 del codice civile rumeno, in base al quale «il debitore deve restituire l'importo ricevuto in prestito...unicamente nella valuta avente corso legale al momento del pagamento». Alla Corte viene chiesto di chiarire se la norma, benché applicabile solo qualora non derogata dalle parti, rientri tra le «disposizioni legislative o regolamentari imperative» la cui riproduzione esenta la clausola dal controllo di abusività (art. 1, par. 2 dir. 93/13).

La risposta positiva data dalla Corte sembra indirizzare l'esito della controversia verso il rigetto della domanda di nullità proposta dal mutuatario. In sé e per sé considerata essa appare condivisibile, perché fondata sulla ragionevole presunzione in base alla quale le disposizioni dettate dai legislatori nazionali non contengono elementi di abusività (v., *infra*, § 6), a prescindere dal fatto che esprimano norme imperative o suppletive. Si impone, dunque, una "rilettura" dell'art. 1, par. 2 che assume i contorni di una interpretazione correttiva: quanto meno, se si assumono a riferimento il testo italiano della direttiva e gli usi linguistici consolidati tra gli operatori giuridici del nostro paese.

La Corte, invece, non si sofferma sul fatto che l'enunciato del testo contrattuale che il giudice del rinvio assume essere riproduttivo di una norma dispositiva *non è una clausola* – tale essendo la regola che prevede l'erogazione e la restituzione del mutuo in valuta straniera e riserva alla banca la conversione nella stessa della moneta nazionale del mutuatario – ma un suo *frammento*; sicché certamente la clausola, considerata nella sua integrità, non può considerarsi riproduttiva della norma dispositiva in base alla quale il pagamento avviene nella valuta dedotta ad oggetto dell'obbligazione (art. 1578 c.c. rom.). Rispetto a tale evidente omissione – che riflette un approccio burocraticamente orientato all'«evasione della pratica», piuttosto che alla realizzazione di un obiettivo di giustizia – la raccomandazione in base alla quale l'immunità delle clausole riproduttive «deve essere interpretata restrittivamente» (punto 24) non sembra costituire un correttivo sufficiente.

se per comodità del lettore le corrispondenti norme del codice del consumo saranno richiamate nell'apparato critico. Per la stessa ragione, ci si esprimerà in termini di «abusività» e non di «vessatorietà» della clausola unilateralmente predisposta, adottando una scelta lessicale che, forse, sarebbe stata più opportuna anche nell'ottica del legislatore italiano.

Nei limiti imposti dalle caratteristiche del saggio, si prenderanno in considerazione i criteri sulla base dei quali viene effettuato il sindacato di abusività – come delineati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – in quanto solo sulla base di essi è possibile comprendere le soluzioni adottate in ordine alle conseguenze della declaratoria di nullità (§§ 2, 3). Si passeranno quindi ad analizzare le fattispecie in cui la nullità della clausola resta circoscritta ad essa, senza potersi estendere all'intero contratto. Si valuterà se sia effettivamente configurabile una nullità “nuda” o se invece sia inevitabile la sostituzione della clausola con una diversa regola: ci si propone di illustrare, allora, che – essendo la seconda l'unica strada percorribile – la Corte di Giustizia ritiene incompatibile con la direttiva la conservazione della clausola depurata delle sue componenti abusive, ma ne ammette la sostituzione con la regola di fonte legale applicabile in assenza di essa (§ 4). Siccome nell'argomentare della Corte è ricorrente l'esigenza di assicurare alla direttiva un'adeguata efficacia deterrente, si proporrà una breve digressione volta a segnalare che in un ambito più settoriale e specifico – e segnatamente nel campo del credito al consumo – si riscontra la tendenza ad accentuare la connotazione deterrente e sanzionatoria della disciplina consumeristica, come invece non sembra possibile fare in applicazione di una disciplina di carattere “orizzontale” qual è quella delineata dalla direttiva 93/13 (§ 5). Seguiranno alcune considerazioni relative alle conseguenze della declaratoria di nullità delle clausole che definiscono i termini dello scambio: dunque, le prestazioni essenziali che le parti si impegnano ad eseguire. Su questo terreno, si prospetta l'alternativa tra la nullità del contratto e la sua integrazione con una regola della quale occorre identificare la fonte. La Corte di Giustizia esclude che la clausola nulla possa essere modificata per via giudiziale, ammettendo solo la sua sostituzione con una regola di fonte legale: ciò che tuttavia - siccome lo scambio tra le prestazioni contrattuali è difficilmente conformato, nei suoi contenuti, da norme legali - implica inevitabilmente la necessità di adattare la regola ad una fattispecie diversa da quella in relazione alla quale è stata formulata (§ 6). Si concluderà il saggio analizzando due pronunce nel contesto delle quali si riscontrano affermazioni apparentemente incompatibili con le opinioni sostenute. Un'analisi più approfondita delle fattispecie che innescano il rinvio pregiudiziale induce a ritenere che i *dicta* della Corte di Giustizia non compromettano l'attendibilità della nostra ricostruzione (§ 7).

2. Il sindacato di abusività nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: la trasparenza in senso economico e sostanziale

Il sindacato di abusività gravita sui criteri della «chiarezza e comprensibilità» [*id est*, trasparenza], della «buona fede» e del «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi

delle parti» (artt. 3; 4, par. 2; 5 dir. 93/13)¹⁹. Tre parametri con riferimento ai quali la tensione verso l'elaborazione di una nozione di diritto dell'Unione Europea – tale, dunque, da imporsi agli ordinamenti nazionali e ai loro interpreti – perviene a risultati alquanto diversi.

Quanto alla trasparenza, è appena il caso di ricordare che da circa un decennio viene intesa non solo come un attributo della clausola, ma anche come un requisito dell'informazione che precede e accompagna la conclusione del contratto di consumo; non è infatti sufficiente che la clausola sia comprensibile sotto il profilo grammaticale e formale, essendo invece necessario che le informazioni fornite al consumatore gli permettano di comprenderne le conseguenze economiche²⁰.

Tale *standard* di trasparenza, declinato in senso economico e sostanziale, si impone al professionista in relazione a tutte le clausole da lui predisposte; le conseguenze del difetto di chiarezza e comprensibilità, tuttavia, variano in dipendenza delle loro caratteristiche.

Anche se chiara e comprensibile sotto il profilo economico e sostanziale, una clausola che non definisce l'oggetto principale del contratto né il rapporto tra prezzo e prestazione caratteristica può essere ritenuta abusiva. Si assume che il consumatore presti attenzione solo alle clausole che definiscono i beni o i servizi attesi e il corrispettivo dovuto in relazione ad essi, sicché in relazione a tutte le altre il controllo di abusività è giustificato benché siano chiare e comprensibili. Grazie al sindacato del giudice è possibile evitare che imprenditori scorretti e inefficienti offrano beni o servizi a condizioni economiche apparentemente convenienti, per poi approfittare dei vantaggi loro attribuiti dalle clausole che non suscitano l'attenzione dei consumatori in quanto non definiscono i termini dello scambio. Il sindacato di abusività, allora, permette di evitare una gara al ribasso che vedrebbe gli imprenditori competere sul prezzo dei beni e dei servizi offerti sul mercato e deteriorare progressivamente le condizioni contrattuali accessorie rispetto ai termini

¹⁹ V., rispettivamente, artt. 33, comma 1; 34, comma 2; 35, comma 1 *Cod. cons.*

²⁰ Sulla base di spunti già presenti in *Invitel* [C. Giust. 26 aprile 2012, C-472/10, [doc. 12] punti 26-31] e *RWE Vertrieb* [C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, [doc. 13] punti 44-53, in *Foro it.*, 2014, IV, 26, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI], il requisito della trasparenza in senso economico e sostanziale viene compiutamente espresso in *Kasler* [C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, [doc. 9] punti 71-75], per poi divenire un dato acquisito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: v., tra le molte, C. Giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei*, [doc. 14] punto 74, in *Contratti*, 2015, 753, con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c*, cit. e C. Giust. 23 aprile 2015, C-96/14, *Van Hove*, [doc. 10] punto 41; C. Giust., ord. 9 luglio 2015, C-348/14, *Bucura*, [doc. 15] punto 54; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc*, [doc. 16] punti 44 s.; C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Factoring*, [doc. 17] punto 78; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 32 s., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 16, con nota di VALLETTA, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 37; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 45, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 253, con nota di CAMPAGNA, *Negoziò con effetti novativi e clausole abusive*; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 49-55, in *Pactum*, 308, con nota di GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 37 s.

dello scambio: una dinamica di questo tipo porterebbe all'emarginazione degli operatori economici che praticano prezzi meno vantaggiosi ma regolano in modo più equilibrato e favorevole per il consumatore altri aspetti del rapporto, mettendo a rischio la sopravvivenza di un mercato o di un suo settore rilevante²¹.

Siccome, invece, il consumatore presta attenzione alle caratteristiche dei beni e dei servizi che intende procurarsi concludendo il contratto e al corrispettivo dovuto in relazione ad essi, si è ritenuto opportuno sottrarre le clausole che li definiscono al controllo di abusività²². L'attenzione riservata dal consumatore ai termini dello scambio innesca una selezione naturale delle imprese più efficienti basata sul meccanismo della libera concorrenza; sovrapponendosi ad esso, il sindacato del giudice rischierebbe di alterare una spontanea, e normalmente efficiente, dinamica di mercato in base alla quale le caratteristiche di beni e servizi e il loro prezzo sono determinati dalle parti, che selezionano i rispettivi interlocutori sulla base di valutazioni di convenienza.

Perché le clausole che definiscono i termini dello scambio siano sottratte al controllo del giudice, per essere affidate a dinamiche di mercato, è tuttavia necessario che al momento della conclusione del contratto il consumatore fosse in grado di comprenderne le implicazioni economiche. Se dunque il professionista non ha osservato il requisito della trasparenza intesa in senso economico e sostanziale, anche le clausole che definiscono i termini dello scambio meritano di essere assoggettate al sindacato di abusività. Qualora questo non accadesse, gli imprenditori scorretti e inefficienti resterebbero sul mercato proprio in considerazione del fatto che non rappresentano in modo chiaro e comprensibile i beni o i servizi offerti e il corrispettivo preteso in relazione ad essi. Al verificarsi di queste condizioni, dunque, il controllo del giudice è orientato a salvaguardare quelle stesse istanze di tutela della concorrenza e del mercato che invece ne giustificano l'esclusione quando il requisito della trasparenza viene osservato.

Talvolta una clausola non trasparente è *ambigua*, in quanto ad essa possono essere attribuiti significati diversi²³. Si impone, allora, l'interpretazione più favorevole al consu-

²¹ Una prospettiva, questa, delineata da SCHILLIG, *Directive 93/13 and the "Price Term Exemption": a Comparative Analysis in the Light of the "Market for Lemons" Rationale*, 60 *International and Comparative Law Quarterly*, 933, 940-945 (2011) sulla base del noto studio di AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Quarterly Journal of Economics*, 488 (1970).

²² È appena il caso di ricordare che nella proposta elaborata dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90 non era previsto alcun limite al controllo giurisdizionale sulle clausole abusive. La norma oggi rinvenibile nell'art. 4, par. 2 della direttiva (art. 34, comma 2 *Cod. cons.*) è stata adottata per iniziativa del Consiglio, che ha condiviso i rilievi di BRANDNER e ULMER, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, 28 *Common Market Law Review*, 656 (1991). Per ulteriori indicazioni sulla genesi e sulla ragione della limitazione prevista dall'art. 4, par. 2, v., volendo, DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 324 ss.; Id., *Judicial Review of "Core Terms" in Consumer Contracts: Defining the Limits*, in *European Review of Contract Law*, 2015, 158-163.

²³ Sulle nozioni di «ambiguità» e «vaghezza» v., nitidamente, BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ., XI*, Torino, 1994, 30.

matore (art. 5 dir. 93/13)²⁴, che può portare a salvare la clausola dalla declaratoria di abusività in quanto le attribuisce un significato tale da escludere che il rapporto contrattuale sia squilibrato a danno dello stesso consumatore.

Più spesso accade, tuttavia, che la clausola non comprensibile dal consumatore nelle sue implicazioni economiche si presti ad una sola interpretazione – l'unica compatibile con il testo del contratto, magari irrigidito da definizioni e formule matematiche – o che all'opposto sia espressa in modo *vago*, sicché il suo significato, essendo indeterminato, accorda al professionista una certa dose di discrezionalità nella gestione del rapporto contrattuale. È da valutare, allora, se il difetto di trasparenza sia di per sé sufficiente a rendere la clausola abusiva o, invece, il giudice sia tenuto ad accertare anche la violazione del precetto di buona fede e la sussistenza di un significativo squilibrio a danno del consumatore²⁵.

La Corte di Giustizia si orienta nella seconda direzione con particolare riferimento alle clausole che determinano l'oggetto del contratto e il rapporto tra prezzo e prestazione²⁶, fermo restando che la direttiva non preclude agli stati di innalzare il livello di tutela del consumatore disponendo che le previsioni non chiare né trasparenti siano senz'altro abusive²⁷. Su questo terreno, dunque, mentre il rispetto dello *standard* di trasparenza avrebbe precluso il sindacato del giudice, la sua violazione non permette di concludere nel senso dell'abusività della clausola, che presuppone una valutazione ulteriore, incentrata sul contenuto dell'accordo contrattuale²⁸. Come vedremo, quando il sindacato del

²⁴ Cfr. art. 35, comma 2 *Cod. cons.*

²⁵ Nel contesto italiano, il tema è stato approfondito da AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta straniera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1225-1235, al quale si rinvia per l'accurata ricostruzione delle opinioni sostenute sul punto dalla dottrina di settore (1226, testo e nota 19). In sintonia con la tesi prevalente tra i commentatori del *Codice del consumo*, l'A. ritiene che il difetto di trasparenza sia di per sé sufficiente a giustificare la declaratoria di vessatorietà ed afferma che di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia sarebbe «divenuta...ancora più nitida» nell'assumere una posizione analoga (1226). Tale ricostruzione differisce da quella proposta in questa sede, quanto meno se la si riferisce alla giurisprudenza della Corte in termini generali, senza distinguere in base alla conformazione della clausola sottoposta al controllo di abusività.

²⁶ Sicché in questo ambito il difetto di trasparenza costituisce «presupposto sì necessario, ma non sufficiente, del sindacato di vessatorietà»: così PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 658.

²⁷ C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 49-52.

²⁸ Cfr. C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 64; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriuc*, [doc. 16] punti 51, 56-58; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 36, 38-40; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punti 57, 61-64; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 49-51; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punti 36 s.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 58; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punto 47.

Di recente, tuttavia, si è ritenuto che se il difetto di trasparenza imputabile al professionista integra gli estremi di una pratica commerciale sleale – come avviene quando una polizza *unit-linked*

giudice – reso possibile dal difetto di chiarezza e comprensibilità della clausola – verte sui termini dello scambio, il parametro del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti appare recessivo, proprio in quanto le norme dispositive alle quali esso viene ancorato regolano, in genere, altri aspetti del rapporto contrattuale²⁹.

Solo in relazione ad alcune fattispecie il difetto di trasparenza è sufficiente a giustificare una valutazione di abusività. Ci si riferisce alle clausole che autorizzano il professionista a «modificare unilateralmente le condizioni del contratto» (dir. 93/13, all., lett. j)³⁰. In relazione ad esse, l'indagine sulla buona fede del professionista e sul significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti non avrebbe propriamente ad oggetto la clausola, ma l'assetto di interessi risultante dal modo in cui la stessa è stata attuata dallo stesso professionista; a poter essere valutato secondo buona fede e significativo squilibrio, in altri termini, è il regolamento contrattuale quale *consegue* all'esercizio dello *ius variandi* e non quale risulta definito dalla clausola che lo prevede. Ebbene, siccome la direttiva prevede un controllo di abusività delle condizioni contrattuali - e non una valutazione sulla correttezza e sull'equilibrio della condotta degli operatori economici nell'attuazione dei rapporti che intrattengono con i loro clienti - su questo terreno il sindacato giudiziale tende ad esaurirsi in una valutazione di trasparenza. Occorre, dunque, che le clausole attributive del diritto di modificare il regolamento contrattuale esponano in modo trasparente le ragioni e le modalità della variazione delle spese addebitate al consumatore, in modo tale da permettergli di prevedere l'incremento degli oneri posti a suo carico³¹; si precisa contestualmente che qualora tali informazioni non siano fornite al consumatore prima della conclusione del contratto, l'omissione non può essere sanata da una comunicazione effettuata nel corso del rapporto, ancorché sia avvenuta con ragionevole preavviso e abbia fatto riferimento al recesso "di autotutela" spettante al consumatore³².

Nel contesto italiano, opinioni dottrinali³³ e pronunce giurisprudenziali³⁴ dissentono dalla posizione della Corte di Giustizia, ritenendo che il difetto di trasparenza della

viene presentata al consumatore in modo tale da non permettergli di comprenderne la struttura e di valutare i rischi assunti con la sottoscrizione – il «diritto di chiedere l'annullamento del contratto» costituisce una sanzione «effettiva, proporzionata e dissuasiva» ai sensi della direttiva 2005/29: così C. Giust. 2 febbraio 2023, C-208/21, *Towarzystwo Ubezpieczeń Z S.A.*, [doc. 23] punti 88 s. In quest'ottica, assai diversa da quella assunta dall'interprete chiamato ad applicare la direttiva 93/13, un grave difetto di trasparenza può risultare sufficiente a giustificare la caducazione dell'intero contratto.

²⁹ V., *infra*, § 3.

³⁰ Cfr. art. 33, comma 2, lett. (m), (o) *Cod. cons.*

³¹ Cfr. C. Giust. 26 aprile 2012, C-472/10, *Invitel*, [doc. 12] punti 26-31; C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, [doc. 13] punti 44-53.

³² Cfr. C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, [doc. 13] punti 50, 51.

³³ V., *supra*, nt. 25.

³⁴ Con particolare riferimento alle clausole di indicizzazione contenute nei contratti di mutuo, il Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario ha ripetutamente ritenuto che

clausola sia sufficiente a giustificare la declaratoria di vessatorietà. Il consumatore non adeguatamente informato non potrebbe esprimere un valido consenso alla conclusione del contratto; d'altra parte, la scarsa trasparenza della clausola renderebbe difficile, per non dire impossibile, effettuare una valutazione sul contenuto della stessa, volta ad individuare la violazione del precetto di buona fede o la sussistenza di un significativo squilibrio a danno del consumatore.

Ebbene, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si ricavano indicazioni che inducono a differenziare la risposta sulla base del difetto di trasparenza riscontrabile nel caso concreto. Ricordiamo che una clausola manca di «chiarezza e comprensibilità» non solo quando è formulata in modo vago od oscuro, ma anche quando pur essendo perspicua sul piano formale e grammaticale non è accompagnata dalla comunicazione di informazioni idonee a rendere consapevole il consumatore delle conseguenze che essa può produrre sui suoi interessi patrimoniali: la trasparenza, così intesa, non è un attributo delle condizioni contrattuali esprimenti la clausola, ma piuttosto delle informazioni fornite al consumatore prima della conclusione del contratto e contestualmente ad essa.

Se allora la clausola non è comprensibile dal consumatore nelle sue implicazioni economiche, ma è formulata in modo tale da esprimere una regola chiara e univoca – che determina il contenuto del rapporto contrattuale senza concedere al professionista un apprezzabile margine di discrezionalità – è certamente possibile e a nostro avviso opportuno che venga sottoposta ad un controllo di carattere contenutistico. Non si può escludere che la clausola, benché non accompagnata dalla comunicazione di informazioni che la rendono comprensibile al consumatore, sia adeguatamente compensata da altre previsioni favorevoli alle ragioni di quest'ultimo [risultando, così, conforme a buona fede] o che risulti in linea con l'assetto di interessi delineato dalla disciplina legale applicabile in assenza di essa [non potendosi così ravvisare una situazione di «significativo squilibrio» tra le posizioni delle parti]³⁵.

La situazione è diversa quando la clausola, in quanto *vaga*, esprime una regola indeterminata, che accorda al professionista una considerevole discrezionalità nella gestione del rapporto intercorrente con il consumatore: si pensi all'addebito di spese e commissioni, o alla conversione della valuta nazionale in quella straniera, e viceversa, “al tasso di

il difetto di trasparenza fosse sufficiente ad avvalorare un giudizio di vessatorietà: cfr. Coll. Coord., 20 maggio 2015, n. 4135 [doc. 24]; Coll. Coord., 29 luglio 2015, n. 5866 [doc. 25] entrambe reperibili sul sito *internet* dell'ABF. Diversa la posizione recentemente assunta dalla Cassazione nel contesto di una pronuncia che riconosce all'accertamento del difetto di trasparenza compiuto dall'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato l'attitudine a porre una presunzione legale, suscettibile di prova contraria: essa si impone al giudice civile ponendo a suo carico l'onere di motivare una diversa opinione [Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, [doc. 26] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 112, con nota di PISTELLI, *I prestiti in valuta fra contratto e concorrenza*]. In base alla motivazione, il difetto di chiarezza e comprensibilità – ricavabile in via presuntiva dal provvedimento dell'AGCC – può determinare la vessatorietà della clausola, ma solo se la stessa «determina[a] a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

³⁵ In relazione ad entrambi i criteri v., *infra*, § 3.

cambio praticato dalla banca” nei contratti di finanziamento. A ben vedere, predisponendo una clausola vaga il professionista scorretto tende ad assicurarsi un risultato analogo a quello che conseguirebbe mediante una previsione di *ius variandi*; ma senza le garanzie che la normativa consumeristica accorda al consumatore, tra le quali assume speciale rilevanza il diritto di recedere dal rapporto. Stante la vaghezza della clausola, anche in questa ipotesi un controllo sul contenuto della stessa non può essere effettuato, in quanto l’assetto degli interessi delle parti si presta ad essere valutato in termini di «buona fede» e «significativo squilibrio» solo alla luce del modo in cui il rapporto contrattuale è stato concretamente attuato.

Si ricorda nuovamente, allora, che la direttiva prevede un controllo sulle condizioni contrattuali e non sui comportamenti tenuti dai professionisti in attuazione delle stesse, essendo essa orientata non a reprimere le condotte scorrette degli operatori economici, ma, più specificamente, ad evitare l’inserimento di clausole abusive nei contratti di consumo. Ebbene, se la clausola non comprensibile in senso economico e sostanziale è *anche vaga*, così da permettere al professionista di gestire il rapporto contrattuale in senso sfavorevole al consumatore, il difetto di trasparenza è sufficiente ad affermarne l’abusività. Al verificarsi di queste condizioni, il contrasto con la buona fede è implicito nella stessa redazione della clausola, mentre il professionista non può eccepire il mancato accertamento del «significativo squilibrio» in quanto esso è dovuto all’indeterminatezza della previsione da lui stesso redatta.

Ora, nella giurisprudenza della Corte si delinea gradualmente una nozione di «trasparenza» autonoma dal diritto degli stati dell’Unione: tale, dunque, da potersi imporre con forza ai giudici nazionali. Si è già fatto cenno allo *standard* di trasparenza richiesto in relazione alle clausole di *ius variandi*. Per illustrare la tendenza verso una nozione sempre più dettagliata e analitica, ricordiamo alcuni dei criteri più significativi elaborati dalla Corte:

- (a) la condotta del professionista deve essere valutata in relazione al momento della conclusione del contratto, non potendo essergli addebitata l’omissione di informazioni apprese nel corso del rapporto come quelle relative all’evoluzione del tasso di cambio nei mutui indicizzati in valuta straniera³⁶.
- (b) in un contratto di mutuo ipotecario, il consumatore deve essere posto in grado di calcolare agevolmente il tasso di interesse – dunque, di conoscere i dati su cui esso è fondato e il metodo di calcolo – e di avere informazioni sul suo andamento pregresso³⁷. A maggior ragione, tali informazioni devono essere fornite al consumatore quando il contratto prevede che il tasso di interesse variabile non possa scendere al di sotto di una soglia minima (*floor*), per permettergli di valutare l’impatto che la clausola può

³⁶ C. Giust., ord. 9 luglio 2015, C-348/14, *Bucura*, [doc. 15] punto 48; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriuc*, [doc. 16] punti 53 s.; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 48; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 52.

³⁷ C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 54, 56; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punti 53 s.

avere sull'ammontare del suo debito³⁸. Non è tuttavia necessario che i dati siano inclusi nel contratto, se risulta che l'istituto di credito li ha altrimenti comunicati per ottemperare ad obblighi imposti dalla legislazione statale o se gli stessi sono facilmente accessibili in quanto pubblicati su documenti editi dallo stato³⁹.

- (c) quando un contratto di finanziamento prevede delle spese, queste ultime devono essere indicate in modo chiaro e intellegibile, in modo tale che il consumatore sia in grado di ricostruire, nel complesso, la relazione tra i costi a lui addebitati e i servizi fruiti; non occorre che il contratto espliciti analiticamente il rapporto di corrispettività tra spese e servizi, purché il consumatore sia posto in grado di verificare la corrispondenza tra le prime e i secondi⁴⁰. Se il contratto prevede una commissione di apertura del credito, la banca è tenuta a informare il consumatore in ordine al contenuto e alla funzione della clausola per permettergli di comprendere a che titolo la somma gli viene addebitata⁴¹.
- (d) è compatibile con il requisito della trasparenza una clausola, contenuta in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, che attribuisce alla banca la facoltà di indicare in un momento successivo alla stipulazione il tasso di cambio sulla base del quale il capitale erogato in valuta nazionale è destinato ad essere convertito⁴².
- (e) in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, l'istituto di credito deve fornire al consumatore informazioni specificamente inerenti al rischio di cambio, il requisito della trasparenza non essendo invece rispettato quando i dati comunicati al consumatore si basano sull'assunto in base al quale il rapporto tra la valuta nazionale e quella straniera è destinato a rimanere stabile per l'intera durata del rapporto⁴³. La clausola di indicizzazione deve essere redatta in modo tale da permettere al consumatore di determinare autonomamente, «in qualsiasi momento», il tasso di cambio applicato dall'istituto di credito: se i dati non sono disponibili o il metodo di calcolo non è indicato, lo *standard* di trasparenza non può dirsi rispettato⁴⁴. La dichiarazione, predisposta dall'istituto di credito e sottoscritta dal consumatore, con cui quest'ultimo afferma di essere consapevole del rischio di cambio non vale a dimostrare l'adeguatezza dell'informazione⁴⁵.
- (f) in un contratto di prestazione d'opera intellettuale, l'indicazione del corrispettivo esigibile dal professionista per ogni ora di lavoro non è sufficiente ad assicurare il rispetto del requisito della trasparenza, perché in assenza della possibilità di preve-

³⁸ C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 56.

³⁹ C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C- 655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punto 34.

⁴⁰ C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 54, 56.

⁴¹ C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punto 70.

⁴² C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 36, 45.

⁴³ C. Giust. 10 giugno 2021, causa C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 53.

⁴⁴ C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 53-55.

⁴⁵ C. Giust. 6 dicembre 2021, C-670/20, *Erste Bank Hungary*, [doc. 28] punti 32, 34.

dere, sia pure in modo approssimativo, l'impegno orario del professionista, il cliente non è in grado di valutare il costo che l'attuazione del contratto può comportare. È allora necessario che l'indicazione del corrispettivo orario sia accompagnata da altre informazioni, come quella relativa al numero minimo di ore necessarie per prestare il servizio⁴⁶.

- (g) quando il consumatore rinuncia ad esigere la restituzione delle somme pagate sulla base di una clausola abusiva, sottoscrivendo una transazione predisposta dal professionista, la trasparenza impone che venga compiutamente informato sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla rinuncia⁴⁷.

3. *Segue. Il requisito della buona fede e il criterio del «significativo squilibrio»: dove governano i diritti nazionali*

Una lettura della direttiva aderente al dato letterale induce a ritenere che la violazione del «requisito della buona fede» e la sussistenza di un «significativo squilibrio» pregiudizievole per le ragioni del consumatore debbano essere accertate entrambe (art. 3, par. 1)⁴⁸. La Corte di Giustizia adotta questa opinione, non senza aggiungere che le legislazioni nazionali possono subordinare la declaratoria di abusività all'accertamento di uno solo dei due requisiti – nella specie, quello del significativo squilibrio – in quanto il regime più favorevole al consumatore che ne risulta è compatibile con il disegno di armonizzazione minima perseguito dalla direttiva (art. 8)⁴⁹.

Come ci apprestiamo a vedere, tuttavia, se sulla carta - vale a dire, nel dettato della direttiva - il contrasto con la buona fede e il significativo squilibrio governano entrambi il giudizio di abusività, nell'applicazione giurisprudenziale la rilevanza dei due criteri si differenzia in ragione delle caratteristiche della previsione sottoposta a controllo. Fermo restando che la Corte di Giustizia non svolge il sindacato di abusività, ma si limita ad indicare come devono essere interpretati i criteri che lo orientano, il peso specifico di «buona fede» e «significativo squilibrio» varia in considerazione della fisionomia della clausola.

È consolidato l'orientamento in base al quale per accertare la sussistenza di un *significativo squilibrio* il giudice è tenuto a fare riferimento alle regole del diritto statale che avrebbero disciplinato il rapporto tra le parti in assenza della clausola sottoposta al

⁴⁶ C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 40-45.

⁴⁷ C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punti 74, 77.

⁴⁸ Cfr. art. 33, comma 1 *Cod. Cons.* La complessa vicenda che nel giugno 2015 ha finalmente indotto il legislatore europeo a rettificare la versione italiana dell'art. 3, par. 1 dir. 93/13 sostituendo il ben noto «malgrado la buona fede» – tuttora campeggiante nel testo dell'art. 33, comma 1 *Cod. cons.* – con l'espressione «in contrasto con il requisito della buona fede», è ricostruita da E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541.

⁴⁹ C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punti 34-37.

suo sindacato⁵⁰. L'impatto di quest'ultima sulla situazione giuridica del consumatore può consistere nell'elisione o nella limitazione di diritti che altrimenti gli sarebbero spettati, nell'apposizione di ostacoli all'esercizio dei medesimi o nell'imposizione di ulteriori obblighi⁵¹. Solo sulla base del confronto con il diritto nazionale, dunque, il giudice può valutare se la clausola deteriora in misura significativa la posizione del consumatore.

Come risulta dalla motivazione di *Aziz* [doc. 30], che inaugura tale orientamento, la Corte di Giustizia recepisce sul punto un'indicazione espressa dall'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni⁵². Il suggerimento ha una valenza non solo tecnica e giuridica, ma anche culturale e politica. In relazione al primo aspetto, esso riflette l'impostazione adottata dal legislatore tedesco in sede di recezione della direttiva, proiettandola sullo scenario europeo: ci si riferisce in particolare al § 307(3) BGB, in base al quale le clausole ordinariamente assoggettate a controllo giudiziale sono quelle che derogano o integrano disposizioni di legge, e al già ricordato §306(2), che prevede la sostituzione delle clausole abusive con le medesime disposizioni. Nella prospettiva del legislatore tedesco, come è evidente, il controllo sul contenuto delle clausole abusive assume ad essenziale punto di riferimento la legislazione nazionale. Quanto ai profili di politica del diritto, è appena il caso di osservare che la scelta di ancorare il controllo di abusività alla legislazione nazionale può avere esiti diversi in dipendenza del grado di evoluzione della stessa, con particolare riferimento al settore consumeristico. Se la fiducia nello *standard* di tutela adottato dal legislatore nazionale è probabilmente giustificata in quanto riferita alla normativa tedesca - che vanta in questo ambito una solida tradizione - potrebbe non essere altrettanto ben riposta in relazione alla legislazione di altri stati europei.

⁵⁰ C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 68; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 65, entrambe in *Foro it.*, 2014, IV, 1, 5, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI; C. Giust. 6 gennaio 2014, C-226/12, *Constructora Principado*, [doc. 31] punti 22 s.; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 59; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 51; C. Giust. 27 gennaio 2021, *Dexia Nederland*, C-229/19 e C-289/19, [doc. 32] punti 48 s.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 66; C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punto 22.

⁵¹ L'esemplificazione si legge nella motivazione di C. Giust. 6 gennaio 2014, C-226/12, *Constructora Principado*, [doc. 31] punto 23, per essere poi ripresa da C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 51; C. Giust., 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19, *Dexia Nederland*, [doc. 32] punto 49; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 66.

⁵² Così si legge, infatti, al punto 71 delle *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott* [8 novembre 2012] [doc. 33]: «Non è possibile valutare se una clausola determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto a danno del consumatore senza operare un confronto con la situazione giuridica prevista dal diritto nazionale nel caso in cui le parti stesse non abbiano convenuto una disciplina contrattuale. Solo qualora il consumatore sia posto in una situazione peggiore dalla clausola contrattuale rispetto alla disciplina normativa, tale clausola provoca senz'altro uno spostamento dei diritti e degli obblighi discendenti dal contratto a danno del consumatore che potrebbe avere natura abusiva».

La Corte di Giustizia, evidentemente, ritiene di non poter promuovere l'elaborazione di una nozione autonoma di «significativo squilibrio», fondata sull'interpretazione evolutiva della clausola generale⁵³: adottiamo qui l'espressione nel suo significato specifico di frammento di disposizione che rinvia a valori destinati ad essere concretizzati dal giudice nell'elaborazione della regola applicabile alla fattispecie concreta⁵⁴. Il compito non sarebbe semplice, ma a nostro avviso nemmeno proibitivo, se si considera che la stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte identifica i valori che la clausola del «significativo squilibrio» si candida a rappresentare nel contesto del giudizio di abusività: da un lato la tutela del consumatore quale parte debole del rapporto contrattuale; dall'altro, il rispetto dell'autonomia dei professionisti e degli stessi consumatori, quale si esprime nel contesto di un'operazione economica che richiede una valutazione organica (art. 4, par. 1 dir. 93/13)⁵⁵ e si inserisce in una dinamica di mercato (art. 4, par. 2 dir. 93/13)⁵⁶.

Essendo stata invece intrapresa la via del confronto con il diritto nazionale, le regole sulla base delle quali esso è destinato a svolgersi si rinvergono in primo luogo in fonti di carattere legislativo: ci si riferisce non solo alla disciplina dei contratti tipici, ma anche e soprattutto a quella di parte generale. Siccome, poi, la giurisprudenza degli stati dell'Unione viene a svolgere, su questo terreno, un'attività creativa di norme, il controllo sul contenuto della clausola può essere condotto anche alla luce di regole di fonte giurisprudenziale⁵⁷.

D'altra parte, la scelta di ancorare al diritto nazionale la valutazione del «significativo squilibrio» ne impedisce un'elaborazione autonoma. Se dunque, come abbiamo appena constatato, esiste uno *standard* europeo di «trasparenza», ad analoghe conclusioni non si può pervenire in relazione al parametro del significativo squilibrio⁵⁸. L'armonizzazione della disciplina delle clausole abusive – ormai avanzata in relazione alle informazioni che il professionista è tenuto a fornire al consumatore prima della conclusione del contratto – risulta, dunque, assai più debole e arretrata in relazione al controllo sul contenuto della clausola. La protezione accordata al consumatore, infatti, dipende almeno in parte dal trattamento che gli riserva la legislazione nazionale: ad un basso *standard*

⁵³ In relazione a *questo specifico aspetto*, la giurisprudenza della Corte non sembra essere approdata a risultati significativamente diversi da quelli descritti in un volume non più recente: v., volendo, DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 402-405.

⁵⁴ Resta fondamentale, sul punto, il contributo di BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631, ora in *Scritti giuridici*, I, Kluwer-Cedam, 2016, 423.

⁵⁵ Cfr. art. 34, comma 1 *Cod. cons.*

⁵⁶ Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

⁵⁷ Come quella elaborata dal Tribunal Supremo spagnolo presa in considerazione dalla Corte di Giustizia in *Banco Santander*, cit., [doc. 34] *infra*, nt. 61.

⁵⁸ Per una valutazione critica della posizione di sostanziale «rinuncia al controllo contenutistico» assunta dalla Corte di Giustizia, si rinvia alle persuasive considerazioni di E. FERRANTE, *Alcune considerazioni*, cit., 559-565.

di tutela corrisponde una maggior dose di tolleranza nei confronti della clausola, mentre quando il diritto statale offre una protezione più elevata il sindacato di abusività diviene più severo.

Il rinvio alla disciplina nazionale applicabile in assenza della clausola ha un'implicazione ulteriore. Raramente le norme dispositive definiscono la fisionomia dei beni e dei servizi dovuti in base al contratto o determinano la misura del corrispettivo⁵⁹: più di frequente, esse disciplinano aspetti dell'operazione economica che pur interferendo in modo significativo con l'assetto dello scambio si collocano al di fuori del nucleo costituito dalla prestazione caratteristica e dal corrispettivo pecuniario. Per questa ragione il criterio del «significativo squilibrio» ha un ruolo affatto marginale quando la Corte di Giustizia viene interpellata in relazione a clausole che determinano l'oggetto principale del contratto o il rapporto tra prezzo e prestazione caratteristica; mentre svolge una funzione rilevante, quale criterio di collegamento tra diritto europeo e ordinamenti nazionali, in relazione alle clausole che si collocano all'esterno del nucleo solido del rapporto di scambio.

Ebbene, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte le fattispecie in relazione alle quali il requisito del significativo squilibrio – vale a dire, il confronto con il diritto dispositivo nazionale – svolge un ruolo rilevante, interessano:

- (a) le clausole che determinano la misura degli interessi moratori; in relazione ad esse, si suggerisce al giudice nazionale di effettuare un confronto con il tasso di interesse legale adottato nel diritto interno⁶⁰ e si ritiene compatibile con il dettato della direttiva una regola di creazione giurisprudenziale in base alla quale devono ritenersi abusivi gli interessi di mora il cui tasso supera di più del 2% quello degli interessi corrispettivi⁶¹.
- (b) le clausole risolutive espresse rinvenibili nei contratti di finanziamento; su questo terreno, i criteri utili a identificare la sussistenza di un significativo squilibrio vengono ravvisati nella rilevanza dell'obbligazione interessata dall'inadempimento, nella sufficiente gravità dello stesso, nella deroga più o meno accentuata alle «norme [nazionali] applicabili in materia» e nella disponibilità di rimedi che permettano al consumatore di tutelare i propri interessi a fronte della risoluzione anticipata del contratto e della conseguente obbligazione di restituire immediatamente l'intero capitale⁶².

⁵⁹ V., sul punto, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 6 s.

⁶⁰ Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 74.

⁶¹ Cfr. C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punti 58-61 e 69-71.

⁶² Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 34] punto 73; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 71; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punti 66 s.; C. Giust. 8 dicembre 2022, C-600/21, *Caisse régionale de Crédit mutuel*, [doc. 36] punto 29. Nel contesto dell'ultima sentenza citata la Corte di Giustizia, interpellata in ordine all'interpretazione del dispositivo di *Banco Primus*, [doc. 7] chiarisce che l'elencazione dei criteri indicati nel testo non deve ritenersi cumulativa né disgiuntiva, ma solo esemplificativa:

A voler ricondurre tali criteri alle coordinate del diritto italiano, la Corte suggerisce di confrontare la clausola risolutiva espressa con il parametro della «non...scarsa importanza» dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), nelle sue diverse articolazioni, e di valutare i rimedi mediante i quali il consumatore può reagire alla condotta abusiva tenuta dal professionista [non nella redazione, ma] nell'attivazione della clausola: il controllo di abusività sembra potere essere tanto meno stringente quanto più incisiva è la protezione accordata al consumatore nell'attuazione del rapporto.

- (c) le clausole predisposte dagli istituti di credito che addebitano al consumatore una variegata serie di oneri, non sempre chiaramente riconducibili ai servizi erogati, quali spese di gestione del rapporto di finanziamento, commissioni di esborso, commissioni di apertura di credito, oneri tributari. Su questo terreno l'incidenza del diritto nazionale sull'accertamento del «significativo squilibrio» è potenzialmente superiore, in quanto l'esito del controllo di abusività dipende dal fatto che l'addebito disposto dalla clausola sia tollerato o censurato dalla disciplina di settore.

Così, siccome l'ordinamento ungherese ammette che gli istituti di credito possano addebitare ai clienti spese di gestione del rapporto e commissioni di esborso, le clausole che le prevedono «non incidono sfavorevolmente sulla situazione giuridica del consumatore», a meno che non risulti dimostrato che le spese sono sproporzionate rispetto ai servizi forniti o che gli stessi sono addirittura inesistenti⁶³. Posto che invece nell'ordinamento spagnolo «le commissioni e le spese trasferite sul cliente devono corrispondere a servizi effettivamente forniti o a costi sostenuti», la clausola che le prevede deve ritenersi abusiva qualora l'istituto di credito non dimostri che agli oneri addebitati al cliente corrispondono servizi effettivamente prestati o costi effettivamente sostenuti⁶⁴. Una soluzione analoga trova giustificazione nella disciplina polacca del contratto di credito al consumo: dato che in base al diritto nazionale i costi fissi sostenuti dal finanziatore sono inclusi nel costo totale del credito, la clausola che li addebita separatamente al consumatore può ritenersi squilibrata, dunque abusiva⁶⁵. Se è vero che il tenore delle motivazioni non esclude la convergenza delle soluzioni adottate – essendo la clausola da ritenersi abusiva quando risulta dimostrato che agli oneri imputati al consumatore non corrisponde alcun servizio – è anche vero che le differenze intercorrenti tra gli ordinamenti degli stati dell'Unione inducono la Corte ad affrontare questioni analoghe da angolazioni diverse.

il giudice nazionale, in altri termini, può ritenere abusiva la clausola risolutiva espressa anche se non tutti i criteri sono soddisfatti e valorizzare altri indici che denotano un regolamento di interessi significativamente squilibrato a danno del consumatore (punto 35).

⁶³ C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 55 s.

⁶⁴ C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punti 78 s.

⁶⁵ C. Giust. 3 settembre 2020, C-84/19, C-222/19 e C-252/19, *Profi Credit Polska*, [doc. 37] punti 94, 95, 97.

Quanto al requisito della *buona fede*, la Corte – sempre ispirata dalle conclusioni dell’avvocato generale Kokott in *Aziz*⁶⁶ – lo traduce in un criterio che se inteso alla lettera implica un giudizio ipotetico, in quanto si fonda su due assunti non riscontrabili nella fattispecie concreta. Il giudice nazionale è invitato a modellare la propria valutazione sulle aspettative che un professionista corretto e ragionevole avrebbe nel contesto di una negoziazione individuale intercorrente con il consumatore: la clausola, infatti, è conforme a buona fede «se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest’ultimo aderisse» ad essa nel contesto di un «negoziato individuale»⁶⁷.

Ora, se quest’ultimo presupposto è evidentemente incompatibile con la stessa applicabilità della direttiva (art. 3, par. 1)⁶⁸, spesso neppure un comportamento «leale ed equo» del professionista è riscontrabile nel caso di specie: quando la clausola verte sull’oggetto principale del contratto o sul rapporto tra prezzo e prestazione, il sindacato giudiziale implica anzi che il professionista abbia operato scorrettamente, violando lo *standard* di trasparenza (art. 4, par. 2)⁶⁹. È chiaro, dunque, che il criterio adottato dalla Corte, in quanto incentrato su circostanze diverse da quelle riscontrabili nella fattispecie, richiede a sua volta di essere riformulato: non si può realisticamente pretendere dal giudice incaricato del controllo di abusività di identificare le ragionevoli aspettative di un professionista che opera in un contesto diverso da quello dei fatti di causa [trattativa individuale] e tiene una condotta diversa da quella reale [comportamento leale ed equo].

Per far sì che il criterio non sia privato di ogni plausibile utilità, sembra allora necessario declinarlo in termini oggettivi. Va in primo luogo ricordato che la condotta del professionista deve essere valutata con riferimento alle informazioni di cui dispone al momento della conclusione del contratto, sicché fatti sopravvenuti e imprevedibili, ancorché pregiudizievoli per gli interessi economici del consumatore, non incidono sulla valutazione di abusività⁷⁰. Il requisito della buona fede, inoltre, è rispettato se il rischio – che, pure, il consumatore ha assunto sulla base di un’informazione incompleta [es.

⁶⁶ Nel contesto delle quali si legge, al punto 74, che «uno squilibrio significativo dovrà essere considerato ingiustificato ...quando si verifica una tale compressione dei diritti e degli obblighi del consumatore per cui il redattore delle clausole contrattuali non può supporre in buona fede che il consumatore avrebbe aderito ad una siffatta regolamentazione nell’ambito di negoziati individuali».

⁶⁷ Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 69; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 66; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 60; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 50; C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punto 74; C. Giust. 10 giugno 2021, causa C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 70; C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punto 23; C. Giust. 8 dicembre 2022, C-600/21, *Caisse régionale de Crédit mutuel*, [doc. 36] punto 50.

⁶⁸ Cfr. art. 34, comma 4 *Cod. cons.*

⁶⁹ Art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

⁷⁰ V., *supra*, nt. 36 e testo corrispondente.

rischio di cambio] – è effettivamente neutralizzato dal vantaggio accordatogli da altre clausole dello stesso contratto o di contratti ad esso collegati [es. interessi corrispettivi inferiori a quelli generalmente previsti nei finanziamenti espressi in valuta nazionale]. Qualora, infatti, il rischio assunto dal consumatore sia stato effettivamente neutralizzato da altre clausole favorevoli ai suoi interessi, la nullità verrebbe invocata opportunisticamente; è quanto avverrebbe nel caso in cui pur essendo le conseguenze dell'assunzione del rischio di cambio limitate – e in ogni caso, integralmente compensate dal più vantaggioso tasso di interesse – il consumatore che abbia concluso un mutuo espresso in valuta straniera invocasse la nullità della relativa clausola. In questa configurazione, il giudizio di buona fede è orientato non tanto a sanzionare la scorrettezza del professionista, quanto a precludere al consumatore di invocare opportunisticamente la tutela accordatagli dalla direttiva.

Il requisito della buona fede, così inteso, ha un ruolo particolarmente rilevante quando il giudizio di abusività verte su una clausola che determina l'oggetto del contratto o il rapporto tra prezzo e prestazione (art. 4, par. 2 dir. 93/13)⁷¹. Su questo terreno, è raro che le norme dispositive rinvenibili negli ordinamenti nazionali offrano ai rispettivi giudici un utile termine di confronto; siccome non definiscono i termini dello scambio, nell'economia del giudizio il criterio del significativo squilibrio, che rinvia ad esse, viene a svolgere una funzione puramente esornativa. Assume allora rilevanza preponderante il confronto tra la clausola sospetta ed altri aspetti del regolamento contrattuale, favorevoli agli interessi del consumatore. Ci si riferisce in particolare al contenzioso relativo ai mutui espressi in valuta straniera, nel contesto dei quali il giudice nazionale viene invitato a valutare se le clausole di indicizzazione, che pongono il rischio di cambio a carico del consumatore, siano efficacemente compensate dalla differenza tra il tasso di interesse pattuito e quello mediamente praticato nei mutui espressi in valuta nazionale⁷².

4. Quando l'abusività della clausola non mette in discussione la permanenza del contratto: è ipotizzabile una nullità senza integrazione?

Venendo, ora, allo scenario conseguente all'accertamento dell'abusività, prendiamo in considerazione la situazione più semplice: quella in cui la nullità non può estendersi all'intero contratto, perché la clausola non definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica. Essa non verte dunque sull'oggetto principale del contratto né sul rapporto tra i beni o i servizi forniti dal professionista e il corrispettivo dovuto dal consumatore: esemplificando, è il caso delle clausole che determinano la misura degli interessi morato-

⁷¹ Cfr. C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc*, [doc. 16] punti 55-58; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punti 69-71.

⁷² Cfr. C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 69; C. Giust. 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 38] punto 101.

ri, delle penali, delle clausole dei contratti di mutuo che prevedono una soglia minima al di sotto della quale il tasso di interesse variabile non può scendere (*floor*), delle clausole risolutive espresse e, ancora, delle previsioni che addebitano al consumatore una serie variegata di oneri nei contratti di finanziamento.

Nelle pronunce della Corte di Giustizia ricorrono affermazioni in base alle quali il giudice nazionale è tenuto ad «escludere l'applicazione» della clausola abusiva per impedire che «produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore», non essendo invece legittimato a «rivedere il contenuto della clausola stessa». Il contratto predisposto dal professionista permane dunque valido ed efficace «senz'alcuna modifica se non quella risultante dalla soppressione della clausola», a meno che in base alle norme del diritto interno non possa sussistere in assenza di essa⁷³. La clausola abusiva, in altri termini, «deve essere considerata...come se non fosse mai esistita», sicché il consumatore viene ricollocato «nella situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato in mancanza di essa»⁷⁴. All'accertamento dell'abusività consegue, dunque, la «soppressione della clausola»⁷⁵, che è come dire la rimozione integrale dei suoi effetti dal regolamento contrattuale.⁷⁶

Si argomenta, infatti, che se la clausola potesse essere ricondotta dal giudice al di sotto della soglia dell'abusività mediante una revisione del suo contenuto, ovvero dichiarata inefficace solo in relazione agli aspetti che la rendono abusiva, l'effetto deterrente della direttiva verrebbe compromesso. Come risulta chiaramente dal dettato dell'art. 7, par. 1, la finalità perseguita dal legislatore europeo è quella di dissuadere i professionisti dall'adozione di condizioni generali di contratto contenenti clausole abusive: se allora queste ultime non venissero eliminate – ma modificate dal giudice, o depurate degli aspetti che le rendono abusive – i professionisti non sarebbero indotti a rimuoverle, confidando nel fatto che permanendo nel regolamento contrattuale, sia pure modificate dal

⁷³ In questi termini la motivazione di C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punto 73.

⁷⁴ Così C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutierrez Naranjo*, [doc. 39] punto 61, in *Contratti*, 2017, 11, con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*. Per un ulteriore commento, cfr. MORLANDO, *Gli effetti della dichiarazione giudiziale di abusività*, in *Giur. it.*, 2018, 29.

⁷⁵ L'espressione si riscontra in C. Giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, [doc. 40] punto 65, in *Contratti*, 2013, 16, con nota di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*.

⁷⁶ Neppure si ammette che i giudici nazionali possano avvalorare un recupero gli effetti della clausola limitando nel tempo le conseguenze della declaratoria di abusività: viene infatti ritenuta incompatibile con il testo della direttiva la soluzione escogitata dal *Tribunal Supremo* spagnolo in base alla quale - stante la nullità della clausola *floor* apposta ai contratti di mutuo a tasso variabile - i consumatori sarebbero stati legittimati ad ottenere la restituzione delle somme pagate indebitamente solo a seguito della pubblicazione della sentenza che aveva accertato giudizialmente l'abusività della clausola. C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutierrez Naranjo*, [doc. 39] punti 70-75.

giudice o ridotte nella loro efficacia, esse possano produrre effetti non sfavorevoli ai loro interessi⁷⁷.

Non a caso, nelle prime occasioni in cui tale posizione viene sostenuta la Corte ribadisce contestualmente che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, sempre in considerazione dell'esigenza di garantire alla direttiva un'adeguata efficacia deterrente, altrimenti pregiudicata dai fattori che rendono il consumatore riluttante ad esercitare i suoi diritti in sede processuale⁷⁸. Senonché, la Corte appare focalizzata non tanto sul processo, quanto sulle contrattazioni che avvengono quotidianamente tra professionisti e consumatori. In quest'ottica, è probabile che i professionisti inclini ad avvalersi di clausole abusive confidino nel fatto che sovente i consumatori non faranno valere nei loro confronti alcun rimedio legale, sicché nelle situazioni in cui, invece, il sindacato giudiziale viene attivato, è ragionevole e opportuno che la direttiva "recuperi" efficacia deterrente grazie all'integrale rimozione della clausola dal regolamento contrattuale.

In definitiva, limitando l'attenzione al contratto su cui verte la controversia la revisione giudiziale della clausola o la conservazione della stessa "depurata" dalle componenti abusive può astrattamente offrire un assetto equilibrato al rapporto intercorrente tra le parti⁷⁹. La soluzione, tuttavia, comprometterebbe l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo: quello di incidere sul *modus operandi* degli imprenditori dell'Unione inducendoli ad interrompere l'adozione di condizioni generali di contratto includenti clausole abusive.

Ebbene, la Corte ritiene incompatibile con il testo e la finalità della direttiva la conservazione della clausola modificata nei suoi contenuti o purgata delle componenti abusive; ammette invece che a seguito della «soppressione» della clausola la regola convenzionale sia sostituita da una norma di fonte legale, rinvenibile nel diritto nazionale. Ad incontrare la ferma opposizione della Corte, in altri termini, è la riduzione conservativa della clausola abusiva; non la sua sostituzione con le norme dispersive, applicabili negli ordinamenti nazionali in assenza di una deroga convenzionale.

⁷⁷ Cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punto 69; C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punto 58, in *Foro it.*, 2014, IV, 20, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI; C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punto 79; Corte Giust. 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, [doc. 42] punto 54, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 424, con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*; C. Giust. 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, *Kanyeba*, [doc. 43] punto 69; C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punto 60; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 67 s.; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.*, [doc. 4] punto 60.

⁷⁸ Cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punti 42, 43, 60; C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punti 51, 53.

⁷⁹ È questa, infatti, la proposta di D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 228-230.

Non sempre l'indirizzo qui sintetizzato viene espresso in modo limpido, come dimostra il fatto che in dottrina sono state proposte ricostruzioni diverse⁸⁰: talvolta il lessico della Corte e dei suoi traduttori non è del tutto chiaro e preciso. Se tuttavia si legge il testo delle motivazioni in stretta connessione con l'oggetto delle questioni pregiudiziali, si è portati a concludere che la Corte è contraria alla riduzione conservativa delle clausole abusive senza tuttavia avversare la loro sostituzione con regole di fonte legale⁸¹.

In *Banco Español* [doc. 40], si ritiene incompatibile con la disciplina della direttiva la norma nazionale spagnola che permette al giudice di integrare il regolamento contrattuale «rivedendo il contenuto» della clausola abusiva⁸². Nella controversia che suscita il rinvio pregiudiziale, la clausola impugnata dal consumatore prevede il pagamento di *interessi moratori* il cui tasso supera di quasi venti punti quello legale. La Corte di Giustizia afferma che la riduzione del tasso di interesse al di sotto della soglia dell'abusività permessa dalla normativa nazionale spagnola contrasta con la direttiva, in quanto ne compromette l'efficacia deterrente; non esclude, tuttavia, che la previsione convenzionale degli interessi moratori abusivi possa essere sostituita da una regola di fonte legale, quale sarebbe, nel diritto italiano, quella che prevede la decorrenza degli interessi al tasso convenzionalmente pattuito prima della mora, qualora superiore a quello legale (art. 1224, comma 1 c.c.).

È questa, effettivamente, la direzione verso la quale si orientano i giudici spagnoli. Anche in considerazione della notevole differenza intercorrente, nella prassi dei contratti di finanziamento, tra il tasso degli interessi moratori e quello degli interessi corrispettivi, qualora i primi vengano dichiarati abusivi le conseguenze della mora sono regolate dai secondi. La soluzione, questa volta, viene ritenuta compatibile con il testo e la finalità della direttiva: in *Banco Santander* [doc. 34], infatti, la Corte di Giustizia afferma che mentre al giudice nazionale non è permesso modellare gli effetti della clausola [nella specie, relativa agli interessi moratori] per riportarla al di sotto della soglia dell'abusività, gli è invece consentito integrare la lacuna conseguente all'accertamento della stessa ricorrendo alla regola espressa da un'altra clausola [relativa agli interessi corrispettivi], non

⁸⁰ Sia pure con accenti diversi, e in relazione a pronunce non sempre coincidenti, ritengono che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia orientata ad escludere la sostituzione della clausola abusiva con norme di fonte legale D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, cit., 629; ID., *Le nuove stagioni*, cit., 49 s.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit., 24 ss.; IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., 746-748; PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà*, cit., 564 s.

⁸¹ Per un'analoga conclusione v. D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 243, il quale ritiene che *Banco Español de Credito* ed *Asbeek Brusse*, (citt. *supra*, nt. 78) «lascino aperta la possibilità che la lacuna determinata dalla caducazione di una clausola "vessatoria" sia colmata attraverso il ricorso al diritto dispositivo».

⁸² Si tratta dell'art. 83 *Real decreto legislativo* n. 1/2007, in base al quale il giudice che dichiara la nullità della clausola abusiva «integra il contratto e dispone di poteri di moderazione rispetto ai diritti e obblighi delle parti, nel caso di sopravvivenza del contratto, e rispetto alle conseguenze della sua inefficacia in caso di apprezzabile pregiudizio per il consumatore o utente»: cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punto 22.

intaccata dal sindacato giudiziale⁸³. La motivazione, è vero, non fa espresso riferimento alla sostituzione della clausola abusiva con norme dispositive; dalla lettura della stessa, tuttavia, risulta evidente che l'opposizione nei confronti della riduzione conservativa della clausola si coniuga con la disponibilità ad ammettere che la lacuna conseguente all'accertamento dell'abusività possa essere colmata ricorrendo a regole legali o convenzionali orientate a promuovere l'attuazione del rapporto. Regole che non integrano gli effetti della clausola [sul presupposto della sua conservazione nel regolamento contrattuale], ma si sostituiscono ad essa [assumendone la rimozione].

Nel contesto italiano, la questione riceve una soluzione analoga. Nell'ambito dell'arbitro bancario finanziario, l'opinione in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività della clausola che prevede gli interessi moratori nessun interesse sarebbe stato dovuto dal debitore – se non quelli corrispettivi esigibili dall'istituto di credito nella fisiologica attuazione del rapporto⁸⁴ – viene motivatamente disattesa dal Collegio di Coordinamento⁸⁵. Quest'ultimo avvalorava invece l'applicabilità dell'art. 1224, comma 1 c.c., che, qualora gli interessi moratori non siano stati pattuiti, sancisce la loro decorrenza nella misura degli interessi corrispettivi il cui tasso – come avviene di regola – sia superiore a quello legale. La conclusione viene giustificata sulla base di una lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, come quella proposta in questa sede, ravvisa in essa la preclusione verso la conservazione della clausola – sia pure modificata o emendata delle componenti abusive – ma non la sua sostituzione con regole di fonte legale; si aggiunge che mentre la soluzione adottata asseconda l'attuazione del contratto di finanziamento – altrimenti assai difficile, risultando conveniente ritardare la restituzione per il debitore moroso – essa non compromette l'efficacia deterrente della direttiva, perché la differenza tra il tasso degli interessi moratori e quello degli interessi corrispettivi è ordinariamente rilevante. A confermare la ragionevolezza della soluzione e la sua compatibilità con il diritto europeo intervengono le sezioni unite della S.C.: dopo *Banco Santander*, l'applicazione del tasso degli interessi corrispettivi a seguito della declaratoria di vessatorietà di quelli moratori viene anzi considerato un dato acquisito, tanto da essere utilizzato per avvalorare la medesima soluzione quando gli interessi moratori sono usurari⁸⁶.

A conclusioni analoghe si deve pervenire in relazione alla *clausola penale*, che esonerando il creditore dalla prova del danno e predeterminando la misura della presta-

⁸³ C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punti 72-79.

⁸⁴ In questo senso si è pronunciato il Collegio di Roma, sia pure nel contesto di un'ordinanza che ha rimesso la soluzione della questione al Collegio di Coordinamento: cfr. ABF, Collegio di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 734, con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit.

⁸⁵ Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, [doc. 46] in *Contratti*, 2015, 257, con nota di COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Cassazione*.

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, [doc. 47] in *Contratti*, 2020, 639, con nota di STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*.

zione a lui dovuta in conseguenza dell'inadempimento o del ritardo ha evidenti affinità con la previsione convenzionale degli interessi moratori. In *Asbeek Brusse* [doc. 41] viene ritenuta incompatibile con il testo e la finalità della direttiva una disposizione del codice civile olandese che – come l'art. 1384 del codice civile italiano – autorizza il giudice a ridurre la misura della penale [art. 6:94(1) BW]⁸⁷. Se dunque la relativa clausola perde integralmente efficacia, la Corte non si esprime in merito all'applicazione della disciplina ordinaria dei rimedi contro l'inadempimento, e in particolare del risarcimento del danno contrattuale. Peraltro, la mancanza di una chiara presa di posizione a favore dell'applicazione delle norme nazionali che presuppongono l'assenza della clausola non può essere ragionevolmente interpretata nei termini di un'esonazione di responsabilità del consumatore inadempiente. Una lettura di questo tenore trasformerebbe lo sfavore della Corte nei confronti della riduzione conservativa della clausola abusiva in una preclusione volta ad impedire l'applicazione delle norme legali che assecondano l'attuazione dello scambio: tra esse, assumono speciale rilevanza quelle che delineano i rimedi contro l'inadempimento, ed in particolare il risarcimento del danno contrattuale.

Se poi si vuole riflettere sulle ragioni della reticenza della Corte, essa è dovuta, a nostro avviso, all'approccio "burocratico" con cui, talvolta, affronta le questioni sottoposte alla sua interpretazione pregiudiziale. Il campo visivo dei giudici riuniti a Lussemburgo è rigidamente limitato alla normativa europea e alle disposizioni dei diritti nazionali in relazione alle quali sono sollecitati ad esprimere un giudizio di compatibilità; mentre solo estendendo lo sguardo al rapporto tra tali disposizioni e il contesto in cui si collocano è possibile fornire una risposta davvero appagante. La stessa idea di una costruzione giuridica europea implica che i diritti nazionali non siano alieni rispetto all'ordinamento dell'Unione, ciò che dovrebbe indurre la Corte a considerare le ricadute applicative dei propri orientamenti adottando un'ottica meno limitata e frammentaria⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punto 59.

⁸⁸ Un simile approccio si riscontra anche in *Kanyeba* [C. Giust. 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18 [doc. 43]], che segue di pochi anni *Asbeek Brusse*. La Corte ribadisce l'inammissibilità della riduzione della penale abusiva e – interpellata in ordine alla soggezione dei consumatori inadempienti alla disciplina della responsabilità extracontrattuale [nella specie, utenti di trasporto pubblico sprovvisti del relativo biglietto] – rifiuta di rispondere, in quanto la questione non ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, ma nella sfera del diritto nazionale. Il riferimento alla responsabilità extracontrattuale dipende dalla formulazione della questione pregiudiziale, essendo incerto nel diritto belga il titolo sulla base del quale i consumatori inadempienti fruivano del servizio di trasporto. Considerato che nell'ambito della stessa pronuncia la condotta del passeggero che sale a bordo di un treno liberamente accessibile senza aver acquistato il biglietto viene ritenuta integrare la conclusione di un contratto di trasporto [punti 51-53], la Corte avrebbe potuto rivalutare la questione sollevata dal giudice belga e valutare se – stante l'abusività della penale predisposta dall'azienda di trasporto pubblico – il passeggero potesse essere obbligato a risarcire il danno eventualmente subito dal vettore. Sulla base di quanto si sostiene nel testo, la risposta sarebbe stata positiva, ferma restando la difficoltà del vettore di dimostrare il danno conseguente al mancato pagamento del prezzo di un servizio destinato ad essere prestato a favore di una pluralità di altri utenti.

Come abbiamo già avuto occasione di ricordare, inoltre, in più occasioni la Corte ha suggerito ai giudici nazionali di confrontare le *clausole risolutive espresse* contenute nei contratti di finanziamento con i criteri sulla base dei quali, in assenza di esse, viene valutata l'attitudine dell'inadempimento a giustificare lo scioglimento del rapporto⁸⁹. Tali sono l'essenzialità dell'obbligazione inadempita nel contesto del rapporto contrattuale e il carattere sufficientemente grave della violazione imputabile al debitore, entrambi riconducibili nel diritto italiano al parametro legislativo della «non...scarsa importanza dell'inadempimento» (art. 1455 c.c.) così come a criteri funzionalmente omogenei adottati in altri ordinamenti nazionali in sede legislativa o giurisprudenziale [*inexécution suffisamment grave, material breach, incumplimiento esencial* ecc.].

Se allora le norme derogabili rinvenibili nella disciplina di parte generale – ed in particolare, quelle che determinano la soglia dell'inadempimento risolutorio – costituiscono un riferimento essenziale del giudizio di abusività, è naturale che una volta espunta la clausola dal regolamento contrattuale intervengano a colmare la lacuna, governando l'applicabilità del rimedio. Sarebbe davvero singolare ricorrere al diritto nazionale come fonte di regole idonee a guidare il controllo di abusività [con l'inconveniente di non poter fruire di una nozione uniforme di «significativo squilibrio»] per poi rifiutarne l'applicazione quando tale controllo ha avuto esito positivo [con l'ulteriore inconveniente di ottenere un regolamento contrattuale lacunoso e un apparato di rimedi ingovernabile]: si può anzi ipotizzare che la sostituzione della clausola abusiva con regole di fonte legale compensi almeno in parte gli svantaggi derivanti dall'adozione di una nozione di «significativo squilibrio» focalizzata sui diritti nazionali.

Del resto, l'esito al quale perviene, a nostro avviso, la giurisprudenza della Corte appare non solo fondato sul piano logico, ma anche coerente con il dettato della direttiva.

La stessa idea di una nullità parziale “nuda” – *id est*, non accompagnata dalla sostituzione della clausola con una diversa regola – appare difficilmente concepibile. Anche quando la clausola nulla sembra poter evaporare senza richiedere alcuna integrazione, viene in realtà sostituita da una diversa previsione. L'affermazione in base alla quale l'integrazione del regolamento contrattuale può avvenire anche “per sottrazione”⁹⁰ mantiene la sua validità in una prospettiva rovesciata: quando non travolge l'intero accordo, la sottrazione di una o più clausole al regolamento contrattuale ne comporta necessariamente l'integrazione. Su questo terreno, tuttavia, essa non può avvenire mediante la conservazione della clausola nulla e la conformazione dei suoi effetti, ma solo tramite la rimozione della stessa clausola e la sua sostituzione con una regola di fonte legale.

Se per ipotesi un contratto di durata a tempo determinato prevede la proroga o la rinnovazione automatica del rapporto qualora il consumatore non comunichi una volon-

⁸⁹ V., *supra*, nt. 62.

⁹⁰ La formula, inaugurata da ROPPO [*Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 707 ss.] è ripresa da D'ADDA [*Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., 65; *Id.*, *Le nuove stagioni*, cit., 32] e da IAMICELI [*Nullità parziale*, cit., 720, testo e nt. 12].

tà contraria entro una data eccessivamente anticipata rispetto alla scadenza (dir. 93/13, all., lett. h), la clausola nulla viene sostituita da una semplice regola – ricavabile per *analogia iuris* da una serie di disposizioni codicistiche, e riconducibile, in ultima analisi, alla «forza di legge» del contratto – in base alla quale quando è pattuito un termine finale le parti restano vincolate fino alla scadenza, al verificarsi della quale il rapporto si estingue⁹¹. Alla luce della giurisprudenza della Corte, non è certamente possibile conservare la clausola rielaborandone gli effetti, come invece avverrebbe qualora il termine entro il quale il consumatore ha l'onere di comunicare la disdetta al professionista venisse posticipato dal giudice in modo tale da precedere di un più ragionevole intervallo di tempo la scadenza del contratto⁹². Perché il regolamento contrattuale non risulti fatalmente incompleto è tuttavia necessario che alla clausola nulla si sostituisca una diversa regola: quella in base alla quale (solo) alla scadenza del termine finale il rapporto si estingue.

Ricordiamo, inoltre, che la conseguenza ordinaria dell'abusività della clausola è la nullità parziale necessaria (art. 6, par. 1, dir. 93/13)⁹³: la scelta del legislatore europeo è quella tenere le parti vincolate al contratto depurato dalla clausola abusiva, nella prospettiva dell'attuazione del rapporto. Ebbene, tale obiettivo non sembra poter essere realisticamente perseguito se la clausola non viene sostituita da una diversa regola, che permette di ripristinare le condizioni necessarie affinché il contratto possa essere attuato. Un mutuo che prevede interessi moratori abusivi non può essere attuato se il mutuatario conserva la disponibilità del capitale senza compensare le conseguenze del ritardo mediante il pagamento di interessi [o se grava sul mutuante il difficile onere di dimostrare il danno subito a causa della temporanea indisponibilità del denaro ogni qualvolta non sia stato puntualmente pagato] e lo stesso si può dire di un contratto di locazione recante una penale abusiva a carico del conduttore, qualora quest'ultimo non risponda dei danni provocati dall'inadempimento delle sue obbligazioni⁹⁴. In definitiva, perché la conserva-

⁹¹ Cfr. artt. 1372, 1573; 1574; 1597; 1628; 1630; 1722 c.c.

⁹² Diversa l'analisi della fattispecie condotta da chi muove da una posizione favorevole alla riduzione conservativa degli effetti della clausola: cfr. D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 225-230.

⁹³ Art. 36, comma 1 *Cod. cons.*

⁹⁴ A ben vedere, la soluzione in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività il mutuatario compensa il ritardo nella restituzione del capitale mediante il pagamento degli interessi corrispettivi (*supra*, ntt. 83-86 e testo corrispondente) riproduce il modello tracciato dall'art. 1591 c.c. proprio in relazione al contratto di locazione. Come il conduttore che conserva la detenzione della cosa locata, il mutuatario che mantiene la disponibilità del capitale è tenuto a pagare il corrispettivo promesso fino al momento della restituzione, essendo onere del mutuante la prova del danno ulteriore. In assenza di un dispositivo legale o convenzionale idoneo a predeterminare le conseguenze del ritardo – come gli interessi moratori, o la clausola penale – il debitore che ritarda la restituzione del bene è tenuto a pagare il corrispettivo che ne compensa la perdurante disponibilità, essendo onere del creditore dimostrare il danno ulteriore. In definitiva, le regole applicabili a seguito della declaratoria di abusività delle clausole che prevedono la misura degli interessi moratori o il pagamento di una penale per il ritardo nella restituzione del bene riproducono semplicemente i termini dello scambio, contrastando il rischio di comportamenti opportunistici del consumatore.

zione del contratto non si riveli illusoria è necessario che la lacuna prodottasi a seguito della soppressione della clausola venga integrata da regole tali indurre le parti ad attuare il rapporto. Ammesso che una nullità “nuda” sia logicamente concepibile, essa non appare compatibile con le scelte di fondo del legislatore europeo.

Le norme idonee a sostituire le clausole abusive, integrando le lacune del regolamento contrattuale, sono quelle di fonte legale; nella visione della Corte esse garantiscono al rapporto intercorrente tra le parti un assetto neutro ed equilibrato, mentre le regole elaborate dal giudice non sono assistite da una simile presunzione di imparzialità ed equilibrio⁹⁵. È probabile che la diversa considerazione delle due fonti di integrazione – legale e giudiziale – non costituisca che un riflesso della diffidenza nei confronti di ogni tentativo di recupero, ancorché parziale, degli effetti della clausola. L'integrazione legale si realizza mediante il ricorso a norme elaborate *a priori* dal legislatore, che proprio in quanto astratte e aprioristiche si prestano a sostituire le clausole abusive. Quella giudiziale, invece, implica l'elaborazione di regole che *conseguono* all'accertamento dell'abusività: sembra allora più probabile che si presti ad operazioni in senso lato conservative degli effetti della clausola.

Tra le diverse ricostruzioni proposte in dottrina per giustificare sul piano normativo l'integrazione degli effetti del contratto a seguito dell'accertamento dell'abusività di una o più clausole, non sembra compatibile con la prospettiva della Corte quella incentrata sull'art. 1374 c.c.⁹⁶. La disposizione annovera gli usi e l'equità tra le fonti di integrazione del contratto; la Corte, invece, esige che le norme impiegate per colmare la lacuna generata dall'inefficacia della clausola siano state elaborate in sede legislativa⁹⁷. In quest'ottica – lo si ripete – assume rilevanza non tanto una maggiore o minor fiducia nell'istanza [legislativa o giurisdizionale] che elabora le norme destinate ad essere integrate nel regolamento contrattuale in sostituzione della clausola, quanto la circostanza che tali norme abbiano un contenuto definito *a priori* o siano invece destinate ad essere elaborate *a posteriori*, a seguito dell'esito positivo del controllo di abusività. Appare invece compatibile con la posizione della Corte la tesi dottrinale che rappresenta l'integrazione del contratto conseguente all'accertamento dell'abusività come un fenomeno di fisiologica riespansione del diritto dispositivo⁹⁸: venuta meno la clausola – o meglio,

⁹⁵ È quanto viene espressamente affermato con riferimento alle clausole essenziali ai fini della permanenza del rapporto contrattuale: v., *infra*, § 6 e sin d'ora C. Giust., 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 59-62.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 73; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 63. Come risulta dalla ricostruzione svolta nel testo, una posizione analoga è implicitamente sostenuta dalla Corte anche in relazione alle clausole “accessorie” rispetto ai termini dello scambio, nella misura in cui ritiene incompatibili con la direttiva le sole norme nazionali che accordano al giudice la legittimazione a modificarne o ridurne gli effetti: è il caso della riduzione della penale manifestamente eccessiva prevista dall'art. 6:94(1) BW considerata in *Asbeek Brusse* [C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11 [doc. 41]].

⁹⁶ V., *supra*, nt. 8.

⁹⁷ Condividiamo qui un rilievo di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit., 744.

⁹⁸ V., *supra*, nt. 10.

accertata la sua originaria inefficacia – trovano applicazione le norme legali, sicché il consumatore viene effettivamente ricollocato «nella situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato»⁹⁹ in mancanza della pattuizione abusiva.

Ci si può chiedere, ancora, se la sostituzione delle clausole abusive mediante norme “di diritto comune” come quelle rinvenibili nei codici civili europei possa davvero soddisfare l’esigenza di promuovere l’efficacia deterrente della direttiva su cui insiste la Corte. Ora, è un dato di comune esperienza che il consumatore invochi la nullità delle clausole abusive in una percentuale assai limitata di casi, se anche si considerano solo le situazioni in cui i suoi interessi patrimoniali risultano effettivamente pregiudicati. Se questo è vero, ad influire sulle determinazioni del professionista – inducendolo ad interrompere l’adozione di clausole abusive – non bastano norme che integrano il regolamento contrattuale in modo neutro e astrattamente equilibrato, come quelle contenute nei codici civili europei. Una volta espunta la clausola, il suo posto viene preso da una regola che riporta in equilibrio *quel contratto*, permettendone l’attuazione, ma non pare idonea ad incidere *sui contratti* di cui il professionista si avvale quotidianamente offrendo ai consumatori beni e servizi.

Perché il professionista avverta davvero l’effetto deterrente della direttiva, è allora necessario che alle clausole abusive subentrino regole da un lato più nettamente penalizzanti; dall’altro, più strettamente aderenti alla sostanza economica del rapporto intercorrente con il consumatore. Senonché, la direttiva prevede una normativa di carattere orizzontale, che si applica a tutti i contratti unilateralmente predisposti dai professionisti ed accettati adesivamente dai consumatori. Una disciplina così estesa e così poco specifica non può che relazionarsi, in maggiore o minor misura, con le norme di diritto comune contenute nei codici civili europei.

Soluzioni orientate ad esercitare nei confronti dei professionisti una maggiore efficacia deterrente possono essere sperimentate solo nel contesto di normative di carattere verticale, che disciplinano specifici settori di mercato. È quanto avviene nel microsistema del credito al consumo, al quale si dedica una breve digressione.

5. L’integrazione della clausola nulla e il suo impatto sulle contrattazioni nelle discipline di carattere “verticale”: credito al consumo e TAEG scorretto

La disciplina del credito al consumo anticipa di alcuni anni, in un “ambiente ristretto”, soluzioni che la giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della direttiva 93/13 ha poi esteso a tutti i rapporti intercorrenti tra professionisti e consumatori.

⁹⁹ Così, ancora, la motivazione di *Gutierrez Naranjo* [C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, [doc. 39] punto 61].

La trasparenza economica del contratto, in particolare, viene perseguita rendendo obbligatoria l'indicazione del TAEG, che permette – o dovrebbe permettere – al consumatore di valutare il costo totale del credito e di confrontare le diverse offerte presenti sul mercato (art. 121, comma 1, lett. m; 123, comma 1 TUB). Siccome si assume che il consumatore effettui le sue scelte sulla base di tale indicatore, che rappresenta sinteticamente le condizioni del rapporto di finanziamento, le clausole che gli addebitano costi non inclusi o inclusi in modo non corretto nel calcolo del TAEG sono nulle, senza pregiudizio per la validità del contratto: in questo ambito, il difetto di trasparenza è sufficiente a giustificare la nullità della clausola (art. 125-bis, comma 6 TUB). Se poi il TAEG manca o la relativa clausola è nulla, il costo del credito a carico del consumatore viene determinato sulla base di un tasso suppletivo che in quanto ancorato al rendimento dei buoni del tesoro annuali è tanto favorevole per lo stesso consumatore, quanto penalizzante per il finanziatore (art. 125-bis, comma 6, lett a TUB).

Ad una prima lettura del dato normativo sembrerebbe, dunque, che se il TAEG è chiaramente indicato, ma non rappresenta fedelmente i costi addebitati al consumatore, la nullità delle clausole non incluse nel calcolo dell'indicatore "conformi" il contratto, adeguandone gli effetti alle informazioni sulle base delle quali lo stesso consumatore ha aderito all'offerta del finanziatore. Quando invece il TAEG manca o non è chiaramente indicato, le condizioni del rapporto di finanziamento non si possono conformare su di esso, sicché subentra il tasso di interesse previsto dalla legge, che premia il consumatore e penalizza il finanziatore.

Certamente la disciplina, così ricostruita, è idonea ad indurre i finanziatori a corredare la loro offerta con un TAEG chiaro e comprensibile per il consumatore: se l'indicatore manca o non è perspicuo, il finanziamento viene erogato a condizioni svantaggiose. Nello scenario in cui, invece, il TAEG sia stato chiaramente indicato, ma non rappresenti fedelmente i costi che il contratto di finanziamento pone a carico del consumatore, la prospettiva incentrata sul contratto isolatamente considerato e quella focalizzata sul flusso delle contrattazioni condotte dal finanziatore tornano a divaricarsi.

Se si prende in considerazione il singolo contratto di finanziamento, il consumatore che invoca la nullità delle clausole esprimenti costi non inclusi nel TAEG non sembra poter ragionevolmente invocare un trattamento più favorevole rispetto a quello che risulta dall'applicazione del coefficiente: depurato il contratto dalle clausole che esprimono costi non trasparenti, il consumatore beneficia del finanziamento alle condizioni che riflettono le informazioni sulla base delle quali ha aderito all'offerta del professionista. Dal punto di vista del singolo consumatore, l'applicazione del tasso suppletivo basato sul rendimento annuale dei buoni del tesoro costituisce un vantaggio inatteso, che gli offre un trattamento migliore di quello in cui poteva confidare, sulla base del TAEG, al momento della conclusione del contratto. È questa, effettivamente, l'interpretazione accolta da alcuni collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario¹⁰⁰. Essa appare in sintonia con la

¹⁰⁰ Ci si riferisce in particolare alle ordinanze del Collegio di Roma, 30 ottobre 2015 e del Collegio di Napoli, 24 luglio 2018 che hanno rimesso al Collegio di Coordinamento la decisione relativa

soluzione adottata dallo stesso legislatore del TUB nel contesto dell'art. 117, comma 7 lett. (b): quando il contratto prevede «tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati» le relative clausole sono nulle e il rapporto tra istituto di credito e cliente è regolato dalle condizioni pubblicizzate.

Se tuttavia si concentra l'attenzione sull'insieme delle contrattazioni condotte dai finanziatori, risulta evidente che la soluzione non garantisce alla disciplina consumeristica un'adeguata efficacia deterrente. Anche in considerazione della scarsa rilevanza economica di molti rapporti riconducibili al credito al consumo, è estremamente probabile che il consumatore non rilevi la mancata inclusione di alcuni costi nel TAEG o non invochi la nullità delle relative clausole. In questo scenario, quando invece la scorretta rappresentazione del TAEG emerge – in quanto il consumatore invoca la nullità delle clausole “escluse” – l'applicazione del medesimo coefficiente al rapporto di credito non garantisce alla disciplina consumeristica un adeguato effetto deterrente.

È questa, a nostro avviso, la vera ragione che ha indotto il Collegio di Coordinamento dell'ABF ad affermare l'applicabilità del tasso suppletivo ancorato al rendimento dei buoni del tesoro annuali non solo nell'ipotesi di mancata od oscura indicazione del TAEG, ma anche nel caso di rappresentazione infedele dei costi addebitati al consumatore. Oltre a non vedersi addebitare i costi non rappresentati nel coefficiente, quest'ultimo fruisce del favorevole tasso di interesse commisurato al rendimento dei titoli di stato di durata annuale¹⁰¹.

La soluzione viene giustificata, sul piano esegetico, leggendo congiuntamente il 6° e il 7° comma dell'art. 125-*bis* TUB e sostenendo su questa base che la nullità delle clausole relative ai costi non rappresentati nel TAEG si riflette inevitabilmente sulla nullità della clausola espressiva dello stesso coefficiente. D'altra parte, si aggiunge, se l'erronea indicazione del TAEG non comportasse la nullità della relativa clausola la funzione dell'indicatore – quella di rappresentare fedelmente il costo del credito – non sarebbe adeguatamente salvaguardata, mentre sarebbe difficile comprendere a cosa allude il legislatore quando si riferisce alla «nullità delle...clausole contrattuali», ed in particolare alla nullità del TAEG, per ricollegare ad essa l'applicazione del tasso suppletivo basato sul rendimento dei buoni del tesoro di durata annuale (art. 127-*bis*, comma 7 TUB). Si ritiene, ancora, che la soluzione trovi riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in sede di interpretazione pregiudiziale della direttiva 93/13 ha ritenuto confliggente con il parametro della trasparenza le clausole dei contratti di finanziamento relative al costo

alla determinazione del tasso di interesse del contratto di credito al consumo in presenza di un TAEG erroneo.

¹⁰¹ Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2018, n. 23293, la cui motivazione è sintetizzata nel testo; ABF, Collegio di Coordinamento, 18 febbraio 2016, n. 1430. L'orientamento del Collegio di coordinamento è condiviso da MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediario italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 139.

totale del credito formulate in modo tale da non permettere al consumatore di calcolare il TAEG, in quanto non ne specificano la base di calcolo né indicano il tasso di interesse¹⁰².

A ben vedere, nessuno degli argomenti indicati giustifica la decisione, che tuttavia appare condivisibile in termini di politica del diritto. La nullità delle clausole che prevedono costi non rappresentati dal TAEG non determina la nullità della clausola relativa allo stesso coefficiente, ma piuttosto la esclude: eliminate le prime dal regolamento contrattuale, la seconda rappresenta fedelmente il costo totale del credito a carico del consumatore. Anche in quest'ottica, residua uno spazio significativo per la declaratoria di nullità della clausola relativa al TAEG, che appare giustificata quando il coefficiente non permette al consumatore di determinare in modo univoco il costo totale del credito nelle varie fasi del rapporto di finanziamento. È questa, infatti, la fattispecie considerata in sede di rinvio pregiudiziale dalla sentenza della Corte di Giustizia richiamata in motivazione¹⁰³ e dal suo immediato precedente¹⁰⁴. Nel contesto delle due pronunce, la Corte avvalorava il difetto di chiarezza e comprensibilità della clausola relativa al costo totale del credito con riferimento alla mancanza o alla scarsa trasparenza del TAEG, mentre non prende in considerazione l'ipotesi che il coefficiente sia stato calcolato erroneamente.

Alla base della soluzione adottata dal Collegio di coordinamento sussiste dunque, con ogni probabilità, una ragione ulteriore, ancorché inespressa nella motivazione della decisione: si sceglie di accordare al consumatore presente nel giudizio arbitrale un vantaggio inatteso, applicando al rapporto un tasso più favorevole di quello sulla base del quale ha concluso il contratto, allo scopo di incidere sulle contrattazioni che il finanziatore conduce con la generalità dei suoi clienti.

6. Quando l'abusività della clausola può estendersi all'intero contratto: un nuovo regime della nullità e una forma sperimentale di integrazione

Consideriamo, ora, una situazione più difficile da gestire. La clausola – sottoposta a controllo in quanto non sufficientemente «chiara e comprensibile» nelle sue implicazioni economiche – definisce i lineamenti dello scambio o una prestazione essenziale del contratto (art. 4, par 2 dir. 93/13)¹⁰⁵, il quale, dunque, non può essere attuato a meno che la lacuna prodottasi a seguito della declaratoria di nullità non venga colmata da un'altra regola.

In questa seconda serie di casi, la “nullità parziale necessaria” che normalmente consegue alla declaratoria di abusività non costituisce una soluzione praticabile. La stes-

¹⁰² C. Giust. 20 settembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, [doc. 48] punti 64-68.

¹⁰³ V. nota prec.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Giust., ord. 16 novembre 2010, C-76/10, *Pohotovost*, [doc. 49] punti 71, 72, 77.

¹⁰⁵ Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

sa direttiva considera la possibilità che, non potendo «sussistere senza le clausole abusive» (art. 6, par. 1), il contratto divenga integralmente nullo; ma siccome tale esito può risultare penalizzante per le ragioni del consumatore, che verrebbe paradossalmente pregiudicato dall'applicazione di una normativa orientata a tutelarlo, l'interprete è indotto a prendere in considerazione l'eventualità che il regolamento contrattuale venga integrato in modo tale da evitare la caducazione del rapporto. Come si è anticipato, tuttavia, raramente le norme legali regolano aspetti essenziali dell'operazione economica prefigurata dal contratto, come le caratteristiche dei beni e dei servizi forniti dal professionista e il corrispettivo dovuto dal consumatore; ne consegue che possono essere impiegate ad integrazione del regolamento contrattuale divenuto lacunoso solo grazie ad un intervento "ortopedico", che ne permetta l'adattamento ad una fattispecie diversa da quella in relazione alla quale sono state formulate.

Su questo terreno, il ruolo dell'interprete – e in particolare, del giudice nazionale – è molto più impegnativo di quello riscontrabile quando le clausole dichiarate abusive regolano aspetti estranei al nucleo dello scambio: non può infatti limitarsi a identificare le disposizioni applicabili in assenza della clausola, ma è portato a ricercare nel diritto nazionale le regole più funzionali ad integrare la lacuna. Come ci apprestiamo a vedere, non si può escludere che l'indagine approdi ad una scomoda conclusione: se da un lato la nullità integrale del contratto pregiudica le ragioni del consumatore, dall'altro non esiste nel diritto nazionale alcuna norma idonea ad integrare la lacuna prodotta dall'abusività della clausola. Si rende allora necessario individuare soluzioni ulteriori.

Delineato lo scenario conseguente all'accertamento dell'abusività di una clausola "essenziale", vediamo sulla base di quali coordinate viene gestito dalla Corte di Giustizia.

L'elaborazione giurisprudenziale che ci apprestiamo a ricostruire verte principalmente sui contratti di finanziamento, e si concentra sulle clausole che prevedono gli interessi corrispettivi dovuti dal mutuatario¹⁰⁶ e sulle c.d. clausole di indicizzazione rinvenibili nei mutui espressi in valuta straniera¹⁰⁷. Con riferimento a queste ultime, in

¹⁰⁶ Cfr. C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch* [doc. 44]; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] in *Contratti*, 2021, 273, con nota di CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch* [doc. 22].

¹⁰⁷ Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler* [doc. 9]; C. Giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei* [doc. 14]; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriuc* [doc. 16]; C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring* [doc. 17]; C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1181, con nota di MATTERA, *Sul contratto di mutuo in valuta estera. Clausole abusive sul rischio di cambio*; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS* [doc. 18]; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak* [doc. 1]; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 34; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA* [doc. 8]; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH* [doc. 2]; C. Giust. 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, *Paribas Personal Finance SA* [doc. 38]; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.* [doc. 21]; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.* [doc. 4] Si riscontra poi, di recente, una pronuncia relativa ad un contratto di prestazione d'opera professionale: cfr. C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.* [doc. 5]

base al modello più diffuso e ricorrente nelle questioni pregiudiziali il capitale oggetto del finanziamento viene erogato al consumatore in valuta nazionale e convertito in valuta straniera in base al tasso di cambio praticato dalla banca alla data dell'erogazione; la somma espressa in valuta straniera così determinata viene restituita alla banca in valuta nazionale sulla base del tasso di cambio dalla stessa praticato alla scadenza delle singole rate. Il rischio di cambio così assunto dal mutuatario si concretizza quando nel corso del rapporto la valuta straniera si apprezza rispetto a quella nazionale in cui il consumatore percepisce i propri redditi, sicché occorrono più unità di valuta nazionale di quelle ricevute all'erogazione del mutuo per restituire il capitale erogato.

Essendo questo schema adottato con particolare frequenza nei paesi dell'Est europeo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello attuale, il legislatore ungherese è intervenuto con una serie di atti normativi volti a salvaguardare gli istituti di credito nazionali dalle conseguenze della declaratoria di abusività delle clausole di indicizzazione¹⁰⁸. Se per il futuro il consumatore viene protetto dal rischio di cambio grazie alla conversione della valuta del mutuo in quella nazionale, più delicata è la situazione in cui si trova in relazione al segmento del rapporto attuato nella fase anteriore.

Una delle misure adottate in relazione ad essa sottrae al consumatore la legittimazione ad ottenere la nullità del contratto, alla quale, pure, egli potrebbe avere interesse: per esempio, allo scopo di bloccare una procedura promossa sui suoi beni dalla banca sulla base del valore di titolo esecutivo del mutuo ipotecario ricevuto dal notaio¹⁰⁹. Correlativamente, le clausole di indicizzazione contenute nei contratti di mutuo vengono dichiarate nulle e sostituite da una disposizione che prevede l'applicazione del tasso ufficiale fissato dalla banca nazionale ungherese sia per quanto riguarda l'erogazione del capitale che per quanto concerne il rimborso. In definitiva, all'integrazione coattiva della clausola di indicizzazione con una norma che riduce, ma non elimina completamente, le conseguenze negative dell'assunzione del rischio di cambio, fa riscontro una disposizione che preclude al consumatore di far valere la nullità dell'intero contratto.

La Corte di Giustizia, allora, afferma che l'integrazione coattiva degli effetti della clausola effettuata da una legge nazionale non preclude il sindacato di abusività, se il rischio al quale è esposto il consumatore non è stato completamente neutralizzato¹¹⁰; per poi aggiungere che il legislatore nazionale può impedire al consumatore di far valere la nullità dell'intero contratto solo se le sue disposizioni lo tutelano integralmente, collocandolo nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della clausola¹¹¹. Quando in-

¹⁰⁸ Per una puntuale ricostruzione del contenuto di tali atti normativi e delle loro relazioni con la giurisprudenza della Corte di Giustizia si rinvia a D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, 5.

¹⁰⁹ Come risulta dalla narrativa di C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punti 17-24.

¹¹⁰ Cfr. C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring*, [doc. 17] punti 67, 70.

¹¹¹ C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punti 44, 45, 56. Nel ribadire tale conclusione, si precisa che qualora il giudice accerti che la normativa nazionale offre una tutela integrale al consumatore, collocandolo nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della clausola

vece, come era accaduto nel contesto ungherese, l'atto normativo nazionale non rimuove tutti gli effetti della clausola abusiva, lasciandone alcuni a carico del consumatore, lo stesso è legittimato ad invocare la nullità dell'intero contratto, grazie alla quale può contrastare con successo l'azione esecutiva esercitata dalla banca¹¹².

In definitiva, qualora non risulti accertato che la legislazione nazionale abbia completamente neutralizzato gli effetti della clausola abusiva mediante un meccanismo "di integrazione cogente", il consumatore è pienamente legittimato ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto, sempre sul presupposto che lo stesso non possa sussistere in assenza della clausola. Con riferimento ad un contratto di prestazione d'opera intellettuale – che specificava il corrispettivo orario dovuto al professionista, senza tuttavia offrire al cliente alcuna indicazione in ordine al numero di ore necessarie per prestare il servizio – si precisa che il rimedio può essere attivato anche qualora in base al diritto nazionale la declaratoria di nullità si ripercuota pesantemente sulla posizione del professionista, che perderebbe l'onorario e non verrebbe indennizzato per i servizi forniti¹¹³.

Talvolta, tuttavia, la nullità del contratto può pregiudicare seriamente gli interessi del consumatore, che in conseguenza dell'applicazione del rimedio si troverebbe privato della legittimazione a fruire delle prestazioni del professionista. Le conseguenze della nullità possono risultare particolarmente pesanti quando il contratto è stato almeno in parte eseguito, sicché si è consolidato in capo al consumatore un ragionevole affidamento nella perdurante disponibilità di beni e servizi. Così, la nullità di un contratto di mutuo conseguente all'accertamento dell'abusività di clausole di indicizzazione valutaria comporterebbe l'obbligo di restituire immediatamente il capitale, con evidente pregiudizio dell'affidamento del mutuatario nella disponibilità dello stesso, o meglio nella sua restituzione frazionata e differita nel tempo.

Si ammette, allora, che quando, in base al diritto statale, la nullità può estendersi all'intero contratto e risultare pregiudizievole per le ragioni del consumatore, la lacuna generata dall'abusività della clausola venga integrata mediante il ricorso a norme rinvenibili nelle legislazioni nazionali¹¹⁴. La scelta tra nullità del contratto e integrazione della clausola essenziale mediante il ricorso a regole di fonte legale implica, dunque, che la prima

abusiva, la volontà del consumatore di ottenere la nullità del contratto non può sovvertire gli esiti di tale valutazione: cfr. C. Giust. 2 settembre 2021, C-932/19, *OTP Jelzalogbank*, [doc. 52] punti 49 s.

¹¹² È questo l'esito avvalorato da C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punto 56.

¹¹³ Cfr. C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 59. Non è questo, a nostro avviso, lo scenario che conseguirebbe alla declaratoria di nullità del contratto di prestazione d'opera intellettuale nel diritto italiano: v., volendo, DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 537 ss. Per una riflessione approfondita sul tema, si rinvia al contributo di PAGLIANTINI, *Trent'anni di direttiva 93/13, postvessorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo*, pubblicato in questo stesso fascicolo di *Accademia*.

¹¹⁴ Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punti 80-85; Corte Giust. 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, [doc. 42] punto 58; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 48; C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 61-64; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 72.

soluzione sia sfavorevole alle ragioni del consumatore in base a una valutazione da effettuarsi alla luce delle circostanze «esistenti o prevedibili al momento della controversia»¹¹⁵ e non alla data del contratto: non si tratta di valutare, infatti, la consapevole adesione del consumatore all'offerta del professionista – come avviene quando si accerta il rispetto del requisito della trasparenza – ma l'impatto del rimedio ablativo sui suoi interessi economici. Tornando all'esempio "paradigmatico" del contratto di mutuo, sembra assumere rilevanza decisiva nell'ottica di tale valutazione la circostanza che nel momento in cui si sviluppa la controversia il capitale erogato debba essere in gran parte restituito [nel qual caso, la nullità sarebbe altamente pregiudizievole per le ragioni del consumatore] o sia stato invece integralmente o quasi integralmente rimborsato [con la conseguenza la restituzione immediata del residuo avrebbe un impatto assai più morbido].

Date queste condizioni, la scelta tra nullità e integrazione "ortopedica" della clausola essenziale spetta al consumatore, che è destinato a compierla dopo essere stato informato sulle conseguenze della nullità da parte del giudice nazionale¹¹⁶. Costituisce un dato acquisito, nella giurisprudenza della Corte, che il consumatore, interpellato dal giudice nazionale, possa scegliere di non invocare l'abusività di una clausola e acconsentire così in modo libero e informato alla sua applicazione¹¹⁷. A maggior ragione il consumatore – informato dal giudice in ordine alle conseguenze della nullità – può optare per l'applicazione del rimedio ablativo, rinunciando all'integrazione del contratto mediante norme legali, benché in astratto esso possa risultare pregiudizievole per i suoi interessi. La volontà del consumatore ha, dunque, un ruolo «determinante»¹¹⁸ nella selezione delle conseguenze dell'abusività della clausola essenziale, fermo restando che le modalità con cui la scelta tra nullità e integrazione è destinata ad essere effettuata sono definite dalle discipline processuali degli stati dell'Unione.

Certamente il consumatore è legittimato ad operare la scelta quando si è limitato ad invocare l'abusività di una clausola che il giudice ritiene essenziale: tale, dunque, che la sua rimozione possa provocare la nullità del contratto con effetti potenzialmente pregiudizievoli per lo stesso consumatore. Si può identificare quale sede idonea per la formalizzazione della scelta la prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c.). La conclusione permane valida anche quando con l'atto introduttivo del giudizio il consumatore invoca la nullità del contratto, come è effettivamente avvenuto nel *leading case* approvato all'attenzione della Corte di Giustizia¹¹⁹. Ricordiamo, infatti, che secondo le sezioni unite la

¹¹⁵ Così C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 50.

¹¹⁶ Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 53-56; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 94-99; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punti 51 s.

¹¹⁷ A partire dal *leading case* «*Pannon GSM*»: C. Giust. 4 giugno 2009, C-243/2008, [doc. 53] punti 33 e 35. Nella giurisprudenza posteriore v., a titolo esemplificativo, C. Giust. 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, [doc. 54] punti 23, 27, 35.

¹¹⁸ Così C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 56.

¹¹⁹ Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 18 s.

domanda inizialmente proposta può essere modificata entro la prima udienza di trattazione sebbene la variazione interessi l'oggetto e il fondamento sostanziale dell'azione, essendo solo necessario verificare l'identità o la connessione della «vicenda sostanziale» dedotta in giudizio¹²⁰. Il principio di diritto ci sembra perfettamente compatibile con una dinamica processuale caratterizzata da una stretta interazione tra consumatore e giudice, come quella delineata dalla Corte di Giustizia. Sulla base del contraddittorio sviluppatosi nel corso della prima udienza di trattazione e delle informazioni fornitegli dal giudice in ordine alle conseguenze della nullità, il consumatore può modificare l'oggetto della domanda chiedendo che la lacuna generata dall'abusività della clausola venga integrata mediante il ricorso a norme legali.

Nell'ottica della Corte di Giustizia, l'integrazione del contratto mediante norme legali costituisce l'unica alternativa praticabile alla declaratoria di nullità. Si ripropone qui, con ancora maggior forza, la posizione contraria a qualsiasi operazione orientata alla conservazione o al recupero della clausola – sia pure depurata delle sue componenti abusive – che abbiamo già riscontrato in relazione alle pattuizioni non essenziali¹²¹. Si esclude, infatti, che per evitare lo scenario della nullità il giudice nazionale possa omettere la declaratoria di abusività, attribuendo effetti alla clausola¹²², o dichiarare la clausola solo parzialmente inefficace, depurandola delle componenti abusive¹²³. Neppure gli è permesso integrare la clausola con una regola di creazione giudiziale, sia pure adottata sulla base di una disposizione legale¹²⁴. Ci si riferisce a disposizioni che rinviano agli usi o delegano al giudice l'elaborazione della regola destinata ad integrare gli effetti del contratto sulla base del riferimento a *standard*, modelli di comportamento o valori: è il caso dell'art. 65 del codice civile polacco, ma anche dell'art. 1374 del codice civile italiano.

In sintesi, si esclude recisamente qualsiasi intervento conservativo sul contenuto e sugli effetti della clausola, così come la sua sostituzione con regole che essendo destinate ad essere elaborate dal giudice *a posteriori* non si presumono equilibrate come, invece, le norme suppletive redatte *a priori* dai legislatori nazionali. Se accantoniamo momentaneamente le soluzioni “di ultima istanza” alle quali pure faremo riferimento, risulta confermato che l'unica alternativa alla nullità del contratto è la sostituzione della clausola con norme legali. Siccome, tuttavia, raramente queste ultime regolano quegli aspetti essenziali dell'operazione economica che la clausola abusiva intendeva definire, la loro integrazione nel regolamento contrattuale richiede adattamenti caratterizzati da una dose

¹²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, [doc. 55] in *Corr. giur.*, 2015, 961, con nota di C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*

¹²¹ V., *supra*, § 4.

¹²² C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 65-68.

¹²³ Cfr. C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 69 s., 80.

¹²⁴ C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 59-62; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.S.A.*, [doc. 50] punto 34.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 70, 73.

di discrezionalità assai più consistente di quella riscontrabile in una comune operazione di applicazione analogica. Per evitare che la disciplina posta a tutela del consumatore si riveli pregiudizievole per gli interessi di quest'ultimo, si adottano soluzioni che alterano inevitabilmente i lineamenti dell'accordo contrattuale.

Si ammette così che, qualora il tasso degli interessi corrispettivi dovuti nel contesto di un mutuo in valuta nazionale venga ritenuto abusivo, lo stesso possa essere sostituito con un diverso tasso di interesse, previsto da una legge nazionale entrata in vigore più di dieci anni dopo la conclusione del contratto¹²⁵; e siccome la sostituzione del tasso abusivo con quello indicato dalla legge posteriore opera fin dal momento della conclusione del contratto, il consumatore è legittimato ad ottenere la restituzione delle somme indebitamente percepite dall'istituto di credito nella misura della differenza tra il primo e il secondo¹²⁶.

In Italia, l'Arbitro Bancario Finanziario ha ritenuto abusive, in quanto non trasparenti, clausole di indicizzazione che prevedevano – nell'ipotesi di restituzione anticipata del finanziamento – la conversione in euro del capitale residuo espresso in valuta straniera sulla base del tasso di cambio riscontrabile alla data della restituzione¹²⁷. In sintonia con le indicazioni della Corte di Giustizia, la lacuna conseguente alla declaratoria di vessatorietà viene integrata sulla base dell'art. 125-*sexies*, comma 1 TUB, ai termini del quale «il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore»: dalla disposizione - che a ben vedere, nulla dispone in ordine alla valuta in cui deve essere restituito il finanziamento - si ricava una norma che permette al consumatore di restituire il capitale residuo, a lui erogato in euro, senza operare la duplice conversione prevista dal contratto [€/CHF alla data dell'erogazione; CHF/€ alla data del rimborso]. Di fatto, il mutuo indicizzato al franco svizzero viene convertito in un mutuo in valuta europea, con la conseguenza che il consumatore risulta protetto dal rischio di cambio e beneficia di un tasso di interesse più conveniente di quello mediamente praticato nei finanziamenti non indicizzati.

La Corte di Giustizia considera l'eventualità che, stante il carattere pregiudizievole della nullità del contratto per le ragioni del consumatore, la strada dell'integrazione non sia concretamente percorribile, perché nel diritto nazionale non sussistono regole di fonte legale idonee a sostituire la clausola abusiva. Al verificarsi di queste condizioni, l'abusività della clausola sembra non avere rimedio.

¹²⁵ Cfr. C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 64 s., 67. Come risulta dalla narrativa, il mutuo su cui verte la controversia che genera il rinvio pregiudiziale viene concluso nel luglio 2001, mentre la legge che sopprime il tasso di interesse delle casse di risparmio spagnole adottato dal contratto (IRPH) prevedendo la sua sostituzione, in mancanza di accordo delle parti, con altri tassi di interesse, è del settembre 2013 [ley 14/2013 *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*].

¹²⁶ C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punto 67.

¹²⁷ Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 20 maggio 2015, n. 4135 [doc. 24]; ABF, Collegio di Coordinamento, 29 luglio 2015, n. 5866 [doc. 25].

Per evitare un esito tanto sconcertante, si ammette che il giudice possa rinviare le parti ad una trattativa definendone il quadro e i contenuti¹²⁸. Il suggerimento viene espresso in relazione ad un contratto di mutuo che regolava abusivamente gli interessi corrispettivi, accordando all'istituto di credito la facoltà di modificarne il tasso sulla base di criteri che per la loro indeterminatezza rendevano la variazione difficilmente prevedibile. Se tuttavia la trattativa volta a ristabilire «l'equilibrio reale» tra professionista e consumatore fallisce, la clausola relativa agli interessi non può essere sostituita da una regola confezionata dal giudice: nel contesto della stessa sentenza si ribadisce, infatti, che la lacuna conseguente all'accertamento dell'abusività della clausola può essere colmata ricorrendo a norme di fonte legale, ma non agli usi o a regole elaborate dal giudice sulla base del principio di equità¹²⁹.

Nel contesto di un'altra pronuncia, occasionata da una controversia relativa ad un contratto di finanziamento espresso in valuta straniera, si afferma che quando tutte le altre soluzioni non sono percorribili spetta al giudice nazionale fare in modo che il consumatore venga ricollocato «nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola abusiva non fosse mai esistita»; per ottenere tale risultato, egli dovrebbe fare ricorso a «tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose» che la nullità del contratto di finanziamento potrebbe produrre¹³⁰.

L'impressione è che al verificarsi di una situazione che vede così limitati gli strumenti a disposizione del giudice nazionale la Corte gli permetta di gestire i rapporti patrimoniali intercorrenti tra le parti sulla base dei principi generali dell'ordinamento: quella suggerita al giudice nazionale non sembra essere altro che la soluzione «di ultima istanza» prevista dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale. Nella vicenda che origina il rinvio pregiudiziale il giudice nazionale aveva convertito il contratto di credito al consumo espresso in valuta straniera in un rapporto di finanziamento in valuta nazionale; neutralizzato così il rischio di cambio abusivamente imputato al consumatore, aveva ricalcolato gli interessi corrispettivi sulla base del tasso più elevato praticato nei rapporti di finanziamento espressi in valuta nazionale; constatato che il finanziatore aveva ricevuto una somma maggiore di quella a lui spettante in virtù di questa nuova configurazione del rapporto contrattuale, lo aveva condannato a restituire l'eccedenza al consumatore a titolo di arricchimento senza causa. La Corte di Giustizia, sia pure implicitamente, sembra avallare tale soluzione, che appare in linea con la connotazione residuale dell'arricchimento senza causa¹³¹.

Il profilo del rimedio che emerge dai precedenti della Corte si differenzia per molti aspetti da quello della nullità parziale «di diritto comune» (art. 1419 c.c.). Non essendo

¹²⁸ Cfr. C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 42.

¹²⁹ Cfr. C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 35.

¹³⁰ C. Giust. 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, [doc. 56] punti 57 s.

¹³¹ C. Giust. 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, [doc. 56] punti 23, 58-60.

possibile in questa sede svolgere un confronto approfondito, ci limitiamo a segnalare i due tratti che lo caratterizzano più marcatamente rispetto al modello codicistico.

In sintonia con la connotazione protettiva del controllo di abusività previsto dalla direttiva, lo scioglimento dell'alternativa tra rimozione e conservazione del contratto [sia pure integrato da una norma legale] è rimesso alla volontà del consumatore, mentre nella logica del codice e dei suoi interpreti la legittimazione ad invocare la nullità totale spetta alla controparte del contraente che trae vantaggio dall'eliminazione di una o più clausole.

Il giudice, inoltre, non si limita a verificare se il contratto può resistere all'elisione di parte del suo regolamento, ma svolge un ruolo assai più attivo nella gestione del conflitto generato dall'abusività della clausola. È infatti tenuto ad informare il consumatore delle conseguenze della nullità per consentirgli di effettuare una scelta ponderata tra caducazione ed integrazione del contratto, mentre qualora entrambe le soluzioni non risultino percorribili viene sollecitato a favorire lo sviluppo di una trattativa tra le parti e ad attivare tutti gli strumenti che il suo ordinamento gli attribuisce. Gli è invece preclusa l'elaborazione di regole volte ad integrare il contratto privato della clausola abusiva.

Nei fatti, è accaduto che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali la Corte di Giustizia abbia delineato in pochi anni un nuovo regime della nullità. Come qualsiasi istituto, esso richiede di essere completato e migliorato, ma – considerata anche l'instabilità del contesto storico e politico in cui è stato elaborato – appare relativamente solido e coerente. Alla base delle soluzioni adottate possiamo identificare tre istanze fondamentali: assecondare l'efficacia deterrente della direttiva nei confronti dei professionisti che adottano clausole abusive [di qui, la preclusione verso la riduzione conservativa delle stesse clausole]; assicurare al contratto parzialmente nullo una cornice di regole che favorisca l'attuazione del rapporto [ciò che determina l'apertura all'integrazione mediante norme legali]; evitare il paradosso di una nullità che estendendosi all'intero contratto pregiudichi proprio gli interessi del consumatore [da cui l'obbligo di informare il consumatore presente in giudizio sulle conseguenze della nullità; il ricorso ad una integrazione legale di carattere "ortopedico"; la sperimentazione di soluzioni di ultima istanza].

7. Sostituzione della clausola abusiva con norme legali, ma solo se l'alternativa è una nullità penalizzante per il consumatore? Su *D.B.P.* e *Dexia Nederland*

Concludiamo l'indagine analizzando due recenti pronunce, apparentemente incompatibili con la ricostruzione proposta. Si è sostenuto che la giurisprudenza della Corte esclude la conservazione della clausola - sia pure modificata, o depurata delle sue componenti abusive - ma non la sua sostituzione con regole di fonte legale¹³². Nella motivazione delle due sentenze, invece, si leggono affermazioni che sembrano escludere

¹³² V., *supra*, § 4.

l'applicabilità delle norme legali e dei rimedi da esse previsti a seguito dell'accertamento dell'abusività di clausole non essenziali per la sopravvivenza del contratto. L'analisi delle motivazioni, tuttavia, dimostra che le due pronunce non smentiscono la nostra ricostruzione; essa conferma, piuttosto, che la prospettiva volutamente ristretta adottata dalla Corte può ostacolare l'inquadramento delle questioni pregiudiziali ed impedire una corretta comunicazione delle relative soluzioni.

Se dunque allo stato attuale la giurisprudenza della Corte non impedisce l'applicazione di norme legali in sostituzione delle clausole abusive, ancorché esse non siano essenziali per la sopravvivenza del contratto, non si può escludere che in futuro si affermi un orientamento più restrittivo. È ciò che potrebbe accadere qualora l'affermazione in base alla quale *la sostituzione di una clausola abusiva con una norma legale è ammissibile solo allo scopo di scongiurare una nullità integrale del contratto pregiudizievole per il consumatore* venisse isolata dal contesto in cui è stata espressa. Originariamente orientata a definire il rapporto tra la nullità ed una forma di integrazione assai problematica come quella conseguente all'abusività di una clausola *essenziale*¹³³, essa verrebbe convertita in una tanto rigida, quanto inopportuna preclusione nei confronti dell'applicazione di norme legali in sostituzione delle clausole *accessorie*: quelle che non definiscono i termini dello scambio, ma altri aspetti del regolamento contrattuale. Per contrastare questo rischio, è necessario promuovere una lettura della giurisprudenza della Corte che privilegi la dimensione del caso su quella della massima.

D.B.P. [doc. 4]¹³⁴ verte su una clausola di indicizzazione rinvenibile in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera. In sintonia con lo schema già illustrato¹³⁵, essa prevede che il capitale, erogato e restituito in valuta nazionale (*złoty* polacchi), venga convertito in franchi svizzeri sulla base del tasso di cambio applicato dalla banca al momento dell'erogazione, per essere poi riconvertito in valuta nazionale sulla base del tasso di cambio applicato dalla banca alla scadenza delle rate di rimborso. La clausola di indicizzazione, inoltre, subordina l'erogazione e il rimborso del mutuo espresso in valuta straniera al consenso della banca; quest'ultima, evidentemente, intende cautelarsi contro il rischio di un andamento a sé sfavorevole del tasso di cambio, che si verificherebbe se la valuta nazionale si apprezzasse su quella straniera.

¹³³ Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punti 80-84. Dalla motivazione della sentenza - la prima ad ammettere la sostituzione di una clausola essenziale con una norma legale - risulta evidente che l'attenzione è focalizzata sulle condizioni che permettono il ricorso all'integrazione quale alternativa ad una nullità pregiudizievole per il consumatore. La Corte, in altri termini, ha enunciato un criterio di *selezione tra rimedi*, limitando il ricorso all'integrazione legale in sostituzione delle clausole essenziali all'ipotesi in cui la nullità del contratto possa pregiudicare il consumatore; non ha invece inteso circoscrivere il territorio dell'integrazione legale ammettendola solo in relazione alle clausole essenziali, ed escludendola rispetto a quelle accessorie.

¹³⁴ C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21 [doc. 4].

¹³⁵ V., *supra*, § 6.

Le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici polacchi interpellano la Corte di Giustizia, in primo luogo, sull'ammissibilità di una declaratoria di abusività della clausola di indicizzazione circoscritta alla previsione del consenso della banca per l'attuazione del meccanismo di doppia conversione della valuta. Chiedono, poi, se la clausola di indicizzazione abusiva possa essere integrata dall'art. 358 del codice civile polacco, in base al quale le obbligazioni espresse in valuta estera possono essere adempiute in valuta nazionale, essendo applicabile a questi fini [non il tasso di cambio applicato dall'istituto di credito, come previsto dal contratto, ma] il «tasso di cambio medio fissato dalla banca nazionale polacca».

La Corte ribadisce l'orientamento contrario alla riduzione conservativa della clausola abusiva escludendo che la stessa possa permanere nel regolamento contrattuale depurata della parte che richiede il consenso della banca per l'attuazione del meccanismo di indicizzazione; esclude poi, sulla stessa linea, che il meccanismo di indicizzazione basato sul tasso di cambio applicato dalla banca possa essere sostituito, sulla base dell'art. 358 del codice civile polacco, con un analogo meccanismo di indicizzazione basato sul tasso di cambio medio fissato dalla banca nazionale.

In entrambi i casi si vuole evitare che la clausola permanga all'interno del regolamento contrattuale, sebbene modificata in relazione agli aspetti di più evidente abusività: la pronuncia, dunque, è in linea con l'orientamento che esclude la riduzione conservativa della clausola abusiva, ma non la sua sostituzione con le regole di fonte legale che sarebbero state applicate *in assenza di essa*. Senonché, tale posizione viene espressa affermando che il ricorso all'integrazione legale è ammissibile solo quando l'inefficacia della clausola abusiva può estendersi all'intero contratto con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore, mentre se la sopravvivenza del contratto non è in discussione il giudice non può «sostituire» la clausola abusiva «con una disposizione suppletiva di diritto nazionale»¹³⁶.

L'affermazione è ultronea, in quanto nel rispondere alla questione la Corte esclude la conservazione della clausola modificata nei suoi effetti da una regola che la assume quale parte integrante del regolamento contrattuale; non esclude, invece, la sostituzione della clausola con la regola che sarebbe stata applicabile *in assenza di essa*. Si tratta, poi, di un *obiter dictum*, in quanto la Corte è chiamata a pronunciarsi in ordine alle conseguenze della declaratoria di nullità di una clausola di indicizzazione, che in base alla sua stessa giurisprudenza può comportare la nullità dell'intero contratto¹³⁷: date queste condizioni, si prospetta agli occhi del consumatore l'alternativa tra nullità e integrazione "ortopedica" della clausola essenziale.

Più complessa l'analisi di *Dexia Nederland BV* [doc. 32]¹³⁸, caso originato dai rinvii pregiudiziali di due giudici olandesi che almeno fino a questo momento non sembra ave-

¹³⁶ Punto 69.

¹³⁷ Cfr. C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punto 43.

¹³⁸ C. Giust., 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19 [doc. 32].

re suscitato molta attenzione nel contesto italiano¹³⁹. La constatazione è sorprendente, perché il contratto oggetto della controversia che provoca l'interpretazione pregiudiziale della Corte – denominato «*leasing* di azioni» – presenta forti analogie con i contratti *4you* e *myway* diffusi nel contesto italiano, e dichiarati nulli dalla Cassazione in quanto [atipici, e] non meritevoli di tutela (art. 1322, comma 2 c.c.)¹⁴⁰: non sembra anzi forzato affermare che *4you* e *myway* costituiscano la variante italiana del *leasing* di azioni approdato all'attenzione della Corte di Lussemburgo.

Questi i lineamenti dell'operazione. Un istituto di credito concede un mutuo a un consumatore che in genere percepisce lo stipendio o la pensione su un conto corrente aperto presso lo stesso istituto. L'erogazione del capitale, tuttavia, è solo virtuale, perché la banca conserva la disponibilità del denaro, che investe nell'acquisto di azioni delle quali accredita i dividendi al consumatore pur conservando la proprietà dei titoli [nella variante italiana, invece, i titoli, di proprietà del consumatore, sono dati in pegno alla banca]. Il contratto obbliga il consumatore a pagare mensilmente alla banca una rata che comprende la corresponsione di interessi e talvolta il rimborso del capitale; scaduto il termine finale, la banca vende le azioni sul mercato e accredita al consumatore il ricavato, previa deduzione del capitale e degli interessi ad essa dovuti sulla base del contratto di mutuo. L'operazione, dunque, comporta un sicuro vantaggio per la banca, che incassa gli interessi decorrenti sulla somma data a mutuo; risulta invece aleatoria per il cliente, che consegue un guadagno quando il ricavato della vendita dei titoli è superiore alla somma di capitale ed interessi, mentre subisce una perdita se il debito assunto con il contratto di mutuo eccede il valore di mercato dei titoli realizzato dalla banca.

Non di rado le implicazioni economiche di un meccanismo relativamente complesso come quello qui delineato non vengono chiaramente illustrate, sicché il consumatore può non esserne consapevole. In questa ipotesi il requisito della trasparenza non verrebbe rispettato, sicché sarebbe necessario valutare se le clausole che definiscono i lineamenti dell'operazione siano compatibili con i criteri della buona fede e del significativo squilibrio. Come sappiamo, tuttavia, la Cassazione italiana ha affrontato la fattispecie con gli strumenti del diritto comune, dichiarando nulli i contratti *4you* e *myway* a beneficio di tutti i clienti degli istituti di credito – consumatori e non – in quanto diretti a realizzare interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2 c.c.): a rendere il contratto immeritevole di produrre effetti giuridici è, in particolare, il suo carattere unilateralmente aleatorio, in quanto al rischio assunto dal cliente fa riscontro un sicuro vantaggio acquisito dalla banca.

¹³⁹ V. tuttavia la sintesi di DE MAESTRI, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: dalla Corte di Giustizia una conferma degli orientamenti interpretativi consolidati*, in *Ann. contr.* 2021, Torino, 2022, 422 s.

¹⁴⁰ V., tra le molte, Cass., ord. 7 febbraio 2019, n. 3679 [doc. 57]; Cass., ord. 2 novembre 2017, n. 26057 [doc. 58]; Cass., ord. 27 ottobre 2017, n. 25630 [doc. 59]; Cass., ord. 29 febbraio 2016, n. 3949 [doc. 60]; Cass., ord. 10 novembre 2015, n. 22950 [doc. 61]; Cass., ord. 30 settembre 2015, n. 19559 [doc. 62].

Senonché, i giudici olandesi sottopongono all'attenzione della Corte di Giustizia non le previsioni che definiscono le prestazioni dovute in base al contratto, ma una clausola che regola le conseguenze della risoluzione anticipata del rapporto. In base ad essa, qualora il consumatore ometta il pagamento di una o più rate mensili o risulti insolvente, la banca può risolvere il contratto e procedere alla vendita dei titoli, accreditando al cliente il corrispettivo così ricavato. Per converso, l'istituto di credito può esigere dal consumatore il pagamento immediato del capitale e degli interessi dovuti in base al mutuo sottostante: e siccome grazie alla risoluzione anticipata del contratto la disponibilità della somma erogata e dei relativi interessi viene recuperata anticipatamente - per poter essere così reimpiegata sul mercato del credito - il contratto prevede che il debito del consumatore sia ridotto del 5% per ogni anno di durata residua del rapporto.

Anche nell'eventualità di una risoluzione anticipata, dunque, la banca consegue un sicuro vantaggio, corrispondente agli interessi esigibili sul capitale erogato. Il profitto ulteriore derivante dall'anticipata disponibilità di capitale e interessi che può reimpiegare fruttuosamente sul mercato del credito viene forfetariamente compensato riducendo il debito del consumatore di una percentuale verosimilmente inferiore rispetto al rendimento annuo delle somme di denaro acquisite prima della scadenza fisiologica del contratto. Il consumatore, d'altra parte, resta esposto al rischio che il valore dei titoli - realizzato senza indugio dalla banca, dunque in un momento potenzialmente sfavorevole - risulti inferiore al debito di capitale e interessi, sia pure ridotto nella misura del 5% per compensare il lucro conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto.

A ben vedere, la clausola sulla quale viene richiamata l'attenzione della Corte di Giustizia svolge una duplice funzione, alla quale corrispondono due componenti distinte: (a) la definizione dei crediti di cui sono titolari la banca [capitale+interessi] e il consumatore [ricavato della vendita delle azioni] riproduce semplicemente la causa del contratto sullo scenario della risoluzione anticipata, collocando le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate qualora il rapporto fosse stato compiutamente attuato: essa concretizza, in altri termini, l'interesse positivo della banca e del consumatore, prevedendo la compensazione dei crediti che lo esprimono; (b) la riduzione del debito del consumatore nella misura del 5% per ogni anno di durata residua del contratto liquida il vantaggio patrimoniale conseguibile dalla banca a seguito della risoluzione anticipata del rapporto, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*.

Ebbene, le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici olandesi hanno ad oggetto il secondo aspetto della clausola (b), mentre la risposta della Corte appare almeno in parte focalizzata sul primo (a). L'affermazione compiuta dalla Corte in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività della clausola la banca non potrebbe ottenere il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione¹⁴¹ - evidentemente contrastante con la nostra ricostruzione - si spiega in questi termini: essa costituisce il risultato di

¹⁴¹ Punto 67.

un problema di comunicazione tra la Corte e i giudici nazionali. Alla stessa conclusione si deve pervenire in relazione all'affermazione generalizzante sulla base della quale la clausola abusiva non potrebbe essere sostituita «da una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»¹⁴² – qual era, nella specie, la previsione del codice civile olandese che prevedeva il risarcimento del danno da risoluzione (art. 6:277 BW)¹⁴³ – essendo tale operazione ammissibile solo qualora la nullità possa estendersi all'intero contratto, con effetti pregiudizievoli per il consumatore.

Entrambe le questioni pregiudiziali fanno riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema dei Paesi Bassi (Hoge Raad der Nederlanden), in base alla quale la clausola relativa alle conseguenze della risoluzione contenuta nel contratto di *leasing* di azioni è abusiva in quanto determina forfetariamente il lucro conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto nella misura del 5%, laddove il rendimento annuo del denaro che la stessa banca può reimpiegare sul mercato del credito è mediamente superiore. In questa prospettiva, ci sembra, la clausola è abusiva in quanto sottostimando il lucro conseguito dalla banca per effetto della risoluzione prevede a carico del consumatore una penale eccessiva. Se l'abusività della clausola è limitata a questo profilo, non vi è dubbio che essa debba essere espunta dal regolamento contrattuale, non potendo essere conservata depurata della sua componente abusiva. È poi evidente che il contratto è in grado di sussistere anche in assenza della clausola, trovando applicazione in luogo di essa le regole di fonte legale che disciplinano le conseguenze risarcitorie e restitutorie della risoluzione: tra esse, anche quella che accorda alla parte non inadempiente il diritto di ottenere il risarcimento del danno, generalmente quantificato nella misura dell'interesse positivo. È questo, effettivamente, lo scenario delineato dalla giurisprudenza dell'Hoge Raad¹⁴⁴.

Lo stesso scenario, tuttavia, lascia perplessi giudici di grado inferiore – quali la Corte d'Appello di Amsterdam e dell'Aja – che rivolgendosi alla Corte di Giustizia chiedono di chiarire i criteri sulla base dei quali una riduzione del debito del consumatore contenuta nella misura del 5% può ritenersi abusiva, considerato che la fisiologica durata del rapporto contrattuale avrebbe impegnato diversi anni; e di indicare se una volta dichiarata abusiva la clausola, la banca – parte fedele al contratto – sia legittimata ad esigere il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione sulla base dell'art. 6:277 BW sebbene l'applicazione della disposizione possa risultare, in concreto, più sfavorevole al consumatore rispetto a quella della clausola abusiva.

Le perplessità delle due Corti d'Appello, e le questioni pregiudiziali che ne derivano, sono evidentemente alimentate da una congiuntura economica caratterizzata da una drastica riduzione del rendimento di mercato del denaro. Alla luce di essa, può effettivamente accadere che gli utili conseguibili dalla banca reimpiegando le somme antici-

¹⁴² Punto 66.

¹⁴³ Cfr. art. 1453, comma 1 c.c.

¹⁴⁴ Punti 16-18.

patamente ottenute grazie alla risoluzione siano inferiori al 5%, sicché almeno in una certa fase la clausola non pregiudica, ma favorisce, gli interessi del consumatore; così come può accadere che il risarcimento del danno da risoluzione sia meno favorevole al consumatore della stessa clausola, in quanto rappresenta i vantaggi effettivamente conseguibili dalla banca mediante il reimpiego del denaro, per ipotesi – e limitatamente ad una certa fase – inferiori al 5%.

Ebbene, la Corte ribadisce che l'abusività della clausola deve essere valutata con riferimento alle informazioni di cui il professionista dispone al momento della conclusione del contratto¹⁴⁵. Su questa base avrebbe potuto risolvere la questione, in modo piano e lineare, seguendo le coordinate ricavabili dalla sua stessa giurisprudenza: (a) se alla luce dei dati a disposizione della banca al momento della conclusione del contratto il rendimento di mercato del denaro non sarebbe potuto realisticamente scendere al di sotto del 5%, risultando anzi attestato su percentuali significativamente superiori, il consumatore può invocare l'abusività della clausola ed ottenerne la rimozione dal regolamento contrattuale; (b) qualora ritenuta abusiva, la clausola sulle conseguenze della risoluzione è integralmente inefficace, non essendo ammissibile che venga conservata nel regolamento contrattuale depurata del frammento che determina il lucro della banca nella misura del 5%; (c) se il consumatore fa valere l'abusività della clausola, risponde del proprio inadempimento in base alle norme legali applicabili *in assenza di essa*: dunque, sulla base dell'art. 6:277 BW, che prevede il risarcimento del danno da risoluzione; (d) il consumatore può opposti alla declaratoria di abusività se ritiene che l'applicazione della clausola sia più favorevole ai suoi interessi dell'inefficacia della stessa: sta a lui, allora, confrontare lo scenario conseguente all'applicazione della clausola con quello derivante dall'applicazione delle norme legali ed operare su questa base la sua scelta nel contesto processuale.

La risposta della Corte, invece, investe la clausola nel suo insieme, ben oltre il profilo sul quale i giudici del rinvio hanno concentrato l'attenzione. Il controllo di abusività – si afferma – deve essere condotto non solo alla luce delle informazioni di cui il professionista dispone al momento della conclusione dell'accordo, ma anche del rapporto tra la clausola esaminata e «tutte le altre clausole del contratto in questione»¹⁴⁶: in questa prospettiva, qualora il contratto «sia per sua natura aleatorio, come nel caso de[l]... *leasing* di azioni», spetta al giudice nazionale «verificare che la clausola, tenuto conto dell'interazione con le altre clausole che fanno parte del contratto, non abbia come conseguenza una ripartizione molto iniqua dei rischi sopportati dalle parti»¹⁴⁷.

Il terreno sul quale la Corte conduce la questione, e formula la relativa risposta, è sensibilmente diverso da quello delimitato dai due rinvii pregiudiziali, nessuno dei quali aveva evocato il tema dell'aleatorietà del contratto e della ripartizione dei rischi realizzata dalla clausola sulle conseguenze della risoluzione. Il giudice nazionale viene dunque

¹⁴⁵ Punti 52-54.

¹⁴⁶ Punto 58.

¹⁴⁷ Punto 59.

invitato a valutare non solo se il vantaggio patrimoniale conseguito dalla banca grazie alla risoluzione sia stato eccessivamente sottostimato dal contratto, ma anche e soprattutto se la clausola sottoposta a controllo abbia determinato una ripartizione iniqua dei rischi tra le parti del rapporto. L'attenzione si sposta così da un aspetto importante, ma non essenziale, dell'operazione economica, al suo fattore caratterizzante, potremmo dire alla sua causa: ciò che il giudice nazionale è sollecitato a valutare è l'equilibrio di una clausola che imputa al consumatore il rischio di subire una perdita patrimoniale – commisurata alla differenza tra il debito contratto con il mutuo e il valore dei titoli – mentre assicura alla banca un guadagno certo, rappresentato dagli interessi decorrenti sul capitale virtualmente erogato.

Occorre aggiungere che qualora la clausola sulle conseguenze della risoluzione venga ritenuta abusiva – in quanto non trasparente, e squilibrata a danno del consumatore – la nullità si estenderebbe necessariamente all'intero contratto. In questa diversa prospettiva, le ragioni che determinano l'abusività della clausola che regola lo scioglimento anticipato del rapporto sono le stesse che portano a ritenere abusive – qualora non trasparenti – le previsioni che fissano le prestazioni essenziali dovute dalle parti. Come si è detto, infatti, la clausola sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia si limita a proiettare la causa del contratto di *leasing* di azioni sullo scenario dello scioglimento anticipato del rapporto, con il solo correttivo rappresentato dalla quantificazione forfetaria del lucro conseguibile dalla banca per effetto dell'immediata esigibilità della somma dovuta. In definitiva, se la clausola che regola la risoluzione anticipata è abusiva in quanto determina una ripartizione gravemente squilibrata dei rischi e delle opportunità di guadagno, la sua nullità si estende necessariamente all'intero contratto. L'esito non sarebbe diverso da quello al quale perviene la Cassazione italiana in applicazione dell'art. 1322, comma 2 c.c.

Se la Corte di Giustizia avesse inteso percorrere fino in fondo la strada indicata ai giudici nazionali, avrebbe dunque affermato che la nullità della clausola sulle conseguenze della risoluzione, estendendosi all'intero contratto, lo rende integralmente nullo. Ed è per questo motivo che la banca non può esigere dal consumatore il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione: siccome il rapporto contrattuale non si è validamente costituito, non si dà luogo a risoluzione né a risarcimento del danno, ma solo alla restituzione delle prestazioni eseguite. Il risarcimento del danno da risoluzione, in particolare, riprodurrebbe la struttura di un'operazione economica abusiva, in quanto squilibrata a favore del professionista e a danno del consumatore: necessario, dunque, escluderne l'applicazione.

Se letta in questi termini, l'affermazione della Corte può essere condivisa. Non, invece, se confrontata con altri enunciati rinvenibili in motivazione, e caratterizzati da un precipitoso ritorno entro i confini tracciati dalle questioni pregiudiziali: tanto da suscitare l'impressione che la Corte abbia inteso ridimensionare la portata della deviazione dal tracciato dei provvedimenti di rinvio ricollocandola entro una rassicurante cornice di normalità burocratica. Di qui il riferimento al «fascicolo» del procedimento, dal quale «risulta che i contratti di *leasing* di azioni di cui al procedimento principale possono sus-

sistere senza la clausola abusiva»¹⁴⁸: affermazione compatibile con la prospettiva dell’Hoge Raad olandese – incentrata sul vantaggio patrimoniale conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto – e non con l’invito a valutare l’equilibrio dei rischi sopportati dalle parti formulato nel corso della stessa motivazione. Di qui, ancora, l’implicazione in base alla quale siccome il contratto è in grado di resistere alla declaratoria di nullità della clausola il giudice non potrebbe sostituirla con la norma nazionale che prevede il risarcimento del danno da risoluzione¹⁴⁹. Confidiamo di aver dimostrato che tale affermazione è non solo criticabile per gli esiti ai quali conduce, ma anche incoerente con la stessa giurisprudenza della Corte.

ABSTRACT

Il saggio analizza gli scenari che conseguono alla declaratoria di abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, focalizzando l’attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Premessa una ricostruzione dei criteri che orientano il sindacato del giudice - volta a identificare quali aspetti dello stesso possano dirsi effettivamente armonizzati - viene condotta una valutazione differenziata in ragione delle caratteristiche della clausola ritenuta abusiva. Quando quest’ultima non definisce un aspetto essenziale dell’operazione economica, sicché il contratto è in grado di resistere alla sua rimozione, trova applicazione la nullità parziale necessaria che costituisce l’esito ordinario del giudizio di abusività. Si ritiene, allora, che alla declaratoria di nullità della clausola consegua senz’altro l’integrazione del regolamento contrattuale con una norma di fonte legale. L’affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, in base alla quale l’abusività della clausola comporta esclusivamente la sua soppressione, preclude la riduzione conservativa della clausola: non, invece, la sua sostituzione con le norme che sarebbero state applicate in assenza di essa. La situazione è diversa quando la clausola definisce un aspetto essenziale dell’operazione economica, come il bene o il servizio fornito dal professionista o il corrispettivo dovuto dal consumatore; al verificarsi di queste condizioni, si configura un’alternativa tra la nullità dell’intero contratto e la sua integrazione “ortopedica” mediante regole di fonte legale. Il saggio effettua un’analisi critica della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali prevalentemente effettuati da giudici spagnoli e dell’Est europeo ha elaborato nell’arco di pochi anni un nuovo assetto dei rimedi conseguenti all’esito positivo del controllo di abusività.

The essay investigates the scenarios that unfold when a term in a consumer contract is regarded as unfair, focusing on the European Court of Justice case law. After providing an overview of the criteria based on which a term may be regarded as unfair - with the aim of identifying which aspects of the judicial assessment are truly harmonized in the Euro-

¹⁴⁸ Punto 65.

¹⁴⁹ Punto 67.

pean legal systems - the author introduces a distinction based on the features of the term regarded as unfair. When such a term does not lay down essential obligations, the contract will continue to bind the parties, provided it can withstand the deletion of the unfair term. It is submitted that when a term is regarded as unfair it will necessarily be replaced with a legal provision of national law. When the ECJ rules that the unfair term must be removed - and not modified, nor partially saved - it prevents the national judge from adjusting such a term by revising its content or deleting a part of it (the one which is deemed unfair), but not from replacing it with the legal provisions that would have been applied if the term had not be drafted by the seller or the supplier. The situation is different when the unfair term lays down essential obligations, as it may happen when it sets out the features of the goods or services provided by the seller or supplier, or when it sets the price owed by the consumer. Under these conditions, it is up to the consumer to choose between the annulment of the entire contract or the replacement of the unfair term with a legal provision. The essay carries out a critical analysis of the judgements of the ECJ, which under the pressure of preliminary rulings mostly requested by Spanish and Eastern European judges has developed in a few years a new framework of remedies.



Lo standard del consumatore medio tra *homo oeconomicus* e *homo heuristicus*



Edoardo Bacciardi

SOMMARIO: 1. *To be or not to be*. – 2. *Homo oeconomicus* vs. *homo heuristicus*. – 3. La progressiva emersione del *target* del consumatore medio “a razionalità limitata”. – 4. I rischi di un behaviorismo preso «troppo sul serio». – 5. Vendite abbinate, condizionamento del consumatore e *status quo bias*. – 6. L’integrazione tra *BLE* e diritto dei consumatori *as it should be*.

1. *To be or not to be*

Il dilemma, espresso in forma amletica da J. Howard Beales III¹, circa la fattibilità – e l’auspicabilità – di un’incorporazione della *Behavioral Law and Economics* (di seguito *BLE*) nell’*acquis communautaire* giunge dinanzi alla Corte di giustizia, chiamata a precisare se lo standard del consumatore “medio” ricalchi pedissequamente il modello di attore razionale elaborato dall’economia classica ovvero se il prototipo dell’individuo «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» (*considerando* 18 dir. 2005/29/CE) necessiti di un *upgrade* ermeneutico alla luce del contributo proveniente dagli studi di psicologia cognitiva.

L’occasione per investire il giudice unionale di tale – «epocale»² – questione nasce dal procedimento avviato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei con-

¹ HOWARD BEALES III, *Consumer Protection and Behavioral Economics: To BE or Not to BE?*, in *Competition Policy International*, 2008, IV, 149 ss., il quale – tre lustri or sono – riteneva che la *BLE* non possedesse ancora, nonostante il suo promettente sviluppo e la utilità degli spunti offerti per la migliore comprensione delle decisioni individuali, una «*empirical foundation*» tale da giustificare l’attitudine ad influenzare le scelte normative (pp. 166-167).

² BONA, BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuro-*

fronti di una società finanziaria, alla quale veniva contestata l'aggressività della pratica di abbinamento fra contratti di credito e polizze non collegate ai prestiti. Stante il rifiuto del professionista di introdurre una «separazione temporale» di sette giorni tra la conclusione dei due negozi oggetto del “pacchetto”, il Garante riteneva la proposta di impegni formulata nel corso della procedura³ non sufficiente a «superare il condizionamento» dei consumatori ingenerato dalla vendita abbinata.

A supporto del ricorso e del successivo gravame, la finanziaria deduceva, fra gli altri motivi, la mancata dimostrazione degli specifici profili di scorrettezza della pratica censurata, nonché, di conseguenza, l'illegittima inversione dell'onere della prova circa la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione delle sanzioni previste nel codice del consumo. All'esito di un'analitica ricognizione del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, il Consiglio di Stato isola una serie di profili – quali la nozione di *average consumer* e gli effetti del c.d. incorniciamento delle informazioni – rilevanti ai fini della decisione e che, tuttavia, abbisognano di un chiarimento circa l'influenza esercitata dalle «teorie sulla razionalità limitata» sull'attuale conformazione delle tutele consumeristiche⁴.

scienze varcano la soglia di palazzo Spada), in *Foro It.*, 2022, XI, 546, a parere dei quali, una volta acquisita la consapevolezza che il mercato attuale si regge «per una parte considerevole sulle irrazionalità del consumatore», «la scelta è tra varie gradazioni di intervento e va condotta nell'ovvia consapevolezza che più è incisivo l'intervento, più si tutela la libertà del consumatore, più si guadagna in razionalità, tanto più ci si spinge verso un mercato che non potrà essere come l'attuale».

³ La proposta di impegni formulata dal professionista si incentrava, in particolare, sulla garanzia di una maggiore trasparenza in merito alla facoltatività della polizza e sull'attribuzione, in capo al consumatore, di un'incondizionata facoltà di recesso circoscritta al prodotto assicurativo (cfr. *infra* n. 5).

⁴ Cfr., senza pretesa di completezza, PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 451 ss.; BELLANTUONO, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, Liuc Papers n. 94, 2001; CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, 771 ss.; Id. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008; Id., *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 123 ss.; Id., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *An. giur. ec.*, 2012, I, 1 ss.; AQUINO, *Anomalie cognitive e scelte dei consumatori*, in *Cons. dir. e merc.*, 2008, III, 56 ss.; DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, I, 1 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 167 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 309 ss.; ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014; MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, III, 497 ss.; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2017, 637 ss.; TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 106 ss.; CARBONE, *Paternalismo, perfezionismo e regole nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, II, 225 ss.; BACCIARDI, *Il recesso*

La risposta alle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio è gravida di conseguenze che travalicano i confini della disciplina delle pratiche sleali. Sebbene, infatti, il recepimento della dir. 2005/29/CE costituisca il terreno elettivo sul quale avviare una riflessione «più realistica»⁵ in ordine alla formazione delle decisioni dei consumatori e alle tecniche di sfruttamento della loro razionalità limitata⁶, la misura del coefficiente di avvedutezza esigibile dalla controparte del professionista incide altresì – a titolo esemplificativo – sullo scrutinio riguardante la comprensibilità delle clausole contrattuali⁷, sulla valutazione dei limiti entro i quali gli obblighi informativi possono colmare l'asimmetria di ponderazione connotante le negoziazioni *b2c*⁸ e sulla perimetrazione della ragionevole aspettativa che scolpisce il giudizio di conformità nella vendita dei beni di consumo⁹.

del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali, Torino, 2019; LIACE, *Sulle emozioni e le reazioni dell'investitore irrazionale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 140 ss.; SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 2020, I, 493 ss.; ZOPPINI, voce «Contratto ed economia comportamentale», in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 313 ss.

⁵ CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, cit., 123.

⁶ GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 54-55.

⁷ Fra gli elementi di criticità segnalati da Guido Alpa a tre anni di distanza dal recepimento della direttiva sulle clausole vessatorie figuravano – in particolare – i seguenti quesiti: «nel valutare la chiarezza e la comprensibilità, si deve assumere come modello il consumatore medio (nel caso del diritto italiano, il buon padre di famiglia) oppure il consumatore “ragionevole”? Si deve tener conto della diligenza media con cui il consumatore deve leggere e capire le clausole? Si deve tener conto del consumatore in concreto, e cioè delle particolari circostanze in cui il contratto è stato concluso?» (ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, IV, 1184).

Il rilievo della *bounded rationality* nella contrattazione standardizzata viene altresì sottolineato da PARDOLESI, PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato 1996, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, 378, ad avviso dei quali la «normale ignoranza dei consumatori circa il contenuto dei contratti stipulati routinariamente non è effetto indotto da patologica superficialità, ma esprime appieno la razionalità limitata che governa i nostri comportamenti».

⁸ ZOPPINI, voce «Contratto ed economia comportamentale», cit., 317-318, il quale rimarca la distanza fra la «logica sottesa all'economia dell'informazione» – imperniata sull'assunto che il disequilibrio conoscitivo fra le parti possa essere colmato mediante la previsione di specifici obblighi di *disclosure* – e «la riflessione ispirata dalla BLE», ove «l'informazione precontrattuale, anche quando comunicata correttamente, può essere irrilevante e non recepita del tutto se il momento in cui è trasmessa è tardivo» e, in particolare, successivo alla «determinazione psicologica d'acquisto».

⁹ Rispetto all'alternativa tra un consumatore «critico e responsabile» ovvero «presuntivamente incapace di apprezzare il significato complessivo del regolamento contrattuale» – viene osservato – il *target* di agente sotteso al giudizio di conformità dei beni di consumo rappresenta un possibile «medio di conciliazione», nella misura in cui la *ragionevole aspettativa* «adombra il riferimento a ciò che, secondo regole di comune esperienza, una persona media può essere indotta ad aspettarsi da un certo tipo di contratto» (PAGLIANTINI, voce «Trasparenza contrattuale», in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 1290-1291).

L'inidoneità del «consumatore-tipo (“medio”) sufficientemente avveduto ed accorto» a fungere da «parametro della valutazione della capacità ingannevole della *réclame*» era stata segnalata, con largo anticipo rispetto all’emanazione delle prime direttive dedicate all’*advertising*, dalla più autorevole dottrina industrialista¹⁰, la quale aveva posto in rilievo, con altrettanta lungimiranza, l’esigenza di integrare l’accertamento della decettività delle tecniche di *marketing* con «cognizioni e rilevazioni scientifiche» implicanti la «conoscenza di dati tecnici, economici e sociologici che, per la loro estrema specialità, esulano di massima dalla formazione culturale del giudice (e del giurista in genere)»¹¹.

A distanza di oltre mezzo secolo da tale, duplice, intuizione, le argomentazioni poste a corredo dell’ordinanza in commento stimolano una riflessione sui vantaggi – e sulle possibili controindicazioni – discendenti da un aggiornamento dell’*identikit* del consumatore medio alla luce dell’interazione fra diritto privato europeo e *BLE*.

2. *Homo oeconomicus vs. homo heuristicus*

Al cuore del rinvio pregiudiziale in esame si pone, come accennato, l’alternativa fra un archetipo di consumatore medio perfettamente sovrapponibile alla «nozione classica dell’*homo oeconomicus*» – di cui vengono sintetizzati i principali tratti fisionomici¹² – e uno standard di agente elaborato alla luce della constatazione che «le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni “irragionevoli”», in quanto indotte da scorciatoie psicologiche (*euristiche*¹³) in grado di facilitare le scelte individuali e, talvolta, di comprometterne gli esiti¹⁴.

La staffetta tra *homo oeconomicus* e *homo heuristicus*, inteso quale prototipo decisionale incline ad autodeterminarsi mediante giudizi *semplificati*¹⁵, scandisce l’intera

¹⁰ GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, 98.

¹¹ GHIDINI, *op. cit.*, 99-100.

¹² Si tratta di un soggetto – evidenzia il Consiglio di Stato – «in possesso di quattro caratteristiche fondamentali: a) è un uomo giudice competente ed esclusivo dei propri interessi (stabili, completi e indipendenti dal contesto); b) è fortemente motivato a massimizzare la loro realizzazione; c) è orientato a fare ciò sulla base di un calcolo utilitaristico; d) valuta ogni bene desiderato in termini di utilità marginale».

¹³ TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 185, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Torino, 2018; KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, 2022.

¹⁴ Per una mappatura delle variabili in grado di limitare la razionalità degli agenti economici, cfr. il fondamentale contributo di H. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

¹⁵ Ciò non significa, peraltro, che alcune scorciatoie psicologiche non possano condurre a «buoni risultati» [MONTI, GIGERENZER, MARTIGNON, *Le decisioni in ambito finanziario: dall’*homo oeconomicus* all’*homo heuristicus**, in BALCONI, ANTONIETTI (a cura di), *Scegliere, comprare. Dinamiche di acquisto in psicologia e neuroscienze*, Milano, 2009, 58], al punto che, come accenneremo (*infra* n. 4), parte della dottrina ritiene che il ragionamento euristico sia suscettibile di determinare un incre-

evoluzione del diritto dei consumi, tanto nell'esperienza giuridica americana – ove l'ibridazione del *reasonable consumer* con innesti comportamentali risulta ormai collaudata – quanto nella dimensione europea.

Riguardo al modello statunitense, la protezione dei consociati dagli effetti distortivi dell'*advertising* – estesa, in una prima fase, (anche) agli utenti maggiormente predisposti a cadere vittima di errori cognitivi – è stata plasmata, a partire dagli anni '80, sul (ben più ristretto) paradigma del consumatore *ragionevole*¹⁶. La crescente diffusione di studi sul rilievo giuridico dei *behavioral biases*¹⁷ ha contribuito, complice la crisi finanziaria del 2008¹⁸, a (ri)orientare il consumerismo d'oltreoceano verso un approccio meno ottimista rispetto al grado di razionalità delle scelte individuali e, dunque, più aperto alla contaminazione con le ricerche di *BLE*.

Volgendo lo sguardo al vecchio continente, i destinatari elettivi delle tutele consumeristiche furono originariamente identificati con i soggetti *più deboli* raggiunti dalle strategie di *marketing* delle imprese, stante l'esigenza di proteggere «*those who could not cope with the increased choice and the resulting risks*»¹⁹. La successiva edificazione del mercato comune è stata, per converso, forgiata su un modello di attore economico prossimo al paradigma neoclassico, con un inevitabile innalzamento delle capacità di attenzione, acume e spirito critico esigibili dal contraente non professionale²⁰.

Una fotografia del *target* di agente oggi scolpito nel *considerando* 18 della dir. 2005/29/CE emerge, nitidamente, nelle motivazioni della sentenza *Mars*, ove il giudice unionale, a fronte di una campagna pubblicitaria che offriva agli acquirenti una percentuale di prodotto gratuita raffigurata in modo distorto (ed ovviamente superiore a quella effettiva) sulla confezione, escluse l'ingannevolezza di tale rappresentazione grafica, ritenendo «legittimo presumere che un consumatore munito di un normale potere di discernimento sappia che non sussiste necessariamente una connessione tra la dimen-

mento, e non una riduzione, del livello di accuratezza delle decisioni (GIGERENZER, BRIGHTON, *Homo Heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences*, in *Topics in Cognitive Science*, 2009, 107 ss.).

¹⁶ HACKER, *The Behavioral Divide. A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU*, in *European Review of Contract Law*, 2015, 307-308.

¹⁷ Cfr. JOLLS, SUNSTEIN, THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 50, 1471 ss., giudicato il «*foundational paper of the discipline*» da HACKER, *More Behavioral vs. More Economic Approach: Explaining the Behavioral Divide between the United States and the European Union*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2016, 377, nt. 119.

¹⁸ HACKER, *op. ult. cit.*, 377-378.

¹⁹ Cfr., riguardo alla «*first generation of national consumer law*», MICKLITZ, *The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A bitersweet polemic*, Working Paper, EUI LAW, 2012/03.

²⁰ STUYCK, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 391-392; HACKER, *The Behavioral Divide*, *cit.*, 311 ss.

sione delle diciture pubblicitarie relative ad un aumento della quantità del prodotto e l'entità dell'aumento stesso»²¹.

Quanto alla ricorsiva descrizione dell'*average consumer* in termini di soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», tale formula – divenuta un vero e proprio «fatto costitutivo della tutela europea»²² – è stata coniata dalla Corte di giustizia al fine di sciogliere l'alternativa, sottoposta dal *Bundesverwaltungsgericht*, fra un archetipo di consumatore «disattento ed acritico» ovvero «attento ed accorto»²³. La netta preferenza (sinora) accordata alla seconda opzione è ascrivibile, per un verso, alla presunzione che i destinatari delle comunicazioni pubblicitarie «will inform themselves about the quality and price of products and will make intelligent choices»²⁴, nonché, per un altro verso, al postulato secondo cui il «rischio di inganno dei consumatori» connaturato alle pratiche commerciali può «prevalere» sulle «esigenze della libera circolazione delle merci» soltanto laddove esso risulti «sufficientemente grave»²⁵.

Una maggiore attenzione ai processi psicologici di consumo si registra, inizialmente, sul terreno della disciplina dei segni distintivi e, in particolare, riguardo allo scrutinio sulla *confondibilità* tra i marchi dei prodotti esposti nei supermercati, all'interno dei quali il cliente è solito impiegare «poco tempo tra i successivi acquisti», risultando «guidato più da un'impressione che dal raffronto diretto» dei marchi stessi²⁶. La constatazione che, su un piano più generale, «il consumatore medio solo raramente ha la possibilità di procedere a un confronto diretto dei vari marchi», facendo piuttosto «affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha mantenuto nella memoria»²⁷, ha indotto la giurisprudenza unionale ad assegnare agli elementi figurativi del marchio – solitamente muniti di una valenza distintiva inferiore rispetto a quelli denominativi – un ruolo «più importante» nella «percezione» degli acquirenti²⁸.

L'eventualità che il destinatario di determinate sollecitazioni pubblicitarie possa assumere una «scelta che non è sempre razionale» viene riconosciuta *apertis verbis* nella

²¹ Corte di giustizia, 6 luglio 1995, causa C-470/93, sulla quale cfr. PURNHAGEN, VAN HERPEN, *Can Bonus Packs Misdemeanor Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's Mars Judgement*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 217 ss.

Il caso *Mars* viene menzionato, a riprova dell'adozione di uno standard di consumatore «adeguatamente informato e razionale», da PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2007, 747, ad avviso della quale il modello di *average consumer* elaborato dal giudice unionale è «scarsamente aderente alla realtà», rivelando una «sopravalutazione delle capacità del consumatore» che collide con le acquisizioni provenienti dagli studi comportamentali (pp. 752-754).

²² PAGLIANTINI, voce «Contratti del consumatore», in *Enc. dir., I tematici*, I, cit., 73.

²³ Corte di giustizia, 16 luglio 1998, causa C-210/96.

²⁴ Conclusioni dell'AG Fennelly del 16 settembre 1999, causa C-220/98.

²⁵ Corte di giustizia, 26 novembre 1996, causa C-313/94.

²⁶ Tribunale di Primo Grado, 12 settembre 2007, causa T-363/04.

²⁷ Corte di giustizia, 22 giugno 1999, causa C-342/97.

²⁸ Tribunale di Primo Grado, 11 dicembre 2014, causa T-480/12.

sentenza *Purely Creative*, dove la prospettazione ai consumatori della disponibilità di un omaggio è stata stigmatizzata – e ricondotta alla pratica descritta nel punto 31 dell’allegato alla direttiva del 2005 – in ragione dell’assunto per cui la semplice idea di «prendere possesso del premio» può indirizzare la controparte del professionista verso decisioni «che non avrebbe preso altrimenti, come quella di scegliere il metodo più rapido per conoscere il premio vinto, quando invece tale metodo può essere quello che comporta il costo più elevato»²⁹.

Un’ulteriore pronuncia – stavolta in materia di etichettatura – salutata con favore dai sostenitori di una necessaria revisione del prototipo del consumatore medio³⁰ è quella resa nel caso *Teekanne*³¹, riguardante la discrasia fra lo slogan che prometteva agli acquirenti di un infuso di frutta una «avventura al lampone/vaniglia» e l’elenco degli ingredienti riportato sulla confezione, dalla cui lettura emergeva l’assenza di tali aromi. Investita della questione, la Corte di giustizia ha statuito che i dati sulla composizione del preparato si rivelavano, per quanto esaustivi, inidonei a «correggere in maniera sufficiente l’impressione errata o equivoca del consumatore (...) risultante dagli altri elementi» del *packaging*³².

3. La progressiva emersione del *target* del consumatore medio “a razionalità limitata”

A sostegno della opportunità di un *restyling* della nozione di consumatore medio, il Consiglio di Stato sottolinea come le «considerazioni sulla razionalità limitata» degli attori economici, a lungo rimaste «patrimonio pressoché esclusivo delle riflessioni dottrinali», abbiano assunto un crescente rilievo tanto nel diritto derivato nazionale – in relazione al quale viene richiamata la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri

²⁹ Corte di giustizia, 18 ottobre 2012, causa C-428/11.

In particolare, i consumatori venivano genericamente informati di avere «diritto a reclamare» una serie di beni/servizi, i quali «spaziavano da un premio di notevole valore» ai «premi più comuni». Al fine di «scoprire che cosa aveva diritto a reclamare», il cliente poteva chiamare un numero di telefono a tariffa maggiorata, usare un servizio di messaggistica di testo a suo carico, oppure ottenere l’informazione mediante posta ordinaria. Considerato il «minore rilievo» dato «alla via postale rispetto a quella telefonica a tariffa maggiorata», era stato riscontrato che «oltre il 99% di coloro che reclamavano un premio avevano diritto a ricevere i premi più comuni, il cui valore equivaleva in pratica a una parte consistente di quanto già pagato in spese telefoniche o per messaggi di testo, oppure in spese fissate per la consegna e l’assicurazione».

³⁰ Cfr. PURNHAGEN, *More Reality in the CJEU’s Interpretation of the Average Consumer Benchmark - Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2017, 437 ss.

³¹ Corte di giustizia, 4 giugno 2015, causa C-195/14.

³² Corte di giustizia, 4 giugno 2015, causa C-195/14.

in materia di analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione – quanto negli «atti ufficiali dell'Unione Europea» e nella giurisprudenza della Corte di giustizia³³.

L'esigenza di allineare la normazione consumeristica ai principi di «analisi sociologica e psicologica» dei comportamenti di acquisto emerge dalla stessa relazione illustrativa del codice del consumo, nella quale si evidenzia che le dottrine economiche incentrate sugli «assiomi» della «razionalità assoluta» e della «completa informazione degli attori economici» sono state «radicalmente riformulate» grazie allo sviluppo di «nuovi studi» in grado di mettere meglio a fuoco le «dimensioni connotanti la strutturale debolezza del consumatore»³⁴.

Il dialogo fra *consumer protection* e *BLE* si intensifica nell'orbita del diritto privato europeo, ove l'approfondimento delle reazioni psicologiche individuali assurge, da almeno un decennio, a «elemento chiave» per il successo delle politiche comunitarie³⁵. Degni di menzione si rivelano, a tale proposito, i rapporti finali dello studio sulla *Consumer Vulnerability*³⁶ e del *Fitness Check*³⁷, nonché, da ultimo, il *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment*, che edifica sui risultati mutuati dall'indagine comportamentale una «nuova tassonomia»³⁸ delle politiche di *marketing* adottate dalle imprese nella dimensione digitale.

La consacrazione della *BLE* quale parte integrante dello strumentario interpretativo delle fonti consumeristiche sembra essere avvenuta in relazione alla pratica – menzionata dal giudice del rinvio – del c.d. *framing*. Il riferimento operato dall'art. 6 dir. 2005/29/CE alla possibile ingannevolezza di un'informazione «di fatto corretta» trova, invero, coerente sviluppo sia negli Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della direttiva – la cui ultima versione riconduce i c.d. *dark patterns*³⁹ entro la categoria delle tecniche manipolatorie – sia nel Reg. (UE) 2022/2065, il quale inibisce ai fornitori di piattaforme *online* di «distorcere o limitare l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dei desti-

³³ Il giudice del rinvio menziona, in particolare, la sentenza *Purely Creative* (sulla quale cfr. *supra* n. 2).

³⁴ Siffatta direttiva metodologica è rimasta, tuttavia, priva di un immediato e significativo sviluppo; GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., 72.

³⁵ VAN BAVEL, HERRMANN, ESPOSITO, PROESTAKIS, *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, 3.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Consumer Vulnerability across Key Markets in the European Union, Executive Summary*, 2016.

³⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing law, Final Report Part 1 – Main Report*, 2017.

³⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment: Dark Patterns and Manipulative Personalisation*, Final Report, 2022.

³⁹ I «percorsi oscuri» sono definiti, negli stessi Orientamenti, come un «tipo di *nudging* (spinta gentile) malevolo» *incorporato* nelle «interfacce di progettazione digitale» ed alternativamente basato su dati personalizzati ovvero sullo sfruttamento di «errori euristici e comportamentali».

natari del servizio» – ivi compresi i consumatori⁴⁰ – «attraverso la struttura, la progettazione o le funzionalità di un’interfaccia online o di una parte della stessa» (*considerando* 67)⁴¹.

Alla riformulazione dello standard del consumatore *medio* dovrebbe auspicabilmente fare da *pendant* un aggiornamento del *target*, ad esso limitrofo e complementare⁴², del consumatore *vulnerabile*, attualmente ancorato ai fattori – «età», «infermità» e «ingenuità» – tipizzati dall’art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE.

Riflessa attraverso le lenti dell’analisi comportamentale, la vulnerabilità – intesa quale limitata capacità di massimizzazione delle decisioni individuali⁴³ – tende ad emanciparsi dal rigido collegamento con la condizione di alcuni gruppi di consumatori, attraversando orizzontalmente l’intera platea dei destinatari di determinate pratiche commerciali. Esempio, in questa prospettiva, si rivela il settore del *marketing* digitale personalizzato, mediante il quale le imprese riescono – complice l’adozione di sofisticate tecniche di profilazione⁴⁴ – a insinuarsi nelle «finestre di vulnerabilità»⁴⁵ che si aprono, in modo intermittente, anche negli utenti più vigili e avveduti⁴⁶.

⁴⁰ È il *considerando* 2 del Reg. 2022/2065/UE, in particolare, a precisare che «gli utenti commerciali, i consumatori e gli altri utenti devono essere considerati “destinatari del servizio”».

⁴¹ Il *considerando* 67 del Regolamento lascia impregiudicate – escludendone la qualificazione in termini di *percorso oscuro* – le «pratiche legittime, ad esempio nel campo della pubblicità, conformi al diritto dell’Unione» e puntualizza che le norme sui *dark patterns* «dovrebbero essere interpretate come atte a disciplinare le pratiche vietate che rientrano nell’ambito di applicazione del presente regolamento nella misura in cui tali pratiche non siano già contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679». Riguardo a tale aspetto, l’art. 25 Reg. (UE) 2022/2065 sancisce, da un lato, che «i fornitori di piattaforme online non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate», escludendo, da un altro lato, l’applicazione del divieto «alle pratiche contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679».

⁴² ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012, 76, la quale sottolinea che «la tutela del consumatore vulnerabile non ha fini diversi dalla tutela del consumatore medio», risultando, entrambe, strumentali alla protezione della «libertà del consumatore che, “in concreto”, può essere parte di un rapporto di consumo» ed al quale deve essere garantita la possibilità di assumere «decisioni (...) consapevoli e libere».

⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *Consumer vulnerability*, cit.

⁴⁴ Cfr. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, III, 413.

⁴⁵ CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, 1033.

⁴⁶ Evidenziano – in merito alla caratura trasversale della vulnerabilità digitale – HELBERGER, MICKLITZ, SAX, STRYCHARZ, *Surveillance, Consent and The Vulnerable Consumer. Regaining Citizen Agency in the Information Economy*, in HELBERGER, LYNSKEY, MICKLITZ, ROTT, SAX, STRYCHARZ, *Eu Consumer Protection 2.0. Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Brussels, 2021, 11: «Every consumer has a persuasion profile. The digitization of consumer markets and electronic transactions has enabled entirely new forms of personalized persuasion strategies that discover, and build on, individual biases, weaknesses, preferences and needs and that can be directed, very purposefully, at making

L'enfatico rilievo secondo cui «*we are all vulnerable in the digital economy*»⁴⁷ rende indifferibile una cernita, non necessariamente circoscritta all'ambiente digitale, degli elementi *situazionali*⁴⁸ ritenuti in grado, anche alla luce degli esiti della riflessione behaviorista, di indurre i consumatori ad assumere – in violazione dell'obiettivo unionale di presidiarne la «libertà di scelta»⁴⁹ – decisioni *inconsapevoli*.

4. I rischi di un behaviorismo preso «troppo sul serio»

Così riassunto il percorso di graduale avvicinamento tra diritto privato europeo e scienze comportamentali, è necessario dare conto – altrettanto sinteticamente – degli effetti collaterali discendenti dalla trasposizione normativa dei risultati attinti dalla *BLE*.

Un primo elemento di criticità riguarda l'ambiente *sperimentale* nel quale vengo indagate le alterazioni motivazionali degli agenti economici⁵⁰, la cui differenza con il «mondo reale»⁵¹ rende complessa la generalizzazione degli esiti – fondati su presupposti e premesse tendenzialmente non replicabili⁵² – raggiunti dai behavioristi. Questa difficoltà metodologica è destinata ad acuirsi esponenzialmente laddove si pretenda di condensare le acquisizioni della psicologia cognitiva in soluzioni normative applicabili (anche) in contesti situazionali e/o segmenti di mercato nei quali il medesimo esperimento avrebbe potuto condurre a conclusioni diverse⁵³.

consumers – even those that do not belong to the typical categories of vulnerable consumers – vulnerable, in the sense of affecting their ability to rationally deal with a particular marketing practice».

⁴⁷ SØRENSEN, SEIN, ROTT, *Response of the European Law Institute (European Commission's Public Consultation on Digital Fairness – Fitness Check on EU Consumer Law)*, 2023 (www.europeanlawinstitute.eu).

⁴⁸ Sul concetto di vulnerabilità situazionale cfr. HILL, SHARMA, *Consumer Vulnerability*, in *Journal of Consumer Psychology*, 2020, 30, 3, 562.

⁴⁹ M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, IV, 1280, a parere del quale «il fatto che le scelte del consumatore non si possano misurare sulla base di un criterio oggettivo di razionalità può convincere dell'impossibilità di una perfetta efficienza allocativa, ma non toglie che le scelte dei consumatori, comunque motivate, siano scelte libere di persone reali, che come tali meritano comunque rispetto in linea di principio».

⁵⁰ MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, *FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 48*, 2002, 2017.

⁵¹ POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, in *Stanford Law Review*, 1997, 1570.

⁵² RIZZO, *The Paternalistic Turn in Behavioral Law and Economics: A Critique*, in *Review of Law & Economics*, 2021, 262-263.

⁵³ Cfr., in relazione alla disciplina delle clausole abusive, FAURE, LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 354-355, i quali evidenziano, al netto di tali osservazioni critiche, che l'apporto delle scienze comportamentali «*can and should be used to draft effective and efficient behaviourally informed consumer policy*».

Altra parte della dottrina ha – ancor più alla radice – messo in dubbio la condivisibilità dell'assunto secondo cui le euristiche «*are always second best*»⁵⁴ rispetto al ragionamento non intuitivo, con la conseguente, potenziale, fallacia dell'assioma che desume dalla razionalità limitata degli individui l'esigenza di un intervento di matrice paternalistica. A differenza della *rational choice theory* – viene osservato – lo studio delle euristiche agevola la comprensione delle *modalità* attraverso le quali gli individui elaborano i propri giudizi⁵⁵, dimostrando che i c.dd. pensieri veloci conducono spesso (e non solo raramente) a deliberazioni volitive efficienti⁵⁶.

Nel restringere, in questa sede, il campo di osservazione all'impatto delle intuizioni comportamentali – supponiamo scientificamente corrette – sulla regolamentazione euronitaria delle pratiche sleali, la censura indiscriminata di tutte le strategie di *marketing* che fanno leva sui *behavioral biases* dei consumatori arrecherebbe un eccessivo *vulnus* alla libertà di espressione, anche pubblicitaria, presidiata dalle fonti sovranazionali⁵⁷. Tanto più viene dilatata la pletora delle distorsioni cognitive potenzialmente suscettibili di assumere rilievo giuridico, quanto più angusti divengono, invero, i margini entro i quali le imprese possono «incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori»⁵⁸ senza alterarne la capacità di determinarsi consapevolmente.

Escludendo la improbità delle pratiche commerciali che si limitano a *sollecitare* – senza per questo rendere «inautentica»⁵⁹ – una decisione di consumo, la dir. 2005/29/CE istituisce una regola *de minimis*⁶⁰ che merita di essere preservata, con i dovuti accorgimenti, anche a fronte di una riduzione del coefficiente di avvedutezza esigibile dal

⁵⁴ GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 2015, 374.

⁵⁵ BRENNCKE, *Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy*, 2022, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4238596), 57: «heuristics relate to the process of decision-making whereas rational choice theory is silent about the causal processes underlying choice and about which choice process ought to be the rational one».

⁵⁶ STANOVICH, *Perceiving rationality correctly*, in *Psychonomic Bulletin & Review*, 2018, 810 ss.; GIGERENZER, BRIGHTON, *Homo Heuristicus*, cit., 134-137.

⁵⁷ Sulla riconducibilità del *commercial speech* all'art. 10 CEDU e all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cfr. Corte di giustizia, 3 febbraio 2021, causa C-555/19.

⁵⁸ *Considerando* 6 dir. 2005/29/CE. Sul problema della individuazione del coefficiente di suggestività che le imprese possono legittimamente raggiungere nell'*advertising*, ci sia consentito il rinvio a BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali «generalmente ammesse»*, in *Persona e mercato*, 2021, IV, 799 ss.

⁵⁹ GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 53.

⁶⁰ MELI, «Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di *de minimis* nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in MELI, MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 38-40, a giudizio del quale l'interprete è chiamato a «guardare (...) ai potenziali effetti complessivi di una pratica (...), ponendoli in una relazione di proporzionalità con i costi richiesti al professionista per evitarli: tanto minori saranno i primi, tanto meno rigoroso dovrà essere il giudizio sull'adeguatezza dei costi affrontati dal professionista per evitare l'esito scorretto, e viceversa».

consumatore «non specializzato»⁶¹ e, tendenzialmente, non disposto a investire tempo e risorse per reperire informazioni il cui costo di acquisizione «è superiore al guadagno» che «prevede di ricavare»⁶².

La sterilizzazione di qualsiasi effetto persuasivo dell'*advertising* comprometterebbe, peraltro, l'«equilibrio» – alla cui conservazione il *target* di *average consumer* è istituzionalmente preordinato⁶³ – tra la duplice esigenza di «proteggere il consumatore» e «promuovere il libero scambio su un mercato aperto e concorrenziale» (Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della dir. 2005/29/CE; 2021/C-526/01). Si pensi, a tale riguardo, alla collaudata influenza che il c.d. *pricing \$9 tricking* esercita sui comportamenti di acquisto in ragione della «illusione di convenienza» promanante dall'abitudine degli individui a prestare «maggiore attenzione alle cifre di sinistra del numero» che esprime il prezzo dei prodotti⁶⁴. Nonostante tale espediente venga adottato per «indurre (magari sporadicamente) in errore una parte (magari minoritaria) dei consumatori», la scelta legislativa di «mettere al bando» i prezzi *a terminazione 9* potrebbe «naturalmente (...) sembrare stravagante»⁶⁵ e, con ogni probabilità, ultronea rispetto allo scopo di presidiare la corretta formazione del consenso del consumatore medio, sia pure (ri)qualificato in termini di attore a razionalità “scemata”.

Al bilanciamento fra *consumer protection* e competitività delle imprese si giustappone il conflitto, *interno* alla vasta ed eterogenea categoria dei consumatori⁶⁶, fra gli interessi degli utenti più inclini a cadere vittima di pregiudizi cognitivi e quelli di coloro che agiscono sul mercato con un grado di attenzione medio o superiore alla media.

A titolo esemplificativo, la ipotetica scelta legislativa di proibire il *mail-in rebate* – consistente nella prospettazione di un futuro risparmio di spesa condizionato all'invio al produttore di uno o più *coupon* entro una scadenza predeterminata – impedirebbe alle imprese di “scommettere” sulla inerzia dei propri clienti, inducendole a concedere

⁶¹ BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2° ed., Padova, 2020, 208, che riconduce a tale modello il soggetto che opera nei «mercati dei prodotti di largo consumo» in modo «pressoché automatico, impegnando solo un minimo grado di attenzione nella scelta e nell'acquisto».

⁶² PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata*, cit., 464.

⁶³ «Uno standard di protezione che implicasse un livello di tutela inclusivo di *tutti* i consumatori» – viene sottolineato – «caricherebbe le imprese di oneri *sproporzionati*, perché eccessivamente gravosi, convertendosi nell'opposto di una variabile comportamentale *market oriented*» (PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, I, 5; Id., *Il consumatore fra-stagiato*, Pisa, 2021, 164).

⁶⁴ LUGLI, *Neuroshopping. Come e perché acquistiamo*, Milano, 2011, 195.

⁶⁵ CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons. dir. merc.*, 2012, II, 78.

⁶⁶ La possibilità di individuare dei (sotto)gruppi di utenti muniti di un grado di avvedutezza superiore o inferiore rispetto a quella dell'*average consumer* emerge, peraltro, dal riferimento al «membro medio» (del gruppo di consumatori) operato dall'art. 20 cod cons., di guisa che può rendersi necessario «un adattamento del parametro [del consumatore medio] alle peculiari caratteristiche (“medie”) dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i messaggi pubblicitari, le dichiarazioni e le comunicazioni finalizzate alla promozione di un bene o di un servizio» (DE CRISTOFARO, voce «Pratiche commerciali scorrette», in *Enc. Dir.*, Annali, V, cit., 1095).

sconti «certi, ma di entità minore», con il duplice risultato di «incrementare il benessere dei consumatori che di fatto non usufruiscono dello sconto condizionato» e di «diminuire[...] il benessere del gruppo di consumatori che sono invece disposti ad affrontare la fatica di adempiere le condizioni imposte dal produttore pur di ottenere lo sconto»⁶⁷. La necessità di soppesare il «*welfare gained by vulnerable consumers*» e il «*welfare loss suffered from non-vulnerable consumers*»⁶⁸ rende tutt'altro che agevole l'individuazione della soluzione normativa migliore per i consumatori, intesi quale «*continuum that runs from very sophisticated to very vulnerable*»⁶⁹.

Infine, la condivisibile esigenza di accordare rilievo a talune delle euristiche fallaci che scandiscono i comportamenti di acquisto non può assurgere ad alibi per depotenziare le politiche di *educazione* del consumatore, il cui rafforzamento si rivela imprescindibile affinché la progressiva «sostificazione» delle tecniche di cattura del consenso elaborate dalle imprese possa, almeno in parte, essere compensata dalla parallela «crescita nelle conoscenze» dei relativi destinatari⁷⁰. L'idea che individua nelle tendenze irrazionali dei consociati una variabile ineliminabile del mercato⁷¹ – come tale suscettibile, al più, di essere *aggirata* da un intervento legislativo⁷² – rischia, peraltro, di tramutare la giusta attenzione riservata alla psicologia del consumatore in uno «psicologismo» esclusivamente empirico, legittimante la creazione di uno *status* di debolezza strutturale del contraente non professionale⁷³.

⁶⁷ DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1085.

⁶⁸ TRZASKOWSKI, *Lawful Distortion of Consumers' Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive*, 2016 (<https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/46855307>), 6.

⁶⁹ TRZASKOWSKI, *The Unfair Commercial Practices Directive and Vulnerable Consumers (Paper presented at 14th Conference of the International Association of Consumer Law)*, 2013, 38.

⁷⁰ Cfr., in relazione al discrimine fra *dolus malus* e *dolus bonus*, FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 344. Il consumatore che opera in un dato momento storico – osserva l'A. – non si trova «necessariamente (...) ad essere più sprovveduto del consumatore del passato», di guisa che la «maggiore tutela del consumatore, dell'assicurato, del cliente della banca, non deriva da una progressiva debolezza della categoria dei consumatori, bensì riflette un fenomeno più generale di tutela civile della persona in un settore particolare della sua attività».

⁷¹ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 327, il quale sottolinea che la legislazione europea «solo in parte punta a prevenire comportamenti economici irrazionali attraverso l'educazione del consumatore e la sua informazione; prevalentemente, invece, dà per acquisito il fatto che questi comportamenti irrazionali esistono e sono permanenti».

⁷² Tale approccio viene richiamato, in senso critico, da POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, cit., 1575; ID., *Behavioral Law And Economics: A Critique, Economic Education Bulletin*, 2002, 32-33.

⁷³ BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 427 ss.

Riassumendo i *cons* di un rilettura behaviorista del diritto dei consumi presa «troppo sul serio»⁷⁴, l'edificazione di un modello di *average consumer* a razionalità (eccessivamente) limitata rischia a) di identificare, sulla base di indicazioni elaborate in un *habitat* sperimentale, il *target* europeo di consumatore con un soggetto irrimediabilmente ingenuo e sprovveduto; b) di alterare l'equilibrio tra la difesa della consapevolezza delle decisioni di consumo e la tutela (anche costituzionale) dell'*advertising*, conducendo ad un mercato «senza pubblicità», giudicato da taluno un esito ancora «più deprimente di un mercato con alcune manipolazioni e distorsioni delle preferenze»⁷⁵; c) di generare una serie di costi a carico dell'intera platea dei consumatori, ivi compresi coloro che operano sul mercato con un livello di attenzione pari o superiore alla media; d) di affidare le sorti della *consumer protection* a interventi di matrice esclusivamente paternalistica, lasciando sullo sfondo iniziative e misure atte a stimolare, «*by educating consumers about being a consumer*»⁷⁶, l'attitudine critica dei destinatari delle strategie di *marketing*.

5. Vendite abbinate, condizionamento del consumatore e *status quo bias*

Dirigendo l'attenzione verso la pratica commerciale sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, la condotta stigmatizzata dal Garante concerne l'«abbinamento forzoso, al momento della stipula di contratti di finanziamento personale, di prodotti assicurativi non collegati al credito, di cui la stessa finanziaria è intermediaria». Lo «stato di bisogno in cui normalmente versa chi chiede un finanziamento» svela, effettivamente, una condizione di debolezza dell'aspirante mutuatario, discendente non tanto da un *deficit* di ponderazione quanto piuttosto dal «timore di non vedere approvato il finanziamento», suscettibile di indurlo ad accettare, supinamente, la combinazione tra polizza e prestito.

Individuata l'esigenza di tutela del consumatore raggiunto dalla pratica in esame, è utile operare un raffronto tra le soluzioni rispettivamente indicate dall'AGCM e dal professionista al fine di permettere ai clienti di decidere consapevolmente e, soprattutto, *liberamente* se acquistare o meno il «pacchetto» reclamizzato dalla finanziaria.

Ad avviso del Garante, il rischio di una coartazione psicologica del contraente può essere scongiurato soltanto tramite un disallineamento cronologico di sette giorni tra la sottoscrizione del finanziamento e la collocazione del prodotto assicurativo. La previsione di un siffatto *spatium deliberandi* assumerebbe – si legge nell'ordinanza in commento – le fattezze di una «deroga al principio della possibilità di abbinamento», giustificata in

⁷⁴ MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously?*, cit.

⁷⁵ GÓMEZ POMAR, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *InDret*, 2006, I, 8.

⁷⁶ TWIGG-FLESNER, *The Importance of Law and Harmonization for the EU's Confident Consumer*, in LECZYKIEWICZ, WEATHERILL (a cura di), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement*, Oxford, 2016, 201.

ragione del pericolo di condizionamento determinato dalla simultanea conclusione dei due contratti.

A preservare la libertà contrattuale del consumatore sarebbero invece sufficienti, secondo il professionista, il potenziamento degli obblighi di *disclosure* riguardanti la facoltatività della polizza e l'attribuzione, in capo all'aderente, di un incondizionato diritto di recesso circoscritto all'assicurazione. Quanto alla necessaria separazione temporale fra i due contratti, la finanziaria ritiene che un «effetto analogo» possa essere conseguito mediante l'assunzione del duplice impegno di contattare il cliente sette giorni dopo la conclusione dell'affare – al fine di sondarne il persistente interesse a fruire dell'*insurance product* – e di farsi carico del premio assicurativo nelle more tra la collocazione della polizza e il contatto telefonico con il consumatore.

L'alternativa tra lo *sfasamento cronologico dei contratti abbinati* e il mantenimento della loro *contemporanea sottoscrizione corredata dalla libera recedibilità dal contratto di assicurazione* sottende, a ben vedere, il diverso rilievo accordato allo *status quo bias*⁷⁷, espressivo della tendenza degli individui a conservare la situazione corrente – intesa, in questa sede, come sommatoria delle precedenti scelte negoziali – rispetto alla possibilità di una variazione, anche ove quest'ultima venga associata ad un possibile miglioramento. Mentre, dunque, l'interesse del professionista a *catturare* contestualmente il *duplice* consenso del cliente alla sottoscrizione del finanziamento e della polizza cela una “scommessa” sulla successiva inerzia di una larga quota di contraenti, la soluzione ipotizzata dal Garante permette al consumatore di valutare la convenienza del prodotto assicurativo *dopo* il conseguimento del prestito e, dunque, *al riparo* da qualsivoglia condizionamento emotivo⁷⁸.

Acclarata la non perfetta equipollenza – anche nella prospettiva della *BLE* – tra le richieste formulate dall'AGCM e gli impegni proposti dalla finanziaria, occorre valutare se la *maggior tutela* del cliente risultante dall'imposizione di un intervallo temporale fra le due componenti della vendita abbinata giustifichi l'introduzione di una *deroga* alla

⁷⁷ SAMUELSON, ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, I, 7 ss.; KAHNEMAN, KNETSCH, THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, V, 193 ss.

⁷⁸ Su un piano generale – è stato osservato – il rilievo delle «condizioni soggettive di vulnerabilità» interessate dalle pratiche aggressive non è necessariamente legato a un «giudizio sulla razionalità economica» del comportamento del consumatore, di guisa che le molestie, le coercizioni e gli indebiti condizionamenti sono censurabili *anche laddove* l'ipotetica resistenza o l'ipotetica reazione a tali comportamenti non comportino un costo per il consumatore (...) ed a maggior ragione *indipendentemente* da un giudizio di proporzione economica tra un simile eventuale costo ed il valore della scelta di natura commerciale sulla quale la pratica commerciale esercita un'influenza; ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 130-131, ad avviso del quale un siffatto giudizio (sulla razionalità economica del consumatore), pur non essendo *irrelevante* – nella misura in cui può assumere significato la «asseverazione di media incapacità (...) di resistenza o di reazione» – non è *necessario* in quanto non *richiesto* dalla fattispecie generale di scorrettezza né dalle fattispecie della lista nera delle pratiche aggressive.

facoltà delle imprese di proporre «un prodotto assicurativo (...) insieme a un prodotto o servizio accessorio diverso da un'assicurazione, come parte di un pacchetto o dello stesso accordo» (art. 24, par. 1, dir. 2016/97/UE).

Alcune, prime, indicazioni possono essere tratte dalla stessa giurisprudenza unionale, la quale ha avuto occasione di censurare la normativa nazionale introduttiva di una «presunzione di illegittimità» delle offerte congiunte, ritenuta incompatibile sia con il vincolo dell'armonizzazione completa posto dal legislatore europeo, sia con la «economia generale delle disposizioni della direttiva»⁷⁹. In una successiva decisione – riguardante la campagna di vendita di un computer con una serie di programmi preinstallati – la compatibilità delle *combined offers* con i principi della direttiva viene subordinata alla triplice condizione che il destinatario riceva una «informazione corretta», che l'offerta sia conforme «alle aspettative di gran parte dei consumatori» e che venga lasciata all'aderente la possibilità di «accettare tutti gli elementi di tale offerta o di recedere dalla vendita»⁸⁰.

Se, dunque – da un lato – il vincolo della *full harmonization* inibisce la previsione di «divieti assoluti» afferenti a pratiche commerciali diverse da quelle enumerate nell'allegato alla dir. 2005/29/CE⁸¹, una limitazione delle offerte congiunte diviene – da un altro lato – ammissibile nel settore dei servizi finanziari (art. 3, par. 9), rispetto al quale la stessa direttiva contempla una «eccezione all'obiettivo di armonizzazione completa»⁸² alla luce della particolare «complessità» dell'operazione negoziale (*considerando* 9) e della conseguente sussistenza di «rischi specifici» di cui «il consumatore non è sempre sufficientemente informato»⁸³. Muovendo da tali premesse, il divieto – introdotto ad opera del legislatore belga – di offerte congiunte comprensive di «almeno un servizio finanziario» è stato giudicato conforme alla direttiva del 2005, stante il pericolo di un *deficit* di trasparenza sul «contenuto effettivo» e le «caratteristiche reali» della combinazione di prodotti⁸⁴.

⁷⁹ Corte di giustizia, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1059 ss., con nota di DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*.

⁸⁰ Corte di giustizia, 7 settembre 2016, causa C-310/15.

⁸¹ DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 1065, il quale sottolinea che «nell'intera UE le pratiche commerciali non inserite in tale lista non potranno (...) mai considerarsi illecite *in quanto tali*, ma soltanto se e nella misura in cui, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, rivelino caratteristiche tali da consentire di qualificarle come azioni o omissioni “ingannevoli” (ex artt. 6 e 7 della direttiva) ovvero come pratiche “aggressive” (ex art. 8 della direttiva) o ancora come sleali in quanto contrarie alla “diligenza professionale” e idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio (ai sensi della nozione generale di cui al par. 2 dell'art. 5)».

⁸² Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, in *Contratti*, 2013, X, 939, con nota di PICCIANO.

⁸³ Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, cit.

⁸⁴ Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, cit.

Venendo alla fattispecie – particolarmente «delicata»⁸⁵ – dell’abbinamento tra prodotti assicurativi e finanziamenti, le due *lettere al mercato* inviate nel 2015 e nel 2020, in entrambi i casi congiuntamente, dalla Banca d’Italia e dall’IVASS mettono in rilievo le criticità connesse a tale combinazione, evidenziando – ai fini che qui interessano – l’opportunità che le «polizze qualificate come facoltative» siano «effettivamente prospettate alla clientela quale servizio aggiuntivo opzionale», senza che nei colloqui di vendita vengano utilizzate espressioni tali da «incutere nel cliente timori di vario genere che possano indurlo a ritenere necessaria la sottoscrizione della polizza»⁸⁶.

Nel lustrò intercorso fra gli anzidetti documenti delle Autorità di Vigilanza si inserisce l’emanazione della dir. 2016/97/UE, la quale prende atto dell’elevato coefficiente di rischio sotteso alla strategia di abbinamento in esame, al punto che l’ultimo paragrafo dell’art. 24 – richiamato dal giudice del rinvio – autorizza i legislatori municipali a «mantenere o adottare disposizioni supplementari più rigorose» ovvero a «intervenire in casi specifici» per «vietare la vendita di un’assicurazione assieme a un servizio o prodotto accessorio diverso da un’assicurazione, come parte di un pacchetto o dello stesso accordo, quando possono dimostrare che tali pratiche sono dannose per i consumatori»⁸⁷.

Alla luce di tali coordinate normative, la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla euroconformità dell’interpretazione tesa a condizionare l’ammissibilità della vendita congiunta di polizze e finanziamenti alla dissociazione temporale fra la conclusione dei rispettivi contratti, tenuto conto del grado di razionalità (limitata) del consumatore medio.

Ipotizzando, ed auspicando – alla luce delle considerazioni svolte – che la Corte assuma quale parametro di riferimento un contraente meno avveduto rispetto al «mito»⁸⁸ dell’*homo oeconomicus*, l’esito del rinvio pregiudiziale non appare, in ogni caso, scontato.

L’aprioristica subordinazione della legittimità delle vendite abbinate alla scissione cronologica – e dunque, di fatto, a un *disabbinamento* – delle componenti negoziali del “pacchetto” rischia, invero, di tradursi in una (generalizzata) presunzione di slealtà di (qualsiasi) offerta congiunta di prodotti assicurativi e non assicurativi. L’esigenza – predicata dalla Corte di giustizia in relazione alle pratiche non espressamente proibite della direttiva – di posporre ad una valutazione in concreto l’accertamento della scorrettezza di una determinata condotta commerciale⁸⁹ dovrebbe, *a fortiori*, essere valorizzata con

⁸⁵ DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 182.

⁸⁶ Lettera al mercato del 17 marzo 2020 (consultabile al link https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2020/17-03/Comunicazione_BI_IVASS_Polizze_abbinato_17.3.20.pdf).

⁸⁷ In ossequio a tale indicazione della direttiva, l’art. 120 *quinquies*, comma 5, d.lgs. 209/2005 attribuisce all’IVASS il potere di inibire l’abbinamento tra prodotti assicurativi e non assicurativi – «indipendentemente dal fatto che l’accessorietà afferisca all’assicurazione o al servizio o prodotto diverso dall’assicurazione» – qualora esso sia suscettibile di recare nocumento ai destinatari dell’offerta congiunta.

⁸⁸ GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 48.

⁸⁹ Nel censurare la normativa nazionale introduttiva di un divieto generalizzato delle vendite

riferimento alle strategie di vendita, come quella censurata dall'AGCM, espressamente regolate dal legislatore unionale.

Il pericolo che la contestuale sottoscrizione di polizza e prestito acutizzi la vulnerabilità psicologica degli aspiranti mutuatari può, verosimilmente, essere scongiurato attraverso l'adozione delle misure che la stessa finanziaria aveva indicato nelle more del procedimento avviato dal Garante, finalizzate a «rendere ancora più chiara» la non obbligatorietà della polizza e ad assicurare, tramite un contatto telefonico successivo alla stipula, la consapevolezza del consumatore circa la possibilità di recedere gratuitamente dall'assicurazione. Ove correttamente adempiuti, tali impegni si rivelano idonei – *ex ante* – a ridimensionare il rischio di sfruttamento, da parte dell'impresa, dei timori che fisiologicamente accompagnano la richiesta di un prestito, nonché – *ex post* – a consentire ai contraenti eventualmente condizionati dalla strategia di abbinamento di rimuovere, selettivamente, la sola componente assicurativa dell'operazione economica conclusa. Sotto quest'ultimo profilo, l'obbligo postcontrattuale della finanziaria di contattare il cliente a distanza di sette giorni dal perfezionamento dell'affare può svolgere una funzione di *alert* per i consumatori meno attenti, concorrendo a neutralizzare, almeno in parte, l'*inertia bias* conseguente all'acquisto del pacchetto.

6. L'integrazione tra BLE e diritto dei consumatori *as it should be*

Le questioni pregiudiziali sollevate nell'ordinanza in commento offrono alla Corte di giustizia l'occasione di recepire l'istanza di un «ripensamento»⁹⁰ del diritto dei consumi e del modello di *average consumer*, tuttora infeudati – al netto delle sporadiche aperture della giurisprudenza unionale – entro gli schemi della teoria della scelta razionale.

A prescindere dal responso della Corte sulla (s)lealtà della pratica censurata dal Garante, la strada dell'indifferenza nei confronti del *background* comportamentale delle negoziazioni *b2c* non sembra utilmente percorribile, favorendo la sedimentazione di un diritto europeo «contro-produttivo»⁹¹ e insensibile alla naturale imprevedibilità degli

sottocosto, la Corte di giustizia ha osservato che tale pratica «non figura[...] tra le pratiche di cui all'allegato I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali» e, pertanto, la «irrogazione di una sanzione per violazione del divieto (...) non può basarsi su una presunzione che spetterebbe al professionista confutare» (Corte di Giustizia, 19 ottobre 2017, causa C-295/16, sulla quale cfr. HACKER, SCHAFER, *European Union Litigation*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 69-70).

⁹⁰ HOWELLS, TWIGG-FLESNER, WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Londra, 2018.

⁹¹ MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, III, 871.

individui⁹², le cui «devianze conoscitive e decisionali» meritano di essere trattate «alla stregua d'una forma di fallimento del mercato»⁹³.

Se dunque, tornando al dubbio amletico dal quale abbiamo preso le mosse, pare del tutto condivisibile l'assunto secondo cui le scienze comportamentali debbano essere un invitato di pietra nel processo di sviluppo del diritto privato europeo⁹⁴ – chiamato a misurarsi con le nuove sfide poste dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel *marketing*⁹⁵ – occorre, ciò nondimeno, chiarire *come* ed entro quali limiti possa proficuamente instaurarsi un dialogo tra psicologia della decisione e tutele consumeristiche.

La dialettica fra *consumer protection* e *BLE* non può, certamente, ridursi ad una delega in bianco nei confronti dei risultati provenienti dal laboratorio del behaviorista, il cui rilievo giuridico deve, di contro, essere scrupolosamente vagliato dall'interprete⁹⁶ in ossequio alla scelta legislativa – desumibile dall'articolato della dir. 2005/29/CE – di escludere dal novero delle pratiche vietate le strategie commerciali che, senza «alterare, falsare, omettere o ridurre» le informazioni di cui il consumatore necessita per assumere una decisione consapevole, incidono sul grado di «libertà», «autonomia» e «spontaneità» delle scelte di acquisto⁹⁷. La constatazione che «influenzare le decisioni dei consumatori non equivale [sempre] a trarli in inganno»⁹⁸ impone di circoscrivere le politiche di *de-biasing* alle ipotesi in cui l'intervento all'uopo necessario sia «efficace», «giustificato» e

⁹² Si rivelerebbe «inopportuno», invero, «considerare, in ogni caso, la figura del consumatore avvertito e responsabile, figura che si fonda sulla presunzione che alla asimmetria di potere contrattuale si possa rimediare con una quantità di informazioni e una quantità di rimedi sufficienti a pareggiare le due posizioni contrapposte» (ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 357).

⁹³ ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 207-208; ID., voce «Contratto ed economia comportamentale», cit., 314.

⁹⁴ «Solo un approccio aperto al dialogo con le scienze cognitive» – evidenzia CATERINA, *Pater-nalismo e antipateralismo nel diritto privato*, cit., 795 – «consente di affrontare adeguatamente i problemi connessi alla protezione dei consumatori, sia de iure condito che de iure condendo». Ad avviso dell'A., in particolare, «non si tratta solo di prendere atto, con la migliore letteratura, che il problema non è semplicemente la informazione subottimale dei consumatori, ma sono i limiti cognitivi che rendono inevitabili strategie subottimali di decisione, e che richiedono rimedi ben più energici della imposizione di obblighi di informazione».

⁹⁵ Riguardo alle «tecniche subliminali» stigmatizzate dall'art. 5 della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale cfr. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, 2022, III, 346 ss.; A. GALLI, *Algorithmic Marketing and Eu Law on Unfair Commercial Practices*, Springer, 2022, 264 ss.

⁹⁶ Evidenzia – opportunamente – PERSAD, *When, and How, Should Cognitive Bias Matter to Law?*, in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2014, 64: «I am not rejecting the possibility that heuristics and biases can be normatively criticizable or endorsable. What I am arguing is that these criticisms or endorsements must come by way of normative argument: behavioral science does not and cannot show on its own that biases or heuristics are either desirable or objectionable».

⁹⁷ DE CRISTOFARO, voce «Pratiche commerciali scorrette», cit., 1093.

⁹⁸ BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 123.

«poco invasivo»⁹⁹, tenuto conto che i costi macroeconomici derivanti dalle condotte irrazionali dei consociati sono, in taluni settori di mercato, meno elevati di quelli ingenerati dagli sforzi messi in atto per contrastarle¹⁰⁰.

Una tale *Cost-Benefit Analysis* si coniuga perfettamente con l'approccio – radicatosi sul versante della dialettica fra *contratto* e *mercato* – secondo cui la difesa del contraente debole non costituisce lo scopo «finale» del legislatore, rivelandosi strumentale al corretto funzionamento del mercato unico¹⁰¹. Dall'angolo visuale della disciplina in materia di pratiche scorrette, in particolare, la tutela della *consapevolezza* delle decisioni di consumo costituisce un obiettivo «intermedio»¹⁰² rispetto allo sviluppo di una competizione virtuosa fra i professionisti ed alla implementazione della fiducia dei consumatori nel mercato.

È proprio la vocazione sistemica¹⁰³ delle tutele apprestate dalla dir. 2005/29/CE ad imporre un uso parsimonioso e selettivo dell'arsenale concettuale offerto dalla *BLE*, il cui *trapianto* nella legislazione europea deve essere filtrato, pena un inevitabile *rigetto*, alla luce della variegata morfologia degli interessi scolpiti nelle direttive consumeristiche. L'eventuale «abbassamento»¹⁰⁴ dello standard di *average consumer* risultante dall'apertura nei confronti delle scienze comportamentali dovrà, dunque, avvenire nel rispetto delle istanze regolatorie sottese all'elaborazione di una figura «ipotetica, virtuale e tipica»¹⁰⁵ – come tale inesistente *in rerum natura*¹⁰⁶ – che incarna la sintesi ineludibile¹⁰⁷ fra la tutela della formazione del consenso della parte debole e l'esigenza di non mortificare eccessivamente la *vis* suggestiva propria di ogni comunicazione commerciale¹⁰⁸.

⁹⁹ SUNSTEIN, JOLLS, *Debiasing through Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 225, 2004, 33.

¹⁰⁰ SUNSTEIN, JOLLS, *op. loc. cit.*; BRENNCKE, *op. cit.*, 64.

¹⁰¹ SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 793.

¹⁰² BARGELLI, *Diritto dei contratti e diritto europeo*, in *Pactum*, I, 2022, 13.

¹⁰³ GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *Aida*, 2008, 302.

¹⁰⁴ COHEN, *Bringing down the Average: The Case for a Less Sophisticated Reasonableness Standard in US and EU Consumer Law*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2019, Vol. 32, 1 ss.

¹⁰⁵ MASSA, *Commento all'art. 20 cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO con il coordinamento di BARBA e BARENGHI, V ed., Milano, 2019, 168.

¹⁰⁶ MINERVINI, *Informazione e contratti dei consumatori*, in TESCIONE, SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoresponsabilità*, Atti del Convegno di S. Trada (Reggio Calabria) 4-5.10.2002, Napoli, 2008, 138-139.

¹⁰⁷ Il *target* di *average consumer* plasmato dalla Corte di giustizia costituisce, in questi termini, il «frutto di una valutazione comparativa» dei diversi interessi in conflitto; cfr. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano, 2009, 105, la quale ritiene che l'adozione di uno standard di consumatore debole costituirebbe un «sicuro ostacolo nel percorso diretto a realizzare la concorrenza tra imprese e la formazione di un mercato competitivo» (pp. 108-109).

¹⁰⁸ La compresenza, nelle tecniche di *marketing*, di contenuti informativi e promozionali – ri-

A venire censurate sotto l'egida dei principi dell'economia comportamentale – in definitiva – dovrebbero essere le sole manipolazioni della razionalità limitata *sistematiche* e sufficientemente *gravi* da pregiudicare la consapevolezza delle decisioni di consumo¹⁰⁹, non essendo immaginabile – né compatibile con il dovere di «autoresponsabilità indisponibile»¹¹⁰ gravante su qualsiasi consociato – proteggere il consumatore dall'intero spettro di errori cognitivi quotidianamente sfruttati dalle imprese per elaborare una serie, altrettanto nutrita, di pratiche di *marketing*.

L'oscillazione del consumatore medio fra i poli dell'*homo oeconomicus* e dell'*homo heuristicus* non può, del resto, essere arrestata dal riferimento ad una generica *medietas* (o peggio *mediocritas*¹¹¹) cognitiva, la quale finirebbe per appiattare il *target* europeo sul modello di un buon padre di famiglia 2.0. I contorni del paradigma, tanto artificiale quanto inevitabile¹¹², dell'*average consumer* possono, piuttosto, essere ridisegnati valorizzando il canone della ragionevolezza¹¹³ e scrutinando le determinazioni volitive degli attori non professionali alla luce della loro «concreta capacità critica»¹¹⁴, in ossequio alla preziosa indicazione metodologica secondo cui il consumatore può, di volta

spettivamente rivolti alla sfera «razionale» ed «emotiva» dei potenziali clienti – è sottolineata da ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali scorrette*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, 15.

¹⁰⁹ SCHEBESTA, PURNHAGEN, *Is the 'Behavioural Turn' in Consumer Law Taken by Dutch National Courts?*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2017, VI, 277-278.

¹¹⁰ BARBA, *op. cit.*, 271.

¹¹¹ Lo scivolamento della «bonitas» perseguita dal legislatore in una «mediocritas» – denunciato, in relazione al prototipo del buon padre di famiglia, da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, Milano, 1984, 92 – rischia di coinvolgere, *mutatis mutandis*, il *target* del consumatore medio, essendo già stato manifestato il timore che tale modello venga plasmato sulla falsariga della «mediocre person in society» (TZOULIA, *Imprints of Behavioural Research in EU Consumer Protection Legislation: The 'Average Consumer Test' in the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2017, VI, 258).

¹¹² WEATHERILL, *Who is the 'average consumer'?*, in WEATHERILL, BERNITS, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, 135.

¹¹³ Nella sua accezione di «modello di comportamento» – è stato osservato – il giudizio di ragionevolezza si articola in tre fasi: «un primo momento volto a definire il modello astratto di riferimento a cui la parte deve conformare la propria condotta (e tale modello è quello della persona ragionevole), un secondo momento diretto ad *adeguare* quel comportamento alle circostanze concrete in cui la parte è chiamata ad agire (...) e, infine, un terzo momento volto ad accertare se la parte si è attenuta a quel modello, ha tenuto cioè un comportamento conforme a ciò che l'astratto modello avrebbe fatto nel caso concreto» (TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 558).

¹¹⁴ ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 703, a parere della quale il canone della ragionevolezza rende più flessibile la «selezione delle situazioni meritevoli di tutela, così da recepire anche le situazioni anomale, nuove e marginali», a fronte delle quali il «consumatore ragionevole» resta un «soggetto libero, capace in qualche misura di operare una scelta consapevole, anche se non è necessariamente un agente razionale».

in volta, essere capace di scegliere «con tutta l'abilità» di cui dispone ovvero «preferire la strada più breve»¹¹⁵, con il rischio – solo in quest'ultimo caso – di incorrere in esiti fallaci.

La individuazione, demandata alla Corte di giustizia, del percorso da intraprendere per giungere ad un connubio tra diritto dei consumi e scienze comportamentali *as it should be* non sembra poter eludere una preventiva scelta di campo in ordine alla tipologia di (intervento sul) mercato su cui le istituzioni europee intendono plasmare le proprie future scelte di *policy*. L'auspicio, in questa prospettiva, è che l'innesto di alcuni elementi della *BLE* nell'*acquis communautaire* contribuisca ad imprimere alla legislazione unionale un assetto regolatorio che, lungi dall'identificarsi con un paternalismo puramente coercitivo – legittimante il fuorviante parallelismo tra *razionalità* (limitata) degli agenti economici e *capacità* (limitata) del consumatore¹¹⁶ – «non comprima ma al contrario espanda» l'autonomia dei soggetti tutelati¹¹⁷, rimuovendo gli ostacoli alla loro piena ed effettiva partecipazione alle dinamiche del mercato.

ABSTRACT

L'ordinanza in commento (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2022, n. 8650) sottopone alla Corte di Giustizia l'interrogativo se il *target* di consumatore medio canonizzato nella dir. 2005/29/CE sia perfettamente sovrapponibile alla «nozione classica dell'*homo oeconomicus*» ovvero se l'archetipo dell'individuo normalmente informato, ragionevolmente attento ed avveduto debba essere ridefinito alla luce delle «più recenti teorie sulla razionalità limitata». La necessità di individuare il coefficiente di ponderatezza esigibile dal consumatore stimola una riflessione sui vantaggi – e sui possibili effetti collaterali – discendenti dalla incorporazione della *Behavioural Law and Economics* nell'*acquis communautaire*.

This paper comments on the request of preliminary reference judgement submitted by the «Consiglio di Stato» to the CJEU (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2022, n. 8650), concerning the interpretation of the notion of «average consumer». The highest Italian administrative jurisdiction asks whether the concept of “average consumer” canonized by Directive 2005/29/EC squarely fits within the «classic concept of homo oeconomicus», or if the archetype of the reasonably well informed, observant and circumspect individual should rather be redefined, in the light of the «findings of the most recent theories on bounded rationali-

¹¹⁵ KATONA, *L'uomo consumatore*, Milano, 1964, 261-262.

¹¹⁶ La inopportunità di una compressione della capacità di agire del consumatore è rimarcata da A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, IV, 948, a giudizio del quale una siffatta limitazione si rivelerebbe «un rimedio peggiore del male».

¹¹⁷ ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit., 185.

ty». The need to identify the level of attentiveness that can be expected from the consumer prompts some thoughts concerning the benefits – and the possible side effects – of integrating Behavioural Law and Economics into the *acquis communautaire*.



Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza



Franco Trubiani

SOMMARIO: 1. L'occasione di una rimeditazione. – 2. La “consapevolezza” del consumatore e le sue molteplici declinazioni. – 3. Trasparenza contrattuale e condizionamento psicologico del consumatore. – 4. Il superamento della nozione di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina. – 5. Brevi note sulle possibili ricadute operative.

1. L'occasione di una rimeditazione

Una recente ordinanza del Consiglio di Stato¹ offre, attraverso un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE, una importante occasione per tornare a riflettere su un tema assai discusso ed annoso: offrire un contenuto concreto alla “vuota” indicazione che, nell'art. 20 cod. cons., fa riferimento al consumatore medio al fine dell'applicazione della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Giova sintetizzare brevemente il caso che costituisce per molti, e ovviamente *in primis* per la Corte di Giustizia UE, motivo per tornare a prendere di nuovo in considerazione una nozione aperta, priva di quelle puntuali definizioni che solitamente caratterizzano “i confini”² che si riferiscono agli attori del mercato ai quali il legislatore intende debba essere applicata in maniera specifica una determinata disciplina.

¹ Cons. Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, in *Foro it.*, V, 2022, c. 542 ss., con nota di BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di Palazzo Spada)*.

² Sul punto v., tra molti, MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, a cura

L'intervento del Consiglio di Stato si pone a seguito del ricorso di Compass s.p.a. contro una sanzione dell'Agcm che è intervenuta per un caso di una pratica commerciale scorretta aggressiva *ex art. 24 cod. cons.*³.

Il Supremo Consesso amministrativo ha deciso di procedere al rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia UE per cinque questioni che riguardano, in via principale, l'interpretazione della nozione di consumatore medio destinata ad incidere sulla corretta qualificazione di quella pratica commerciale, relativa alle c.d. vendite abbinata⁴, per cui in conseguenza del c.d. incorniciamento (*framing*) delle informazioni offerte al consumatore, la scelta di consumo operata da quest'ultimo rischia di apparire obbligata e senza alternative⁵, come descritto dal disposto di cui all'art. 6, par. 1, dir. 2005/29/UE che considera ingannevole una pratica commerciale che in qualsiasi modo inganni o possa ingannare il consumatore medio *"anche nella sua presentazione complessiva"*.

La nozione di "consumatore medio" appare, quindi, l'imprescindibile punto di partenza intorno al quale l'ordinanza incentra l'attenzione, offrendo a tutti una ragione per tornare a riflettere sul corretto modo di intendere questa muta nozione, rispetto alla quale si pone il problema di una rimeditazione di certo attenta a quanto hanno evidenziato gli studi di economia comportamentale, senza però privilegiare esclusivamente una corrente di pensiero, ma tenendo conto che anche sul piano normativo esiste già con-

di GENTILI, *Rimedi-1*, Milano, 2006, 530-532.

³ In rapida sintesi il caso: la società Compass offriva alla propria clientela, oltre ai prodotti finanziari ("finanziamenti"), anche polizze assicurative: (a) connesse al credito; (b) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in via indipendente ed autonoma (c.d. vendita *stand-alone*); (c) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in abbinamento ai prodotti di finanziamento ("polizze").

L'Agcm aveva sollevato censure unicamente con riferimento alla tipologia di coperture assicurative menzionata *sub lett. (c)*. L'offerta delle polizze, si precisa nel provvedimento, era rivolta prevalentemente ai consumatori che accedono al mercato del credito alle famiglie, tipicamente 'sotto-assicurati' e che, quindi, risultano naturalmente interessati a coperture assicurative, a protezione di eventi che potrebbero compromettere la loro capacità di produrre reddito e quindi di sostentamento, proprio e delle loro famiglie. Viene specificato infine – ed il passaggio appare rilevante – che la sottoscrizione delle polizze non era un presupposto per ottenere il finanziamento richiesto a Compass, né per ottenerlo a determinate condizioni economiche, non incidendo sull'esito della valutazione del merito creditizio. Il lungo procedimento, dopo il rigetto da parte dell'Agcm degli impegni proposti da Compass si conclude con l'accertamento di una pratica commerciale scorretta aggressiva *ex art. 24 ss. cod. cons.* e con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

⁴ Sul punto v., di recente, MARANO, *Vendite abbinata e tutela dell'assicurato nella bancassicurazione. Profili organizzativi*, Pisa, 2023.

⁵ Sul fenomeno delle c.d. distorsioni cognitive e per una dimostrazione sperimentale del problema si veda, di recente, DORIGONI, POLONIO, GRAFFEO, BONINI, *Analisi di movimenti oculari nella risoluzione di problemi commerciali. Il ruolo delle abilità numeriche e dell'impulsività cognitiva*, Milano, 2022, *passim*.

sapevolezza della rilevanza della razionalità limitata e, quindi, del tramonto dell'*homo oeconomicus* quale esclusivo riferimento sul quale fondarsi.

2. La “consapevolezza” del consumatore e le sue molteplici declinazioni

Ancor prima di soffermarsi sulla nozione di consumatore medio appare utile richiamare la nozione di consumatore e la difficoltà di una sua rinnovata *reductio ad unum* nel quadro di un concorrere di discipline, tenendo tuttavia presente la necessità di non perdere i capisaldi comuni nel moltiplicarsi delle specificità, le quali, tutte, convergono sulla importanza che assume la piena consapevolezza del consumatore, inteso nelle sue diverse accezioni.

La frammentazione della figura del consumatore a seguito della produzione di svariate normative di settore⁶ rappresenta oramai un dato evidente⁷ e che trova sempre maggiore riscontro anche a livello giurisprudenziale⁸.

L'esperienza della contrattazione bancaria, finanziaria, assicurativa e, da ultima, anche quella legata al mercato energetico ed al turismo, hanno definitivamente ampliato

⁶ Con particolare riguardo alla crisi di un mercato che si autoregola e che è fondato sulla idea di una interazione fra soggetti razionali fondamentale resta fondamentale il rinvio a DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 22.

⁷ Come aveva da tempo rilevato, fra i molti, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 688.

⁸ Si veda, a titolo esemplificativo e fra le più recenti, Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 688 ss., con nota di MINNECI, *Sul tramonto della teoria del “professionista di rimbalzo”*, sulla complessa questione dell'applicabilità della disciplina consumeristica ai negozi fideiussori su cui la Corte di Cassazione (v. poi, con riferimento all'applicazione del foro del consumatore, Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10673, in *Dejure*), solo qualche anno fa ha mutato il proprio orientamento considerando «consumatore» il fideiussore-persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio). Si nega, in sostanza, che la qualifica di professionista del fideiussore possa derivare dal debitore principale come se fosse un professionista (o un consumatore) «di riflesso» o «di rimbalzo», dovendo, più che altro, valorizzarsi il concreto ruolo svolto nello specifico affare, facendo sì che soltanto l'esame della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore (il quale potrebbe essere, magari, un familiare che rilasci la garanzia *affectionis causa*) rispetto al rapporto debitorio principale possa consentire di affermare o meno la ricorrenza della nozione di consumatore.

Sul tema si vedano le riflessioni di BARBA, *Professionista di riflesso*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2018, 1251 ss., spec. 1268-1269.

l'ambito delle definizioni, prevedendo, in particolare, un raccordo tra le discipline di settore ed i principi a carattere "generale" espressi dal Codice del consumo⁹.

Un interessante punto di partenza si può rinvenire, già con maggiore evidenza rispetto ad altri settori, nella tutela del consumatore nel settore energetico e nel settore del turismo¹⁰, che rappresentano utili esempi atti a verificare il raccordo tra discipline orizzontali e verticali: questo raccordo impone di tener conto delle novità, le quali, tuttavia non sempre travolgono del tutto ciò che esiste e persiste¹¹.

⁹ I rapporti tra codice civile e codici di settore sono stati attentamente indagati dalla dottrina, con particolare riferimento proprio al rapporto tra codice civile e codice del consumo. La notorietà del dibattito esime dal richiamare in questa sede la copiosa e ben nota letteratura, limitandosi ad un rinvio di carattere generale, cfr. CARLEO, *Codici di settore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI Secolo, *Norme e idee*, Roma, 2009, 469 ss.

¹⁰ Con riferimento alla figura del turista, la novella del 2018 (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62) ha recepito la scelta metodologica adottata dalla Direttiva 2015/2302/UE, alla stregua della quale la nozione di "turista" lascia il posto a quella più ampia di "viaggiatore"; favorevoli a questa scelta si mostrano essere DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1113 ss.; GRISI, MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, II ed., Torino, 2018, 204.

All'interno di questa nozione rientrano, accanto ai consumatori, i "rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti che prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori" (considerando 7), con l'esclusione dei "pacchetti" riconducibili ad un accordo quadro per l'organizzazione di viaggi stipulato fra professionisti.

Ne discende un rilievo assai maggiore del profilo oggettivo rispetto a quello soggettivo, anche se la persistente rilevanza del consumatore potrebbe rinvenirsi nella necessità di ricorrere alla disciplina generale del diritto dei contratti e, quindi anche dei contratti del consumatore, per quanto riguarda gli aspetti non disciplinati. La qualità di consumatore, inglobata in quella di viaggiatore, di turista, ma anche di passeggero (nei contratti di trasporto), di ospite (nei contratti di albergo) ha di certo perso la sua identità: si è progressivamente determinata non tanto una segmentazione della figura del consumatore, che pure rappresenta tuttora un indiscusso riferimento, quanto, piuttosto un dilatarsi dei suoi contorni che ne hanno sfocato i tratti caratterizzanti.

¹¹ A questo riguardo emerge con particolare forza la nuova figura del *prosumer*: sul punto di recente, v. RUGGERI, *Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, 392 ss., la quale ritiene che in questo settore "si assiste, pertanto, ad una ulteriore evoluzione dei criteri che delimitano l'operare delle protezioni consumeristiche stabilendo che colui che gestisce l'impianto produttivo non potrà mai essere considerato consumatore bensì sarà un professionista al servizio dell'autoconsumatore". In argomento v. anche MAUGERI, «Smart contracts», «smart grids» e «smart meters»: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/«prosumer», in *Studi senesi*, 2020, 85 ss.; MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing». Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42-bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 630 ss.; CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1185 ss.

Sorgono, difatti, forti difficoltà qualora si tenti di applicare il criterio della specialità al fine di risolvere le antinomie fra Codice del consumo e discipline che, in base ad altre logiche sistematizzanti, sembrano segmenti indipendenti, i quali vanno però collegati in una dimensione giuridica più ampia e complessa.

Ogni nuova definizione, tuttavia, sembra richiamare, per utilizzare la bella immagine offerta da un'attenta autrice, “*un sasso gettato con crescente vigore nell'acqua di uno stagno*”¹². Si determina, difatti, il dilatarsi del perimetro dei cerchi che, però, vengono ad aggiungersi l'uno all'altro, ma che, in quanto concentrici, impongono, comunque, di non ignorare del tutto la centralità del consumatore nel dilatarsi di una figura la quale si amplia, pur non travolgendo la primitiva configurazione.

Si impone, pertanto, la ricerca di criteri idonei ad individuare correttamente i rapporti tra le diverse discipline.

Per quanto riguarda il tema della libertà di scelta del consumatore, nelle sue diverse accezioni, e che in questa sede maggiormente interessa, va notato che esso si pone con riferimento ad una ulteriore moltiplicazione: quella determinata dal poliformismo degli obblighi informativi.

Gli obblighi informativi costituiscono uno dei pilastri, ma non certamente l'unico, sul quale si basa la consapevolezza. Tali obblighi si caratterizzano in diversi modi, assumono connotati diversi ed una diversa rilevanza con riferimento a specifiche attività di consumo, risulta tuttavia innegabile che essi mirano al medesimo risultato¹³.

Frammentazione e riagggregazione che segnano la nozione di consumatore e la sua consapevolezza riaffiorano, quindi, anche per quanto riguarda il modo di intendere il consumatore medio, dovendo tenere conto del punto nodale dal quale muove ogni ragionamento al riguardo: si guarda, difatti, alla necessaria consapevolezza che deve assistere le scelte di consumo e coinvolge, già a monte, la figura del consumatore medio, che tutte queste figure dovrebbe ricomprendere¹⁴.

Tornando al caso posto alla base dell'ordinanza del Consiglio di Stato sopra richiamata, che si riferisce ai clienti di una finanziaria con riferimento ad una ipotesi di ven-

¹² ROSSI CARLEO, *Il turista - viaggiatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 639.

¹³ Il tema trascende queste brevi notazioni, seppure ne costituisce una necessaria premessa proprio per guardare al concorrere delle discipline, come peraltro accenneremo ancora in seguito, utile per un inquadramento appare un primo rinvio a ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023, 254 ss.

¹⁴ In una interessante prospettiva attenta al consumatore e alle nuove vulnerabilità che, in una visione trasversale, arriva a superare la categoria uniforme del consumatore medio, spostando l'attenzione “*sulle modalità con cui uno Stato responsabile deve operare per andare incontro ai bisogni derivanti dalla dipendenza inevitabile e derivativa degli individui*” e che rinviene “*nella tecnologia il perno da cui muovere per tornare ad una unità di sistema*”, v. RABITTI, BASSAN, *Il consumatore e le nuove vulnerabilità*, Introduzione a “*Il consumatore vulnerabile fra innovazione e diritti fondamentali*”, *Consumerism 2022*, Quindicesimo rapporto annuale a cura dell'Università degli Studi “Roma Tre”; la versione integrale del Rapporto è consultabile su <https://www.consumersforum.it/iniziative/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html>.

dita abbinata di prodotti, viene subito in rilievo che esso si caratterizza per il concorrere di due differenti discipline legislative che debbono trovare applicazione: quella relativa ai prodotti assicurativi, il cui riferimento va nello specifico al disposto di cui all'art. 120 *quinquies* cod. ass. ("Vendita abbinata"), come introdotto dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 di "Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa" e quella relativa alle pratiche commerciali scorrette introdotta dalla dir. 2005/29/UE e recepita dal Codice del consumo negli artt. 18 ss. cod. cons.¹⁵.

In effetti è a questa disciplina, per così dire trasversale, alla quale sembra doversi raccordare la disciplina assicurativa.

Essa, peraltro, nel valorizzare la consapevolezza delle scelte, sembra aver recepito anche a livello normativo il superamento della concezione «paternalistica»¹⁶ che spesso ha accompagnato la disciplina dei contratti del consumatore, potenziando il ruolo «sovvrano» del consumatore¹⁷ e, soprattutto, andando oltre l'atto in senso stretto¹⁸ e mirando ad una dimensione più ampia¹⁹, rispetto a quella dei nostri tradizionali concetti giuridici²⁰.

Determinante appare segnalare al riguardo come questa disciplina abbia aperto ad una nuova considerazione dei processi decisionali dei consumatori²¹, tenendo già conto delle aperture che devono contrassegnare la figura del consumatore medio. Difatti con

¹⁵ Sul punto si veda MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in Banca borsa tit. cred., 2011, 334 ss.; Id., *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, ivi, 2012, 576 ss.; GENOVESE, RANIELI, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, 2021, 531 ss., spec. 560 ss.

¹⁶ BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in ROSSI CARLEO, MINERVINI (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 322.

¹⁷ BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 262.

¹⁸ Ad esempio, il concetto di comportamento esercitato in modo scorretto può condurre a ledere interessi rilevanti per il diritto (IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 1055). Nella tradizionale dogmatica italiana si rimanda all'importante opera di FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 203 ss., il quale ricorda che la disciplina dei comportamenti può concernere i diversi aspetti "senza dover necessariamente potersi totalmente risolvere nelle classiche categorie dell'atto e del diritto soggettivo".

¹⁹ Discorre espressamente di passaggio "dall'atto all'attività", ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in Eur. dir. priv., 2010, 703. In modo simile anche ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in Contr. impr., 2011, 922. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato 26 settembre 2011, n. 5368, in Foro amm., I, 2011, 2886 ss.

²⁰ TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, 17-18.

²¹ CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale, Napoli, 2011, 123.

l'art. 20 cod. cons. il legislatore stabilisce che: “2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. 3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo”²².

Non può, quindi, revocarsi in dubbio che, seppure non solo, di certo la scorrettezza si pone come contraltare alle regole che mirano a conformare il mercato prescrivendo comportamenti adeguati e che trovano un aspetto fondamentale nella prevenzione.

Da questa angolazione occorre guardare alla centralità della consapevolezza sulla quale si incentra la scelta che accompagna l'atto di consumo. In questa prospettiva balza evidente il profilo della manipolazione delle informazioni offerte al consumatore che possono influenzare le scelte di consumo di quest'ultimo, tenendo conto che occorre a tale riguardo considerare non solo la debolezza del consumatore, ma anche la sua eventuale vulnerabilità²³.

3. Trasparenza contrattuale e condizionamento psicologico del consumatore

Al pari che in altre discipline che tecnicamente e in modo ampio possiamo definire di carattere finanziario, il tema delle pratiche commerciali scorrette in ambito assicurativo si lega certamente all'ambito della trasparenza contrattuale intesa nel senso più ampio, cioè con riferimento alla sua prospettiva “relazionale”, intesa, quindi, nel duplice

²² In particolare, in presenza di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al bene o servizio cui essa si riferisce chiaramente individuabile (nella sua identità e nei fattori che ne determinano la debolezza) e sempre che il professionista possa ragionevolmente prevedere che la pratica commerciale cui fa ricorso per le sue caratteristiche o per la natura del bene o servizio che ne costituisce oggetto sia idonea ad influenzare in misura apprezzabile le decisioni delle persone suscettibili di essere ricomprese nel gruppo in questione, l'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori ai fini di una sua possibile qualificazione in termini di scorrettezza deve essere appurata ponendosi nell'ottica del membro medio del gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, nonostante la pratica si rivolga alla generalità dei consumatori e non soltanto alle persone appartenenti a tale gruppo.

²³ Ancora una volta appare importante il rinvio al Rapporto del *Consumers Forum* precedentemente citato alla nota 14.

senso di correttezza nell'attività con specifica attenzione al mercato nel suo complesso²⁴ e correttezza nel singolo rapporto contrattuale²⁵.

Le innumerevoli prescrizioni normative di stampo europeo che prevedono forti obblighi formali ed informativi²⁶ tesi a realizzare una piena esplicazione della libertà di scelta del singolo²⁷, trovano la loro fonte di legittimazione nella figura del consumatore medio²⁸, inteso come l'archetipo del soggetto razionale²⁹.

Sembrirebbe, pertanto, che la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette e quella specialistica in materia di vendita di prodotti assicurativi "abbinati" possano trovare un punto in comune.

Nello specifico la vendita di un prodotto "abbinato" può certamente essere intesa come una *species* del più ampio *genus* relativo alle pratiche commerciali scorrette, comprensiva di tutte quelle condotte, poste in essere da un contraente asseritamente privilegiato sul piano dell'informazione³⁰ e della forza contrattuale³¹ e finalizzate, genericamente

²⁴ Imprescindibile è l'attenzione che occorre porre, anche per superare quello che appare il mito della razionalità economica, all'aspetto delle "dinamiche irrazionali del mercato", rinviando a GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 37 ss.

²⁵ CAPOBIANCO, *Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Dir. merc. ass.*, 2018, 16.

²⁶ Sul punto la bibliografia è sterminata, in luogo di tanti, si rimanda compiutamente a PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 7, il quale osserva che "le norme sulla trasparenza lungi dal dettare dei requisiti di struttura della fattispecie, pongono in realtà il diverso problema di una sufficiente 'adeguatezza', tale perché per lo più parametrata ai comuni canoni dell'ordinaria conoscenza, nella formulazione e stesura di tutte le clausole contrattuali unilateralmente predisposte. [...] Di talché, per il tramite della trasparenza, quel che si contestualizza è anzitutto un problema di sciente pienezza del consenso prestato (dal consumatore) e non di qualità intrinseca del documento contrattuale. La trasparenza, nel lessico del legislatore europeo, evoca infatti (pur se non solo) una questione di formarsi responsabile della volontà in seno al contratto standard, non un requisito di forma [...] la trasparenza di un testo contrattuale, valore mezzo e non fine, illumina l'an ed il quantum dell'accordo, mentre la forma non ha nulla a che spartire con la consapevolezza che il consumatore abbia dei propri diritti contrattuali. La forma, infatti, o c'è o manca".

²⁷ Spunti interessanti si trovano in ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, 873 ss.

²⁸ Una "meta-figura" per PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, Pisa, 2021, 163; una figura "inesistente" nella realtà secondo MINERVINI, *Informazione e contratti dei consumatori*, in TESCIONE, SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoreponsabilità*, Napoli, 2008, 138.

²⁹ DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi Urbinati*, 2014, 245.

³⁰ Sulla progressiva emersione della tutela della posizione del destinatario dell'informazione nei differenti piani del diritto all'informazione e degli obblighi di comunicazione delle informazioni nei rapporti contrattuali, che tuttavia "presentano significativi punti di contatto", v. CUFFARO, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, 22. Sulla dimensione meta-individuale della comunicazione nell'ambito delle politiche di marketing si veda ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 5 ss.

³¹ Sul punto, in luogo di tanti, si rimanda agli studi di ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, il quale, nei diversi contributi ivi raccolti, delinea i tratti distintivi, sul piano concettuale, nor-

mente, all’ottenimento di un vantaggio in modo ingiustificato a scapito della controparte “debole” che spesso, peraltro, viene rappresentata in soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche³².

Di conseguenza il rischio concreto è quello di condizionare la scelta economica del consumatore alterandone la capacità di orientarla in modo consapevole oppure limitandola attraverso pressioni o condizionamenti psicologici³³, attraverso il vantaggio persuasivo che deriva dall’aspettativa del consumatore in ordine all’esito della pratica di finanziamento³⁴.

La complessità tecnica della contrattazione finanziaria/assicurativa, divenuta sempre più accentuata nel corso del tempo³⁵, ha fatto sì che spesso il consumatore si trovi in una situazione particolarmente svantaggiata rispetto al professionista che è in grado, non solo di predisporre il testo contrattuale, ma anche di conformare unilateralmente anche “*le stesse utilità che, in ipotesi, quel rapporto è in grado di procurare al cliente*”³⁶.

mativo e rimediabile, della categoria del contratto asimmetrico: v., in particolare, ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, 2005, 65 ss. e spec. 85 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, ivi, 91 ss. e spec. 102 ss.; ID.; *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

³² Tale aspetto è plasticamente delineato in numerosi provvedimenti dell’Agcm: tra gli altri si vedano Prov. n. 28159 (Unicredit – Vendita abbinata ai mutui), in Boll. n. 11 del 18 febbraio 2020; Prov. n. 20883 (Crefin Money – Pubblicità finanziamenti), in Boll. n. 10 del 10 marzo 2010; Prov. n. 20005 (Ambrosiana Finanziamenti), in Boll. n. 26 del 25 giugno 2009; Prov. n. 18723 (Gruppo Cerruti Multiservice – Costi finanziamento), in Boll. n. 31 del 7 agosto 2008, tutti consultabili in *www.agcm.it*.

³³ Come evidenziato in particolare da GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 39.

³⁴ GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato*, in MELI, MARANO (a cura di), *Le tutele del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 54. Sul contenuto e i limiti della verifica del merito creditizio si rimanda, tra gli altri, a SANTAGATA, *La concessione abusiva del credito*, Torino, 2020, 41 ss., spec. 62-66.

³⁵ Sul punto v. CIAN, *L’informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2011, 213.

³⁶ Così NERVI, *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri nell’esperienza italiana*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 294. Sul punto si veda anche PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, 1298, il quale osserva che l’esigenza di trasparenza si lega necessariamente alla predisposizione unilaterale del contratto.

Il moltiplicarsi di svariate normative settoriali³⁷ volte ad aumentare le informazioni da offrire ai consumatori³⁸ non sembra aver soddisfatto le esigenze di tutela degli stessi³⁹: l'aumento quantitativo delle informazioni (specialmente con una informazione eccessivamente standardizzata⁴⁰), difatti, rischia di aumentare la confusione del consumatore/cliente⁴¹, in particolare nel settore finanziario-assicurativo⁴².

L'informazione che difetta di chiarezza⁴³ può, di conseguenza, determinare una riduzione delle conoscenze utilizzabili⁴⁴. Oltre al modo, rileva il quanto: un eccesso di

³⁷ CUFFARO, *Gli obblighi di informazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 546, parla espressamente di “*miriade di obblighi informativi*” previsti dalle varie norme in materia di tutela del consumatore.

³⁸ Sul punto, da tempo e tra gli altri, v. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 349 ss.

³⁹ Il dato sembra acquisito dalla dottrina più attenta: tra gli altri v. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 357; DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in DI RAIMO, GENTILI (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016, 345; BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 165. Con riferimento specifico all'economia comportamentale si rimanda a ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 13 ss.

⁴⁰ R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 325, ad avviso della quale l'esito è paradossale se si considera che lo scopo dell'informazione specialmente nei servizi finanziari è la formazione di una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto che nella prassi dovrebbe essere un processo concreto ed individuale.

⁴¹ Gli studi sul c.d. “*information overload*” rivelano una questione definita “*per nulla bagatellare*” (così PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2011, 791).

⁴² Cfr. Corte Giust. UE, 23 aprile 2015, C-96/14 (in *Contratti*, 2015, 762 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 885 ss., con nota di LANDINI, “*Oggetto oscuro*” e tutela del consumatore), la quale afferma che anche la trasparenza deve essere intesa come comprensione della clausola non solo in chiave lessicale, ma anche di possibile impatto sulla propria sfera economica; Corte Giust. UE, 20 settembre 2017, C-186/16, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 502 ss., con nota di CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*; in *Corr. giur.*, 2018, 745 ss., con nota di ALESSANDRI, *Dalla Corte di Giustizia un test per valutare l'assoggettabilità delle clausole contrattuali al sindacato di abusività*. Per una visione di insieme v. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra “dottrina” delle Corti ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 651 ss.

⁴³ Dovero di chiarezza che deve necessariamente accompagnarsi a quello di comprensibilità, come ha insegnato diversi anni fa un Maestro come Emilio Betti nella sua *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 59-60, secondo cui “*ovunque ci troviamo in presenza di forme sensibili, attraverso le quali un altro spirito, in esse oggettivo, parla al nostro, facendo appello alla nostra intelligenza, ivi entra in movimento la nostra attività interpretativa per intendere quale senso abbiano quelle forme, quale messaggio c'invia, che cosa esse vogliono dire*”. Chiarezza e comprensibilità, pertanto, attengono al momento in cui un soggetto – ricevente – attribuisce ad un significante un significato.

⁴⁴ Da ultimo nell'ambito della giurisprudenza europea, v. Corte Giust. UE, 7 aprile 2022, C-249/21, in *Dejure*.

informazioni, può determinare un’incapacità di selezionare le notizie importanti e produrre un risultato analogo a quello dell’assenza di informazioni⁴⁵.

La tutela si sposta, peraltro, dal piano preventivo a quello successivo, occorre, difatti, ricorrere ai rimedi e dimostrare in concreto che dalla informazione non adeguata sia derivato un reale pregiudizio per il consumatore e/o che essa abbia inciso sul suo consenso, altrimenti il consumatore stesso dovrà essere considerato negligente o quantomeno pigro⁴⁶, non meritevole di una tutela specifica e, di conseguenza, non potrà esperire i rimedi previsti dall’ordinamento⁴⁷.

Di conseguenza, in caso di sua negligenza (magari anche legata a distrazione o superficialità), dovrà escludersi la sussistenza di alcuna conseguenza pregiudizievole suscettibile di essere compensata in via risarcitoria⁴⁸.

Proprio a questo riguardo emerge, quindi, la necessità non solo e non tanto di riguardare i modi idonei a raggiungere la consapevolezza, quanto piuttosto di verificare i criteri che questa consapevolezza sorreggono. In questa prospettiva andrebbe considerato il modo di intendere il consumatore medio.

4. Il superamento della nozione di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina

La questione centrale riguarda, difatti, l’interpretazione della nozione di consumatore medio ex art. 20 cod. cons. ai fini dell’applicazione della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette⁴⁹.

⁴⁵ Per la convinzione che la quantità di informazioni non è sempre sufficiente a garantire una tutela efficiente del contraente debole, quanto piuttosto risulta necessario che i dati siano predisposti nella maniera più idonea a garantirne l’evidenza e la comprensibilità (CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 792 ss., spec. 795-796).

⁴⁶ Ritiene che il consumatore debba essere protetto dai rischi “di oscurità e ambiguità, non dalla pigrizia o dalla ingenuità”, GENTILI, *Senso e consenso*, II, Torino, 2015, 635.

⁴⁷ Per una riflessione più generale si vedano le pagine di TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, II, Milano, 2014, 1387 ss.

⁴⁸ Di qui la difficile distinzione in concreto tra il consumatore “ingenuo” e quello “prudente”, v. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 8-9.

⁴⁹ Da notare come l’espressione “consumatore medio”, priva di una sua definizione, sia comunemente utilizzata nei testi normativi europei: si veda da ultimo il Reg. UE 19 ottobre 2022, n. 2065 (c.d. *Digital Services Act*), il cui art. 6, co. 3 (“*Memorizzazione di informazioni*”) recita “*Il paragrafo 1 non si applica in relazione alla responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori per le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, qualora tali piattaforme online presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l’operazione specifica in questione in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell’operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo*”.

Il Consiglio di Stato nella decisione sopra richiamata⁵⁰ chiede alla Corte di Giustizia UE se la nozione in questione “*non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza e di conseguenza rimandi non solo alla nozione classica dell’*homo oeconomicus* ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni ‘irragionevoli’ se paramtrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi*”, soffermandosi diffusamente sul tema e dimostrando, come appaia ormai imprescindibile la necessità di tener conto dell’evoluzione degli studi della c.d. economia comportamentale, la quale, giova ribadirlo, è stata anche recepita dal legislatore in alcuni recenti provvedimenti, entrando così nel sistema che va considerato nella sua complessità⁵¹.

Uno dei molti meriti della ordinanza si rinviene proprio nella presa di coscienza da parte della giurisprudenza di un dibattito molto alto che da tempo, e non solo in Europa, è sempre più intenso e che pone in discussione il tema della valenza della nozione di consumatore medio nell’ambito di un settore ritenuto, per eccellenza, “*Law in a Changing Society*”⁵².

Non può essere questa la sede per affrontare compiutamente un tema così complesso ma può giovare svolgere alcune considerazioni utili ad inquadrare meglio la questione, sia pure con uno sguardo maggiormente rivolto al passato, passato che non sembra po-

⁵⁰ Vedi nota 1.

⁵¹ L’ordinanza di Consiglio di Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, cit. (30), ricorda anche la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2018, recante “*Approvazione della Guida all’analisi e alla verifica dell’impatto della regolamentazione, in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169*”, in cui al punto 5.3, Scheda 1 si legge testualmente che “*Già da diversi anni gli studi di psicologia cognitiva hanno messo in evidenza i forti limiti delle ipotesi di razionalità su cui poggiano i modelli economici tradizionali. Anche grazie ai passi avanti fatti e alle evidenze messe a disposizione dalle scienze cognitive, è possibile affermare che esistono due diversi sistemi cognitivi che governano i comportamenti umani: quello deliberativo, che è più razionale e analitico, ma anche più lento; e quello intuitivo, più veloce, spesso irrazionale e basato su scelte istintive. I due sistemi non solo convivono, ma interagiscono nel corso della definizione di scelte che, sulla base delle convinzioni prevalenti, dovrebbero rispondere solo a motivazioni razionali. Succede, quindi, che in decisioni di consumo e investimento, e specialmente in quelle molto rilevanti, gli individui siano influenzati in modo dirimente da fattori anche non razionali, comportandosi in modo a volte incoerente rispetto a quanto previsto dalle tradizionali ipotesi di massimizzazione dell’utilità e del profitto. Le persone ricorrono frequentemente a regole euristiche che consentono di semplificare i processi decisionali e di effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie. Ciò, tuttavia, può determinare errori cognitivi e scelte che, in ultima analisi, riducono il benessere*”.

⁵² Come rileva, soffermandosi proprio sulla possibilità di superare una concezione del consumatore medio basata esclusivamente sull’*homo oeconomicus*, MRABITTI, *Il diritto dei consumatori*, in LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 339 ss., spec. 349-351.

tersi e doversi ignorare nell’ambito di un dibattito su di un tema che appare sempre più in voga: il consumatore irrazionale.

La figura del consumatore medio è stata fino ad ora tipizzata prendendo a modello un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto (ma non specializzato)⁵³, che, valutate tutte le circostanze del caso, si aspetterebbe un determinato comportamento da parte del professionista⁵⁴.

Il consumatore medio si caratterizza, pertanto, per essere una figura *per relationem*, cioè legata alla condizione specifica che caratterizza il consumatore rispetto alla singola operazione e al contesto situazionale⁵⁵.

Tale parametro di matrice oggettiva potrebbe indurre a ricordare la figura del “buon padre di famiglia” di tradizione codicistica⁵⁶, almeno sotto il profilo del grado di cautela che egli utilizza per rapportarsi al mercato di riferimento quando effettua una scelta di consumo⁵⁷, anche se resta sempre la necessità di operare un bilanciamento fra una scelta che possa realmente definirsi consapevole e il grado di autoresponsabilità che comunque il consumatore deve assumersi.

L’adozione come paradigma di riferimento della nozione di consumatore del c.d. “*homo oeconomicus*”, inteso come modello di attore razionale, è divenuto negli anni “*fonte*

⁵³ ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 688. Per molti si rinvia, tra gli altri, a TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, 775; ZORZI GALGANO, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, 449; CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 408; GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 5.

⁵⁴ Critica già sul punto ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivo e questioni irrisolte*, in ROSSI CARLEO, MINERVINI (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 72, la quale ritiene il concetto di consumatore medio “desueto” poiché non considera che gli strumenti del *marketing* più moderno consentono di individuare e definire pratiche sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori ma ai soggetti sempre meglio individuati.

⁵⁵ Così S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, cit., 7. Sul punto si veda anche S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovraindebitato/esdebitato*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 611 ss.

⁵⁶ Figura che, secondo l’insegnamento di un Maestro del diritto civile, “*costituisce il metro dell’attività diretta alla tutela o realizzazione di interessi altrui, cosicché è insita in essa l’idea di una speciale sollecitudine che deve guidare l’obbligato nella sua attività*” (così GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968, 597; con più ampio riferimento alla teoria soggettivistica della responsabilità da inadempimento contrattuale v. ID., *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist. 1975, 188 ss.).

⁵⁷ Sulla nozione di diligenza professionale e sui rapporti tra diligenza, correttezza e buona fede v. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1117 ss.; sul punto v. anche DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Ann., Milano, 2012, 1086 ss.

di produzione di regole giuridiche implicite”⁵⁸, anche per quanto riguarda le pratiche commerciali scorrette.

Il perimetro dei confini del modello di “consumatore medio” sul quale viene valutata la correttezza delle tecniche di *marketing* è stato conformato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁵⁹ che, in più occasioni, si è dimostrata fortemente legata alla nozione di “*homo oeconomicus*”, prescindendo dal contributo delle scienze comportamentali⁶⁰.

Ciò malgrado da diversi anni parte della letteratura economica ha sostenuto che il comportamento del consumatore sia volto a massimizzare il proprio benessere individuale e sia in qualche modo basato su elementi impulsivi ed emotivi⁶¹ e che la scelta di consumo sia pressoché sempre una scelta limitata nei propri processi cognitivi e decisionali e, pertanto, irrazionale negli esiti⁶².

D'altronde, come già osservato da autorevole dottrina, lo stesso mercato “*non è soltanto offerta di beni, ma pure offerta di dati suggestivi, emotivi, conoscitivi*”⁶³.

Anche nell'ambito della dottrina giuridica si è preso atto della necessità di sottoporre a revisione critica il modello tradizionale di agente dell'economia neoclassica che si basa su “*un sistema di mercati interdipendenti, e indipendenti da regolamentazioni esterne*”⁶⁴.

La riflessione, pertanto, si è spostata sugli aspetti giuridici della psicologia della decisione⁶⁵ e su di un diverso modello di “*homo heuristicus*”⁶⁶ da considerare alla base della

⁵⁸ Così ZOPPINI, voce *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. Dir., I Tematici*, Milano, 2022, 316, il quale aggiunge che quanto già sostenuto produce delle conseguenze sia sul piano del diritto privato generale che per quanto concerne il diritto privato regolatorio.

⁵⁹ Tra le altre v. già Corte Giust. UE, 6 luglio 1995, C-470/93; Corte Giust. UE, 16 luglio 1998, C-210/96.

⁶⁰ Fa eccezione la pronuncia “Tekanne” (Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-195/14), seppur con riferimento al differente settore dell'etichettatura dei prodotti alimentari. Il caso posto alla base della pronuncia riguardava un infuso che, recando in etichetta il riferimento grafico al lampone ed alla vaniglia, riportava nell'elenco ingredienti solo la presenza di aromi della frutta. La Corte ha ritenuto corretta la possibile valutazione di ingannevolezza del *packaging* che avrebbe potuto indurre un “consumatore medio” a ritenere presente la frutta tal quale anziché i semplici aromi. Sul punto, per un più dettagliato commento, si vedano GONZALEZ VAQUÈ, *El TJUE confirma y precisa su jurisprudencia sobre la eficacia informativa de la lista de ingredientes: la sentencia “Teekanne” de 4 de junio de 2015*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 43 ss.

⁶¹ ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 208.

⁶² Sintetizza così perfettamente ZOPPINI, voce *Contratto ed economia comportamentale*, cit., 314.

⁶³ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 73.

⁶⁴ Così GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., 81, nota 13. Nella dottrina economica, per tutti, v. MARENGO, PASQUALI, *Il mercato, l'impresa e il primato della conoscenza*, in VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, Milano, 2005, 53 ss.

⁶⁵ Sul punto v. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, trad. it. di Barile, Torino, 2018.

⁶⁶ TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012.

nozione di consumatore medio⁶⁷ che ricorda un paradigma di scelta che si caratterizza anche per delle “*scorciatoie mentali che semplificano le scelte individuali, rivelandosi, al contempo, foriere di mispercezioni suscettibili di comprometterne gli esiti*”⁶⁸.

Con l’espressione “razionalità limitata”⁶⁹ si vuole intendere il fatto che la capacità decisionale degli esseri umani risente dei limiti delle capacità cognitive di chi deve prendere la decisione rispetto al numero di stimoli ricevuti, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute⁷⁰.

La “razionalità limitata” stimolerebbe delle “distorsioni” nelle decisioni di scelta⁷¹.

Diversi studi hanno dimostrato che le scelte degli individui possono essere significativamente influenzate dal modo in cui un determinato problema viene loro esposto o dal modo in cui sono loro presentate una serie di alternative (c.d. *framing effect*). In sostanza le persone tendono a sottovalutare le conseguenze negative di azioni che producono un effetto positivo nell’immediato (c.d. *present bias*); inoltre nel raccogliere e se-

⁶⁷ Sul ruolo svolto dal «*principio della razionalità comportamentale del consumatore*» v. ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 355, che ne evidenzia la centralità dinanzi all’alternativa fra una tutela del contraente debole affidata agli obblighi informativi ovvero all’efficienza del mercato; sul punto v. anche PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L’intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in MASINI (a cura di), *Lo scaffale dell’inganno*, Milano, 2021, 99 ss.

⁶⁸ Così BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali “generalmente ammesse”*, in *Pers. merc.*, 2021, 803.

⁶⁹ Tale sintagma si deve a SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, 257.

⁷⁰ Si vedano, tra gli altri, ad esempio DENOZZA, ID., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, I, 1 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 13 s.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 167 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 309 ss.; ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell’uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, III, 497 ss.; DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2017, 637 ss.; TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, IV, 579 ss.; ID., *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 106 ss.; CARBONE, *Paternalismo, perfezionismo e regole nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, II, 225 ss.; BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell’orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019; LIACE, *Sulle emozioni e le reazioni dell’investitore irrazionale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 140 ss.; SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 2020, 493 ss.; NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 22-24; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 207-208; ID., *Le domande che ci propone l’economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, cit., 13 ss.; ID., voce *Contratto ed economia comportamentale*, cit., 316 ss.

⁷¹ THALER, SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, 5 ss.

lezionare informazioni, l'individuo tende a prediligere quella che conferma le proprie ipotesi di partenza, piuttosto che quella che possa minarle (c.d. *bias* della conferma)⁷².

Ciò dimostrerebbe l'insufficienza e forse anche l'inadeguatezza di una nozione legislativa rigida come quella di consumatore⁷³ che non sembra più adeguata all'evoluzione delle tecniche commerciali e forse necessita, più che di un *restyling*⁷⁴, di una vera e propria rimediazione, come dimostra, più in generale, la crescente attenzione rivolta al consumatore vulnerabile.

5. Brevi note sulle possibili ricadute operative

Si possono svolgere, a questo punto, alcune riflessioni conclusive.

L'ordinanza del Consiglio di Stato più volte richiamata certamente merita apprezzamento per aver sollevato un problema di cui si discute oramai da tempo e che necessita di un chiarimento definitivo da parte della Corte UE.

A questo punto, in conclusione, viene naturale chiedersi quali saranno le sorti del consumatore medio.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, come si è visto, ha svolto nel corso degli anni un ruolo importante nel definire e interpretare la nozione di "consumatore medio" nel contesto della legislazione europea sulla tutela dei consumatori.

Le decisioni della Corte hanno chiarito che la nozione di consumatore medio non deve essere vista come un'entità astratta, ma piuttosto come una figura che rappresenta una media ragionevole dei comportamenti, degli interessi e delle aspettative dei consumatori effettivi; ciò, tuttavia, sulla base del paradigma classico dell'*homo oeconomicus*⁷⁵.

⁷² Per tutti si rimanda agli studi di SIMON, *Models of bounded rationality*, Cambridge, 1982; KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, *Judgement under uncertainty: heuristic and biases*, New York, 1982.

⁷³ Sul punto sia consentito il rinvio a TRUBIANI, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 133 ss. ed in CATRICALÀ, PIGNALOSA (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, 11 ss.

⁷⁴ INTRAVALIA, *Il restyling della nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 385 ss.

⁷⁵ Connesso ma differente è, invece, il tema della vulnerabilità del consumatore che trova un riferimento normativo espresso nel considerando n. 18 della dir. 2005/29/UE sulle pratiche commerciali sleali: lo stesso prevede, infatti, che accanto al parametro del consumatore medio desumibile dalla giurisprudenza della Corte è necessario introdurre disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultino particolarmente vulnerabili, con ciò facendo riferimento alla individuazione di specifiche categorie "target" per le quali la tutela ordinaria non risulti adeguata.

L'art. 5 par. 3 della direttiva stabilisce che "le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo (...)". Sul punto, per tutti, v. BATTELLI, *Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità*, in CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella*

L'ipotesi che si prende in considerazione è, invece, quella di una apertura da parte della Corte di Giustizia UE nei confronti degli studi dell'economia comportamentale.

Se la Corte, difatti, dovesse sposare la prospettiva che sembra offrire l'ordinanza del Consiglio di Stato, certamente vi potrà essere una rinnovata lettura sistematica che sarà volta a riempire di nuovi contenuti la figura del consumatore medio prestando attenzione alle dinamiche comportamentali⁷⁶ e adeguandolo alle moderne esigenze di un mercato in cui le scienze cognitive ed il *neuromarketing* trovano sempre più applicazione⁷⁷. Come necessario corollario sarà certamente considerata scorretta la pratica commerciale dell'incorniciamento (c.d. *framing*).

In questo modo la Corte di Giustizia UE potrebbe confermare la sua funzione “creatrice” del diritto⁷⁸ come spesso accade nell'ambito del diritto dei consumi⁷⁹, nella dichiarata ottica⁸⁰ del rispetto del principio di effettività⁸¹.

disciplina comune e nei mercati regolamentati, Napoli, 2022, 35 ss., spec. 53 ss.; ID., *Un contributo alla riflessione delle situazioni di vulnerabilità e di debolezza contrattuale nella prospettiva dei limiti dell'autonomia privata*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, 97 ss.

⁷⁶ Favorevoli al dialogo con le altre discipline tra cui le scienze comportamentali, GRUNDMANN, HACKER, *Theory of Choice and the Law - An Introduction*, in GRUNDMANN, HACKER (a cura di), *Theories of Choice: The Social Science and the Law of Decision Making*, Oxford, 2021, 3-4.

⁷⁷ Il *neuromarketing* viene utilizzato per studiare le risposte che si attivano a livello cerebrale nel momento in cui un potenziale cliente viene esposto a stimoli sensoriali quali, ad es., una pubblicità o l'esposizione di un *brand* (per un ampio inquadramento del fenomeno si rimanda a CARRUBBO, MENDOLA, *Le scelte “inconsapevoli” nelle nuove dinamiche d'acquisto. Il neuromarketing e la tutela del consumatore-follower*, Padova, 2022).

⁷⁸ Così RABITTI, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Pers. merc.*, 2018, 220 ss., la quale evidenzia sottolineare la natura ibrida di tale organo giurisdizionale, osservando che esso “*si distacca dalla logica del “giudice e le leggi e si muove in una dimensione più vicina al giudice di Common Law, connotata da una discrezionalità tale nelle scelte su come dare contenuto al diritto dell'UE che, quando interpreta, innova a tal punto il diritto da crearlo, stabilendo, contestualmente, di volta in volta, quale è il bene dell'UE e piegando ad esso i diritti nazionali*”.

⁷⁹ Basti pensare (come ricordato da RABITTI, *op. ult. cit.*, 230-231), ad esempio all'attività della Corte di Giustizia UE in materia di diritto processuale dei consumatori. La giurisprudenza europea si è reso necessario proprio per la mancanza di un meccanismo istituzionale di armonizzazione in materia processuale. Sul punto v. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 806 ss.

⁸⁰ Si vedano ad esempio Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-497/13, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10 ss., con nota di F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*; Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, in *Dejure*. Più di recente si veda Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, in *Judicium*, 2022, con nota di D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non oposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022: in attesa delle Sezioni Unite*.

⁸¹ Sul punto il riferimento va agli studi di Giuseppe Vettori: si veda, per tutti, VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

Tuttavia sembra avvertirsi sempre di più, anche in questo specifico settore, la esigenza di certezza e calcolabilità del diritto⁸²: un mercato efficiente, specialmente nell'ottica della sempre maggiore evoluzione tecnologica⁸³ che spinge ad un sistema di commercio, legato alle grandi piattaforme digitali, più rapido e al contempo insidioso, in cui sono chiare e precise, anzitutto, le nozioni legislative relative ai soggetti giuridici e, di conseguenza, i confini legittimi delle azioni consentite agli operatori economici rappresenta, senza dubbio, la prima forma di tutela del consumatore⁸⁴.

Il rischio che si paventa è quello di un possibile ritorno in forma attenuata di un paternalismo consumeristico aggiornato ai tempi odierni⁸⁵ con il connesso rischio di compressione dell'autonomia privata su cui si basa il corretto funzionamento del mercato unico europeo⁸⁶; si tratterà, pertanto, di trovare un bilanciamento adeguato tra le diverse istanze in gioco fissando un punto di equilibrio tra la concorrenzialità del mercato e la tutela del consumatore⁸⁷, magari tornando a riflettere sull'educazione al consumo ex artt. 2, lett. d e 4 cod. cons., come diritto fondamentale del consumatore⁸⁸ e, ancor pri-

⁸² Il riferimento ovviamente va a IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

⁸³ Si vedano ad es. i sistemi di intelligenza artificiale di riconoscimento delle emozioni, cioè sistemi *software* finalizzati all'identificazione o alla deduzione di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici. Un interessante riferimento normativo si coglie nella Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle pratiche di intelligenza artificiale COM(2021) 206 final agli artt. 3, punto 34 e 52, par. 1. Sul punto si rimanda a ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, 347 ss.

⁸⁴ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 701, parla espressamente del consumatore come "figura che non deve essere tutelata ma rispettata, quale parte di un mercato regolamentato in modo da consentirgli non solo di agire liberamente come 'cives' o meglio, come 'persona', ma altresì di assurgere ad un rilievo macroeconomico, divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda".

⁸⁵ Segnala correttamente BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 427 ss., che vi sia il concreto rischio di una "degenerazione ermeneutica e dogmatica" nel settore delle pratiche aggressive ed evidenzia il "timore (...) che la prevalenza del dato empirico, quello che recupera attraverso i fatti concreti la rilevanza delle percezioni psicologiche individuali, ancorché elaborate con metodo statistico, consolidi una dogmatica nostalgica che accompagni la disciplina di protezione del consumatore sulla strada del ritorno al consumatore debole per struttura (status)".

⁸⁶ Sul punto, tra gli altri e con diverse sfumature, si vedano LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016, 30 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1275 ss. ed in MAZZAMUTO, NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 73 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 184 ss.; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 201 ss.

⁸⁷ In argomento si rimanda alle pagine di IRTI, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 475 ss.

⁸⁸ Sul punto v. ROSSI CARLEO, *sub art. 4 - Educazione del consumatore*, in ALPA ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 14 ss. Sui diritti fondamentali del consumatore si veda, per tutti, ALPA, *I diritti dei consumatori e il codice del consumo nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 3 ss.

ma, sul dettato dell’art. 169 TFUE che non pone solo l’informazione come pilastro atto a determinare quel riequilibrio che possa consentire alle parti un effettivo esercizio della autonomia, ma fa riferimento, congiuntamente, ad educazione ed informazione.

Peraltro una riconsiderazione dell’*homo oeconomicus*, dovrebbe anche tener conto che al consumatore, nel quadro della politica europea di crescita solidale e sostenibile, è assegnato un “potere di scelta” che non è più esercitato solo sulla base della convenienza economica, ma anche sulla base di canoni ulteriori e diversi⁸⁹ ed in questo senso una attenzione rivolta alla economia comportamentale, potrebbe aprirci ulteriori nuovi orizzonti.

Di certo, quindi, la futura pronuncia della Corte di Giustizia UE dovrà contribuire a riconcettualizzare la nozione di consumatore medio e potrà farlo secondo i contributi offerti dalle scienze comportamentali, ponendo le basi, anzitutto, per una valutazione dinamica, che possa quanto meno incidere sull’efficacia concreta, degli obblighi informativi che gli operatori economici saranno tenuti ad offrire ai consumatori⁹⁰ e possa, nel contempo, determinare una sorta di *actio finium regundorum* tra le pratiche commerciali lecite e quelle scorrette.

ABSTRACT

Lo scritto, prendendo spunto dall’ordinanza del Consiglio di Stato 10 ottobre 2022 n. 8650, analizza la nozione di consumatore medio come previsto dall’art. 20 del Codice del consumo. Nello specifico si ragiona in ordine al superamento della figura di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina e al possibile contributo delle scienze comportamentali.

L’autore, inoltre approfondisce le possibili ricadute operative della futura pronuncia della Corte di Giustizia UE ipotizzando che la stessa ponga le basi, anzitutto, per una riconcettualizzazione della nozione di consumatore medio ma anche per una valutazione dinamica che possa incidere sull’efficacia in concreto degli obblighi informativi gravanti sui professionisti nei confronti dei consumatori e che possa chiarire il confine tra le pratiche commerciali corrette e quelle scorrette.

The paper, based on the Council of State ordinance of October 10, 2022, no. 8650, analyzes the notion of the average consumer as provided for in Article 20 of the Italian Consumer

⁸⁹ Ancora una volta senza addentrarci in un tema che richiederebbe una ben ampia riflessione, appare sufficiente, a titolo semplificativo, un richiamo alle c.d. “scelte etiche”, le quali, come si ritiene diffusamente, potrebbero far leva sull’etica quale strumento di *marketing*. Per una riflessione di base sul tema si rimanda alle ormai classiche opere di BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2007; ID., *L’etica in un mondo di consumatori*, Roma-Bari, 2007.

⁹⁰ GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., 62-63; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, 2011, 595 ss.

Code. Specifically, it considers the overcoming of the notion of the homo oeconomicus as a reference parameter for the discipline and the possible contribution of behavioral sciences that could fill the figure of the average consumer with new content.

The author also explores the possible operational implications of the future ruling of the EU Court of Justice, hypothesizing that it will lay the groundwork, first and foremost, for a re-conceptualization of the notion of the average consumer, but also for a dynamic evaluation that can at least affect the concrete effectiveness of the information obligations that sellers will be required to offer to consumers and that may clarify the border between fair & unfair business-to-consumer commercial practices.



Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti

Guido Alpa



SOMMARIO: 1. Due visioni del diritto. – 2. Origine dei nuovi diritti. – 3. Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare. – 4. Nuovi diritti reali. – 5. Diritti nascenti dal rapporto contrattuale. – 6. Nuovi diritti e tecnologie digitali. – 7. Congedo.

1. Due visioni del diritto

Il titolo di questo contributo unisce lo statuto dei nuovi diritti alla società dei cambiamenti, e quindi si riferisce alla fase storica che stiamo vivendo, definita, nella prospettiva giuridica, come “diritto postmoderno”¹. È questa una locuzione cara ad uno dei giuristi più significativi del secondo Novecento, e delle due decadi del nostro secolo, Paolo Grossi, che ci ha accompagnato fino a qualche mese fa dopo aver percorso una lunga e luminosa carriera di studioso e aver donato straordinari frutti della sua intelligenza². La stagione dei nuovi diritti evoca però anche un altro nome, altrettanto famoso e altrettanto importante: quello del mio Maestro Stefano Rodotà, il quale per tutta la vita ha testimoniato il ruolo propulsivo del diritto e dei giuristi nel promuovere le libertà e i diritti civili³. Per parte sua nel 2012, Rodotà aveva rivolto ai giuristi un interrogativo inquietante: «Nasce un nuovo catalogo dei diritti, che trova un primo tentativo di sistemazione nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Ma quali regole devono accompagnare i nuovi diritti? È continua la tentazione di usare la legge non per dare ai diritti la loro

¹ ZACCARIA, *Diritto postmoderno*, Bologna, 2022.

² GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; Id., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

³ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2014; RODOTÀ, *La vocazione civile del giurista*, saggi a cura di ALPA e ROPPO, Roma-Bari, 2013

giusta cornice, ma per subordinarli a valori non condivisi, ad un'etica di Stato: nascono così cattive leggi; i nuovi diritti non sostituiscono quelli antichi: il mondo dei diritti vive di accumulazioni, non di sostituzioni; i diritti sociali si affiancano ai diritti civili e politici, ma non li scalzano, altrimenti sarebbe troppo facile dire che questi ultimi sono un insostenibile lusso quando vi sono bisogni elementare da soddisfare»⁴.

Le due visioni del diritto, quella di Grossi e di Rodotà, muovevano da presupposti diversi, anche per la loro diversa formazione culturale e la loro diversa storia personale. Ma presentavano molti aspetti comuni: l'idea che il diritto non potesse essere confinato solo nel mondo delle leggi – in quell'“assolutismo giuridico”⁵ contro il quale Grossi aveva condotto una battaglia coraggiosa, non sempre vincente – e il diritto non potesse essere considerato come la mera crisalide formale entro la quale registrare la distribuzione del potere e i rapporti interindividuali, dovendosi piuttosto modellare il diritto come un centro propulsivo di aspirazioni, valori, pretese, mediante le quali si possa dare piena attuazione alla realizzazione della personalità umana come predicato dalla nostra Costituzione, all'art. 2⁶. Entrambi, poi, volgevano lo sguardo al di là dell' individualismo esasperato che connota la società moderna, poco incline alla inclusione e all'eguaglianza, ma soprattutto avara di spinte solidali, per ricostruire la dimensione collettiva del vivere sociale: basti ricordare gli studi di Paolo Grossi sulla proprietà collettiva, sugli usi civici, sulle terre collettive, e le proposte di Stefano Rodotà sui beni comuni, che discendevano dalle sue ricerche, iniziate nel 1960, sul terribile diritto (per l' appunto la proprietà borghese di stampo napoleonico) e approdate alla relazione presentata al Ministero della Giustizia nel 2007 per la revisione della disciplina del codice civile sui beni e per la introduzione di una nuova categoria, i beni comuni, non contrassegnata dall'appartenenza ma dalla loro funzione sociale e dalla loro fruizione collettiva⁷.

Ecco, il diritto postmoderno comincia di qui e si dipinge anche in questo modo.

La stagione dei diritti ha percorso molta strada da quando fu descritta nelle pagine memorabili di Norberto Bobbio⁸ e non si attesta solo alla conquista di nuovi spazi individuali, ma coinvolge anche i gruppi, le comunità, le aggregazioni dei consociati. La costruzione dei nuovi diritti nella dimensione individuale rimane, ovviamente, quella dominante, secondo le categorie che la scienza giuridica ha elaborato da secoli e che continuano a svolgere la loro funzione ordinante: il diritto soggettivo, proprio perché creato in capo all'individuo si presta di più a soddisfare gli interessi del soggetto piuttosto che non una pluralità di soggetti; e tuttavia le dinamiche che pervadono la società postmoderna si snodano secondo vie che coinvolgono gli individui e le loro aggregazioni:

⁴ RODOTÀ, *La crisi economica comprime i diritti fondamentali*, CNF, Atti del VII Congresso di aggiornamento fornese, Roma, 2012 (e ne *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 41 ss.

⁵ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁶ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.

⁷ Ministero della Giustizia, Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – Relazione Roma, 2007.

⁸ BOBBIO, *L'età dei diritti* (1989), Torino, 1992.

i “social” di cui si dirà, ci presentano l’individuo, isolato nel suo solipsismo, in contatto virtuale con l’altro, di cui egli avverte il bisogno, attraverso la formazione di gruppi che comunicano tra loro soltanto mediante internet.

Tenendo conto delle due componenti del titolo di queste pagine – nuovi diritti, nuovi cambiamenti – occorre dunque tentare, almeno con il metodo esemplificativo, di tracciare un catalogo significativo, che tenga conto dei fattori che si fanno promotori di nuovi interessi, di nuove pretese a cui il diritto, al quale ormai ci si rivolge per risolvere la maggior parte dei problemi, deve dare voce e protezione. È appena il caso di osservare che, scegliendo questa prospettiva, e avviando il discorso in questo solco, si compie una scelta netta e chiara: quella che si contrappone al minimalismo dei diritti, in voga presso alcuni costituzionalisti nordamericani, per accogliere la via della proliferazione dei diritti, considerata nella nostra cultura giuridica come la risposta democratica agli eccessi del libero mercato, della globalizzazione, della digitalizzazione diffusa, ed ora, della intelligenza artificiale⁹. Si è parlato di retorica dei diritti e di crisi dell’età dei diritti¹⁰. In realtà, secondo i parametri del pensiero occidentale, solo l’espansione dei diritti – anche tenuto conto del loro costo – consente alle moderne democrazie di stare al passo con l’evoluzione dei costumi, della scienza e della tecnica.

2. Origine dei nuovi diritti

Come nascono i nuovi diritti? Per l’appunto dall’evoluzione sociale, dalle esigenze economiche, dalle rivoluzioni biologiche e tecnologiche. Nascono anche da eventi inattesi e catastrofici, come la pandemia di Covid o i flussi degli immigrati cagionati da terremoti, inondazioni, carestie, vicende belliche, sistemi afflitti da instabilità politica, campagne discriminatorie a sfondo religioso e razziale. Questi ultimi aspetti richiederebbero una analisi approfondita che non si adatta alle circostanze che hanno originato queste pagine¹¹.

Anche in questa prospettiva restano fondamentali gli studi di Stefano Rodotà: tutti i suoi libri ci parlano dei nuovi diritti, da *La vita e le regole*, in cui si descrivono i diritti del corpo umano nel progresso delle scienze biologiche e il diritto all’autodeterminazio-

⁹ IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003; DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford; *contra*: MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, (2006), n. 26, 179-208; MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; R. BIN, *Nuovi diritti, vecchie questioni. Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, Bologna, 212; PINO, *Crisi dell’età dei diritti?*, in *Etica e Politica*, 2013, I, 87 ss.

¹⁰ Per una confutazione di queste tesi v. PINO, *Crisi dell’età dei diritti?*, in *Etica e Politica*, XV, 2013, I, 87 ss.

¹¹ V. tuttavia LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, 23 febbraio 2022.

ne, che consente il coinvolgimento della persona negli interventi medici e nella sperimentazione di nuove tecniche e nuovi farmaci, a *Tecnologie e diritti*, che si avventura nei meandri dell' elettronica, dell' informatica e della intelligenza artificiale, a *Il mondo della rete* che prefigura una disciplina di internet nella quale si garantisce a tutti l'accesso ad un sistema che fornisce informazioni e che assomiglia in termini moderni alla alfabetizzazione dei primi del Novecento, richiedendo dunque un servizio destinato costituzionalmente a tutti i cittadini, e *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, per attirare l'attenzione sui risvolti politici delle rivoluzioni scientifiche, a *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, per sottolineare come la convivenza sociale debba poggiare su valori condivisi di rispetto della dignità della persona, di inclusione e di comprensione dell'altro.

In questo brulichio di nuovi diritti qual è il ruolo del legislatore, della giurisprudenza e dell'avvocatura? Il ruolo del legislatore è stato distratto, recessivo, saltuario: pur essendo strettamente necessario ,anche in una moderna divisione dei poteri, non riesce a rincorrere le spinte della società, della scienza e delle tecnologie, sicché spetta, almeno in prima battuta, alla giurisprudenza – e quindi all'avvocatura che ne attiva l'ingresso e ne agevola e ne discute la funzione - la soluzione primaria dei problemi, attraverso la soluzione dei nuovi casi¹². È se mai il legislatore europeo – nei limiti delle sue competenze – a rimediare alle lacune dell'ordinamento dapprima con raccomandazioni e proposte, e poi con le fonti secondarie¹³.

Rispetto al passato, anche recente, ci troviamo in un mondo più complesso, in cui le dichiarazioni dei diritti , cioè i cataloghi dai quali attingere le situazioni soggettive meritevoli di tutela sono collocate in diversi ambiti normativi ed affidate a corti costituite in diversi contesti, con nomine e composizioni differenziate, e con prerogative e competenze differenziate. Il loro continuo operare, contemporaneo ma non sovrapposto, talvolta però conflittuale, evoca quel dialogo tra le corti che si fonda su criteri di natura formale, anche se risente del loro valore politico¹⁴.

3. Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare

Un catalogo dei nuovi diritti non può che iniziare dai diritti umani. Qui la novità è data dalle nuove prospettazioni che gli avvocati hanno effettuato presso la Corte di Strasburgo e i giudici di quella Corte hanno accolto. Tra i numerosi diritti umani che campeggiano nella Convenzione EDU, quelli relativi alla famiglia e alla vita familiare mi sembrano tra i più avanzati, se possibile disegnando una nozione di famiglia e di vita

¹² V. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

¹³ CREMONA, *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017.

¹⁴ AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015.

familiare più progressiva rispetto a quella ricostruibile sulla base delle disposizioni della nostra Costituzione.

Ecco qualche esempio di applicazione dell'art. 8 della CEDU.

La famiglia è intesa come un gruppo di persone che vivono insieme, ed è la convivenza il legame che sviluppa la personalità dell'individuo (Olsson c. Svezia, 1988). La vita familiare costituisce una nozione autonoma rispetto alla vita privata (Marckx c. Belgio, 1979). La famiglia è considerata sia nella sua versione tradizionale, composta da due membri di sesso diverso uniti in matrimonio, sia nella versione moderna costituita da coppie non unite in matrimonio, ma semplicemente conviventi, siano esse di sesso diverso o dello stesso sesso.

È la convivenza il fattore che qualifica il rapporto che lega i famigliari di fatto (Johnston e altri c. Irlanda, 1986). La coppia di fatto è riconosciuta come tale se la durata della convivenza è stata apprezzabile ed eventualmente se ha dato origine a dei figli (X,Y,Z c. Regno Unito, 1997). La nozione di vita familiare è estesa anche alle coppie omosessuali (Oliari e altri c. Italia, 2015). La nozione di famiglia comprende anche i figli maggiorenni se conviventi (Belli e Arquier-Martinez c. Svizzera). La motivazione del caso Katsikeros c. Grecia riassume la giurisprudenza della Corte sulla rilevanza della famiglia di fatto.

Non può considerarsi una famiglia la relazione meramente biologica tra un genitore e il proprio figlio: occorrono cioè altri fattori perché si possa creare una famiglia (v. ancora Katsikeros c. Grecia): è il caso dell'unione del padre naturale con il figlio nato fuori dal matrimonio.

La sussistenza o meno di una vita familiare che lega le persone è oggetto di accertamento di fatto, e sono le circostanze concrete a determinare l'esistenza di una "famiglia" (L. contro Paesi Bassi, 2004). È perciò considerata una famiglia che dà luogo ad una vita familiare anche la convivenza di un minore con una coppia con cui egli non abbia alcun legame biologico, ma solo affettivo (Moretti e Benedetti c. Italia, 2010), mentre non è considerata una famiglia da cui derivi una vita familiare la convivenza di un minore durata un anno con una donna che aveva ottenuto la dichiarazione dello stato di adottabilità (Marchi c. Italia, 2021). Sempre le circostanze di fatto hanno condotto la Corte ad escludere che si fosse formata una famiglia ed una vita familiare nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia (2017), in cui il minore conviveva con la coppia da circa otto mesi in una condizione di precario legame giuridico, senza avere alcun legame biologico con i conviventi. È dunque l'accertamento delle circostanze di fatto che guida la Corte ad accertare se sussistano legami affettivi nati dalla convivenza che giustificano la sussistenza di una vita familiare (Nylund c. Finlandia, 1999; L. c. Paesi Bassi, 2004; Anayo c. Germania, 2010).

Anche una vita familiare solo progettata può avere rilevanza (Pini e altri c. Romania, 2004); il matrimonio religioso non riconosciuto dallo Stato dà luogo ad una famiglia, ma non implica l'obbligo di riconoscimento dello Stato a fini pensionistici o successori (Şerife Yiğit c. Turchia, 2010).

La nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione è più estesa della nozione di "famiglia", come dimostra il fatto che la Corte ha riconosciuto l'applicabilità della disposizione anche al caso di convivenza di fratelli (Moustaquim c. Belgio, 1991; Mustafa e Armağan Akın c. Turchia, 2010), o di zii e nipoti (Boyle c. Regno Unito, 1994). I rapporti

intergenerazionali , tra nonni e nipoti, sono considerati più flebili, così come i rapporti istituiti tra adulti e loro genitori, o tra fratelli e sorelle (Bernhebbia c.Francia, 2003).

Anche la Corte costituzionale, specie negli anni recenti, ha elaborato importanti sentenze riguardanti nuovi diritti della persona e della famiglia, nella latitanza del legislatore civile¹⁵.

Da ultimo, si possono menzionare la sentenza n. 209 del 2022 in cui la Corte ha dichiarato ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 741, lettera b), primo periodo, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022), nella parte in cui stabilisce: «per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente». La sentenza n. 195 del 2022 in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), nella parte in cui non esclude, dal novero delle cause ostative al riconoscimento del diritto di cittadinanza, la morte del coniuge del richiedente, sopravvenuta in pendenza dei termini previsti per la conclusione del procedimento .

La sentenza n. 131 del 2022 in base alla quale in caso di riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome paterno salva la facoltà dei genitori, di comune accordo, di trasmettere anche il cognome materno garantendo l'effettiva parità dei genitori, la pienezza dell'identità personale del figlio e di salvaguardare l'unità della famiglia.

La sentenza n. 88 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1957, n. 818 (Norme di attuazione e di coordinamento della legge 4 aprile 1952, n. 218, sul riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti), nella parte in cui non include tra i destinatari diretti ed immediati della pensione di reversibilità i nipoti maggiorenni orfani riconosciuti inabili al lavoro e viventi a carico degli ascendenti assicurati.

La sentenza n. 79 del 2022 , che è ancora più pregnante. Essa, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU , ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983 n.184 (diritto del minore ad una famiglia) nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Si legge nella sentenza che «il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste – (...) (Corte EDU, sentenza Marckx, paragrafo 45) – un significato pregnante e rilevante nella nozione di “vita familiare” e va a comporre la stessa identità del bambino (sentenza Mennesson, pa-

¹⁵ SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, s.d. nel web.

ragrafi 96-101; sentenza Labassee, paragrafi 75-80)» sì che «si deve ritenere che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 CEDU, violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost.».

Non si è ancora risolta la questione della genitorialità di entrambe le donne conviventi, di cui una sia diventata madre del minore mediante procreazione artificiale, anche se la Corte costituzionale ha più volte sollecitato il legislatore a provvedere in questo senso: da ultimo la Corte, con la sentenza n. 230 del 2020, ha messo in luce che «la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). In questa chiave, “si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)” (sentenza n. 221 del 2019). Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore».

4. Nuovi diritti reali

In materia di proprietà e diritti reali, per quanto si possa pensare che la materia sia tendenzialmente immobile, attese le sue ascendenze auliche e il principio di tipicità dei diritti reali, riscontriamo novità, in parte derivanti dalla applicazione della CEDU, in parte correlate all'intervento del legislatore, nazionale ed europeo, e poi alle esigenze dettate dalla transizione ecologica.

Oltre all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, nelle materie (peraltro esigue) di sua competenza ha riconosciuto e garantito la proprietà privata, occorre menzionare la corposa giurisprudenza della Corte EDU che ha parificato il concetto di «bene» a quello di «proprietà» (Cedu 19 ottobre 2000 caso *Ambruosi c. Italia*; Cedu 5 gennaio 2000 caso *Beyeler c. Italia*; Cedu 3 luglio 2003 caso *Buffalo s.r.l. c. Italia*), «riconoscendo così la protezione prevista dalla CEDU, oltre che alle cose corporali, anche a quelle incorporeali, ai diritti di credito, ai brevetti e all'avviamento commerciale»¹⁶. E proprio la disciplina dell'espropriazione, collaudata da quasi un secolo, a proposito dell'indennizzo, e nonostante il principio di funzione sociale della proprietà, è stata tra-

¹⁶ TRIMRCHI, *La proprietà europea*, in *Jus Civile*, 2018, 4, 488; ID., *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Milano, 1975.

volta dalla giurisprudenza della Corte EDU con la vicenda Scordino c. Italia, troppo nota per essere ripresa per intero¹⁷, per la quale la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, e poi la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis del dl. n. 333 del 1992 e del primo comma dell'art. 37 del dpr. n. 327 del 2001 che prevedevano per l'espropriato indennità inferiori al valore di mercato del bene sottratto al proprietario.

Sempre a proposito di rimedi a favore della proprietà una sentenza recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha risolto il contrasto tra sezioni della Corte in ordine alla prova che il proprietario deve fornire per ottenere il risarcimento del danno da occupazione illegittima, ritenendo che il danno sia *in re ipsa*, e da liquidarsi in via equitativa, salva la prova di un danno maggiore, che deve essere circostanziato¹⁸.

La transizione ecologica ha introdotto un nuovo soggetto di diritto¹⁹, la comunità energetica, un'associazione sui generis – una sorte di impresa sociale – istituita tra comproprietari, piccole e medie imprese, e istituzioni pubbliche, in modo aperto, a cui possono aderire altri proprietari successivamente alla sua istituzione, che autoproduce energia e la fornisce ai propri membri a prezzi accessibili²⁰ e la può vendere anche a terzi, se la produzione di energia è superiore al fabbisogno dei partecipanti.

Ed è ormai assodato che il principio del numero chiuso dei diritti reali è da tempo superato: ciò avviene per i diritti reali immateriali²¹, per i diritti edificatori, per la conformazione negoziale dell'appartenenza, per la multiproprietà, per la cubatura d'aria, e così via²².

Si deve poi considerare la nuova prospettiva con cui, al di là delle proposte di disciplina dei beni comuni, gli studiosi del diritto amministrativo hanno rielaborato la disciplina dei beni pubblici, ormai distante da quella recata dal codice civile agli artt. 812 ss.²³.

¹⁷ V. le sentenze 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006 della Corte EDU.

¹⁸ SASSANI e DE SANTIS, *Note impromptu sul danno in re ipsa* in Sez. Un. n. 33645/2022 e Sez. Un. n. 33659/2022.

¹⁹ Direttiva 2003/30/CE per la promozione dei biocombustibili;

- Direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico degli edifici;

- Direttiva 2004/8/CE per la promozione della cogenerazione;

- Direttiva 2001/77/CE per la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

²⁰ BERTI e BONAITI, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. Ambiente e diritto*, 2023, n. 1.

²¹ *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino, 2010.

²² ALPA, DONZELLI, FUSARO, *Metamorfosi della proprietà*, Milano, 2020; GAMBARO e MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2011.

²³ V. per tutti CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della "proprietà" e dei "beni"*, Torino, 2022; CERULLI IRELLI e DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi, saggio destinato agli scritti in onore di Franco Bassi*, sul web; *Il paesaggio di Alberto Predieri*, a cura di MORBIDELLI e MORSI, Firenze, 2019.

5. Diritti nascenti dal rapporto contrattuale

La disciplina del contratto è una fucina straordinaria per la creazione di nuovi diritti, legata com'è alla autonomia privata, alla libertà di innovazione di tipi contrattuali, alla articolazione di clausole contrattuali particolari.

Vorrei fare riferimento a due questioni complesse, e in via di soluzione giurisprudenziale, ove il legislatore non ritenesse di intervenire per dire la parola definitiva in materia.

Dei diritti dei consumatori si è molto discusso, attesa la rilevanza di questo settore per l'economia e considerate le decine di direttive europee che ne hanno scandagliato tutti gli aspetti²⁴.

Una nasce dal caso *Lexitor*²⁵, che ha interessato dapprima la Corte di Giustizia, la quale, in una vicenda riguardante il rimborso anticipato del credito al consumo, ha stabilito che il consumatore ha diritto alla restituzione di una quota di tutti i costi posti a suo carico per il periodo nel quale non ha goduto del finanziamento, considerando il costo totale del credito, includendosi in esso non solo i costi "running" ma anche quelli iniziali (upfront), quali l'istruzione della pratica, le provvigioni dell'intermediario, etc.²⁶. A seguito della sentenza, l'ABF, con diversi provvedimenti, uno dei quali collegiale²⁷, ha ritenuto che l'art. 125-*sexies* TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front". Il legislatore, peraltro non tempestivamente²⁸, era intervenuto, precisando che «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse

²⁴ Per una ricognizione in ambito europeo v. MICKLITZ, *The fathers and mothers of consumer law and policy in Europe*, Firenze, 2019.

²⁵ Corte di Giustizia, sentenza n. 383 dell'11 settembre 2019.

²⁶ L'art. 16 della direttiva 2008 n. 48 dispone, a proposito del rimborso anticipato, che «Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto». Nella definizione dei termini usati la direttiva enuncia questo significato di "costo totale del credito": «costo totale del credito per il consumatore»: tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

²⁷ ABF, provvedimento n. 2625 dell'11 dicembre 2019.

²⁸ Con l'art. 11-*octies*, commi 1, lettera b), e 2, del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, con la L. 23 luglio 2021, n. 106.

le imposte». Ma il Tribunale di Torino²⁹ aveva sollevato la questione di costituzionalità della nuova norma, sotto il profilo della irragionevole disegualianza che essa introduceva rispetto ai contratti in essere. La Corte costituzionale con la sentenza n.263 del 2022 ha ritenuto costituzionalmente illegittima la disposizione del TUB limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché <l'art. 125-sexies, comma 1, del TUB che resta vigente per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, in virtù dell'art. 11-sexies, comma 2, può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza Lexitor. L'eliminazione della parte di disposizione rimuove, pertanto, l'attrito con i vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea». E la Corte, valendosi dei suoi poteri, ha stabilito che la nuova interpretazione, in parte abrogativa, debba essere osservata solo per il futuro.

Questa vicenda conferma come operi l'intreccio delle fonti, ma anche il dialogo tra le Corti, interne ed europee, e di diverso livello.

Occorre, per completare questo punto, tener conto della recente sentenza della Corte di Giustizia, del 9 febbraio 2023 con la quale, con riferimento alla direttiva 2014/17UE del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori acquirenti di beni immobili residenziali, ha disposto che l'art.25 §1 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che prevede che il diritto del consumatore alla riduzione totale del costo del credito, in caso di rimborso anticipato, includa soltanto gli interessi e i costi dipendenti dalla durata del credito.

Questa correzione di rotta, anche se introdotta in un settore affine, dovrebbe rimediare alle incertezze che ancora investono l'intera vicenda del credito al consumo.

Sempre a proposito delle clausole contenute nei contratti dei consumatori, e delle informazioni preventive che debbono essere fornite al consumatore³⁰, o alla parte “debole”, è significativa la vicenda della validità dei contratti derivati.

Qui entrano in gioco anche Corti straniere, in particolare la High Court di Londra, adita dai clienti delle banche che lamentavano la conclusione di contratti derivati sulla base di informazioni incomplete, tali da non consentire la valutazione dell'alea implicata dall'operazione finanziaria.³¹

Il tema, cose si sa, è molto controverso, sia dal punto di vista del tipo, della quantità e della qualità delle informazioni da fornire al cliente³², sia dal punto di vista della meri-

²⁹ Ord. 2 novembre 2021, in DB Giurisprudenza online.

³⁰ DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. 1. La tutela del consumatore*, Milano, 2008.

³¹ Il 12 ottobre 2021 la *Commercial Court (Financial List division)* della *High Court of Justice of England and Wales* si è pronunciata in una controversia riguardante la sottoscrizione di contratti finanziari derivati da parte del Comune di Busto Arsizio, smentendo la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 8770 del 2020, che riguardava derivati sottoscritti dal Comune di Cattolica (Caso n. 2021 EWHC 2706); la stessa Corte però ha ritenuto che un contratto derivato sottoscritto dal Comune di Venezia fosse nullo (14 ottobre 2022, 2019-000012).

³² GAGGERO, *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contr. e impresa*, 2019, 450 ss.

tevolezza della causa³³: una giurisprudenza consolidata di merito si è equamente divisa tra libertà di creazione del contratto e di ripartizione dei rischi tra le parti e nullità del contratto per carenza di “alea razionale”³⁴. Ora, un conto sono i contratti derivati conclusi dalle pubbliche Amministrazioni, dichiarati dapprima leciti³⁵ e poi nulli con un provvedimento del 2013³⁶, altra cosa sono i contratti derivati conclusi dai consumatori senza ausilio di un consulente finanziario, che, per la difficoltà tecnica dell’operazione, non sono in grado di prefigurare i rischi dell’operazione, altra cosa ancora i clienti, spesso adeguatamente competenti, che hanno accettato il rischio, o hanno sottoscritto il contratto sulla base della consulenza di operatori finanziari³⁷.

Inopinatamente la Corte di Cassazione si è addentrata sul terreno della causa, sì che la dottrina ne ha bollato la correttezza dogmatica del ragionamento³⁸.

In altra occasione la Corte di Cassazione, con una dotta e compiuta motivazione, ha stabilito come debbono intendersi gli obblighi di informazioni dell’investitore prescritti dal TUB e dai regolamenti ad esso connessi. Il caso riguardava la sottoscrizione di “obbligazioni Argentina”, che il funzionario di banca aveva sconsigliato all’investitore, tenendo conto del suo profilo di rischio, e che l’investitore [aggiungo io, tenendo conto degli interessi assai alti prodotti da questi strumenti finanziari] aveva comunque voluto sottoscrivere. La Corte ha ritenuto che l’informazione del cliente, specie se consumatore, debba essere attiva e costante, sia nel momento di sottoscrizione del contratto quadro, sia al momento della sottoscrizione degli atti esecutivi.

Grande dibattito e qualche sconcerto hanno sollevato le sentenze della Corte di Giustizia che hanno consentito la verifica della validità delle clausole vessatorie contenute nei contratti del consumatore nella fase monitoria e nella fase esecutiva, travolgendo un principio secolare, di intangibilità della res iudicata e di certezza del diritto, che sembravano insormontabili³⁹.

³³ BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015.

³⁴ È una controversia che dura da decenni: v. SANGIOVANNI, *I contratti derivati tra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010.

³⁵ V. l’ articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002.

³⁶ V. l’ articolo 1, comma 572, legge 27 dicembre 2013, n. 147, legge di stabilità per il 2014.

³⁷ V. da ultimo Trib. Milano, 23 settembre 2022, n. 7344.

³⁸ Barcellona, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 2/2022 precisa che «La sentenza della Cassazione n. 21830/2021 si espone a incongruenze e contraddizioni, quando, per sancire la nullità di un Interest Rate Swap (IRS) privo dell’enunciazione di mark to market, criteri di calcolo, scenari probabilistici e costi impliciti, passa improvvidamente dal piano della formazione del consenso a quello della causa per approdare, infine, a quello dell’oggetto».

³⁹ D’ALESSANDRO (E.), *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite, in *Judicium*, 2 novembre 2022; MARCHETTI F., *Note a margine di Corte di Giustizia UE*, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte., in *Judicium*, 24 giugno 2022.

La sentenza del 17 maggio 2022 relativa alla causa C-600/19, in concomitanza con altre quattro cause (C693/19, C725/19, C831/19 e C869/19) ha infatti stabilito che il principio di effettività e il principio di equivalenza prevalgono sul principio di res iudicata, dovendosi tutelare la parte debole del contratto. Nel conflitto tra principi generali, la protezione del consumatore è considerata la finalità da privilegiare.

Il principio applicato dunque dalla sentenza è il seguente: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata e della decadenza, non consente né al giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di clausole contrattuali nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria, né al consumatore, dopo la scadenza del termine per proporre opposizione, di far valere il carattere abusivo di tali clausole nel procedimento in parola o in un successivo procedimento dichiarativo, quando dette clausole siano già state oggetto, al momento dell'avvio del procedimento di esecuzione ipotecaria, di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, ma la decisione giurisdizionale che autorizza l'esecuzione ipotecaria non comporti alcun punto della motivazione, nemmeno sommario, che dia atto della sussistenza dell'esame in parola né indichi che la valutazione effettuata dal giudice di cui trattasi in esito a tale esame non potrà più essere rimessa in discussione in assenza di opposizione nel termine citato».⁴⁰

⁴⁰ Per dirlo con parole della Corte: «(:: occorre ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte ha, infatti, già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, punti 35 e 36, nonché del 26 gennaio 2017, *Banco Primus*, C421/14, EU:C:2017:60, punto 46).

La Corte ha altresì riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13 (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, punto 37, nonché del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punto 68), fatto salvo tuttavia, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 39 della presente sentenza, il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da far sorgere dubbi quanto alla conformità della normativa nazionale di cui al procedimento principale a tale principio. Dal fascicolo a disposizione della Corte non risulta che il diritto nazionale consenta al giudice dell'esecuzione di riesaminare una decisione giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, nemmeno in presenza di un'eventuale violazione delle norme

Per quanto sia encomiabile l'orientamento della Corte di Giustizia che privilegia il principio della tutela della parte debole nel rapporto contrattuale, molte perplessità suscita la sentenza con cui la Corte ha ritenuto vessatorie le clausole del contratto concluso dal cliente con l'avvocato riguardanti le modalità del compenso a questo dovuto, perché quantificate con il calcolo orario e non preventivamente delimitate. Un conto è osservare il precetto della obbligatorietà del preventivo – peraltro sempre approssimativo perché non si possono antivedere gli sviluppi del procedimento – altro conto è fissare il compenso con tariffe orarie, sistema impiegato nella prassi soprattutto dagli studi forensi internazionali.

La vicenda, nella causa C-395/21, decisa dalla Corte con la sentenza del 12 gennaio 2023, riguardava il pagamento dei compensi (stimati in 100 euro orari) per cinque procedimenti penali; il giudice di merito aveva calcolato l'ammontare complessivo e poi lo aveva dimezzato, con intenti sanzionatori, in quanto aveva ritenuto che, pur essendo la clausola chiara, «il consumatore medio non era in grado di comprenderne le conseguenze economiche, anche tenendo conto delle altre clausole dei contratti di cui trattavasi, in particolare della clausola relativa alle modalità di pagamento, che non prevedeva né la presentazione da parte dell'avvocato di relazioni concernenti i servizi forniti, né la pe-

nazionali di ordine pubblico.

Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha dichiarato che ogni caso in cui sorge la questione se una norma di procedura nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, del suo svolgimento e delle sue peculiarità, nonché, se del caso, dei principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 22 aprile 2021, Profi Credit Slovakia, C485/19, EU:C:2021:313, punto 53). La Corte ha ritenuto che il rispetto del principio dell'effettività non può tuttavia supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato (sentenza del 1° ottobre 2015, ERSTE Bank Hungary, C32/14, EU:C:2015:637, punto 62).

Inoltre, la Corte ha precisato che l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione implica, segnatamente per i diritti derivanti dalla direttiva 93/13, un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva, riaffermata all'articolo 7, paragrafo 1, di tale direttiva e sancita altresì all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica, tra l'altro, alla definizione delle modalità procedurali relative alle azioni giudiziarie fondate su tali diritti (v., in tal senso, sentenza del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C776/19 a C782/19, EU:C:2021:470, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

A tal proposito la Corte ha dichiarato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito (sentenza del 4 giugno 2020, Kancelaria Medius, C495/19, EU:C:2020:431, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Ne consegue che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, alle quali si riferisce l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, non possono pregiudicare la sostanza del diritto spettante ai consumatori in forza di tale disposizione di non essere vincolati da una clausola reputata abusiva (sentenze del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punto 71, nonché del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, punto 51).

riodicità del pagamento di questi ultimi». Di qui il dubbio della Corte Suprema lituana sottoposto ai giudici europei sulla validità delle clausole del contratto. Pur essendo esse riferite al “prezzo” della prestazione, e quindi, all’oggetto del contratto, di per sé non suscettibile di sindacato da parte della Corte ex art.4 c.2 della direttive n.13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, la Corte ha rilevato che «la comunicazione, prima della conclusione del contratto, delle informazioni in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest’ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista» (sentenza del 9 luglio 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

In più, «Le informazioni in parola, che possono variare in funzione, da un lato, dell’oggetto e della natura delle prestazioni previste nel contratto di servizi legali e, dall’altro, delle regole professionali e deontologiche applicabili, devono contenere indicazioni che consentano al consumatore di valutare il costo totale approssimativo dei servizi di cui trattasi. Tali sarebbero una stima del numero prevedibile o minimo di ore necessarie per fornire un determinato servizio, oppure un impegno a inviare, ad intervalli ragionevoli, fatture o relazioni periodiche che indichino il numero di ore di lavoro svolte. Spetta al giudice nazionale, come ricordato al punto 38 della presente sentenza, valutare, tenendo conto di tutte le pertinenti circostanze della conclusione di tale contratto, se le informazioni comunicate dal professionista prima della conclusione del contratto abbiano consentito al consumatore di prendere la sua decisione con prudenza e con piena cognizione delle conseguenze finanziarie derivanti dalla conclusione di detto contratto»⁴¹.

6. Nuovi diritti e tecnologie digitali

La società tecnologica ha comportato, come si anticipava, la elaborazione di nuovi diritti, sia a livello costituzionale, sia al livello della disciplina dei rapporti tra privati. Diritto di accesso, libertà di espressione, diritto alla privacy, diritto all’oblio⁴² sono ormai divenuti i capisaldi di una vera e propria branca del diritto, sulla quale non è necessario diffondersi in modo approfondito⁴³. Le nuove tecnologie hanno imposto un ripensamento dei diritti umani, perché le Carte dei diritti sono state elaborate (se si fa eccezione

⁴¹ Sul diritto all’informazione, in particolare in capo ai consumatori v. ora i contributi raccolti nel volume dedicato dai Colleghi al prof. Vincenzo Cuffaro su *I problemi dell’informazione nel diritto civile, oggi*, a cura di Massimo D’Auria, Roma, 2023.

⁴² Da ultimo v. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all’oblio*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1195 ss.; RESTA e ZENO, *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

⁴³ V. FROSINI T.E., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir.inf.inf.*, 2020, 465 ss.; (e già FROSINI V., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980).

per la Carta di Nizza) in tempi di molto anteriori agli sviluppi scientifici dell'informatica, della telematica e dell'intelligenza artificiale⁴⁴.

Questi fenomeni hanno introdotto un nuovo modo di vivere e di pensare alla persona umana, Stefano Rodotà direbbe che hanno richiesto la fondazione di una nuova antropologia, dominata dai poteri forti⁴⁵, nuovi, penetranti e opachi, quindi hanno richiesto nuove tecniche di difesa della persona, come il digital right to privacy, che si oppone alla conservazione dei dati personali per un periodo superiore a quello necessario per il loro uso legittimo: è il caso deciso dalla Corte di Giustizia, che va sotto il nome di *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12⁴⁶; o il caso *Google Spain* (C-131/12) sul diritto all'oblio e quindi alla cancellazione di dati dalle pagine di Internet ormai obsoleti, il caso *Schrems* (C-362/14) in cui la Corte ha invalidato la decisione della Commissione europea relativa all'esportazione di dati personali.

Ma per rincorrere l'evoluzione di queste tecnologie non basta rivolgersi al giudice. Occorre innanzitutto far intervenire le Autorità indipendenti del settore, in particolare il Garante della privacy. Numerosi sono i provvedimenti assunti in quest'ultimo periodo riguardanti le chatbot, e i pericoli che esse rappresentano per minori e persone emotivamente fragili (come Replika), i social delle chat vocali (come Clubhouse) che comportano la profilazione di milioni di persone registrate, di cui è oscura poi l'utilizzazione dei dati reperiti⁴⁷.

Nel contempo l'Unione europea ha approvato il *Digital Market Act* e il *Digital Services Act*, con cui si istituiscono altri diritti in capo ai singoli, che bilanciano la libertà di acquisizione e trattamento dei dati, divenuti ormai un fattore indispensabile dello sviluppo economico⁴⁸.

Nel definire i criteri di funzionamento del mercato digitale l'Unione europea ha fissato con due regolamenti obblighi e divieti per i gatekeepers e le modalità di offerta dei servizi digitali. Il *Digital Markets Act* (DMA), Regolamento (EU) 2022/1925 del 14 settembre 2022 è entrato in vigore il 1° novembre 2022 mentre il Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), si applicherà dal 14 febbraio 2024.

⁴⁴ BERTI, *Diritti umani. Nuovi diritti. Trasformazione dello Stato di diritto*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, 29 ss.

⁴⁵ Sul punto v. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Roma-Bari, 2023; RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 2010, 3, 341 ss.

⁴⁶ Sul punto v. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta*, in *Riv. dir. media*, 2018, 3; OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in 6 *J. of Institutional Studies*, 2 (2020), 345 ss.; RESTA e ZENO, *Il diritto all'oblio fra Internet e mass media*, Roma, 2015.

⁴⁷ V. la Relazione annuale presentata dal Garante, prof. Pasquale Stanzone, al Senato il 4 luglio 2022.

⁴⁸ ALPA, *Il Mercato Unico Digitale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1, 2021.

L'intento degli organi europei è di instaurare un mercato che pone in equilibrio tutte le imprese, controllando i mezzi che esse utilizzano per acquisire dati dai clienti e verificarne l'impiego. La disciplina dei servizi digitali impone trasparenza sulla profilazione e il funzionamento delle piattaforme online, con obbligo per i fornitori di collaborare con le autorità e sottoporsi ad audit indipendenti.

Il catalogo dei diritti si arricchisce notevolmente, ma al tempo stesso, aumentano i rischi per la privacy, l'identità personale, l'identità digitale. Non possiamo fare a meno delle "piattaforme digitali", ma dobbiamo controllare l'esercizio del loro potere al fine di tutelare i diritti fondamentali della persona⁴⁹.

Sono preoccupanti gli effetti prodotti dalle applicazioni dell'intelligenza artificiale quando essa si sostituisce interamente alla mente umana. Specie nella valutazione dei fatti inerenti a procedimenti giudiziari, l'applicazione meccanica delle risultanze derivate da procedimenti analoghi - nel periodo precedente la valutazione - può portare a soluzioni errate, come risulta dalle ricerche effettuate con il metodo comparativo in altre esperienze, tali da ledere il principio di dignità e di eguaglianza delle persone⁵⁰. Ma anche la semplice classificazione dei curricula per l'assegnazione delle sedi può rivelarsi erronea se effettuata con programmi non appropriati⁵¹. E poi è sempre necessario controllare le fonti con cui si sono elaborati gli algoritmi per poter superare l'opacità delle loro risposte.

7. Congedo

Nel "postdiritto" dobbiamo dunque prendere atto che anche principi consolidati da tempo memorabile possono essere rivisitati, tenendo conto del bilanciamento degli interessi in gioco, e del ruolo che il giudice può rivestire nella interpretazione e applicazione delle regole giuridiche, tenendo conto delle nuove esigenze e della domanda di giustizia che nasce dalla coscienza sociale. Che si tratti di interpretazione creativa oppure di una nuova tecnica per valutare la legittimità degli atti dei privati è questione di teoria generale del diritto.

⁴⁹ *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022 (a cura del Garante della Privacy).

⁵⁰ V. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2023.

⁵¹ Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, sulla graduatoria dei professori delle scuole secondarie. La Corte ha precisato che «la conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

ABSTRACT

Il saggio analizza gli scenari che conseguono alla declaratoria di abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, focalizzando l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Premessa una ricostruzione dei criteri che orientano il sindacato del giudice - volta a identificare quali aspetti dello stesso possano dirsi effettivamente armonizzati - viene condotta una valutazione differenziata in ragione delle caratteristiche della clausola ritenuta abusiva. Quando quest'ultima non definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, sicché il contratto è in grado di resistere alla sua rimozione, trova applicazione la nullità parziale necessaria che costituisce l'esito ordinario del giudizio di abusività. Si ritiene, allora, che alla declaratoria di nullità della clausola consegua senz'altro l'integrazione del regolamento contrattuale con una norma di fonte legale. L'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, in base alla quale l'abusività della clausola comporta esclusivamente la sua soppressione, preclude la riduzione conservativa della clausola: non, invece, la sua sostituzione con le norme che sarebbero state applicate in assenza di essa. La situazione è diversa quando la clausola definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, come il bene o il servizio fornito dal professionista o il corrispettivo dovuto dal consumatore; al verificarsi di queste condizioni, si configura un'alternativa tra la nullità dell'intero contratto e la sua integrazione "ortopedica" mediante regole di fonte legale. Il saggio effettua un'analisi critica della giurisprudenza della corte di Giustizia, che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali prevalentemente effettuati da giudici spagnoli e dell'Est europeo ha elaborato nell'arco di pochi anni un nuovo assetto dei rimedi conseguenti all'esito positivo del controllo di abusività.

The essay investigates the scenarios that unfold when a term in a consumer contract is regarded as unfair, focusing on the European Court of Justice case law. After providing an overview of the criteria based on which a term may be regarded as unfair - with the aim of identifying which aspects of the judicial assessment are truly harmonized in the European legal systems - the author introduces a distinction based on the features of the term regarded as unfair. When such a term does not lay down essential obligations, the contract will continue to bind the parties, provided it can withstand the deletion of the unfair term. It is submitted that when a term is regarded as unfair it will necessarily be replaced with a legal provision of national law. When the ECJ rules that the unfair term must be removed - and not modified, nor partially saved - it prevents the national judge from adjusting such a term by revising its content or deleting a part of it (the one which is deemed unfair), but not from replacing it with the legal provisions that would have been applied if the term had not been drafted by the seller or the supplier. The situation is different when the unfair term lays down essential obligations, as it may happen when it sets out the features of the goods or services provided by the seller or supplier, or when it sets the price owed by the consumer. Under these conditions, it is up to the consumer to choose between the annulment of the entire contract or the replacement of the unfair term with a legal provision. The essay carries out a critical analysis of the judgements of the ECJ, which under the pressure of preliminary rulings mostly requested by Spanish and Eastern European judges has developed in a few years a new framework of remedies.



Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*



Simona Caporusso

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme. – 2. *Segue*: e una precisazione doverosa. – 3. Certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi. – 4. Le conseguenze del mancato rilievo di abusività. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Uno sguardo d'insieme

Come è ormai a tutti largamente noto, il 17 maggio 2022 la Corte giust. UE, riunita in Grande Sezione, si è pronunciata, con quattro sentenze¹, sulle domande di rinvio pregiudiziale presentate da un giudice italiano², da un giudice rumeno³ e da due giudici spagnoli⁴: rinvii tutti vertenti sull'interpretazione della dir. 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori⁵. E tutti altresì ormai sanno che

* Il presente scritto è in corso di pubblicazione su *Il giusto processo civile*, 2022.

¹ Per tutti i testi delle sentenze della Corte giust. UE richiamati in questo scritto, v. www.curia.europa.eu.

² Cause riunite C-693/19 *SPV Project 1503 Srl* e C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza SpA*.

³ Causa C-725/19 *Impuls Leasing România IFN SA*.

⁴ Cause C-600/19 *Ibercaja Banco* e C-869/19 *Unicaja Banco*.

⁵ Il dibattito scientifico che ne è scaturito è stato da subito vivace ed intenso, giacché le sentenze della Corte di giustizia sono state oggetto di soluzioni interpretative diverse, sia quanto alla sussistenza di eventuali limiti strutturali dell'attuale fase monitoria quando il credito deriva da clausole non negoziate individualmente sia rispetto alla possibilità di una verifica officiosa da parte del giudice dell'esecuzione sull'intrinseco del titolo esecutivo su cui l'azione esecutiva si sorregge. V., senza pretesa di completezza: COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro ju-

ai giudici del Lussemburgo veniva domandato se i principî di diritto processuale interno, nella specie quello dell'autorità di cosa giudicata, potessero costituire un ostacolo al potere del giudice nazionale – in particolare attraverso il rinvio pregiudiziale italiano del giudice dell'esecuzione – ad una valutazione dell'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali contenute nei contratti *b2c* e se, per conseguenza, siffatti principî di diritto interno fossero o no compatibili con la dir. 93/13.

Perciò, pur traendo origine da procedimenti di natura diversa, le quattro sentenze del maggio 2022, sono innegabilmente legate da un filo conduttore, che attiene alla concreta attuazione della dir. 93/13 negli ordinamenti nazionali e che costituisce uno sviluppo ulteriore della giurisprudenza UE dedicata al (delicato) tema del potere-dovere di ogni giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali contenute in un contratto concluso tra consumatore e professionista da cui deriva il credito azionato in giudizio. Per conseguenza, esse debbono essere lette congiuntamente in quanto tutte, rispettivamente per il grado o il tipo di giudizio cui si riferiscono, contribuiscono a

dicato» e clausole vessatorie, in www.inexecutivis.it; CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in www.judicium.it; TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, in www.altalex.com; DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it; ID., *Questioni processuali, giudicato interno e rapporti con il giudicato UE. In particolare: le sentenze della CGUE dal 17 maggio ad oggi in tema di titolo esecutivo giudiziale e tutela effettiva del consumatore*, in www.cortedicassazione.it; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, in www.questionegiustizia.it; FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, cit.; CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Rass. esec. forz.*, 2022, 707 ss.; PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 686 ss.; GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, in corso di stampa, consultato in anteprima per cortesia dell'Autore; D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, id.; STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2126 ss. e, *si vis*, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, id., 2022, 2117 ss.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, di prossima pubblicazione nel fascicolo 1/23 di *Nuova giur. civ. comm.*; BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Pactum*; MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in www.judicium.it; FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit.; MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in giustiziacivile.com.

disegnare in maniera ancora più netta i contorni del perimetro dei poteri officiosi quando si verte in materia di recupero dei crediti consumeristici. Difatti, sul presupposto comune che la normativa nazionale, al fine di non pregiudicare il principio di effettività, non deve rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti del consumatore, la Corte giust. UE ha chiarito l'interazione, in sede monitoria, esecutiva e in grado d'appello, tra vincolo del giudicato e doverosità del controllo officioso dell'abusività delle clausole quando a venire in rilievo è, per l'appunto, la materia consumeristica.

Orbene, per quanto attiene in maniera specifica al nostro sistema processuale, il punto cruciale riguarda il rilievo d'ufficio, da parte del giudice dell'esecuzione, della abusività di una clausola relativa ad un contratto *b2c* dopo la formazione della preclusione *pro judicato* per mancata opposizione al decreto ingiuntivo. Ma, a mio modo di vedere la questione, questo aspetto pur sempre rappresenta l'approdo del percorso legato alla previa necessità di ripensare *funditus* le modalità del controllo officioso di abusività in sede monitoria.

In altri termini, il rilievo officioso in fase monitoria, divenuto ormai una necessità ineludibile per rendere reale l'applicazione dei principi di diritto enunciati dalle sentenze della Corte, assume correlativamente il ruolo di chiave di volta per calibrare l'effettività della tutela del consumatore, in quanto impatta su una serie di questioni processuali, che potremmo definire cronologicamente anteriori, tra cui: le modalità del controllo di abusività cui è tenuto il giudice in sede monitoria; l'ampiezza (*id est* l'analicità) della motivazione del provvedimento; l'esatta portata del vincolo del giudicato che consegue alla mancata impugnazione del decreto ingiuntivo e, per finire, il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di operare un sindacato di abusività in caso di mancata delibazione nella fase in cui il titolo esecutivo si è formato. Difatti e non a caso, secondo il canone della Corte giust. UE, l'esigenza primaria è quella di garantire la massima protezione alla parte svantaggiata e, dunque, di offrire una tutela che possa dirsi *effettiva* per il consumatore. In un contesto così articolato, il risultato è che la doverosità del sindacato officioso non può che essere lo strumento principe per soddisfare gli obiettivi posti dalla dir. 93/13.

Se però le cose stanno così, la necessità di rendere *effettiva* la tutela giurisdizionale del consumatore non poteva che condurre la Corte ad un esito che oserei definire quasi scontato, anche in rapporto a quanto già statuito in altri precedenti resi su rinvii pregiudiziali proposti da giudici di altri ordinamenti⁶: una normativa nazionale per la quale l'esame d'ufficio dell'abusività si considera avvenuto e coperto da giudicato anche in assenza, nel decreto ingiuntivo, di qualsiasi motivazione esplicita in punto di vessatorietà, non può considerarsi eurocompatibile *di per sé*, cioè a prescindere dalla circostanza che il consumatore non abbia proposto opposizione. Di qui, in caso di omesso o parziale controllo di vessatorietà in sede monitoria, l'esigenza di ovviare ad una stortura del sistema: che si scaccia se diventa più spessa la latitudine dei poteri del giudice della fase esecutiva nella cognizione di una vessatorietà esistente ma non dichiarata. E però, lo si sa, non sem-

⁶ V. *infra*, § 2.

pre quella che si palesa come la soluzione più semplice finisce per avere successo, specie se la stessa soffre la concorrenza di una varietà di letture escogitate al precipuo scopo di ovviare ad un *deficit* di tutela che, almeno su questo tutti concordano, è manifesto.

2. Segue: e una precisazione doverosa

Ora, per meglio contestualizzare le sentenze della Corte e delinearne l'effettivo perimetro di rilevanza, mi sembra doverosa una precisazione.

Il 5 aprile del 2023 la dir. 93/13 compirà ormai trent'anni. Si tratta di una direttiva che, come ben sappiamo, annovera al suo interno un articolo 7 nel quale è fatto obbligo, nei termini di una obbligazione di risultato, agli Stati nazionali di far cessare l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti predisposti unilateralmente⁷, con la puntualizzazione, nella direttiva stessa, «che se, ciò nonostante, tali clausole figurano in detti contratti, esse non vincoleranno il consumatore, e il contratto resta vincolante per le parti secondo le stesse condizioni, qualora possa sussistere anche senza le clausole abusive»⁸. Ebbene, nonostante sia questa la cornice di riferimento, le clausole vessatorie continuano a fiorire in modo pressoché impunito, come testimonia la mole incessante di rinvii pregiudiziali alla Corte giust. UE. Ed è questo un problema “comune”, nel senso che riguarda tutti gli Stati dell'Unione.

Perciò, in un contesto di tal fatta, preso atto della latitanza tanto del legislatore europeo quanto dei singoli legislatori nazionali, è dal 2000, cioè da *Océano Grupo Editorial*⁹, storica pronuncia per come ha rivoluzionato il modo di intendere il rilievo officioso, che la Corte ha rimesso al giudice nazionale la funzione, o se si preferisce il compito, di rilevare la vessatorietà e di sopprimere le clausole abusive.

Quello della Corte giust. UE è un autentico ribaltamento di prospettiva: onde evitare che i dettami della dir. 93/13 restassero lettera morta, è al giudice nazionale che viene demandata la funzione di compensare processualmente l'asimmetria esistente tra professionista e consumatore per quanto riguarda tanto il potere negoziale quanto il livello di informazione¹⁰. Un obiettivo ambizioso, volto com'è a ripristinare a valle una parità

⁷ Recita, infatti, l'art. 7, co. 1, dir. 93/13 che «gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

⁸ Ventunesimo considerando della dir. 93/13.

⁹ Sentenza del 27 giugno 2000, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, cause riunite da C-240/98 a C-244/98.

¹⁰ Sentenza del 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA*, C-421/14; 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, C-40/08; 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, C-243/08; 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05. V., inoltre, FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 2022, spec. 528 s., ove ulteriori riferimenti.

¹ⁿ particolare, quanto alla posizione di inferiorità del consumatore relativamente al livello di

delle armi claudicante a monte¹¹, ma soprattutto da supportare con una iniezione continua di poteri officiosi. È infatti evidente che il giudice dei singoli Stati nazionali, nella sua veste anche di giudice eurounitario, intanto potrà soddisfare lo scopo affidatogli in quanto il ventaglio delle prerogative che gli sono riconosciute dall'ordinamento interno sia ampio. I luoghi normativi di questo discorso sono arcinoti, mi riferisco agli artt. 38¹² e 47¹³ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma, più in generale, non può non mettersi in rilievo la circostanza che il potenziamento del ruolo del giudice è il risultato di un crescendo giurisprudenziale operato dalla Corte giust. UE. Vediamone, quindi, i passaggi più salienti.

È in particolare con l'accoppiata di sentenze *Pannon*¹⁴ ed *Aziz*¹⁵, che la Corte giust. UE, muovendo dalla consacrazione dell'art. 6, paragrafo 1¹⁶, della dir. 93/13 al rango di norma di ordine pubblico eurounitario, ha istituito l'obbligo del rilievo officioso della natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui il giudice dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine¹⁷, con l'effetto che se il giudice ritiene abusiva una clausola, non la applica, tranne il caso in cui il consumatore vi si opponga.

informazione, la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, ha precisato che il requisito della trasparenza deve essere inteso in modo estensivo, vale a dire nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che tale consumatore sia posto in condizione di valutare, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano: così sentenza del 3 marzo 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C125/18, punto 50, sul cui impatto v. PAGLIANTINI, *What is european in european private law? A partire da Corte di giustizia, Grande Sezione, Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA e dintorni*, in *Annali SISDIC*, 2020, 143 ss. Sull'obbligo che le clausole inserite nei contratti predisposti unilateralmente siano *sempre* redatte in maniera chiara e comprensibile, come peraltro richiesto dall'art. 5 dir. 93/13, e che perciò l'obbligo di trasparenza non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale v. altresì: sentenze del 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C26/13, punto 71; 20 settembre 2017, *Andriuciu e a.*, C186/16, punti 44 e 45.

¹¹ Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15.

¹² L'art. 38, rubricato Protezione dei consumatori, dispone che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

¹³ L'art. 47, rubricato Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancisce che «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

¹⁴ Sentenza del 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, cit. Nello stesso senso v. anche la sentenza del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, C-618/10, punti 42 e 43.

¹⁵ Sentenza del 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz*, C415/11.

¹⁶ Ove si legge che «gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

¹⁷ In questo senso v. anche sentenza del 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

È poi con la sentenza *Banco Español de Crédito*¹⁸, seguita dalle sentenze *EOS KSI Slovensko*¹⁹ e *Profi credit Polska S.A.*²⁰, che dal Kierchberg ci dicono che l'obbligo del rilievo officioso opera tanto nei processi a cognizione piena (e quindi con contraddittorio) quanto nei procedimenti senza contraddittorio o a contraddittorio differito, tra i quali, per l'appunto rientra quello monitorio, operando così una sorta di allineamento, quanto alla doverosità del rilievo d'ufficio dell'abusività, tra le procedure con e senza contraddittorio.

Nella cornice di quella che Oltralpe viene efficacemente definito «*un office actif*»²¹, è, infine, con la sentenza *Lintner*²², che i giudici del Lussemburgo chiudono il cerchio sulla doverosità del controllo di abusività delle clausole, stabilendo l'adozione di misure istruttorie supplementari al fine di rendere siffatto controllo *effettivo*. La Corte, infatti, ritiene che il rispetto dei diritti conferiti al consumatore dalla dir. 93/13 non possa essere garantito in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali interessate per ottenere un provvedimento di condanna nei confronti del debitore-consumatore²³.

Ed allora, così contestualizzate, la domanda che l'interprete deve porsi è innanzitutto la seguente: qual è la novità del tritico di sentenze del 17 maggio, dato da *SPV Project e Banco di Desio e della Brianza, Ibercaja Banco ed Impuls leasing Romania*? La quarta sentenza, la *Unicaja Banco*, resa sempre in quel giorno, esula un po' dalla tematica odierna, riguardando il fatto che, nonostante si fosse prodotto il giudicato perché il consumatore non aveva proposto appello (principale o incidentale) avverso una sentenza che limita nel tempo la restituzione delle somme indebitamente corrisposte dal consumatore in base a una clausola dichiarata abusiva, la Corte giust. UE ha ritenuto che quel giudicato cadesse laddove lo stesso avrebbe prodotto un giudicato contrario a quanto stabilito in

¹⁸ Sentenza del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, cit.

¹⁹ Sentenza del 20 settembre 2018, *EOS KSI Slovensko s.r.o.*, C-448/17.

²⁰ Sentenza del 7 novembre 2019, *Profi credit Polska S.A.*, cause riunite C419/18 e C483/18.

²¹ Per tutti, v. POISSONNIER, *Les nouveaux superpouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation*, in *D.*, 2022, 1162 ss.

²² Sentenza 11 marzo 2020, *Györgyné Lintner*. C-511/17, la quale peraltro precisa che in ottemperanza ai principi contenuti nella dir. 93/13, il giudice nazionale è tenuto ad accertare il carattere abusivo solo di quelle clausole che sono connesse all'oggetto della controversia, come delimitato dalle parti, non appena disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tale scopo, completati eventualmente da misure istruttorie ulteriori. Per la verità, già prima della sentenza *Lintner*, da giurisprudenza costante della Corte di giustizia risulta chiaramente la necessità che è compito del giudice nazionale adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola inserita nel contratto oggetto della controversia su cui egli è chiamato a pronunciarsi e che è stato stipulato tra un professionista e un consumatore rientri nell'ambito di applicazione della dir. 93/13 e, in caso affermativo, valutare la natura eventualmente abusiva di una clausola siffatta: v. sentenze del 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C137/08, punto 56; del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, cit., punto 44; 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank*, C472/11, punto 24.

²³ Sentenza del 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, punto 62 e giurisprudenza ivi citata.

precedenza dalla stessa Corte con la sentenza *Naranjo Gutierrez* sulle clausole *suelo* (o clausole *floor*)²⁴.

3. Certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi

Ora, cercando di rispondere al quesito principale, dal quale poi a cascata derivano la questione relativa alla certezza dell'incontrovertibilità dell'accertamento originato dalla mancata impugnazione del decreto ingiuntivo e quella dell'ampiezza dei poteri del giudice della fase esecutiva, la novità di queste sentenze risiede nel fatto che la Corte giust. UE slarga ancora di più l'orizzonte, considerando che investe il giudice dell'esecuzione dell'obbligo del rilievo officioso. Non è, naturalmente, un ampliamento a tutto tondo, dandosi il controllo successivo *solo* al ricorrere dello specifico presupposto che un decreto ingiuntivo sia stato emesso senza un previo controllo di vessatorietà, con il consumatore che non ha proposto opposizione al decreto.

Senonché, considerando che una siffatta apertura rompe degli argini consolidati, demandando al giudice dell'esecuzione una cognizione officiosa per quale non si conoscono dei precedenti, la novità è davvero pregna di significato. E non soltanto a livello eurounitario, pur se è vero che *SPV Project e Banco Desio* coniano una regola che non c'era: è la prima volta invero che la Corte statuisce di un obbligo di rilievo officioso – quello che i francesi, come si diceva, appellano *office* del giudice – che travalica la fase monitoria e che si va ad insediare in sede di esecuzione.

L'impatto è corposo, prima di tutto, a livello di diritto interno.

Vero, infatti, è che il controllo di abusività da parte del giudice dell'esecuzione (*recte* ad opera di un giudice diverso da quello che ha concesso il provvedimento non opposto) non sarà possibile *in ogni caso*, cioè a dire per il solo fatto che il decreto non impugnato dal debitore-consumatore si fondi su di una clausola che rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13, ma soltanto quando si è verificato – attenzione – un fatto impeditivo al prodursi del c.d. giudicato implicito o, se si preferisce, al prodursi dell'accertamento incontrovertibile derivante da preclusione o, ancora, una preclusione *pro judicato*. Come è infatti ampiamente noto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, vige il principio - di creazione giurisprudenziale - del c.d. "giudicato implicito", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminarmente rispetto a quella esplicitamente decisa²⁵. In altri termini, secondo la giurisprudenza maggioritaria della nostra Cassazione, il decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, che non sia stato oggetto di opposizione, acquista

²⁴ Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, cit. Sull'impatto provocato da questa sentenza della Grande Sezione, v. le osservazioni di PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 311 ss.

²⁵ V., *ex multis*, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

autorità di cosa giudicata non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda, con ciò comportando che tale vincolo vada a coprire non solo il dedotto ma anche il deducibile.

Questo meccanismo, che sino al 17 maggio 2022 ha governato *tutti* i decreti ingiuntivi non opposti, dopo *SPV Project* e *Banco Desio* non è più a tenuta stagna, giacché la Corte giust. UE ne ha decretato l'euroincompatibilità quando il monitorio si trova ad involgere una fattispecie *b2c*. Se il decreto non ha accertato espressamente la non vessatorietà o difetta di una qualsiasi motivazione in tal senso, la preclusione *pro judicato* non c'è o, se lo si dovesse preferire, soccombe. Punto e basta.

Dopo di che ci si può arrovellare in tante discussioni sofisticate, ma comunque il quadro non cambierà: se il giudice del monitorio non ha esaminato d'ufficio il carattere abusivo di una o più clausole contrattuali che rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 93/13 e il decreto non è stato oggetto di opposizione da parte del consumatore, il giudicato semplicemente non si è formato, o meglio, si è *formato male* perché la questione non è stata espressamente decisa. Perché, se – ed è pacifico che lo è – il controllo di vessatorietà va condotto tanto nei procedimenti con contraddittorio delle parti quanto in quelli dove il contraddittorio non c'è, laddove questo controllo non sia stato effettuato, la Corte giust. UE esclude che l'inerzia del debitore-consumatore sia un fattore di per sé sufficiente a consentire la formazione del giudicato. Se si preferisce, possiamo dire che il giudicato implicito che si è formato a causa della mancata opposizione al decreto da parte del consumatore, è un giudicato che si è formato malamente. Ma da questo punto di vista, e anche nell'ottica della Corte giustizia UE, non è che cambi granché.

Non si può pensare che se il giudice del monitorio non ha effettuato il controllo di vessatorietà, oppure il controllo lo ha effettuato parzialmente, o ancora laddove il decreto non contenga una motivazione adeguata rispetto al vaglio di abusività condotto, la mancata opposizione del consumatore sia in questi casi un elemento sufficiente a consentire la formazione del giudicato *anche* sul deducibile. D'altra parte, un giudicato da ritenere comunque valido pur se formato in violazione di un obbligo di ordine pubblico sarebbe quanto meno una contraddizione in termini.

La Corte giust. UE questo ci dice, anche perché la stessa Corte in motivazione ribadisce, ancora una volta, la centralità del ruolo rivestito dal giudicato sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, affermando che «al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione»²⁶.

²⁶ V. punto 57 della sentenza. Negli stessi termini, v. le sentenze del 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA*, cit., punto 46; 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, cit., punti 35 e 36; 16 marzo 2006, *Kapferer*, Causa C-234/04, punto 20; 30 settembre 2003, *Köbler*, causa C-224/01, punto 38.

Dunque, per la Corte, nel caso del decreto ingiuntivo non opposto, non è in discussione l'*an*, ma il *quomodo*, nel senso che l'euroincompatibilità non va ravvisata nel fatto che il nostro sistema processuale attribuisce valenza di giudicato ad un provvedimento sommario, bensì nella circostanza che il risultato di *quel* provvedimento sia considerato intangibile pure in assenza di un controllo efficace (*id est* espresso) del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto. Di talché, quando l'esecutato è un consumatore e la condanna deriva da un contratto *b2c*, la naturale conclusione del discorso non può che essere quella per cui la fase dell'opposizione al decreto ingiuntivo non venga (più) considerata un rimedio per surrogare l'eventuale inadempimento giudiziale di valutazione del contenuto delle singole clausole contrattuali sulle quali si fonda il titolo azionato in via esecutiva. Insomma, l'insegnamento che ci viene dal Lussemburgo è che quando è coinvolta una clausola che rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13, il giudice è tenuto a valutarne d'ufficio espressamente il carattere abusivo *comunque*, cioè a prescindere da quale sarà l'atteggiamento processuale che vorrà poi tenere il debitore-consumatore di fronte al decreto di condanna.

Per converso, quello che rimane fermo è che se il giudice del monitorio ha effettuato il controllo di vessatorietà e ne ha fornito nel decreto una motivazione adeguata, ma il consumatore non ha proposto opposizione, il giudice dell'esecuzione (*recte* nessun altro giudice) non potrà andare a rivedere quanto statuito dal primo giudice, neppure laddove, per ipotesi, la motivazione del decreto fosse erronea, perché ad es. il giudice del monitorio ha ritenuto non vessatoria una clausola. Quando in sede monitoria vi è stato un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto, non può poi residuare uno spazio per un controllo ulteriore. In questo caso, infatti, l'intangibilità della condanna continua a derivare *illico et immediate* dalla mancata proposizione dell'opposizione dell'ingiunto perché è la conseguenza di una *consapevole* rinuncia all'opposizione del consumatore e non anche, invece, il frutto di un omesso sindacato di merito. Sotto questo profilo, non si vede perciò per quale motivo dovrebbe suscitare un enorme clamore la circostanza che Corte giust. UE escluda una valenza preclusiva al fatto che il decreto ingiuntivo non è stato impugnato dal consumatore quando il controllo a monte (*id est* in fase monitoria) è stato omesso o è stato condotto in maniera parziale o, il che è lo stesso, non risulti dalla motivazione del provvedimento.

In altri termini, il succo del discorso è che se il decreto ingiuntivo è stato emesso in violazione di una norma di ordine pubblico, francamente ciò che il giudice dell'esecuzione è chiamato a fare, altro non è che ripristinare a valle una legalità che è stata violata a monte. Potrà piacerci oppure no, ma come appena chiarito dalla Corte costituzionale, le sentenze interpretative della Corte di giustizia rientrano tra i vincoli dell'art. 117, comma 1, Cost. e sono munite di una naturale retroattività²⁷. Ragion per cui, se la Corte giust. UE conia una regola che mira a rendere *effettivo* il controllo di vessatorietà-controllo, però, che ripeto nasce da una illegalità a monte, ossia da un controllo non effettuato in sede

²⁷ V., in motivazione. Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263, in www.cortecostituzionale.it.

monitoria – personalmente non trovo così fondato il clamore suscitato dalla sentenza del 17 maggio 2022. Peraltro, lo segnale di passata, la sentenza interpretativa della Corte giust. UE ci avrebbe riguardato quantunque i rinvii pregiudiziali italiani non ci fossero stati, perché si fa notare, e a giusta ragione, che siccome le sentenze interpretative sono vincolanti²⁸, se vincolano, quanto la Corte ha stabilito rispetto al procedimento monitorio italiano vale anche per tutti gli altri Stati dell'unione che prevedono un procedimento monitorio senza contraddittorio e viceversa²⁹.

Ora, tornando al *dictum* della Corte giust. UE, se il titolo esecutivo è stato rilasciato senza che l'obbligo del controllo officioso sia stato effettuato, dal Lussemburgo ci dicono che deve intervenire il giudice dell'esecuzione. Quella che quindi emerge è, in realtà, una funzione di supplenza del giudice dell'esecuzione che viene ad avviare ad una violazione di legge. Dopo di che, non mi nascondo quale sia il problema, che non è (solo) *de futuro* e che riguarda i decreti ingiuntivi non opposti emessi prima del 17 maggio 2022. E però anche qui potrà non piacere, ma non c'è molto da aggiungere: le sentenze interpretative della Corte giust. UE, siccome chiariscono il significato di una norma, sono retroattive, in quanto hanno natura dichiarativa. Ed allora, è evidente che si pone il problema non già di invocare i controlimiti³⁰, che peraltro già la Corte costituzionale ha disatteso a chiare lettere³¹, bensì di adottare un regime, che potremmo definire intermedio, per la fase precedente; regime che consenta di coniugare efficienza del processo e tutela del consumatore.

Insomma, ormai è pacifico che non si può contestare l'ovvio. C'è a monte un obbligo del giudice del monitorio di effettuare un esame d'ufficio della vessatorietà; c'è un suo obbligo di motivare espressamente la ragione per la quale una clausola è oppure no abusiva; e c'è, infine, un suo obbligo di avvertire il consumatore che la mancata opposizione al decreto determinerà la sua decadenza dalla possibilità di far valere successivamente l'eventuale vessatorietà. È una triplice doverosità, che ha il pregio di intercettare il valore di effettività della tutela consumeristica, evitando il sorgere di problemi a valle. Questo

²⁸ Per l'impiego del principio di effettività della tutela del diritto europeo quale limite al vincolo del giudicato in ipotesi di ravvisate violazioni di norme eurounitarie, v. per tutti LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, spec. 32 ss.

²⁹ V., in particolare, la sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, punti 48-52, che avrebbe comunque posto, nel nostro ordinamento, la questione relativa alla superabilità della preclusione *pro judicato* derivante dalla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo privo di motivazione espressa sulla non vessatorietà di una o più clausole nei contratti *b2c*. In una analoga prospettiva, v. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., nota 1.

³⁰ Osserva giustamente SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 2, che nel caso che ci interessa non v'è spazio per l'attivazione dei controlimiti, per la ragione che la Corte giust. UE, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso alla tutela del consumatore, ha prescritto «una formazione progressiva dell'irretrattabilità della decisione sulla questione della vessatorietà, governata dal principio del contraddittorio che, se non sollevato dal giudice del monitorio, deve esserlo dal giudice dell'esecuzione» o da quello della cognizione.

³¹ V. Corte cost., (ord.) 26 gennaio 2017, n. 24, in *www.corrtecostituzionale.it*.

sul piano dell'*an*, su quello del *quomodo*, cioè come fare quando il giudice del monitorio omette o effettua parzialmente questo sindacato o, ancora, non ne dà conto in motivazione, è questione che è stata rimessa, come tutti sanno, alle nostre Sezioni Unite. E qui si apre tutto un altro discorso, segno che i due piani – quello del rilievo officioso e quello del suo inadempimento – chiamano in causa questioni processuali molto differenti tra loro.

4. Le conseguenze del mancato rilievo di abusività

Un'autorevole dottrina scrive che il prossimo arresto delle Sezioni Unite diventerà la bussola che orienterà l'interprete nella delicatissima ricomposizione dei rapporti tra cognizione ed esecuzione. Il rilievo, che potrebbe sembrare all'apparenza elementare, va, in realtà, dritto al nocciolo della questione: quale infatti che sia il rimedio prescelto dalle Sezioni Unite, quello sarà il compasso per misurare l'effettività della tutela giurisdizionale, cioè lo stampo nel quale verrà impresso il volto, d'ora innanzi, del diritto vivente consumeristico³².

I rimedi finora prospettati evocano un po' l'immagine della torre di Babele e, come prosegue la dottrina citata, non è detto che quello prescelto dalle Sezioni Unite sia il migliore tra tutti i possibili. Però, siccome quello sarà, è auspicabile che la lettura vincente da subito sia quella che meglio risponde al nugolo di interrogativi che i commentatori hanno messo in risalto nei mesi passati³³. Se questo è un approccio che forse eccede in pragmatismo, si vorrà comunque riconoscere che le Sezioni Unite si trovano pur sempre nella condizione di poter scegliere tra plurime soluzioni; e, pur se sono note, richiamarle è qui doveroso, non foss'altro perché ognuna di loro è afflitta da contrappunti che non sono trascurabili nella logica di una decisione chiamata a compiere un sofisticato bilanciamento tra due valori: quello dell'effettività della tutela consumeristica e quello, pur se soccombente, di una autonomia processuale degli Stati membri che neppure la Corte giust. EU mostra, a ben vedere, di voler calpestare. Le decisioni della Corte sono focalizzate, alla lettera, sul giudice dell'esecuzione: ma è anche vero che i suoi *dicta* pongono un obbligo di risultato che, se si ottempera al principio di effettività, non è vincolato persino nei mezzi imbastiti dall'ordinamento interno per soddisfarlo³⁴.

Su questa premessa, le prime applicazioni giurisprudenziali si muovono nella direzione dell'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. o dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo³⁵, nella specie ammessa pure in assenza di allegazione dei requisiti di cui

³² COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, cit., § 1.

³³ V. ancora COSTANTINO, *op. loc. cit.*

³⁴ V. quanto osservato già in CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio*, cit., 537 e in ID., *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività*, cit., 2124. In una prospettiva simile, v. anche TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit.

³⁵ In dottrina, v. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio*, cit., 487, il

all'art. 650 c.p.c. La prima sentenza fa leva sul presupposto che il giudice dell'esecuzione sia titolare anche del potere di accertamento della abusività, oltre che, naturalmente, della sua rilevazione³⁶. La seconda decisione, invece, ha ritenuto che, in applicazione delle sentenze del 17 maggio, il giudice dinanzi al quale il consumatore ha sollevato per la prima volta, sia pure tardivamente, l'abusività della clausola di deroga della competenza, e quindi l'incompetenza per territorio del tribunale in relazione al foro inderogabile del consumatore, avesse l'obbligo di esaminare nel merito la questione che sino a quel momento non era mai stata espressamente scrutinata e decisa in un provvedimento giurisdizionale³⁷.

Come si sa, l'opzione interpretativa che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di spingere il proprio controllo sull'esistenza del titolo esecutivo sino al merito, sì da poter valutare l'eventuale esistenza di vizi anteriori alla sua formazione, sconta il limite dell'attuale assetto normativo, che, per tradizione, prevede una netta separazione tra cognizione ed esecuzione. L'obiezione, infatti, ruota sul rilievo che un siffatto potere di accertamento il giudice dell'esecuzione non lo avrebbe, giacché può sì verificare la sussistenza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, ma, neppure in sede di opposizione all'esecuzione, questo suo potere potrebbe spingersi sino all'intrinseco del titolo, cioè sino all'accertamento del contenuto del contratto su cui si fonda il credito azionato in via esecutiva.

Quanto, invece, al rimedio dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo, è vero che ci troviamo a discorrere di una soluzione non esposta al rilievo di una commistione tra cognizione ed esecuzione, ma è vero pure che l'impiego dell'art. 650 c.p.c. richiede uno sforzo di interpretazione evolutiva che i cultori di una esegesi letterale fanno fatica a riconoscere, giacché i presupposti di applicazione della disposizione sono dai più riguardati come tipici e tassativi.

Vi sarebbe poi, per effetto del rinvio di cui all'art. 656 c.p.c., la variabile di una nuova ipotesi di revocazione per omesso o parziale controllo di abusività delle clausole nei contratti b2c: ma, come già altrove rilevato, questa eventualità, pur potendo trovare sponda per l'appunto nell'art. 656, non è certamente praticabile senza una riforma legislativa che vada ad ampliare il catalogo dei motivi nei quali è possibile proporre tale rimedio³⁸. Peraltro, lo si è già fatto notare, se si ritiene che, per effetto delle sentenze della Corte, in caso di omesso o parziale sindacato di vessatorietà la preclusione *pro judicato* non si

quale ha suggerito di allargare le maglie dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. anche «nelle residue ipotesi in cui il debitore-consumatore dimostri che, a causa del mancato esercizio dei poteri ufficiosi del giudice del monitorio, non abbia potuto consapevolmente prendere in considerazione l'opportunità di proporre l'opposizione tempestiva».

³⁶ Trib. Napoli (ord.), Sez. XIV civile, 4 giugno 2022., in *Giur. it.*, 2022, 2113 ss.

³⁷ Trib. Milano (sent.), Sez. XI civile, 9 gennaio 2023., in *www.ilcaso.it*.

³⁸ V. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2124.

sia formata anche sul deducibile, non avrebbe molto senso ipotizzare l'esperibilità di un rimedio volto, per tradizione, a caducare un giudicato, viceversa, prodottosi³⁹.

Infine, cercando di sintetizzare al massimo, accanto alla proposta di considerare il decreto ingiuntivo non opposto alla stregua di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, per poter poi evidentemente consentire l'applicazione delle regole consuete, cioè l'opposizione all'esecuzione senza limitazioni e un potere del giudice dell'esecuzione di sospenderla qualora ravvisi il presupposto dei «gravi motivi»⁴⁰, vi sono le letture che muovono dalla (in)sussistenza di un valido titolo esecutivo giudiziale, sì da consentire al giudice dell'esecuzione il potere o di dichiarare la nullità della clausola abusiva a guisa di un incidente endoesecutivo di accertamento⁴¹ o di fissare, ai fini dell'esecuzione, l'importo del credito per il quale si procede⁴², od ancora di dichiarare, con provvedimento avente valenza endoesecutiva, l'improcedibilità dell'esecuzione per inefficacia, totale o parziale, del titolo esecutivo che la sorregge⁴³.

E veniamo così all'interpretazione che troneggia, suggerita dalla Procura generale nelle conclusioni presentate in data 5 luglio 2022, con cui è stata chiesta al Presidente della Terza Sezione di dichiararsi l'estinzione del ricorso per cassazione con enunciazione del principio di diritto *ex art. 363, comma 3, c.p.c.*⁴⁴. La proposta della Procura è quella di adottare lo strumento di un'ordinaria azione di accertamento da proporre dinanzi al giudice competente secondo le regole ordinarie per valore e territorio, nel corso della quale la sospensione (esterna) del titolo si verrebbe a conseguire in via cautelare, spiegando così efficacia *ex art. 623 c.p.c.* sul processo esecutivo in corso. Si tratterebbe, quindi, di un'azione succedanea e separata, contraddistinta da una natura pienamente cognitiva. In altri termini, il giudice dell'esecuzione dovrebbe rilevare l'abusività della clausola, indicare al debitore-consumatore, che voglia avvalersene, il rimedio utile per far dichiarare la nullità, onerandolo così di un'ordinaria azione di accertamento, che a sua volta inizierebbe dal primo grado davanti al giudice competente secondo le regole ordinarie e nel cui ambito la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo non opposto avverrebbe per il tramite un provvedimento d'urgenza.

³⁹ V. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., § 4.3.

⁴⁰ CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione*, cit.

⁴¹ Che produrrebbe effetti ai soli fini del processo esecutivo in corso, alla stregua di quanto accade in sede di distribuzione del ricavato *ex art. 512* o in fase di contestazione della dichiarazione del terzo nell'espropriazione presso terzi *ex art. 549 c.p.c.*, e che sarebbe impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'*art. 617 c.p.c.*

⁴² D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 6; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

⁴³ STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità*, cit., 2127 s.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., § 4.3.

⁴⁴ E, con ogni probabilità, ispirata da *Impuls Leasing România IFN SA*, cit Sul punto rinvio alle osservazioni di D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5, nota 30.

Già in precedenza ho rilevato alcuni chiaroscuri di questa interpretazione⁴⁵, orientandomi piuttosto per il richiamo ad una rimessione in termini, attraverso un'applicazione generalizzata dell'art. 153, comma 2, c.p.c., possibile dopo la riforma del 2009, nella convinzione che l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale debba indurre innanzitutto ad ampliare il raggio di operatività dei rimedi esistenti e, solo in caso di impossibilità, a coniarne di nuovi⁴⁶. Ebbene, su questa premessa, si potrebbe così ipotizzare che il presupposto della decadenza incolpevole, introduttivo alla rimessione in termini, possa essere qui ravvisato non già nella mera inerzia dell'ingiunto in sé considerata, ossia nel non avere tempestivamente opposto il decreto, ma nel fatto che, essendosi verificata a monte una lesione del potere-dovere del giudice di accertamento della vessatorietà, il consumatore sia incolpevolmente decaduto dal potere di proporre opposizione tempestiva⁴⁷. In questo caso, se il giudice dell'esecuzione rileva il carattere vessatorio delle clausole di un contratto *b2c*, d'ufficio o su sollecitazione dell'esecutato, si potrebbe immaginare che, in ragione del fatto che la questione di abusività non è mai stata espressamente decisa da alcun giudice, rimetta in termini il consumatore esecutato⁴⁸, che sarà così facultato a proporre, nel termine ordinario di quaranta giorni, quell'opposizione che gli sarebbe viceversa preclusa a motivo dell'intervenuta decadenza, con conseguente sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art.* 623 c.p.c.

Ora, non ci nascondiamo che la soluzione dell'*actio nullitatis* potrebbe rivelarsi quella più istituzionale, nel senso di più "conservativa" dell'assetto vigente del nostro processo di esecuzione. Rimane, però, il dubbio che le puntualizzazioni messe in forma dalla Procura generale riescano davvero a smussare alcune asperità della stessa. Il riferimento va alla circostanza che il giudice dell'esecuzione dovrebbe comunque concedere un termine adeguato all'instaurazione del giudizio, spirato il quale infruttuosamente, il giudicato, dato dal provvedimento non opposto, diverrebbe intangibile, dovendosi, in tal caso, escludere una inerzia incolpevole dell'ingiunto. Si aggiunga che, nell'ipotesi di sospensione esterna del titolo esecutivo, ben potrebbe darsi il caso che l'esecuzione forzata si concluda prima che il giudice del merito si pronunci sulla sospensione del processo esecutivo, con il risultato di poter esitare nel "pasticcio" di una sospensione disposta dopo che il bene staggito sia stato trasferito a terzi. È questo un problema di non poco conto, ben diverso dal caso in cui il titolo esecutivo, pur in difetto di un sindacato di abusività e quindi *pour cause* illegittimo per mancata disamina di una questione preliminare fondata, abbia comportato una attribuzione patrimoniale al creditore, giacché, in una ipotesi di tal fatta, tale attribuzione cade e a vincere è la ripetizione dell'indebito. È questo

⁴⁵ V. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2123 s.

⁴⁶ V. quanto già osservato in *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 1283 s.

⁴⁷ Così già in *Procedimento monitorio interno*, cit., 540 e in *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2124.

⁴⁸ E, quindi, per riflesso, come osserva Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., § 11.1., si potrebbe ripristinare «il corso ordinario del procedimento monitorio nella sua articolazione bifasica».

infatti, a mio avviso, il solo modo per leggere correttamente *Ibercaja*⁴⁹, la quale, si noti, è vero che fa salva la vicenda traslativa e, quindi, dà una definitività alla stessa, nonostante a monte non vi sia stato il controllo di vessatorietà, ma lo fa con un *caveat*: è una definitività legata all'*opponibilità ai terzi*, quindi, sostanzialmente, alla circostanza che l'attribuzione patrimoniale sia avvenuta a soggetti diversi dal creditore procedente. È solo in questo caso, cioè quando il trasferimento della proprietà sia stata disposta a favore di un terzo, che per la Corte giust. EU possiamo considerarla definitiva e quindi rappresenta una vicenda ostativa al darsi di una tutela in forma specifica per il consumatore, che – ripeto, in questo solo caso – non può richiedere la restituzione, diventando mero titolare di una pretesa risarcitoria, destinata a tenerlo indenne dal pregiudizio subito perché il titolo esecutivo di formazione giudiziale era illegittimo in quanto privo del necessario controllo di vessatorietà⁵⁰. In tutti gli altri casi, se il giudice dell'esecuzione accerta che c'è vessatorietà, l'attribuzione patrimoniale non è più definitiva perché il debitore può chiedere al creditore la ripetizione dell'indebito, trattandosi di beni o somme che costui ha ingiustificatamente percepito. Il tutto, naturalmente, nei limiti in cui quanto è stato preso ecceda l'ammontare, poi correttamente quantificato, del credito.

Dopo di che, chiuso l'intermezzo, neppure ci si può avvitare sulla scelta del rimedio: l'*actio nullitatis* affida al giudice della cognizione una declaratoria di accertamento che non si vuole rimettere nelle mani di un giudice dell'esecuzione, legittimato, però, nel sistema che si annuncia, a rilevare senza dichiarare. Insomma, quel che si avrebbe sarebbe una vessatorietà sospesa in un limbo fino a quando un terzo giudice ne decreterà (finalmente) l'esistenza o, all'opposto, l'inesistenza, con un'esecuzione che nel mentre resta a sua volta appesa ad un filo. Non è un caso, infatti, se la Procura generale, proprio per ovviare a questo inconveniente propone di rinviare la vendita «a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito».

5. Considerazioni conclusive

Archiviata la questione del rimedio, in attesa della decisione delle Sezioni Unite, deve però aversi contezza che non tutto sarà risolto, dovendosi continuare a riflettere almeno su tre questioni.

La prima. La Corte giust. EU non è infallibile, ma nel caso di specie ha messo in evidenza che esiste(va) un diritto consumeristico vivente italiano non conforme ai principi del diritto europeo. Pensare di sollevare un ulteriore rinvio pregiudiziale sull'eurocompatibilità dell'ordinamento italiano su questo punto, sarebbe un puro esercizio di stile⁵¹.

⁴⁹ Sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, cit.

⁵⁰ V. ancora la sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, cit., punti da 57 a 59.

⁵¹ D'altra parte, la stessa Corte giust. UE ha chiarito che il giudice nazionale non può sottrarsi all'obbligo di interpretazione conforme «per il solo fatto di aver costantemente interpretato [una] disposizione in un senso che è incompatibile» con il diritto dell'Unione europea, come interpretato

La seconda. Il controllo di abusività è senza dubbio una operazione complessa perché la sentenza *Lintner*, come si è prima visto, definisce il perimetro del controllo officioso di abusività, statuendo ch'esso non può eccedere i limiti dell'oggetto della controversia per come determinato dalla prospettazione delle parti⁵². Per cui, bisognerebbe operare una ulteriore specificazione, nel senso che non si potrà ritenere soggetta al vaglio giudiziale *qualsiasi* questione genericamente non scrutinata in sede monitoria, la cui omissione potrebbe essere semplicemente dovuta alla sua irrilevanza ai fini della decisione sulla domanda⁵³.

Dopo di che, la complessità dell'accertamento trae origine pure dalla circostanza che persino una lettura analitica del contratto comunque non mette al riparo dall'esserci delle clausole abusive iscritte tra le pieghe del testo contrattuale e quindi comunque non vale a escludere che in quel contratto possa annidarsi una clausola abusiva. Qui, però, il problema si sposta, mi sembra, sul piano della motivazione adeguata, che non vuol dire clausola di stile, ma motivazione specifica sulle singole clausole di vessatorietà effettivamente scrutinate dal giudice del monitorio, onde evitare il riprodursi di un giudicato implicito sotto mentite spoglie. Difatti e per converso, di fronte ad un decreto ingiuntivo motivato, quantunque il giudice abbia errato nel qualificare come non vessatoria una determinata clausola e, per conseguenza, abbia concesso il decreto, il giudice dell'esecuzione non potrà intervenire perché in questo caso la preclusione *pro judicato* si forma e si forma correttamente proprio perché il decreto contiene una motivazione espressa, ma non è stato impugnato. Di poi, sembra superfluo dilungarsi sulla circostanza che in questo modo la cognizione in sede monitoria vada assomigliando sempre di più a quella che avviene in sede ordinaria, giacché si tratta, peraltro, di uno degli effetti innescati dal ramificarsi della rilevabilità officiosa di rito eurounitario.

La terza. È incontestabile che la sentenza della Corte schiude a scenari che, sul piano soggettivo, per il processualista hanno senza dubbio dell'inconsueto: una preclusione *pro judicato* che, in caso di statuizione implicita, cade – o meglio, non si forma – laddove il debitore sia un consumatore, inocula il germe di un diritto processuale del consumatore. Anche se, per la verità, in dottrina è stata avanzata l'idea secondo cui la soluzione oggi affermata dalla Corte giust. UE in relazione al consumatore e consistente, per l'appunto, nella negazione dell'effetto preclusivo della statuizione implicita, trovando un autonomo fondamento nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, «appare applicabile a tutta la normativa unionale cui questo si riferisce»⁵⁴. Però, atteso il limite dell'interpretazione conforme, c'è di che dubitarne, almeno per il momento, atteso che la sentenza della Corte giust. EU riguarda il consumatore e non in maniera indeterminata *qualun-*

dalla Corte di giustizia»: v. sentenza 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, causa C-441/14, punto 34.

⁵² V. *supra*, nota 22. V., altresì, Trib. Napoli, (ord.), 4 giugno 2022, cit., in motivazione.

⁵³ Con l'effetto che, anche rispetto a tutti i decreti ingiuntivi non opposti emessi prima del 17 maggio 2022 non è neppure il caso di fare di tuttata l'erba un fascio: dipenderà *in concreto* da cosa verrà adesso invocato in ragione di quanto la Corte giust. UE ha stabilito.

⁵⁴ Così GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore*, cit., § 3.

que contraente debole⁵⁵. Certo, se mai ci saranno sviluppi futuri, il giudice italiano dovrà senz'altro prenderne atto e registrarli prontamente.

ABSTRACT

Il saggio, prendendo le mosse dalla nota sentenza della Corte di giustizia in tema di mancato controllo di vessatorietà delle clausole in sede monitoria, ne analizza le ricadute sul piano del diritto interno, con particolare attenzione alla mancata formazione della preclusione *pro judicato* per quanto non espressamente deciso nel decreto ingiuntivo, nonché alla nuova latitudine dei poteri officiosi, in attesa della decisione delle Sezioni Unite.

The essay, starting from the well-known judgment of the Court of Justice on the lack of check of unfair terms in the monitory procedure, analyzes the effects on the level of italian law, with particular attention to the failure to create the pro judicato foreclosure even if not expressly decided in the judicial injunction, as well as at the new latitude of ex officio powers, waiting for the decision of the United Sections.

⁵⁵ Nello stesso senso è anche D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5, per la quale la sentenza non sembra applicabile oltre la materia consumeristica.



Nullità consumeristiche, giudicato implicito e ruolo del giudice dell'esecuzione. Ovvero un pasticcio eurounitario in salsa italiana.



Francesco Di Ciommo

SOMMARIO: 1. Sintesi del problema. – 2. Il giudicato, ovvero un vecchio arnese di cui abbiamo ancora bisogno. – 3. La vicenda sollevata dal Tribunale Milano. – 4. Una interessante recente decisione del Tribunale di Napoli. – 5. Un consiglio (finale) per gli avvocati.

1. Sintesi del problema

Con quattro sentenze del 17 maggio 2022 – causa C-600/19 Ibercaja Banco; cause riunite C-693/19 SPV Project 1503, C-831/19 Banco di Desio e della Brianza; causa C-725/19 Impuls Leasing România; causa C-869/19 Unicaja Banco – la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sancito un principio che rischia, se non correttamente inquadrato e interpretato alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, di determinare conseguenze dirompenti nel nostro diritto processuale, con ricadute pratiche gravemente dannose in termini di efficienza della giustizia e certezza del diritto.

Le quattro pronunce, infatti, pur riconoscendo (almeno apparentemente) la valenza del giudicato (anche) in materia consumeristica (per tutte, vedi punti 57 e 58 di BancoDesio, e corrispondenti passaggi presenti nelle altre decisioni), giungono alla conclusione che esso non si forma sull'assenza di carattere abusivo di una clausola (quando tale abusività si fondi su una norma a tutela del consumatore) se, nel provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario, non vi sia una (anche solo succinta) motivazione che riguardi l'esame della clausola e dunque le ragioni per cui il giudice del monitorio non ritiene la clausola nulla. Per l'effetto – e il principio è specificamente indicato dalla Corte per l'ordinamento italiano – quando il decreto ingiuntivo, anche non impugnato nei termini di legge, venga utilizzato dal creditore per procedere esecutivamente nei confron-

ti del debitore, il giudice dell'esecuzione deve poter rilevare, anche d'ufficio, l'abusività della clausola, non essendogli tanto precluso dalla definitività del decreto non opposto.

In estrema sintesi, dunque, secondo la CGUE, se il giudice chiamato a emettere un decreto ingiuntivo non dà conto espressamente in tale decreto di aver vagliato la validità del contratto, eventualmente posto a fondamento del ricorso del creditore, nella particolare prospettiva della tutela consumeristica e con riguardo specifico alle singole clausole considerate, e non spiega (se pure sinteticamente) perché ritiene tali clausole valide, la successiva assenza di opposizione da parte del debitore determina la formazione del giudicato sul provvedimento monitorio emesso solo sul dedotto e non anche sul deducibile, in quanto al giudice dell'esecuzione, adito dal creditore proprio sulla base di quel provvedimento, va riconosciuto il potere di controllare l'eventuale carattere abusivo delle clausole in questione.

Come è stato correttamente notato, il principio, nei termini in cui è stato affermato dai giudici europolitani, impatta su alcuni cardini acquisiti e fondamentali del nostro processo civile in quanto involge: i) la tradizionale ricostruzione del decreto ingiuntivo (definitivo o meno) in termini di titolo esecutivo giudiziale e non stragiudiziale; ii) la tradizionale ricostruzione in termini di giudicato formale e sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto (o nella in tutto equivalente preclusione *pro iudicato*); iii) la preclusione, ad opera del giudicato, non solo di quanto sia stato dedotto, ma pure di quanto sarebbe stato deducibile; iv) l'impossibilità radicale, per il giudice dell'esecuzione in sede esecutiva, di sindacare il merito del titolo esecutivo giudiziale; v) l'intangibilità assoluta, da parte del giudice dell'esecuzione anche quale giudice dell'opposizione a quest'ultima, del titolo esecutivo giudiziale per fatti anteriori alla sua definitività, da farsi valere solamente davanti al giudice delle impugnazioni del titolo stesso¹.

Dal punto di vista squisitamente pratico il problema involge tanto l'attività dei giudici chiamati ad emettere i decreti ingiuntivi quanto l'attività dei giudici dell'esecuzione. Sia gli uni che gli altri, infatti, alla luce delle recenti pronunce europee in parola, sembrerebbero onerati di un compito nuovo e niente affatto agevole (*rectius*, niente affatto realizzabile, come meglio si vedrà tra breve), e cioè quello di vagliare la validità delle clausole contrattuali nell'ambito di due procedimenti – per l'appunto, quello monitorio e quello esecutivo – in cui, per la natura e la struttura degli stessi, e cioè per come essi sono disciplinati dalle norme processuali italiane, tale vaglio è sostanzialmente precluso al giudice. Inoltre, a tanto il giudice sarebbe chiamato persino in mancanza di una qualche domanda a riguardo da parte del debitore e, dunque, senza essere stato a ciò sollecitato dalla parte interessata e quindi prendendo l'iniziativa *ex officio*. Con l'ulteriore conseguenza che, qualora il giudice non ottemperasse a tale nuovo suo dovere, potrebbe incorrere in

¹ DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, disponibile on-line sul sito www.giustiziainsieme.it alla pagina «<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-ue/2475-la-corte-di-giustizia-sceglie-tra-tutela-del-consumatore-e-certezza-del-diritto-riflessione-sulle-sentenze-del-17-maggio-2022-della-grande-camera-della-cgue?hitcount=0>».

responsabilità e cioè potrebbe esserne chiamato a rispondere, a titolo di risarcimento dei danni, proprio su iniziativa del debitore in tesi danneggiato dal mancato rilievo circa l'invalidità della clausola contrattuale.

Da questa sintetica perimetrazione delle questioni sul tavolo emergono chiaramente le ragioni della preoccupazione con cui tutti gli operatori del diritto italiano hanno accolto le quattro pronunce eurounitarie dello scorso maggio. Per un verso, infatti, i giudici temono che il principio espresso dalla C.G.U.E. possa travolgere l'organizzazione di alcune attività e, in particolare, quella dagli stessi svolta nell'ambito del procedimento monitorio e/o del procedimento esecutivo; il tutto per altro in assenza di norme di legge che consentano loro di svolgere effettivamente l'arduo nuovo compito senza incertezze. Per altro verso, gli avvocati percepiscono le drammatiche ricadute concrete che il travolgimento del giudicato implicito può avere in termini di aggravamento dell'incertezza del diritto e di allungamento della durata dei procedimenti civili, giacché onerare il giudice dell'esecuzione del controllo circa la validità delle clausole contrattuali anche quando a quest'ultimo viene chiesto di dare esecuzione a un titolo di formazione giudiziaria, e cioè il decreto ingiuntivo, e non al contratto, e anche quando il debitore non abbia opposto quel decreto, significa non solo aggravare di molto l'organizzazione e l'attività degli uffici giudiziari ma anche, e soprattutto, favorire, e persino indirettamente incoraggiare, comportamenti opportunistici del debitore-consumatore che, alla luce del principio affermato dalle pronunce qui in esame, potrebbe non avere più interesse a contestare il decreto ingiuntivo nell'ambito del tradizionale procedimento di opposizione, ben potendo egli chiedere al giudice una delibazione circa la validità delle clausole contrattuali, nella prospettiva consumeristica, anche per la prima volta in fase di esecuzione.

Le preoccupazioni sono tutte fondate, e dimostrano quanti e quali danni possano fare decisioni eurounitarie adottate a Lussemburgo da giudici che, a seconda della formazione del collegio giudicante, in alcuni casi conoscono solo superficialmente il diritto, vieppiù quello processuale, dei singoli paesi membri. Tuttavia, la situazione – che in termini di principio, in effetti, è allarmante – alla prova dei fatti, e cioè se analizzata in punto di stretta operatività, nonché alla luce dei principi costituzionali nazionali e di quelli derivanti dalla Carta europea dei diritti fondamentali, si rivela probabilmente più gestibile.

Sul punto valgano le seguenti considerazioni espresse per “francobolli”.

Il giudice del monitorio, con tutta evidenza, non è in condizione di valutare la validità delle clausole contrattuali nella prospettiva consumeristica in quanto, per svolgere un tale controllo, egli dovrebbe svolgere, necessariamente *ex officio* in quanto il procedimento è caratterizzato dall'assenza del contraddittorio, un esame puntuale della vicenda, così da qualificare con certezza il debitore come consumatore e subito dopo valutare se le singole clausole sono invalide in quanto abusive, senza però poter sapere con certezza se tale suo rilievo opera in concreto nell'interesse del consumatore o meno, e quindi violando il principio fondamentale della disciplina consumeristica europea, cristallizzato nel nostro ordinamento all'art. 36 del Codice del Consumo, e cioè quello per cui la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, e cioè può essere rilevata dal giudice solo se quest'ultimo ha accertato che ciò sia effettivamente vantaggioso per il consumatore.

Anche il giudice dell'esecuzione – al netto dei limiti attualmente imposti alla sua azione dalle norme processuali vigenti, a partire dal fatto che l'art. 549 c.p.c. consente l'apertura di una fase di accertamento nell'ambito del procedimento esecutivo, ma solo riguardo alla dichiarazione del terzo – non sembra essere concretamente in condizione di svolgere *ex officio* alcun reale vaglio a tutela del consumatore circa la validità delle clausole del contratto oggetto del decreto ingiuntivo non opposto, e ciò in quanto con buona probabilità nel suo fascicolo, e cioè nel fascicolo dell'esecuzione, di quel contratto neanche vi sarà traccia posto che il creditore, agendo sulla base del titolo di formazione giudiziaria, e cioè per l'appunto del decreto ingiuntivo non opposto, non ha nessuna necessità di (né ha interesse a) depositare altro se non il decreto. Diversamente è a dirsi, chiaramente, se nel fascicolo dell'esecuzione il creditore o il debitore consumatore hanno depositato il contratto.

Rispetto a tal ultima ipotesi, l'unico rimedio all'incertezza che altrimenti si spalancherebbe sul credito sino alla pronuncia del giudice dell'esecuzione è data dalla possibilità, per l'avvocato che chiede il provvedimento monitorio, in sede di ricorso, di richiamare l'attenzione del giudice sulle clausole potenzialmente a rischio di invalidità, per provocare una pronuncia espressa sul punto nel decreto ingiuntivo. In presenza di una tale pronuncia, infatti, l'eventuale mancata opposizione del consumatore determina senz'altro la formazione del giudicato sul decreto, che quindi copre anche la questione relativa alla validità delle clausole in questione.

Resta da evidenziare un solo, ultimo, aspetto. Il debitore-consumatore che decida di agire, per il risarcimento del danno asseritamente da lui patito, contro il giudice, del monitorio e/o dell'esecuzione che non abbia sancito l'invalidità consumeristica delle clausole del contratto contro di lui azionato dal creditore, deve porsi il problema derivante dall'applicazione dell'art. 1227 c.c. in quanto, in questo caso, è evidente che egli avrebbe potuto evitare il danno svolgendo rituale opposizione al decreto ingiuntivo e sollevando in tal sede la questione.

La complessità dei temi appena elencati suggerisce di approfondire alcune circostanze nei paragrafi che seguono.

2. Il giudicato, ovvero un vecchio arnese di cui abbiamo ancora bisogno

Per prima cosa, al fine di chiarire la questione giova svolgere una breve digressione di carattere processualistica circa l'istituto del giudicato.

Come noto, secondo l'art. 2909 c.c., la cosa giudicata (o giudicato sostanziale o autorità di cosa giudicata) è il far stato ad ogni effetto dell'accertamento contenuto in un provvedimento giudiziale che, non essendo stato contestato nei termini e nei modi di legge (e dunque potendo oramai essere impugnato soltanto con mezzi straordinari), è passato in giudicato formale nei confronti delle parti, dei loro eredi o aventi causa.

La funzione pratica dell'istituto, come del processo dichiarativo che a questo è preordinato, è quella di soddisfare il bisogno di certezza giuridica circa la regola di diritto che disciplina i rapporti sostanziali tra le parti. A tale esigenza l'istituto risponde, appunto,

garantendo che l'accertamento contenuto nel provvedimento giudiziale, oramai non più soggetto alle impugnazioni ordinarie, non possa più essere rimesso in discussione in futuri ed eventuali giudizi, sì che l'accertamento in esso contenuto si possa considerare immutabile, irretrattabile e intangibile. Detto risultato è tecnicamente garantito mediante la paralisi, nei successivi giudizi, dell'esercizio dei poteri processuali che le parti hanno già esercitato all'interno del processo originario o che avrebbero dovuto ivi esercitare (c.d. preclusione del *dedotto* e del *deducibile*).

La rilevante funzione svolta dall'istituto per la stabilità del sistema e dei rapporti intersoggettivi spiega anche perché, secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza², se pure sulla base di percorsi argomentativi spesso molto diversi, giungono a considerare il giudicato civile quale garanzia costituzionalmente prevista in forza del combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, e 111, comma 7, Cost.

Sin qui si è fatto riferimento al concetto di "giudicato formale", per tale intendendosi – ai sensi dell'art. 324 c.p.c. – il fenomeno processuale della incontrovertibilità del provvedimento giudiziario (la norma parla di "sentenza", ma è opinione comune che il concetto riguardi tutti i provvedimenti giudiziari a carattere decisorio, e dunque, per restare al caso da cui origina la sentenza europea in esame, anche i decreti ingiuntivi³) che si determina, come detto, quando il provvedimento del giudice non è più soggetto né ad opposizione, né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per Cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. (per l'appunto, i mezzi di impugnazione ordinari). Tale provvedimento avrà, dunque, raggiunto un certo grado di stabilità, ma non si tratta di un grado assoluto perché anche i provvedimenti passati in giudicato possono essere soggetti a revocazione straordinari, opposizione di terzo e revocazione del P.M. (e cioè ai mezzi di impugnazione c.d. straordinari).

Dunque, si può dire che passaggio in giudicato implica una modifica della situazione giuridica della sentenza, consistente nel passaggio dalla situazione di sentenza soggetta ai mezzi ordinari di impugnazione alla situazione di sentenza non più impugnabile. Nel caso delle sentenze della Corte di cassazione tale modifica non può verificarsi, non essendo queste soggette ai mezzi ordinari di impugnazione.

² Per la dottrina in argomento, v. *ex ceteris*, ALLORIO, *L'autorità di cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935; ID., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 237 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 197 ss.; ID., *Il giudicato civile*, Torino, 1988; ID., *Rei giudicata civile*, in *Dig. civ.*, Torino, 1997, IV, 404 ss.; MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 63 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; CAVALLINI, *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1221 ss.; e MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2015, I.

³ *Ex art. 702-quater c.p.c.* può passare in giudicato anche l'ordinanza che conclude il nuovo procedimento sommario di cognizione, mentre non è mai idonea ad acquisire efficacia di giudicato l'ordinanza che concede una misura cautelare, anche se a contenuto anticipatorio.

La formazione del giudicato formale (e quindi l'impossibilità di chiedere una modifica del provvedimento se non attraverso mezzi straordinari) determina il conseguente parallelo fenomeno della cosa giudicata sostanziale, per effetto del quale l'accertamento contenuto nella sentenza (ma in questo caso, al contrario di quanto è a dirsi per il giudicato formale, il fenomeno riguarda solo i provvedimenti che contengono accertamenti di merito, e non meramente processuali) oramai non soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione, come detto, *ex art. 2909 c.c.*, fa stato tra le parti, tra i loro eredi.

Il giudicato sostanziale, in combinato con il principio del *ne bis in idem*, copre il dedotto e il deducibile, *“ossia anche ciò che poteva essere dedotto in quanto afferente all'identica “causa petendi”, l'efficacia panprocessuale delle pronunce della Suprema Corte sulla giurisdizione non si realizza soltanto qualora la nuova domanda sia proposta in termini identici sotto tutti i profili della struttura dell'azione (“personae”, “causa petendi” e “petitum”), atteso che non conta tanto il modo in cui essa è presentata, ma l'esatta qualificazione della domanda e dei fatti posti a base della stessa (“petitum” sostanziale), sicché, ove la Suprema Corte abbia già statuito sulla giurisdizione in altro e precedente giudizio, è inammissibile il regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c. proposto in un successivo giudizio, instaurato dallo stesso attore sulla base degli identici fatti narrati nel primo, quand'anche l'atto introduttivo del secondo giudizio abbia evocato solo il convenuto principale nel primo (ma sia poi risultato legittimamente estensibile a tutte le altre parti, chiamate in causa dal convenuto principale), con il medesimo “petitum” (sebbene parzialmente ridotto solo nel “quantum”) e sostanzialmente la medesima “causa petendi” (per quanto diversamente qualificata rispetto alla domanda del primo giudizio)”* (così Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 11161 del 23 aprile 2019).

In definitiva, affermare che il giudicato copre il dedotto e il deducibile significa che l'accertamento incontrovertibile scende sull'oggetto sottoposto alla cognizione del giudice, cioè sull'oggetto del giudizio, individuato dalla domanda o dalle domande delle parti. Ciò è perfettamente logico se si tengono presenti i principi che governano il nostro processo: il principio della domanda (art. 99 c.p.c.; art. 2907 c.c.) ed il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.). Quindi, per identificare l'oggetto del giudicato bisogna aver riguardo a quelli che sono gli elementi identificativi della domanda, i quali sono dati da: il *petitum* mediato, cioè l'oggetto materiale del diritto soggettivo; e la *causa petendi*, ovvero la ragione giuridica del domandare, che coincide con i fatti costitutivi del diritto, posti in relazione ai fatti lesivi del diritto, nella maggior parte dei casi.

Questa precisazione risulta importante nell'economia della nostra riflessione in quanto, come vedremo più avanti, nella prima applicazione giurisprudenziale italiana delle sentenze CGUE in esame, il Tribunale di Napoli ha affermato che il giudice dell'esecuzione non può accertare la invalidità, anche parziale, di un contratto per contrarietà alle norme in tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori se non nei limiti di quanto abbia chiesto in giudizio il consumatore. Dunque, secondo questa interpretazione il giudicato implicito che si fosse formato su un certo provvedimento giudiziario impedirebbe al giudice dell'esecuzione di tale provvedimento di sindacare la validità delle clausole contrattuali non valutate dal giudice che ha emesso il provvedimento, ma che il

consumatore non ha contestato. Il che significa che non opererebbe in tale contesto l'art. 1421 c.c. ai sensi del quale la nullità può sempre essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il giudicato, oltre ad avere una sua efficacia diretta nei confronti delle parti, loro eredi e aventi causa, “è dotato anche di un'efficacia riflessa, nel senso che la sentenza, come affermazione oggettiva di verità, produce conseguenze giuridiche nei confronti di soggetti rimasti estranei al processo in cui è stata emessa, allorquando questi siano titolari di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo o comunque di un diritto subordinato a tale situazione, con la conseguenza reciproca che l'efficacia del giudicato non si estende a quanti siano titolari di un diritto autonomo rispetto al rapporto giuridico definito con la prima sentenza. (Nella specie, la Suprema Corte, in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda di restituzione del prezzo del biglietto pagato da alcuni spettatori per assistere ad uno spettacolo lirico in teatro all'aperto, interrotto da gravi avverse condizioni atmosferiche, ha confermato l'efficacia riflessa della sentenza, passata in giudicato, con la quale era stata accolta analoga domanda, proposta da altri spettatori e per identici motivi a fronte dell'automatico operare dell'effetto risolutivo ex art. 1463 c.c.)” (così Cassazione civile, Sez. III, ordinanza n. 8766 del 29 marzo 2019).

In giurisprudenza frequente è la distinzione tra “giudicato interno”, cioè giudicato formatosi all'interno del processo che prosegue per la definizione nel merito della controversia, e “giudicato esterno”, cioè giudicato destinato ad esplicare la sua efficacia fuori del processo in cui è formato. Il “giudicato interno” concerne tutte le questioni astrattamente idonee a definire il giudizio, di rito o di merito, rilevabili d'ufficio o solo su istanza di parte, che possono insorgere nel corso del processo e che possono dare luogo a sentenze non definitive ovvero possono costituire oggetto di esame preliminare da parte della sentenza che definisce il giudizio⁴.

Altra rilevante distinzione operata soprattutto in giurisprudenza – e qui rilevante – è quella tra giudicato esplicito e giudicato implicito, intendendosi per quest'ultimo quello formato da e su quegli elementi che necessariamente precorrono, sul piano logico, la decisione assunta dal giudice sulla base del quesito a lui sottoposto.

Dunque, fondamentale perché un elemento sia oggetto di giudicato implicito è che lo stesso rientri nell'ambito dell'attività di accertamento svolta dal magistrato medesimo per decidere il giudizio. Nel senso che esso rappresenta uno di quei dati “pregiudiziali”

⁴ Come affermato dalla Cassazione, “Il giudicato interno può formarsi solo su capi di sentenza autonomi, che cioè risolvano una questione controversa avente una propria individualità ed autonomia, così da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente; sono privi del carattere dell'autonomia i meri passaggi motivazionali, ossia le premesse logico-giuridiche della statuizione adottata, come pure le valutazioni di meri presupposti di fatto che, unitamente ad altri, concorrono a formare un capo unico della decisione. (Fattispecie in cui la Suprema Corte ha escluso che vi fosse stata violazione del giudicato interno, per la mancata impugnazione della sentenza di prime cure, nella parte in cui aveva ritenuto insussistente il requisito della etero direzione, quale indice rilevante, ma non esaustivo, della natura subordinata del rapporto di lavoro, per il cui riconoscimento era stato intentato il giudizio)”. Così Corte di Cassazione, Sez. V, Sentenza n. 24358 del 04/10/2018.

che il giudice, nel suo percorso logico, deve necessariamente prendere in considerazione per poter pervenire alla decisione sulla domanda sottopostagli in quanto essenziali per la corretta concatenazione argomentativa⁵.

Sul tema, anche recentemente la Cassazione si è espressa riconoscendo la controversa figura del giudicato implicito proprio in una fattispecie simile a quella da cui muove la vicenda processuale milanese su cui si è appuntata la sentenza della GUCE.

In particolare, nell'occasione la Suprema Corte ha affermato che *“Il principio secondo cui l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono sia pure implicitamente il presupposto logico-giuridico, trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, in mancanza di opposizione o quando quest'ultimo giudizio sia stato dichiarato estinto, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda in altro giudizio. (Nella specie la Suprema Corte ha ritenuto preclusa dal giudicato, formatosi a seguito dell'estinzione della causa di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto da una banca in relazione al saldo passivo di un conto corrente, la successiva domanda, proposta dal correntista, tesa ad ottenere la ripetizione delle somme indebitamente trattenute dall'istituto di credito in forza di clausole negoziali invalide)”.* Così Cassazione civile, Sez. I, ordinanza n. 22465 del 24 settembre 2018.

3. La vicenda sollevata dal Tribunale Milano

Aperta e chiusa la parentesi sul concetto di giudicato, va ora ribadito che le quattro pronunce della C.G.U.E. in esame impongono una riflessione sul rapporto tra il principio processuale italiano della cosa giudicata, espresso dall'art. 2909 cod. civ., e le clausole contrattuali abusive disciplinate dalla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio europeo del 5 aprile 1993.

Il nodo cruciale, come cennato in chiusura del paragrafo introduttivo, riguarda la possibilità per il giudice dell'esecuzione di sindacare la validità del contratto da cui origina (o comunque oggetto de) la procedura esecutiva, o di singole clausole dello stesso, per violazione delle norme in materia di abusività nei contratti con i consumatori, quando tale invalidità non risulti vagliata (e, dunque, men che meno accertata) dal giudice che ha emesso il provvedimento giudiziario messo in esecuzione, e dunque, quando sulla validità del contratto in questione (o delle clausole in parola) si sia formato il c.d. giudicato implicito.

Allo scopo di inquadrare i termini salienti della questione proposta, giova precisare quanto segue.

⁵ Cfr., *ex multis*, ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001,1292 ss.

Tra le quattro pronunce emesse il 17 maggio 2022, la più rilevante è stata resa in riscontro a domande di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora innanzi, anche "TFUE") presentate dal Tribunale di Milano (Cause riunite C-693/19, SPV Project 1503 e C-831/19, Banco Desio e della Brianza). Le altre sentenze sono state rese in riscontro a domande di pronuncia pregiudiziale sollevate da giudici spagnoli (Causa C-869/19, Unicaja Banco e C-600/19, Ibercaja Banco) e da un giudice rumeno (Causa C-725/19, Impuls Leasing Romania).

Per quanto qui rileva, con le questioni pregiudiziali sollevate nelle Cause C-693/19 e C-831/19, trattate congiuntamente, il Tribunale di Milano ha chiesto alla GCUE di chiarire se – e a quali condizioni – gli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1 della Direttiva 93/13/CEE, siano d'ostacolo ad un ordinamento nazionale, come quello italiano, che preclude al giudice dell'esecuzione di pronunciarsi sul contenuto intrinseco di un titolo che abbia ormai acquistato autorità di giudicato⁶.

⁶ Nel caso di specie, avente ad oggetto fideiussioni assunte per garantire i crediti di una società, era stata promossa una procedura di espropriazione immobiliare in forza di decreti ingiuntivi non opposti. Nel corso della procedura uno dei fideiussori si è avvalso dello *status* di consumatore. Il giudice del rinvio ha ritenuto di condividere l'assunto del predetto fideiussore poiché: *“alla data in cui ha stipulato i contratti di fideiussione di cui al procedimento principale, in primo luogo, non aveva acquistato la sua integrale partecipazione nel capitale sociale della società debitrice, che ammonta al 22%, in secondo luogo, non risultava provato che avesse percepito utili in relazione alle quote detenute e, infine, in terzo luogo, era apparso che, dal 1976, era titolare di un rapporto di lavoro dipendente con un'altra società e che, di conseguenza, al momento della conclusione dei contratti di fideiussione, non aveva alcun collegamento di natura funzionale con la debitrice principale”*.

Inoltre, *“il giudice del rinvio, richiamando la giurisprudenza della Corte che disciplina l'autonomia processuale degli Stati membri al fine di garantire la piena effettività del diritto sostanziale dell'Unione, quella sui doveri del giudice nazionale in materia di tutela dei consumatori e quella relativa alla superabilità, indeterminate circostanze, del giudicato, si interroga sull'eventuale carattere abusivo, nella controversia dinanzi ad esso pendente, delle clausole contenute nei contratti di fideiussione di cui al procedimento principale stipulati tra ZW e BDB nonché tra ZW e gli altri creditori, sulla base dei quali sono stati emessi decreti ingiuntivi”*.

Così, rilevando che: *“alla data dell'emissione dei decreti ingiuntivi di cui al procedimento principale, la Corte non aveva fissato i parametri alla stregua dei quali il fideiussore garante di una persona giuridica può essere qualificato come consumatore, parametri che sono stati fissati successivamente dalle ordinanze del 19 novembre 2015, Tarcău (C74/15, EU:C:2015:772), e del 14 settembre 2016, Dumitraș (C534/15, EU:C:2016:700)”*, il Tribunale di Milano ha concluso che il fideiussore: *“non abbia potuto decidere con piena cognizione di causa se fosse opportuno invocare, nell'ambito di un'opposizione ai decreti ingiuntivi, il carattere abusivo delle clausole contenute nei contratti conclusi con professionisti, in quanto ignorava il proprio status di consumatore. Pertanto, il giudice del rinvio si chiede se l'assenza di certezza quanto alla possibilità di qualificare un fideiussore come consumatore alla data in cui sono stati emessi i titoli esecutivi di cui trattasi possa rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dalla normativa nazionale di recepimento della direttiva 93/13.”*

Ciò considerato, il Tribunale di Milano ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: *“a) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'e-*

Sul punto, la CGUE, in riscontro al Tribunale di Milano, si è espressa nei seguenti termini: *“L’articolo 6, paragrafo 1, e l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell’esecuzione non possa – per il motivo che l’autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l’eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come «consumatore» ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo”.*

Con la citata sentenza del 17 maggio 2022, resa nelle cause riunite C-693/19, SPV Project 1503 e C-831/19, Banco Desio e della Brianza, la CGUE – come anticipato – ha affermato che il sistema normativo di tutela consumeristica delineato dal legislatore europeo prevale sul c.d. giudicato implicito formatosi sul decreto ingiuntivo non opposto, nel senso che il giudice dell’esecuzione può sempre valutare la (in)validità delle clausole contrattuali sulla cui base il creditore pretendere di escutere un credito quando tali clausole ricadano sotto la disciplina consumeristica, e ciò se il giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, o il diverso provvedimento giudiziale a fondamento dell’esecuzione, nulla abbia osservato circa la validità in parola senza che il consumatore-debitore abbia validamente contestato tale provvedimento, con ciò determinando, per l’appunto, la formazione del giudicato implicito anche sul titolo contrattuale oggetto dello stesso⁷.

Tale affermazione della CGUE è espressamente motivata in relazione ai principi di effettività e di equivalenza della tutela posta dalla disciplina consumeristica europea al fine di superare lo squilibrio che caratterizza i contratti *business to consumers* (c.d. contratti “B2C”).

secuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato. b) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell’esecuzione, chiamato a decidere su un’opposizione all’esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore.”

⁷ La giurisprudenza italiana applica al decreto ingiuntivo non opposto il principio del “giudicato implicito”, secondo il quale si ritiene che il giudice che si è pronunciato su una determinata questione abbia necessariamente risolto tutte le altre questioni preliminari.

Pur ribadendo, infatti, l'importanza che il principio di autorità di cosa giudicata riveste nell'ordinamento italiano e nel diritto dell'Unione in genere⁸, e pur evidenziando che in Europa *“la tutela del consumatore non è assoluta”*⁹, la Corte di Giustizia, nella recente sentenza in parola, sottolinea l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, che impone al giudice dell'esecuzione di valutare per la prima volta l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore-consumatore non ha proposto opposizione. E ciò anche indipendentemente dal fatto che il debitore fosse consapevole, o meno – o potesse essere consapevole, o meno – della sua qualifica di consumatore al momento della ricezione del D.I. e che, dunque, fosse nelle condizioni di formulare rituale opposizione nell'ambito della quale contestare la validità delle clausole contrattuali asseritamente abusive, e dunque invalide.

Di conseguenza – come precisato dalla CGUE sempre nella sentenza in esame – anche nel caso in cui il provvedimento monitorio sia anteriore al 2015, anno in cui la Corte di Giustizia¹⁰, seguita poi dalla Suprema Corte di Cassazione¹¹, ha chiarito quando il fideiussore sia qualificabile o meno quale consumatore, superando la teoria della *vis attractiva* del contratto principale su quello accessorio di garanzia (c.d. teoria del *“professionista di rimbalzo”*).

⁸ A tal proposito, al punto 32 della sentenza del 17 maggio 2022 emessa nella causa C-869/19 e al punto 57 della sentenza di pari data emessa nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, la CGUE afferma che *“occorre ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte ha, infatti, già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esperimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere messe in discussione (v. in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, punti 35 e 36, nonché del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C-421/14, punto 46)”*.

⁹ Al punto 58 della sentenza del 17 maggio 2022 emessa nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19 la CGUE ricorda che già in precedenza la stessa *“ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/12) [...] fatto salvo, tuttavia, [...] il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività”*.

¹⁰ CGUE 19 novembre 2015, Tarcău (C74/15, EU:C:2015:772), 14 settembre 2016, Dumitraș (C534/15, EU:C:2016:700).

¹¹ La Suprema Corte italiana, seguendo l'insegnamento del giudice europeo, ha stabilito a più riprese che: *“i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo – alla stregua della giurisprudenza comunitaria – all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore”*. (cfr. Cass., sentenza n. 32225/2018, Cass., sentenza n. 25914/2019 e Cass., sentenza n. 28162/2019).

In breve, con la pronuncia in parola la CGUE afferma, a beneficio di tutti i giudici europei, che gli articoli 6 e 7 della citata Direttiva devono essere interpretati nel senso che la normativa nazionale di uno Stato membro non può precludere al giudice dell'esecuzione di valutare il carattere abusivo delle clausole di un contratto *business to consumers* (c.d. contratti "B2C") per il quale il professionista abbia ottenuto un decreto ingiuntivo divenuto esecutivo tutte le volte in cui dette clausole non siano state oggetto di una espressa valutazione da parte del giudice di merito in ordine al loro eventuale carattere abusivo, mentre se la valutazione espressa dal giudice ci fosse, allora non si potrebbe più parlare di un giudicato implicito, concretizzando tale valutazione il giudicato *tout court*, che non può essere scavalcato dal giudice dell'esecuzione (ma su questo specifico aspetto si tornerà tra brevissimo).

Tale principio rappresenta una novità non da poco per l'ordinamento giuridico italiano, in quanto determina, almeno all'apparenza, il superamento – in materia di clausole abusive inserite nei contratti tra imprese e consumatori – del consolidato orientamento giurisprudenziale per cui *"nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata può essere fondata su vizi di formazione del provvedimento solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, atteso che gli altri vizi e le ragioni della ingiustizia della decisione possono essere fatti valere, ove ancora possibile, solo nel corso del processo in cui il titolo è stato emesso, spettando la cognizione di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto (o sta avendo) pieno sviluppo ed è stata (o è tuttora) in esame"* (così, Cass., ordinanza 18 febbraio 2015, n. 3277; conformi, *ex multis*, Cass., sentenza 14 febbraio 2013 n. 3667; e Cass., sentenza 23 marzo 1999 n. 2742).

La novità giurisprudenziale in parola, per quanto qui rileva, determinerà anche in Italia la possibilità per molti debitori-consumatori, che pure non abbiano validamente contestato in giudizio il decreto ingiuntivo chiesto e ottenuto dall'istituto creditore nei loro confronti, di contestare per la prima volta nel corso della procedura esecutiva – nell'ambito della quale l'istituto tenta di escutere il proprio credito cristallizzato nel detto decreto ingiuntivo – la validità del contratto sulla cui base il decreto stesso è stato ottenuto sempre che l'asserita invalidità derivi dall'applicazione della direttiva europea in tema di clausole abusive nei contratti dei consumatore.

4. Una interessante recente decisione del Tribunale di Napoli

In Italia, la pronuncia della CGUE del 17 maggio 2022, emessa nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha trovato una prima applicazione con la sentenza del Tribunale di Napoli del 4 giugno 2022 (Est. Fiengo). Tale provvedimento è molto interessante nella misura in cui lueggia un limite ulteriore di portata generale al potere/dovere del giudice dell'esecuzione di superare la *"preclusione pro iudicato"*.

In particolare, richiamando una pronuncia della CGUE del 2020¹², il Tribunale di Napoli, nella citata sentenza, rimarca il limite dell'oggetto della controversia per cui: *“non ogni clausola contrattuale la cui mancata abusività sia stata valutata in sede monitoria in assenza di qualsiasi motivazione potrà essere (ri)esaminata (nonostante la irretrattabilità della decisione) per effetto di un rimedio processuale esercitato dal consumatore o di una (doverosa) iniziativa officiosa del giudice”*. E ciò in quanto, come per l'appunto chiarito già dalla CGUE nel 2020, *“L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di un ricorso proposto da un consumatore e volto a far accertare il carattere abusivo di talune clausole contenute in un contratto che quest'ultimo ha concluso con un professionista, non è tenuto ad esaminare d'ufficio e individualmente l'insieme delle altre clausole contrattuali, che non sono state impugnate da tale consumatore, al fine di verificare se esse possano essere considerate abusive, ma solo quelle che sono connesse all'oggetto della controversia, come delimitato dalle parti, non appena disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tale scopo, completati eventualmente da misure istruttorie”*.

In vero, tale principio non appare affatto pacifico nella giurisprudenza europea, anche della CGUE, ma non è dato in questa sede approfondire ulteriormente il tema.

Dunque, alla luce di quanto sin qui detto, e ferma l'incertezza giurisprudenziale appena cennata, sembra potersi ritenere che il giudice dell'esecuzione potrà superare il limite del giudicato implicito che si sarà formato sul decreto ingiuntivo e/o sul contratto sottostante solo su iniziativa del consumatore volta ad ottenere un vaglio circa l'invalidità delle singole clausole contrattuali ai sensi della direttiva in tema di clausole abusive nei contratti del consumatore, in mancanza non potendo il giudice svolgere tale accertamento. Del resto, è la stessa sentenza della CGUE del 17 maggio 2022 a ricordare che essa ha già ritenuto che *“il rispetto del principio dell'effettività non può supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato (sentenza del 1° ottobre 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, punto 62)”*.

5. Un consiglio (finale) per gli avvocati

Per completare il ragionamento, occorre svolgere un'ultima considerazione.

Come sopra cennato, la CGUE, nella sentenza del 17 maggio 2022 emessa nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, come anticipato, afferma che il giudice dell'esecuzione può sindacare la invalidità delle clausole contrattuali derivante dalla violazione della direttiva sulle clausole abusive del contratto del consumatore solo se non risulta che il giudice che ha emesso il provvedimento azionato nella procedura esecutiva ha svolto accerta-

¹² CGUE 11 marzo 2020, C-511/17, Gyorgyné.

menti a riguardo, e dunque se (per l'appunto, proprio in ragione di ciò) si è formato un giudicato implicito sulla validità del contratto a base del provvedimento azionato.

Sulla rilevante questione illuminante risultano i punti 65 e 66 della sentenza in parola, laddove si afferma che *“una normativa secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base del decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore contro il quale il debitore non ha proposto opposizione”*.

Se ne ricava che quando il decreto ingiuntivo, o il diverso provvedimento giudiziario, posto a fondamento dell'esecuzione contenga elementi testuali che consentono di ritenere che il giudice che lo ha emesso abbia svolto la prescritta verifica sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base del provvedimento stesso, il giudice dell'esecuzione non potrà svolgere nuovamente tale verifica perché su quel provvedimento non opposto, e sul relativo contratto, è sopravvenuto il giudicato, non implicito, ma esplicito, il che, per l'appunto, impedisce il riesame al giudice dell'esecuzione.

Lo stesso principio è stato affermato dalla CGUE nella sentenza emessa, sempre il 17 maggio 2022, nella causa C-600/19 (Ibercaja Banco), nei seguenti termini: *“il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale che, a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata e della preclusione, non consente né al giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di clausole contrattuali nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria né al consumatore, dopo la scadenza del termine per proporre opposizione, di far valere il carattere abusivo di tali clausole in tale procedimento o in un successivo procedimento di cognizione, quando dette clausole siano state oggetto di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, ma la decisione giurisdizionale che autorizza l'esecuzione ipotecaria non comporti alcun motivo, nemmeno sommario, che dia atto della sussistenza di tale esame né indichi che la valutazione effettuata dal giudice di cui trattasi in esito a detto esame non potrà più essere rimessa in discussione in assenza di opposizione nel termine citato”*.

In relazione a quanto appena acclarato, potrebbe risultare opportuno che gli avvocati, se interessati all'emissione di decreti ingiuntivi idonei a sottrarsi all'incertezza derivante dal pronunciamento della CGUE in esame, e quindi se intenzionati a impedire ai clienti-debitori di contestare per la prima volta nel corso del processo di esecuzione la validità dei contratti per violazione della direttiva 93/13/CEE, diano evidenza, anche documentale, fin dal ricorso per decreto ingiuntivo, della non abusività di clausole del contratto che fonda la pretesa creditoria. Costituisce, infatti, orientamento consolidato della nostra Corte di Cassazione quello per cui: *“il titolo esecutivo giudiziale, ai sensi dell'art. 474, secondo comma, n. 1, cod. proc. civ., non si identifica, né si esaurisce, nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da seguire, essendo consentita l'interpretazione extratestuale*

del provvedimento, sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato”¹³. Tale orientamento dà rilievo a tutti gli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui il giudicato si è formato, ivi compresa evidentemente anche l’istanza monitoria depositata per azionare il credito impagato.

Pertanto, proprio attraverso tale istanza il difensore del creditore potrà dare evidenza, anche documentale, della non abusività delle clausole del contratto che fonda il credito, sicché il suddetto atto processuale introduttivo, unitamente al decreto ingiuntivo non opposto, offriranno nel successivo processo di esecuzione le motivazioni necessarie a sostenere che nessuna violazione della tutela consumeristica sia stata perpetrata a danno del debitore esecutato in quanto il giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo ha valutato la validità del contratto rispetto a quanto stabilità dalla direttiva 93/13/CE.

ABSTRACT

Secondo l'Autore, le quattro sentenze del 17 maggio 2022 della Corte di Giustizia UE – in tema di tutela consumeristica e potere/dovere dei giudici dell'esecuzione di sindacare la nullità di clausole contrattuali abusive malgrado il decreto ingiuntivo a fondamento dell'esecuzione non sia stato opposto – rischiano di determinare grande confusione e incertezza operativa nell'ordinamento giuridico italiano. Tale eventualità è senz'altro da scongiurare. Pertanto, è necessario circoscrivere l'applicazione del principio, interpretandolo in modo coerente con il sistema processuale nazionale. Ciò è quanto l'Autore si propone di fare in questo saggio.

According to the Author, the four EU Court of Justice decisions of 17th May 2022 – in matter of consumer protection and executing courts' power/duty to declare the nullity of unfair terms, although the injunctive decree on the basis of the execution has not been opposed – risk causing great confusion and operational uncertainty in the Italian legal system. This should be avoided. It is therefore necessary to limit the application of the principle by interpreting it in a manner consistent with the national procedural system. This is what the Author proposes to do in this essay.

¹³ Cass., SU 5633/2022, conforme a Cass. 26935/2020, Cass. 26567/2016, Cass. n. 19641/2015, Cass., SU 11066/2012.



Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore



Andrea Maria Garofalo

SOMMARIO: **1.** La Corte di Giustizia e la creazione di un “diritto processuale consumeristico” per principi. – **2.** Banco di Desio: i poteri del giudice del monitorio e la formazione della preclusione da decreto ingiuntivo non opposto. – **3.** Le ricadute su altre forme di nullità: il regime delle nullità per ragioni diverse dalla vessatorietà. – **4.** Le ricadute su altri procedimenti: a) la formazione del giudicato nel procedimento di cognizione e nel procedimento di convalida di sfratto. – **5.** b) la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e la sua sospensione; la sospensione dell’esecuzione fondata su un titolo stragiudiziale. – **6.** Verso un processo per *status*?

1. La Corte di Giustizia e la creazione di un “diritto processuale consumeristico” per principi

Con una recente sentenza¹, nel prosieguo denominata solo “Banco di Desio”, pronunciata nell’ambito di due procedimenti riuniti e contestualmente ad altre tre decisioni anch’esse di notevole importanza², la Corte di Giustizia, interpellata da un duplice rinvio del Giudice dell’esecuzione del Tribunale di Milano, ha stabilito che il giudice di un procedimento monitorio deve passare in rassegna il contratto su cui si fonda la pretesa di un professionista contro un consumatore, al fine di rilevare eventuali clausole vessatorie e

¹ Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, cause C-639/19 e C-831/19, *Banco di Desio*. Questa, come tutte le sentenze della Corte di Giustizia che verranno citate, possono essere reperite sul sito curia.europa.eu.

² Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing Romania*.

che, se ciò non avviene (o se il giudice non ne dà atto nel decreto ingiuntivo emesso), non si forma alcun giudicato sulla non-nullità delle clausole contrattuali, sicché la questione può riemergere anche in sede esecutiva e perfino dopo l'avvenuta esecuzione forzata.

La decisione, già oggetto di numerosi commenti³, è stata definita di “portata rivoluzionaria”⁴: il che, se è vero con riferimento al nostro sistema e, in particolare, alla sua quotidiana applicazione da parte dei nostri giudici, non è altrettanto vero con riguardo al diritto europeo. Banco di Desio, infatti, si inserisce in un nutrito novero di prece-

³ V., a mero titolo d'esempio, FEBBI, *La Corte di Giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in *judicium*, 2022; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, *ivi*; R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, *ivi*, 2023; D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C- 869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, *ivi*; CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ivi*, 2126 ss.; DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in *giustiziainsieme*, 2022; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, in *questionegiustizia*, 2023; BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. banc.*; BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Pactum*, 17 ottobre 2022; RUOTOLO, *L'impatto del diritto “europeo” sul giudicato interno: una lettura EU-oriented di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale*, in *SIDIBlog*, 2022; FERRAGUTO, *Clausole abusive nei contratti con i consumatori: oltre il giudicato implicito*, in *dirittobancario.it*; MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in *giustiziacivile.com*, 2022; TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, in *altalex*, 2022; ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile?*, in *eurojus*, 2022. Su riflessi specifici, inerenti all'adattamento dell'ordinamento italiano a Banco di Desio, v. PARISI, *Brevi note sui rapporti tra “esecuzione” e “accertamento” alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. es. forz.*, 2022; CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Riv. es. forz.*, 2022; DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di Giustizia dell'U.E.*, in *giustiziainsieme*, 2023; FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *questionegiustizia.it*, 2023; SOLDI e CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *judicium*, 2023. Prima ancora dell'emanazione della sentenza v., sui rinvii pregiudiziali e sulle conclusioni dell'Avvocato Generale, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *NLCC*, 2020, 1265 ss.; EAD., *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, in *Giur. it.*, 2022, 541 ss.; CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, in *juscivile*, 2022, 395 ss. Si consenta anche il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalla clausole vessatorie*, in corso di pubblicazione in *NGCC*.

⁴ Cfr., *ex multis*, P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio*, *cit.*

denti della Corte di Giustizia che hanno riletto la direttiva 93/13/CEE (il testo fondamentale in tema di tutela dei consumatori, volto a proteggerli dall'inserimento di clausole vessatorie nei contratti) e che, anche e soprattutto alla luce del principio di effettività della tutela⁵, ne hanno fatto discendere l'euroincompatibilità di diverse discipline processuali interne.

Questi precedenti – inerenti non solo al tema, tradizionale, della rilevanza d'ufficio della nullità da vessatorietà⁶, ma più in generale ai poteri istruttori del giudice⁷, ai vincoli da giudicato e alle preclusioni a questi assimilabili⁸, all'efficacia esecutiva di provvedimenti non definitivi e alla possibilità di ottenerne la sospensione⁹ – hanno condotto alla creazione di un vero e proprio “diritto processuale consumeristico” di derivazione europea¹⁰: il quale, essendo composto da una serie di decisioni relative a sistemi processuali tra loro eterogenei, non è affatto di semplice ricostruzione.

È compito dell'interprete trarre dai dispositivi delle diverse decisioni altrettanti principi, il cui incrocio va a costituire la tessitura di questo “diritto processuale consumeristico”¹¹ europeo. Compito assai complesso, non solo perché la stratificazione dei precedenti consta già ora di un numero assai ampio di decisioni, ma anche e soprattutto perché la corretta lettura degli arresti impone di conoscere le specificità del sistema nazionale a cui essi si riferiscono (tenendo però al contempo conto del fatto che la Corte di Giustizia decide a partire dalla descrizione del sistema nazionale che ne fa il

⁵ Su cui v. già Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*; Corte Giust. CE, 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*; e, con più specifico riferimento al diritto dei consumatori, le decisioni Banco Español, Addiko e Kancelaria Medius, di cui oltre si dirà. V. pure i saggi raccolti in AA.VV., *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di IAMICELI, Napoli, 2020.

⁶ Tra tutte v. Corte Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*; Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español*; Corte Giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*; Corte Giust. UE, 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska c. M.W.*; Corte Giust. UE, 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner*.

⁷ Così, tra tante, Corte Giust. UE, 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; Corte Giust. UE, 7 novembre 2019, cause C-419/18 e C-483/18, *Profi Credit Polska c. O.H.*; Corte Giust. UE, 4 giugno 2020, causa C-495/19, *Kancelaria Medius*. V. pure, Corte Giust. UE, 19 dicembre 2019, cause C-453/18 e C-494/18, *Bondora*, relativa al procedimento europeo di ingiunzione di pagamento.

⁸ V. in particolare Corte Giust. CE, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*; Corte Giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*; Corte Giust. UE, 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*; Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, causa C-421/14, *Banco Primus*; Corte Giust. UE, 20 settembre 2018, causa C-448/17, *Danko*. V. anche le già citate Ibercaja e Unicaja.

⁹ Cfr. specialmente Corte Giust. UE, 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Aziz*; Corte Giust. UE, 26 giugno 2019, causa C-407/18, *Addiko*. V. anche la già menzionata Impuls Leasing Romania.

¹⁰ In dottrina si è parlato di «una armonizzazione delle regole processuali che la Corte conduce per principi»: così CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione*, cit., 2121, con richiamo pure di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1282 s.

¹¹ Cfr. ZENO-ZENCOVICH e PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009; ZENO-ZENCOVICH e PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori*, 2009, II, 251 ss.

giudice rimettente¹²) e richiede di comprendere l'esatta portata della regola di diritto stabilita (ossia, di capire quale o quali elementi, tra quelli oggetto di sindacato, rendano la norma nazionale euroincompatibile¹³).

Lo scopo che si intende qui perseguire è proprio quello di verificare, pur con tutte le difficoltà che inevitabilmente si pongono, quali siano i riflessi di questo "diritto processuale consumeristico" sul sistema italiano. Oggetto dell'attenzione non sarà tanto Banco di Desio, di cui comunque sarà necessario ricordare il tenore, la *ratio* e le conseguenze sul diritto processuale italiano, ma piuttosto tutto ciò che sta "oltre" Banco di Desio: ossia tutti gli altri riflessi della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore sul diritto processuale italiano (riflessi che vanno, per l'appunto, oltre la regola espressamente posta da Banco di Desio).

Una simile analisi potrà condurre a ritenere perfettamente compatibile con il diritto europeo la disciplina processuale italiana oppure potrà farne apparire taluni profili di disallineamento, suggerendo la disapplicazione di talune regole (o addirittura di alcuni istituti) o, come forse il formalismo e l'esigenza di certezza insiti nella materia processuale richiedono, permettendo per lo meno di individuare alcune possibili questioni da sottoporre, tramite rinvio pregiudiziale, al Giudice europeo. La verifica, in particolare, riguarderà i temi della conformità ai principi europei del vincolo da giudicato e della conformità, sempre ai principi europei, di altri tratti di disciplina del rito monitorio e dell'esecuzione forzata (quali, in particolare, quelli relativi alla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e alla sua sospensione o alla sospensione dell'esecuzione forzata).

Ma andare "oltre" Banco di Desio vuol dire anche chiedersi fino a che punto il regime fissato da questa sentenza vada applicato anche a nullità diverse da quelle derivanti dalla vessatorietà di una clausola contrattuale: ossia, domandarsi se l'inserimento della regola europea nel sistema italiano porti con sé effetti ulteriori, relativi anche ad altre nullità, o meno. È evidente che la diversa risposta che può fornirsi alla domanda rende ora assai più dirompente la portata della sentenza nell'ordinamento italiano, ora meno sconvolgente. E, anche sotto questo profilo, è palese la delicatezza dei quesiti che si pongono e la loro rilevanza teorica e pratica.

¹² V. da ultimo il caso *Addiko*, § 52.

¹³ Il che spesso è assai difficile, perché la Corte di Giustizia il più delle volte si limita a enunciare l'euroincompatibilità di una regola e non specifica cosa la renderebbe eurocompatibile (fermo restando che l'esatto incastro tra precedenti è ulteriormente complicato dal fatto che essi si riferiscono a sistemi giuridici diversi e per ciò stesso eterogenei). Senza dire che in taluni casi a vacillare è la stessa *consistency* della giurisprudenza europea.

2. Banco di Desio: i poteri del giudice del monitorio e la formazione della preclusione da decreto ingiuntivo non opposto

Non è, però, possibile sciogliere gli interrogativi poc'anzi menzionati, senza aver prima – lo si è anticipato – ricordato il tenore, la *ratio* e le conseguenze sul diritto processuale italiano di Banco di Desio. Vi si procederà, comunque, in modo sintetico, rinviandosi per un maggior livello di approfondimento agli altri contributi dedicati al tema e pubblicati negli ultimi mesi¹⁴.

Secondo la Corte di Giustizia, il giudice del monitorio – ossia il giudice chiamato a emettere un decreto ingiuntivo, su ricorso di un creditore insoddisfatto e in forza di un procedimento *inaudita altera parte* – deve compiere uno scrutinio del contratto su cui il creditore fonda la sua o le sue pretese, onde verificare l'assenza di clausole vessatorie.

Questo scrutinio, a dire il vero, non comporta uno stravolgimento del nostro sistema: anzi, poteva dirsi già implicito nello stesso, soprattutto se si tiene conto, da un lato, del principio espresso dalla nostra Corte costituzionale, secondo cui il giudice del monitorio deve rilevare la sua incompetenza per territorio e su questa base rigettare il ricorso (nonostante si tratti di un'eccezione in senso stretto), e, da un altro lato, dell'obbligo – stabilito dalla Corte di Giustizia – per il giudice di rilevare la vessatorietà di una clausola e di dichiararla tale salvo opposizione del debitore (opposizione che nel caso di specie non potrà mai esistere).

Parimenti, il codice di procedura civile, oltre a non attribuire conseguenze troppo profonde al rigetto del ricorso (poiché la domanda potrà sempre essere riproposta), attribuisce già al giudice del monitorio appositi poteri volti a domandare al creditore istante chiarimenti e supplementi istruttori (cfr. l'art. 640 c.p.c.), tanto più necessari se si tiene a mente che il decreto ingiuntivo viene rilasciato sulla base di prove (monitorie) assai semplificate, che talvolta non sarebbero nemmeno sufficienti a fondare la pretesa nell'ambito di un giudizio ordinario.

Ciò non toglie che il sindacato del giudice, quantunque sia sempre in astratto possibile e benché in concreto possa essere viepiù approfondito, non potrà mai venire paragonato a quello di un rito ordinario (anche se semplificato) e, soprattutto, alle garanzie di scrutinio e di contraddittorio derivanti dall'adozione di un simile rito: il che si riflette, inevitabilmente, sugli elementi che debbono sussistere affinché l'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo divenga definitivo.

A tal riguardo, il sistema processuale italiano prevede in linea generale l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo non opposto (che, come tale, può essere dichiarato esecutivo, se prima non lo era), semmai risultando incerto il tipo di definitività (secondo taluno si tratterebbe di un vero e proprio vincolo da giudicato; secondo altri di una semplice

¹⁴ Si esporrà qui, in sintesi, quanto più ampiamente argomentato in A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo*, cit., cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

preclusione *pro iudicato*¹⁵). Nel caso di decreto ingiuntivo richiesto da un professionista contro un consumatore e fondato su un rapporto contrattuale la Corte di Giustizia richiede qualcosa in più affinché il decreto ingiuntivo non opposto diventi definitivo: per la precisione, che l'accertamento sulla non abusività delle clausole sia svolto in forma espressa e motivata e che dello stesso sia portato a conoscenza il consumatore, affinché possa decidere se opporsi al decreto ingiuntivo¹⁶.

La *ratio* di questo *surplus* di elementi necessari per la definitività del decreto ingiuntivo sta, da un lato, nel fatto che in mancanza di una motivazione non si può acquisire certezza dell'avvenuto scrutinio del giudice, stante la specialità e la sommarietà del giudizio, e, da un altro lato, nella circostanza che all'assenza di un vero e proprio contraddittorio si può supplire solo se si consente al consumatore di sapere per quali ragioni il giudice non ha dichiarato vessatoria una certa clausola (solo in tal modo, infatti, egli può valutare l'opportunità di un'opposizione, in seno alla quale valorizzare argomenti giuridici e sottoporre elementi fattuali diversi e ulteriori rispetto a quelli che il giudice del monitorio, la cui cognizione è pur sempre parziaria, ha considerato¹⁷).

Proprio questa *ratio*, peraltro, impone di ritenere che il vincolo di definitività del decreto ingiuntivo si formi solo sulle clausole espressamente passate in rassegna dal giu-

¹⁵ Nel primo senso GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 5 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*²⁰, III, Torino, 2009, 56 ss. (come pure la giurisprudenza assolutamente dominante: v. da ultimo Cass., 12 maggio 2021, n. 12671, in *dejure*); nel secondo REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 26 s.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 113 ss.; e su questi profili v., di recente, CAPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *judicium*, 2023. La differenza tra le due tesi non è di grande importanza ai nostri fini: da essa discende solo che, accettando la tesi del giudicato vero e proprio, sulla questione di nullità si forma un vero e proprio giudicato implicito, rilevante anche in successivi giudizi volti ad attivare altre pretese derivanti dal contratto potenzialmente contenente clausole vessatorie; seguendo l'altra tesi, invece, a formarsi è soltanto una preclusione sulla (sola) pretesa oggetto del procedimento monitorio.

¹⁶ La preclusione viene quindi fatta derivare da tre elementi, l'uno conseguente all'altro: non solo la decisione sulla vessatorietà e la motivazione sulla stessa, ma anche l'informazione del consumatore circa la decisione e la motivazione (in funzione di una sua possibile opposizione). Quest'ultimo principio, tuttavia, non è posto da Banco di Desio: lo si ricava – indirettamente, ma inevitabilmente – da un'altra delle sentenze del 17 maggio 2022, ossia Ibercaja, secondo la quale la preclusione derivante dalla mancata tempestiva opposizione a un procedimento esecutivo, formatasi a valle di uno scrutinio d'ufficio della vessatorietà delle clausole contrattuali, richiede tra l'altro, dal punto di vista del diritto eurounitario, che lo scrutinio sia almeno sommariamente motivato e il consumatore ne sia stato reso edotto, onde valutarne un'eventuale impugnazione (si tratta, quindi, di un caso differente, ma sostanzialmente analogo quanto a istanze di tutela espresse, al fondo del quale opera una *ratio* in tutto e per tutto corrispondente a quella alla base di Banco di Desio: sicché l'onere informativo posto da Ibercaja può essere perfettamente trasposto al caso di cui a Banco di Desio).

¹⁷ Del resto il giudice del monitorio, quand'anche disponga di poteri officiosi, non può supplire per intero all'assenza del consumatore, il quale potrebbe, in particolare, essere a conoscenza di elementi di fatto difficilmente accessibili al giudice.

dice e solo per le ragioni di vessatorietà rispetto a cui il giudice ha, per quanto succintamente, fornito una motivazione. Non sarebbe quindi sufficiente un elenco delle clausole scrutinate, nemmeno se analitico; ma non è nemmeno richiesta una motivazione eccessivamente ampia¹⁸.

Qualora il decreto ingiuntivo non sia stato opposto, ma non ricorrano nemmeno gli estremi perché esso diventi definitivo, il giudicato o la preclusione *pro iudicato* non possono formarsi. Non è affatto chiaro quali siano i rimedi di diritto interno a disposizione del consumatore che si trovi coinvolto in un'esecuzione forzata iniziata sulla base del decreto ingiuntivo¹⁹. Già varie tesi sono emerse: vi è chi richiama l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo²⁰; chi la revocazione straordinaria contro il decreto²¹; chi un'ordinaria azione di nullità, con la facoltà per il debitore di conseguire in via cautelare la sospensione dell'esecuzione²²; chi l'opposizione all'esecuzione²³; chi, ancora, il potere del giudice dell'esecuzione di dichiarare improcedibile il procedimento per carenza di un titolo ese-

¹⁸ Dottrina e giurisprudenza, in realtà, oscillano tra il richiedere una motivazione (a sua volta, più o meno estesa) oppure la sola inclusione, nel decreto ingiuntivo, di una "formula di chiusura", che tra l'altro indichi genericamente al consumatore l'avvenuto svolgimento dello scrutinio relativo alla non-vessatorietà delle clausole contrattuali (in questo secondo senso v. la requisitoria della Procura Generale della Corte di Cassazione del 5 luglio 2022, in *Giur. it.*, 2022, 2116, nonché D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit., e CECCARELLI, *La tenuta*, cit., 425 s.; nel primo, invece, si è espresso chi scrive in A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo*, cit., ritenendo necessaria, alla luce della *ratio* del principio posto alla base di Banco di Desio, una motivazione – per quanto succinta, come indicato da Ibercaja – sulle singole ragioni di vessatorietà che possono affliggere le singole clausole).

¹⁹ Peraltro, anche a valle dell'esecuzione va consentito al debitore di esperire un rimedio contro il creditore che ha ottenuto (in tutto o in parte) soddisfazione grazie al giudizio esecutivo. In particolare, si è ipotizzato che il debitore possa agire con un rimedio restitutorio o risarcitorio (tesi, quest'ultima, che permetterebbe di far valere una sorta di responsabilità *ex art. 96*, comma 2, c.p.c. anche a prescindere dalla colpa del creditore e anche al di fuori dell'esecuzione forzata o delle parentesi di cognizione sorte nell'ambito della stessa). Cfr. FERRAGUTO, *Clausole abusive*, cit.; CRIVELLI, *Appunti*, cit., 727.

²⁰ CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, 487; CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo*, cit., 2124 (che parla, per l'esattezza, di una «sorta di remissione in termini» a favore del consumatore); R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit.

²¹ Così, seppur dubitativamente, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo*, cit., 2124.

²² In tal senso la già citata requisitoria della Procura Generale della Corte di Cassazione del 5 luglio 2022, ribadita (a seguito della remissione della questione alle Sezioni Unite) nelle conclusioni di data 30 gennaio 2023, a quanto consta inedite.

²³ Assimilando il decreto ingiuntivo non opposto, e non definitivo per la mancanza di una motivazione sull'assenza di vessatorietà, a un titolo esecutivo stragiudiziale: così SOLDI e CAPPONI, *Consumatore*, cit.

cutivo²⁴. Della soluzione di questo specifico profilo, peraltro, sono state incaricate *ex art. 363 c.p.c.* le Sezioni Unite della Cassazione²⁵.

Le tesi non sono solo tecnicamente diverse: esse risentono in forme differenti del tentativo – per l'appunto, più o meno audace e radicale – di limitare la portata destabilizzante, rispetto al sistema, del *dictum* della Corte di Giustizia. Sennonché, per quanto si voglia circoscrivere il principio di diritto espresso in sede eurounitaria, non può negarsi che secondo la Corte di Giustizia il giudice dell'esecuzione deve poter verificare la vessatorietà delle clausole del contratto: il che impone, a rigore, di ritenere che costui non possa limitarsi a suggerire un rimedio giuridico volto a far cadere il decreto ingiuntivo, ma di per sé debba avere il potere di bloccare l'esecuzione²⁶.

Detto in altri termini: a prescindere dalla soluzione verso cui si indirizzerà la prassi (che verrà orientata soprattutto dall'imminente decisione delle Sezioni Unite), v'è da dire

²⁴ M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127; BACCAGLINI, *Nullità*, cit.; con qualche peculiarità (ad esempio, sostenendo che in caso di opposizione all'esecuzione sia possibile chiedere un accertamento pure della vessatorietà delle clausole) FIENGO, *Il decreto*, cit. A voler seguire questa tesi, è pure possibile ritenere che l'esecutato abbia facoltà di sollecitare il potere del giudice dell'esecuzione *ex art. 486 c.p.c.* o anche *ex art. 615 c.p.c.* e che al consumatore sia consentito, al di fuori dell'esecuzione, di agire per chiedere che venga dichiarata una volta per tutte la nullità del decreto ingiuntivo (e, a monte, delle clausole abusive del contratto).

²⁵ Quanto ai giudici di merito, Trib. Napoli, 4 giugno 2022, in *dirittobancario.it*, ha assegnato al creditore una somma minore di quella indicata nel titolo esecutivo, stante la rilevata vessatorietà della clausola relativa agli interessi moratori: e vi ha provveduto non già *ex art. 624 c.p.c.*, in mancanza di una tale istanza, ma, evidentemente, in virtù dell'assenza parziale di un titolo esecutivo; Trib. Milano, 9 gennaio 2023, in *ilcaso.it*, in un caso di opposizione a decreto ingiuntivo proposta (presumibilmente per errore) oltre il termine, ha ritenuto, impregiudicata la questione sul "rimedio" a disposizione del consumatore in casi del genere (di per sé affidata «alla Corte di legittimità in sede nomofilattica, ovvero alla dottrina o anche al legislatore»), di dichiarare nullo il decreto ingiuntivo emesso sulla base di una clausola, vessatoria, di deroga alla competenza; Trib. Udine, 11 agosto 2022, in *ilprocessocivile.it*, ha rigettato un reclamo formulato ai sensi dell'art. 624, comma 2, c.p.c. contro un'ordinanza di sospensione di un'esecuzione pronunciata a seguito di opposizione all'esecuzione e fondata sulla vessatorietà di una clausola di deroga all'art. 1957 c.c.

²⁶ La tutela del consumatore deve quindi poter essere somministrata dal giudice dell'esecuzione: il che fa propendere per l'ultima delle cinque tesi poc'anzi enunciate nel testo. È, invece, poco convincente quanto si legge nelle conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, già menzionate, stando alle quali il riferimento in Banco di Desio a un potere-dovere del giudice dell'esecuzione non potrebbe vincolare l'interprete italiano in virtù del principio di "autonomia processuale". In realtà, il richiamo di tale potere-dovere in Banco di Desio era funzionale a declinare il principio di effettività della tutela, che sarebbe – secondo la Corte di Giustizia – lesa ove il giudice dell'esecuzione si limitasse a suggerire al consumatore un rimedio esterno rispetto al giudizio esecutivo, evidentemente addossandogli costi (in termini di tempo e di spese) non irrilevanti e altrimenti evitabili. V. pure, in questo senso, FIENGO, *Il decreto*, cit.; *contra*, invece, R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit., secondo cui l'intervento del giudice ha la sola funzione «di colmare il deficit informativo del consumatore in ordine alle proprie facoltà difensive»: ciò che, pur essendo assai condivisibile da un punto di vista astratto, non pare interamente rispettoso dei principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

che il rispetto di Banco di Desio – e degli altri precedenti – richiede a rigore che il giudice dell'esecuzione possa (e debba, ove emerga un “dubbio” a tal riguardo²⁷) occuparsi della questione di vessatorietà e delle conseguenze del suo mancato rilievo da parte del giudice del monitorio, senza potersi limitare a suggerire un certo rimedio al consumatore. Principio che, salvo voler ricorrere alla teoria dei “controlimiti”²⁸, vincola tanto il legislatore, quanto l'interprete del sistema italiano, e al quale – pur con tutte le riserve del caso – si presterà ossequio anche in questo contributo.

3. Le ricadute su altre forme di nullità: il regime delle nullità per ragioni diverse dalla vessatorietà

In Banco di Desio l'attenzione della Corte di Giustizia si è appuntata – e non poteva che essere così – sulla disciplina fornita dalla dir. 93/13/CEE: tuttavia, qualsiasi sia la tesi che si voglia seguire circa l'interferenza tra diritto interno e diritto eurounitario, gioco-forza ci si deve chiedere se il principio di diritto espresso dalla Corte non debba applicarsi, in sede nazionale, anche ad altre ipotesi²⁹. D'altro canto, a voler ritenere diversamente verrebbe leso l'art. 3 Cost., che impone di non trattare in modo differenti situazioni analoghe, ove ciò non sia giustificato in modo sostanziale (e la fonte – interna o eurounitaria – di una norma non è, per l'appunto, una giustificazione sufficiente).

L'interrogativo che così si apre non è banale: v'è da domandarsi, in sintesi, per quali nullità valga il nuovo – chiamiamolo così – regime monitorio (oltre, beninteso, alle nullità da vessatorietà). Il punto è che l'ordinamento pullula oggi di nullità di protezione, a tutela del consumatore o dell'imprenditore debole, e che comunque vi sono numerose previsioni di nullità *tout court* volte a sanzionare condotte dal disvalore ancora maggiore

²⁷ Di esame d'ufficio obbligatorio parla il § 65 di Banco di Desio (v. a tal riguardo D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit.); e di “dubbi” o “seri dubbi”, come fonte del potere istruttorio officioso del giudice diretto a consentire la valutazione di vessatorietà delle clausole di un contratto, parlano Profi Credit Polska c. O.H. e Kancelaria Medius. Non è chiaro, peraltro, cosa voglia dire “dubbio”: se sia sufficiente accorgersi che lo scrutinio non è stato affatto compiuto; se si debba addirittura indagare circa il compimento di un simile sindacato; se tutto al contrario serva che si palesi fin da subito la probabile vessatorietà di una delle clausole del contratto posto alla base del decreto ingiuntivo.

²⁸ Di assai difficile applicazione al caso di specie: quantunque si debba ammettere che la Corte di Giustizia stia finendo per tutelare in modo anche troppo incisivo il consumatore, non sembra che sia possibile invocare i controlimiti interni (a tal riguardo si vedano le ragioni richiamate da SCODITTI, *Quando il diritto*, cit.; e sul punto cfr. pure DE STEFANO, *Le sentenze*, cit.).

²⁹ Quesito evocato anche dalle conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, ove viene però soprattutto declinato con riferimento alle incertezze sull'ampiezza, e alle possibili estensioni in via legislativa, della nozione di consumatore. L'interrogativo è sollevato anche da CAPORUSSO, nelle ultime righe del contributo pubblicato in questo fascicolo.

(si pensi, ad esempio, all'usura), per le quali non è chiaro se debba applicarsi il nuovo principio di diritto sancito da Banco di Desio.

Procediamo, però, con ordine, partendo dalla nullità da vessatorietà, onde meglio indagarla (anche alla luce della *ratio* di protezione).

La Corte di Giustizia si è occupata negli ultimi anni di tracciare uno statuto della nullità (di protezione) derivante da vessatorietà, così sancendo, tra l'altro, che essa sia necessariamente rilevabile d'ufficio³⁰; che la rilevabilità d'ufficio o l'eccepibilità da parte del consumatore della nullità non siano soggette a un termine di decadenza (quand'anche non breve o brevissimo)³¹; che in caso di rilevazione d'ufficio il giudice disapplichì la clausola, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga³² (fermo restando che il giudice stesso deve informare le parti della rilevazione e invitarle a discutere in contraddittorio nelle forme previste dalle norme nazionali³³). Inoltre, la Corte ha tratteggiato anche talune regole relative a quella che nella dottrina di lingua italiana si è definita post-vessatorietà³⁴, con espressione che vuole raccogliere l'insieme delle conseguenze giuridiche dell'avvenuta dichiarazione di vessatorietà. A tal riguardo si è stabilito (in estrema sintesi) che, dichiarata la vessatorietà, il giudice ne deve trarre "tutte le conseguenze"³⁵; che queste vanno ricondotte all'eliminazione della clausola, senza una sua riconduzione a equità o un'applicazione del diritto dispositivo³⁶; che solo allorché il venir meno della clausola tocchi l'oggetto del contratto e rischi di caducarlo per intero, con grave detrimento del consumatore, sia ammessa un'integrazione per mezzo del diritto dispositivo (ove esistente; viceversa, non resterà che tutelare il consumatore tramite la disciplina del risarcimento o delle restituzioni)³⁷.

³⁰ Così sin da Corte Giust. CE, 27 giugno 2000, cause da C-240/98 a C-244/98, *Océano*.

³¹ Cfr. Corte Giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*.

³² A partire dalla nota sentenza Pannon.

³³ V. anzitutto la sentenza Banif Plus Bank.

³⁴ Si vedano, a tal riguardo, i numerosi scritti dedicati al tema da S. PAGLIANTINI, alcuni raccolti in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020.

³⁵ Così già Asturcom, al § 58.

³⁶ Cfr. Banco Español, al § 64, con riferimento al considerando 21 della direttiva 93/13. E v. pure V. Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Dirk Fredrik*, § 60, sulla necessità di eliminare radicalmente, e non solo ridurre, la clausola penale abusiva, nonché Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause C-154/15 e C-307/15, *Gutiérrez Naranjo*, §§ 56 ss., sulla necessità di assicurare lo scopo di politica del diritto della direttiva, anche alla luce del suo considerando 24 e del suo art. 7, par. 1.

³⁷ Cfr., tra le numerosissime pronunce dedicate negli ultimi anni al tema (soprattutto con riferimento a casi di mutui con doppia indicizzazione), Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*; Corte Giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Dunai*; Corte Giust. UE, 26 marzo 2019, cause C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*; Corte Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*; Corte Giust. UE, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Marc Gómez del Moral*; Corte Giust. UE, 25 novembre 2020, causa C-269/19, *Banca B. SA*; Corte Giust. UE, 21 dicembre 2021, causa C-243/20, *Trapeza Peiraios AE*; Corte Giust. UE, 31 marzo 2022, causa C-472/20, *Lombard Pénzügyi*. V. anche le opinioni degli Avvocati Generali Pitruzzella, del 14 maggio 2019, nel caso *Dziubak*, e Micheal Collins, del 16 febbraio 2023, nella causa C-520/21, *Bank M. SA*. Nella letteratura di lingua italiana v. per

Il regime di vessatorietà e di post-vessatorietà così succintamente ricordato trae spunto da due caratteri fondamentali della nullità in parola: da un canto, essa è prevista per tutelare un soggetto debole, la cui inferiorità permane tale anche dopo la conclusione del contratto e rispetto a cui una tutela effettiva reclama un ruolo di forte ausilio da parte del giudice³⁸; da un altro canto, essa non è sancita solo per proteggere il singolo consumatore, ma piuttosto per tutelare tutta la classe dei consumatori e ancora più in generale per garantire il buon funzionamento del mercato³⁹. Per raggiungere tali obiettivi, come ha più volte ricordato la Corte, è tra l'altro necessario che le conseguenze della vessatorietà non siano solo compensative⁴⁰, ma in qualche misura eccedano la semplice protezione del singolo, caricandosi di un ruolo dissuasivo nei confronti del professionista (il che, nel lungo periodo, dovrebbe tradursi in un ruolo di conformazione del mercato)⁴¹.

Tornando al regime monitorio della nullità da vessatorietà, esso si giustifica proprio in forza dei due descritti elementi (o, comunque, tocca una nullità intimamente caratterizzata dal gioco reciproco di questi due tratti fondanti): da un lato, la necessità di tutelare la parte debole del rapporto, priva di esperienza e di informazione sufficiente, soprattutto dal rischio di una mancata opposizione tempestiva; da un altro lato, l'esigenza di reprimere la condotta del professionista e, per tale via, di conformare il mercato (escludendo che l'applicazione delle norme processuali possa consentire alla parte forte del rapporto di recuperare il suo ruolo di preminenza e, così, possa renderla di fatto esente – in tutto o in parte – dal controllo di vessatorietà)⁴².

tutti i saggi di PAGLIANTINI e di DELLACASA in questo fascicolo, nonché, *ex multis*, PALMIERI e PAGLIANTINI, *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 294 ss., e IAMICELI, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in corso di pubblicazione in *EuCML*.

³⁸ La Corte di Giustizia ha più volte ribadito che il consumatore deve contare sull'«intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale» (così sin Océano, § 26, e fino a Kancelaria Medius, § 35). Il che sottolinea l'esigenza di un forte «attivismo giudiziale».

³⁹ Di effetto dissuasivo e di obiettivo a lungo termine dell'art. 7 (corrispondente a una certa conformazione del mercato) parla Dirk Fredrik, al § 60. E v. pure Corte Giust. CE, 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, § 27.

⁴⁰ Che pure è un obiettivo da perseguire: si tratta, cioè, comunque di mettere il consumatore (verrebbe da aggiungere: «almeno») «nella situazione di fatto e di diritto in cui si sarebbe trovato senza clausola» (v. Gutiérrez Naranjo, §§ 56 s.).

⁴¹ L'effetto deterrente della direttiva non va, in altri termini, diminuito (cfr. ancora Gutiérrez Naranjo, §§ 56 s.).

⁴² Quantunque sia sufficiente, per raggiungere la conclusione di cui subito nel testo, ammettere che la nullità da vessatorietà ha alla sua base i due elementi indicati, si può ritenere che essi – come anticipato – siano anche giustificazione dello specifico regime «monitorio» di questa nullità. Del resto, nessuno dei due elementi, autonomamente considerato, sarebbe stato di per sé sufficiente a condurre la Corte a superare il principio del giudicato (o comunque della preclusione) da decreto ingiuntivo non opposto: l'effettività reclama sì un ruolo attivo del giudice, anche oltre i limiti delle norme processuali nazionali, ma non avrebbe avuto la forza, da sola, di conformare il rimedio sino a superare i limiti del giudicato; il *private enforcement*, di per sé, non avrebbe per-

Da quanto detto deriva che l'applicazione estensiva dei principi in tema di decreto ingiuntivo deve riguardare tutte le nullità che condividono con quella da vessatorietà i due connotati testé indicati, stante la comunanza della loro *ratio*. Il che è quanto, di regola, avviene con riferimento alle nullità di protezione: ma senza che vi sia necessariamente una corrispondenza biunivoca⁴³.

Da un lato, la necessità di tutela della parte debole, tipica delle nullità di protezione, può portare con sé lo statuto processuale tratteggiato dalla Corte di Giustizia soltanto quando sussista, in capo alla parte protetta, una debolezza altrettanto "processuale".

Ciò non richiede uno scrutinio particolare e specifico della situazione di fatto, ma piuttosto – trattandosi di disegnare, già in via astratta, la disciplina di una specifica nullità – impone che la *ratio* su cui poggia la singola causa di nullità formalizzi una normale debolezza della parte tutelata che, di per sé, implichi anche una sua vulnerabilità sul piano processuale.

Così, ad esempio, può ritenersi che avvenga in tutte le ipotesi di nullità di protezione relative al consumatore (quand'anche non attinenti al tema delle clausole vessatorie): nel qual caso la nullità di regola si fonda su un'inesperienza e una disinformazione della parte debole che ridonda anche in una vulnerabilità processuale. Con qualche maggior dubbio, questa conclusione potrebbe valere pure per il cliente nell'ambito di rapporti bancari o finanziari. Al contrario, in ipotesi di nullità B2b⁴⁴ il più delle volte la *ratio* dell'invalidità affonda, più che su un'inesperienza e una disinformazione tali da tradire una pericolosità dello strumento processuale attivato contro il soggetto protetto, su una debolezza economica, rispetto a cui è aliena una vulnerabilità processuale.

Da un altro lato, la natura repressiva dell'invalidità, lungi dal concretarsi nella semplice distinzione tra tale rimedio e quello risarcitorio (ché, in tal caso, il connotato sarebbe *in re ipsa*), richiede di verificare se la nullità stessa costituisca misura, per così dire, di *private enforcement*.

Un tanto accade ogniquale volta la nullità, con il suo operare, sfrutti il bisogno di tutela della parte debole al fine di realizzare obiettivi di conformazione del mercato. La dimostrazione, a sua volta, può affondare ora nella *ratio* della nullità stessa (come per lo più avviene nell'ambito delle nullità di protezione), ora nel suo specifico statuto: in particolare, la legittimazione riservata all'eccezione di nullità e soprattutto la necessaria

messo di disegnare in modo originale gli strumenti processuali di tutela, ma di certo ha attribuito una forza propulsiva molto più intensa al principio di effettività. D'altro canto, in Banco di Desio la Corte non ha richiesto di verificare se in concreto il consumatore non fosse stato in condizione di opporsi al decreto ingiuntivo onde far venire meno la preclusione *pro iudicato*: qui, come altrove, il sistema di tutela si fonda su una presunzione, che è presunzione di debolezza, ma che al contempo è intento di reprimere – sempre e comunque – l'inserzione di clausole vessatorie nei contratti dei professionisti.

⁴³ Con inevitabile necessità di distinguere una pluralità di statuti della nullità di protezione.

⁴⁴ Di recente, sulla nullità di protezione nei contratti B2b, PAGLIANTINI, *Alla ricerca della nullità di protezione B2b (tra dogmatica edittale e circolo ermeneutico)*, in *Pers. merc.*, 2022, 331 ss.

parziarietà della stessa possono costituire indici di particolare rilievo, giacché essi, da un lato, evitano che la parte forte del rapporto possa servirsi della nullità per evadere da un rapporto ritenuto non (o non più) vantaggioso e, da un altro lato, privano la stessa parte forte di una facile via d'uscita (che le sarebbe concessa qualora, a fronte dell'invalidità di una parte o di una clausola del contratto, potesse farne valere l'integrale caducazione).

Stando a quel che si è detto, non è difficile avvedersi della natura repressiva delle varie nullità in tema di protezione del consumatore, così come di quelle di cui è costellato il diritto bancario o quello finanziario. Ma così è, a ben vedere, anche per il caso degli interessi usurari, specie se si considera la conseguenza prevista dall'art. 1815, comma 2, c.c. (nullità della clausola e mantenimento del contratto di mutuo senza interessi): ipotesi nella quale, nonostante le apparenze, potrebbe ritenersi presente anche la necessità di tutela della parte debole, giacché la debolezza tipica dell'usura (e che ne costituisce la *ratio*) si associa naturalmente a una vulnerabilità processuale (basti pensare allo stato di profondo disagio economico, che può aver indotto il debitore a non nominare un difensore o a non difendersi adeguatamente, così come al suo timore o addirittura alla sua costrizione, nei casi – che, per vero, di rado si traducono in giudizi civili – di vero e proprio strozzinaggio).

Assai complessa, alla luce di quanto s'è scritto, appare l'ipotesi della nullità a protezione del contraente a valle di un'intesa *antitrust*: ove la nullità, ritenuta da taluno di protezione, da un lato sembrerebbe scollegata da una particolare debolezza nel processo, ma dall'altro lato, per lo meno finché non è divenuta di pubblico dominio l'intesa stessa, può comportare dei rilevanti problemi di prova⁴⁵. Senza dire che, dal punto di vista della repressività, la misura in parola parrebbe costituire un esempio tipico di *private enforcement*, se non fosse che l'applicazione alla stessa dell'art. 1419, comma 1, c.c. (di recente proposta dalla Cassazione) cozza proprio con tale carattere repressivo⁴⁶.

⁴⁵ Mentre però le altre nullità si fondano su una debolezza che giustifica la vulnerabilità processuale, questa nullità semplicemente si presenta, il più delle volte, assieme a problemi probatori. La differenza, qualitativa, non è minima: qui la difficoltà è di fornire la prova (e prima ancora di venire a conoscenza) di un'intesa restrittiva della concorrenza, pur a fronte di un orientamento giurisprudenziale, che va consolidandosi, che addossa questa prova al privato che di tale intesa si duole e che, semmai, risulta incerto nell'identificare il tipo di dimostrazione di volta in volta richiesta (ad esempio, in presenza di un provvedimento amministrativo che accerta l'intesa e che costituisce "prova privilegiata", si dovrebbe produrre il provvedimento, evidenziando la riconducibilità della condotta contestata all'accordo restrittivo, secondo Trib. Catania, 22 febbraio 2022, n. 854, inedita; quanto, invece, al più complesso caso di condotte temporalmente successive all'arco temporale coperto dall'accertamento amministrativo, v. Collegio Coord. ABF, 29 dicembre 2022, n. 16511; Trib. Milano, 19 gennaio 2022, entrambe in *dirittobancario.it*; in dottrina su questi temi cfr. M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubbi e vecchie incertezze*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2022, 163 ss.; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, 528 ss.; nella legislazione va tenuto poi anche conto del disposto dell'art. 7, d.lgs. 3/2017).

⁴⁶ V. ovviamente Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499. In realtà il richiamo fatto da questa sentenza all'art. 1419, comma 1, c.c., da molti criticato (quanto meno nell'e-

La questione potrebbe venire sciolta applicando solo in parte la superabilità del giudicato⁴⁷: tenendo in considerazione che la debolezza processuale si esprime qui in una inevitabile asimmetria probatoria, non evitabile sul piano dei singoli rapporti privatistici, potrebbe supporre che il giudicato (o la preclusione *pro iudicato*) non faccia stato nei confronti del debitore che non era in grado di fornire a questa prova, ad esempio perché l'intesa anticoncorrenziale non era stata ancora scoperta da alcuno o, seppur scoperta da taluno, non se ne era diffusa notizia⁴⁸. Il che, però, dovrebbe a rigore ipotizzarsi non solo a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, ma anche a valle di veri e propri procedimenti ordinari, diversamente da quanto – come subito passeremo a dire – avviene nell'ambito di applicazione, diretta o indiretta, della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore.

4. Le ricadute su altri procedimenti: a) la formazione del giudicato nel procedimento di cognizione e nel procedimento di convalida di sfratto

Banco di Desio ha ormai certificato quel che, come si è anticipato, era già implicito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: ossia la non conformità di alcune delle regole relative al rito monitorio italiano con il principio di effettività applicato alla protezione del consumatore dalle clausole vessatorie.

Tuttavia, la ricchezza di spunti che tale giurisprudenza offre, pur a fronte delle difficoltà che la sua ordinata ricostruzione pone, porta a domandarsi se la Direttiva 93/13 non renda euroincompatibili anche altri istituti processuali italiani, o quanto meno taluni loro tratti di disciplina, e se quindi non ci si debba aspettare nuovi rinvii alla Corte di

sito finale, ossia nella conservazione del contratto di fideiussione *omnibus* epurato dalle clausole "originate" dall'intesa restrittiva: cfr. a tal riguardo F. SARTORI, *Fideiussioni omnibus e nullità delle clausole in deroga: tra efficienza del mercato e stabilità del sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 309 ss.; A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'"urgenza" della tutela reale; la "qualità" della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 1 ss.; e v. pure gli argomenti spesi da Collegio Milano ABF, 4 luglio 2019, n. 16558), sembra il frutto, più che della volontà di applicare un istituto di parte generale previsto per i contratti tra pari e per ipotesi di nullità che non hanno alcunché di repressivo, della ricerca di un compromesso: compromesso che, per l'appunto, mira a reprimere... ma non troppo, così, per l'effetto, salvando per quanto possibile il contratto stipulato a valle dell'intesa anticoncorrenziale.

⁴⁷ In una sorta di applicazione non già estensiva della giurisprudenza europea, ma analogica, dove l'analogia è *iuris* e si fonda sulla cedevolezza, oggi riconosciuta, del giudicato, a fronte di ipotesi di particolare gravità.

⁴⁸ Non basterebbe, cioè, la semplice difficoltà di attestare che l'intesa, pur dimostrabile con riferimento a un certo torno temporale (tramite la produzione di un provvedimento della Banca d'Italia), si fosse prolungata anche oltre: la difficoltà che qui si evoca attiene all'ignoranza dell'intesa. La soluzione additata aprirebbe anzitutto la via a una sorta di rimessione in termini rinforzata, ove il giudizio non si fosse ancora chiuso.

Giustizia e nuovi interventi correttivi del nostro sistema processuale da parte di quest'ultima.

Il quesito si pone, anzitutto, con riferimento al tema su cui Banco di Desio è direttamente intervenuta e, quindi, con riguardo alla formazione di un vincolo da giudicato. Se è evidente, infatti, che oggi a valle di un procedimento monitorio non sempre si addiende alla formazione di un giudicato intangibile o comunque di una preclusione *pro iudicato* altrettanto intoccabile, resta da capire in quali altri casi il giudicato possa crearsi con pienezza di effetti.

La trama del diritto eurounitario consente di cogliere, a tal riguardo, almeno due macro-principi: a) il consumatore deve poter contare su un giudice che si attivi nel pronunciare la vessatorietà, quando sussistente, e che disponga quindi degli elementi di fatto e di diritto necessari e sufficienti (anche grazie ai suoi poteri istruttori officiosi)⁴⁹; b) il giudice non può surrogarsi al consumatore a fronte di una sua completa inerzia⁵⁰. Tali macro-principi vanno però declinati alla luce delle particolarità dei singoli riti descritti dal codice di procedura italiano: tra cui occupa ovviamente un posto di primario rilievo quello ordinario di cognizione (e pure quello sommario, e oggi semplificato, di cognizione).

In tal caso verrebbe da ritenere che la cognizione piena del giudice renda la sentenza che si fonda su un contratto in cui sono presenti clausole vessatorie di per sé idonea al giudicato, quand'anche l'organo giudicante non si sia accorto dell'eventuale nullità di clausole contrattuali e pure se il consumatore sia rimasto contumace: del resto, ove così non fosse, risulterebbe assai traballante l'idea stessa di giudicato, sia perché esso, per essere davvero tale, deve coprire generalmente il dedotto e il deducibile, sia perché la contumacia del convenuto non può ridondare a sfavore dell'attore al punto da non consentire, nemmeno a fronte dell'instaurazione di un giudizio ordinario, la formazione di un giudicato.

Questa conclusione potrebbe, a dire il vero, sembrare contraria al *decisum* di Banco Primus: in tale sede la Corte di Giustizia ha sancito che, «in presenza di una o di più clausole contrattuali la cui eventuale abusività non sia ancora stata esaminata nell'ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso terminato con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, è tenuto a valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale abusività di tali clausole».

Il principio, espresso in termini assai generali, parrebbe in effetti impedire la formazione di qualsiasi giudicato quanto meno nei casi in cui il giudice non si è avveduto della nullità di una clausola o comunque non ha proceduto espressamente al relativo esa-

⁴⁹ V. le già menzionate decisioni Pannon, Banif Plus Bank, VB Pénzügyi Lizing, Profi Credit Polska c. O.H., Kancelaria Medius e Lintner.

⁵⁰ Lo sottolinea, a chiare lettere, Asturcom, § 47, secondo cui il giudice non deve supplire «integralmente alla completa passività del consumatore interessato». Più di recente, v. Corte Giust. UE, 30 giugno 2022, causa C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, § 48.

me. Tuttavia, una simile impressione sarebbe erronea: in realtà il *dictum* di Banco Primus va letto in modo più ristretto⁵¹.

Nel caso in parola, infatti, si trattava di decidere della eurocompatibilità di una disciplina nazionale relativa a un'opposizione a un'esecuzione iniziata in forza di un titolo stragiudiziale: disciplina che sottoponeva l'opposizione a un rito connotato da diversi tratti di specialità e speditezza e che, nondimeno, consentiva al provvedimento finale, dotato di definitività endoesecutiva⁵², di fare stato anche sulla non-nullità delle clausole non espressamente controllate dal giudice⁵³. L'esito cui è giunta la Corte in Banco Primus, quindi, va confinato a casi di procedimenti particolari, in cui a risultare centrali sono proprio quei tratti di specialità e speditezza che, a loro volta, impediscono la formazione di una preclusione sulla questione di non-nullità.

Ne consegue che nelle ipotesi di rito ordinario può ben valere il principio – intuitivo e logico – per cui anche in assenza di uno scrutinio esplicito (o addirittura esplicitamente motivato) delle clausole vessatorie può formarsi una preclusione da giudicato.

Del resto, proprio riferendosi a un giudizio a cognizione piena la Corte ha sancito l'eurocompatibilità della formazione di un giudicato implicito (in quel caso, si trattava di un giudicato interno, generatosi dalla mancata formulazione di un motivo di impugnazione) a fronte di una completa passività del consumatore⁵⁴. Dal che si desume agevolmente la compatibilità con la disciplina europea di una norma che, a fronte di una tale passività, ritenga definitiva la statuizione di non-nullità di un contratto resa in modo implicito o, a maggior ragione, esplicito.

A sua volta, la totale passività non sussiste, secondo la Corte, quando, sebbene il giudice non abbia rilevato la nullità e il consumatore non abbia interposto appello, tale condotta del consumatore sia stata dettata dallo stato della giurisprudenza (precedente

⁵¹ È la stessa Banco Primus, come nota PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 188, nt. 150, a ribadire il principio per cui «la tutela del consumatore non può reputarsi illimitata, declinando di fronte ad un principio di certezza del diritto».

⁵² Il rischio non era quindi qui di privare totalmente di tutela il consumatore, ma semmai di declassare la sua protezione da reale a obbligatoria: ciò a cui la Corte di Giustizia si dimostra spesso assai sensibile, anche nella prospettiva di salvaguardare la proprietà immobiliare (di regola, della casa di abitazione) del consumatore. V. la decisione *Aziz*, ai §§ 60 s.

⁵³ Più precisamente, la sentenza si riferiva al caso di un procedimento speciale – instaurabile per bloccare un'esecuzione forzata a fronte di ragioni particolari (tra cui la vessatorietà di una delle clausole contrattuali), a valle del quale si formava però comunque una preclusione endoesecutiva che ostava all'esame della clausole non portate all'attenzione del giudice o comunque non vagliate – e alla mancata rilevazione, in tale procedimento, della vessatorietà di una clausola diversa rispetto a quella direttamente contestata.

⁵⁴ Il riferimento va alla decisione *Unicaja*. In quel caso la completa passività era esclusa dall'esistenza, al tempo, di una normativa nazionale che limitava in modo illegittimo i diritti del consumatore e avrebbe potuto indurre il debitore a non proporre appello (ciò che, quindi, ostava alla formazione del giudicato interno implicito). La sentenza si è poi occupata di risolvere una questione ulteriore, relativa al potere del giudice di pronunciare su una questione restitutoria in mancanza di una domanda di parte.

a un *revirement*⁵⁵): in casi del genere il forte attivismo giudiziario imposto dalla disciplina europea (che assegna al giudice penetranti doveri di istruzione officiosa e di rilevazione d'ufficio della nullità) non può dirsi, in quanto concretamente non sfociato in alcuna dichiarazione di nullità, astrattamente sufficiente perché si formi un giudicato. Viceversa, la semplice non rilevazione della vessatorietà da parte del giudice, quand'anche dovuta alla mancata eccezione di un convenuto contumace, in chiave eurounitaria non impedisce affatto la creazione di un giudicato implicito (interno e, *a fortiori*, esterno).

Dal punto di vista dell'interprete italiano⁵⁶, deve quindi ammettersi che, a valle di un giudizio ordinario (o anche esperito con il rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis* e oggi *ex art. 281-decies* c.p.c.), si formi sempre e per forza di cose un giudicato pieno sulla nonvessatorietà, quand'anche il consumatore sia rimasto contumace⁵⁷. In questo caso infatti: a) il giudice, peraltro dotato di poteri officiosi sul piano della prova e dell'accertamento della vessatorietà, compie un'istruttoria piena nell'ambito di un giudizio con garanzie altrettanto piene di contraddittorio⁵⁸; b) il consumatore è invitato a partecipare a un giudizio

⁵⁵ Si pensi ad esempio a Corte Giust. UE, 19 novembre 2015, causa C-74/15, *Tarcău*, che non solo ha in un certo qual modo superato Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietzinger*, ma soprattutto ha sconfessato (in chiave interna) la giurisprudenza della Corte di cassazione. Sul punto v. di recente GIROLAMI, *La saga del consumatore fideiussore*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 655 ss.

⁵⁶ V. anche le conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, già citate, le quali si chiedono se sia vero che l'ordinamento «si accontenta di preconstituire le serie condizioni per cui detto controllo [di vessatorietà] avvenga, non potendo in ogni caso supplire alla totale inerzia del consumatore». Ove così non fosse, la cedevolezza del giudicato potrebbe contagiare «il processo a cognizione piena contumaciale» e «la sentenza che ha definito il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo», se pronunciate prima di un *revirement* giurisprudenziale.

⁵⁷ In tal modo finendo per essere “totalmente inerte”: soluzione condivisa da D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit. (ma – a quanto si legge in R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit. – rigettata da RASIA, nel suo saggio *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in corso di pubblicazione). Più complesso, semmai, è comprendere se, a fronte della contumacia del consumatore, il giudice possa rilevare e dichiarare la vessatorietà di una clausola. Un simile problema, che non si pone nel caso di giudizio monitorio (dove il rigetto della domanda del ricorrente non fa stato alcuno) e di procedimento esecutivo fondato su un decreto ingiuntivo non opposto (almeno ritenendo che, a fronte della passività del consumatore sollecitato dal giudice e però silente, il giudice stesso possa comunque dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione, senza alcun effetto preclusivo per il creditore), emerge in tutta la sua intensità nel giudizio contumaciale. La Corte di Giustizia, e così pure la dottrina, tendono a risolverlo nel senso di consentire al giudice la dichiarazione di vessatorietà, traendo argomento dal fatto che il consumatore, lungi dal “dover” avvalersi della vessatorietà suggerita dal giudice, “possa” semmai opporsi a una simile dichiarazione (v. *Banif Plus Bank*, § 35, ma pure Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jörös*, § 42): cfr. sul punto Corte Giust. UE, 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*; S. VITRÒ, *L'esame d'ufficio dell'abusività delle clausole dei contratti con i consumatori nella elaborazione della Corte UE*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

⁵⁸ Istruttoria che avviene nell'ambito di un giudizio a contraddittorio pieno, diversamente da quanto accade nel procedimento monitorio.

ordinario e può ben immaginare di dover spendere tutte le sue difese in tale sede⁵⁹; c) nell'eventuale atto di impugnazione⁶⁰ si potrà far valere una nullità espressamente o implicitamente esclusa: e se il consumatore non vi provvede, *imputet sibi*.

V'è a tal riguardo solo da precisare che, se il consumatore non è messo in condizione di far valere la vessatorietà in sede di impugnazione (ad esempio, a causa di un successivo *revirement* giurisprudenziale), non si forma alcun giudicato implicito interno a causa della mancata formulazione di un motivo d'appello. Non può dirsi che tale principio innovi il sistema processuale italiano, per lo meno ove si ritenga che esso, già in linea generale, non collega a quest'inerzia (ossia, alla mancata formulazione di un motivo d'appello sulla questione di nullità) la formazione di un giudicato implicito interno; ovviamente, a soluzione diversa si dovrà addivenire ove si parta da una premessa opposta⁶¹. Ad ogni modo, non può suppersi che l'ordinamento eurounitario si spinga al punto da rendere cedevole, nella prospettiva del diritto italiano, il giudicato esplicito interno: ciò che costituirebbe

⁵⁹ Anche qui ben diversamente da quanto avviene nel procedimento monitorio.

⁶⁰ L'ordinamento eurounitario non garantisce indefettibilmente al consumatore un doppio grado di giudizio. V. Corte Giust. UE, 17 luglio 2014, causa C-169/14, *Sánchez Morcillo*, § 36.

⁶¹ Seguendo una differente premessa, infatti, dovrà ammettersi che il nostro ordinamento assicurati di per sé, e in linea generale, un livello di tutela pure maggiore di quello richiesto in sede eurounitaria, consentendo al consumatore (e in generale a chiunque) di (far) rilevare la nullità (non già discussa) in ogni stato e grado del giudizio. Per la tesi secondo cui sulla questione di nullità non si forma alcun giudicato implicito interno (ma solo un eventuale giudicato esplicito interno o – a tempo debito – un giudicato implicito o esplicito esterno) v., sulla scia delle note pronunce delle Sezioni Unite del 2014, Cass., Sez. Un., 22 marzo 2017, n. 7294; in senso contrario, invece, Cass., 4 maggio 2016, n. 8795; Cass., 17 gennaio 2017, n. 923; Cass., 5 aprile 2017, n. 8841; Cass., 8 novembre 2022, n. 32838, tutte in *dejure*). Qualche perplessità può porsi semmai per il caso di impugnazione di un lodo, ove potrebbe dubitarsi della sussistenza di un analogo potere di rilievo officioso in capo alla Corte d'appello (e, *a fortiori*, in capo ai giudici dei gradi successivi). Nondimeno, la garanzia per il consumatore di poter impugnare il lodo per aver deciso sulla base di clausole contrattuali vessatorie (ciò che potrebbe, in chiave interna, farsi discendere pianamente dall'art. 829, comma 3, c.p.c.) sembra in ottica eurounitaria sufficiente, almeno stando a quanto si legge al § 39 della decisione *Mostaza Claro* (salvi alcuni dubbi residui in merito alla compatibilità di questa sentenza con l'art. 817, comma 2, c.p.c.: in merito v. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, 679 ss.). In senso contrario però PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2010, 25 s. (e in parte pure D'ALESSANDRO, *Sui rapporti*, cit., 694), secondo cui da *Mostaza Claro* deriva un vero e proprio obbligo per i giudici dell'impugnazione, anche in assenza della formulazione di un motivo apposito, di rilevare la nullità di una clausola vessatoria (sennonché, così argomentando, si priverebbe tra l'altro di senso *Unicaja*, che limita al solo caso di incolpevole inerzia, in un giudizio di impugnazione di un atto giurisdizionale statale, l'impossibilità che si origini un giudicato implicito). Nondimeno, il problema ricostruttivo si stempera, se si aderisce alla tesi secondo cui la violazione di norme di ordine pubblico ex art. 829, comma 3, c.p.c. è sempre rilevabile d'ufficio dai giudici dell'impugnazione del lodo (v. ad esempio MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 861; in giurisprudenza v., di recente, Cass., 6 maggio 2022, n. 14405, in *dejure*, la quale, pur accedendo a un'interpretazione ampia di *Mostaza Claro*, ha poi fatto precipuo riferimento proprio all'art. 829, comma 3, c.p.c.).

un *vulnus* notevole ai rapporti già definiti e colliderebbe frontalmente con il principio di certezza del diritto.

Qualche altro dubbio potrebbe poi porsi in relazione all'eventualità – cui pone molta attenzione la Corte di Giustizia⁶², ma che in realtà è molto limitata nell'ordinamento italiano – di procedimento in cui il consumatore è costituito non a mezzo di difensore tecnico (liti di fronte al giudice di pace dal valore sino a 1.100 euro): non tanto per la difficoltà del consumatore nell'eccepire la nullità (difficoltà rispetto a cui offre rimedio il dovere del giudice di procedere a un rilievo officioso, anche mediante il ricorso a poteri istruttori altrettanto officiosi), quanto perché l'ignoranza dei meccanismi processuali potrebbe condurre alla formazione di giudicati pregiudizievoli⁶³. Si pensi, ad esempio, al caso di un'opposizione a decreto ingiuntivo e un'estinzione del giudizio per inattività della parte (concretata da una mancata presenza a due udienze consecutive: cfr. art. 309 c.p.c.).

Ora, se tale rischio in astratto sussiste, in concreto esso è alquanto remoto, anche per la flessibilità del rito di fronte al giudice di pace⁶⁴. Nondimeno, esso potrebbe consigliare, da un lato, di ampliare per i contenziosi di così modesta entità il ricorso alle ADR (già assai diffuso) e, da un altro lato, di prevedere che nei casi di giudizio senza l'assistenza di un difensore il rito sia totalmente deformalizzato (sempre a voler mantenere la possibilità di stare in giudizio senza un procuratore, così da diminuire i costi di lite cui il consumatore va incontro).

Oltre al giudizio ordinario, di cui si è finora trattato, meritano almeno un cenno – anche per la vicinanza con il tema di Banco di Desio – due particolari istituti processuali,

⁶² Così sin dalla decisione Océano, § 26.

⁶³ È vero quanto scrive, R. Rossi, *Decreto ingiuntivo*, cit., ossia che «il ripristino di una condizione di equilibrio tra professionista e consumatore ... passa attraverso due strade: dal punto di vista sostanziale, mercé la previsione della inderogabile non vincolatività delle clausole abusive, volta a bilanciare il minor potere di negoziazione del consumatore ...; in ambiente processuale, tramite il rilievo officioso ... della abusività delle clausole ..., colmando così, con il c.d. diritto all'interpello, il deficit informativo del contraente debole sulle proprie finalità difensive». Tuttavia, è anche vero che il deficit conoscitivo del consumatore può riguardare l'intero meccanismo processuale, con esigenze di tutela – quanto meno, nella prospettiva eurolunitaria, ove emergano temi di abusività – non meno pressanti.

⁶⁴ Così come sussiste di fatto solo in astratto il rischio che il giudice, dovendo decidere secondo equità (art. 113 c.p.c., peraltro di dubbia applicazione ai rapporti di consumo), trascuri di rilevare la vessatorietà di una clausola. Un simile rischio in realtà è assai depotenziato e anzi praticamente disattivato, poiché l'equità veicola un sindacato almeno corrispondente a quello di vessatorietà (tanto più alla luce di Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *cortecostituzionale.it*).

l'uno ancora inerente al rito ordinario e l'altro invece corrispondente a un rito speciale: l'ordinanza anticipatoria di condanna *ex art. 186-ter* c.p.c.⁶⁵ e la convalida di sfratto⁶⁶.

L'*art. 186-ter* c.p.c. disciplina uno strumento, per vero di rara applicazione pratica⁶⁷, corrispondente a una sorta di decreto ingiuntivo pronunciato in corso di causa. Più precisamente, è previsto che, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, l'attore possa chiedere – ove ricorrano i presupposti monitori di cui agli artt. 633, comma 1, n. 1, e comma 2, e 634 c.p.c. – di pronunciare un'ordinanza di ingiunzione di pagamento o di consegna⁶⁸.

Quel che è particolare di questa ordinanza anticipatoria è che, «se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace», essa «deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 644», con «l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'articolo 647». Ne deriva, almeno secondo la tesi più persuasiva⁶⁹, una ultrattività dell'ordinanza, che, nell'acquiescere efficacia esecutiva in caso di mancata costituzione della parte contumace nei venti giorni dalla notifica dell'ordinanza, viene pure munita di autorità di giudicato.

⁶⁵ L'ordinanza di cui all'*art. 186-bis* c.p.c., con cui il giudice istruttore, su istanza di parte, può disporre «fino al momento della precisazione delle conclusioni il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite» non pone particolari problemi: difatti, non solo il presupposto della “non contestazione” lascia al giudice la possibilità (e quindi pure il dovere) di verificare l'assenza dei fatti costitutivi del credito o la presenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi rilevabili d'ufficio (cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2012, 581), ma, oltre a questo, l'ordinanza è sempre revocabile e solo in caso di estinzione del processo “conserva la sua efficacia”: il che, anche a volervi rinvenire traccia di una sorta di irretrattabilità dell'ordinanza (munita di un'efficacia di giudicato o paragonabile alla stessa: cfr., per le varie tesi, M. NEGRI, sub *art. 186-bis*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2012, 408 ss.), non fa sorgere perplessità in chiave di eurocompatibilità, se si tiene a mente che l'estinzione del processo è inevitabilmente dovuta all'inerzia delle parti (come tale a loro imputabile) o a una loro rinuncia agli atti (*ex art. 306* ss. c.p.c.). Considerazioni non dissimili valgono per la, pur diversa, ordinanza di cui all'*art. 186-quater* c.p.c.

⁶⁶ Convalida di sfratto per finita locazione o per morosità o anche convalida di licenza per finita locazione: cfr. artt. 657 e 658 c.p.c.

⁶⁷ Ci si potrebbe chiedere se, in futuro, potrà candidarsi a strumento elettivo nel contenzioso tra consumatori e professionisti (e in particolare banche). V. a tal riguardo il successivo § 6.

⁶⁸ Anche quest'ordinanza è revocabile e acquista efficacia esecutiva (ove non ne sia già munita) in caso di estinzione del giudizio: profili, questi, che non pongono particolari questioni ai nostri fini. Con riferimento, poi, alla previsione secondo cui l'ordinanza «è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'articolo 648, primo comma», valgono le considerazioni di cui al successivo paragrafo, con la precisazione che la – sempre consentita – revocabilità dell'ordinanza supera senz'altro i dubbi di eurocompatibilità che si pongono in relazione agli artt. 642, 648 e 649 c.p.c.

⁶⁹ V., per una panoramica della dottrina, M. NEGRI, sub *art. 186-ter*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2012, 408 ss., 451 ss. e 454 ss.

Una simile previsione, quantunque riguardi uno strumento processuale che si inserisce in un giudizio ordinario, pone seri dubbi di eurocompatibilità: l'art. 186-ter c.p.c. non assicura affatto che l'ordinanza sia pronunciata a valle di un'istruttoria piena e di uno scrutinio dei temi giuridici altrettanto completo (o che avrebbero potuto essere pieni e completi, se il consumatore si fosse costituito e avesse valorizzato gli elementi a suo favore), giacché l'ingiunzione può essere richiesta al giudice istruttore «in ogni stato del processo», sulla base di una semplice valutazione circa la sussistenza di una prova monitoria. Anche a voler ritenere che al giudice istruttore spettino poteri simili a quelli di cui all'art. 640 c.p.c. (o, quanto meno, che egli – in forza di un'interpretazione euroconforme della disciplina di legge – disponga di poteri istruttori volti a consentirgli di rilevare d'ufficio la presenza di clausole vessatorie⁷⁰) e anche a voler ipotizzare che, in ogni caso, il giudice istruttore debba rigettare allo stato l'istanza ove, nonostante la richiesta, residui un dubbio o almeno un serio dubbio sulla vessatorietà (e l'istruttoria non sia già stata completata), resta che: a) il giudice non è di per sé obbligato a motivare sulla nonvessatorietà; b) il consumatore contumace, ricevendo la notifica dell'ordinanza, nulla sa circa lo scrutinio in parola, ove lo stesso non sia stato compiuto per espresso⁷¹.

Proprio l'applicazione del principio stabilito da Banco di Desio, specialmente se letto alla luce della giurisprudenza della Corte, porta a ritenere necessario che il giudice istruttore debba motivare espressamente circa il sindacato di non-nullità, non potendo altrimenti formarsi alcuna preclusione a causa della mancata costituzione del convenuto.

Infine, resta da fare un breve cenno alla convalida di sfratto: procedimento speciale che, a tacer d'altro, può riguardare un contratto soggetto alla disciplina delle clausole vessatorie⁷².

⁷⁰ E che quindi possa chiedere chiarimenti o prove aggiuntive al creditore. In dottrina, per il vero, si discute finanche della sussistenza di un margine di discrezionalità in capo al giudice richiesto dell'ordinanza ex art. 186-ter c.p.c.: per la positiva M. NEGRI, sub art. 186-ter, cit., 439.

⁷¹ Vi sono però pure altri due profili che possono suscitare dubbi in chiave eurounitaria: i) la mancanza di un avvertimento specifico rivolto al consumatore, che taluno ritiene necessario per rendere eurocompatibile il procedimento monitorio (traendo questo dato da Ibercaja: così D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit.); a dire il vero, tale avvertimento potrebbe però essere nella sostanza ricompreso in quello di cui all'art. 186-ter, comma 5, c.p.c. (beninteso, salva sempre la necessità che l'ordinanza contenga una motivazione, per quanto succinta, circa la nonvessatorietà delle singole clausole rispetto alle singole ragioni di abusività); ii) il termine ristretto, di venti giorni, per la costituzione del convenuto, alla luce di quella giurisprudenza eurounitaria – v. ad esempio Corte Giust. UE, 1 ottobre 2015, causa C-32/14, *ERSTE Bank*, § 59, ma pure la decisione Danko – secondo cui le condizioni processuali devono essere in ogni caso ragionevoli, sicché non possono essere previsti termini o addossati costi che rendano eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti; nel caso di specie si assiste a una compressione del termine di quaranta giorni previsto per l'opposizione all'esecuzione, forse non rispettosa del principio poc'anzi menzionato (anche se in senso contrario potrebbe osservarsi che l'ordinanza anticipatoria è emessa comunque a valle di uno scrutinio giudiziale, peraltro di regola più penetrante di quello tipico del giudizio monitorio).

⁷² La Corte di Giustizia l'ha ribadito decidendo il caso Dirk Fredrik.

In tali casi – che si tratti di intimazione di licenza o di sfratto per finita locazione o di intimazione di sfratto per morosità – l'intimazione va notificata personalmente alla parte a norma degli artt. 137 ss. c.c. almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal locatore. Se poi l'intimato non compare all'udienza o comparando non si oppone, il giudice convalida la licenza o lo sfratto, con ordinanza definitiva e irretrattabile. Se, invece, compare e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio (salvo sussistano gravi motivi in contrario)⁷³; il giudizio prosegue poi nelle forme del lito locatizio, previa ordinanza di mutamento di rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c.⁷⁴

Di queste norme, ci si può chiedere se sia conforme con i principi eurounitari la possibilità, per il locatore, di ottenere un titolo definitivo e non più revocabile o modificabile nel caso in cui il conduttore non si presenti in udienza (tema, questo, che già negli anni Settanta aveva suscitato numerosi dubbi, conducendo a una nota sentenza della Corte costituzionale⁷⁵).

Ovviamente, il potere-dovere del giudice di valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali impone di rileggere l'art. 663 c.p.c. e, in via di interpretazione conforme, di richiedere in ogni caso, per l'emissione dell'ordinanza di convalida, lo svolgimento di tale scrutinio. Tuttavia, v'è da chiedersi se tale accorgimento sia sufficiente per rendere la disciplina compatibile con i principi europei.

A ben vedere, l'accertamento non avviene qui *inaudita altera parte* (ma, semmai, all'esito di un'udienza cui il conduttore ha scelto di non partecipare); per di più, il conduttore-consumatore non si trova in una situazione perfettamente coincidente a quella di chi riceve la notifica del decreto ingiuntivo (ossia, di chi fa affidamento sullo scrutinio già compiuto dal giudice e, quindi, se non è avvisato analiticamente di esso non è nemmeno messo in condizione di opporsi e quindi di integrare il contraddittorio mediante l'inserimento di altri elementi, di fatto o di diritto). Simili elementi sembrerebbero spingere per la compatibilità della disciplina con l'ordinamento eurounitario.

Un'analisi più approfondita, tuttavia, convince del contrario. Nel caso di convalida di sfratto non può dirsi che si realizzi una sorta di iper-contrazione del giudizio volta a consentirne la conclusione in una sola udienza (quasi si trattasse di un rito di cognizione super-semplificato). Piuttosto, il rito resta connotato da numerosi elementi di specialità:

⁷³ Quanto all'eurocompatibilità di tale ordinanza non impugnabile, può rinviarsi a quanto si dirà nel prossimo paragrafo con riferimento al provvedimento assunto dal giudice istruttore ex art. 648 c.c. (con la particolarità che all'udienza in parola il conduttore potrà presentarsi anche personalmente e non a mezzo di un difensore).

⁷⁴ Previsioni specifiche, poi, sono dettate dagli artt. 663, comma 2, 664 e 666 c.p.c. con riguardo al caso di sfratto per morosità. Esse, tuttavia, non aggiungono molto al discorso, sicché ce ne possiamo disinteressare.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 18 maggio 1972, n. 89, in *cortecostituzionale.it* (analoga, nella sostanza, a Corte cost., 20 maggio 1976, n. 120, in *cortecostituzionale.it*, quest'ultima relativa all'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.).

e, infatti, l'accertamento del giudice – pur destinato a divenire definitivo – è compiuto sulla base di un contraddittorio e di un'istruttoria monchi da un punto di vista sostanziale, sicché una preclusione sulla non-vessatorietà delle clausole può formarsi soltanto ove il giudice motivi, per quanto succintamente, a tal riguardo.

5. b) la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e la sua sospensione; la sospensione dell'esecuzione fondata su un titolo stragiudiziale

Non è però solo la formazione di un giudicato, o di una preclusione *pro iudicato*, a porre problemi di eurocompatibilità: tale profilo è solo, e semplicemente, il più strettamente connesso a Banco di Desio. Al di fuori di questo, la giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore fa sorgere numerosi altri dubbi di conformità della disciplina italiana. Per ragioni di spazio, ci si limiterà qui ad affrontare il profilo che risulta più saliente: quello della – generalmente parlando – esecutività provvisoria di un titolo giudiziale o dell'esecuzione forzata iniziata sulla base di un titolo stragiudiziale e degli strumenti per ottenere la sospensione dell'una o dell'altra.

Dal punto di vista europeo il tema dell'esecutività di un titolo (provvisoriamente esecutivo, se giudiziale, o esecutivo ma privo di un contenuto di accertamento, se stragiudiziale) è stato affrontato in diverse occasioni, tra loro però assai eterogenee. Volendo ricavare, anche qui, alcuni macro-principi, può ritenersi che l'effettiva protezione del consumatore richieda almeno: a) il potere di un qualche organo giurisdizionale di sospendere l'efficacia esecutiva di un titolo stante l'abusività di una clausola contrattuale, quanto meno qualora il titolo non contenga un accertamento giudiziale sufficientemente stabile; b) il potere del consumatore di sottoporre la questione in parola al giudice competente, senza che tale potere sia soggetto a condizioni eccessivamente restrittive. Proviamo a verificare in che modo tali macro-principi si declinino con più specifico riferimento ai due argomenti oggetto d'analisi, per come disciplinati nell'ordinamento italiano.

Il primo tema – esecutività provvisoria di titoli giudiziali e strumenti per ottenere la sospensione – richiama alla mente non già la sentenza di prime cure non passata in giudicato, ma munita di provvisoria esecutività (rispetto a cui non si pongono problemi di eurocompatibilità⁷⁶), ma, soprattutto, la disciplina del decreto ingiuntivo opposto, a cui si limiterà l'esposizione.

Come ben noto, l'art. 642 c.p.c. stabilisce che il giudice, nel rilasciare il decreto ingiuntivo e su istanza del creditore, ne autorizzi l'esecuzione provvisoria nel caso in cui il

⁷⁶ In tal caso la provvisoria esecutività giunge a valle di un grado di giudizio pieno, che, in base alla disciplina europea, potrebbe anche essere l'unico. Non solo: della stessa si può discutere, ex artt. 283 e 351 c.p.c., in sede di appello. Considerazioni analoghe valgono *a fortiori* per la decisione d'appello (anche alla luce dell'art. 373 c.p.c., sulla sospensione della sua efficacia esecutiva in caso di ricorso per cassazione).

credito sia fondato su atto pubblico o su cambiale o assegno e comunque possa procedere ad autorizzarla ove vi sia pericolo di grave pregiudizio nel ritardo o sia stata prodotta documentazione sottoscritta dal debitore che comprovi il diritto fatto valere. L'art. 649 c.p.c., dal canto suo, consente al giudice istruttore del procedimento di opposizione, su istanza del ricorrente e previa verifica della sussistenza di gravi motivi, di sospendere la provvisoria esecutività concessa ex art. 642 c.p.c. Infine, l'art. 648 c.p.c. permette al giudice istruttore del giudizio di opposizione di concedere, in prima udienza, l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, se non già concessa ex art. 642 c.p.c., ove l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione oppure ove il creditore offra cauzione per le restituzioni, le spese e i danni. Tale provvisoria esecuzione deve essere concessa rispetto alle somme non contestate (salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali).

Orbene, tali disposizioni consentono al giudice di attribuire efficacia esecutiva a un titolo pur senza che si sia celebrato un intero giudizio di merito; nel farlo, però, prevedono alcune cautele, di cui è d'uopo indagare la sufficienza in chiave europea, soprattutto alla luce della decisione *Aziz*⁷⁷.

Quest'ultima, pur riguardando un'esecuzione forzata su titolo stragiudiziale, ha sancito alcuni principi di massima rilevanza anche per il nostro discorso, ritenendo non eurocompatibile una disciplina che imponeva al consumatore di far rilevare l'abusività delle clausole non già al giudice dell'esecuzione, ma semmai nell'ambito di un giudizio di merito appositamente instaurato, il cui giudice non poteva sospendere l'esecuzione forzata stessa (con conseguente degradazione della tutela del consumatore da reale a obbligatoria⁷⁸). Ne deriva che il diritto europeo impone, in presenza di un titolo esecutivo stragiudiziale, il potere di un giudice di sospenderne l'efficacia: principio, questo, che evidentemente deve pure applicarsi al titolo giudiziale, ove lo stesso non contenga un accertamento, per quanto solo "allo stato" e "sommario", comunque sufficiente per fondare e legittimare la provvisoria esecutività (il che, ovviamente, apre il tema della soglia di "sufficienza" di tale accertamento).

⁷⁷ Secondo cui «la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale non prevede, nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria, motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, e, al contempo, non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una clausola del genere, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulti necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale». Più nel dettaglio, al consumatore non era – secondo le regole al tempo vigenti nell'ordinamento spagnolo – consentito opporsi a un'esecuzione avviata a fronte dell'inadempimento di un contratto di mutuo ipotecario, ma solo iniziare un parallelo giudizio di merito, e il giudice di merito non era dotato del potere di sospendere l'esecuzione in atto.

⁷⁸ V. nt. 50.

Ora, il decreto ingiuntivo munito di provvisoria esecutività *ex art. 642 c.p.c.* non sempre contiene un accertamento sufficiente, di per sé, a giustificare la provvisoria esecutività: così è, in particolare, se il giudice del monitorio non ha motivato sulla non-vessatorietà o il consumatore ha fatto valere dei motivi inerenti all'abusività di talune clausole. Almeno in queste ipotesi al consumatore dev'essere attribuita la facoltà di privare il decreto ingiuntivo della provvisoria esecutività.

In effetti, a fronte di un'opposizione a decreto ingiuntivo (ché, se l'opposizione mancasse, si ricadrebbe nell'ambito coperto dal *dictum* di Banco di Desio), il giudice del procedimento ordinario può senz'altro privare di efficacia esecutiva un decreto ingiuntivo che ne fosse già stato munito ai sensi dell'art. 642 c.p.c. Il che garantisce in modo sufficiente, almeno all'apparenza, il consumatore.

Qualche dubbio, semmai, potrebbe essere suscitato dalla previsione per cui la sospensione *ex art. 649 c.p.c.* impone l'esistenza di "gravi motivi"⁷⁹ e di un'"istanza"⁸⁰ del debitore opponente.

L'espressione "gravi motivi" può però essere letta – e va letta – in senso conforme alla disciplina europea e ai suoi principi fondamentali: ad esempio ritenendo che, a fronte di un dubbio (o almeno di un serio dubbio) sulla vessatorietà di una o più clausole contrattuali, il giudice debba necessariamente sospendere l'efficacia esecutiva; oppure, e al fine di non ledere eccessivamente le ragioni del creditore, supponendo che il giudice sia tenuto a sciogliere il dubbio emerso e possa all'uopo chiedere chiarimenti alle parti (addirittura disponendo a tal riguardo di poteri istruttori, da esercitare però entro un lasso di tempo breve o brevissimo). Una diversa soluzione potrebbe risultare accoglibile solo se, in concreto, il giudice del monitorio avesse motivato sulla non-vessatorietà e il consumatore non si fosse lamentato di tale scrutinio: nel qual caso, poiché il decreto ingiuntivo avrebbe addirittura potuto divenire definitivo se non fosse stato opposto (senza possibilità di scardinare la condanna adducendo la vessatorietà delle clausole), non si vedrebbe perché rendere il sindacato sui "gravi motivi" più profondo di quanto non avvenga in ogni altro caso.

La necessità di un'istanza di parte, invece, pone qualche problema aggiuntivo, poiché difficilmente la potrebbe superare in via esclusivamente interpretativa. L'esigenza che sia il consumatore a chiedere la sospensione della provvisoria esecutività, quand'anche si consentisse (o, meglio, si imponesse) al giudice dell'opposizione di "suggerire" tale istanza, non sembra eurocompatibile⁸¹, per lo meno nelle ipotesi in cui il giudice del

⁷⁹ I «gravi motivi» di cui all'art. 649 c.p.c. possono attenere tanto al *periculum*, quanto al *fumus boni iuris*. Cfr. per tutti A. TEDOLDI, sub *art. 648*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2013, 851 ss.

⁸⁰ L'art. 649 c.p.c. espressamente si riferisce a una «istanza dell'opponente».

⁸¹ Torna qui al centro del discorso la necessità – espressamente sancita dalla giurisprudenza eurounitaria – secondo cui, non appena emergono gli elementi da cui è desumibile la vessatorietà, il giudice non deve attendere una domanda di parte, ma è tenuto a dichiarare la vessatorietà stessa, traendone tutte le conseguenze (salva l'opposizione del consumatore). Dichiarazione e conseguen-

monitorio non si è posto la questione della vessatorietà o comunque non ha motivato sulla stessa (se ciò fosse avvenuto, e il consumatore si fosse opposto al decreto ingiuntivo dolendosi dell'erronea soluzione di tali questioni, si giustificerebbe anche nella prospettiva del diritto eurounitario la necessità di un'istanza di parte⁸²). Conviene, dunque, ammettere che l'esigenza di una richiesta di parte non si applichi nelle ipotesi in parola, stante la sua contrarietà ai principi europei.

Resta poi da dire del decreto ingiuntivo che viene munito di efficacia esecutiva con ordinanza non impugnabile adottata in prima udienza *ex art. 648 c.p.c.*⁸³: caso in cui, come ben noto, viene solitamente escluso che il decreto stesso possa essere in seguito privato di efficacia esecutiva *ex art. 649 c.p.c.* (sicché esso inevitabilmente mantiene tale efficacia almeno sino alla sentenza che chiude il primo grado dell'opposizione)⁸⁴.

L'eurocompatibilità di questa disciplina sussiste in tanto in quanto si ritenga l'accertamento compiuto "sufficiente" a giustificare l'esecutività. Accertamento che nel caso di specie si poggia almeno: su una (presumibile) verifica da parte del giudice del monitorio (quand'anche non motivata); sulla valutazione da parte del giudice dell'opposizione circa la mancanza di prova scritta o di pronta soluzione e la presenza di fondate ragioni o circa la non contestazione di certe somme (quest'ultima ai sensi, per l'appunto, dell'art. 648 c.p.c.).

Onde permettere all'art. 648 c.p.c. di essere compatibile con i principi europei, è necessario leggere gli elementi della valutazione predetta in modo conforme a tali principi: sicché al *fumus boni iuris* si dovrà ascrivere anche l'assenza di dubbi (o seri dubbi) circa la vessatorietà di talune clausole, tutt'al più consentendo al giudice di scioglierli mediante la richiesta di chiarimenti alle parti (o per mezzo di una solerte e però pure breve attività istruttoria). Allo stesso modo, anche in ipotesi di non contestazione dovrà richiedersi l'assenza di dubbi (o seri dubbi) sulla vessatorietà.

ze che qui si collegano, anzitutto, alla sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo. Di questo tema si è già parlato, in generale, alla nt. 26 e di esso si tornerà a trattare a breve nel testo e nella nt. 87.

⁸² Per ragioni analoghe a quelle poc'anzi esposte nel testo, con riferimento ai "gravi motivi".

⁸³ La provvisoria esecutività può essere concessa nelle ipotesi di cui alla prima parte del primo comma dell'art. 648 c.p.c. e deve essere concessa in quella di cui alla seconda parte (somme non contestate e opposizione proposta per vizi non procedurali). Anche in quest'ultimo caso, comunque, il giudice è tenuto a verificare la presenza di clausole vessatorie che inficiano la pretesa del creditore opposto, poiché esse, impingendo sui fatti costitutivi della pretesa, richiedono comunque un accertamento giudiziale (la non contestazione, infatti, non riguarda il diritto, ma semmai il fatto). Devesi infatti applicare lo stesso principio di cui già si è detto in relazione all'art. 186-bis c.p.c. (qui nt. 53).

⁸⁴ Cfr. Corte cost., 8 marzo 1996, n. 65; Corte cost., 18 ottobre 2002, n. 428; Corte cost., 10 luglio 2007, n. 306, tutte in *cortecostituzionale.it*, per la conformità a Costituzione dell'irrevocabilità dell'ordinanza *ex art. 648 c.p.c.* In dottrina v. A. TEDOLDI, sub *art. 648*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2013, 844 ss.

Così riletto l'art. 648 c.p.c., l'irremovibilità sino alla sentenza di prime cure della provvisoria esecutività, concessa ai sensi di tale disposizione, appare conforme ai principi europei; e una simile conformità risulta sussistere pure nelle ipotesi di mancata motivazione sulla non-vessatorietà, giacché il sindacato che conduce alla provvisoria esecutività si snoda qui attraverso l'operato di più giudici interessati della questione, nonché a valle di un'attività difensiva che, dopo la riforma di cui al d.lgs. 149/2022 e l'introduzione del nuovo art. 171-ter c.p.c., avrà potuto annoverare almeno quattro atti per ciascuna parte (e che, quindi, anche dal punto di vista istruttorio sarà già abbastanza avanzata)⁸⁵.

Il secondo tema che ci eravamo proposti di indagare riguarda la sospensione dell'esecuzione forzata iniziata sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale⁸⁶. In tali ipotesi il titolo esecutivo è privo di un contenuto di accertamento e, quindi, è consentito al debitore esecutato di opporsi anche per ragioni di merito (diversamente da quanto avviene in caso di titolo esecutivo giudiziale).

In particolare, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. il debitore, dopo l'avvio dell'esecuzione, può opporsi ai sensi dell'art. 615 c.p.c. all'esecuzione contestando il diritto della parte istante a procedervi⁸⁷. L'opposizione si propone con ricorso (anche orale, in udienza), che dev'essere formulato da difensore munito di procura alle liti⁸⁸. Il giudice dell'esecuzione fissa allora di fronte a sé un'udienza di comparizione, indicando il termine perentorio entro cui l'esecutato deve notificare al creditore ricorso e decreto. In tal sede il giudice dell'esecuzione, "concorrendo gravi motivi" e "su istanza di parte", può sospendere il processo (con cauzione o senza), assumendo poi gli idonei provvedimenti per la causa di merito (cfr. art. 616 c.p.c.).

Anche queste previsioni, nel permettere al consumatore di ottenere la sospensione di una procedura esecutiva già instaurata, richiedono di venire confrontate con i principi europei; e, soprattutto, con un principio assai generale, e spesso ripetuto dalla Corte, stando al quale il giudice non può limitarsi ad attendere (o a suggerire) una contestazione dell'invalidità delle clausole vessatorie: piuttosto, non appena dispone degli elementi per farlo, deve dichiarare tale invalidità, traendone tutte le conseguenze⁸⁹. Tale principio ha ricevuto, peraltro, declinazione in due arresti abbastanza recenti, cui conviene volgere l'attenzione: Addiko e Impuls Leasing Romania.

⁸⁵ Più complesso è comprendere fino a che punto sia eurocompatibile la disciplina che consente di iscrivere ipoteca sulla base del decreto ingiuntivo e che impedisce di cancellare tale ipoteca nel caso di sospensione della provvisoria esecutività dello stesso. Il *vulnus* che si determina per il debitore, da tempo e da più parti denunciato (v. ad esempio R. CONTE, *La provvisoria esecuzione dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1124), non sembra però collidere con i principi eurolunitari, non traducendosi in un'immediata esecuzione a danno del consumatore (protetto anche dall'art. 96, comma 2, c.p.c.).

⁸⁶ Come, ad esempio, un mutuo con contestuale erogazione delle somme, secondo Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *dejure*.

⁸⁷ Per semplicità si trascurerà l'ipotesi dell'opposizione a precetto.

⁸⁸ Così Cass., 22 luglio 2004, n. 13638, e Cass., 19 dicembre 2006, n. 27162, entrambe in *dejure*.

⁸⁹ Così le decisioni Océano, Pannon, Banif Plus Bank, già tutte menzionate.

Addiko ha ritenuto non compatibile con il diritto eurounitario una disciplina nazionale che subordinava a condizioni molto restrittive e alla costituzione di un deposito di garanzia la sospensione, su opposizione del debitore, di un'esecuzione forzata fondata su un titolo stragiudiziale (non contenente, quindi, alcun accertamento, meno che meno incontrovertibile). Nell'affermarlo la Corte ha sancito che il giudice dell'esecuzione deve poter verificare d'ufficio la natura abusiva delle clausole e che i consumatori non devono essere dissuasi dall'esercizio dei loro diritti dalle spese di patrocinio in relazione all'importo del debito e dall'impossibilità di richiedere il gratuito patrocinio.

Ora, questa sentenza fa sorgere quanto meno alcuni dubbi sulla eurocompatibilità di una disciplina interna che, a fronte di un titolo esecutivo non giudiziale, subordini la sospensione dell'esecuzione a un ricorso. Il giudice dell'esecuzione, infatti, sembrerebbe dover avere il potere di esaminare la vessatorietà delle clausole contrattuali anche in mancanza di un'opposizione all'esecuzione, al fine di sospendere la procedura a fronte di "gravi motivi" (espressione da intendere, anche qui, in modo conforme al principio di effettività, e quindi collegandola a elementi di fatto e di diritto che sono già emersi o che il giudice istruttore ha fatto emergere per mezzo dei suoi poteri istruttori officiosi o, comunque, e stante le ragioni d'urgenza, all'esistenza di un dubbio, se del caso serio, circa la presenza di clausole vessatorie, che il creditore, pur interpellato a tal riguardo, non ha tempestivamente risolto o comunque che il giudice non ha potuto risolvere nonostante i suoi poteri istruttori).

Quantunque l'opposizione possa essere "suggerita" dal giudice, la necessità di un'attività di parte determina comunque uno sforzo (e un rischio: ad esempio di non tempestività o di non corretta instaurazione). Sforzo che nel caso di specie non è irrisorio, se è vero, com'è vero, che l'opposizione all'esecuzione comporta quanto meno delle spese processuali (collegate anche al ministero del difensore) spesso non esigue. Da ciò potrebbe quindi desumersi, dunque, l'inapplicabilità della disciplina interna, nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di sindacare d'ufficio l'assenza del diritto del creditore di procedere a esecuzione. Il che, però, scompaginerebbe il nostro sistema dell'opposizione all'esecuzione, imponendo di ripensarlo nella sua interezza⁹⁰.

⁹⁰ Difficile ipotizzare che il giudice dell'esecuzione possa sospendere d'ufficio il procedimento, in assenza di una qualche norma espressa della legge processuale. Preferibile sarebbe ritenere che l'abusività delle clausole renda addirittura assente il diritto di procedere a esecuzione (come avviene, secondo la più condivisibile tra le opinioni riassunte nel § 2, anche in presenza di un decreto ingiuntivo non opposto che non ha motivato l'esclusione di una o più ragioni di vessatorietà delle singole clausole contrattuali): tuttavia, a voler seguire una simile tesi la collisione rispetto ai principi, anche dogmatici, su cui si fonda l'esecuzione e il meccanismo delle opposizioni – nonché la distinzione tra titoli giudiziali, contenenti un accertamento, e titoli stragiudiziali, che non lo contengono – sarebbe assai profonda e richiederebbe di ammettere che per talune ragioni i titoli stragiudiziali non solo non contengano un accertamento, ma siano addirittura privi – in virtù della preminenza del diritto eurounitario – di efficacia esecutiva.

In senso contrario alla conclusione cui sembrerebbe essersi giunti, tuttavia, potrebbe rilevarsi che per la più recente Impuls Leasing Romania parrebbe essere eurocompatibile una disciplina dell'opposizione all'esecuzione su titolo stragiudiziale che implichi l'esperimento di un'azione di merito, nonché il potere del giudice di merito di sospendere l'esecuzione, purché non sia richiesto il versamento di una cauzione. A dire il vero, la sentenza nulla dice circa la conformità al diritto eurounitario della disciplina dell'azione di merito o di quella dei presupposti per ottenere la sospensione, sicché la sua massima potrebbe essere ingannevole: con la necessità di intenderla in senso assai restrittivo⁹¹, come euroincompatibilità di una disciplina analoga a quella rumena, ma senza alcuna presa di posizione circa la compatibilità di una serie di regole che, per ottenere la sospensione dell'esecuzione, richiedessero un'azione di merito.

Qui, come altrove, sarà però forse solo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia a risolvere le questioni rimaste aperte.

6. Verso un processo per *status*?

L'indagine sinora compiuta rivela una linea di tendenza dell'incrocio tra disciplina nazionale e principi europei, che potrebbe sintetizzarsi nella svalutazione dei titoli esecutivi diversi dalla sentenza (formata a valle di un giudizio ad accertamento pieno, se del caso espletato mediante un rito alternativo rispetto a quello ordinario, anche sommario – o semplificato – di cognizione).

Ovviamente, questa tendenza, che inevitabilmente conduce a una decelerazione dei procedimenti esperiti contro il consumatore (non risultando di fatto esperibili quei riti in cui il contraddittorio e l'istruttoria sono assai limitati), ha dei costi per il sistema e, in generale, per la collettività: il creditore professionista meno tutelato dal diritto processuale, infatti, deve scaricare i suoi maggiori costi proprio sul pubblico dei consumatori.

Tutto ciò impone di cercare, a livello processuale, una soluzione che riesca a perseguire, in uno con l'effettività di tutela del consumatore voluta dall'Unione Europea⁹², esigenze di speditezza (assai sentite soprattutto da creditori istituzionali, come le banche) e di certezza (anch'esse assai percepite, se si pensa che per solito i crediti bancari deteriorati vengono subito ceduti a società veicolo, che ne determinano il prezzo anzitutto in base alla sussistenza di un titolo esecutivo giudiziale definitivo)⁹³.

⁹¹ Salvo non voler ammettere che il nuovo precedente abbia contraddetto quello meno recente: il che, però, va di regola escluso per le decisioni della Corte di Giustizia (e, comunque, imporrebbe di reperire un valido criterio per risolvere l'antinomia).

⁹² E talvolta ricercata anche esageratamente dalla Corte di Giustizia, trascurando le particolarità dei sistemi nazionali. Senonché, come già accennato, risulta assai difficile scorgere negli interventi della Corte dedicati al diritto processuale del consumatore un superamento dei "controllimi" interni.

⁹³ La prospettiva che si assume non è solo quella, più limitata, dell'individuazione di uno stru-

De iure condito le soluzioni che possono immaginarsi non sembrano adeguate o comunque sufficienti: non certo il ricorso alle ordinanze anticipatorie di condanna (che, pur consentendo di formare più o meno rapidamente dei titoli esecutivi, non realizzano a sufficienza l'interesse alla certezza); nemmeno, però, l'attivazione di un rito monitorio (poiché, quantunque i professionisti possano autodenunciare dubbi di vessatorietà al fine di stimolare provvedimenti giudiziali espressi, non può esservi alcuna garanzia di stabilità del sindacato giurisdizionale, nel caso in cui il debitore non dia inizio a un giudizio di opposizione)⁹⁴.

De iure condendo, invece, possono ipotizzarsi diverse soluzioni, che facciano salvi i principi di cui si è discusso sinora: e che, quindi, da un lato assicurino un accertamento e un contraddittorio pieni e da un altro lato non rendano eccessivamente lento il processo⁹⁵.

In particolare, ci si può chiedere se non si debba ipotizzare l'introduzione di una sorta di "rito consumeristico", che consenta al creditore-professionista di attivare un procedimento semplificato (anche ove non ricorrano gli estremi di cui all'art. 702-bis, ora 281-decies, c.p.c.), connotato da penetranti poteri istruttori del giudice (similmente al rito del lavoro). Il giudice potrebbe comunque essere munito del potere discrezionale di mutare il rito, da esercitarsi ove, per la difficoltà dei temi e dell'istruttoria, risultasse preferibile celebrare un procedimento ordinario (fermi restando, nondimeno, i predetti poteri istruttori del giudice, che non verrebbero meno anche a seguito del mutamento del rito).

Del resto, nei rapporti sbilanciati si dovrebbe aver il coraggio di ammettere che nessun procedimento veloce può risultare integralmente soddisfacente (specie se la speditezza è prevista nell'interesse della parte forte, anziché di quella debole) e che tale celerità richiede sempre un contrappeso, inevitabilmente da individuarsi in un forte attivismo, anzitutto (ma non solo) istruttorio, del giudice.

ABSTRACT

La Corte di Giustizia, attraverso numerose decisioni in tema di clausole vessatorie e principio di effettività, ha dato vita a un vero e proprio "diritto processuale consumeristico" di derivazione eurounitaria, non sempre però facilmente intellegibile. Scopo del

mento rimediale che consenta di tutelare il consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, ma quella, ben più ampia, della ricerca di uno strumento che coniughi esigenze di protezione del consumatore e necessità di speditezza e certezza.

⁹⁴ Cfr. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione*, cit., 2125, esprime dubbi sul fatto che il decreto ingiuntivo continui a rappresentare «lo strumento privilegiato di recupero di un credito consumeristico».

⁹⁵ Peraltro, la complessa stratificazione di precedenti cui ha dato vita l'attività della Corte di Giustizia potrebbe spingere lo stesso legislatore eurounitario a disciplinare, tramite un regolamento, alcuni istituti processuali anche di rilievo soltanto interno: in modo, ovviamente, conforme ai *dicta* della Corte (così dando vita a un "diritto processuale eurounitario", presumibilmente "del consumatore", di fonte legislativa).

contributo è di verificare quali siano i riflessi di questo “diritto processuale consuméristico” sul sistema italiano, a prescindere da quello – assai noto, perché esplicitato da una recente sentenza (Banco di Desio) – inerente alla forza di giudicato di un decreto ingiuntivo non opposto dal debitore consumatore, ma fondato su un contratto asseritamente contenente clausole vessatorie.

The EU Court of Justice, by means of several decisions on unfair terms and the principle of effectiveness, has given rise to a EU-derived “consumer procedural law”, which, however, is not always easy to grasp. The aim of this paper is to ascertain the impacts of this “consumer procedural law” on the Italian system, apart from the one - very well known, because made explicit by a recent judgment (Banco di Desio) – concerning the force of res judicata of orders for payment not opposed by the consumer and based on a contract allegedly containing unfair terms.



Il contratto di logistica tra gli artt. 1570 bis e 1677 bis c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice



Roberto Bocchini

SOMMARIO: 1. La fattispecie economica e la sua emersione dalla *lex mercatoria*. – 2. La proposta di legge. – 3. Il contratto di logistica: “prestazioni di più servizi riguardanti il trasferimento di cose”. – 4. L’incessante dibattito sull’opportunità della riforma del diritto contrattuale. – 5. Il contratto di logistica quale contratto di somministrazione di servizi e la modernità della figura della somministrazione. – 6. Le problematiche concrete del contratto di logistica. – 7. La modernità del codice civile e dell’art. 1570 c.c.

1. La fattispecie economica e la sua emersione dalla *lex mercatoria*

L’attività di logistica che si è evoluta nel tempo mantenendo, comunque, una definizione generale, consiste nel seguire il flusso di tutti i materiali che attraversano l’azienda con il compito di effettuarne una gestione completamente integrata fornendo un servizio per il cliente finale in termini di rapidità, precisione e regolarità delle consegne in modo affidabile, per quanto riguarda le risorse impiegate, e riducendo al minimo il costo totale di tali operazioni¹.

Il mondo della logistica è in continua evoluzione sia rispetto alle nuove tecnologie, sia rispetto alla sostenibilità ambientale e si sta proponendo di integrare i due fattori mettendo al servizio dello sviluppo sostenibile l’uso delle tecnologie emergenti.

¹ BIANCO, *La logistica integrata verso il 2000, necessità e tendenze*, Relazione introduttiva a convegno di Frosinone, 24/5/1996, 6.

Con questa evoluzione si intende disciplinare il complesso di elementi e attività che permettono il movimento coordinato di persone, beni e informazioni che saranno la base per garantire il buon funzionamento della società globale². Attualmente la logistica, alla quale si riferisce principalmente il contratto che qui approfondiamo, deve essere intesa come la logistica industriale che, all'interno di un'azienda si inquadra come l'insieme degli impianti, dei magazzini, delle attrezzature e di altri elementi con i quali si mobilitano materiali e prodotti sia in fase di produzione, sia in fase di consegna all'utente finale, mentre, in termini di gestione, deve essere intesa come l'insieme dei processi finalizzati a predisporre la quantità di materiali e prodotti secondo un tempo predeterminato in fase di pianificazione delle operazioni di produzione e di trasporto³.

Si tratta, quindi, di una più complessa attività che comprende molteplici prestazioni contrattuali riconducibili ad una generale prestazione di servizi di durata con una vera e propria esternalizzazione di alcuni processi aziendali⁴.

Secondo la definizione dell'Associazione Italiana di Logistica (AILOG), essa è «l'insieme delle attività organizzative, gestionali e strategiche che governano nell'azienda i flussi di materiali e delle relative informazioni dalle origini presso i fornitori fino alla consegna dei prodotti finiti ai clienti e al servizio post-vendita», ed ancora, secondo la definizione del Council Of Supply Chain Management Professionals «la gestione della logistica è quella parte della gestione della supply chain che pianifica, implementa e controlla l'efficienza e l'efficacia

² Nell'immediato futuro è facilmente ipotizzabile che l'uso integrato delle tecnologie ICT permetterà di concepire servizi logistici oggi ancora non ideati e indirizzati a risolvere problematiche di estremo interesse economico-sociale. Una sfida puntuale è quella di potenziare il settore della cosiddetta logistica inversa (*reverse logistics*), ovvero tutte quelle attività che permettono la dismissione e il riciclaggio dei prodotti arrivati al termine della loro utilizzazione. Questo renderebbe possibile sia il riuso dei materiali senza intaccare le fonti primarie degli stessi, sia impedire che la proliferazione dei rifiuti impatti in modo irreversibile sull'ambiente. In particolare, per il settore delle apparecchiature elettriche ed elettroniche l'Unione Europea spinge gli Stati membri a dotarsi di processi di recupero quanto più efficaci possibile (normativa RAEE, Rifiuti di Apparecchiature Elettriche ed Elettroniche). Le aziende si troveranno sempre più nella necessità di integrare la progettazione e la gestione di tutti i processi del ciclo di vita del prodotto al fine di poter raggiungere gli standard di qualità richiesti sia dai consumatori (in termini di facilità d'uso, sicurezza, durata ecc.) sia dalle direttive riguardanti la sostenibilità ambientale (come quelle di non contenere sostanze dannose, di non impattare negativamente sull'ambiente ecc.). La probabilità di riutilizzare i materiali provenienti da un televisore dismesso, per es., è più elevata se il televisore è stato progettato in modo tale da facilitare il processo di smontaggio e separazione dei materiali per tipologia mediante processi automatizzati. In generale, il concetto da seguire è quello della progettazione in funzione della logistica (*design for logistics*), CONFESSORE, voce *Logistica*, in *Enc. Treccani*, https://www.treccani.it/enciclopedia/logistica_%28XXI-Secolo%29/.

³ CONFESSORE, *op. cit.*, 3.

⁴ Il termine logistica dal greco *logistikos*, che stava a indicare ciò che aveva un senso logico, ha assunto significati più complessi ed è diventato comune in ambito militare, dove stava ad indicare l'organizzazione dei vettovagliamenti per le truppe. Al giorno d'oggi, invece, la logistica industriale, come vedremo, è una delle componenti più importanti del ciclo produttivo.

dei flussi in ingresso e in uscita e dello stoccaggio di merci, di servizi e di informazioni correlate tra il punto di origine e il punto di consumo al fine di soddisfare le esigenze dei clienti».

In un'azienda si possono applicare varie tipologie di logistica: logistica integrata; logistica parzialmente integrata; logistica bipartita; logistica distributiva; logistica manifatturiera; logistica frazionata, in sostanza la logistica gestisce totalmente i materiali che vengono movimentati dall'entrata all'uscita dall'azienda occupandosi dagli acquisti alla distribuzione, passando per la produzione, fino all'ottimizzazione attraverso il coordinamento delle risorse, delle funzioni e delle infrastrutture. L'obiettivo principale è quello di ottimizzare il livello di servizio ai clienti in relazione ai costi. Si può condividere che non esiste una definizione di logistica ferma nel tempo in quanto le modifiche dei sistemi produttivi e dei servizi offerti da un'azienda determinano il cambiamento dei sistemi logistici.

In un caso come nell'altro, comunque, risulta evidente che essa non comprende semplicemente il trasporto merci, ma coinvolge settori ben più ampi: dalla rete di approvvigionamento delle materie prime, alla distribuzione della merce, passando dal processo di ordine ed eventualmente di gestione del reso. Si può, quindi, definire come un vero e proprio servizio di durata, di cui ogni azienda si serve, per la distribuzione continuativa di beni.

Fissato il dato economico appare evidente che la mancata definizione legislativa di un contratto siffatto, che comprende poliedriche e molteplici prestazioni ha determinato, nel tempo, pronunce giurisprudenziali ondivaghe e di diverso tenore generando incertezza nei traffici economici.

In particolare una recente sentenza sembra sintetizzare efficacemente i dubbi interpretativi che potrebbero essere superati con l'integrazione del codice civile di una norma che definisca ciò che la giurisprudenza ha fatto emergere: *«Il contratto di logistica è un negozio atipico, in forza del quale un soggetto, il fornitore di servizi logistici, assume la gestione di una o più fasi delle attività di deposito, movimentazione, manipolazione e trasferimento di prodotti di un altro soggetto, il committente, con organizzazione dei mezzi a proprio carico, e si obbliga quindi alla prestazione dei servizi funzionali allo svolgimento di tali attività, dietro il pagamento di un corrispettivo. Tale contratto configura, quindi, una figura atipica mista, contenente in sé gli elementi di varie fattispecie contrattuali (appalto, deposito, trasporto, somministrazione). Di talché, la relativa disciplina va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (c.d. teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente.*

In altri termini, è la prestazione contrattuale caratterizzante del contratto che determinerà la disciplina normativa applicabile al rapporto contrattuale misto, a prescindere dal ‘nomen iuris’ dato dalle parti allo schema contrattuale⁵».

2. La proposta di legge

Alla luce di tale incertezza normativa e giurisprudenziale le spinte del settore che hanno determinato l'introduzione, a pieno titolo, del contratto di logistica nel codice civile è storicamente dovuta ad una recente proposta di legge dell'associazione di categoria del 27 luglio 2020⁶ con la quale, evidenziando la rilevanza economica del settore logistico del trasporto di merci⁷, si proponeva la modifica del codice civile, con l'introduzione dell'art. 1677-bis c.c., motivata dalla necessità di dare una disciplina puntuale e specifica ad un contratto emerso nella prassi e divenuto di importanza assoluta. Con il contratto di logistica una parte assume, verso corrispettivo, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, congiuntamente le attività di deposito, preparazione, lavorazione, ed eventualmente trasporto di beni di terzi. Il contratto di logistica è regolato dalle disposizioni di legge applicabili alle singole attività di cui esso si compone.

La proposta intendeva, quindi, regolare, con una precisa rubrica e con una compiuta definizione, le disposizioni di legge applicabili alle singole attività, di cui il contratto si compone, determinando in questo modo il “*definitivo superamento della teoria dell'assorbimento e della prevalenza emersa nella giurisprudenza che determina l'applicazione della disciplina della prestazione prevalente attraverso un meccanismo che si è rilevato spesso non agevole e foriero di contenziosi*”.

Si chiedeva l'introduzione nel codice di una norma anzitutto definitoria del contratto per avere “*l'effetto di chiarire in modo perentorio che ciascuna attività, della quale si compone il contratto di logistica, è disciplinata dal complesso di disposizioni (disposizioni codicistiche, leggi speciali) che si applicano alla specifica prestazione garantendo in tal modo, da un lato, che la singola attività sia soggetta alla disciplina ad essa più naturale e pertinente e, dall'altro, che vi sia piena uniformità di regime giuridico e responsabilità tra il prestatore dei servizi logistici e i vari soggetti di cui si avvale*”. Il profilo maggiormente rilevante è stato, quindi, dettato dalla necessità di ottenere una uniformità “*in relazione alle attività*

⁵ Trib. Napoli, 07.05.2021, n. 4347, in *dejure*.

⁶ Proposta di introduzione del contratto di logistica nel codice civile da parte di Assologistica del 27 luglio 2020 alla 1ª commissione affari costituzionali ed 8ª commissione lavori pubblici, comunicazioni della XVIII legislatura, in occasione della conversione in legge del d.l. semplificazioni n. 76/20 con la richiesta di introduzione dell'art. 1677 c.c.

⁷ Nella proposta si ricordava che il valore del settore logistico e del trasporto merci italiano generato da quasi 100.000 imprese con un fatturato di 110 miliardi di euro ed in continua crescita anche grazie allo sviluppo dell'*e-commerce*, dovuto alla pandemia Covid 19 genera un comparto occupazionale che oscilla tra 800.000 ed 1.000.000 di posti di lavoro.

di trasporto per le quali vigono limiti risarcitori dei quali l'operatore logistico rischia di non potersi avvalere". Pertanto si intendeva garantire "la flessibilità necessaria per determinare l'applicazione di qualunque eventuale disposizione di legge speciale che venisse introdotta in futuro per le attività di deposito, lavorazione delle merci e trasporto".

Si reclamava, quindi, l'ingresso del contratto di logistica tra i contratti consacrati nel codice civile, rappresentando, in questo modo, il riconoscimento di un modello contrattuale che disciplina quotidianamente la movimentazione delle merci nel nostro paese contribuendo in modo rilevantissimo alla crescita del PIL e garantendo il sostentamento di milioni di persone anche alla luce dell'imperiosa crescita del commercio *on-line* e delle *supply chain* basate sul *just in time* ovvero sia le catene di approvvigionamento che permettono di portare sul mercato prodotti o servizi.

Alla luce dell'originaria proposta che chiedeva, quindi, l'introduzione di una norma rubricata contratto di logistica con la quale il prestatore di servizio logistico assume, verso corrispettivo, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, congiuntamente le attività di deposito, preparazione, lavorazione, ed eventualmente trasporto, di beni di terzi, la legge di bilancio 2022, del 30 dicembre 2021 n. 234, ha effettivamente introdotto, con l'art. 1 comma 819, un'integrazione del codice con l'art. 1677 bis che così recita: «Prestazioni di più servizi riguardanti il trasferimento di cose» con la seguente definizione «Se l'appalto ha per oggetto, congiuntamente, la prestazione di più servizi relativi all'attività di ricezione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto, alle attività di trasferimento di cose da un luogo ad un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto in quanto compatibili».

Tale originaria definizione è stata, poi, ferma l'epigrafe, immediatamente e definitivamente modificata nel 2022⁸ con la seguente definitiva norma: «Se l'appalto ha per oggetto, congiuntamente, la prestazione di due o più servizi di logistica relativi all'attività di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto, alle attività di trasferimento di cose da un luogo ad un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto in quanto compatibili».

Con tale modifica è stata introdotta, rispetto all'originaria dizione, la parola logistica incredibilmente del tutto obliterata ed è stato statuito che le prestazioni devono essere almeno due per potersi configurare un contratto di logistica.

Negli esigui lavori preparatori si affermava testualmente: «in particolare prevede che, qualora l'appalto abbia per oggetto, congiuntamente, la prestazione di più servizi relativi alle attività di ricezione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento di cose da un luogo ad un altro si applicano le norme in materia di trasporto, in quanto compatibili».

Orbene da una prima lettura appare evidente che, a fronte della proposta di legge nella quale veniva rubricato il contratto come "contratto di logistica", il legislatore ha inteso inserire il contratto all'interno dell'appalto definendolo «prestazione di più servizi

⁸ D.l., 30 aprile 2022, n. 36, art. 37 bis, convertito con modifiche nella legge 29 giugno 2022 n. 79.

riguardanti il trasferimento di cose» e, quindi, assumendo una precisa scelta legislativa, peraltro non chiarita e poco comprensibile alla luce di quanto si illustrerà. Il contratto di logistica è divenuto una «*prestazione di più servizi riguardanti il trasferimento di cose»* e tale definizione unita alla collocazione codicistica lascia più di un dubbio a chi, da tempo, ha approfondito i contratti di durata aventi ad oggetto servizi.

3. Il contratto di logistica: “prestazioni di più servizi riguardanti il trasferimento di cose”

In *nuce* si può, quindi, affermare, per quanto illustrato al §1, che il contratto di servizi di logistica è un contratto attraverso il quale il fornitore somministra in modo duraturo una serie di servizi riguardanti il trasferimento di cose (ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione) con organizzazione dei mezzi a proprio carico, e si obbliga, quindi, alla prestazione dei servizi funzionali al trasferimento di cose (lo svolgimento di tali attività di durata dietro corrispettivo di un prezzo).

È evidente che il programma contrattuale delle parti è volto a pianificare, implementare e controllare l'efficienza e l'efficacia dei flussi in ingresso e in uscita e dello stoccaggio di merci, di servizi e di informazioni correlate tra il punto di origine e il punto di consumo al fine di soddisfare le esigenze delle imprese, che in questo modo, vogliono ottimizzare il livello di servizio ai clienti finali in relazione ai costi⁹.

Ebbene tale attività (che normalmente viene esternalizzata) è disciplinata con un contratto di durata continuativo, o almeno per un determinato periodo di tempo, e non con un contratto a prestazioni istantanee e soprattutto di molteplici attività di servizio ovvero ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione. Questo appare un dato certo!

La dottrina¹⁰ che, anche prima dell'introduzione della modifica codicistica, ha inteso individuare un tipo legale in base al quale determinare la regolamentazione applicabile al contratto di logistica ha identificato nel più ampio *genus* della *locatio operis* e della specie dell'appalto lo schema nel quale ricondurre il contratto di logistica. Infatti si è sostenuto che dove l'appalto abbia per oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi alle norme dettate in tema di appalto si aggiungono, in quanto compatibili, quelle relative al contratto di somministrazione con il combinato disposto degli artt. 1677 e 1570 c.c. e, quindi, l'art. 1677 c.c. funziona da richiamo per l'art. 1570 c.c. inquadrando il contratto di servizio di logistica nell'ampia categoria dei contratti di appalto-somministrazione consentendo di assoggettare il rapporto negoziale alla disciplina speciale dei contratti a cui corrispondono le singole prestazioni e quindi alla normativa generica

⁹ LOPEZ DE GONZALO, *Il contratto di logistica nella giurisprudenza e nella prassi contrattuale*, in *Riv. Comm. intern.*, 2003, 409.

¹⁰ SILINGARDI, *Profili giuridici del contratto di servizi di logistica*, in *Logistica informatica e trasporti*, Messina, 1996, 169.

prevista in tempo di appalto prevarranno, a seconda di casi, le norme sulla prescrizione, sulla responsabilità, sulla ritenzione e sulle tariffe.

Altra dottrina che, per prima, ha approfondito l'argomento¹¹, dopo l'introduzione dell'art. 1677-*bis* c.c. ha avviato i propri percorsi di ricerca dalla necessità di inquadrare il contratto di logistica, anche per la sua collocazione all'interno del codice, nell'appalto di servizi in quanto – si è affermato che – l'art. 1677-*bis* c.c. deve essere letto in collegamento sistematico con l'art. 1677 c.c. che disciplina la prestazione continuativa o periodica di servizi disponendo l'applicabilità, in quanto compatibili, delle norme dell'appalto e della somministrazione. Poiché l'art. 1677-*bis* c.c. nulla dispone in merito alla disciplina applicabile alla prestazione dei vari servizi diversi dell'attività di trasferimento di cose da un luogo ad un altro, per il semplice fatto che la prestazione di tali servizi rientra già nell'ambito delle prestazioni disciplinate in generale dall'art. 1677 c.c. si ritiene che le norme relative al contratto di trasporto di servizi che implica il trasferimento di cose da un luogo ad un altro sia integrato dall'art. 1677 c.c. e ciò viene fatto discendere anche dalla rubrica della norma che, da un lato, dispone sulla prestazione continuativa o periodica di servizi e, dall'altro, per l'art. 1677-*bis* c.c. reca la dicitura «prestazioni di più servizi riguardanti e trasferimento di cose», dimostrando in questo modo anche la rubrica la sussistenza di un rapporto di genere a specie tra le due norme¹².

In forza di tale ricostruzione si afferma che l'art. 1677-*bis* c.c. troverebbe applicazione comunque e cioè sia nel caso in cui il contratto non abbia per oggetto, fermo restando il servizio di trasferimento da un luogo ad un altro, tutti gli altri servizi menzionati nella norma, ma ne ometta qualcuno, sia nel caso in cui il contratto, fermo restando il servizio di trasferimento da un luogo ad un altro, abbia per oggetto ulteriori servizi non menzionati dalla norma come, per esempio, l'imballaggio. In questi due casi i servizi, congiuntamente oggetto della concreta prestazione dovuta dall'appaltatore, restano regolati dall'art. 1677 c.c., sia nell'ipotesi in cui siano minori di quelli previsti all'art. 1677-*bis* c.c. e sia nell'ipotesi in cui siano invece più numerosi¹³. Pertanto, la disciplina del contratto, prevista all'art. 1677-*bis* c.c., risulta dal concorso di tre normative in quanto compatibili: quella dell'appalto, quella della somministrazione e, limitatamente ai servizi che implicano il trasferimento di cose da un luogo ad un altro, quella del trasporto. Ovviamente tale tipo di ricostruzione afferma che lo spazio applicativo dell'art. 1677-*bis* c.c. sarà molto limitato in quanto i contratti di logistica, normalmente utilizzati dalle aziende, sono disciplinati dagli operatori in modo molto dettagliato dovendo disciplinare moltissime prestazioni di singoli servizi oggetto del contratto ed infatti il modello di contratto di fornitura di servizi di logistica integrata costa di ben 47 pagine tra testo ed allegato.

¹¹ CARNEVALI, *L'appalto di servizi: il nuovo art. 1677-bis c.c. e il contratto di servizi logistici*, in *Contratti*, 2022, 253. Per la tesi dell'appalto di servizi si veda anche MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina giuridica dei contratti di fornitura di servizi di logistica integrata*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, 305.

¹² CARNEVALI, *op. cit.*, 254.

¹³ CARNEVALI, *op. cit.*, 255.

La dottrina, quindi, se da un lato si interroga sulla regolamentazione degli altri servizi, in quanto l'art. 1677 c.c. limita la sua applicazione solo alle norme relative al capo sull'appalto ed a quelle sulla somministrazione, dall'altro, riconosce il merito all'integrazione del codice di aver inquadrato il contratto di logistica come «*sottotipo del contratto di appalto di servizi*».

Altra dottrina¹⁴ ha evidenziato, nella propria indagine, il problema della convergenza ad unità dell'autoregolamento di più schemi causali appartenenti a distinte fattispecie negoziali nominate e, quindi, il problema relativo all'ipotesi nella quale viene affiancata alla classica prestazione di *facere* la prestazione di dare tipica della compravendita. In queste ipotesi la logica razionalizzatrice del diritto porta a scegliere lo schema giuridico che meglio disciplina, tra i diversi statuti, l'interesse economico prioritario che le parti hanno inteso contrattualizzare ed armonizzare nello scambio e, quindi, le c.d. garanzie che hanno inteso disciplinare.

Nel nostro caso uno dei punti focali si pone tra la normativa sui vizi redibitori della cosa compravenduta e la normativa sui difetti dell'opera e ciò rispetto ai termini di decadenza e prescrizione¹⁵. Infatti a seconda che si applichi la normativa sulla compravendita ovvero quella sull'appalto i tempi di decadenza e prescrizione saranno più o meno favorevoli. Ma quand'anche prevalesse la normativa sul fare rispetto a quella sul dare ciò non può riverberarsi nella circolazione della ricchezza immobiliare e nell'applicazione, comunque, della relativa normativa che deve in ogni caso prevalere.

Nell'attenta analisi tale dottrina si riporta agli storici studi sul contratto complesso che risulta dall'unificazione di più contratti tipici, il contratto misto¹⁶ il quale invece è permeato dall'unificazione di clausole che si pongono quali frammenti di più contratti nominati ed il contratto atipico evidenziando, peraltro, il limite di questo concettualismo classificatorio¹⁷ che, sussumendo nel contratto tipico, piega all'interesse prevalente la disciplina delle diverse prestazioni.

Ancora sul tema tale dottrina ricorda l'importanza del contratto cosiddetto carismatico che riconosce la sostanziale autonomia dei singoli contratti fra loro coordinati dall'unicità del fine giustificante l'operazione economica complessa.

La teoria della sussunzione, da cui segue la signoria del tipo negoziale ritenuto carismatico, è imbevuta ovviamente di logica formale che rischia di snaturare la causa effettuale del contratto il quale viene innaturalmente sottoposto alla disciplina dello statuto monolitico pur a fronte di una priorità di interessi che determinano la ragion d'essere del regolamento di interessi privati¹⁸.

Ci si rende conto che il giudice, anziché individuare le norme più adatte a regolare le singole prestazioni, si limita ad estrapolare dal sistema la disciplina tipica che, muovendo

¹⁴ CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1110.

¹⁵ Cass., 6.10.2014, n. 20993, in *dejure*; in dottrina v. CALVO, *op. cit.*, 1114.

¹⁶ MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1968, 712.

¹⁷ CALVO, *op. cit.*, 1115.

¹⁸ CALVO, *op. cit.*, 1116.

do da presupposti diversi, parrebbe meglio attagliarsi alle specificità dell'accordo oggetto di lite senza avvedersi che, così agendo, finirebbe con il livellare il regolamento negoziale che viene forzosamente conformato ed agganciato alla prevalenza carismatica del modello che appare più confacente.

In poche parole, con questo modo di procedere, non si andrebbe davvero a disciplinare le prestazioni che le parti hanno voluto inserire nel contratto, ma si andrebbe solamente a forzare la volontà delle parti per poterla agilmente ricondurre all'interno di un determinato tipo, totalizzante e carismatico, che meglio disciplinerebbe, dalla valutazione dei contrapposti interessi, il contratto. Ferma, quindi, la critica a tale modo di procedere appare evidente che è opportuno combinare e non stravolgere i tratti identitari del contratto individuando la disciplina più vicina e coerente con l'interesse che nel complesso anima e giustifica la pluralità degli interessi delle parti¹⁹. Si conclude, quindi, ricordando l'importanza che avrebbe potuto avere l'art.1570 c.c., quale paradigma misconosciuto, con il rimpianto che all'art.1677 bis c.c. si sarebbe potuto inserire un altro comma del seguente tenore: *“Il committente risponde in solido con la controparte, entro due anni dall'estinzione del contratto, dei crediti sorti a favore dei dipendenti dell'obbligato e del subcontraente durante l'esecuzione del rapporto”*²⁰.

Sul punto da ultimo si ricordano le diverse posizioni della giurisprudenza²¹ che predilige il metodo dell'assorbimento in forza del quale è la prestazione contrattuale caratterizzante del contratto che determinerà la disciplina normativa applicabile al rapporto contrattuale misto, a prescindere dal *“nomen iuris”* dato dalle parti allo schema contrattuale.

4. L'incessante dibattito sull'opportunità della riforma del diritto contrattuale

Ripercorrere il dibattito dottrinario sui temi classici dell'individuazione della disciplina più confacente per i contratti non espressamente disciplinati dal codice civile induce ad approfondire l'analisi sul tema della crisi delle categorie²² o come, qualcuno suol dire, sulla crisi degli interpreti²³ nel senso che ci si interroga, ormai da tempo, sul tema se il contratto possa ancora essere considerato come una categoria generale e se le

¹⁹ CALVO, *op. cit.*, 1122.

²⁰ CALVO, *op. cit.*, 1127.

²¹ Trib. Roma, 11.2.2022, n. 29, in *Guida al diritto*, 2022, 17; Trib. Napoli, 07.05.2021, n. 4347, in *dejure*; Trib. Parma, 3.7.2013, n. 985, in *dejure*; Cass., 20.5.2015, n. 10319, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 525; Corte di Appello Roma, 2.9.2014, n. 690, in *dejure*; Trib. Milano, 15.9.2006, n. 10185, in *dejure*; TAR Puglia, 29.7.2003, n. 3015, in *dejure*; Corte di Appello Bologna, 5.2.97, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1997, 1019.

²² Sui principi del diritto sono ben chiare le affermazioni di LIPARI, *Intorno ai “principi generali del diritto”*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28.

²³ GENTILI, *Crisi delle categorie e degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 634.

categorie del contratto siano esposte ad una profonda crisi identitaria unita ad una crisi dell'unicità del paradigma contrattuale, segno inequivocabile dell'età e della complessità economica, che sembra determinare l'impossibilità di ricondurre gli emergenti fenomeni economici negli angusti schemi del nostro codice.

Invero, illustri autori²⁴ hanno affermato che la categoria del contratto è venuta progressivamente perdendo il suo punto di riferimento unitario al punto che parlare di un persistente valore della categoria esprime più un desiderio che una constatazione, più l'esigenza di una continuità lessicale ed argomentativa che richiama ad una unitaria categoria ordinante in quanto la parola contratto non significa nulla, specialmente con riferimento alla disciplina ad esso applicabile. La frammentazione dei nuovi modelli delle *sub* categorie del discorso giuridico e la fuga dal contratto dei nuovi fenomeni legati alle tecnologie digitali sembra determinare una crisi pandemica del contratto.

Non vi sarebbero più criteri che possono rappresentare in modo ordinato i profili economici attraverso nozioni, concetti, categorie che mettano in ordine un sistema di regole e che permettano, quindi, di governare in modo sistematico il fenomeno economico in quanto le categorie non sembrano più adeguate a rappresentare il fenomeno economico ampliato anche dall'applicazione delle nuove tecnologie nel sistema e, dunque, non permetterebbero di avere un quadro armonico corretto.

Secondo il c.d. metodo nuovista²⁵ non sarebbe più possibile rappresentare i nuovi fenomeni economici nelle vecchie categorie giuridiche. Ed anche la giurisprudenza c.d. creativa non sarebbe davvero creativa in quanto, come efficacemente dimostrato, il giudice in realtà non crea, perché se così fosse vi sarebbe insubordinazione alla legge ed alla forza logica del ragionamento interpretativo²⁶.

A fronte di tali interpretazioni distruttive si ritiene, invece, che la dottrina²⁷ abbia efficacemente criticato tale approccio dell'interprete affermando che la difesa delle categorie non è vera conservazione, ma è semplicemente l'unica via possibile per dire e fare il diritto volendo ritenere ancora possibile l'analisi scientifica. L'approccio che appare preferibile disegna le categorie non come i confini entro i quali devono muovere i fenomeni economici, ma come l'unica via possibile per dire e fare il diritto volendo ancora ritenere possibile l'analisi scientifica²⁸ dello stesso, frutto di un'attività puramente ipotetica o addirittura immaginifica²⁹, ma essenziale per la soluzione dei casi attraverso un processo

²⁴ Vedi le citazioni in GENTILI, *op. cit.*, 634-635.

²⁵ GENTILI, *op. cit.*, 653.

²⁶ GENTILI, *op. cit.*, 648.

²⁷ GENTILI, *op. cit.*, 652-653; v. anche G. ALPA, *I contratti speciali nel loro excursus storico. Appunti e considerazioni*, corso straordinario "Il contratto o i contratti?" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021.

²⁸ A.M. BENEDETTI, *La categoria «contratto» tra unicità e molteplicità*, pubblicato del corso straordinario "Il contratto o i contratti?" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, cod. FFP21018, 2021, 1, nota 1.

²⁹ RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, *op. cit.*, 25 e 26.

incessante di adattamento, grazie al quale mantengono la loro vitalità, che risiede essenzialmente in una persistente capacità a contenere il divenire.

Le categorie filtrano il pensiero mettendo ordine e consentendo la comunicazione; come direbbe il Maestro Falzea: senza le categorie ci sarebbe l'anarchia. Le categorie danno logica e sistema ai fenomeni economici riconducendoli sistematicamente nelle norme. In sintesi le categorie devono vivere secondo una dimensione storicizzata e il loro significato deve mutare in relazione ai nuovi fenomeni economici che devono storicizzarsi nella categoria stessa. Invero, seppur il diritto privato è necessariamente altro rispetto alla regolazione del mercato, i sistemi devono comunicare tra loro per permettere un'armonizzazione all'interno delle regole³⁰.

Si può affermare che i nuovi fenomeni tecnologici, che sono disciplinati dal legislatore europeo, determinano che le regole, calate dall'alto, tengano conto della progressiva rilevanza della dinamica economica nelle proiezioni tecnologiche sempre più trasversali che superano i confini politici e territoriali.

L'ordine giuridico complesso, che parte dal riconoscimento dei diritti fondamentali, deve disciplinare programmi economici che non hanno regole ben definite nei singoli codici. Le regole del nostro codice civile, inoltre, potrebbero sembrare non adeguate a disciplinare, con gli schemi ivi delineati, le transazioni economiche del Terzo Millennio, ricche di invasioni tecnologiche e di un'economia degli affari che rischia di creare un mondo e dei modelli paralleli che potrebbe fare a meno degli schemi codicistici e della causa del contratto, così come pensata dal legislatore del 1942³¹. L'operazione economica, intesa come contratto e non atto, consente di collegare la disciplina del contratto alla disciplina del mercato e della concorrenza in quanto permette d'individuare regole più coerenti con le condizioni in cui si svolge la negoziazione e l'esecuzione del contratto-operazione economica³².

Si deve superare l'idea che gli schemi codicistici siano conservati, come in un ricovero di Sassocorvaro³³; è, viceversa, opportuno prendere atto che la loro flessibilità per-

³⁰ A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 7.

³¹ Sul tema si veda ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali?*, intervento nell'ambito del seminario *Il contratto o i contratti?*, *Accademia dei Lincei e dalla Scuola Superiore della magistratura*, Roma, 29.11-1.12.2021, 9, il quale proprio in relazione all'alluvione normativa di origine euro-unitaria individua nella dottrina lo strumento con il quale iniziare a regolare i contratti asimmetrici utilizzano con maggiore consapevolezza lo strumento dell'analogia.

³² GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in GABRIELLI, *I contratti in generale*, Trattato dei contratti, dir. da Rescigno e Gabrielli, vol. 1, Torino, 2006, 34-35.

³³ Come ben noto Sassocorvaro, con la sua possente Rocca Ubaldinesca, ha rappresentato, insieme ad altre località, il posto dove, durante la seconda guerra mondiale, sono stati messi in salvo dal Soprintendente di Urbino Pasquale Rotondi, a partire dal 5 giugno 1940, oltre 10.000 capolavori dell'arte italiana. La Rocca fu concessa in uso dal Comune di Sassocorvaro, che ne è proprietario, alla Soprintendenza alle Gallerie ed alle Opere d'Arte di Urbino, affinché vi salvaguardasse le opere d'arte dai pericoli della guerra. Si è trattato sicuramente dell'intervento più poderoso messo in atto durante la seconda guerra mondiale per mettere al sicuro i capolavori d'arte italiani.

mette di calare i nuovi meccanismi di trasferimento della ricchezza in categorie moderne ed evolute. L'aver preservato le "opere d'arte" nel ricovero di Sassocorvaro permette di darne costantemente luce attraverso l'opera degli interpreti che rendono flessibili gli schemi alle nuove esigenze. In tal senso appare proficua anche quella linea di pensiero che vedendo l'irrompere di molteplici codici di settore si chiede come far coesistere gli istituti del codice civile con le normative di categoria cristallizzate nei nuovi codici.

Ci si chiede se il contratto e la sua disciplina generale possano svolgere il ruolo storicamente indicato dal codice civile anche alla luce delle cosiddette valvole di comunicazione tra il codice civile ed i codici di settore pensate proprio con l'obiettivo di porre, per esempio, il consumatore nella migliore situazione possibile secondo la formula dell'armonizzazione massima del sistema³⁴.

Infatti, si ritiene che l'attività di regolazione dell'Europa non pregiudica la disciplina nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti che non sono disciplinati dalle direttive; quindi, la normativa europea lascia impregiudicata la legislazione nazionale relativamente ai profili di validità del contratto non creando confusioni di ruoli e sovrapposizioni di discipline in quanto il codice civile deve fissare la struttura del contratto e la sua ordinaria fisionomia, ferma la disciplina autosufficiente che inserisce in sé ogni possibile tutela di cui può godere di volta in volta il consumatore o la parte debole sotto qualsiasi veste.

Ebbene, se si condivide tale linea di pensiero, appare chiara l'interazione tra il codice civile e gli altri codici di settore di origine comunitaria ancor di più all'interno del nostro codice civile tra i diversi contratti speciali. L'integrazione deve essere ispirata da una logica di armonizzazione del sistema che le stesse norme del codice civile in alcuni casi possono offrire nella modernità del loro meccanismo.

In tal senso proprio il contratto di logistica rappresenta un esemplare paradigma di quanto fin qui illustrato se sol l'interprete non sia in crisi, ma si sforzi di individuare, nel sistema esistente e nelle categorie la soluzione dei problemi che si rappresentano.

5. Il contratto di logistica quale contratto di somministrazione di servizi e la modernità della figura della somministrazione

Il contratto di logistica è un chiaro esempio pratico attraverso il quale è agevole verificare se, quanto teoricamente illustrato, possa trovare concreta e pratica applicazione³⁵. Invero il dato economico dal quale partire è l'intento delle associazioni di categoria della logistica che intendevano introdurre una norma che *"avrà l'effetto di chiarire in modo perentorio che ciascuna attività della quale si compone il contratto di logistica, è disciplinata*

³⁴ D'AMICO, *Il Contratto o i contratti*, corso straordinario "Il contratto o i contratti?" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, 14.

³⁵ GENTILI, *op. cit.*, 660.

dal complesso di disposizioni (disposizioni codicistiche, leggi speciali) che si applicano alla specifica prestazione garantendo in tal modo da un lato che la singola attività sia soggetta alla disciplina ad essa più naturale e pertinente e dall'altro che vi sia piena uniformità di regime giuridico e responsabilità tra il prestatore dei servizi logistici e i vari soggetti di cui si avvale".

A fronte di tale quadro gli operatori economici chiedevano espressamente l'introduzione dell'art. 1677-*bis* c.c. ed il legislatore ha accolto supinamente l'istanza del comparto di categoria senza rendersi conto che nel nostro codice è presente un'altra norma che molto meglio può e deve disciplinare il contratto di logistica e che, comunque, ben può essere "recuperata" dagli interpreti per poter correttamente regolamentare la fattispecie economica.

Invero, come è stato osservato³⁶, la nuova disposizione, che inquadra il contratto di logistica nel trasporto, è dettata dalla ragione che al contratto di trasporto debba essere ricondotta la logistica e, quindi, tali norme debbano essere applicate impedendo che, tramite il gioco dell'interesse ritenuto prioritario, si soffochino gli interessi informanti di sé le altre prestazioni lasciandosi condizionare da una sorta di mentalità tipizzante e, quindi, di dover procedere alla sussunzione tipologica nell'ambito del trasporto e dell'appalto.

Se, invece, si fosse correttamente guardato l'elenco delle norme previste per i contatti tipici del codice civile si sarebbe potuto più attentamente verificare che l'art. 1570 c.c. sembra il vestito non solo più adatto, ma forse perfetto, che il sarto avrebbe dovuto confezionare per il contratto di logistica. Infatti, ferma la natura permeante di durata del contratto di somministrazione, che prevede che «*si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*», è fuor dubbio che il contratto di logistica è un contratto di durata a fronte del quale, come detto, il fornitore di servizi logistici fornisce una serie di servizi di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione con organizzazione dei mezzi a proprio carico, e si obbliga, quindi, alla prestazione dei servizi funzionali allo svolgimento di tali attività di durata dietro corrispettivo di un prezzo.

In sostanza la causa del contratto deve rappresentare quel momento di sintesi al fine di evitare che il giudice attinga direttamente la soluzione del caso concreto dalla dimensione dei principi, quasi disinteressandosi della mediazione delle regole condannate ad un progressivo deperimento³⁷.

La stessa giurisprudenza deve ricondurre il discorso del controllo causale allo scopo pratico perseguito dai contraenti e, pertanto, nell'individuazione delle norme che meglio disciplinano le prestazioni. Le categorie di parte generale del contratto assumono

³⁶ CALVO, *op. cit.*, 1124.

³⁷ Sul punto le chiare affermazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Le clausole generali e di principi nell'applicazione della parte del contratto*, corso straordinario "Il contratto o i contratti?" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, 6.

una rilevanza determinante per governare il processo di concretizzazione dei singoli ambiti di disciplina dei contratti ai principi³⁸ ed alle clausole generali permettendo, quindi, alla scienza del diritto di coniugare la scienza teorica e la scienza pratica utilizzando, in modo concreto, i principi della parte generale del contratto che devono solo permeare nel rispetto della causa, la decisione del giudice rispetto al caso concreto³⁹ non limitando, peraltro, l'applicazione delle regole delle diverse prestazioni contrattuali, proprio come nel caso della logistica.

Pertanto, se il profilo che sembrava preminente nella proposta di legge era quello di voler applicare le norme sul contratto di trasporto relativamente alle prestazioni *di trasferimento di cose da un luogo a un altro* allora non par dubitabile che, in forza dell'art. 1570 c.c., ben si possono contemperare le esigenze economiche delineate. Infatti sia la durata che il trasporto trovano agevole ricomposizione in tale norma per la quale si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, mentre l'art. 1677 c.c. che sarebbe norma di *genus* rispetto all'art. 1677-bis c.c., norma di *species*, afferma che «*se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione*» limitando, quindi, a solo due serie di normative la disciplina delle prestazioni delle parti. È invece necessario individuare tutte le normative utili a disciplinare tutti i servizi di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione con organizzazione dei mezzi a proprio carico. Resta fermo che potrebbe aver senso, in una futura riflessione, se conviene o meno assecondare la suggestione offerta dalla norma circa la differenza tra attività e contratto di trasporto.

Ebbene, la vicenda negoziale del contratto di logistica e la collocazione della norma definitoria dopo l'art. 1677 c.c. e non dopo l'art. 1570 c.c., con la creazione di un art. 1570-bis c.c., passa per un antico disallineamento anzitutto storico relativo ai lavori del codice civile e, poi, sistematico ed economico. Infatti, si è avuto modo di approfondire⁴⁰ che i contratti aventi ad oggetto la prestazione periodica o continuativa di servizi atipici sono stati relegati in una norma (l'art. 1677 c.c.) di mero rinvio che, da un lato, non definisce il contratto e, dall'altro, non disciplina le prestazioni delle parti rinviando alla normativa prevista per altri contratti, ma tale norma relativa all'appalto non può certo disciplinare i contratti di durata in quanto l'appalto non è contratto di durata, ma a prestazioni istantanee. Invero, la durata nell'appalto è solo strumentale all'esecuzione della prestazione e non funzionale al soddisfacimento dell'interesse del committente il quale subisce il tempo dell'esecuzione della prestazione suo malgrado e non in quanto funzionale allo scopo che intendeva perseguire⁴¹.

³⁸ LIPARI, *op. cit.*, 36.

³⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 14.

⁴⁰ BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999.

⁴¹ BOCCHINI, *op. cit.*, 28-20.

Nel nostro codice l'art. 1570 c.c., a differenza dell'art. 1677 c.c., è uno schema che ben si adatta alla concreta fattispecie in esame in quanto il fornitore di servizi logistici assume la gestione di una o più fasi delle attività di deposito, movimentazione, manipolazione e trasferimento di prodotti di un altro soggetto, il committente, con organizzazione dei mezzi a proprio carico, e si obbliga quindi alla prestazione duratura dei servizi funzionali allo svolgimento di tali attività, dietro il pagamento di un corrispettivo.

Premesso che l'art. 1677 c.c. non contiene alcun criterio di selezione delle due normative richiamate, invece l'art. 1570 c.c., tra le norme richiamate dall'art. 1677 c.c., reca un criterio di selezione della disciplina, perché testualmente recita: «*Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*».

L'art. 1570 c.c. non è allora norma di ritorno dell'art. 1677 c.c. dettata in tema di appalto⁴².

Le due norme non sono corrispondenti, perché non hanno lo stesso contenuto normativo. Invero, l'art. 1677 c.c. non detta un criterio di gerarchia tra norme richiamate in tema di appalto e norme richiamate in tema di somministrazione, laddove l'art. 1570 c.c. detta questo criterio affermando, addirittura letteralmente, che le norme dei contratti a cui corrispondono le singole prestazioni (e, pertanto, le norme sull'appalto) si applicano soltanto se compatibili con le norme sulla somministrazione. Onde il criterio di compatibilità si traduce nel criterio di gerarchia a favore delle norme sulla somministrazione.

Argomenti di ordine logico, positivo e storico impongono di superare l'interpretazione di chi riconduce la portata applicativa dell'art. 1570 c.c. ai soli contratti aventi ad oggetto prestazioni di cose (come per esempio la permuta od il contratto estimatorio).

Anzitutto, lo stesso codice all'art. 1677 c.c. dichiara applicabili le norme sulla somministrazione ad un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di durata. E tra le norme richiamate vi è anche l'art. 1570 c.c., che va inquadrato in armonia con l'art. 1677 c.c.

L'art. 1570 c.c., a sua volta, non è in contrasto con l'art. 1677 c.c., perché si tratta di una norma neutra che non detta alcun criterio di prevalenza di una normativa sull'altra. Onde, se tra le norme richiamate dall'art. 1677 c.c. vi è una norma che detta un criterio di prevalenza tra le due serie di normative, non si vede la ragione per la quale tale criterio non debba trovare applicazione.

Questo primo argomento di diritto positivo è suffragato da un argomento di ordine logico posto che le norme in tema di somministrazione sono perfettamente applicabili anche ai contratti aventi ad oggetto servizi. Infine, il dato emergente dai lavori preparatori del codice in tema di somministrazione, che la più recente ricerca ha giustamente portato alla luce, è significativo.

La disciplina dettata dal codice in tema di somministrazione fu redatta pensando ad una figura di somministrazione "bivalente" e, cioè, avente ad oggetto la prestazione continuativa sia di "cose", sia di "servizi". Eloquentemente è il testo dell'art. 398 del Progetto

⁴² SILINGARDI, *op. cit.*, 169.

preliminare del codice di commercio che, sotto il titolo «*contratto di somministrazione*», recita: «*in virtù del contratto di somministrazione uno dei contraenti si obbliga verso l'altro per un prezzo determinato o variabile, ad una serie di prestazioni periodiche o ad una prestazione continuativa di cose o servizi*»⁴³.

Si è, altresì, evidenziato che la mutilazione, all'ultimo momento, dell'espressione "servizi", nella definizione dell'art. 1559 c.c., non trova, nei lavori preparatori, giustificazione alcuna, e, quel che più conta, lascia del tutto inalterate le singole norme sulla somministrazione che, pensate originariamente con riferimento sia alle cose, sia ai servizi, rimangono bivalenti nel testo definitivo del codice e, cioè, perfettamente applicabili in massima parte sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di cose, sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi⁴⁴.

Gli argomenti svolti trovano, infine, un supporto di carattere sistematico molto rilevante nel principio di "specialità". Infatti, individuato l'ambito di applicazione della normativa sulla somministrazione, la dottrina più recente ha, poi, individuato un criterio di gerarchia tra le due serie di normative, quanto dire la ratio dell'art. 1570 c.c.

Tale *ratio* va individuata nel "principio di specialità". Proprio poiché per necessità logica, prima ancora che giuridica, anche nel processo di qualificazione deve essere considerato il principio secondo cui *lex specialis derogat generali*, le norme sulla somministrazione, che sono dettate in funzione della durata della prestazione, devono essere considerate preminenti rispetto a quelle sull'appalto, dettate per prestazioni istantanee, esprimendo la durata, appunto, un tratto che caratterizza e specifica la prestazione istantanea. Diversamente verrebbe meno la stessa ragion d'essere delle norme sulla prestazione duratura.

Sembra agevole allora rilevare che nel nostro codice civile è chiaramente individuato uno schema contrattuale anticipatore ed antesignano dei moderni contratti di durata aventi ad oggetto servizi in quanto permette di collocare in modo adeguato e moderno la fattispecie economiche.

Dopo aver individuato la normativa concretamente applicabile al contratto di durata avente ad oggetto servizi è ora possibile inquadrare sistematicamente tale contratto che, tenuto conto della disciplina prevalente, può correttamente qualificarsi come somministrazione di servizi.

In tale inquadramento sistematico la dottrina correttamente utilizza e la nozione "struttura" (le singole prestazioni) e la nozione "funzione" (la durata).

Invero la dottrina che ha studiato sul piano sistematico la somministrazione, ha utilizzato una delle due nozioni, ma non entrambe. La teoria unitaria guarda la funzione e

⁴³ BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, in *I contratti di somministrazione e distribuzione*, in *Tratt. dei contratti*, a cura di BOCCHINI GAMBINO, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011, 18-19.

⁴⁴ BOCCHINI, *op. cit.*, 28.

lascia nell'ombra le strutture variabili del contratto, laddove la teoria atomistica guarda la diversità delle prestazioni e svaluta la funzione unitaria.

Il superamento delle contraddizioni insite in una visuale unilaterale del fenomeno giuridico in analisi può aversi solo attraverso la constatazione che la tipizzazione legale della somministrazione è un processo a doppio grado a cui il nostro legislatore è ricorso con l'obiettivo di un fenomeno complesso teso a soddisfare una funzione unitaria (bisogno durevole), in campi diversi dell'economia.

Al primo livello di tipizzazione il legislatore ha previsto uno schema funzionale costante alla cui realizzazione è inteso il regolamento contrattuale. Al secondo livello di tipizzazione il legislatore ha operato un rinvio ad un gruppo indefinito di norme che disciplinano i contratti a cui corrispondono le singole prestazioni e, quindi, ad una serie indefinita di subfattispecie, rispetto alla fattispecie primaria, tutte compatibili ed integrabili nello schema funzionale della fattispecie primaria⁴⁵.

La conclusione della dottrina più recente è, dunque, che «*il contratto di somministrazione è un regolamento a struttura variabile funzionale alla durata*».

Tale teoria non si aggiunge alle altre teorie già formulate dalla dottrina e che esauriscono ogni possibilità definitoria (teoria unitaria, teoria atomistica, teoria mista, ecc.), ma ha il pregio di porsi su un diverso piano di analisi e, per tal via, si propone di superare le divergenze tra le diverse teorie sin qui formulate. Ciò sulla base del rilievo che, sul piano giuridico, "struttura" e "funzione" non possono scindersi, né scindere l'unità del fenomeno giuridico che è composto di entrambi questi elementi. Proprio tale elemento sembra sfuggire ai sostenitori delle teorie atomistiche che vedendo solo le singole pre-

⁴⁵ Come abbiamo osservato in altra sede questo processo di tipizzazione a doppio grado può essere specificato non solo con riguardo ai *negozi*, ma anche con riguardo alle *norme*. A livello normativo è agevole inquadrare il processo di tipizzazione nelle tecniche del c.d. *rinvio recettizio* attraverso le quali si tende a risolvere il problema del concorso di norme. Le norme sulla somministrazione prescindono totalmente dall'oggetto della prestazione prevista nel contratto. Esse sono norme, quindi, di carattere funzionale perché disciplinano la funzione di durata del contratto avente ad oggetto la prestazione di una attività. Ma tale disciplina è elastica e bivalente perché idonea a raccogliere norme diverse aventi ad oggetto diverse tipologie di prestazioni (cose, servizi, ecc.). La normativa funzionale non è, dunque, esaustiva perché attraverso la tecnica del *rinvio recettizio* il legislatore richiama "*anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*". Queste regole sono variabili e fungibili ed hanno natura strutturale perché costituiscono materia volta per volta diversa che dà contenuto alla funzione costante di durata. Naturalmente il rinvio alle norme sulle prestazioni non può avvenire e non avviene astraendo tali prestazioni dalla struttura contrattuale (appalto, vendita, permuta, ecc.) nella quale esse sono inserite. Se il legislatore avesse voluto seguire questa tecnica della astrazione delle prestazioni dalla loro struttura contrattuale avrebbe dovuto rinviare non "*alle regole che disciplinano il contratto*" a cui corrispondono le singole prestazioni, ma *tout court* alle regole che disciplinano le obbligazioni in generale. Il legislatore, invece, rinviando alle regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni parte dall'idea, come è stato osservato, che le prestazioni, avulse dal contratto sotto il quale sono disciplinate, perdono significazione.

stazioni del contratto di somministrazione e non la funzione giuridica complessiva del contratto, finiscono con il valorizzare solo la natura economica del progetto negoziale⁴⁶.

Ma questo punto sembra sfuggire anche alle teorie unitarie che, abbagliate dalla funzione, sfumano l'importanza delle singole prestazioni che rappresentano, invece, il tessuto strutturale del contratto come proprio gli esigui lavori preparatori in tema di contratto di logistica vogliono fare emergere.

La qualificazione della nostra fattispecie giuridica, oggetto della disciplina normativa, è utile non solo all'analisi teorica, ma anche alla migliore interpretazione della disciplina di diritto positivo perché, tra inquadramento sistematico del contratto e sua disciplina normativa, deve esserci un rapporto di compatibilità nel senso che la disciplina deve essere compatibile con la qualificazione e viceversa. Quando questa compatibilità manca, l'interprete è autorizzato ad intervenire per rettificare la qualificazione e orientare, così, meglio l'interpretazione della disciplina. E, per chiudere il cerchio, si osserva che proprio la somministrazione integra gli estremi dello schema negoziale aperto (o incompleto), elettivamente destinato a essere completato da altri tipi contrattuali di volta in volta presupposti dal vincolo a tratto successivo⁴⁷.

Lo stesso ruolo della giurisprudenza deve essere correttamente posto come la regolazione del frammento stesso attingendo allo statuto generale del contratto⁴⁸, «*coordinando le regole attingibili dagli statuti tipici che permettano di edificare le colonne dell'ordinamento del caso concreto nel modo più confacente alla specificità delle clausole frutto dell'autodeterminazione privata*»⁴⁹. In tal senso la ricostruzione della logistica, quale contratto a struttura variabile, funzionale alla durata, e quindi una prestazione duratura di cose o servizi che viene disciplinata rispetto alle molteplici prestazioni dalle regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, si attaglia perfettamente alla fattispecie economica in esame.

6. Le problematiche concrete del contratto di logistica

Alla luce di tale ricostruzione esaminiamo allora, alcune problematiche in tema di logistica emerse nella prassi degli affari per verificare l'adeguatezza del metodo indicato e la sua natura di contratto di durata a struttura variabile con l'applicazione delle singole normative, in quanto compatibili, relative alle singole prestazioni.

Un primo problema riguarda il termine di prescrizione. Invero qualora si affermi, come avvenuto in passato, che il contratto di logistica sia sussumibile nell'appalto di servizi allora il termine è di due anni per quanto attiene al diritto di garanzia in favore

⁴⁶ BOCCHINI, *op. cit.*, 29.

⁴⁷ NUZZO, voce *Somministrazione (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 1276.

⁴⁸ MONTICELLI, *I contratti per l'esecuzione delle opere e dei servizi*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di MONTICELLI e PORCELLI, Torino, 2013, 150.

⁴⁹ CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1122.

del committente e, viceversa, quello ordinario decennale per quanto concerne il diritto dell'appaltatore al corrispettivo⁵⁰; se, invece, si ritenga che il contratto sia sussumibile nel contratto di trasporto allora si applica l'art. 2951 c.c. con il relativo termine di prescrizione annuale.

Ovviamente le associazioni di categorie ritengono equo applicare l'art. 2951 c.c. con il termine prescrizione breve in quanto proprio per le attività di trasporto il termine più breve di un anno, in luogo di quello di due anni o addirittura di dieci anni, permette agli operatori di settore di avvalersi dei limiti temporali risarcitori che appaiono più pertinenti rispetto alle singole attività svolte ed ai vari soggetti coinvolti nell'operazione economica, non ampliando in modo irragionevole le tutele perché collegate ad un unico schema contrattuale pur nella consapevolezza della natura e funzioni diverse proprio per le singole prestazioni. Ebbene l'applicazione dell'una oppure dell'altra normativa sposta decisamente le tutele dei soggetti coinvolti nell'operazione economica.

Alla luce della ricostruzione effettuata lo schema del contratto nella somministrazione di servizi di logistica permette allora di delineare in modo coerente il quadro delle prestazioni e delle responsabilità della parti.

Se i servizi di logistica non si risolvono in prestazioni meramente accessorie al trasporto o alla spedizione (custodia, deposito, carico e scarico delle merci), ma si traducono in operazioni più complesse e si articolano in molteplici attività ad esso correlate (quali ad esempio lavori di imballaggio, raccolta ordinativi, trasferimento, gestione della conservazione delle merci, deposito, riconsegna a differenti destinatari) viene in rilievo un'articolata prestazione di servizi, rispetto alla quale il rapporto va assoggettato non alla disciplina dell'appalto, più specificamente, "di servizi" ex art. 1677 c.c. (in quanto come ricostruito è la durata, quale elemento preponderante, che determina l'unitarietà del contratto) e, quindi, secondo la ricostruzione che appare preferibile, alla somministrazione ed in forza dell'art. 1570 c.c. alle «*regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*».

Invero, la giurisprudenza citata⁵¹ si riporta alla Suprema Corte quando afferma che in caso di fattispecie negoziale mista, con prevalenza, sotto il profilo causale, del contratto di appalto su quello di trasporto (contratto di appalto e contratto di servizi di trasporto), trova applicazione, in materia di prescrizione, la disciplina propria del tipo contrattuale prevalente e quindi, con specifico riferimento ai contratti di appalto di servizi di trasporto, questa Corte ha precisato che il termine annuale di prescrizione dei diritti nascenti dal contratto di trasporto, di cui all'art. 2951 c.c., trova applicazione anche quando le varie prestazioni di trasporto siano rese (come appunto nel caso di specie) in esecuzione di un unico contratto misto di appalto di servizi di trasporto. In tale ipotesi, infatti, deve farsi riferimento alla normativa in materia di trasporto per individuare quelle

⁵⁰ Cass., 18.12.99, n. 14239, in *dejure*.

⁵¹ Trib. Milano, 15.9.2006, n. 10185, in *dejure*; Corte Appello Bologna, 5.2.97, in *Riv. Giur. circol. trasp.*, 1997, 1019.

norme che, come la durata della prescrizione, sono intimamente collegate alla concreta tipologia della prestazione.

Il termine annuale di prescrizione dei diritti nascenti dal contratto di trasporto, previsto dall'art. 2951 c.c., trova applicazione anche quando le varie prestazioni di trasporto siano rese in esecuzione di un unico contratto (misto) di appalto di servizi di trasporto, dovendosi in tale ipotesi far capo alla normativa in tema di trasporto, per individuare quelle norme che, come la durata della prescrizione, sono intimamente collegate alla concreta tipologia della prestazione⁵².

Ebbene tale ragionamento non convince in quanto se si riconosce che le prestazioni di servizi ricadono nell'ambito dell'appalto di servizi in quanto si tratta di un contratto con molteplici prestazioni e poi, invece, si applica la normativa sul trasporto si deve obiettare che l'art. 1677 c.c. rimanda alla normativa dell'appalto e della somministrazione, in quanto compatibili, non indicando anche il contratto di trasporto tra le norme di rinvio. Invece il contratto di somministrazione, con l'art. 1570 c.c., permette un'applicazione piana e logica della vicenda economica e contrattuale prevedendo, in modo coerente, l'applicazione delle regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni ed appare in continuità con la gestione delle variegate prestazioni di servizi a carattere continuativo, attraverso l'organizzazione e la pianificazione coordinata e continuativa delle varie prestazioni oggetto del contratto e dei mezzi necessari alla loro esecuzione. Di talché se il contratto per "servizi logistici integrati" costituisce un figura unitariamente riconducibile, sotto il profilo causale, alla fattispecie tipica della somministrazione allora ben potranno essere applicate, a seconda delle prestazioni, le relative regole e, quindi, per esempio, in tema di trasporto, la normativa codicistica con i relativi termini prescrizionali riconducendo in modo coerente, a sistema ed a categoria, il contratto di logistica che, quindi, non subisce pur avendo diverse e variegate prestazioni, la forza carismatica di un contratto prevalente rispetto all'altro.

Esaminando i contratti di logistica emerge in modo evidente che l'attività svolta dal somministrante è ben più ampia del semplice trasporto e spedizione di merce in quanto esso offre una ampia gamma di servizi di durata che possono essere così sintetizzati: 1) ritiro e accettazione di merci di provenienza delle unità produttive del committente o di terzi, 2) controllo fisico e documentale della merce, 3) confezionamento e riconfezionamento di merci, 4) gestione delle spedizioni e di trasporti delle merci, 5) predisposizione e gestione ed emissione della documentazione di spedizione e trasporto, 6) predisposizione ed attivazione delle relative coperture assicurative, 7) consulenze in ordine all'attività i servizi logistici attinenti la gestione dello stoccaggio, 8) esecuzione e studi di fattibilità relative all'incidenza dei costi ed ottimizzazione delle risorse. Da questo sem-

⁵² Cass., 13.11.97, n. 9128, in *Dir. trasporti*, 1999, 929 ss., con nota di RIGUZZI, *Appalto di servizi di trasporto e termine di prescrizione*. V. anche Cass., 21.10.97, n. 10332, in *Dir. maritt.*, 1999, 730 ss., con nota di BRIGNARDELLO, *Dai contratti concernenti una serie continuativa di prestazioni di autotrasporto ai contratti di servizi logistici. Questioni attinenti ai termini di prescrizione*; Trib. Parma, 3.07.13, n. 813, in *dejure*.

plice elenco di prestazioni coordinate e continuative, che vengono rese all'interno di un contratto di logistica, ben ci si rende conto che il punto non è tanto verificare se l'attività svolta è quella di spedizioniere commissionario *ex art.* 1737 c.c. o quella di spedizioniere e vettore *ex art.* 1741 c.c. in quanto sul somministrante gravano prestazioni direttamente attinenti al circuito produttivo dei capi di abbigliamento che senza un contratto di logistica verrebbero tradizionalmente esplicitate dal produttore stesso. Pertanto, anche alla luce della dettagliata regolamentazione contrattuale delle modalità di esecuzione dell'attività e delle mansioni da affidare al somministrante appare evidente che, a differenza di quel che ritiene una parte della dottrina⁵³, ricondurre il contratto all'interno dell'appalto non è condivisibile; invece questo insieme di prestazioni di servizi trovano nel contratto di somministrazione di servizi e nell'art. 1570 c.c. il loro naturale alloggiamento e la disciplina più confacente all'operazione economica.

Altro profilo critico che è emerso nella pratica degli affari riguarda il diritto di ritenzione ed i relativi privilegi di cui agli artt. 2756-2761 c.c. Infatti gli strumenti di autotutela previsti per i crediti determinati dalle prestazioni rese e, quindi, il compenso dovuto al prestatore di servizi di logistica, possono essere ricondotti, a seconda della normativa applicabile, a quelli del vettore in forza della quale egli potrà trattenere la merce custodita per l'esecuzione delle obbligazioni di consegna al destinatario, a quelli del deposito specificamente ai crediti del depositario in relazione ai prodotti custoditi nei magazzini, ovvero ai crediti del mandatario derivanti dall'esecuzione delle varie prestazioni e della riscossione dei relativi crediti *ex art.* 2761 c.c., nonché delle prestazioni di conservazione e miglioramento della merce.

Da quanto illustrato ne discende che anche per quanto concerne la tutela del credito nel contratto di logistica la migliore tutela del prestatore dei servizi trova conforto in base alle singole prestazioni espletate all'interno del contratto e, quindi, l'art. 1570 c.c. permette l'applicazione delle norme relative alle prestazioni rese⁵⁴ con il relativo diritto di ritenzione.

Altro profilo problematico che è emerso dalla pratica degli affari riguarda i limiti alla responsabilità del vettore per perdita o avaria delle cose trasportate fissato all'art. 1696, comma 2, c.c. ed il relativo obbligo di custodia in quanto nell'ipotesi pratica in cui sia stata rubata merce all'interno del magazzino della società di logistica e si dovesse applicare la normativa prevista dell'art. 1696 comma 2 c.c., relativa al contratto di trasporto, si dovrebbe soggiacere al profilo della colpa grave relativo alla custodia ed ai limiti del risarcimento come previsti dalla relativa norma in materia di trasporto⁵⁵. Se, quindi, si ritiene che il contratto di logistica abbia l'interesse prevalente del trasporto terrestre anche il deposito avrebbe una funzione ancillare del bilanciamento complessivo degli interessi ragion per cui l'obbligato alla custodia della merce altrui può beneficiare della

⁵³ SILINGARDI, *op. cit.*, 154-155.

⁵⁴ SILINGARDI, *op. cit.*, 167-168.

⁵⁵ CALVO, *op. cit.*, 1120-1121.

limitazione legale relativa al contratto di trasporto con le illogiche conseguenze che ne derivano⁵⁶. Ovviamente le conseguenze a valle del ragionamento aprioristico che si confuta comporterebbero anche l'applicazione del termine breve di prescrizione in quanto si tratterebbe un contratto misto di appalto e di trasporto.

Diversamente opinando, se invece si ritiene che la norma primaria, dalla quale partire per disciplinare le prestazioni del contratto di logistica, è l'art. 1570 c.c. si possono ben semplicemente applicare le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondevano le singole prestazioni e, quindi, in questo caso applicare, l'art. 1768 comma 1 c.c. relativa al contratto di custodia. È evidente che questa ricostruzione, che si predilige, permette di disciplinare le singole prestazioni contrattuali in base alla loro natura non stravolgendone il significato con la relativa normativa. Quindi, la prestazione di custodia che, nell'ambito dei servizi forniti, rappresenta non un elemento ancillare alla prestazione di trasporto, ma una prestazione importante con la sua autonomia funzionale ed economica, trova la sua corretta disciplina. Infatti la custodia non è affatto ancillare al trasporto, ma rappresenta una delle diverse prestazioni rese nell'ambito del contratto di logistica: il committente ben può eliminare il deposito dai propri magazzini, con i relativi costi, facendo consegnare la merce dal produttore direttamente alla società di logistica e, poi, al cliente finale eliminando anche un passaggio della propria catena di produzione. Se questo è il dato economico, la disciplina da applicare deve essere proprio quella della custodia perché si tratta proprio di custodia e non di "custodia legata al trasporto" della merce e, quindi, trasporto.

Un ulteriore problema che si pone rispetto alla nuova formulazione dell'art. 1677-*bis* c.c. riguarda il timore che si possa sottrarre l'intero settore logistico dall'ambito di appli-

⁵⁶ Il risarcimento dovuto dal vettore non può essere superiore a 1 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti nazionali terrestri e all'importo di cui all'articolo 23, paragrafo 3, della Convenzione relativa al contratto di trasporto internazionale di merci su strada, con Protocollo, firmata a Ginevra il 19 maggio 1956, ratificata ai sensi della legge 6 dicembre 1960, n. 1621, nei trasporti internazionali terrestri, ovvero ai limiti previsti dalle convenzioni internazionali o dalle leggi nazionali applicabili per i trasporti aerei, marittimi, fluviali e ferroviari, sempre che ricorrano i presupposti ivi previsti per il sorgere della responsabilità del vettore. Nel caso in cui il trasporto sia effettuato per il tramite di più mezzi vettoriali di natura diversa e non sia possibile distinguere in quale fase del trasporto si sia verificato il danno, il risarcimento dovuto dal vettore non può in ogni caso essere superiore a 1 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti nazionali e a 3 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti internazionali.

Le disposizioni dei commi primo, secondo e terzo non sono derogabili a favore del vettore se non nei casi e con le modalità previsti dalle leggi speciali e dalle convenzioni internazionali applicabili.

Il vettore non può avvalersi della limitazione della responsabilità prevista a suo favore dal presente articolo ove sia fornita la prova che la perdita o l'avaria della merce sono stati determinati da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti, ovvero di ogni altro soggetto di cui egli si sia avvalso per l'esecuzione del trasporto, quando tali soggetti abbiano agito nell'esercizio delle loro funzioni.

cazione della responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi gli obblighi previdenziali che gli appaltatori subappaltatori hanno nei confronti dei loro dipendenti *ex art.* 29 comma 2 d.l. 276/03. Invero, nel settore dei trasporti vige un particolare regime di responsabilità per il quale il committente è responsabile in solido per il periodo di un anno per le retribuzioni e i contributi previdenziali dovuti dal vettore e dal subvettore solo ove non verifichi prima della stipulazione del contratto la regolarità contributiva attraverso l'acquisizione del DURC.

Con l'introduzione dell'art. 1677 *bis* c.c. c'è il timore che sia vanificata la responsabilità solidale in questione determinando l'esenzione del committente da detta responsabilità in quanto se si riconducesse la prestazione all'appalto di servizi e non al settore dei trasporti non si utilizzerebbe più il regime di responsabilità delineato dall'art. 83 *bis* d.l. 112/08 convertito in legge n. 133/08, così come modificato dalla legge n. 190/14, ma si applicherebbe seccamente la normativa sulla appalto di servizi che escluderebbe tale responsabilità solidale.

Anche in questo caso la centralità della somministrazione di servizi con l'art. 1570 c.c. permetterebbe di applicare la giusta normativa relativa alla prestazione resa.

7. La modernità del codice civile e dell'art. 1570 c.c.

Alla luce di quanto fin qui illustrato sembra emergere in modo chiaro la modernità del codice civile con le proprie categorie che permettono di disciplinare in modo adeguato anche le nuove fattispecie economiche⁵⁷ che ben possono inquadarsi all'interno delle categorie esistenti attraverso un processo di adattamento che viene definito da un Maestro⁵⁸ un'operazione importante che non deve far ripiegare l'operazione economica alla norma giuridica aprioristicamente intesa. Tale operazione va compiuta in modo corretto, individuando la categoria e lo schema contrattuale, come in questo caso, che

⁵⁷ Per comprendere l'evoluzione alla quale i nostri schemi contrattuali sono continuamente sottoposti si fa presente che, in seguito all'Europa in occasione di Ifa 2022 di Berlino lo scorso autunno, in Italia è arrivata la prima lavatrice in abbonamento che imposta da sé i lavaggi sfruttando i benefici dell'intelligenza artificiale e che offre un pacchetto tutto compreso con quattro possibili piani a seconda della frequenza dei lavaggi, da chi vive da solo a chi ha una famiglia numerosa. In questo modo i detersivi basati su una soluzione chiamata Chimica Disaggregata che ottimizza ogni lavaggio riducendo sprechi, risparmiando l'elettricità e riducendo l'inquinamento. Con questa somministrazione di servizi in abbonamento tutto incluso si superano tutti i costi dell'uso della lavatrice, i detersivi, installazione, collegamento al web, assistenza e manutenzione, promettendo di migliorare del 70% le prestazioni riducendo al minimo l'impegno. Ovviamente il sistema è progettato per funzionare da remoto con la scannerizzazione delle etichette dei capi per una migliore scelta del programma e Eco-Schedule per programmare l'avvio degli elettrodomestici direttamente nelle fasce orarie più convenienti a seconda del proprio fornitore di energia.

⁵⁸ RESCIGNO, *op. cit.*, 25-26.

meglio disciplinano la fattispecie economica⁵⁹. Sembra opportuno evidenziare che le categorie hanno, da sempre, vissuto in una dimensione storicizzata con una continua contaminazione dei nuovi fenomeni che, quando non trovano adeguata disciplina all'interno degli schemi esistenti, meritano la confezione di nuovi schemi e, nel caso, di nuove categorie, che dovrebbero essere disegnate con il tratto sapiente dell'antico legislatore per incastonarsi all'interno dei codici degli anni '40. Non a caso il VII libro del codice civile e cioè la legge fallimentare, che disciplinava la crisi delle società, previste dal libro V, e che può, in realtà, considerarsi il vero VII libro del nostro codice, quando è stata recentemente riformata prevedendo, da un lato nuovi, istituti e dall'altro nuovi obiettivi passando dal fallimento alla crisi ed all'insolvenza e, quindi, con nuovi importanti istituti e concetti, ha mantenuto salda la struttura degli istituti tratteggiati nel 1942. La stessa commissione Trevisanato, nei lavori preparatori, ha dovuto riconoscere la difficoltà di riscrivere, in modo completamente diverso, istituti che hanno retto gli anni mantenendo la loro capacità di disciplinare interessi e persone in quanto le categorie vanno positivamente innovate e non distrutte.

Tutto vero, ma se poi il legislatore non è accorto e colloca una nuova fattispecie economica all'interno di un contratto che non ha la medesima causa della nuova fattispecie economica che si fa? Se i lavori preparatori non sono adeguati o addirittura oscuri e non giustificano questa classificazione che si fa?

Con le considerazioni fin qui svolte si è cercato di dare una giustificazione ed una collocazione diversa ad un nuovo contratto, molto affermato nella pratica degli affari, chiarendo perché l'operazione economica permeata di durata, che ne rappresenta "l'anima" del contratto, deve trovare adeguata collocazione in una norma del codice civile che avendo una sorprendente modernità può rappresentare la giusta collocazione per tutti i futuri contratti di durata aventi ad oggetto servizi. Ciò permette al legislatore di essere attuale e moderno anche rispetto a contratti che mai, nel 1942, il mondo degli affari avrebbe potuto immaginare.

ABSTRACT

Il saggio approfondisce l'art. 1677-bis c.c. che, novellando il codice civile, prende in considerazione, per la prima volta, la figura del contratto di logistica il cui termine, peraltro, anche a seguito di un'ulteriore novella codicistica, non appare né nell'epigrafe, né nella definizione. Con tale norma si è inteso assecondare le spinte degli organismi di settore che volevano far emergere la rilevante fattispecie economica dalle ondivaghe pronunce giurisprudenziali per dare certezza ai traffici economici.

Si è definito il contratto come appalto con il quale il fornitore di servizi logistici, assume la gestione di una o più fasi delle attività di ricezione, deposito, custodia, spedizione e trasporto di prodotti da un luogo ad un altro dietro il pagamento di un corrispettivo.

⁵⁹ BENEDETTI, *op. cit.*, 4.

Il legislatore, inserendo il contratto sotto il capo dell'appalto, non ha però preso atto della vera natura del contratto di servizi di logistica caratterizzato anzitutto dalla funzionalità delle prestazioni di durata con il quale il fornitore di servizi logistici fornisce, in modo duraturo, una serie di servizi riguardanti ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione, con organizzazione dei mezzi a proprio carico, e si obbliga, quindi, alla prestazione dei servizi funzionali al trasferimento di cose (lo svolgimento di tali attività di durata dietro corrispettivo di un prezzo). Se, quindi, il tratto caratterizzante è la durata delle prestazioni il suo alloggiamento ideale è nell'ambito del contratto di somministrazione quale "regolamento a struttura variabile funzionale alla durata" in quanto l'art. 1570 c.c., a differenza dell'art. 1677 c.c., è uno schema che ben si adatta alla concreta fattispecie in esame applicandosi al contratto, in quanto compatibili con le norme sulla somministrazione, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.

The essay examines art. 1677-bis c.c., which for the first time introduces in the Italian Civil Code the logistics contract, whose denomination, moreover, even after a previous modification, does not appear neither in the epigraph, nor in the definition. With such a norm, pushes have been supported of industry organizations that wanted the emersion of this relevant economic operation from the waiving judicial decisions, in order to offer certainty to economic traffics.

The contract has been defined as a service agreement, where the logistics service provider takes over the management of one or more phases of the activities of receiving, depositing, storing, shipping and transporting products from one place to another, against a remuneration. The legislator included this contract under the "appalto" Chapter, and did not recognize the true nature of logistics contract. Indeed, this contract is firstly characterized by the functionality of a long-term performance by which the logistics service provider provides, on a lasting basis, a range of services relating to reception, processing, deposit, store, dispatch, transfer and distribution, with the organization of the means at its own expense, and is obliged, therefore, to the provision of services functional to the transfer of things (the performance of such activities against a remuneration).

Therefore, being the contract's hallmark the duration of performances, its ideal location would have been in the context of "somministrazione" contract, as «variable structure regulation, functional to duration». Actually, article 1570 c.c., unlike art. 1677 c.c., delineates a scheme that well-suites to our case, being also applicable to the contract the rules governing the contract which individual performances corresponded, where compatible with rules of somministrazione.



I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel D.L. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023)*



Francesco Ricci

SOMMARIO: **1.** Gli accordi verticali nel diritto europeo e interno. – **2.** L'ambito di applicazione della nuova disciplina della distribuzione automobilistica integrata. – **3.** (segue). Accordi verticali e agenzia. – **4.** Il contenuto degli accordi di distribuzione. – **5.** Contratti a termine e a tempo determinato e rispettivi modelli di recesso.

1. Gli accordi verticali nel diritto europeo e interno

Quando alla metà dell'anno scorso il Governo ha sentito l'urgenza di dettare una serie di «Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili» con il d.l. 16 giugno 2022, n. 68 non aveva pensato che la disciplina degli accordi verticali tra i costruttori automobilistici o gli importatori, da una parte, e i singoli distributori, dall'altra, per la commercializzazione di autoveicoli nuovi avesse a che fare con tale impellenza. Alla stessa maniera, non aveva sentito la necessità di disciplinare la materia insieme alle «Misure urgenti di sostegno nel settore energetico e di finanza pubblica» dettate con il d.l. 18 novembre 2022, n. 176 (c.d. Decreto «Aiuti quater»).

Del resto, trattandosi di accordi tra operatori del mercato automobilistico e potendo avere quindi «per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno» (art. 101.1 TFUE) – erano già regolati da una compiuta normativa europea che era specificamente volta, da una parte, a vietarli e considerarli in linea di principio nulli (art. 101.2 TFUE), ma anche a fare salvi, dall'altra, tutti

* Il presente scritto è destinato alla raccolta di studi in onore del Prof. Paolo Zatti.

quelli «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico», purché lo facciano «riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva» (art. 101.3 TFUE).

In tale prospettiva, gli accordi verticali di distribuzione automobilistica si dividevano di fatto in due categorie: quelli vietati perché produttivi degli effetti negativi sul mercato interno contemplati dall'art. 101.1 TFUE e quelli fatti salvi perché produttivi degli effetti virtuosi contemplati dall'art. 101.3 TFUE.

Tale normativa, com'è noto, è stata messa a punto progressivamente attraverso vari regolamenti che si sono avvicinati nel tempo e di volta in volta sono stati introdotti ai sensi degli artt. 101.3 e 103 TFUE per concedere l'esenzione dal divieto delle intese restrittive della concorrenza disposto dall'art. 101.1 a tutte le intese virtuose ai sensi dell'art. 101.3 cit., e da ultimo specificamente attraverso:

- il Reg. (UE) n. 461/2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101.3 TFUE «a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico» (d'ora in avanti Reg. MVBBER);
- il Reg. (UE) n. 330/2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101.3 TFUE «a categorie di accordi verticali e pratiche concordate» (d'ora in avanti Reg. VBER Previgente);
- il Reg. (UE) 2022/720 «relativo all'applicazione dell'articolo 101.3 TFUE «a categorie di accordi verticali e pratiche concordate» (d'ora in avanti Reg. VBER)¹.

Anche per questo, desta sorpresa e perplessità l'inatteso e reiterato inserimento appena a pochi mesi di distanza – ma sempre solo *ex post* in sede di conversione in legge, rispettivamente, dalla l. 5 agosto 2022, n. 108 e dalla l. 13 gennaio 2023, n. 6 – di «disposizioni in materia di distribuzione automobilistica» che non solo risultano collegate in maniera piuttosto forzata con le altre questioni che costituiscono il reale oggetto dei due decreti legge, ma altresì introducono variazioni inedite sul tema della disciplina di distribuzione automobilistica che, imponendo imperativamente contenuti prima non prescritti, mirano sostanzialmente a vietare gli accordi difformi, anche se consentiti dall'esenzione per categoria concessa dai regolamenti che si sono menzionati e quindi protetti a livello europeo perché produttivi degli effetti virtuosi sul mercato contemplati dall'art. 101.3 TFUE.

In questo senso basta pensare al chiaro esempio dell'imposizione della durata di cinque anni per i contratti a termine stabilita dall'art. 7-*quinquies*, 2° comma, d.l. n. 68/2022 e qualificata come inderogabile dal successivo art. 7-*quinquies*, comma 5-*bis*.

¹ Com'è noto, «MVBBER» è l'acronimo dell'espressione in lingua inglese «*Motor Vehicle Block Exemption Regulation*» in uso tra gli operatori del settore per designare i vari regolamenti di esenzione per categoria degli accordi verticali nel settore dei veicoli a motore che si sono succeduti nel tempo fino all'ultimo, e cioè il Reg. (UE) n. 461/2010. A sua volta «VBER» è l'acronimo dell'espressione in lingua inglese «*Vertical Block Exemption Regulation*» in uso per designare i vari regolamenti di esenzione per categoria degli accordi verticali che si sono succeduti nel tempo fino all'ultimo, attualmente in vigore, che è il Reg. (UE) 2022/720.

Nel passato, infatti, una disposizione sostanzialmente corrispondente a quella ora dettata dall'art. 7-*quinquies*, 2° comma, d.l. n. 68/2022 era inclusa nel Regolamento (CE) n. 1400/2002 (d'ora in avanti Reg. MVBBER Previgente²). In particolare, l'esenzione per categoria disposta dall'art. 2 di quel Regolamento si poteva applicare solo «a condizione che l'accordo verticale concluso dal fornitore di autoveicoli nuovi con un distributore o riparatore autorizzato preveda che ... l'accordo venga concluso per una durata di almeno cinque anni; in tal caso ciascuna delle parti si impegna a concedere all'altra parte un preavviso minimo di sei mesi per notificare la propria intenzione di non rinnovare l'accordo» (art. 3.5).

Poi, però, quella disposizione è stata cancellata dal Reg. MVBBER che a partire dal 1° giugno 2010 ha sostituito il Reg. MVBBER Previgente, a seguito del fatto che la durata minima di cinque anni era stata esplicitamente bocciata per i suoi possibili effetti anti-concorrenziali negativi proprio dalla Commissione Europea, la quale nella «Relazione di valutazione della Commissione sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1400/2002 concernente la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela», redatta nel 2008 ai sensi dell'articolo 11.2 Reg. MVBBER Previgente, aveva chiarito che «la durata minima di cinque anni per i contratti dei rivenditori stabiliti nell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a) non è solidamente giustificata da un punto di vista economico in quanto non tiene conto del fatto che accordi di durata maggiore possono in effetti proprio per questo avere un maggiore effetto di restrizione della concorrenza. Essi possono, in particolare, impedire ai produttori di sostituire i rivenditori che hanno cattive prestazioni con nuovi operatori più efficienti e possono ritardare l'introduzione di nuovi contratti che rispondono alle mutate circostanze del mercato»³.

A tali condizioni, il Regolamento MVBBER ed il Regolamento VBER Previgente sin dal 2010, e poi ancora nel 2022 il Regolamento VBER attualmente in vigore, hanno lasciato le parti libere di stipulare accordi di distribuzione di durata anche inferiore a cinque anni, concedendo nei confronti di tali accordi l'esenzione dal divieto di cui all'art. 101.1 TFEU e quindi escludendo che il legislatore nazionale potesse vietarli⁴.

Tale circostanza assume rilievo decisivo per escludere che anche solo nell'ordinamento interno si possa dare seguito al divieto di accordi verticali di durata inferiore a cinque anni, perché, com'è noto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3.2 Reg. (CE) n. 1/2003

² Come si legge nel 3° considerando del Reg. MVBBER «il settore automobilistico, che comprende sia le autovetture che i veicoli commerciali, è soggetto a regolamenti specifici di esenzione per categoria sin dal 1985. Il regolamento più recente di questo tipo è il regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico», o, meglio, era il Reg. (CE) 1400/2002, perché a partire dal 1° giugno 2010 questo sostituito appunto dal Regolamento VBER (Reg. (UE) n. 461/2010).

³ *Relazione di valutazione della Commissione del Regolamento (CE) n. 1400/2002 concernente la distribuzione di autoveicoli ed il relativo servizio alla clientela*, 12.

⁴ V. *amplius*, *infra*, § 2.

del Consiglio del 16 dicembre 2003 «concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato» (ora artt. 101 e 102 TFUE) – «dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ... che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato» (ora art. 101.3 TFUE).

La perfetta coincidenza dell'oggetto regolato dai due testi normativi rende evidente che la normativa introdotta dall'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022 costituisce un caso di «legislazione nazionale in materia di concorrenza» rilevante ai fini del divieto posto dall'art. 3.2 cit. Infatti:

- da una parte, la disciplina nazionale di recente introduzione detta disposizioni in materia di «accordi verticali ... conclusi tra il costruttore automobilistico o l'importatore e i singoli distributori autorizzati per la commercializzazione di veicoli» nuovi⁵, cioè in materia di contratti di distribuzione integrata (art. 7-*quinquies*, 1° comma, d.l. n. 68/2022);
- dall'altra, il Regolamento MVBBER riguarda gli «accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico» e ripartisce la relativa disciplina fondamentalmente in due parti, dettando disposizioni differenziate solo per «gli accordi verticali relativi al mercato dei servizi di assistenza post-vendita di autoveicoli» (artt. 4 e 5) e stabilendo invece che «agli accordi verticali relativi all'acquisto, la vendita o la rivendita di autoveicoli nuovi» deve applicarsi la disciplina comune a tutti gli accordi verticali di distribuzione di beni o servizi (art. 3), ovvero dapprima il Reg. VBER Previgente e ora naturalmente il Reg. VBER⁶ che lo ha sostituito;
- tutti e tre i regolamenti reiterano la stessa definizione, ormai consolidata, di «accordi verticali», secondo la quale, com'è noto, con tale espressione «si intendono gli accordi o le pratiche concordate tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti pos-

⁵ Sull'accezione da dare al riferimento agli autoveicoli nuovi si rinvia a quanto si dirà più diffusamente, *infra*, nel § 2.

⁶ Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 3 Reg. MVBBER «a datare dal 1° giugno 2013» «agli accordi verticali relativi all'acquisto, la vendita o la rivendita di autoveicoli nuovi» si applicava «il regolamento (UE) n. 333/2010», cioè il Reg. VBER Previgente, allora in vigore. In virtù di tale rinvio, però, è da ritenere che a tali accordi vada applicato ora il nuovo Reg. VBER che lo ha sostituito, «in vigore dal 1° giugno 2022», in forza del quale sono esentati dal divieto di cui all'art. 101 TFUE, e quindi consentiti, tutti gli accordi di distribuzione che contengono restrizioni verticali (art. 2 Reg. VBER), purché non coincidano con le restrizioni fondamentali contemplate dall'art. 4 Reg. VBER e con le restrizioni escluse contemplate dall'art. 5 Reg. VBER ed «a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto» (art. 3 Reg. VBER).

sono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi» (art. 1.1, lett. a, Reg. VBER, art. 1.1, lett. a, Reg. VBER Previgente ed art. 1.1, lett. a, Reg. MVBBER);

- a questi stessi «accordi verticali, anche se ricondotti allo schema del contratto di agenzia o di concessione di vendita o di commissione, conclusi tra il costruttore automobilistico o l'importatore e i singoli distributori autorizzati» fa riferimento anche l'art. 7-*quinqies*, 1° comma, d.l. n. 68/2022 per individuare l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica.

Ne consegue che dall'applicazione dell'art. 7-*quinqies* d.l. n. 68/2022 non può scaturire il divieto di accordi verticali protetti dal beneficio dell'esenzione stabilito dall'art. 2 VBER, in combinato disposto con l'art. 3 MVBBER, con riguardo all'applicazione dell'art. 101.3 TFUE agli accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico.

A tali condizioni, anche se alla stregua dell'art. 7-*quinqies*, commi 2 e 5-*bis*, d.l. n. 68/2022 gli accordi di distribuzione di durata inferiore a cinque anni sarebbero contratti contrari a norme imperative interne e, in quanto tali, se non vi fossero i Regolamenti MVBBER e VBER, dovrebbero essere considerati nulli ai sensi dell'art. 1418, 1° comma c.c., resta fermo tuttavia che sul piano normativo il legislatore nazionale non può porre il divieto di accordi consentiti da regolamenti europei adottati in applicazione dell'art. 101.3 TFUE e che anche sul piano giurisdizionale – come corollario della regola posta dall'art. 3.2 cit. e com'è chiarito anche dalle «Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato» (2004/C 101/08) – da una parte, «le giurisdizioni nazionali non hanno la facoltà di revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria» (n. 37) e, dall'altra, «gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria non possono essere dichiarati nulli dai giudici nazionali nel quadro di controversie private» (n. 2)⁷.

⁷ A tale riguardo anche dal punto di vista dell'ordinamento interno la Corte costituzionale ha chiarito ormai da tempo, con indirizzo rimasto tuttora costante, che le disposizioni UE «le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale», perché «la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario» (Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, in *DeJure*, § 5 della parte in diritto). Ne consegue che, qualunque cosa disponga la legge interna in una materia che rientra tra le competenze del diritto UE, «il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato [ora art. 267 TFUE]. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea». In definitiva, «alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario

2. L'ambito di applicazione

Le nuove «disposizioni in materia di distribuzione automobilistica» sono volte a regolare «la commercializzazione di veicoli non ancora immatricolati, nonché di autoveicoli che siano stati immatricolati dai distributori autorizzati da non più di sei mesi e che non abbiano percorso più di 6.000 chilometri» (art. 7-*quinquies*, 1° comma, d.l. n. 68/2022). In tal modo la nuova disciplina riguarda gli accordi per la distribuzione di tutti gli autoveicoli che si considerano nuovi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto per gli acquisti intracomunitari, cioè gli autoveicoli effettivamente nuovi, ma secondo un'accezione ampia che include non solo i veicoli di prima mano (cioè quelli da immatricolare), ma anche quelli di seconda mano o successiva, se immatricolati da distributori autorizzati da non più di sei mesi e purché non abbiano percorso più di seimila chilometri, e cioè tutti gli autoveicoli che si considerano nuovi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto per gli acquisti intracomunitari⁸.

Tale estensione fondamentale è volta ad includere nell'ambito di applicazione anche le auto c.dd. a km 0: infatti, per essere considerati nuovi anche dopo la prima immatricolazione ai fini della nuova disciplina gli autoveicoli devono avere sostanzialmente i requisiti che erano già stati individuati per definire le auto a km 0 anche dalla giurisprudenza, e cioè:

- a) devono essere stati immatricolati da distributori autorizzati: in questo senso la giurisprudenza aveva infatti già chiarito, da una parte, che per lo più «si tratta di vetture provenienti da concessionario e, solitamente, utilizzate per esposizione oppure immatricolate in prossimità delle scadenze periodiche in cui i concessionari regolano con la casa madre il volume di acquisti al fine di conteggiare la scontistica contrattualmente collegata a tali volumi, scontistica che aumenta a favore del concessionario, per le auto acquistate dalla casa madre, man mano che maggiore diventa il volume di auto immatricolate»;

è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna» (Corte cost. 170/1984, cit., § 6 della parte in diritto).

⁸ Infatti, ai sensi dell'art. 38 del d.l. 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni in legge 29 ottobre 1993, n. 427, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto che si applica sugli acquisti intracomunitari di beni effettuati nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese (1° comma), tra tali acquisti sono inclusi anche «*gli acquisti a titolo oneroso di mezzi di trasporto nuovi trasportati o spediti da altro Stato membro*» (3° comma, lett. e) e che in tale contesto «*i mezzi di trasporto non si considerano nuovi alla duplice condizione che abbiano percorso oltre seimila chilometri e la cessione sia effettuata decorso il termine di sei mesi dalla data del provvedimento di prima immatricolazione o di iscrizione in pubblici registri o di altri provvedimenti equipollenti*». Argomentando a contrario da tale disposizione e utilizzando lo stesso criterio già proprio del regime dell'imposta sul valore aggiunto relativo agli acquisti intracomunitari, si ricava che il legislatore ha stabilito che anche ai fini dei contratti di distribuzione regolati dall'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022 si considerano nuovi non solo «*i veicoli non ancora immatricolati*», ma anche gli «*autoveicoli che siano stati immatricolati dai distributori autorizzati da non più di sei mesi e che non abbiano percorso più di 6.000 chilometri*».

- b) devono avere una percorrenza chilometrica limitata: in questo senso la giurisprudenza aveva infatti già chiarito che «l'acquisto di auto definita nel gergo commerciale di settore con km 0, riguarda, secondo una nozione di comune esperienza, una vettura già immatricolata le cui qualità essenziali sono che non abbia una significativa percorrenza chilometrica e sia di recente immatricolazione», cioè un'«auto che non abbia subito usura, sia meccanica che nelle parti interne all'abitacolo, determinata dall'uso»;
- c) le pregresse immatricolazioni delle auto a km 0 possono essere anche più d'una, se «i vari passaggi di proprietà intermedi sono intercorsi esclusivamente tra rivenditori di auto, che si deve presumere non abbiano usato l'auto data la loro qualità»⁹.

Le nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica integrata hanno natura transtipica, perché – come anche quelle della cessione dei crediti¹⁰, dei contratti ad effetti reali, dei contratti sinallagmatici, della somministrazione¹¹, della vendita di beni di consumo¹², ecc. – contemplanò una struttura negoziale incompleta che necessita di integrazioni negoziali, che servono a definire, nell'ambito della funzione generica e costante cui allude la norma che ne definisce la nozione, quella ulteriore e specifica di ciascun singolo accordo, di volta in volta variabile. Infatti, l'integrazione nell'attività di distribuzione può essere realizzata attraverso una molteplicità di cause particolari, anche combinate tra loro, come sono appunto quelle della somministrazione, del *franchising*, della concessione di vendita, ma anche della vendita, del mandato, dell'agenzia, ecc. Esse pertanto sono destinate ad essere applicate, per la parte pertinente, a tutti i contratti che condividono tra loro la medesima causa generica, o costante, che è quella di realizzare l'integrazione delle attività che ai diversi livelli di una catena distributiva sono necessarie per la commercializzazione di un dato prodotto. Alla restante parte dell'accordo, sulla base della causa specifica, o variabile, che di volta in volta li caratterizza, si applicano invece le disposizioni compatibili che disciplinano il contratto cui corrispondono le singole prestazioni.

I confini dell'ambito di applicazione sono comunque chiari.

Per comprenderne la portata è opportuno tenere presente che, com'è noto, l'attività di distribuzione si può realizzare fundamentalmente in tre forme organizzative comprese tra due poli opposti: a) da una parte, vi è il polo della «distribuzione indiretta», che è quella nell'ambito della quale il produttore concentra ogni attenzione e sforzo sulla realizzazione del bene da mettere in circolazione, rinunciando al controllo dei vari stadi della commercializzazione, che restano invece appannaggio di imprese indipendenti e

⁹ Trib. Taranto 19 febbraio 2019, n. 443, in *One Legale*.

¹⁰ PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio giuridico (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, 1965, 1336 ss.).

¹¹ In proposito v. NUZZO, voce *Somministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1270 ss., spec. 1275 s.

¹² Ci permettiamo di rinviare in proposito al nostro F. RICCI, *I beni di consumo e la disciplina delle vendite aggressive*, Bari, 2013, 27, 39, 43 s. e 241 ss., nonché già in *Id.*, *Commento all'art. 128*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2006, 6 ss., spec. 9 ss.

specializzate nel commercio, le quali assumono quindi in proprio tutti i rischi significativi dell'attività di distribuzione; b) dall'altra, vi è il polo della «distribuzione diretta», che è quella nell'ambito della quale il produttore si organizza in modo tale che la merce passi direttamente all'acquirente finale, rilevando su di sé tutte le funzioni attinenti alla distribuzione commerciale, della quale sostiene tutti i rischi significativi¹³; c) nel *continuum* che va da un polo all'altro, ma senza coincidere né con l'uno né con l'altro, si possono rinvenire infine tutte le forme intermedie di «distribuzione integrata», che sono quelle nelle quali la distribuzione è realizzata da operatori distinti dai produttori, che sono commercianti a pieno titolo in quanto assumono significativi rischi distributivi (nel senso che, come nella distribuzione indiretta, a seconda del caso, possono acquistare per rivendere, assumere il rischio dell'invenduto, guadagnare lucrando margini), ma che per contenere tali rischi cedono parte del loro potere decisionale sulle modalità di gestione della propria impresa commerciale stipulando appositi contratti di durata (gli «accordi verticali» appunto) nell'ambito dei quali s'impegnano a coordinare la loro attività con le esigenze di *marketing* della controparte, che può essere un produttore o un altro operatore commerciale (tale è il caso della rivendita autorizzata, della concessione di vendita e del *franchising*)¹⁴.

Gli elementi qualificanti della definizione dettata dal legislatore europeo a più riprese, e da ultimo nei regolamenti MVBBER e VBER, richiamata anche dal legislatore nazionale nell'art. 7-*quinquies*, 1° comma, d.l. n. 68/2022, chiariscono che gli accordi verticali sono solo quelli che servono a regolare i rapporti tra imprese che collaborano nell'ambito della distribuzione integrata. Infatti, tale definizione: a) da una parte, chiarisce che gli «accordi verticali» sono solo quelli stipulati «tra due o più imprese, operanti ciascuna ... ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione», cioè accordi che intercorrono tra due o più parti, le quali ai fini dell'accordo nell'ambito della catena di distribuzione agiscono nella loro qualità di soggetti economici indipendenti, in quanto e nella misura in cui contribuiscono alla realizzazione del programma concordato attraverso prestazioni tipiche delle loro specifiche attività d'impresa, distinte e separate; b) dall'altra, chiarisce anche che si tratta di accordi con i quali le imprese limitano il loro potere decisionale sull'esercizio dell'attività commerciale che svolgono, regolando le «condizioni in base alle quali ... possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi».

Tale definizione degli accordi verticali allude quindi chiaramente ai contratti che regolano le forme di distribuzione integrata, perché è solo in tali forme di distribuzione

¹³ Cfr. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, II ss.; Id., voce *Contratti di distribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, I ss., spec. I s.

¹⁴ Infatti, tra i due poli estremi della distribuzione indiretta e diretta «è possibile concepire tutta una sfumata gamma di pattuizioni che permettono, in qualche misura, di coordinare la fase produttiva con quella distributiva, senza per questo annullare l'autonomia dei *partners*. Viene così ad attuarsi un'integrazione verticale convenzionale: ai contratti che la realizzano riserveremo per l'innanzi il nome di "contratti di distribuzione"» (PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 14 s.).

che due o più imprese distinte, che operano a un livello differente della stessa catena di distribuzione, si accordano per regolare le condizioni alle quali acquistare, vendere o rivendere i beni o i servizi che costituiscono l'oggetto di quella distribuzione.

La distribuzione integrata, infatti, da una parte, si distingue dalla distribuzione diretta e si avvicina a quella indiretta perché è svolta da distributori indipendenti dal loro fornitore e tuttavia, dall'altra, si distingue dalla distribuzione indiretta e si avvicina a quella diretta perché i distributori non agiscono in piena autonomia, ma attraverso gli accordi verticali regolati dai Regolamenti MVBBER e VBER, e ora anche dall'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022, cedono al produttore, o comunque al fornitore del prodotto che distribuiscono, parte del loro potere decisionale sull'esercizio dell'attività commerciale che svolgono¹⁵.

A tali condizioni, nella nozione di accordi verticali, o di distribuzione integrata, non rientrano i contratti per la distribuzione indiretta, cioè i contratti con i quali un distributore acquista in piena autonomia per rivendere, lucrando margini e assumendo il rischio dell'invenduto e ogni altro rischio significativo di tale commercio. Questi contratti, infatti, regolano separatamente ogni passaggio del prodotto, ma non l'attività di distribuzione nel suo complesso, e perciò realizzano di fatto la distribuzione del prodotto, ma senza regolarla con accordi verticali.

Nella nozione di accordi di distribuzione integrata non rientrano neanche i casi che si collocano nel polo opposto della distribuzione diretta, cioè quelli nei quali la commercializzazione del prodotto è svolta da un unico soggetto economico (produttore, importatore o figura simile) che svolge direttamente in proprio la funzione di fornitore, i quali comprendono anche le ipotesi nelle quali ciò avviene con l'ausilio di intermediari che svolgono attività utili alla distribuzione, ma a condizioni tali da non poter essere considerati soggetti economici indipendenti, in quanto non acquistano per rivendere, non assumono il rischio dell'invenduto e guadagnano per lo più sulle provvigioni (come nel

¹⁵ In tale contesto i distributori «si obbligano, in altre parole, a rispettare prescrizioni, concernenti tanto le componenti della propria attività di rivenditore quanto la misura degli sforzi di vendita, finalizzate a promuovere gli interessi del partner contrattuale; entrano a far parte dell'altrui rete distributiva. Ci troviamo così al cospetto del "distributore integrato", un commerciante ... si distingue per aver contrattualmente alienato una frazione del proprio potere decisionale rispetto alle modalità di gestione dell'impresa» (PARDOLESI, voce *Contratti di distribuzione*, cit., 2).

caso dell'agenzia¹⁶, della commissione¹⁷ e della mediazione)¹⁸, ma eventualmente anche lucrando margini (come nel caso del contratto estimatorio). Quando ciò accade, infatti, l'attività di tali soggetti ausiliari è regolata da appositi accordi di cooperazione, i quali tuttavia non possono essere considerati «accordi verticali» ai sensi e per gli effetti di cui ai Regolamenti MVBBER e VBER e dell'art. 7-*quinqies*, d.l. n. 68/2022, perché non sono stipulati «tra due o più imprese, operanti ciascuna ... ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione».

In altre parole, la categoria degli accordi verticali non include tutta l'ampia categoria dei «contratti in materia di distribuzione», ma solo quella parte più ristretta di tale categoria contrattuale che va sotto il nome di «contratti di distribuzione integrata», o «contratti di distribuzione» *tout court*¹⁹, che comunque abbraccia una pluralità di tipi

¹⁶ Ed infatti anche per PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 13, «il contratto di agenzia non va annoverato tra quelli di distribuzione», perché almeno «in termini puramente economici» l'agente opera alla stregua di un organo del produttore (o altro fornitore del prodotto). V., però, anche quanto si dirà più diffusamente, *infra*, nel § 3.

¹⁷ In questo senso anche la giurisprudenza ha chiarito che «nel mandato ad alienare – come nella commissione, quando abbia ad oggetto tale tipo di mandato – è ravvisabile un contratto in cui l'effetto traslativo dei beni, derivante dal consenso manifestato dalle parti (art. 1376 c.c.), non si verifica immediatamente, essendo sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene da parte del mandatario-commissionario, il quale, pertanto, in base alle regole del mandato senza rappresentanza, ha il potere di trasferire validamente il bene, che forma oggetto di contratto, al terzo, in nome proprio e per conto del committente, senza necessità di disvelare l'esistenza del mandato, né si dar luogo ad alcun negozio di ritrasferimento del bene medesimo» (Cass., 7 dicembre 1994, n. 10522, in *DeJure*). Ne consegue che la posizione del commissionario rispetto ai beni che deve alienare non comporta l'acquisto della proprietà ai fini della rivendita, ma solo un obbligo di custodia nell'interesse del committente qualora gli siano eventualmente consegnati in vista della collocazione sul mercato (in questo senso v. Cass., 24 maggio 2007, n. 12089, in *DeJure*, secondo la quale «il mandato (o la commissione) a vendere, con deposito della cosa presso il mandatario (o il commissionario), comporta per quest'ultimo l'obbligo della custodia ai sensi dell'art. 1177 c.c.»).

¹⁸ Cfr. PARDOLESI, voce *Contratti di distribuzione*, cit., 5, secondo il quale l'agenzia, la commissione, il contratto estimatorio e la mediazione sono i tipi contrattuali «ortodossi» che insieme ai contratti di distribuzione (dai quali evidentemente si distinguono) concorrono a formare il novero dei contratti in materia di distribuzione.

¹⁹ La formula «contratti di distribuzione» può essere utilizzata sia con un significato più ampio, comprensivo di tutti i contratti mediante rivenditori integrati (come la rivendita autorizzata, la concessione di vendita e il *franchising*), sia con un significato più ristretto che, risentendo dell'uso della formula in lingua inglese «*distributor agreement*» o «*distributorship agreement*», allude al solo contratto di concessione di vendita [BORTOLOTTI, *Caratteristiche e funzione dei contratti di distribuzione*, in BORTOLOTTI (a cura di), *Contratti di distribuzione*, Milano, 2022, 3 ss., spec. 6; v. anche Trib. Busto Arsizio 21 maggio 2021, n. 816, nonché Trib. Perugia 26 agosto 2020, n. 932, entrambe in *De Jure*]. In ogni caso, se intesi nella loro accezione più ampia «i contratti di distribuzione ... presentano, nel loro complesso, contorni nitidi e sufficientemente omogenei; mentre sembra destinato al fallimento ogni tentativo di ricavare, al loro interno, figure autonome», tanto che «a voler battere questa via, i contorni si fanno vieppiù impalpabili; e si accresce a dismisura il rischio di trattare in

contrattuali legali (come, per esempio, il *franchising*) o sociali (come, per esempio, la concessione di vendita).

3. (segue) Accordi verticali e agenzia

Il fondamento e le conseguenze del confine tra distribuzione integrata e distribuzione diretta che si è individuato nel paragrafo precedente sono chiariti dagli «*orientamenti sulle restrizioni verticali*» del 10 maggio 2022, i quali prendono in considerazione il caso emblematico nel quale l'ausiliario sia un agente, cioè «una persona fisica o giuridica a cui è stato conferito il potere di negoziare e/o concludere contratti per conto di un'altra persona ("il preponente"), in nome proprio o in nome del preponente, per l'acquisto di beni o servizi da parte del preponente, o per la vendita di beni o servizi forniti dal preponente»²⁰.

A tale riguardo, in considerazione del fatto che gli accordi verticali che rientrano nell'ambito di applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza posto dall'art. 101 TFUE ed ai quali si riferiscono quindi le esenzioni per categoria poste dai Regolamenti MVBBER e VBBER sono solo quelli «tra due o più imprese», gli orientamenti in parola rilevano che, invece, «in determinate circostanze, il rapporto tra un agente e il suo preponente può essere caratterizzato come un rapporto in cui l'agente non agisce più come un soggetto economico indipendente»: in particolare ciò accade «quando l'agente non sostiene rischi finanziari o commerciali significativi in relazione ai contratti conclusi o negoziati per conto del preponente»; «in tal caso, il contratto di agenzia si colloca in tutto o in parte al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato»²¹.

In tal modo gli «*orientamenti sulle restrizioni verticali*» chiariscono che gli accordi verticali cui si riferisce l'esenzione per categoria posta dai Regolamenti MVBBER e VBBER, richiamati dall'art. 7-*quinquies*, 1° comma, d.l. n. 68/2022 per definire l'ambito di applicazione della nuova disciplina in materia di distribuzione di autoveicoli nuovi, sono solo quelli che intercorrono tra due o più soggetti economici indipendenti e sono tali proprio solo se e nella misura in cui quei soggetti svolgono attività d'impresa distinte e separate, anche se complementari.

Ai fini di tale misura gli orientamenti precisano che esistono «tre tipi di rischi finanziari o commerciali che sono rilevanti per la classificazione di un accordo come contratto di agenzia che non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato»: a) i «rischi specifici del contratto», cioè i rischi «che sono direttamente collegati ai contratti stipulati e/o negoziati dall'agente per conto del preponente, come ad

maniera diseguale situazioni e che oggettivamente tendono a coprirsi» (R. PARDOLESI, voce *Contratti di distribuzione*, cit., 5).

²⁰ *Guidelines on vertical restraints* – C (2022) 3006 final del 10 maggio 2022, n. 29.

²¹ *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 30.

esempio il finanziamento delle scorte»; b) i «rischi legati agli investimenti specifici del mercato», cioè agli «investimenti specificamente necessari per il tipo di attività per la quale l'agente è stato nominato dal preponente, ossia necessari per consentire all'agente di concludere e/o negoziare uno specifico tipo di contratto»: «tali investimenti sono solitamente irrecuperabili, il che significa che, una volta lasciato quel particolare settore di attività, l'investimento non può essere utilizzato per altre attività o venduto se non con una perdita significativa»; c) i «rischi legati ad altre attività intraprese sullo stesso mercato del prodotto, nella misura in cui il preponente richiede, come parte del rapporto di agenzia, che l'agente intraprenda tali attività non come agente per conto del preponente, ma a proprio rischio»²².

La rilevanza di questi rischi finanziari o commerciali consiste in ciò, che un contratto di agenzia non rientra nel novero degli accordi verticali contemplati dall'articolo 101.1 TFUE, e quindi dai Regolamenti MVBBER e VBER, «se l'agente non si assume nessuno dei tipi di rischio elencati o se si assume tali rischi solo in misura irrilevante» (fermo restando che però «i rischi legati all'attività di fornitura di servizi di agenzia in generale, come il rischio che il reddito dell'agente dipenda dal suo successo come agente o gli investimenti generali, ad esempio in locali o personale, che potrebbero essere utilizzati per qualsiasi tipo di attività, non sono rilevanti ai fini della valutazione»)²³. Viceversa, vi rientra «in tutto o in parte»²⁴ se e nella misura in cui l'agente si assume in grado rilevante taluno di quei tipi di rischio (ciò significa che quando vi rientra solo in parte la disciplina degli accordi verticali non si applica anche alla parte che «resta al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato»²⁵ e quindi dei Regolamenti MVBBER e VBER).

Tale spiegazione illumina e condiziona anche l'interpretazione dell'integrazione aggiunta dalla l. n. 6/2023 di conversione del d.l. n. 176/2022 al testo originario dell'art. 7-*quinquies*, primo comma, d.l. n. 68/2022, con la quale si è precisato che «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano agli accordi verticali» per la commercializzazione di veicoli nuovi «anche se ricondotti allo schema del contratto di agenzia o di concessione di vendita o di commissione».

Infatti, quanto spiegato dagli «orientamenti sulle restrizioni verticali» con riguardo al rapporto tra gli accordi verticali di distribuzione ed il caso del contratto di agenzia – figura emblematica di contratto d'intermediazione – fa comprendere che il riferimento all'eventualità che gli accordi verticali possano essere «ricondotti allo schema del contratto di agenzia ... o di commissione» non esclude che in realtà gli incarichi di intermediazione (agenzia, mandato a vendere, commissione, mediazione, ecc.) in linea di principio restano al di fuori dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, perché questa concerne esclusivamente gli accordi verticali per la distribuzione integrata, cioè

²² *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 31.

²³ *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 32.

²⁴ *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 30.

²⁵ Cfr. *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 30.

gli accordi di cooperazione tra imprese che operano ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione per la pattuizione di restrizioni del potere decisionale delle imprese che vi partecipano²⁶, mentre quelli sono accordi che nella loro versione di base (o – per così dire – pura) vanno piuttosto ricondotti all'area della distribuzione diretta: infatti, dal punto di vista causale nessuna di quelle figure negoziali implica che l'intermediario assuma uno o più dei «tre tipi di rischi finanziari o commerciali che sono rilevanti per la classificazione di un accordo» come accordo verticale²⁷ e quindi che agisca come soggetto economico indipendente²⁸.

D'altra parte, gli «orientamenti sulle restrizioni verticali» chiariscono però anche che non può escludersi che un agente possa assumere uno o più di tali rischi (ma più in generale si può ritenere che ciò valga, almeno in linea di principio, per qualsiasi ausiliario che svolga una funzione di intermediazione). Quando ciò accade, il contratto di agenzia e ogni altro accordo di intermediazione o la parte di questi contratti che addossino quei rischi all'agente o all'intermediario devono essere considerati alla stregua non di meri accordi per la distribuzione diretta di un prodotto, ma di veri e propri accordi di distribuzione integrata, cioè accordi verticali tra soggetti economici indipendenti assoggettati alle disposizioni dei Regolamenti MVER e VBER, nonché anche alle «nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica» dettate dall'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022²⁹.

Una conferma della correttezza di tale interpretazione si può rinvenire nella circostanza che secondo le nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica – come si dirà meglio più avanti – «al costruttore o all'importatore che recede dall'accordo è fatto obbligo di corrispondere al distributore autorizzato un equo indennizzo, parametrato» tra l'altro «al valore ... degli investimenti che questo ha in buona fede effettuato ai fini dell'esecuzione dell'accordo e che non siano stati ammortizzati alla data di cessazio-

²⁶ In questo senso cfr. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 135 s., che riferisce di una percezione sociale dell'agente ai tempi dell'introduzione del Codice civile del '42 come «un ausiliario a mezza via fra subordinazione e autonomia» e di «un assestamento di ordine dogmatico, reso possibile – e indolore – da particolari caratteri dello “statuto” del piccolo imprenditore», categoria che com'è noto include «i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia» (art. 2083 c.c.).

²⁷ Anche per la giurisprudenza, infatti, «la distinzione sul piano giuridico tra concessione di vendita in esclusiva e agenzia, consiste essenzialmente nella circostanza che il concessionario acquista le merci dal produttore in nome proprio e le rivende a terzi, in nome proprio e a proprio rischio, mentre l'agente agisce per conto (e anche in nome) del produttore, promuovendo la conclusione di contratti di vendita tra il preponente e il terzo, onde l'attività di promozione della conclusione di affari costituisce caratteristica precipua del contratto di agenzia» (App. Bologna 3 maggio 1993, in *One Legale*).

²⁸ Cfr. *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 32.

²⁹ Perché ciò accada è sufficiente che l'agente (o più in generale l'intermediario) sostenga uno o più dei seguenti rischi elencati *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 33. A tale proposito le stesse linee guida precisano, da una parte, che ciascuno dei rischi di questo elenco è rilevante anche da solo ai fini della qualificazione del contratto come accordo verticale, ma, dall'altra, anche che l'elenco non è esaustivo.

ne dell'accordo» (art. 7-*quinquies*, 4° comma, lett. a, d.l. n. 68/2022)³⁰. Per il suo contenuto, infatti, tale disposizione si può applicare ai contratti di agenzia (ed alle figure affini) solo nella misura in cui l'agente effettui alcuno degli investimenti specificamente necessari per il tipo di attività per la quale è stato nominato dal preponente (ossia taluno degli investimenti necessari per consentire all'agente di concludere e/o negoziare uno specifico tipo di contratto funzionale alla distribuzione del prodotto), il che costituisce proprio uno dei criteri discriminanti per individuare se si tratta di un contratto di agenzia che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101.1 TFUE e, conseguentemente, di un accordo verticale soggetto ai Regolamenti MVBBER e VBER ed all'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022³¹.

La nuova disciplina quindi si può applicare anche ai contratti di agenzia e di commissione (e, in generale, a tutti i contratti di intermediazione), ma solo allorché e nella misura in cui si tratti di contratti che regolano forme di distribuzione integrata: cioè solo allorché e per la parte in cui l'intermediario, assumendo «rischi finanziari o commerciali significativi in relazione ai contratti conclusi o negoziati per conto del preponente»³², risulti essere un soggetto che nella sostanza svolge una propria attività commerciale separata, in relazione alla quale però limita il proprio potere decisionale stipulando veri e propri accordi verticali con il produttore, l'importatore, o altra figura simile che agisce ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, accettando in tal modo di coordinarsi con le sue esigenze di *marketing*.

In questo stesso senso anche gli «orientamenti sulle restrizioni verticali» chiariscono esplicitamente che «la questione del rischio» dalla quale dipende la qualificazione dell'accordo come un accordo verticale che – nella misura in cui includa restrizioni verticali – rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101.1 TFUE, dei Regolamenti MVBBER e VBER (e quindi, per le ragioni che si sono dette, anche delle nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica) «deve essere valutata caso per caso e tenendo conto della realtà economica della situazione, piuttosto che della forma giuridica dell'accordo»³³.

La commistione negli accordi di distribuzione integrata tra elementi riconducibili agli incarichi di mera cooperazione nella vendita da parte del fornitore e altri riconducibili a vere e proprie forme di rivendita da parte del distributore non è infrequente³⁴. Tut-

³⁰ Su tale disposizione v. quanto si dirà più diffusamente, *infra*, § 7.

³¹ *Guidelines on vertical restraints*, cit., nn. 31 e 32.

³² *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 30.

³³ *Guidelines on vertical restraints*, cit., n. 34.

³⁴ Con riguardo alla contaminazione tra somministrazione e commissione v. Cass., 21 luglio 1994, n. 6819, in *One Legale*, nonché Cass., 14 luglio 1986, n. 4540, secondo la quale «va qualificato come contratto di commissione ... quello con cui un soggetto non si limiti a promuovere ovvero anche a concludere la vendita di autovetture in nome e per conto della casa costruttrice, bensì dopo aver acquistato dette vetture, provveda, con autonoma organizzazione, alla loro rivendita a terzi in nome proprio, ma per conto della casa costruttrice». Con riguardo alla contaminazione tra compravendita e mandato nel contesto di un contratto misto di vendita con esclusiva contenente clausole che fanno del concessionario «quasi un ausiliario del venditore» quale elemento che induce a «stabilire che, per quanto attiene al “rapporto di collaborazione” e al “collegamento degli interessi

tavia, poiché normalmente i contratti di agenzia e di commissione (e, in generale, tutti quelli di intermediazione) non comportano l'assunzione di alcuno dei rischi significativi propri della distribuzione integrata, tale circostanza non può considerarsi implicata nella qualificazione dell'accordo come un contratto di agenzia o di commissione (o in generale d'intermediazione) per la distribuzione di autoveicoli, ma, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2697 c.c., deve essere provata dal distributore che voglia far valere taluno dei diritti attribuiti dall'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022 e, in caso contrario, la richiesta va rigettata.

4. Il contenuto degli accordi di distribuzione

In via preliminare, con riguardo a tutti gli accordi per la distribuzione automobilistica integrata la nuova disciplina stabilisce che essi «regolano le modalità di vendita, i limiti del mandato, le rispettive assunzioni di responsabilità e la ripartizione dei costi connessi alla vendita» (art. 7-*quinquies*, 2° comma, d.l. n. 68/2022).

A tale proposito:

- i) per quanto concerne le «modalità di vendita» si può pensare, per esempio, alla previsione degli obblighi di predisporre e mantenere aree riservate ai veicoli con marchio del costruttore, dell'importatore o comunque del fornitore del prodotto da distribuire; di non esporre veicoli di altri marchi in aree riservate ai veicoli con marchio del fornitore del prodotto da distribuire; di non esporre veicoli di altri marchi insieme ai veicoli del fornitore; ecc.;
- ii) quanto ai «limiti del mandato» l'espressione deve intendersi riferita in senso generico alla portata dell'incarico finalizzato alla distribuzione, e non significa quindi che i contratti di distribuzione devono necessariamente consistere in un mandato al distributore, o comunque includere il conferimento di un mandato inteso nel senso tecnico di un contratto che obblighi il distributore a compiere uno o più atti giuridici per conto del fornitore del prodotto da distribuire ai sensi degli artt. 1703 ss. c.c.³⁵;

delle parti», si applicano le regole del mandato» v. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 235 ss.; Id., voce *Contratti di distribuzione*, cit., 6 s. e la giurisprudenza ivi menzionata.

³⁵ Per la tendenza a configurare gli accordi di distribuzione integrata, sin dal prototipo della vendita con esclusiva e già prima dell'entrata in vigore del Codice civile del '42, «alla stregua di un contratto misto, partecipe di elementi della vendita e del mandato» v. criticamente PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 235 ss., spec. 241 s., il quale osserva che «la tesi si fonda su un'assonanza, piuttosto che una solida base dogmatica», perché «una lettura del fenomeno in chiave gestoria, per il fatto stesso di ruotare intorno all'interesse del mandante, finisce col mortificare quello del concessionario», mentre «per il concessionario, l'attività di rivendita non è tanto distribuzione di prodotti altrui, quanto oggetto della sua impresa; piuttosto che supplire alle funzioni di terzi, egli mette mano, se pure in un contesto eterodosso, a quelle che gli competono istituzionalmente in qualità di intermediario».

- iii) per quanto concerne le «rispettive assunzioni di responsabilità» si può pensare, per esempio, alle clausole di esonero dalla responsabilità, alle manleve, alle fideiussioni, alle assicurazioni, ecc.;
- iv) infine, per quanto attiene alla «ripartizione dei costi connessi alla vendita» si può pensare, per esempio, ai costi per i locali, per le attrezzature, per la formazione del personale, per la pubblicità, ecc.

5. Contratti a termine e a tempo determinato e rispettivi modelli di recesso

L'art. 7-*quiquies* d.l. n. 68/2022 nella versione modificata dalla l. n. 6/2023 stabilisce che «gli accordi tra il costruttore o l'importatore e il distributore autorizzato sono a tempo indeterminato o, se a termine, hanno durata minima di cinque anni» e che «per gli accordi a tempo indeterminato, il termine di preavviso scritto fra le parti per il recesso è di ventiquattro mesi» (2° comma). Ciò perché, da una parte, anche i contratti di distribuzione automobilistica integrata, come tutti i contratti di durata, possono essere a tempo determinato (con la peculiarità che però questi contratti dovrebbero durare almeno cinque anni), oppure essere a tempo indeterminato. Dall'altra, anche per questi contratti vale il principio secondo il quale (cfr. artt. 1569 e 1677 c.c.), se la durata non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dando preavviso entro un termine congruo avuto riguardo alla natura del contratto (con la peculiarità che però in questo caso il preavviso deve essere fatto in forma scritta e l'ampiezza del termine non può essere derogata da una diversa pattuizione, né quindi dagli usi negoziali, perché «le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 sono inderogabili» – comma 5-*bis*).

Invece, per ciò che attiene alla cessazione del rapporto «per gli accordi a tempo determinato, ciascuna parte comunica in forma scritta, almeno sei mesi prima della scadenza, l'intenzione di non procedere alla rinnovazione dell'accordo, a pena di inefficacia della medesima comunicazione», altrimenti «al costruttore o all'importatore che recede dall'accordo è fatto obbligo di corrispondere al distributore autorizzato un equo indennizzo, parametrato congiuntamente al valore: a) degli investimenti che questo ha in buona fede effettuato ai fini dell'esecuzione dell'accordo e che non siano stati ammortizzati alla data di cessazione dell'accordo; b) dell'avviamento per le attività svolte nell'esecuzione degli accordi, commisurato al fatturato del distributore autorizzato negli ultimi cinque anni di vigenza dell'accordo.

In definitiva, l'art. 7-*quinquies* d.l. n. 68/2022: i) da una parte, contempla due categorie di accordi distribuzione automobilistica integrata: cioè quelli a termine (che devono durare almeno cinque anni) e quelli a tempo indeterminato (che non hanno una durata predefinita); ii) dall'altra, per ciascuna di queste categorie di accordi, contempla altrettante figure di recesso: quello di pentimento prima della scadenza del termine, quando ne è stabilito uno (4° e 5° comma), e quello determinativo, quando non ne è stabilito alcuno (2° comma).

i) Quanto al primo aspetto, nonostante l'apparente incongruenza di una soluzione che impone una durata di cinque anni per i soli contratti a tempo determinato, e non anche per quelli a tempo indeterminato, non si può opporre al chiaro tenore letterale della disposizione la tesi alternativa secondo la quale lo spirito della legge potrebbe essere invece quello di disporre che anche gli accordi verticali a tempo indeterminato debbano avere una durata minima di cinque anni. Infatti, posto che l'imposizione di quella durata minima è contraria ai Regolamenti MVBBER e VBER e non può quindi reggere neanche per i contratti a termine [nei confronti dei quali deve essere infatti disapplicata in ragione del divieto posto dall'art. 3.2 Reg. (CE) n. 1/2003³⁶], tantomeno quella soluzione può essere imposta nel caso dei contratti a tempo indeterminato a dispetto del fatto che quel vincolo di durata piuttosto risulta già escluso dallo stesso tenore letterale della disposizione. Non si può infatti fare sistema con una disposizione illegittima che non può produrre effetti e, se anche si potesse, l'imposizione della durata di cinque anni sarebbe comunque illegittima anche con riguardo ai contratti a tempo indeterminato e dovrebbe essere quindi comunque disapplicata.

ii) Quanto al secondo aspetto, mentre nella prima versione dell'art. 7-*quinquies*, 4° comma, d.l. n. 68/2023 era esplicita la limitazione dell'obbligo d'indennizzo di cui al 4° e 5° comma al solo caso del recesso «prima della scadenza contrattuale» (e quindi l'applicabilità di quelle disposizioni alla sola ipotesi dei contratti a termine), tale limitazione non è più menzionata nella versione definitiva della disposizione come modificata dalla l. n. 6/2023. Tuttavia, a favore della conferma dell'applicabilità di quelle disposizioni solo al caso di recesso anticipato dai contratti a termine militano almeno tre argomenti, tutti convergenti tra loro.

Il primo argomento si ricava dalla considerazione del sistema delle nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica, e in particolare dall'organizzazione stessa della disciplina dettata in materia di recesso. Infatti, dalla collocazione separata e altresì distanziata delle disposizioni che il d.l. n. 68/2022 dedica a tale materia si ricava che queste sono evidentemente destinate a regolare due ipotesi differenti, posto che in caso contrario sarebbe stato più ragionevole ed efficiente regolarle contestualmente: a tali condizioni, altro è il recesso dai contratti a tempo indeterminato, che deve essere esercitato alle condizioni definite nel 2° comma (cioè per iscritto e con un preavviso di almeno ventiquattro mesi, ma senza pagare nulla); altro è il recesso che deve essere esercitato alle condizioni definite nel 4° e 5° comma (cioè senza dover rispettare alcun vincolo formale o cronologico, ma a fronte del pagamento di un equo indennizzo), il quale pertanto deve intendersi riferito a ipotesi diverse da quelle già regolate dal 2° comma, e cioè ai soli contratti a termine.

Il secondo e decisivo argomento si ricava dal sistema generale delle norme che regolano i contratti di durata, nell'ambito del quale di regola i contratti a tempo indeterminato – a differenza di quelli a termine – possono essere sciolti liberamente e gratuitamente median-

³⁶ V., *supra*, § 1.

te l'esercizio di quel recesso che è detto determinativo, perché altro non è che lo strumento tramite il quale s'individua il momento finale del rapporto di durata che è rimasto indeterminato, al contrario di quanto evidentemente accade nei contratti a tempo determinato³⁷. Tale recesso assolve così alla necessaria e fisiologica funzione di definire, insieme agli altri parametri di quantificazione (cfr. l'art. 1560 c.c.), l'entità complessiva delle prestazioni periodiche o continuative a carico del fornitore, rendendo determinabile l'oggetto del contratto, altrimenti indeterminato. A tali condizioni, il riconoscimento generalizzato del diritto di esercitare il recesso determinativo, oltre ad esprimere l'avversione dell'ordinamento per gli impegni perpetui di carattere patrimoniale, evita anche che i contratti di durata a tempo indeterminato abbiano un oggetto non solo indeterminato (a differenza che nel caso dei contratti a termine), ma anche indeterminabile, il che, com'è noto, costituisce causa di nul-

³⁷ A tale riguardo si parla, com'è noto, di obbligazioni di durata, intese come quelle «la cui esecuzione non si risolve *uno actu* ma è destinata a protrarsi nel tempo, perché, solo così protraendosi, soddisfa agli interessi delle parti» [TALICE, voce *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 187 ss., spec. 199]: esse includono, da una parte, quelle nelle quali «la prestazione dovuta non potrebbe essere pensata se non caratterizzata da una certa durata (anche minima), soddisfacendo, questa, ad un interesse “durevole” dei soggetti»; nonché, dall'altra, quelle nelle quali la prestazione viene «eseguita periodicamente, ma ciò in funzione di un particolare interesse dell'una parte ad ottenere soddisfazione a bisogni, quali periodicamente si manifestano e anche in ragione di entità variabili (v. riferimento al fabbisogno della parte cosiddetta somministrata). È questa la categoria delle obbligazioni ad esecuzione “periodica” (esemplare può ritenersi la somministrazione periodica di cose, art. 1559)». Le obbligazioni di durata non includono a anche quelle nelle quali «la durata dell'adempimento è “subita” ma non “voluta” dalle parti», perché può parlarsi di obbligazioni di durata in senso proprio solo quando «la durata non è un elemento accidentale ma è l'effetto della stessa natura della prestazione dedotta in obbligazione, la cui dimensione quantitativa è in ragione dell'unità temporale» [TALICE, voce *Termine (diritto privato)*, cit., 200]. Per descrivere lo stesso fenomeno si parla anche, com'è noto, di «contratti ad esecuzione continuata o periodica», che «sono quei contratti la cui esecuzione si protrae nel tempo, con prestazioni continuative o ripetute, per soddisfare *un bisogno del creditore che si estende anch'esso nel tempo*: contratti di lavoro, somministrazione, locazione, comodato, deposito, assicurazione, edizione, licenza di brevetto, conto corrente, agenzia e altri» (TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 18ª ed., Milano, 2009, 258; il corsivo è nel testo). «Tale tempo, dunque, che può tranquillamente qualificarsi quale termine, può avere riguardo tanto all'inizio di esecuzione (*dies a quo*) come alla cessazione (*dies ad quem*). I problemi maggiori sono posti da questo secondo tipo di termine, giacché esso dovrà necessariamente essere presente, non potendo pensarsi che un'obbligazione possa durare all'infinito. Di qui l'esatta affermazione che, in tali obbligazioni, la clausola recante il *dies ad quem* non è altro che specificazione di un elemento “naturale” del rapporto» (TALICE, *op. loc. ult. cit.*). Cfr. anche ROPPO, *Il contratto*, cit., 512, il quale precisa, da una parte, che «un contratto può essere *a esecuzione continuata per una prestazione, e periodica per la controprestazione* (ad es., la locazione)», ma in tal caso «il trattamento è comunque quello che la legge prevede in modo indifferenziato per i contratti «a esecuzione continuata o periodica»; dall'altra, anche che il fatto di essere a esecuzione continuata o periodica «è la qualifica dominante: se *una prestazione è a esecuzione istantanea, mentre la controprestazione è a esecuzione continuata o periodica* (ad es., deposito di un bene, contro corrispettivo da pagarsi in unica soluzione), si applica il *regime dei contratti di durata*» (i corsivi sono nel testo).

lità del contratto (artt. 1346 e 1418 c.c.)³⁸. Se ne ricava che nell'ambito dei contratti di durata il principio che esclude la possibilità pentirsi e svincolarsi unilateralmente da un contratto dopo averlo stipulato – sancito in generale, com'è noto, dall'art. 1372, 1° comma, c.c. a norma del quale «il contratto ha forza di legge tra le parti» e «non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge»³⁹ – riguarda solo il recesso dai contratti a tempo determinato, dovendosi invece scartare l'idea che la portata di quella regola arrivi a precludere anche il recesso determinativo dai contratti a tempo indeterminato, dal momento che in questo caso l'esercizio del diritto di recesso non manifesta un pentimento del contraente rispetto agli impegni assunti, ma l'esercizio di una facoltà che – anche al di là dell'avversione dell'ordinamento verso i vincoli patrimoniali perpetui – è necessaria per salvaguardare la validità del contratto e che per questo è riconosciuta esplicitamente con riguardo a tutte le prestazioni periodiche o continuative di cose e di servizi dagli artt. 1569 e 1677 c.c. e da altre disposizioni dalle quali si ricava il principio generale, a tenore del quale se la durata del rapporto non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando un congruo preavviso⁴⁰.

³⁸ Infatti, «nei contratti di durata l'operazione contrattuale si sviluppa nel tempo: recedere significa *valutare, dopo avere fruito dell'operazione per un certo periodo, che quel periodo di fruizione è sufficiente*, e che fruire dell'operazione per un periodo ulteriore non sarebbe coerente con il proprio interesse» (ROPPA, *Il contratto*, cit., 515 s.; il corsivo è nel testo). Per questo secondo un insegnamento classico «una prima funzione del potere di recesso, oramai largamente riconosciuta dagli interpreti, è quella di costituire uno strumento di integrazione nei contratti di durata privi del termine finale, nel senso che il contraente, comunicando il recesso, stabilisce il termine prima non concordato. Il fondamento di questa qualificazione viene, da un lato, dalla constatazione che l'entità della prestazione è proporzionale, nei contratti di durata, alla lunghezza del rapporto e, d'altro canto, dalla necessità di rispettare il requisito di determinatezza, od almeno determinabilità, dell'oggetto contrattuale» [G. GABRIELLI e PADOVINI, voce *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 27 ss., spec. 28]. In questo stesso senso v. anche SIRENA, *Recesso e revoca*, in *Il diritto*, XIII, Milano, 2007, 71 ss., spec. 72; Id., *Effetti e vincolo*, cit., spec. 125 s.; FRIGIDA, *Il recesso e la revoca*, cit., 1984 s.; ROPPA, *Diritto privato*, 5ª ed., Milano, 2016, 435.

³⁹ Ciò significa che normalmente le parti non sono legittimate a recedere unilateralmente dal contratto e che, se lo fanno senza che l'accordo o la legge attribuiscono specificamente alla parte che lo esercita il potere di farlo, il recesso non produce effetti [SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. contratti Roppa*, III, COSTANZA (a cura di), *Effetti*, 2ª ed., Milano, 2023, 1 ss., spec. 121]. Tale potere, infatti, è ormai pacificamente qualificato come il diritto potestativo di sciogliere un contratto mediante la semplice dichiarazione della volontà unilaterale di produrre questo effetto: infatti, secondo la tesi ormai prevalente il potere di recedere ha natura di diritto potestativo [F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, rist. 2012, 72 s.; ROPPA, *Il contratto*, cit., 510; FRIGIDA, *Il recesso e la revoca*, in FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 1973 ss., spec. 1977 s.] e la manifestazione della volontà di recedere ha valore di atto negoziale (C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 694; ROPPA, *Il contratto*, cit., 509; FRIGIDA, *Il recesso e la revoca*, cit., 1978). Da ciò consegue che se il diritto potestativo non sussiste, la manifestazione della volontà di sciogliere il contratto non può produrre l'effetto voluto.

⁴⁰ Particolarmente eloquente in questo senso è Trib. Rimini 5 gennaio 2015, n. 6907, in *De Jure*, ove si legge che «dalla disciplina dei singoli contratti, emerge essenzialmente che per ciascun

È per questo che non risulta contemplato alcun recesso dal contratto di somministrazione nel caso che la durata del contratto sia già stabilita, mentre «se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione» (così è stabilito infatti dall'art. 1569 c.c. con riguardo specifico alle prestazioni periodiche o continuative di cose, ma per effetto dell'art. 1677 c.c. la disposizione va applicata anche alle prestazioni periodiche o continuative di servizi). Ed è per questo che nella disciplina di altri contratti di durata – come anche nel caso qui in esame della nuova disciplina della distribuzione automobilistica integrata – quando eccezionalmente è contemplato il recesso anche dai contratti a tempo determinato⁴¹, il regime resta comunque distinto rispetto a quello del recesso dai contratti a tempo indeterminato⁴², perché in tale ultima ipotesi si tratta di un recesso determinativo libero (a parte l'obbligo del congruo preavviso), mentre nella prima ipotesi si tratta di un recesso di pentimento oneroso.

ABSTRACT

Lo scritto illustra le nuove disposizioni in materia di accordi verticali di distribuzione automobilistica, e in particolare ne evidenzia il carattere transtipico (l'ambito di applicazione si estende infatti fino a ricomprendere non solo, a certe condizioni, anche l'agenzia, la concessione di vendita e la commissione, ma tutti i contratti di durata riconducibili allo schema degli accordi per la distribuzione integrata di autoveicoli nuovi o a km. 0), individua gli aspetti del rapporto che devono essere regolati dalle parti contraenti e dà conto di quelli direttamente definiti imperativamente dalla legge (più spe-

rapporto di durata a tempo indeterminato è prevista la possibilità per le parti di operare quello che può definirsi un recesso liberatorio o ad nutum, ossia dipendente dalla libera scelta della parte alla quale è attribuito, parte alla quale viene pertanto riconosciuta la possibilità di sciogliersi da un vincolo negoziale a tempo indeterminato (art. 1569 c.c. per restare in tema di somministrazione, tipo contrattuale al quale è riconducibile il rapporto per cui è causa; ma anche 1725 e 1727 c.c. in tema di mandato, 1750, 2° comma c.c. in tema di agenzia, 1810 c.c. in tema di comodato, 1845, 3° comma c.c. in tema di apertura di credito e così via). Da tali evidenze sistematiche discende la conseguenza che il recesso liberatorio risponde ad un principio di ordine pubblico a salvaguardia sia della libertà ed autonomia negoziale (gravemente compromessa laddove un soggetto potesse obbligarsi nei confronti di un altro a tempo indeterminato e senza possibilità di recesso liberatorio, ossia, essenzialmente, vita natural durante), che della circolazione dei beni e dello sviluppo della concorrenza nell'ambito del mercato».

⁴¹ Si consideri per esempio la «revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato e per un determinato affare ... fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare» regolata dall'art. 1725, 1° comma, c.c., o la rinuncia a tale incarico da parte del mandataro regolata dall'art. 1727, 1° comma, c.c.

⁴² Si consideri per esempio la revoca dal mandato conferito a tempo indeterminato regolata dall'art. 1725, 2° comma, c.c., o la rinuncia a tale incarico da parte del mandatario regolata dall'art. 1727, 1° comma, c.c.

cificamente, chiarisce la distinzione tra il recesso determinativo gratuito concesso a tutte le parti contraenti e quello di pentimento oneroso concesso solo al fornitore degli autoveicoli da distribuire e riferisce del contrasto tra l'imposizione a livello nazionale di una durata minima di cinque anni per i contratti a termine e la più ampia libertà garantita a livello europeo dall'art. 101 TFUE e dai Regolamenti UE sugli accordi verticali, quali il Reg. (UE) 720/2022 e il Reg. (UE) n. 461/2010).

The paper illustrates the new provisions on vertical motor vehicle distribution agreements, highlighting their character by virtue of which the scope of their application is extended to include, under certain conditions, all contracts of duration that can be categorized as agreements for the integrated distribution of new or zero-km motor vehicles; identifies those aspects of the relationship that must be regulated by the contracting parties; explains those that are directly and imperatively defined by the law (more specifically, it clarifies the distinction between the free right of termination from a continuing performance contract for a indefinite period of time, granted to all contracting parties, and the possibility of early termination of a fixed term contract for a fair compensation granted only to the supplier of the motor vehicles to be distributed is clarified, and the contrast between the national imposition of a minimum term of five years for fixed-term contracts and the broader freedom guaranteed at European level by Art. 101 TFEU and the EU regulations on vertical agreements, i.e. Reg. (EU) 720/2022 and Reg. (EU) No. 461/2010).



Convivenza e assegno di mantenimento

Massimo D'Auria



SOMMARIO: **1.** Due questioni rimesse alle Sezioni Unite. – **2.** La funzione dell'assegno di mantenimento: la durata del matrimonio. – **3.** Il rilievo attribuito alla convivenza post-coniugale. – **4.** Il profilo della ripartizione della pensione di reversibilità. – **5.** In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite. – Indicazioni di lettura.

1. Due questioni rimesse alle Sezioni Unite

Con le ordinanze interlocutorie 18 ottobre 2022, n. 30671 e 27 gennaio 2023, n. 2507, la Prima Sezione della Cassazione civile ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della rilevanza da accordare *ex art. 5, 6° co. l. 898/70* alla durata della convivenza di fatto anteriore al matrimonio e all'unione civile.

Più precisamente, con la prima ordinanza ci si interroga sul rilievo da riconoscere alla durata della convivenza prematrimoniale esclusivamente ai fini della quantificazione della componente compensativa – perequativa dell'assegno divorzile, allorquando rinunce e sacrifici sopportati dall'ex coniuge si collochino in epoca anteriore alla formalizzazione del vincolo coniugale chiedendo di «valutare, nell'ambito dei criteri di determinazione della misura dell'assegno divorzile, non soltanto la durata del matrimonio ma, anche, la durata della convivenza prematrimoniale precedente, e tanto alla luce della sempre maggiore considerazione dei legami di fatto, intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali»

La seconda ordinanza intercetta il medesimo ordine di problemi avendo, però, riguardo al riconoscimento del diritto all'assegno a seguito dello scioglimento dell'unione civile per valutare se «ai fini del riconoscimento dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970 al componente dell'unione civile che ne abbia fatto richiesta, assumano rilevanza anche i fatti intercorsi tra le parti anteriori alla costituzione dell'unione civile».

La particolare rilevanza della questione sollevata dalla Prima sezione si comprende alla luce del seguente rilievo:

La convivenza prematrimoniale è un fenomeno di costume che è sempre più radicato nei comportamenti della nostra società cui si affianca un accresciuto riconoscimento – nei dati statistici e nella percezione delle persone – dei legami di fatto intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali. Da questo punto di vista il riconoscimento di una certa sostanziale identità, dal punto di vista della dignità sociale, tra i due fenomeni di aggregazione affettiva, sotto alcuni punti di vista (non certo per tutti) rende meno coerente il mantenimento di una distinzione fra la durata legale del matrimonio e quella della convivenza.

In sostanza, alle Sezioni Unite viene chiesto di pronunciarsi su un profilo che potrebbe confermare la tendenza alla progressiva erosione della distinzione tra convivenza di fatto e matrimoniale.

Quanto alle unioni civili, si aggiunge l'ulteriore spinoso problema del possibile esito discriminatorio di un quadro giuridico che, in forza del principio di irretroattività della legge *ex art. 11 disp. prel. c.c.*, impedisca di recuperare la rilevanza delle convivenze di fatto omosessuali instaurate precedentemente alla promulgazione della l. 76/2016. Ed invece, si segnala come, mentre le coppie eterosessuali avrebbero potuto liberamente unirsi in matrimonio, con la possibilità di recuperare la rilevanza anche dei sacrifici pregressi compiuti nell'ambito della convivenza, una tale libertà è divenuta possibile per le coppie omosessuali soltanto a partire dal 2016. Cosicché, la preclusione del diritto a percepire l'assegno di mantenimento sarebbe unicamente conseguenza della perdurante assenza di un quadro giuridico di pieno riconoscimento e tutela delle coppie omosessuali, assenza per la quale la Corte Edu 21 luglio 2015 *Oliari c. Italia* ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 CEDU.

Sul piano normativo, la questione ha ragione di porsi in forza della constatazione di cui all'ordinanza n. 30671/2022, che, secondo la disposizione di cui dall'art. 5,6° co. l. 898/70

l'assegno "(...) deve essere computato dal giudice oltre che sulle disponibilità economiche del soggetto onerato anche sulla durata legale del matrimonio, senza far menzione al più o meno lungo periodo di convivenza *more uxorio* vissuto dalla coppia prima di legalizzare l'unione.

Il dubbio se sia ragionevole escludere qualsiasi rilevanza alla convivenza prematrimoniale discende dalla circostanza che la giurisprudenza ha già accordato rilievo alla nuova convivenza *more uxorio* instaurata dal coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento, sul presupposto che

Non del tutto dissimile è la possibilità di tener conto anche del periodo di convivenza prematrimoniale, cui sia seguito il vero e proprio matrimonio, successivamente naufragato, ai fini della determinazione dell'assegno divorzile.

Per ragioni che attengono alla specificità del problema sollevato, l'ordinanza n. 2507/2023 evidenzia maggiormente la necessità di tenere conto del mutamento del quadro giuridico a seguito del riconoscimento delle unioni civili e, in questa prospettiva, alle Sezioni Unite si chiede di chiarire il nesso sistematico tra la previsione di cui all'art. 1, 35° co. l. 76/2016 e quella a cui rinvia, ossia all'art. 5, 6° co. l. 898/70.

Al riguardo, la Prima Sezione prospetta due possibili opzioni ermeneutiche: la prima, a mente della quale il legislatore avrebbe

inteso disciplinare gli effetti patrimoniali dell'unione civile in crisi, rapportandoli unicamente al periodo in cui si è costituita l'unione stessa, volutamente tralasciando tutto ciò che ha riguardato il periodo precedente, pur se caratterizzato dalla presenza di una relazione affettiva.

La seconda opzione che, prendendo atto dell'esistenza di una lacuna, prospetta la possibilità di lasciare all'interprete

la valutazione in ordine agli effetti della norma introdotta nel 2016 mediante rinvio a quella prevista in tema di divorzio, nella quale il legislatore ebbe ben presente, rinviando al quadro normativo di riferimento le vicende legate al pregresso periodo rispetto al matrimonio e alla successiva crisi sfociata nella separazione personale dei coniugi che fisiologicamente precede la maggiore parte delle ipotesi di scioglimento del vincolo di coniugio, senza fare tuttavia riferimento al rapporto pregresso e ai fatti ivi verificatisi.

Dunque, mentre la prima opzione intende conformarsi al rispetto del principio di irretroattività della legge, la seconda prelude alla possibilità giudiziale di valutare, alla luce dei nuovi fini sottesi alla legislazione sopravvenuta, fatti e status passati prescindendosi dal collegamento con il fatto che li ha generati.

2. La funzione dell'assegno di mantenimento: la durata del matrimonio

I problemi sollevati dalla Prima sezione devono ritenersi logicamente correlati al mutato assetto funzionale che la giurisprudenza ha attribuito all'assegno di mantenimento.

Tramontata definitivamente l'idea che l'assegno di mantenimento debba proporsi l'obiettivo di preservare il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio (Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 3, I, 869, con nota di Savi, in *Resp. Civ. prev.*, 2018, 6, 1856, con nota di Basini, in *Foro it.*, 2018, 9, I, 2671, con nota di Casaburi, Bianca; Cass., 28 febbraio 2022, n. 6534, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2018, 1607, con nota di Benanti), all'assegno di mantenimento deve essere riconosciuta funzione *latu sensu* assistenziale, in quanto si tratta garantire l'autosufficienza economica all'ex coniuge che non ha mezzi adeguati, né può procurarseli per ragioni obiettive (Cass., 10 maggio 2017, n.

11504, in *Fam. Dir.*, 2017, 642, con nota di E. Al Mureden, F. Danovi; in *Giur. It.*, 2017, 17999, con nota di Rimini), salvo poi accordare ai criteri normativi di determinazione del *quantum* anche una funzione compensativa-perequativa dei sacrifici effettuati dal richiedente (Cass. 16 dicembre 2021, n. 40385, *conf.* Cass., 7 dicembre 2021, n. 38928; Id., 3 dicembre 2021, n. 38362, in *Mass. Giust. Civ.*, 2022; Id., 30 novembre 2021, n. 37571; Cass., 8 settembre 24520, in *Foro it.*, 2021, 11, I, 3445).

Proprio questa evoluzione costituisce la chiave d'innescio del problema sollevato dall'ordinanza n. 30671/2022.

A parte qualche sporadica pronuncia di merito (Trib. Terni, 13 luglio 2021 in *Foro it.*, 2021, 11, I, 3690; App. Roma 7 giugno 2021, n. 4097 in *dejure*), la giurisprudenza registra una, magari implicita, ma sostanziale adesione all'idea (validata, peraltro, anche da Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287; da ultimo Cass., 23 gennaio 2023, n. 1996; presso Trib. Larino, 13 dicembre 2022, n. 603; Trib. Oristano, 18 novembre 2022, n. 568; Trib. Forlì, 17 novembre 2022, n. 1001, reperibili su *dejure*) che, al fine di quantificare la componente compensativa dell'assegno divorzile, assumerebbero rilievo esclusivamente i sacrifici, concordati tra i coniugi, sopportati dal richiedente l'assegno in costanza di matrimonio.

All'interno di un quadro giurisprudenziale così impostato e in un contesto socio-economico che registra convivenze prematrimoniali di durata sempre più spesso superiore allo stesso rapporto matrimoniale, l'idea che abbiano valore "endo-familiare" soltanto vicende occorse in costanza di matrimonio potrebbe produrre l'effetto perverso di suggellare una condizione di sperequazione reddituale la cui ragione sia eziologicamente da collegare a sacrifici e rinunce collocabili nel periodo di convivenza prematrimoniale.

Da qui l'esigenza di rinnovare la riflessione sulla valenza funzionale da assegnare al criterio della "durata del matrimonio" di cui all'art. 5, 6° co. l. 898/70, ossia di quel rapporto coniugale che, come ultimamente precisato, "si esaurisce con la pronuncia del divorzio e non con la separazione personale" (Cass., Sez. un., 31 marzo 2021, n. 9004, in *Foro it.*, 2021, 5, I, 1589), al fine di chiarire se esso valga a precludere la possibilità di attribuire autonoma rilevanza al periodo di convivenza prematrimoniale.

Secondo quanto disposto dall'art. 5, 6° co. l. 898/70, gli elementi volti a determinare l'assegno di mantenimento devono essere valutati "anche in rapporto" alla durata del matrimonio.

Sino a quando è valso l'assunto per cui l'assegno avrebbe dovuto salvaguardare il tenore di vita goduto dal beneficiario nel rapporto coniugale, la "durata del matrimonio" aveva il significato di moderare ovvero sterilizzare le pretese di mantenimento in caso di matrimonio di breve durata. Alla luce della natura composita attualmente ascritta all'assegno di mantenimento, la durata del matrimonio pare debba necessariamente assolvere ad una funzione diversa, in ogni caso, compatibile con i principi di libertà e autoresponsabilità che illuminano l'odierna funzione dell'assegno divorzile e, dunque, incompatibile con il risorgere di rendite parassitarie in favore dell'ex coniuge (App. Roma, 9 febbraio 2022, n. 881; Trib. Pisa, 14 gennaio 2022, n. 43; Trib. Torino, 8 ottobre 2021, n. 4508, tutte reperibili su *dejure*).

Ammesso, dunque, che l'assegno di mantenimento debba porre rimedio ad una condizione di bisogno che affligge l'ex coniuge per ragioni riconducibili ai sacrifici e rinunce

dal medesimo effettuate in esecuzione degli indirizzi di vita familiare, la durata del matrimonio parrebbe comportarsi come un indice di rilevanza causale tra dette rinunce e la condizione di debolezza o sperequazione che l'ex coniuge sperimenta a seguito dello scioglimento del vincolo matrimoniale. In questo senso, s'intende allora che rinunce e sacrifici presentano una rilevanza causale sullo squilibrio reddituale tra ex coniugi all'esito dello scioglimento del vincolo che dovrà ritenersi tanto maggiore quanto più il vincolo matrimoniale si sia protratto nel tempo.

Tale conclusione conduce, da un lato, a scongiurare che la brevità del matrimonio possa valere a precludere il riconoscimento del diritto all'assegno divorzile. Dall'altro lato, parrebbe doversi dedurre che solo le rinunce e sacrifici effettuati in costanza di matrimonio saranno valutabili alla stregua di un "contributo personale ed economico" alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e comune, secondo quanto previsto dall'art. 5, 6° co. l. 898/70.

3. Il rilievo attribuito alla convivenza post-coniugale

Precisato il significato da ascrivere alla "durata del matrimonio", ci si chiede se non possa accordarsi all'atto di matrimonio l'effetto di ascrivere retroattivamente ai sacrifici effettuati nel corso della convivenza prematrimoniale la consistenza giuridica di "contributi" valutabili ai sensi dell'art. 5, 6° co. l. 898/70 in modo da giustificare il risultato di unire i periodi di convivenza. A tale scopo, conviene sondare la reale consistenza argomentativa della similitudine tra convivenza prematrimoniale e successiva al divorzio. Si tratta in particolare, di verificare se le ragioni che hanno condotto la giurisprudenza a giustificare l'impatto sull'assegno di mantenimento della nuova convivenza *more uxorio* instaurata dal beneficiario dell'assegno divorzile siano utilmente impiegabili anche per fondare la rilevanza della convivenza prematrimoniale in punto di quantificazione dell'assegno divorzile.

Nonostante il disposto di cui all'art. 5, 10 co. l. div. attribuisca effetti estintivi del diritto all'assegno divorzile al passaggio del creditore a nuove nozze la giurisprudenza più recente, superando l'originaria impostazione che predicava l'irrelevanza giuridica delle convivenze *more uxorio* (Cass., sez. I, 30 ottobre 1996, n. 9505, in *Fam. e dir.*, 1996, 307, con nota di G. Ferrando, *Assegno di divorzio e convivenza "more uxorio"*; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 4, 2002, p. 959), è giunta a riconoscere la rilevanza giuridica della stabilità anche economica che tali relazioni affettive producono: sorge una nuova famiglia di fatto, il che, evidentemente, non potrà che avere un impatto sull'assegno di mantenimento.

Secondo una prima opinione, la nuova convivenza potrà unicamente consentire la rideterminazione del *quantum* nella misura in cui, dovendo escludersi la componente assistenziale, potrebbe, però, rimanere ferma quella compensativa dell'assegno divorzile (Cass., Sez. un., 5 novembre 2011, n. 32198 in *Dir. Fam. Pers.*, 2021, 4, I, 1657 e in *Foro it.*, 2022, I, 1, 151; Cass., 12 maggio 2022, n. 15241; conf. Id., 5 maggio 2022, n. 14256, in *Mass. Giust. Civ.*, 2022; Id., 18 febbraio 2022, n. 5447; Trib. Oristano, 8 febbraio 2022, n. 65; App.

Roma, 6 dicembre 2021, n. 8081; Trib. Tivoli 10 novembre 2021 n. 1580 reperibili su *dejure*). Secondo un'altra opinione, invece, la nuova convivenza potrebbe provocare la temporanea estinzione del diritto a percepire l'assegno divorzile a condizione e sino a quando la nuova convivenza di fatto soddisfi quell'esigenza assistenziale che costituirebbe il presupposto del diritto all'assegno di mantenimento (Cass., 31 gennaio 2023, n. 2840; Id., 4 maggio 2022, n. 14151; Trib. Biella, 26 ottobre 2022, n. 372 con la precisazione per cui l'effetto estintivo perdura anche laddove la nuova convivenza venga successivamente meno; Trib. Bergamo, 26 maggio 2022, n. 1322; App. L'Aquila, 12 gennaio 2022, n. 37; Trib. Teramo, 26 ottobre 2021, n. 941; Trib. La Spezia, 25 ottobre 2021, n. 581; Trib. Salerno, 5 ottobre 2021; Trib. La Spezia, 15 settembre 2021, n. 491 in *dejure*).

I due orientamenti appena menzionati riflettono la non sopita questione circa la natura da ascrivere all'assegno di mantenimento, il che già non depone bene al fine di costruire una chiara impostazione risolutiva al problema della rilevanza dei sacrifici effettuati durante alla convivenza prematrimoniale. Ad ogni modo, la Prima Sezione, ponendo un problema di mera quantificazione, intende indubbiamente richiamarsi al primo degli orientamenti descritti.

In questa prospettiva, può anche ammettersi una certa omologia tra tipi di problemi interpretativi: così come l'art. 5, 10° co. l. 898/70 non menziona le convivenze di fatto, allo stesso modo la previsione di cui all'art. 5, 6° co. l. cit. assegnerebbe rilievo esclusivamente alla durata del matrimonio, senza appunto fare menzione della durata della convivenza prematrimoniale. Ciò premesso, però, il richiamo a tale orientamento giurisprudenziale pare valere più alla chiarificazione del problema giuridico che a suggerire un'ipotesi di soluzione.

Il descritto orientamento si limita, infatti, ad affermare che la nuova convivenza *non impedisce* la permanenza dell'assegno di mantenimento nella sua componente compensativa sul presupposto, però, che rinunce e sacrifici siano stati effettuati nel corso della vita matrimoniale. Allora, il richiamo pare fallire l'obiettivo di porre in crisi l'idea che la funzione dell'assegno di mantenimento sia volta a compensare sacrifici e rinunce *purché* questi siano stati compiuti in costanza di matrimonio, quanto più si siano protratti nel corso del rapporto matrimoniale. In particolare, tale giurisprudenza non appare in grado di attribuire al matrimonio l'effetto di recuperare retroattivamente alla dimensione "contributiva" rinunce e sacrifici effettuati dall'ex coniuge nel periodo di convivenza di fatto.

4. Il profilo della ripartizione della pensione di reversibilità

Appare utile rievocare una seconda vicenda giurisprudenziale che pure si è interrogata sul rilievo da assegnare alla convivenza prematrimoniale. Si allude a quella che ha discusso gli elementi di fatto che il giudice dovrà valutare per decidere la ripartizione della pensione di reversibilità tra il coniuge superstite e l'ex coniuge divorziato. A venire in rilievo è, questo caso, la prescrizione di cui all'art. 9, 3° co. l. 898/70 il cui dettato individua esclusivamente nella durata del rapporto matrimoniale il criterio legale fondante la

ripartizione del trattamento pensionistico tra l'ex coniuge e quello superstite senza fare menzione alcuna della durata della convivenza *more uxorio*.

Si ricorderà che le Sezioni unite hanno ritenuto che il trattamento di reversibilità costituisce implicazione patrimoniale della comunione di vita connessa al rapporto matrimoniale (Cass., sez. un., 12 gennaio 1998 n. 159, in Foro it., 1998, I, 392, con osservazioni di V. Ferrari). Dal canto suo, la Corte costituzionale, seppure ribadendo il proprio orientamento in ordine alla fondamentale diversità tra famiglia di fatto e famiglia legittima, aveva avuto cura di precisare come gli eventuali riflessi negativi del criterio adottato dalla legge possano comunque essere superati applicando ulteriori criteri concorrenti tra cui, in primo luogo lo stato di bisogno degli aventi titolo alla pensione di reversibilità, in modo da tutelare, tra le due posizioni configgenti, quella del soggetto economicamente più debole (Cfr. Corte cost. ord. 14 novembre 2000 n. 491, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 176, con nota di E. Quadri).

In questa ottica, la giurisprudenza successiva ha, però, accordato rilevanza anche alla durata della convivenza prematrimoniale (Cass., 28 aprile 2020, n. 8263; Cass., sez. I, 19 febbraio 2003, n. 2471, in *Fam. dir.*, 2003, 129, con nota di G. De Marzo, *Pensione di reversibilità e convivenza prematrimoniale: i percorsi della giurisprudenza di legittimità*; Cass., sez. I, 10 gennaio 2001 n. 282, in *Fam. dir.*, 2001, 330; contra, Cass., sez. I, 29 gennaio 2002, n. 1057, in *Fam. dir.*, 2002, 318; Cass., sez. I, 2 marzo 2001, n. 3037, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, 382). In alcune pronunce si è giunti anche a precisare che la valutazione della convivenza prematrimoniale non avrebbe valore meramente correttivo ma distinta e autonoma rilevanza giuridica rispetto al criterio legale della durata del matrimonio (Cass. 26 febbraio 2020, n. 5268; Id., 7 dicembre 2011, n. 26358; Cass., 30 dicembre 2021, n. 41960 in *dejure*).

Merita evidenziare come a tale conclusione la giurisprudenza sia giunta sul presupposto che, al fine di adempiere pienamente alla funzione solidaristica dell'istituto, il legislatore, seppure ritenendo imprescindibile tenere conto della durata del rapporto matrimoniale, non abbia posto limiti agli elementi liberamente valutabili i quali restano pertanto rimessi al prudente apprezzamento del giudice (Cass., 30 marzo 2004, n. 6272; Id., 15 ottobre 2020, n. 22399 in *dejure*).

Proprio questa giustificazione parrebbe fare emergere la diversità qualitativa del problema interpretativo sotteso alle due questioni. Il problema della rilevanza da accordare alla convivenza prematrimoniale ai fini della ripartizione della pensione di reversibilità può essere risolto mediante un mero ampliamento degli elementi di fatto liberamente valutabili dal giudice di là di quanto espressamente prescritto dall'art. 9, 3° co. L. 898/70. Nel contesto della pensione di reversibilità, la rilevanza meramente fattuale da assegnare alla durata della convivenza prematrimoniale vale a depotenziare l'impatto di una circostanza che potrebbe evidentemente rivelarsi onerosa per le casse dello Stato.

Non altrettanto, però, pare potersi sostenere nel caso dell'assegno divorzile poiché ciò che si chiede ai fini di quanto previsto dall'art. 5, 6° co. l. 898/70 ha rilievo teorico e sistematico: se la convivenza prematrimoniale abbia la proprietà di rendere giuridicamente rilevanti, sacrifici e rinunce sostenute dal *partner*; oppure se il matrimonio abbia la proprietà di attribuire retroattivamente rilevanza "contributiva" ai medesimi sacrifici. Poiché, dunque, la natura del problema è concettuale, la soluzione non può, quindi, che

discendere da una interpretazione normativa delle coordinate assiologiche che connotato attualmente il sistema del diritto familiare e, in questo senso, il tentativo effettuato dalla Prima Sezione con l'ordinanza n. 2507/2023 di assegnare rilievo alla normativa sopravvenuta appare dotato di maggiore respiro argomentativo.

5. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite

Nella dedotta prospettiva sistematica, si tratta di sciogliere il dilemma proposto dalla Prima sezione, vale a dire se il legislatore successivo debba intendersi avere o meno preso posizione sulla rilevanza della convivenza di fatto indipendentemente dal fatto che essa sia successivamente sfociata nell'unione civile ovvero nel matrimonio.

Tale essendo la prospettiva valutativa, deve riconoscersi che gli assunti da porre a fondamento per affrontare la questione non si ritrovano nel disposto di cui all'art. 5, 6° co. l. 898/70, disposto che prescrive unicamente la necessità di tenere conto della durata del matrimonio, ma nella successiva legge n. 76/2016, che all'art. 1, 35° co. l. 76/2016 rinvia proprio all'art. 5, 6° co. l. cit. per estendere la disciplina dell'assegno divorzile anche al caso delle unioni civili.

Al riguardo, la circostanza che la novella abbia espressamente regolamentato le convivenze di fatto vale ad escludere che il legislatore abbia inteso lasciare libero l'interprete di valutare l'autonoma rilevanza teorica della convivenza di fatto. Semmai, questa circostanza impone di sondare in che modo il legislatore del 2016 abbia disciplinato le convivenze di fatto anche ai fini della determinazione e quantificazione dell'assegno di mantenimento. A nostro avviso, l'analisi parrebbe convalidare la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza che guarda con sfavore alla possibilità di rendere rilevanti vicende che si collochino in epoca antecedente alla formalizzazione del rapporto, sia esso tramite matrimonio o unione civile.

Dalla definizione delle "convivenze di fatto" di cui all'art. 1, 36° co. l. 76/2016 emerge che il legislatore ritiene tale comunità stabile di affetti possa costituire la sede appropriata nel cui alveo i *partner* potranno coltivare il dovere reciproco di assistenza morale e materiale, ancorché non vincolate oltre che da rapporti di parentela o affinità anche "(...) da matrimonio o da un'unione civile", casi cioè nei quali, sorgendo tutt'altro genere di doveri, segnalano la profonda differenza qualitativa tra le convivenze di fatto e quelle che si sviluppano nel corso del matrimonio o dell'unione civile. A ciò deve aggiungersi una disciplina *ad hoc* dello scioglimento della convivenza che, ai sensi dell'art. 1, 65° co. l. cit., prescrive l'obbligo alla corresponsione di un assegno alimentare sganciato da qualsiasi dimostrazione avente ad oggetto rinunce o sacrifici effettuati dal richiedente nel corso della convivenza, peraltro quantificabile nella misura determinata dall'art. 438 c.c., ossia tenendo conto tanto del bisogno del richiedente quanto delle condizioni del somministrante "per un periodo proporzionale alla durata della convivenza".

Da questo punto di vista, il legislatore parrebbe avere concettualmente escluso che dalla convivenza di fatto possano sorgere rivendicazioni economiche tali da condurre a

forme di compensazione dei sacrifici che ciascuno dei partners abbia deliberatamente scelto di attuare per favorire le reciproche esigenze della convivenza.

Ciò premesso, partendo dalla questione di diritto intertemporale relative alle unioni civili, pare possibile allinearsi alla motivazione con cui la Corte che in materia di pensione di reversibilità ha ritenuto, in un caso in cui presupposti della fattispecie erano tutti anteriori alla promulgazione della L. 76/2016, di non accordare alcuna rilevanza alla convivenza di fatto sul presupposto che il riconoscimento della misura assistenziale dipende dalla scelta che l'unione sia stata formalizzata (Cass. 14 marzo 2022, n. 8241).

Nell'ambito della medesima decisione, la Corte ha altresì chiarito che il legislatore ha deliberatamente scelto di *non* munire di clausola di retroattività la prescrizione avente ad oggetto il beneficio della pensione di reversibilità. Tale scelta non conduce ad un esito discriminatorio contro le coppie omosessuali, dal momento il presupposto costitutivo deve indifferentemente essere costituito dal matrimonio o dall'unione civile, da intendersi appunto quali istituti che producono un salto qualitativo del rapporto tale da rendere giuridicamente doverose, e come tale compensabili, rinunce e sacrifici esecutivi di accordi di vita familiare.

Analogamente, ai fini dell'assegno di mantenimento, dovrà ritenersi che il legislatore abbia deliberatamente ritenuto di conformarsi al principio di irretroattività della legge e, pertanto, la mancanza di una clausola di retroattività non pare interpretabile come segno dell'intento di rimettere nelle mani del giudice la possibilità di dare rilevanza fattuale a vicende collocabili all'interno della convivenza di fatto, sia essa antecedente all'unione civile o al matrimonio. Peraltro, l'argomento fondante la paventata discriminazione, secondo cui le coppie omosessuali, seppure volendo, non avrebbero potuto accedere all'unione civile, oltre ad essere puramente speculativo, cade atteso che, al successivo matrimonio, il sistema giuridico non ha sostanzialmente riconosciuto l'effetto di dare rilevanza a vicende anteriori al rapporto coniugale.

Al riguardo, riflettendo sulla questione se detta rilevanza possa essere recuperata "unendo" i periodi di convivenza, ascrivendo tale effetto all'instaurazione del matrimonio o dell'unione civile, riteniamo che un indice contrario a tale soluzione sia desumibile dalla circostanza che il legislatore della novella ha rimesso alle parti la possibilità di rendere più stringente il rapporto di convivenza di fatto mediante la stipula del contratto di convivenza. In tale contratto dovrà, infatti, rinvenirsi la regolamentazione delle "modalità di *contribuzione* alle necessità della vita in comune (...)" in relazione alle sostanze e capacità lavorative professionali e casalinghe di ciascuno (art. 1,53° co. l. 76/2016), contribuzione che si aggiunge, quindi, al dovere di assistenza materiale che costituisce il minimo comune denominatore delle convivenze di fatto.

In questa prospettiva, l'introduzione del contratto di convivenza suggerisce che il legislatore ha inteso astenersi dall'accordare rilevanza ai fatti occorsi durante la convivenza di fatto precedente. La scelta di politica del diritto si è, piuttosto, diretta a rimettere ai *partners* la libertà di dare veste contrattuale alla ripartizione dei ruoli con i quali ciascuno dovrà contribuire alle esigenze della convivenza. Data la valenza programmatica del contratto, le parti potranno perciò ascrivere *pro-futuro* rilevanza giuridica anche ai sacrifici e alle rinunce eventualmente sopportate per fare fronte alle necessità della

vita in comune così da rendere prospettabile l'autonoma valutabilità in sede giudiziale di tali rinunce, mediante l'istituto dell'ingiustificato arricchimento, nel caso di scioglimento della convivenza ovvero, se confermate anche all'interno dell'unione civile o del matrimonio, nel contesto valutativo della componente compensativa-perequativa riconosciuta all'assegno di mantenimento.

Ne consegue, quindi, che eventi che si collocano nel periodo di convivenza prematrimoniale non possono essere suscettibili di autonoma valutazione. Del resto, ragionando diversamente, si ripristinerebbe l'idea che il matrimonio o l'unione civile siano strumenti "di comodo", ossia funzionali a procurare lo scatto automatico del tipo di beneficio economico da riconoscere al partner richiedente l'assegno, indicazione questa che appare in controtendenza con i principi di libertà e autoresponsabilità che, informando attualmente le tipologie di rapporti familiari, reclamano in sede di scioglimento del vincolo un trattamento giuridico calibrato sul modo in cui le parti hanno inteso autonomamente conformare i propri rapporti personali ed economici.

Indicazioni di lettura

Sull'assegno divorzile: E. Quadri, Il coniuge e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 885. L. Balestra, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. Civ.*, I, 2020, p. 30; E. Al Mureden, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, in V. Cuffaro (a cura di), *Divorzio 1970 – 2020. Una riflessione collettiva*, pubblicazione dell'Associazione Civilisti Italiani, Milano, 2021, p. 271 ss.; C. Benanti, *Criteri di accertamento dello squilibrio economico tra i coniugi e loro incidenza sulla determinazione dell'assegno divorzile*, *ibid.*, p. 289; C. Favilli, *Assegno di divorzio e sorte delle attribuzioni patrimoniali pregresse*, *ibid.*, p. 339.

Sul rapporto tra l. 76/2016 e assegno divorzile: A. Spadafora, *Patologia dell'unione civile e tutela del soggetto economicamente debole: involuzione o evoluzione del modello protettivo* in *Dir. fam. Pers.*, 2021, 774

Sul significato di "durata del matrimonio" nell'art. 5,6° co. 898/70: S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Foro. it.*, 2017, 2707; C. Rimini, *La crisi della famiglia, II, Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, cit., 131; E. Al Mureden, *La crisi della famiglia, I, La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo; Quadri, *Rilevanza della durata del matrimonio e persistenti tensioni in tema di assegno di divorzio*, in *Foro it.*, 1997 1541 ss.

Sulla rilevanza della nuova convivenza rispetto all'assegno divorzile: E. Quadri, *Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 4, 2021, 883 ss.; C. Rimini, *Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno*, in *Fam. dir.*, 3, 2021, 266 ss.; M. Bianca, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, in V. Cuffaro (a cura di), *Divorzio 1970 – 2020. Una riflessione collet-*

tiva, pubblicazione dell'Associazione Civilisti Italiani, Milano, 2021, p. 325 ss.; M. Fortino, *La svolta dell'ordinanza n. 28995/2020 sulla funzione dell'assegno di divorzio: bilancio di cinquant'anni e prospettive per il futuro*, ibid., p. 349 ss.; F. Dell'Anna Misurale, *Nuova relazione e perdita dei benefici coniugali*, in *Giust. Civ.*, fasc. 3, 2020, 603; C. Cicero – M. Rinaldo, *Formazione di una nuova famiglia non fondata sul matrimonio e perdita del diritto all'assegno divorzile*, in *Dir. fam. Pers.*, fasc.1, 2016, p. 314 ss.

ABSTRACT

Nel solco delle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia di assegno divorzile, due ordinanze della Prima sezione hanno sottoposto alle Sezioni Unite della Cassazione la questione della eventuale rilevanza giuridica da accordare alla convivenza in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno divorzile in caso di scioglimento del successivo matrimonio o dell'unione civile. Il contributo si propone di analizzare le varie questioni sottese al problema in particolare interrogandosi sul significato di quanto previsto dall'art. 1, 59° lett. c) della l. 76/2016, nella parte in cui il matrimonio e nell'unione civile sono state indicate quali cause di risoluzione del contratto di convivenza siglato tra gli sposi e gli uniti civilmente.

Along the wake of the latest rulings on the recognition and quantification of divorce allowance, the Sezioni Unite of the Corte di Cassazione have been called upon to rule on the possible legal relevance to be attributed to a partnership in the event of the break-up of the subsequent marriage or civil union. The paper intends to analyse the various underlying issues, questioning in particular the meaning of the provision contained in Article 1, 59° lett. c) of Law 76/2016, according to which both the following marriage and civil union have been indicated as grounds for the dissolution of the civil partnership contract.



Vis attrattiva della funzione compensativa dell'assegno divorzile: la rilevanza dei sacrifici lavorativi compiuti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile



Claudia Benanti

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive. – **2.** Durata del matrimonio, durata della vita familiare e criteri attributivi dell'assegno divorzile. – **3.** Tutela del convivente che abbia compiuto dei sacrifici lavorativi prima dell'introduzione con legge dell'unione civile. – **4.** Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La rilettura dell'art. 5, comma 6, l. div., che ha portato ad attribuire all'assegno divorzile una funzione composita, sia assistenziale sia perequativo-compensativa, ha posto l'accento sui sacrifici professionali e reddituali compiuti da uno dei coniugi, d'accordo con l'altro, nell'interesse della famiglia, in particolare per dedicarsi alla cura dei figli e alla gestione domestica o, più raramente, per avvicinarsi al luogo di lavoro dell'altro coniuge¹.

Dette rinunce, essendo oggetto di un accordo funzionale al miglior andamento della vita familiare, non dipendono dall'esistenza tra le parti di un vincolo matrimoniale, ma dalla configurabilità di una vita familiare, tutelata dall'art. 8 CEDU. Pertanto, esse sono compiute anche da coppie conviventi di fatto. Lo dimostra il fatto che il «Rapporto

¹ Basti ricordare Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, 1186, con nota di S. PATTI; in *Famiglia*, 2018, 455, con nota di S. PATTI; in *Foro it.*, 2018, I, 2671, con note di CASABURI e di M. BIANCA; *ivi*, 3605, con note di MACARIO e di MORACE PINELLI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1601, con nota di BENANTI.

Annuale Istat 2021 – La situazione del Paese», nel valutare gli effetti negativi che l'aver un figlio di età compresa tra zero e cinque anni produce sul livello dell'occupazione femminile, non ha attribuito alcuna rilevanza al tipo di relazione di coppia (matrimonio o convivenza) esistente tra i genitori².

Nello stesso tempo, l'idea che l'unico tipo di famiglia giuridicamente rilevante fosse quella fondata sul matrimonio è stata superata e la convivenza di fatto ha acquisito la piena dignità sociale e giuridica di «famiglia», protetta non solo dall'art. 2 Cost., ma anche dall'art. 8 CEDU, mentre, in risposta alle sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale³ e dalla Corte EDU⁴, è stata introdotta l'unione civile, riservandone l'accesso alle coppie del medesimo sesso⁵.

La legge n. 76 del 2016 ha confermato la scelta metodologica tradizionale, di differenziare la disciplina delle conseguenze economiche della crisi di coppia in base al tipo di unione sottostante e, da una parte, ha ricollegato allo scioglimento dell'unione civile le stesse conseguenze economiche del divorzio, dall'altra ha riconosciuto ad uno dei conviventi di fatto il diritto di ricevere dall'altro, alla fine della convivenza, esclusivamente gli alimenti, così non conferendo alcuna rilevanza al criterio compensativo.

Tuttavia, la constatazione della tendenza delle coppie di fatto ad organizzare la distribuzione dei ruoli familiari in modo analogo alle coppie sposate rende questa soluzione inappagante.

La questione è stata sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione da due ordinanze interlocutorie della Prima Sezione della stessa Corte⁶, le quali hanno posto il quesito se il giudice, nell'attribuire l'assegno divorzile, possa tenere conto di fatti verificatisi durante la convivenza precedente alla celebrazione del matrimonio o dell'unione civile, a maggior ragione quando la convivenza sia stata effettuata da una coppia del medesimo sesso in un periodo nel quale lo Stato italiano era ancora inadempiente all'obbligo, derivante dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di consentire anche a tali coppie di contrarre un'unione formalizzata.

² Cfr. Rapporto Annuale Istat 2021 – La situazione del Paese, in <https://www.istat.it>, 150 s. e, in particolare, la Tavola 3.5, che riporta il “Tasso di occupazione delle donne 25-54 anni per ruolo in famiglia, ripartizione geografica e titolo di studio. Anno 2020 (valori percentuali)”.

³ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. e dir.*, 2014, 861, con nota di V. BARBA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1139 con nota di LORENZETTI e SCHUSTER; Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, 653, con nota di GATTUSO.

⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, 21 luglio 2015, ric. n. 18766/11 e n. 36030/11, caso *Oliari e al. c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918. Per un commento a questa sentenza, cfr. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 975.

⁵ Anzi, proprio nella scelta del legislatore di disciplinare, con la l. n. 76 del 2016, questi due tipi di famiglia non fondata sul matrimonio è stata individuata una delle più importanti trasformazioni della materia intervenute in anni recenti. Cfr. AULETTA, *Nuovi assetti della solidarietà nel rapporto di coppia, in jus civile*, 2021, 1300.

⁶ Cass., sez. I, ord. 18 ottobre 2022, n. 30671 e Cass., sez. I, ord. 27 gennaio 2023, n. 2507.

2. Durata del matrimonio, durata della vita familiare e criteri attributivi dell'assegno divorzile

La questione interpretativa posta dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 30671 del 2022 (di seguito, "Prima ordinanza") attiene al significato da attribuire al sintagma "durata del matrimonio", che la Novella del 1987 ha inserito fra i parametri dei quali il giudice deve tenere conto nel decidere in merito alla spettanza e alla quantificazione dell'assegno divorzile (cfr. art. 5, comma 6, l. div.). Precisamente, la Corte ha ritenuto che, tenendo conto della diffusione sociale della convivenza prematrimoniale e dell'avere ormai la convivenza di fatto acquisito la dignità sociale e giuridica di famiglia, stabilire se nella durata del matrimonio debba conteggiarsi anche il periodo della convivenza prematrimoniale costituisca una "questione di massima di particolare importanza", meritevole di essere sottoposta alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c.

Credo che al quesito posto dalla Prima ordinanza possa darsi una risposta positiva⁷, già sulla base dell'indicazione metodologica che lo stesso art. 5, comma 6, l. div. dà al giudice, di procedere «valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio», vale a dire di utilizzare il criterio cronologico per stabilire il peso che gli altri criteri stabiliti dall'art. 5, comma 6, l. div. assumano nel caso concreto⁸.

Stando così le cose, la nozione di "durata del matrimonio" può essere interpretata in modo diverso a seconda della *ratio* del singolo criterio normativo, al quale la medesima venga di volta in volta riferita.

Mentre ai fini dell'applicazione del criterio delle "ragioni della decisione" rileveranno tutti i comportamenti tenuti durante il matrimonio, che abbiano reso irreversibile la decisione di divorziare e, quindi, per "durata del matrimonio" dovrà intendersi il periodo di tempo compreso tra la celebrazione delle nozze e la manifestazione della volontà di non riconciliarsi che le parti compiano nella prima udienza del procedimento divorzile (con esclusione, quindi, della durata di quest'ultimo), non sarà così per il criterio compensativo, essendo esso legato al contributo dato dal richiedente all'andamento della vita familiare, vale a dire ad un fattore che avrà un'estensione temporale differente a seconda dei casi e, in particolare, della presenza o meno, al momento della domanda di divorzio, di figli conviventi, minori di età oppure maggiorenni, ma economicamente non autosufficienti.

Difatti, in presenza di figli aventi queste caratteristiche, la vita familiare si protrarrà oltre la fine della convivenza matrimoniale, perché perdurerà «una articolata trama

⁷ Lo esclude, invece, D'AURIA, *Convivenza e assegno di mantenimento*, in questa *Rivista*, in base all'interpretazione della disciplina sulle convivenze di fatto.

⁸ Cfr., nel senso che la durata del matrimonio non rappresenti un parametro autonomo, ma un filtro attraverso il quale valutare il peso assunto, nel caso concreto, dagli altri criteri stabiliti dall'art. 5, comma 6, l. div., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2017, 288; E. QUADRI, Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e criteri determinativi dell'assegno divorzile, in *Fam. e dir.*, 2018, 978.

di rapporti che ha nei figli il comune punto di riferimento, ma investe indirettamente anche il rapporto tra i genitori (ex-partners)⁹, con la conseguenza che il giudice dovrà considerare il contributo che il richiedente abbia dato alla gestione familiare per tutta la durata legale del vincolo, oltre che l'impegno che verosimilmente il genitore collocatario dovrà dedicare in futuro alla cura dei figli, come previsto da altri ordinamenti, come quelli francese e tedesco (cfr. art. 271, comma 2, c.c. francese e § 1570 BGB).

Viceversa, in assenza di figli nelle condizioni sopra indicate, il periodo seguente all'avvio del procedimento di separazione personale sarà escluso dal conteggio.

Un disallineamento tra la durata della vita familiare e la durata legale del matrimonio si verificherà anche nel caso, considerato dalla Prima ordinanza, in cui le parti abbiano fatto ricorso alla convivenza prematrimoniale, la quale secondo la Suprema Corte rappresenta ormai «un fenomeno di costume ... sempre più radicato nei comportamenti della nostra società» (cfr. Cass., ord. n. 30671 del 2022). Non c'è dubbio che, in un'ipotesi del genere, la vita familiare sarà cominciata ben prima delle nozze.

Avendo i conviventi di fatto la tendenza ad organizzare la contribuzione ai bisogni della vita familiare in modo analogo a ciò che farebbe una coppia sposata, è possibile che scelte compiute prima delle nozze finiscano per compromettere la capacità di uno dei coniugi di garantirsi un mantenimento adeguato, successivamente al divorzio. Si pensi al caso del convivente che, avendo – d'accordo con l'altro – rinunciato a lavorare per accudire un figlio in tenera età, riprenda a lavorare poco tempo dopo le nozze, quando il figlio sia un po' più grande, ma goda di possibilità di carriera e di guadagno più limitate, a causa del periodo di sospensione dell'attività lavorativa (rischio, questo, evidente nei settori lavorativi fortemente competitivi, che richiedono un aggiornamento professionale costante). In un'ipotesi di questo tipo, se il giudice si limitasse a considerare quanto avvenuto nel corso del matrimonio, al richiedente non sarebbe riconosciuta alcuna compensazione dei sacrifici lavorativi compiuti, a titolo di assegno divorzile.

La scelta più rigorosa è stata compiuta dalla giurisprudenza tedesca, la quale, nonostante il § 1578b BGB riconosca al coniuge divorziato il diritto alla compensazione degli svantaggi matrimoniali, ha escluso che il matrimonio possa generare alcuna responsabilità retroattiva del coniuge economicamente più forte per svantaggi lavorativi permanenti collegati alla cura del figlio comune, subiti dal genitore svantaggiato in dipendenza di scelte relative alla convivenza prematrimoniale¹⁰. Ciò perché il § 1615l, comma 2, BGB attribuisce alla madre di un figlio nato fuori dal matrimonio una pretesa al mantenimento nei confronti del padre soltanto in ragione delle esigenze di cura del figlio stesso, senza prendere in considerazione eventuali svantaggi lavorativi¹¹. Tuttavia, questa soluzione non mi sembra

⁹ AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007.

¹⁰ Cfr. BGH, 20 febbraio 2013 - XII ZR 148/10, in *FamRZ*, 2013, 860 e in *NJW*, 2013, 1444, con nota di BORN, *sub* § 19; BGH, 7 marzo 2012 - XII ZR 25/10, in *FamRZ*, 2012, 776 e in *NJW*, 2012, 1506, con nota di BORN, *sub* § 20.

¹¹ *Ibidem*.

pienamente rispettosa del principio di uguaglianza sostanziale, sul quale la compensazione degli *ehebedingte Nachteile* si fonda¹², e ne sarebbe opportuno un ripensamento.

Pure la Corte di Cassazione francese ha escluso che il giudice possa, nel fissare la *prestation compensatoire*, tenere conto della durata della convivenza anteriore al matrimonio¹³.

Tuttavia, nel nostro ordinamento la sentenza «Acierno»¹⁴ ha aperto la strada ad un'interpretazione diversa. Nel momento in cui, in applicazione del principio di diritto ivi enunciato, si valorizzano le «decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprinono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile», occorre tenere conto pure delle scelte condivise dalla coppia durante la convivenza prematrimoniale, che abbiano conformato la vita all'interno del matrimonio. Per rendere più chiaro questo passaggio del mio ragionamento richiamerò l'esempio già fatto, del convivente che, avendo – d'accordo con l'altro – rinunciato a lavorare per accudire un figlio in tenera età, ricominci a lavorare poco tempo dopo le nozze, ma con possibilità di carriera e di guadagno decisamente più limitate. In un caso come questo, è evidente che le condizioni di vita matrimoniale – le quali risultano dal complesso delle contribuzioni, economiche e materiali, date dai coniugi ai bisogni della famiglia¹⁵ – sono “conformate” da una scelta antecedente alle nozze, della quale inglobano al proprio interno gli effetti.

Non sarebbe questo l'unico caso nel quale all'interno dell'ordinamento italiano si attribuirebbe rilevanza alla convivenza prematrimoniale, in sede di applicazione della legge sul divorzio. Difatti, la giurisprudenza tiene già conto di questo fattore nel giudizio sulla ripartizione della pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato ed il coniuge superstite, al fine di non penalizzare quest'ultimo nei casi nei quali la più lunga durata

¹² A giudizio di DUTTA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Germany*, in SCHERPE (a cura di), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 179 ss., la Corte Federale di Giustizia individua lo «svantaggio» a carico di uno dei coniugi, che apre la via al controllo giudiziale del contenuto del contratto di matrimonio di cui al § 1585c BGB, principalmente nella sua rinuncia alla compensazione degli svantaggi legati al matrimonio. Le regole relative alla compensazione degli svantaggi matrimoniali integrerebbero, quindi, la *Kernbereich* della disciplina tedesca del mantenimento del coniuge divorziato, sottratta alla disponibilità delle parti.

¹³ Cfr. Cass., 6 ottobre 2010, n. 09-12.718, in *Dr. famille*, 2010, comm. 178, con nota di LARRIBAUTERNEYRE e Cass., 16 aprile 2008, n. 07-12.814 e n. 07-17.652, ivi, 2008, comm. 83, con nota di LARRIBAUTERNEYRE.

¹⁴ Cass., n. 18287 del 2018, cit., così denominata dal nome dell'estensore.

¹⁵ Il valore economico del lavoro domestico è stato riconosciuto dalla Corte Federale di Giustizia tedesca, che in una nota sentenza (BGH, 13 giugno 2001, n. 745 – XII ZR 343/99, in *FamRZ*, 2001, 986 e in *NJW*, 2001, 2254) ha enunciato il principio della «*Surrogatlösung*», secondo cui le condizioni di vita matrimoniale non sono forgiate soltanto dai redditi derivanti da un'attività produttiva, ma anche da altri fattori – professionali, relativi allo stato di salute, familiari e simili – che siano dotati di rilevanza economica. Tra questi fattori rientrano, quindi, le attività di conduzione domestica e di cura dei figli. Questa giurisprudenza è stata sostanzialmente confermata poco tempo dopo dalla Corte costituzionale (cfr. BVerfG, 5 febbraio 2002, n. 315 - 1 BvR 105/95, in *FamRZ*, 2002, 527 e in *NJW*, 2002, 1185).

del primo matrimonio rispetto a quella del secondo sia stata in concreto compensata dal lungo periodo di convivenza precedente al secondo matrimonio¹⁶.

Concludendo su questo punto, pure scelte relative alla distribuzione dei ruoli familiari, che siano state concordate dalle parti ed attuate durante la convivenza prematrimoniale, possono legittimare il diritto del coniuge divorziato a ricevere una compensazione economica, mediante il pagamento dell'assegno divorzile, se le stesse hanno conformato la vita matrimoniale.

3. Tutela del convivente che abbia compiuto dei sacrifici lavorativi prima dell'introduzione dell'unione civile

La conclusione raggiunta nel § precedente – vale a dire che il coniuge divorziato ha diritto alla compensazione, mediante l'assegno divorzile, delle rinunce lavorative compiute durante la convivenza prematrimoniale che abbiano conformato le condizioni di vita matrimoniale – si estende anche al soggetto che abbia compiuto quelle rinunce durante la convivenza precedente alla stipula dell'unione civile, perché le disposizioni che disciplinano le conseguenze economiche del divorzio tra le parti si applicano anche nel caso dello scioglimento di un'unione civile.

Pertanto, una risposta positiva al quesito di diritto posto dalla Prima ordinanza sarebbe sufficiente ad accordare tutela alla ricorrente anche nel caso deciso da Cass. n. 2507 del 2023 (nel prosieguo, "Seconda ordinanza") e renderebbe superflua la valutazione della presunta violazione del principio di non discriminazione, di cui all'art. 14 CEDU. Difatti, la ricorrente (A.A.) aveva lamentato il fatto che la Corte d'appello di Trieste, nel negarle il diritto a ricevere un assegno assistenziale da B.B. a seguito dello scioglimento dell'unione civile, non avesse tenuto conto delle rinunce lavorative dalla medesima compiute a partire dall'anno 2013, per trasferirsi nel luogo di residenza di B.B. ed iniziare lì una convivenza di fatto, che si sarebbe protratta per circa quattro anni, fino a quando l'approvazione della l. n. 76 del 2016 non avesse consentito alle parti di contrarre un'unione civile nel 2018.

Nondimeno, anche se le Sezioni Unite dovessero ritenere irrilevanti, ai fini dell'attribuzione dell'assegno divorzile, fatti o atti accaduti durante la convivenza prematrimoniale, le stesse potrebbero assumere una decisione differente relativamente a quei fatti verificatisi durante una convivenza tra coppie del medesimo sesso svoltasi prima dell'approvazione della l. n. 76 del 2016. Ciò sulla base dell'obbligo, imposto al giudice nazionale, «di garantire, conformemente all'ordinamento costituzionale vigente e nel rispetto del principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle norme della Convenzione [Europea dei diritti dell'uomo], nell'interpretazione loro data dalla Corte», che, nelle cause *Oliari e al. c. Italia*¹⁷ e

¹⁶ Cfr. Cass., 30 dicembre 2021, n. 41960; Cass., 28 aprile 2020, n. 8263; Cass., 26 febbraio 2020, n. 5268; Cass., ord. 9 maggio 2018, n. 11202; Cass., 21 settembre 2012, n. 16093; Cass., 7 dicembre 2011, n. 26358.

¹⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, 21 luglio 2015, ric. n. 18766/11 e 36030/11, cit.

*Orlandi e al. c. Italia*¹⁸, aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, per non avere ottemperato all'obbligo di consentire alle coppie del medesimo sesso di contrarre un'unione fonte di diritti ed obblighi reciproci più stringenti di quelli derivanti dalla convivenza di fatto. In particolare, nella causa *Orlandi e al. c. Italia*, la violazione dell'art. 8 CEDU era stata riscontrata limitatamente al periodo intercorrente tra il rifiuto di registrazione dei matrimoni contratti all'estero da coppie del medesimo sesso e l'introduzione delle unioni civili, che garantiscono diritti simili a quelli nascenti dal matrimonio.

Non si tratta di applicare retroattivamente la legge n. 76 del 2016, bensì di interpretarla conformemente alla Costituzione e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, attribuendo rilevanza a fatti che, avendo conformato le condizioni di vita della coppia all'interno dell'unione civile, hanno continuato a produrre effetto dopo l'entrata in vigore della legge, nonostante si siano verificati anteriormente¹⁹.

4. Conclusioni

Il nostro ordinamento consente alle coppie, sia di sesso diverso sia del medesimo sesso, di scegliere se contrarre un'unione formalizzata (rispettivamente, matrimonio o unione civile), fonte di diritti ed obblighi reciproci stringenti, ovvero se limitarsi ad instaurare una convivenza di fatto, così dando vita ad un rapporto giuridico familiare pienamente tutelato sul piano personale, ma scarsamente protetto su quello patrimoniale. Basti considerare che al convivente di fatto economicamente più debole è riconosciuto il diritto di ricevere, allo scioglimento della convivenza, gli alimenti anziché il mantenimento, che solitamente spetta all'ex-coniuge e all'ex-unito civile, e con delle limitazioni relative alla durata della prestazione e all'ordine gerarchico degli obbligati (cfr. art. 1, comma 65, l. n. 76 del 2016).

Si è osservato che la scelta legislativa di assicurare ai conviventi una tutela patrimoniale ridotta è giustificata dall'esigenza di rispettare la decisione dei medesimi di non assumere gli impegni derivanti dal matrimonio, a maggior ragione dato che gli stessi possono contrarre obbligazioni reciproche stipulando un contratto di convivenza²⁰. Lo

¹⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, 14 dicembre 2017, causa *Orlandi e al. c. Italia*, ric. n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.

¹⁹ Cfr., sulla compatibilità tra l'applicazione dello *ius superveniens* a fatti che non hanno ancora esaurito i propri effetti e il principio di irretroattività della legge, Cass., 14 settembre 2022, n. 27015; Cass., 11 novembre 2019, n. 28990, in *Danno e resp.*, 2020, 36, con nota di AMRAM; Cass., 2 agosto 2016, n. 16039 e Cass., 3 luglio 2013, n. 16620. La necessità di applicare la legge nazionale – che lo Stato abbia introdotto a seguito di una condanna per violazione dell'art. 14 CEDU pronunciata dall'omonima Corte – a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della legge stessa, quando una soluzione diversa produrrebbe una differenza di trattamento irragionevole è stata affermata da Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 7 febbraio 2013, causa *Fabris c. Francia*, ric. n. 16574/08.

²⁰ S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, 307; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 938.

stesso tipo di approccio si riscontra nella maggioranza degli Stati europei, i quali non attribuiscono ai conviventi gli stessi diritti patrimoniali spettanti ai coniugi²¹.

L'argomentazione che fa leva sull'assenza della volontà delle parti di impegnarsi diventa, però, meno stringente quando le stesse abbiano successivamente contratto un matrimonio o un'unione civile ed al giudice si chieda di valutare la rilevanza, ai fini della determinazione dell'assegno divorzile o di quello analogo spettante all'unione civile, dei sacrifici lavorativi effettuati da una delle parti, d'accordo con l'altra, durante la convivenza di fatto precedente alla stipula dell'unione e che abbiano conformato la vita matrimoniale o degli uniti civili. Difatti, le parti, contraendo un'unione formalizzata, hanno dimostrato la volontà non soltanto di impegnarsi reciprocamente per il futuro, ma anche di dare continuità alla vita familiare pregressa, inglobandone l'organizzazione all'interno delle condizioni di vita del matrimonio o dell'unione civile. Si aggiunga che, come rilevato nella Prima ordinanza, la convivenza prematrimoniale è ormai divenuto «un fenomeno di costume che è sempre più radicato nei comportamenti della nostra società»²².

Queste considerazioni inducono a ritenere che il giudice, nell'applicare i criteri di determinazione dell'assegno divorzile dettati dall'art. 5, comma 6, l. div. e, in particolare, quello compensativo, possa attribuire rilevanza anche alle scelte effettuate dalle parti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile.

ABSTRACT

Due ordinanze della Prima Sezione della Corte di Cassazione hanno sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite il quesito se il giudice, nell'attribuire l'assegno divorzile, possa tenere conto di fatti verificatisi durante la convivenza precedente alla celebrazione del matrimonio o dell'unione civile, a maggior ragione quando la convivenza sia stata effettuata da una coppia del medesimo sesso in un periodo nel quale lo Stato italiano era ancora inadempiente all'obbligo, derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU, di consentire anche a tali coppie di contrarre un'unione formalizzata.

The United Sections of the Italian Court of Cassation are going to deal with the question of whether the judge, when awarding the divorce settlement, may take into account facts that occurred during cohabitation prior to the celebration of marriage or civil partnership, especially when the cohabitation of a same-sex couple took place at a time when the Italian State was still in breach of its obligation, deriving from the case-law of the European Court of Human Rights, to allow such couples to enter into a formalised union.

²¹ Cfr., sulla regolazione delle convivenze nei diversi Stati UE, BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, TODOROVA, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Cambridge, 2019, 39 ss.

²² Cass., ord. n. 3671 del 2022, cit.



«Complicanze» post-operatorie ed esonero da responsabilità del sanitario



Francesca Cerea

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Ruolo delle «complicanze» e presupposti di integrazione della «causa non imputabile» ex art. 1218 c.c. – **3.** Il tema delle «complicanze» nel quadro dell’obbligo informativo del curante e dell’autodeterminazione terapeutica del paziente.

1. Premessa

Nel quadro dei profili di responsabilità collegati all’aspetto “tecnico” della prestazione sanitaria un posto particolare è riservato alle «complicanze» post-operatorie; *particolare* perché il concetto è suggestivo, suggerisce, anche etimologicamente, il sopravvenire di una difficoltà e, in ragione di ciò, ingenera il dubbio che l’evento negativo che ne sia conseguito sia – o possa essere – ascrivibile all’operato del sanitario.

Una recente ordinanza della Cassazione (la n. 35024 del 29 novembre 2022) affronta la questione con piglio risolutivo pronunciandosi sul rilievo da riconoscere alle «complicanze» insorte a seguito di un intervento chirurgico in relazione alla configurabilità di una responsabilità da *malpractice* del sanitario.

Va premesso, alle considerazioni che seguiranno, che la questione si innesta nel vasto panorama in materia di responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria nei confronti del paziente, oggi incardinata sul noto doppio binario con cui il legislatore ha inteso distinguere le responsabilità riconducibili alle due figure.

Invero, la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) al suo art. 7 distingue la posizione della struttura che si avvale della prestazione d’opera di un professionista sanitario da quella del medico dipendente della stessa: la prima «*risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile*» (comma 1°); il medico, invece, ritorna a rispondere per fatto illecito ex art. 2043 c.c., «*salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*» (comma 3°).

Al netto delle ulteriori novità introdotte dalla legge Gelli-Bianco¹ e delle criticità, anzitutto di metodo², rilevate dagli interpreti, dottrina e giurisprudenza si sono poste il dubbio della retroattività della nuova disciplina; questione che la Suprema Corte, secondo un orientamento che può oramai dirsi consolidato³, risolve muovendo dalla premessa secondo cui può dirsi extracontrattuale la responsabilità medica solo in relazione ai fatti verificatisi successivamente all'entrata in vigore della legge Gelli. Per quanto concerne la legge Balduzzi, l'applicazione della stessa non comporta – secondo la Cassazione⁴ – il superamento della qualificazione contrattuale della responsabilità del sanitario; in ogni caso, anche a voler accogliere l'opinione contraria, il nuovo inquadramento andrebbe applicato solo ai fatti intervenuti successivamente all'entrata in vigore della legge, sulla base delle stesse argomentazioni su cui si fonda l'irretroattività dell'art. 7, l. n. 24/2017.

Sul punto l'ordinanza n. 35024/2022, escludendo che la legge Gelli-Bianco operi retroattivamente quanto alla natura della responsabilità del medico, muove dunque dalla premessa che il sanitario, ancorché dipendente del nosocomio, risponda *ex contractu*; ad analogo paradigma si attiene nella qualificazione della responsabilità della struttura, ai sensi dell'art. 1228 c.c.

¹ Sui profili di novità in materia penale, tra gli altri, v. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium Iuris*, 2017, 7-8, 790; CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. 24 del 2017... "quo vadit?" Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 293; ALEO, *Alcune considerazioni sulla responsabilità penale del medico, anche alla luce della recente legge Gelli*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2017, 2, 223 ss.; PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 523 ss.

² Per un commento alla normativa v. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, 740. Circa le ricadute sul piano probatorio in sede civile, a cinque anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 24/2017, si veda PUCCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2022, 4, 365.

³ Parte della dottrina si è espressa in modo critico nei confronti dell'esplicita qualificazione in termini aquiliani prevista dal legislatore, non spettando a quest'ultimo una simile valutazione ermeneutica. Sotto tale punto di vista si è rilevato che «data la metrica legislativa di riferimento, il compito di riportare un'attività illecita entro l'uno o l'altro paradigma compete tipicamente all'interprete, in quanto fa parte della sua vocazione elettiva»; in questo senso PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 265. In disaccordo con il merito dell'opzione interpretativa avanzata dal legislatore, peraltro in modo imperativo, nella direzione del regime *ex art. 2043 c.c.*, PALMA, *La responsabilità del sanitario nell'era del postmoderno*, in G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, Roma, 2018, 75 ss.

⁴ Cfr. Cass., 11.11.2019, n. 28994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 318, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Sulla "irretroattività" della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017*; in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, nella sezione online *Le dieci sentenze di San Martino – Primi Commenti*, con nota di ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria*; Cass., 8.11.2019, n. 28811, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass., 19.3.2018, n. 6689, in *DeJure*.

⁵ Cfr. Cass., 11.11.2019, n. 28994, cit.

Sul piano probatorio ne deriva che spetta al danneggiato allegare l'inadempimento e dimostrare il danno patito e il nesso eziologico tra quest'ultimo e la condotta del medico; è, invece, onere del convenuto (professionista o nosocomio) provare l'esistenza di una causa imprevedibile o inevitabile tale da impedire l'esatta esecuzione della prestazione⁵.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo dovrà, allora, accertarsi se l'insorgenza di una «complicanza» possa integrare una causa non imputabile ex art. 1218 c.c..

2. Ruolo delle «complicanze» e presupposti di integrazione della «causa non imputabile» ex art. 1218 c.c.

La giurisprudenza sulla responsabilità medica torna, così, ad occuparsi del ruolo delle «complicanze» nella valutazione circa la sussistenza di un inadempimento imputabile al sanitario e/o al nosocomio; lemma con cui «*la medicina clinica e la medicina legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'iter terapeutico, che pur essendo prevedibile, non sarebbe evitabile*».

Tuttavia, in ambito giuridico tale lemma di per sé non possiede, a ben vedere, alcuna significatività; il giudice deve, infatti, accertare se l'evento dannoso (cl clinicamente definibile come «complicanza») potesse o meno essere evitato e, dunque, se possa dirsi integrata quella «causa non imputabile» che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., determina l'esonero da responsabilità del sanitario⁶.

Invero, quando durante o all'esito di un intervento chirurgico sopraggiunge un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente o insorge una patologia prima assente, può, alternativamente, ipotizzarsi:

- che tale peggioramento/nuova patologia fosse *ab origine* prevedibile ed evitabile. In tal caso il medico sarà ritenuto responsabile, senza che possa riconoscersi rilievo al fatto che la statistica clinica annoveri la lesione tra le c.d. «complicanze»;
- oppure che tale peggioramento/nuova patologia non fosse prevedibile o evitabile. In questa circostanza potranno dirsi integrati gli estremi della «causa non imputabile» ex art. 1218 c.c., a prescindere dalla qualificazione dell'evento pregiudizievole tra le «complicanze».

⁵ Si tratta di un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 11.11.2019, n. 28991-28992, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1, 193; in *Foro it.*, 2020, 1, I, 210. In senso conforme, *ex multis*, Cass., 26.7.2017, n. 18392, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, 705; Cass., 14.11.2017, n. 26824; Cass., 29.1.2018, n. 2061; Cass., 13.7.2018, n. 18549; Cass., 19.7.2018, n. 19199.

⁶ Cfr. Cass., 11.11.2019, n. 28985, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 2, 477, con nota di LOCATELLI, *Pluriofensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente*; in *Guida al dir.*, 2019, 49-50, 32. La pronuncia rinvia espressamente a Cass., 30.6.2015, n. 13328, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 6, 1990; in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

Cosa sia «complicanza», dunque, spetta alla medicina stabilirlo; al diritto, invece, compete accertare cosa rientri nel perimetro della causa non imputabile, indipendentemente dalla qualificazione offerta dalla scienza medica.

Questa impostazione evita che la «complicanza» – quale evento sfavorevole al paziente, statisticamente noto – venga considerata in maniera astratta, come un fatto *a priori* prevedibile ma inevitabile (che, quindi, esclude la responsabilità del medico⁷), dovendo, invece, essere valutato se la lesione verificatasi sia effettivamente imprevedibile o inevitabile nel caso concreto.

Non può, infatti, dimenticarsi che la fattispecie di responsabilità delineata dall'art. 1218 c.c. impone al giudice di accertare, sul piano istruttorio, se via sia un valido nesso eziologico tra la condotta del sanitario e l'evento (dimostrazione che grava sul creditore) e se sussista la colpa del debitore.

Rispetto all'elemento causale, una volta che questo venga dimostrato dal danneggiato, spetta al medico fornire la prova dell'esistenza di un altro e diverso fattore causale autonomo, che sia stato di per sé idoneo a cagionare l'evento.

È a tale scopo che i sanitari convenuti e, talvolta, anche i consulenti tecnici sembrano fare ricorso alla figura della «complicanza», come se il verificarsi della stessa integrasse di per sé causa imprevedibile o inevitabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La tesi, lo si è già osservato, non può essere accolta, dovendo l'indagine limitarsi, *in concreto* e in modo asettico, ad accertare se esista una causa di per sé sufficiente a produrre l'evento dannoso (comunque la si voglia descrivere), tale da escludere un valido nesso causale tra l'azione (o l'omissione) del medico e la lesione patita dal paziente.

Anche sul piano della colpa va rispettata la medesima logica: se il medico vuole andare esente da responsabilità, dovrà dimostrare di avere agito con la diligenza⁸ richiesta

⁷ La nozione di «complicanza» viene considerata fuorviante anche su un più generale piano di politica del diritto. V. M. ROSSETTI, *Il danno alla salute. Biologico - Patrimoniale - Morale - Perdita di chance - Danno da morte - La CTU medico legale - Profili processuali - Tabelle per la liquidazione*, Padova, 2021, 410 ss. L'Autore critica l'impiego di tale lemma da parte di alcuni c.t.u. nelle cui relazioni la nozione «sembra recare con sé una specie di stigma dell'ineluttabilità, quasi a sostenere che un certo evento, poiché si verifica – poniamo – nel 30% dei casi osservati, è normale che si verifichi e non può essere ascritto a colpa di nessuno. Così ragionando, tuttavia, la nozione di complicanza si presta ad essere utilizzata per costituire zone franche di irresponsabilità».

⁸ È pacifico in giurisprudenza che in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'esecuzione della prestazione professionale implica una diligenza qualificata ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c. Sul punto, *ex multis*, Cass., 29.3.2022, n. 10050, in *Ilprocessocivile.it*, con nota di SCALERA, *Grava sul medico la prova della corretta esecuzione dell'intervento*; Cass., 22.10.2014, n. 22338; Cass., 7.6.2011, n. 12274, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 540 con nota di RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*; Cass., 1.2.2011, n. 2334, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 2, 162; Cass., 29.9.2009, n. 20806, cit.; Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 3, 849, con nota di FIORI, MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?* Dello stesso avviso la giurisprudenza di merito Trib. Palermo, 26.1.2022, n. 334, in *DeJure*; Trib. Pisa, 2.11.2021, n. 1414, in *DeJure*; Trib. Bologna, 23.1.2020, n. 163, in *DeJure*; Trib. Bari, 19.10.2010, n. 3135, in *Giur. merito*, 2011, 5, 1276.

dall'art. 1176, comma 2 c.c., senza limitarsi ad addurre la «complicanza» quale ragione di esclusione della sua responsabilità.

Infatti, il ricorso talvolta operato dai sanitari convenuti o dai consulenti tecnici alla «complicanza» sembra celare il tentativo di individuare un fattore di esclusione della colpa del medico (caso fortuito)⁹; tentativo, peraltro, che si appalesa inutile poiché, da un lato, non spetta ai consulenti fornire giudizi di matrice giuridica sulla sussistenza o meno della colpa, trattandosi di una valutazione spettante al giudice; dall'altro, il medico, per liberarsi dalla presunzione prevista dall'art. 1218 c.c., non è tenuto a fornire la prova concreta della causa reale del danno, essendo sufficiente che dimostri di aver tenuto una condotta diligente e di aver agito conformemente alle *leges artis*¹⁰.

Di nuovo, dunque, emerge l'inutilità sul piano giuridico del lemma «complicanza», laddove ciò che il giudice è chiamato ad accertare è il duplice profilo del nesso causale tra condotta e danno e della diligenza qualificata del medico in base alle conoscenze tecnico-

⁹ Nelle controversie aventi ad oggetto l'esecuzione di operazioni routinarie la giurisprudenza propende per la sussistenza di una presunzione di responsabilità in capo al medico, vale a dire la presunzione che le «complicanze» siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia del sanitario, cui spetta dimostrare il contrario. Così Cass., 13.10.2017, n. 24074, in *Ri.da.re.*, 2018, con nota di MUIÀ, BRAZZINI, *La complicanza nella responsabilità medica: un passo indietro della Cassazione?*; secondo la S.C. «negli interventi di routine, il verificarsi della complicanza fa presumere la responsabilità del medico. Infatti, nelle ipotesi in cui siano stati eseguiti interventi relativi a settori nei quali la scienza medica abbia già enucleato uno standard curativo universalmente accreditato che conduca come normale conseguenza al risultato benefico sperato (i c.d. interventi routinari), sussiste la presunzione che le eventuali complicanze siano state determinate da negligenza professionale o imperizia del medico. La presunzione può, però, essere superata se il sanitario dimostra che le complicanze (intese come l'evento dannoso verificatosi nello specifico) sono state causate da un evento imprevisto o imprevedibile, in base alle conoscenze tecnico scientifiche del momento».

In senso conforme, *ex multis*, Cass., 17.6.2016, n. 12516, in *Dir. e giust.*, 2016, con nota di VILLANI, *L'intervento di routine va male? Il medico deve provare l'imprevedibilità delle intervenute complicanze*; Cass., 29.7.2010, n. 17694, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, 276; Cass., 29.9.2009, n. 20806, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 9, 1366; Cass., 16.1.2009, n. 975, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2927; Cass., 8.10.2008, n. 24791, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 10, 1448.

¹⁰ Di questo avviso ROSSETTI, *op. cit.*, 410 il quale osserva che: «è del tutto inutile dal punto di vista giuridico stabilire quale sia stata la causa concreta della lesione o dell'evento letale che ha colpito il paziente, in quanto delle due l'una: o il medico non riesce a superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c., ed allora risponderà de danno; ovvero riesce a dimostrare di avere tenuto una condotta diligente, ed allora il processo finirà qui, e sarà inutile preoccuparsi di stabilire se il danno sia stato causato da un caso fortuito, dal fatto del terzo, da forza maggiore o da una «complicanza»». Nella giurisprudenza cfr. Trib. Cosenza, 20.5.2018, n. 1187, in *DeJure* che osserva: «nel giudizio di responsabilità tra paziente e medico o quest'ultimo riesce a dimostrare di avere tenuto una condotta conforme alle *leges artis*, ed allora egli va esente da responsabilità, a nulla rilevando che il danno patito dal paziente rientri o meno nella categoria delle «complicanze»; ovvero, all'opposto, quella prova non riesce a fornirla ed allora non gli gioverà la circostanza che l'evento di danno sia in astratto imprevedibile ed inevitabile, giacché quel che rileva è se era prevedibile ed evitabile nel caso concreto».

scientifiche del momento (art. 1176, comma 2 c.c.), in ossequio al paradigma dell'art. 1218 c.c.

Ciò premesso è, però, doveroso chiarire se – accertato il ricorso alla diligenza qualificata – i caratteri della non prevedibilità e della non evitabilità della causa debbano intendersi come necessariamente coesistenti, perché il debitore possa dirsi liberato.

L'ordinanza n. 35024/2022, affrontando esplicitamente la questione, sottolinea che «*specie nel campo della responsabilità sanitaria, detti connotati debbono piuttosto ritenersi [...] come richiesti in alternativa*». Ne deriva che anche la causa prevedibile (come, nel caso di specie, la «complicanza» nota nella pratica clinica e nella letteratura medico-scientifica) eppure non evitabile (se non rinunciando sin dall'inizio a sottoporsi all'intervento) debba essere qualificata come non imputabile.

La lettura interpretativa appena richiamata, in realtà, non è nuova in giurisprudenza. Tanto è vero che la stessa ordinanza esplicitamente dichiara di voler dare continuità ad alcuni precedenti¹¹, secondo i quali causa non imputabile è l'evento non prevedibile «o» non evitabile.

L'argomentazione della Corte prende in considerazione, in particolare, l'uso delle congiunzioni disgiuntive «o» (così fa Cass. n. 28985/2019) e «*oppure*» (Cass. n. 13328/2015), sottolineando come siffatto elemento sia indicativo della volontà della giurisprudenza di riferirsi ai caratteri di imprevedibilità e di inevitabilità della causa intendendoli come alternativi¹².

A riguardo merita, però, di essere segnalato che diverse pronunce, sia di legittimità¹³ che di merito¹⁴, non sembrano, almeno sul piano lessicale, concordi; anzi, frequentemente i due requisiti vengono richiamati congiuntamente, come a volerne sottolineare la necessaria coesistenza.

Difficile dire se ciò sia dovuto ad un traluzio richiamo della giurisprudenza precedente, senza che venga riconosciuto rilievo significativo all'uso della congiunzione copu-

¹¹ Il riferimento è a Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit.; Cass., 30.6.2015, n. 13328, cit.

¹² Anche nella giurisprudenza di merito si rinvencono pronunce che ricorrono all'«*oppure*». Cfr. Trib. Roma, 30.11.2020, n. 17010, in *DeJure*; Trib. Alessandria, 8.6.2020, n. 308, in *DeJure*; Trib. Cosenza, 20.5.2018, n. 1187, cit.; Trib. Pisa, 10.10.2017, n. 1181 non fa esplicito uso della congiunzione disgiuntiva, ma respinge la richiesta di risarcimento del paziente a fronte della inevitabilità della (pur prevedibile e nota) «complicanza», a fronte di una diligente condotta dei medici. In questo senso anche Trib. Firenze, 5.9.2017, n. 2807, ove il Giudice ritiene che il danno occorso (perforazione del ventricolo destro), sebbene prevedibile (trattasi di «complicanza» rara che si verifica in circa l'1% dei casi, ma contemplata in letteratura), non fosse evitabile nel caso di specie. In senso conforme Trib. Roma, 18.7.2017, n. 14729 che, a fronte di un intervento eseguito secondo le *leges artis*, rigetta la domanda dell'attore sottolineando come la «complicanza» insorta fosse prevedibile ma non prevenibile.

¹³ Cfr., tra le altre, Cass., 13.10.2017, n. 24074, cit.; Cass., 17.6.2016, n. 12516, cit.; Cass., 29.7.2010, n. 17694, cit.; Cass., 29.9.2009, n. 20806, cit.

¹⁴ Cfr. Trib. Pisa, 10.5.2022, n. 620; Trib. Napoli, 10.6.2022, n. 5858; Trib. Monza, 3.9.2021; Trib. Milano, 9.2.2021. Tutte le decisioni sono consultabili in *OneLegale*.

lativa, o se quella dei giudici sia una scelta consapevole nella direzione della essenziale compresenza dei caratteri di prevedibilità e evitabilità della causa.

Ad ogni modo, a parere di chi scrive, «complicanza» ed «imprevedibilità» sono concetti che mal si abbinano, se è vero che, per definizione, la «complicanza» è un evento noto e annoverato nelle statistiche medico-legali, la cui percentuale di verifica può essere stimata con ragionevole precisione a seconda della vicenda clinica.

Nel caso al vaglio dell'ordinanza n. 35024/2022, ad esempio, la consulenza tecnica identifica la paralisi totale dei nervi laringei come «complicanza» possibile nello 0,3-3% dei casi e quella temporanea nel 58% dei casi. A ciò si aggiunga che per alcune patologie – tra le quali il morbo di Basedow che affliggeva la paziente – la letteratura segnala un significativo aumento delle percentuali di rischio.

La «complicanza», pertanto, sembra evento per definizione noto, con probabilità variabile di verifica; il giudizio di responsabilità del medico, dunque, sembra soggetto a due variabili: la prima, di natura tecnica, attiene alla evitabilità della «complicanza» e, dunque, alla possibilità per i sanitari di prevenirla, tenuto conto delle concrete condizioni del paziente.

L'evenienza negativa non evitata è allora fonte di responsabilità non perché «complicanza», ma in quanto evento prevenibile dai sanitari; è dunque fattispecie di *malpractice*.

La seconda variabile, invece, attiene al delicato tema del rapporto medico-paziente; l'evenienza negativa non comunicata, in quanto prevedibile, configura la colpa medica non sul piano dell'errore tecnico/esecutivo/diagnostico, bensì su quello del dovere informativo, come si dirà nel paragrafo che segue; e sarà allora lecito discutere se ed in quale misura questo dovere debba essere osservato, in ragione del livello di probabilità di verifica dell'evento e della necessità di trovare un equilibrio congruo e ragionevole tra dovere di informare e diritto di sapere, nella prospettiva di tutelare al meglio gli interessi del paziente; non è infatti detto che un'informazione ossessiva e maniacale circa ogni rischio, anche remoto, di verifica di un evento avverso rappresenti la miglior prospettiva di tutela del malato; ma di ciò si dirà in seguito.

3. Il tema delle «complicanze» nel quadro dell'obbligo informativo del curante e dell'autodeterminazione terapeutica del paziente

Profilo strettamente connesso al tema delle «complicanze» è appunto quello relativo alla corretta informazione del paziente circa i rischi derivanti dall'intervento proposto dai sanitari.

Si tratta di un aspetto che nell'ordinanza n. 35024/2022 resta pressoché sottotraccia, poiché l'unico vago riferimento all'adempimento informativo del medico nei confronti della paziente emerge nel capo della sentenza in cui la Corte – riprendendo alcuni passaggi argomentativi dei giudici d'appello – riferisce che le possibili «complicanze»

dell'operazione, tra cui quelle poi verificatesi, erano state correttamente portate a conoscenza della paziente¹⁵.

La prestazione di un valido consenso da parte del malato, se da un lato non appare dirimente in ipotesi di cattiva e negligente esecuzione dell'intervento, non potendo in tal caso il medico andare esente da responsabilità¹⁶; dall'altro, in ipotesi di condotta tecnicamente priva di censure consente di affermare che non vi sia violazione del profilo legato alla libera determinazione della volontà del paziente.

Come noto, il consenso informato rappresenta lo strumento mediante il quale viene garantito al malato il diritto ad una libera e consapevole autodeterminazione terapeutica, posizione soggettiva altra e diversa rispetto al diritto alla salute e, in quanto tale, autonomamente tutelata dall'ordinamento¹⁷.

A tale diritto fa da contraltare l'obbligo del medico di fornire al paziente informazioni dettagliate circa la proposta terapeutica, in quanto adempimento strumentale a renderlo consapevole della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative¹⁸.

¹⁵ Cfr. §3 (dodicesimo elenco puntato) della parte in fatto della decisione.

¹⁶ Di tale avviso Cass., 13.2.2015, n. 2854, in *Dir. e giust.*, 2015. Tra i giudici di merito cfr. App. Genova, 17.3.2022, n. 285, in *DeJure*, secondo cui: «La sussistenza della responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente non può ritenersi superata dalla sottoscrizione da parte del medesimo paziente del c.d. consenso informato, in quanto quest'ultimo è destinato a fornire specifica informazione dei rischi e delle conseguenze indesiderate dell'intervento correttamente eseguito, ma non è idoneo a sopprimere specifiche responsabilità od errori medici commessi a causa di una errata scelta della modalità di intervento». Nello stesso senso Trib. Teramo, 22.10.2021, n. 936, in *Ri.da.re.*, 2022.

¹⁷ Si tratta di un orientamento ormai granitico nella giurisprudenza di legittimità (e di merito) la quale ritiene che il diritto all'autodeterminazione – se pure connesso – deve essere tuttavia tenuto nettamente distinto – sul piano del contenuto sostanziale – dal diritto alla salute, ossia dal diritto della persona alla propria integrità psico-fisica. Cfr. Corte cost., 23.12.2008, n. 438 che individua il fondamento di tale diritto «nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che [...] tutela e promuove i diritti fondamentali [n.d.a. della persona], e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”». In dottrina v. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018. Sia consentito il rinvio a F. CEREÀ, *Violazione dell'obbligo informativo e autonoma risarcibilità del danno all'autodeterminazione*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2018, 321 ss.

Nella giurisprudenza di legittimità il punto di approdo in tema di consenso informato è rappresentato da Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit. In materia cfr., *ex multis*, Cass., 23.3.2018, n. 7248, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2018, 321 ss., con nota di CEREÀ, *op. cit.*; Cass., 14.7.2015, n. 14642, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; Cass., 27.11.2012, n. 20984, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1497, con nota di CACACE, *Medice, cura te ipsum? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altra questione sul consenso al trattamento)*; Cass., 30.3.2011, n. 7237, in *Dir. e giust.*, 2011; Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Rass. dir. farm.*, 2010, 4, 735.

¹⁸ Così Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit. che rinvia a Cass., 11.12.2013, n. 27751, in *Mass. Giust. civ.*,

Il dovere in parola ha per lungo tempo trovato titolo – nonostante la mutata natura della responsabilità del medico – nella qualificazione “illecita” della condotta omissiva o reticente del sanitario, in quanto in contrasto con un diritto fondamentale della persona (quello all’autodeterminazione terapeutica). Tale obbligo ha, poi, goduto di definitivo inquadramento come obbligo *ex lege*, la cui violazione integra responsabilità civile (e penale), nella L. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), art. 1, commi 3-6.

Quando si discute di «complicanze», particolare rilevanza riveste la questione circa l’estensione dei doveri informativi del sanitario, dovendo chiarirsi fino a che punto il medico debba spingersi nell’informare il paziente, soprattutto relativamente ai rischi connessi al trattamento o all’intervento.

Si tratta di una decisione delicata, in ragione della circostanza che non è affatto scontata l’individuazione della soglia di rischio che impone al medico di comunicare al paziente la possibilità di un evento indesiderato, pregiudizievole per la sua salute¹⁹.

In una simile valutazione entrano in gioco, da un lato il diritto del malato a ricevere una esaustiva e chiara informazione concernente la portata dell’intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi; dall’altro la legittima preoccupazione del medico di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento²⁰.

Allo scopo di contemperare tali esigenze la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che l’obbligo informativo gravante sul sanitario «*si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l’id quod plerumque accidit, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque a interrompere il necessario nesso di causalità tra l’intervento e l’evento lesivo*»²¹.

2013 e a Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit.

¹⁹ GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, *I diritti in medicina*, a cura di LENTI, PALERMO FABRIS, ZATTI, Milano, 252. L’Autore sottolinea come la classica domanda del paziente: «dottore, quali rischi comporta l’intervento?» non sia affatto priva di margini di ambiguità. Sul punto anche G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e «consenso informato» del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 486 ss. In parola v. R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 213, che sottolinea la necessità di porsi «il problema dei limiti del diritto all’informazione del paziente per evitare che degeneri nello “accanimento informativo”, dovuto a un eccesso di informazione».

²⁰ Vi è, infatti, il rischio che il paziente venga “spaventato” da possibili ma improbabili conseguenze dannose derivanti dall’intervento. A riguardo si veda Cass., 30.7.2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395, nella quale la Corte introduce il concetto che la giurisprudenza rancese definisce una “*réaction dangereuse*” del paziente. In dottrina v. R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 213 che osserva: «è difatti impensabile prospettare un obbligo informativo esteso a tutti gli aspetti tecnici dello stato di salute del paziente, sia perché il medico, così operando, distoglierebbe preziose energie «dallo scopo primario della sua attività: la salvaguardia, cioè, del benessere fisico e psichico del paziente», sia perché il fornire all’assistito tutte le circostanze potrebbe pregiudicare la sua stessa tranquillità».

²¹ Così Cass., 20.5.2016, n. 10414, in *Guida al dir.*, 2016, 38, 73; Cass., 11.12.2013, n. 27751, cit.;

Tuttavia – in ragione dell'importanza degli interessi e dei beni in gioco – l'ampiezza del dovere informativo del medico non può essere rimessa ad un mero calcolo statistico, laddove, in certe ipotesi, rischi, seppure ridotti, sono in grado di incidere in modo significativo sulle condizioni fisiche della persona, la quale deve esserne a conoscenza in quanto unico soggetto deputato al compimento di ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-benefici²².

In altri termini, il medico è esonerato da responsabilità per carente informazione laddove sia in grado di dimostrare che la comunicazione di quel rischio non poteva essere ricompresa nel paradigma del diligente adempimento del caso concreto, proprio perché trattavasi di eventualità non prevedibile, dovendosi così prescindere, infine, da una valutazione in termini di maggiore o minore ricorrenza statistica²³.

L'accertamento, ovviamente, non può che essere svolto caso per caso, poiché – se in astratto si può convenire che l'informazione non deve avere ad oggetto i profili tecnico-scientifici dell'intervento o della metodologia usata, quanto piuttosto i rischi, le eventuali «complicanze», i possibili interventi alternativi, la qualità della vita attesa – è altrettanto evidente che il «quanto» dell'informazione, i modi, i tempi richiedono una valutazione in concreto²⁴.

Cass., 30.7.2004, n. 14638, cit.; Cass., 15.1.1997, n. 364, in *Giur. it.*, 1998, 37. Nello stesso senso v. Cass., 14.3.2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, 2, 343 secondo cui «[...] la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente [...]». Tra i giudici di merito v. Trib. Milano, 1.12.2014, n. 14258, in *DeJure*; Trib. Milano, 22.4.2008, n. 5305, in *Giur. merito*, 2009, 1, 97; Trib. Bari, 25.3.2008, n. 769, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Trib. Milano, 23.5.2003, in *Giur. milanese*, 2003, 429; App. Milano, 2.10.2002, in *Giur. milanese*, 2003, 31.

²² Cass., 11.12.2013, n.27751, cit.; Cass., 30.7.2004, n. 14638, cit. Sul punto v. R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 212. In giurisprudenza si è, per esempio, ritenuto che il paziente debba essere informato dei rischi con un'incidenza intorno all'1%, in questo senso App. Genova, 5.4.1995, in *Danno e resp.*, 1996, 215 con nota di R. DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*.

²³ V. Cass. 19.9.2014, n. 19731, in *Dir. e giust.*, 2014 che censura l'argomentazione della Corte d'appello osservando: «la erronea applicazione della Corte in tema di principi del consenso informato è duplice in quanto: da un lato presuppone che il consenso informato non debba investire anche i rischi dello intervento sanitario allorché essi non siano letali, pur avendo un alto livello di probabilità statistica (50 per cento) e d'altro lato ritiene non dovuta la informazione in presenza di una percentuale statistica di mortalità dell'uno per cento, perché fenomeno prossimo al fortuito, mentre la valutazione del rischio appartiene al titolare del diritto esposto, e cioè al paziente e costituisce una operazione di bilanciamento che non può essere annullata in favore della parte che interviene sia pure con intenti salvifici». In dottrina v. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 46.

²⁴ Ciò anche in quanto ogni specialità medica presenta problemi particolari sotto il profilo del consenso. Sul punto si veda FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 54, spec. 71., che si occupa delle pe-

A tale proposito ci si è interrogati circa l'efficacia informativa della modulistica predisposta dalle Strutture sanitarie perché venga sottoscritta dal paziente che, così facendo, verrebbe reso edotto degli esiti e dei rischi legati all'intervento o al trattamento²⁵.

Posto che la forma scritta non rappresenta un requisito di validità dell'atto²⁶, è essenziale che il modulo sottoposto al paziente non sia semplicemente un'elencazione dei possibili eventi avversi che, secondo la letteratura scientifica, possono statisticamente derivare dall'operazione.

È, anzi, quantomai necessario che di tali possibili «complicanze» venga spiegato il significato e venga indicato se le stesse siano più o meno probabili in virtù delle concrete condizioni fisiche del paziente (nella vicenda oggetto dell'ordinanza n. 35024/2022, per esempio, il Morbo di Basedow aumentava significativamente il rischio di paralisi del nervo laringeo, poi verificate).

Lo scopo del consenso informato, infatti, non è quello di fornire informazioni che potrebbero essere tratte dalle pagine di un qualsiasi manuale medico-legale, «*ma di spiegare al paziente – in relazione alle sue concrete condizioni e alle caratteristiche della sua patologia – il tipo di intervento, i possibili effetti positivi e negativi, i possibili rischi, determinati non solo sulla base della generica ricorrenza statistica ma adattati alle sue concrete condizioni fisiche [...]*»²⁷.

culiarità della chirurgia estetica, della diagnostica strumentale, delle pratiche anestesologiche e della diagnosi prenatale; MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008 relativamente al consenso in psichiatria (249 ss.), in ostetrica e ginecologia (311 ss.), prima di un intervento chirurgico (343 ss.), nel settore trapianti (375 ss.).

²⁵ Spesso trattasi di moduli prestampati dal contenuto generico e impersonale che la giurisprudenza non considera valida dimostrazione della consapevole adesione del paziente alla prestazione di cura. Cfr. Cass., 19.9.2019, n. 23328; Cass., 23.3.2018, n. 7248, cit.; Cass., 4.2.2016, n. 2177, in *Ragiusan*, 2016, 385-386, 141; App. Torino, 9.3.2022, n. 284, in *DeJure*; Trib. Roma, 4.1.2016, n. 16, in *DeJure*.

²⁶ Con riferimento al consenso prestato anche solo oralmente la Corte di Cassazione ha avuto più volte modo di precisare che la relativa idoneità non è in termini assoluti esclusa, dovendo valutarsi le modalità concrete del caso (di questo avviso Cass., 10.12.2019, n. 32124, in *Foro it.*, 2020, I, I, 150). Sulla frequente sommarietà delle informazioni contenute nella modulistica v. R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 213 ss. In punto di sostanziale libertà di forma in materia v. RONCHI, *Il consenso "veramente" informato alle ure medico e il "peso" della omissione di dati rilevanti nella cartella clinica (a proposito di Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1310. Va, però, segnalato che a riguardo la giurisprudenza si è dimostrata oscillante. Considerano invalido il consenso espresso oralmente, ad esempio, Cass., 23.3.2018, n. 7248, cit.; Cass., 29.9.2015, n. 19212, in *Guida al dir.*, 2015, 48, 55. L'orientamento maggioritario ritiene, comunque, che anche un'informazione trasmessa oralmente possa essere ritenuta efficace e adeguata. Cfr. Trib. Benevento, 26.1.2022, n. 188; Trib. Salerno, 28.1.2013, n. 258; Trib. Trapani, 20.1.2009; Trib. Torino, 19.12.2008; Trib. Milano, 25.11.2005; Trib. Monza, 14.12.2004, tutte in *DeJure*.

²⁷ Così Trib. Roma, 18.1.2017, n. 802, in *DeJure*.

Perché ciò avvenga è fondamentale che, ben prima della eventuale sottoscrizione del modulo da parte del malato, abbia trovato spazio una comunicazione personale tra egli e i curanti²⁸ e che, dunque, il documento scritto altro non sia che l'«*approdo di un percorso seguito in precedenti incontri e discussioni aventi ad oggetto la valutazione delle patologie preesistenti del[...] paziente, la necessità di procedere all'intervento, i rischi ad esso connessi e le sue eventuali complicanze e possibili infezioni*»²⁹.

È chiaro che poi, in giudizio, al fine di verificare l'effettivo adempimento degli obblighi informativi in capo ai sanitari la modulistica ricoprirà un ruolo chiave, anche in conformità con quanto previsto dall'art. 1, comma 4, l. n. 219/2017 in base al quale il consenso deve essere «*documentato in forma scritta*».

L'esibizione di un documento sottoscritto dal paziente rappresenta, infatti, la modalità più semplice e immediata di dimostrazione dell'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul medico, laddove dalla modulistica emerga un'informazione chiara, completa e personalizzata nei confronti del malato.

Diversamente, qualora la prova si limiti ad un prestampato generico, lacunoso o arricchito di sole formule rituali, senza alcun riferimento alla condizione concreta del malato, la prova non potrà dirsi raggiunta.

Tuttavia, si deve segnalare che la giurisprudenza ammette che la dimostrazione della adeguata informazione possa essere fornita anche con mezzi diversi dalla prova documentale, come la prova orale³⁰ e il ricorso a presunzioni³¹.

Così accennati i tratti essenziali dello strumento del consenso, in particolare rispetto alla questione delle «*complicanze*», si fa evidente come l'eventuale omissione informativa del medico sia dotata di una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali (la salute e l'autodeterminazione del paziente), entrambi suscettibili di risarcimento, qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche e distinte conseguenze dannose³².

²⁸ Sembra emergere la necessità di dare concretizzazione a quanto disposto dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2017 «*Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*», per evitare il rischio che la sottoscrizione di un modulo possa sostituire la pratica del consenso informato, vale a dire un chiaro e efficace dialogo tra curante e malato.

²⁹ In questo senso Cass., 10.12.2019, n. 32124, cit.

³⁰ Cfr. Cass., 10.12.2019, n. 32124, cit.

³¹ Cass., 27.3.2018, n. 7516, in *Foro it.*, 2018, 7-8, I, 2401, che osserva: «*In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, se il paziente conosce perfettamente quale sia l'intervento cui si accinge ad essere sottoposto, con relative conseguenze, rischi e complicazioni, l'eventuale inadempimento, da parte del medico, dell'obbligo di informarlo è giuridicamente irrilevante, per l'inconcepibilità di un valido nesso di causa tra detto inadempimento e le conseguenze dannose del vulnus alla libertà di autodeterminazione*».

³² A riguardo cfr. Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit.

Sul piano eziologico, in particolare, «l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute»³³.

La Suprema Corte ha, invero, precisato che nella prima ipotesi, l'omessa o insufficiente informazione evidenzia "ex se" una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse ad una autonoma e consapevole valutazione da parte del malato dei rischi e dei benefici dell'intervento o del trattamento. Nel secondo caso, invece, «l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova, gravante sul danneggiato, del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso»³⁴.

Ciononostante – afferma la Corte – resta fermo che laddove il paziente lamenti una violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, egli sia tenuto ad allegare in modo specifico quali pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, abbia subito, «non potendosi configurare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'impredicabilità di danni "in re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile»³⁵.

Da tale orientamento traspare l'intento dei giudici di proteggere valori non patrimoniali della persona non coincidenti con il bene salute, senza al contempo venire meno alla ricerca di un danno che sia conseguito all'illecito (vale a dire all'omessa o carente informazione) per giustificare il momento risarcitorio.

Siffatto danno-conseguenza autonomamente risarcibile può, in particolare, dirsi costituito dalla «sofferenza soggettiva e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente patita dal paziente»³⁶, pregiudizio il cui onere di allegazione grava sul danneggiato, senza necessità di una prova puntuale potendo la valutazione basarsi anche su nozioni di comune esperienza.

Invero, il verificarsi di tali conseguenze negative in seguito al mancato o incompleto consenso del malato corrisponde, secondo i giudici di legittimità, allo sviluppo di circostanze connotate da normalità, ovverosia da normale frequenza statistica, corrispondendo all'*id quod plerumque accidit* e potendo quindi ritenersi di regola esentate da prova

³³ *Ibidem*.

³⁴ Di questo avviso Cass., 17.5.2022, n. 15723, in *Guida al dir.*, 2022, 39; in senso conforme Cass., 23.3.2021, n. 8163, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 3, 801; Cass., 4.11.2020, n. 24471, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 1, 329; Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit.

³⁵ Così Cass., 17.5.2022, n. 15723, cit.; Cass., 4.11.2020, n. 24471, cit.; Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit.; Cass., 22.8.2018, n. 20885, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., 15.5.2018, n. 11749, in *Rass. dir. farm.*, 2019, 1, 18; Cass., 5.7.2017, n. 16503, in *Rass. dir. farm.*, 2017, 5, 1007.

³⁶ Così Cass., 11.11.2019, n. 28985, cit.

specifica, salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovarsi di fatti ancora più favorevoli a sé³⁷.

ABSTRACT

In materia di responsabilità medica, il verificarsi di «complicanze» a seguito di un intervento chirurgico spinge ad interrogarsi sulla ascrivibilità di tale evento negativo all'operato del sanitario. La riflessione, prendendo spunto da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, intende accertare se e in che misura l'insorgenza di una «complicanza» possa integrare una causa non imputabile ex art. 1218 c.c., ai fini dell'esonerazione da responsabilità del sanitario. Da ultimo, si indaga il profilo dell'estensione del dovere informativo gravante in capo al medico, con particolare riguardo alla comunicazione dei rischi connessi all'intervento.

In matter of medical liability, the occurrence of «complications» as a result of surgery raises the question whether this negative event is attributable to the work of the healthcare professional. The reflection, starting from a recent decision of the Italian Supreme Court, seeks to ascertain whether and to what extent the occurrence of a «complication» can integrate a non-imputable cause under art. 1218 c.c., for the purpose of exemption from liability of the healthcare professional. Finally, the profile of the extension of the doctor's duty of information is investigated, with particular regard to the communication of risks related to the intervention.

³⁷ Cass., 5.7.2017, n. 16503, cit. secondo cui: «È infatti da ritenersi immediata, siccome riferita al foro interno della coscienza dell'individuo e sostanzialmente da questa inscindibile perché risolta nella stessa attività di percezione ed elaborazione di quelli, la compromissione della genuinità dei processi decisionali fondati su dati alterati o incompleti per l'incompletezza delle informazioni». In senso conforme Cass., 15.5.2018, n. 11749, cit.



Rettificazione di sesso e unioni civili

Susanna Sandulli



SOMMARIO: **1.** La questione e la decisione della Corte costituzionale. – **2.** Il c.d. costringimento al bisturi nella giurisprudenza e la rilevanza dell'elemento volontaristico. – **3.** Segue. Il ruolo del partner dell'unione civile. – **4.** Matrimonio, unioni civili e rettificazione di sesso. – Indicazioni di lettura.

1. La questione e la decisione della Corte costituzionale

Con ordinanza del Tribunale di Lucca del 14 gennaio 2022, la Corte costituzionale viene chiamata ad affrontare la questione della rettificazione di sesso che determina lo scioglimento dell'unione civile.

Il Tribunale aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della legge 20 maggio 2016, n. 76, dell'art. 31, commi 3 e 4-*bis*, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 e dell'art. 70-*octies*, comma 5, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. Le norme censurate, lette in combinato disposto fra loro, individuano una disciplina per la quale l'accoglimento della domanda di rettificazione di sesso comporta lo scioglimento dell'unione civile senza possibilità di conversione in matrimonio, determinando – secondo il Tribunale – un'ingiustificata disparità di trattamento.

Secondo il giudice remittente, poi, considerando che l'art. 3, comma 1, n. 2, lett. g), della legge 1° dicembre 1970, n. 898 in materia di scioglimento del matrimonio non viene richiamato dalla disciplina, impedendo di dare un'interpretazione estensiva della conservazione del vincolo, l'attuale assetto normativo comporterebbe una «lacuna ritenuta non colmabile attraverso una lettura costituzionalmente orientata della norma», occorrendo un intervento della Corte costituzionale.

In particolare, la questione di legittimità è stata sollevata nell'ambito di un giudizio in cui l'interessato aveva richiesto l'autorizzazione ad un intervento chirurgico per la riassegnazione del sesso, avendo acquisito l'identità di genere femminile attraverso

un processo di natura psicologica e una terapia ormonale; tale richiesta comportava, oltre che la rettificazione dei dati anagrafici riguardanti il nome e il sesso, altresì l'ordine all'ufficiale di stato civile di procedere all'iscrizione del matrimonio con il partner con il quale aveva precedentemente contratto l'unione civile.

Con sentenza n. 269/2022 (<https://www.giurcost.org/decisioni/2022/0269s-22.html>) la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della questione.

2. Il c.d. costringimento al bisturi nella giurisprudenza e la rilevanza dell'elemento volontaristico

La pronuncia offre lo spunto per riflettere in merito alle ricadute sull'unione civile della rettificazione di sesso, di cui occorre anzitutto precisare il significato.

In base al diritto vivente, il ricorso ad un intervento chirurgico-ricostruttivo degli organi sessuali non costituisce «precondizione imprescindibile della pronuncia di mutamento di sesso», come stabilito già da tempo dalla stessa Corte costituzionale (Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2162 e in *Giur. cost.*, 1985, I, 117), in quanto è stato accolto dal Legislatore

«un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale».

Non si può, poi, non richiamare la storica sentenza della Cassazione (Cass., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138, in *NGCC*, 2015, 643 ss., con nota di S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138; ivi*, 1068 ss., con nota di D. Amram, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*), che ha affrontato proprio il tema del c.d. costringimento al bisturi, stabilendo che

per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale.

Pertanto,

«[l]a percezione di una disforia di genere (...) determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormo-

nali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra soma e psiche non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico».

Quindi, sebbene il sesso di una persona sia *in primis* associato ai caratteri biologici, deve essere valutata la percezione che l'individuo ha di sé stesso, ragion per cui è necessario valorizzare l'identità di genere, consentendo di far prevalere il genere percepito su quello biologico.

Nel solco di questo quadro giurisprudenziale si inserisce, come ultimo tassello, la sentenza con la quale la Corte costituzionale (Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *NGCC*, 2016, 582 ss., con nota di C. Caricato, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*) è stata investita della questione di legittimità dell'art. 1 della legge del 14 aprile 1982, n. 164 nella parte in cui disponeva che si può procedere alla modifica dei dati anagrafici della persona a seguito di intervenute «modificazioni dei suoi caratteri sessuali»; la Consulta, in ragione dell'assenza di un esplicito riferimento testuale alle modalità con cui procedere a tali modifiche, ha escluso la necessità del trattamento chirurgico ai fini dell'accesso al percorso di rettificazione anagrafica.

La giurisprudenza ha, perciò, colto l'evoluzione delle realtà sociali e l'importanza della predisposizione di una maggior tutela per le persone transessuali tenendo conto del concetto di identità di genere. Da ciò discende che è compito del giudice indagare in merito all'effettiva volontà del soggetto richiedente di procedere al cambio di sesso e alla conseguente rettificazione dei dati anagrafici; ciò specialmente considerando che il mutamento di sesso avvenuto esclusivamente attraverso la terapia ormonale porta alcuni interrogativi in termini di certezza giuridica, ad esempio relativamente alle modalità per accertare il cambiamento. Ne consegue che il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse del singolo e l'interesse pubblicistico può essere trovato soltanto attraverso una valutazione che accerti il compimento del percorso che ha indotto il soggetto a mutare il proprio sesso.

Prima di rimettere la questione alla Corte costituzionale, occorre, quindi, verificare in concreto – e non solo in astratto – l'impossibilità di definire il giudizio indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale e, dunque, di accertare l'effettiva sussistenza delle condizioni richieste affinché il soggetto possa essere autorizzato ad acquisire una nuova identità di genere. Nella vicenda in esame, invece, il giudice *a quo* non ha svolto alcun approfondimento sulla necessità per l'attore di procedere al trattamento, ma ha evocato il giudizio di fronte alla Corte costituzionale in via del tutto ipotetica e prescindendo dal caso sottoposto al suo esame. Il Tribunale non ha, infatti, appurato le ragioni per cui l'attore richiedeva una sentenza di autorizzazione all'intervento chirurgico e alla conseguente rettificazione anagrafica di sesso, nonostante la giurisprudenza (Cass., n. 15138/2015, cit.) sia concorde nel ritenere che debba essere accertata

«la serietà ed univocità del percorso scelto dall'individuo e la compiutezza dell'approdo finale» e «l'irreversibilità anche psicologica, della scelta di mutamento del sesso da parte dell'istante».

Il giudice remittente non ha neppure verificato la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della predetta domanda, ma si è limitato

ad affermare un'astratta e teorica esistenza del diritto alla rettificazione di sesso, peraltro qualificato in termini di "legittima aspettativa", arrestando in tal modo la propria verifica ad un apprezzamento condizionato ad un eventuale "riscontro nella documentazione in atti e nell'istruttoria in ipotesi espletabile".

In altri termini, il Tribunale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale senza prima verificare l'applicabilità in concreto delle norme, difettando il procedimento stesso di un passaggio fondamentale.

Se, dunque, la citata legge n. 164/1982 va interpretata come non necessità di un intervento chirurgico di normo-conformazione per procedere alla rettificazione anagrafica di sesso, proprio questa esclusione avvalorata l'esigenza di verificare in modo rigoroso non solo la serietà dell'intento, ma soprattutto l'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere. Va, perciò, «escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione» (Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180), in quanto è compito del giudice accertare l'entità e la natura delle modificazioni dei caratteri sessuali che determinano l'identità di genere.

3. Segue. Il ruolo del partner dell'unione civile

Si segnala come la rilevanza del profilo volontaristico trovi ulteriore conferma nell'ipotesi in cui i partner dell'unione civile non abbiano manifestato il proprio desiderio di convertire la predetta unione in matrimonio. Secondo la Corte, infatti, l'eccezione della difesa erariale risulta fondata, in quanto

«perché le questioni sollevate potessero dirsi concrete ed attuali, sarebbe stata necessaria la dichiarazione congiunta dei contraenti dell'unione civile di convertire la stessa in matrimonio. Ciò proprio in adesione allo schema, invocato dal remittente e mutuato dal meccanismo speculare previsto dal comma 27 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016 e dal comma 4-bis dell'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, in base al quale soltanto alla manifestazione di volontà delle parti, già unite in un precedente vincolo attraversato dalla rettifica di sesso di uno dei suoi componenti, consegue l'effetto della permanenza del legame, nelle diverse forme. In difetto, invece, la fattispecie resta definita dalla mera caducazione del primo legame».

Per la Consulta, anche in assenza di un'esplicita previsione nell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 150/2011 citato, nulla impedisce al partner dell'unione civile – seppur non ricompreso fra i litisconsorti necessari – di partecipare ugualmente ed esprimere anche solo *ad adiuvandum* la propria volontà di mantenere il vincolo. Nella vicenda in esame,

invece, il partner non risulta parte del procedimento neppure come interveniente, non emergendo, così, la sua volontà di convertire l'unione civile in matrimonio in caso di accoglimento della domanda di rettificazione di sesso.

Il Tribunale ha, inoltre, censurato la disparità di trattamento delle unioni civili rispetto all'omessa previsione che l'atto di citazione introduttivo del giudizio sia notificato al contraente dell'unione civile. Anche sotto tale profilo, il giudizio di inammissibilità della Corte costituzionale con riferimento all'art. 31, comma 3, è condivisibile.

Si rammenta, invero, che l'art. 1, comma 20, della legge n. 76/2016 stabilisce che, per assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o che contengono la parola «coniuge» o termini equivalenti, si applicano anche alle parti dell'unione civile; ne consegue che il predetto art. 31, comma 3, va interpretato nel senso che l'atto di citazione può riferirsi altresì al componente dell'unione civile, che certamente ha interesse ad essere posto nella condizione di partecipare al procedimento. Era, perciò, possibile procedere nei suoi confronti alla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio in cui l'attore richiedeva la rettificazione anagrafica di sesso.

In conclusione: la questione di legittimità costituzionale è stata mal posta, impendendo così una pronuncia nel merito da parte della Corte. La diversità di disciplina fra unione civile e matrimonio in caso di rettificazione di sesso resta, quindi, una questione aperta.

4. Matrimonio, unioni civili e rettificazione di sesso

Sulla rettificazione di sesso e le sue ricadute sull'unione matrimoniale, la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi con la nota sentenza n. 170 del 2014 (in *NGCC*, 2014, 553 ss., con nota di G. Palmieri, C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*; *ivi*, 1139 ss., con nota di A. Lorenzetti, A. Schuster, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*; in *Fam. e dir.*, 2014, 861 ss., con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982 – e conseguentemente anche del comma 6 del citato art. 31 del d.lgs. n. 150/2011 – nella parte in cui non prevedono che la sentenza che dichiara la rettificazione di sesso di uno dei coniugi, alla quale consegue lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, qualora entrambi lo richiedano, di mantenere un rapporto di coppia giuridicamente regolato con una diversa forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal Legislatore. Pertanto, qualora uno dei due coniugi ottenga la rettificazione anagrafica a seguito del cambio di sesso, è possibile convertire il matrimonio in unione civile ovvero accedere ad altre forme di tutela.

Come anticipato, con la Legge sulle unioni civili tale regola ha trovato attuazione nel comma 27, il quale stabilisce che alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile. Con il d.lgs. n. 5/2017 è stato, così, inserito nell'art. 70-*octies* del D.P.R. n. 396/2000 il comma 5, che prevede – nel caso della fattispecie descritta dal citato art. 31, comma 4-*bis* – che l'Ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio, o di trascrizione se avvenuto all'estero, iscrive l'unione civile nel corrispondente registro con le eventuali annotazioni relative alla scelta del cognome e al regime patrimoniale. Quanto alle unioni civili, si è detto, la soluzione normativa è diversa, non essendo prevista analoga facoltà di conversione automatica.

Nella vicenda in esame, la Corte si è pronunciata in termini di inammissibilità, non solo per le ragioni suddette, ma anche in virtù del margine di apprezzamento riconosciuto ai Legislatori nazionali dalla giurisprudenza della CEDU (v. *ex multis* *Babiarz V. Poland*, application no. 1955/10; *Fröhlich V. Germany*, application no. 16112/15) nelle materie in cui emergono questioni di natura etica o morale. Ma andando a guardare il merito della questione, sembra che le profonde differenze che intercorrono fra unione civile e matrimonio obblighino l'interprete a ulteriori riflessioni.

Anzitutto, la tutela giuridica prevista dalla legge n. 76/2016 per le coppie omoafettive è riconducibile al concetto di formazioni sociali ex art. 2 Cost. e non a quello di famiglia previsto dall'art. 29 Cost., che riconosce esclusivamente i diritti della famiglia matrimoniale. Già questa modalità di riconoscimento lascia intendere come il Legislatore ponga le due unioni su piani differenti e le consideri realtà non omogenee. Dunque, benché entrambe godano di una tutela costituzionale, più intensa è quella accordata al matrimonio.

Vi sono, poi, numerosi altri elementi che testimoniano la non equivalenza fra la disciplina dell'unione civile e quella del matrimonio.

Una differenza particolarmente significativa pare essere quella che riguarda la celebrazione. Si rammenta che l'art. 107 c.c. stabilisce che l'ufficiale dello stato civile dichiara che le parti sono unite in matrimonio; nel caso delle unioni civili, invece, l'art. 1, comma 2, stabilisce che l'unione civile si costituisce mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile, senza precisarne in alcun modo il contenuto. Si evince, così, una disciplina assai più articolata per il matrimonio-atto.

Un'ulteriore differenza risiede nel mancato richiamo alla disciplina delle pubblicazioni ex art. 93 ss. c.c., obbligatorie per la celebrazione del matrimonio, volte a verificare possibili ostacoli e impedimenti e a portare a conoscenza dei terzi l'intenzione di contrarre matrimonio per consentirne un'eventuale opposizione. Perciò, qualora si autorizzasse la conversione dell'unione civile in matrimonio, gli sposi e l'ufficiale di stato civile incorrerebbero in una sanzione ai sensi dell'art. 134 c.c. per omesse pubblicazioni.

A titolo esemplificativo, si pensi, poi, al fatto che l'unione civile può essere costituita solo da persone maggiori d'età, mentre ai sensi dell'art. 84 c.c. il minore di sedici anni che abbia ottenuto un'autorizzazione dal Tribunale per i minorenni può contrarre matrimonio; si pensi alla totale assenza di un vincolo giuridico fra una parte dell'unione e i paren-

ti dell'altra, non essendo stato richiamato l'art. 78 c.c. e non venendo, dunque, attribuita una capacità espansiva all'unione civile; si pensi all'espressione "bisogni comuni" delle parti dell'unione civile utilizzata in luogo di quella contenuta nell'art. 143 c.c. relativa ai "bisogni della famiglia".

Non si dimentichi, poi, un elemento che ha destato particolare clamore, vale a dire l'omissione dell'obbligo di fedeltà reciproca e che, secondo la *ratio legis*, si riallaccerebbe alla disciplina dello scioglimento dell'unione civile: non essendo prevista la separazione, poiché è sufficiente una manifestazione di volontà resa anche da una sola parte dell'unione all'ufficiale dello stato civile, non è contemplato l'addebito, spesso presente nelle ipotesi di infedeltà coniugale.

In questo contesto, infine, un accenno non può non farsi ad un'ulteriore rilevante differenza, vale a dire quella relativa alla filiazione. Nel caso di conversione dell'unione civile in matrimonio, la coppia non potrebbe in ogni caso accedere alla filiazione biologica o alla maternità surrogata – stante il divieto presente nel nostro ordinamento –, ma nulla impedirebbe di ricorrere alla pratica della PMA eterologa (nel caso in cui uno dei componenti dell'unione sia di sesso femminile) o all'istituto dell'adozione. L'intento del Legislatore – che spiegherebbe la scelta di non consentire un'automatica conversione dell'unione civile in matrimonio in caso di rettificazione di sesso – potrebbe essere stato, pertanto, anche quello di porre una sorta di ulteriore limite alla filiazione. Tuttavia, se la coppia successivamente si unisse in matrimonio, il problema verrebbe risolto e in quest'ottica potrebbe intercettarsi la *ratio* del divieto: per evitare che la rettificazione di sesso divenga un espediente per aggirare il divieto per le coppie *same-sex* di accedere all'adozione o alla PMA, non è possibile un passaggio automatico dall'unione civile al matrimonio attraverso una semplice manifestazione di volontà, ma è necessaria la successiva instaurazione del vincolo matrimoniale attraverso la formale celebrazione dell'atto.

Del resto, la sentenza che dispone la rettificazione anagrafica a seguito del cambio di sesso ha valore di giudicato, facendo sì che il principio di eterosessualità dell'unione matrimoniale non venga intaccato; è evidente, tuttavia, che nell'arco di tempo necessario per procedere alla celebrazione del matrimonio la coppia rimarrebbe priva di tutela, in particolare sotto il profilo successorio.

In considerazione di questa diversità, correttamente il giudice *a quo* ha escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, come invece avvenuto nell'ipotesi inversa del passaggio dal matrimonio all'unione civile. Inevitabile, tuttavia, anche una pronuncia di inammissibilità, per difetto di attualità e rilevanza in concreto della questione, avendo il remittente prospettato un'applicazione meramente astratta delle norme censurate.

Circa il merito della questione, in cui la Corte non è intervenuta, è opportuno rilevare quanto segue.

L'impressione iniziale potrebbe essere quella di ravvisare una simmetria con la questione del c.d. divorzio imposto, richiamata espressamente anche nell'ordinanza di remissione, non essendo prevista una prosecuzione giuridica del rapporto senza soluzione di continuità. Ma, se lo scioglimento dell'unione determinato dalla rettificazione di sesso comporta un sacrificio della dimensione giuridica del rapporto, è pur vero che

si tratta di un sacrificio solo temporaneo, data la possibilità per la coppia di unirsi successivamente in matrimonio; ciò rispecchierebbe l'ottica del Legislatore secondo cui matrimonio e unione civile costituiscono istituti giuridici differenti, posti su piani paralleli ma separati, a cui conseguirebbe l'impossibilità di prevedere per le coppie omoaffettive i medesimi strumenti garantiti alle coppie unite in matrimonio. Pertanto, se le differenze disciplinari che caratterizzano le due unioni possono non apparire tutte ragionevoli e giustificate *ex art. 3 Cost.*, lasciando alla Corte costituzionale il compito di verificarne la legittimità, il divieto di una conversione automatica in caso di rettificazione di sesso sembrerebbe giustificato dalle più accentuate formalità che connotano l'atto-matrimonio e che costituiscono espressione della discrezionalità legislativa.

Indicazioni di lettura

Su unioni civili e matrimonio: S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago*, in *Dir. civ.*, 2022, 507 ss.; Id. (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Bologna, 2020; G. De Cristoforo, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unioni civili: fine della partita?*, in U. Salanitro (a cura di) *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme. Atti del Convegno 27-29 settembre 2018, Catania dedicato a Tommaso Auletta*, Pisa, 2019, 127 ss.; C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017; M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 881 ss.; Id., *Unioni civili e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.

Sulle unioni civili e la rettificazione di sesso: R. Calvigioni, *La rettificazione di sesso nell'unione civile provoca lo scioglimento dell'unione o può trasformarla in matrimonio?*, in *Fam. e dir.*, 2021, 869 ss.; S. Cacace, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *NGCC*, 2018, 1168 ss.; A. Musio, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi*, *ivi*, 2017, 736 ss.; L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1785 ss.

Sull'identità di genere: C.P. Guarini, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, v. 5, Napoli, 2021, 2057 ss.; L. Erickson-Schroth, B. Davis, *Genere e identità. Una introduzione*, Roma, 2021; M. Rizzuti, *Soggettività e identità di genere*, in F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, 157 ss.; C. Perago, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Foro it.*, 2020, 23 ss.; F. Fontanarosa, *Il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 709 ss.; T. Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *NLCC*, 2018, 1475 ss.

Sul transessualismo: v. S. Patti, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)*, in *NGCC*, 2016, 143 ss.; A.

Spangaro, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*, in *Fam. e dir.*, 2016, 637 ss.; V. Greco, *Mutamento di sesso e costringimento ai bisturi*, in *Studium Iuris*, 2016, 400 ss.; F. Bilotta, voce «*Transsessualismo*», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., dir. da R. Sacco, Torino, 2013, 732 ss.; S. Patti, voce «*Transsessualismo*», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 416 ss.; P. Stanzione, voce «*Transsessualità*», in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 874 ss.

Sul divorzio imposto: M. Azzalini, *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *NGCC*, 2015, 777 ss.; L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei due coniugi e “divorzio imposto”: diritto all’identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *NGCC*, 2014, 49 ss.

ABSTRACT

La sentenza della Corte costituzionale, senza pronunciarsi sulla legittimità dell’automatico scioglimento dell’unione civile a seguito della rettificazione di sesso, offre lo spunto per continuare a riflettere su uno dei temi più dibattuti del diritto di famiglia: la ragionevolezza delle diverse soluzioni adottate per le unioni civili.

The sentence of the Constitutional Court, without pronouncing on the legitimacy of the automatic dissolution of the civil union following the correction of sex, offers the opportunity to continue to reflect on one of the most debated issues of family law: the reasonableness of the different solutions adopted for civil unions.



Affidamento, responsabilità precontrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*



Claudio Scognamiglio

SOMMARIO: **1.** Tra ‘diritti secondi’ e diritto privato generale: una sentenza che ‘guarda’ al codice civile. – **2.** Le questioni affrontate dalla Corte e la loro soluzione. – **3.** Le possibili linee di sviluppo futuro del contenuto della decisione: a) la responsabilità da affidamento deluso. – **4.** b) Il giudizio di inesigibilità della prestazione.

1. Tra ‘diritti secondi’ e diritto privato generale: una sentenza che ‘guarda’ al codice civile

La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2023 del 27 gennaio 2023 appartiene senza dubbio al genere delle pronunce destinate a restare a lungo al centro del dibattito degli studiosi del diritto civile: infatti, benché le questioni di legittimità costituzionale dalla stessa risolte scaturiscano, come vedremo in occasione della illustrazione delle medesime, dal diritto della previdenza sociale e dal diritto del lavoro, e nonostante che i referenti della decisione siano inevitabilmente influenzati dalla peculiare fisionomia di questi due ‘diritti secondi’ – anche in termini di interessi dagli stessi tutelati –, gli snodi motivazionali della pronuncia investono in pieno, ed al massimo livello di densità argomentativa, alcuni problemi ed istituti che assumono un particolare rilievo nella riflessione del civilista in questo momento storico.

Si pensi, in particolare, alla centralità che riveste, nel ragionamento della Corte, come innesco del percorso argomentativo svolto dalla decisione, il riferimento all’affidamento, ed al suo punto di emersione normativo, individuato nell’istituto della respon-

* Lo scritto sarà pubblicato anche negli Studi in memoria del notaio prof. Ubaldo La Porta.

sabilità precontrattuale: passaggio logico che rappresenta la premessa – sul piano della individuazione dei rimedi atti a scongiurare un esito di incostituzionalità dell’assetto normativo preso in esame dalla Corte – per fondare una possibile responsabilità risarcitoria in capo alla pubblica amministrazione, o ente pubblico, che, dopo avere eseguito un’attribuzione patrimoniale, esperisca un’azione di ripetizione violando appunto l’affidamento riposto dal percettore della somma sulla effettiva spettanza in suo favore della medesima.

Si consideri ancora il ruolo riservato, nell’impostazione della decisione, alla tecnica argomentativa imperniata sull’idea di inesigibilità della prestazione, cui viene attribuita l’idoneità a modulare il contenuto stesso della pretesa restitutoria fatta valere, all’interno di una valutazione che deve tenere conto di tutte le circostanze della vicenda controversa: tra le altre, ed anticipando, in parte, l’illustrazione che tra breve si svolgerà, la situazione economico-finanziaria dell’*accipiens*, l’arco temporale durante il quale si è protratta l’attuazione dell’attribuzione patrimoniale, l’insussistenza di un’ipotesi di errore del *solvens* manifestamente percepibile come tale, l’assenza della formulazione, da parte di questi, al momento del pagamento, di una riserva di ripetizione della somma.

Si pensi, infine e soprattutto, alla direttrice lungo la quale si svolge la concretizzazione della clausola generale di buona fede accreditata dalla decisione: collocata in un contesto argomentativo che fa senz’altro a meno di qualsiasi ‘stampella’¹ costituzionale, in ipotesi ravvisata – sulla base di un’impostazione ormai largamente accreditata – nei doveri di solidarietà sanciti dall’art. 2 Cost.² e che risulta invece calibrato interamente,

¹ Il riferimento contenuto nel testo evoca ovviamente il pensiero di Luigi Mengoni, secondo il quale «non vi è alcuna ragione per non ritenere che la “buona fede” possa essere riempita di contenuto, e dotata di un significato applicativo, senza l’aiuto di “stampelle costituzionali”» (cfr., appunto, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1 20, e, ora, in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 101 ss., 111). Cfr., sul punto, NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Euro-pa dir. priv.*, 2012, 958 s.

² Si consideri, in questa prospettiva, e tra gli altri, già l’impostazione di chi aveva affermato l’efficacia diretta nei rapporti tra privati del dovere di solidarietà, desumibile dall’art. 2 Cost., il quale “in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, all’un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell’interesse proprio dell’obbligato” (così MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3 ss., 5); è, del resto, noto che la prospettiva appena richiamata di questo Autore era stata utilizzata dal medesimo, in quest’ultimo caso in qualità di estensore delle relative decisioni, quale premessa delle notissime ordinanze della Corte Costituzionale in tema di riducibilità della caparra eccessiva: Si tratta di Corte Cost., ord. 24.10.2013, n. 248, pubblicata tra l’altro in *Contratti*, 2014, 926 ss., con nota di D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria ‘eccessiva’* e della analoga Corte Cost., ord. 2.4.2014 n. 77. Cfr. ancora in dottrina, ed in luogo di molti altri, GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buo-*

secondo quanto emerge già dai rapidissimi accenni fin qui fatti, su istituti normativi tutti interni al codice civile, come appunto la responsabilità precontrattuale ovvero la regola di correttezza, o buona fede, nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

L'interesse della sentenza si coglie, poi, su un altro piano, attinente alla tipologia della medesima nel quadro della classificazione delle decisioni della Corte Costituzionale ed al rapporto tra contenuto della sentenza e poteri dei giudici ordinari che si troveranno, in futuro, ad affrontare questioni di fatto investite dai referenti normativi della pronuncia. Infatti, benché la decisione possa apparire a prima vista come sussumibile nella categoria delle sentenze interpretative di rigetto³, è difficile negare che essa esibì-

na fede, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 727 (anche in AA.VV., *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, a cura di NAVARRETTA e PERTICI, Pisa, 2003, 399). Anche nella giurisprudenza di legittimità non è certo rara l'utilizzazione dell'argomentazione costituzionale, ed in particolare del richiamo all'art. 2 Cost., per rafforzare l'uso della clausola generale di buona fede: cfr., ad esempio, Cass. 18.9.2009 n. 20106, sulla quale si vedano MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1577 ss.; Id., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 45 ss.; MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 2016/2009*, ivi, 69 ss.; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*, ivi, 99 ss.; RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, ivi, 115 ss.; VETTORI, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, ivi, 147 ss., nonché il nostro, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, ivi, 203 ss.; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 11; NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I contratti*, 2010, 524; PALMIERI – PARDOLESI, *Della serie 'a volte ritornano': l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro It.*, 2010, I, 95. Si legge in quella sentenza che “il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, e, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche” e se ne trae la conseguenza che “il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi”. Cfr., peraltro, NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 651 s., secondo la quale alcuni *obiter dicta* della sentenza sull'abuso del diritto mostrerebbero invece i “segni del declino del metodo” del richiamo alla norma costituzionale nell'ambito dei rapporti contrattuali. Il radicamento della clausola generale di correttezza e buona fede sul dovere di solidarietà affermato dall'art. 2 Cost. è affermato, più di recente, anche da Cass. 14.6.2021 n. 16743, in particolare al § 20 della motivazione; su questa sentenza, cfr. i contributi di D'AMICO, *Buona fede ed estinzione parziale del diritto di credito*; MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*; ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, nonché di chi scrive, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, tutti in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1164 ss.

³ Così ad esempio la definisce LIGUORI, *Indebito previdenziale non pensionistico, pretesa restitutoria e inesigibilità fondata sulla buona fede oggettiva*, in *Foro News*, 2023. Anche D'AMICO, *Principi, clausole generali e regole nel processo di bilanciamento degli interessi (una pronuncia esemplare della Corte Costituzionale)*, in *Contratti*, 2013, 121 ss., nota la peculiarità della natura della decisione

sca più di qualche peculiarità rispetto alla stessa. Secondo un'impostazione largamente accreditata, le sentenze interpretative di rigetto si caratterizzano perché in esse la Corte Costituzionale perviene appunto ad una declaratoria di infondatezza della questione di legittimità, ma fornisce al tempo stesso un'interpretazione della disposizione impugnata idonea a salvaguardarne la conformità a Costituzione; in questi casi, dunque, la questione può dirsi infondata ma a condizione che della disposizione oggetto del dubbio di costituzionalità sia data l'interpretazione individuata dalla Corte nella sua decisione⁴. Si tratta, dunque, di pronunce che si fondano sul presupposto logico del riconoscimento alla Corte Costituzionale non solo del potere di interpretare la Costituzione, ma anche di quello di interpretare la legge ordinaria, sottoposta al suo scrutinio, senza essere vincolata alla ricostruzione del senso della medesima proposta dall'autorità giudiziaria rimettente. È proprio questo, del resto, che conferma, in prospettiva generale, che il vero oggetto del giudizio di legittimità costituzionale non è il significante, e cioè la disposizione, ma il significato desumibile da essa per mezzo dell'interpretazione, e cioè la norma; ed infatti, come è stato più volte chiarito dalla stessa Corte, quest'ultima "giudica su norme ma pronuncia su disposizioni"⁵.

Nel caso della decisione che fornisce lo spunto a queste considerazioni, ciò che la colloca in una posizione peculiare rispetto alle sentenze interpretative di rigetto non è tanto, ed ovviamente, la mancanza dell'indice, di per sé affatto estrinseco, che è stato talora considerato come caratteristico di quella categoria di decisioni (e cioè la presenza, nel dispositivo, della formula secondo la quale la questione sottoposta è dichiarata infondata, "nei sensi di cui in motivazione"), quanto il fatto che al rigetto della questione di costituzionalità la Corte perviene non già estraendo dalla disposizione impugnata un significato direttamente in grado di dissipare il dubbio di legittimità costituzionale, bensì, ed a ben vedere, indicando al giudice ordinario un percorso argomentativo, ed una strategia rimediabile, in grado di escludere che le pretese restitutorie cui si riferisce la questione di legittimità siano esercitate in modo tale da violare l'interpretazione data dalla Corte EDU all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione. Si tratta, dunque, di una pronuncia che lascia comunque uno spazio ampio al potere del giudice ordinario di concretizzare, nelle controversie future dove verranno in considerazione le questioni affrontate dalla Corte, le indicazioni da questa impartite, nei termini che tenteremo di illustrare tra breve; si tratta di uno spazio diverso, ed ulteriore, rispetto a quello che

nell'ambito della classificazione accreditata delle sentenze della Corte Costituzionale.

⁴ Per una recentissima messa a punto della configurazione, e dell'efficacia, di una sentenza interpretativa di rigetto, cfr. PALAZZO, *La Corte Costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 189 ss., dove si legge che "Con tale tipologia decisoria, si intende sostenere che, mentre l'interpretazione proposta dal giudice remittente è di fatto incostituzionale (norma A), esiste una seconda interpretazione, trascurata, che sarebbe conforme alla Costituzione (norma B). In questo modo, la Corte elimina sostanzialmente un significato specifico (norma A) dalla gamma dei significati possibili, invitando i giudici ad adottare il significato compatibile con la Costituzione (norma B)".

⁵ Così, in particolare, Corte Cost., 21.3.1996, n. 84.

naturalmente compete ai giudici, diversi dal remittente, nel caso di una sentenza interpretativa di rigetto, poiché interpella, e sollecita, in pieno il loro potere di concretizzare, nei singoli casi controversi, la clausola generale di correttezza (e, dunque, in questo caso, il giudizio di eventuale inesigibilità della prestazione a fronte della pretesa restitutoria fatta valere).

2. Le questioni affrontate dalla Corte e la loro soluzione

I referenti di fatto e normativi della questione di legittimità che la Corte Costituzionale ha risolto con la sentenza n. 8/2023 sono ormai largamente noti; può tuttavia essere opportuno ripercorrerli, nel momento in cui si tenta di individuare, come si vorrebbe fare in questo scritto, gli snodi attorno ai quali si aggrega il percorso motivazionale della decisione e, soprattutto, le possibili linee di sviluppo ulteriore, e di ‘sistema’, delle argomentazioni da essa accreditate con specifico riferimento alla questione dei limiti della ripetibilità *ex art. 2033 c.c. dell’indebito previdenziale non pensionistico e dell’indebito retributivo nell’ambito del pubblico impiego*.

Il nucleo delle questioni di legittimità costituzionale delle quali era stata investita la Corte consiste nel dubbio circa la conformità ai principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU – che assumono rilevanza, come parametro del giudizio di legittimità costituzionale, in relazione alla previsione dell’art. 117, 1° co. Cost.⁶ – della regola generale contenuta nell’art. 2033 c.c. in tema di ripetizione dell’indebito; ciò, in particolare, sotto il profilo dell’interpretazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, secondo il quale “ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni”, enunciato che è stato riferito dalla giurisprudenza della CEDU anche alla tutela di un affidamento legittimo (“*legitimate expectation*”). Come ricorda la sentenza della Corte Costituzionale, la giurisprudenza della Corte EDU ha avuto cura di individuare le condizioni che, fondando un affidamento legittimo in capo al percettore della prestazione che sia una persona fisica, qualificano al tempo stesso la *condictio indebiti* come un’interferenza sproporzionata in questo affidamento: si tratta de “l’erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell’attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all’esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione sia percepita dal beneficiario come fonte della prestazione, individuabile anche nel suo importo; la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o

⁶ E non invece, precisa la Corte Costituzionale al § 5.2. della motivazione, l’art. 11 Cost., dichiarando pertanto inammissibili le questioni di legittimità sollevate in relazione a questa norma costituzionale, posto che – osserva appunto la sentenza – il parametro costituzionale dell’art. 11 è inconferente con riferimento a disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte Edu, “non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali CEDU, alcuna limitazione della sovranità nazionale”.

basata su semplici errori materiali; un'erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione⁷. Questi presupposti, se consentono appunto di affermare l'esistenza di una *legitimate expectation*, non sono tuttavia sufficienti al fine di negare la ripetibilità dell'indebitato, spostandosi invece il fulcro del discorso, e della valutazione di volta in volta da formulare, sul piano della proporzionalità della interferenza e, dunque, sul "bilanciamento di interessi fra le esigenze sottese al recupero delle prestazioni indebitamente erogate e la tutela dell'affidamento incolpevole". La giurisprudenza della Corte EDU, così come richiamata dalla sentenza della Corte Costituzionale, offre una serie di criteri da utilizzare in sede di giudizio di proporzionalità: criteri che hanno riguardo per lo più, osserva la Corte Costituzionale, al particolare contesto in cui si inquadra la vicenda, attribuendo rilievo all'addebito di interessi legali in capo all'*accipiens*, pure in presenza di un errore compiuto dall'amministrazione, oppure alla previsione di una rateazione non rapportata alle condizioni di vita dell'obbligato, oppure ancora all'omessa o inadeguata considerazione della fragilità economico-sociale o di salute dell'obbligato alla restituzione, così come alla mancata previsione della responsabilità dell'ente cui sia ascrivibile l'errore.

Sullo sfondo di questo quadro della giurisprudenza della Corte EDU, e dopo avere rilevato l'esistenza di una serie di previsioni normative interne che – in ambiti diversi da quelli investiti dalle questioni di legittimità costituzionale⁸, tanto che la sentenza precisa di richiamarle solo per completezza – escludono senz'altro la ripetibilità di indebiti previdenziali o retributivi⁹, la pronuncia si volge al confronto con la disposizione dell'art.

⁷ Cfr. § 8 della motivazione.

⁸ Le questioni di legittimità costituzionale decise dalla Corte con la sentenza che offre lo spunto a queste considerazioni si riferivano – quanto a quella sollevata dal Tribunale di Lecce con ordinanza del 21 gennaio 2022 - ad un'ipotesi di indebitato previdenziale non pensionistico (indennità di disoccupazione) e, per quel che concerne quella sollevata dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 14 dicembre 2021, ad un indebitato retributivo, discendente dalla nullità delle previsioni della contrattazione decentrata che, in deroga migliorativa rispetto alla contrattazione nazionale, aveva appunto previsto l'aumento della retribuzione di posizione, non potendo operare nel caso la sanatoria disciplinata dal d.l. n. 16/2014. Una terza questione di legittimità costituzionale, che era stata riunita alle altre, è stata invece dichiarata inammissibile per errore nel presupposto interpretativo (il Giudice remittente, anche in quel caso il Tribunale di Lecce, aveva ritenuto che le erogazioni a titolo di permessi mensili retribuiti ex art. 33, co. 3° L. 104/92 avessero natura retributiva, senza tenere conto del contenuto del successivo co. 4° secondo il quale ai predetti permessi si applicano le disposizioni dettate in materia di tutela dei genitori lavoratori, così fondando, ex art. 43 del D.Lgs. 151/2001, la conclusione della natura previdenziale dell'erogazione)

⁹ Si tratta di ipotesi di prestazioni previdenziali elencate al § 10.1. della decisione, cui la sentenza giustappone, al § 10.2., la previsione dell'art. 2116 c.c., qualificandola come un caso di indebitato di una prestazione retributiva irripetibile perché ricollegabile, dal punto di vista della causa dell'attribuzione, ad una "attività lavorativa concretamente prestata, anche se si dimostra giuridicamente non dovuta",

2033 c.c., posto che è ad essa, in difetto di regole di settore, che deve riportarsi la regolamentazione della *condictio indebiti*. Ricondotto il discorso a questa disposizione, la sentenza ravvisa, già all'interno della medesima, un primo dato normativo corrispondente agli indici valorizzati dalla giurisprudenza convenzionale per operare lo scrutinio circa la proporzionalità, o meno, dell'interferenza che la pretesa restitutoria è in grado di determinare nella sfera giuridica dell'*accipiens*: e cioè la disciplina in materia di decorrenza della spettanza degli interessi, a favore di colui che agisce per la ripetizione dell'indebitto, limitata a partire dal momento della domanda, se il percettore è in buona fede, e risalente invece a quello del pagamento, in caso di mala fede.

L'importanza della decisione si coglie tuttavia soprattutto nella successiva articolazione del discorso della medesima, e cioè laddove essa, da un lato, ravvisa nella clausola generale di buona fede lo strumento per mezzo del quale dare rilievo, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, alle situazioni valorizzate dalla Corte EDU nell'ambito del più volte richiamato giudizio di proporzionalità; dall'altro, ritiene sussistente un apparato di tutele in grado di superare ogni dubbio di possibile contrasto con l'art. 117, 2° co. Cost.

Nell'impostazione della Corte, la buona fede rileva da un duplice angolo visuale: innanzi tutto, essa si delinea come una clausola generale che è in grado di plasmare “attraverso l'art. 1175 c.c. l'attuazione del rapporto obbligatorio”, così da condizionare “dando rilievo agli interessi in gioco e alle circostanze concrete, l'esecuzione dell'obbligazione restitutoria che ha fonte nell'art. 2033 c.c.”; in secondo luogo, la buona fede oggettiva entra in considerazione attraverso il prisma dell'art. 1337 c.c. e, dunque, al fine di fondare un affidamento legittimo in grado di rinvenire una tutela “sia quale interesse che, *ex fide bona*, in base al citato art. 1175 cod. civ., condiziona l'attuazione del rapporto obbligatorio, sia quale situazione soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria, proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale”.

Dopo avere richiamato alcune delle ipotesi in cui il diritto vivente, muovendo appunto dal referente rappresentato dall'art. 1337 c.c., ha individuato casi di affidamenti meritevoli di tutela – da quello sulla legittimità e la correttezza di un provvedimento emanato da una Pubblica Amministrazione all'affidamento sull'esattezza di informazioni fornite da soggetti caratterizzati da una particolare professionalità¹⁰ – la sentenza osserva che, sulla base dei casi esaminati dalla Corte EDU, è dato cogliere un'ulteriore tipologia di affidamento legittimo, concernente la spettanza di una prestazione indebita; pertanto, sarebbe proprio l'art. 1337 “la cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, presupposti che, in effetti, corrispondono a quelli individuati dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affidamento legittimo circa la spettanza di una prestazione indebita erogata”. Infatti, prosegue la Corte, “gli elementi che possono rilevare *ex fide bona* ai fini dell'individuazione di un affidamento legittimo riposto in una

¹⁰ Sulle decisioni in questa prospettiva richiamate dalla Corte si avrà modo di tornare *infra*, nt. 19 e 20.

prestazione indebita erogata da un soggetto pubblico trovano, a ben vedere, riscontro in quelli di cui si avvale la Corte EDU per individuare una *legitimate expectation*. In questa prospettiva, in particolare, rileverebbe la relazione tra le parti, aspetto anch'esso caratteristico della disposizione dell'art. 1337 c.c., nella misura in cui un "soggetto pubblico facilmente ingenera, nell'*accipiens* - persona fisica, una fiducia circa la spettanza dell'erogazione effettuata, non solo in ragione della sua competenza professionale, ma anche per il suo perseguire interessi generali" e ferma in ogni caso la necessità di avere riguardo alle circostanze concrete. Da questo punto di vista, la buona fede oggettiva sarebbe in grado di attribuire rilievo agli stessi elementi presi in considerazione dalla Corte EDU per accreditare l'esistenza di una *legitimate expectation*: e cioè il tipo di prestazioni erogate, retributive o previdenziali, il carattere ordinario dell'attribuzione nonché il suo perdurare nel tempo, tale da fondare la ragionevole convinzione del suo essere dovuta. Fermo restando che l'affidamento legittimo presuppone sempre la buona fede dell'*accipiens*, a sua volta desumibile da elementi oggettivi quali la spontaneità dell'attribuzione o la richiesta della stessa in buona fede, la "mancanza di un pagamento manifestamente privo di titolo o fondato su un mero errore di calcolo o su un errore materiale nonché" la "omessa previsione di una clausola di riserva di ripetizione".

Sul versante dell'apparato rimediabile, un rilievo primario spetta, secondo la Corte, alla categoria dell'inesigibilità della prestazione, fondata sulla clausola generale dell'art. 1175 c.c., ed in grado di vincolare il creditore ad esercitare la propria pretesa in maniera tale "da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore": cosicché, ed appunto in presenza di un affidamento legittimo circa la spettanza dell'attribuzione ricevuta, sorgerebbe il dovere del creditore di accordare una rateazione della somma richiesta in restituzione, tenendo conto delle condizioni economico - patrimoniali di chi sia stato, in maniera improvvisa ed inopinata, chiamato ad eseguire la prestazione restitutoria. In questa prospettiva, dunque, la prestazione dovrebbe dirsi inesigibile finché non sia richiesta con modalità che il giudice ritenga conformi a buona fede oggettiva.

Dal punto di vista del suo modo di operare, l'inesigibilità non colpirebbe peraltro la fonte stessa dell'obbligazione, operando solo come causa esimente del debitore quando "l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto"; essa si declinerebbe, poi, secondo modalità operative diverse, tali ora da giustificare un ritardo nell'adempimento, ora da rendere definitivamente giustificato un adempimento parziale "che solo in casi limite potrebbe approssimarsi alla totalità dell'importo dovuto".

Né l'attestarsi del rimedio della inesigibilità della prestazione su un piano diverso rispetto a quello dell'estinzione dell'obbligazione dovrebbe indurre perplessità circa il superamento del vaglio di non sproporzione dell'interferenza, richiesto dalla giurisprudenza della Corte EDU, posto che una violazione dei principi elaborati da quest'ultima a partire dall'art. 1 del Protocollo addizionale citato sussisterebbe bensì in presenza di pretese restitutorie che non considerino l'affidamento legittimo dell'obbligato e le sue condizioni economiche, patrimoniali e personali, circostanze che tuttavia non impongono di generalizzare un diritto alla irripetibilità della prestazione.

Il quadro di rimedi in grado di impedire che l'interferenza, determinata dall'azione di ripetizione, in un affidamento legittimo possa dirsi sproporzionata, è completato – secondo l'ulteriore mossa argomentativa della sentenza – proprio dall'istituto della responsabilità precontrattuale: infatti, una volta individuati i tratti dell'affidamento legittimo, è appunto quell'istituto a fondare una possibile tutela risarcitoria, nella ricorrenza degli ulteriori presupposti applicativi del medesimo, così superando gli argomenti svolti dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU, laddove quest'ultima ravvisa una delle ragioni della non proporzionalità dell'interferenza proprio nell'assenza della previsione di una responsabilità risarcitoria in capo allo Stato o all'ente pubblico erogante.

La conclusione della sentenza è, dunque, nel senso che il complessivo quadro di rimedi esibito dal sistema normativo nazionale permette di superare i dubbi di illegittimità costituzionale della norma, racchiusa nell'art. 2033 c.c., che costituisce la disciplina generale dell'indebito oggettivo, in relazione all'art. 117, 1° co. Cost., rispetto al parametro rappresentato dall'art. 1 del Protocollo Addizionale CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

3. Le possibili linee di sviluppo futuro del contenuto della decisione: a) la responsabilità da affidamento deluso

Si è già detto della centralità che assume, nell'impostazione della sentenza della Corte Costituzionale il riferimento all'idea di affidamento, quale chiave di lettura, e di soluzione, della questione di legittimità; ed è dunque, innanzi tutto, necessario soffermarsi su questo aspetto del discorso, tenendo conto naturalmente della particolare prospettiva in cui si colloca il ragionamento della Corte, e cioè quella del rapporto tra una pubblica amministrazione, o un ente pubblico ed un privato, in presenza di un'attribuzione patrimoniale eseguita dalla prima, o dal primo, in favore del secondo e della successiva pretesa restitutoria fatta valere sulla premessa della natura indebita dell'attribuzione.

Da questo punto di vista, un'indicazione ricostruttiva utile è offerta, ancora di recente, dalla Corte di Cassazione, in un'ordinanza che non è direttamente menzionata dalla decisione della Corte Costituzionale, ma l'indirizzo accreditato dalla quale è – come vedremo – invece valorizzato dalla medesima. In quella pronuncia, la Corte ha definito l'affidamento come “una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico”, dunque “come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia...nella fiducia, nella lesione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta”: si tratterebbe, in altre parole di “un'aspettativa di coerenza e di non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”¹¹. La medesima ordinanza merita di essere richiamata anche

¹¹ Così Cass., S.U., ord. 28.04.2020 n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, 1825 ss., con nostra nota, *Sulla natura della responsabilità della pubblicazione amministrazione da lesione dell'affidamento del privato*

nella parte in cui ha rinvenuto i punti di emersione della rilevanza giuridica dell'affidamento sia nei principi dell'ordinamento comunitario, sia all'interno dell'ordinamento nazionale, dove la tutela dell'affidamento del privato nei confronti delle condotte della pubblica amministrazione è affidata a norme perfino più specifiche rispetto alle regole civilistiche generali¹². Sul piano dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, dunque, e sulla premessa che “da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*”, l'ordinanza ha escluso che, in questi casi, si potesse trattare “della generica ‘responsabilità del passante’”, venendo invece in considerazione la “responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno”, in questo caso da ricondurre “non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entri in contatto con la prima”¹³. L'approdo ricostruttivo dell'ordinanza delle Sezioni Unite menzionata¹⁴ è nel senso che “la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo *status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge

sorto a seguito di un comportamento della medesima ed in particolare il § 28.2. dell'ordinanza. La pronuncia è pubblicata anche in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1181 ss., con nota di PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*; in *Giur. it.*, 2021, 1349 ss. con nota di D'ONOFRIO, *La responsabilità da contatto sociale della p.a.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*; in *Dir. amministrativo*, 2020, 2530 ss., con nota di COMPORI, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*. Cfr. anche, di quest'ultimo Autore, ed a proposito della messa a punto del problema della natura della responsabilità della P.A. operata da Cons. Stato, ad. plen. 23.4.2021 n. 7, in *Giur. it.*, 2022, 708 ss., *L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*.

¹² In questa prospettiva, vengono richiamate: la previsione dell'indennizzo nel caso della revoca di un provvedimento che rechi pregiudizio agli interessati (art. 21-*quinquies* L. n. 241/90); la disciplina dei limiti temporali del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi, anche quanto al dovere di tenere conto, nell'esercizio di tale potere, degli interessi dei destinatari del provvedimento e dei controinteressati (art. 21-*nonies* L. n. 241/90); la previsione dell'obbligo delle pubbliche amministrazioni, e dei privati preposti all'esercizio di attività amministrative, di risarcire il danno ingiusto prodotto in conseguenza dell'inosservanza, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento, previsto dall'art. 2-*bis*, co. 1° della L. n. 241/90. Tutte queste disposizioni, infatti, vengono considerate dall'ordinanza come altrettanti punti di emersione dell'evoluzione verso un “diritto amministrativo paritario”, come lo definisce di nuovo la pronuncia, e cioè “un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese (cfr. Cons. Stato n. 1457/2018, § 9.2.) ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati”.

¹³ I brani riportati nel testo sono tratti dal § 32. dell'ordinanza.

¹⁴ Nel solco della quale si è collocata, più di recente, Cass., S.U., ord. 19.1.2023, n. 1567.

come fonte della legittimità dei propri atti”, dovendosi intendere il contatto o rapporto “tra il privato e la pubblica amministrazione come il fatto idoneo a produrre obbligazioni ‘in conformità dell’ordinamento giuridico’ (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile”.

Secondo un passaggio argomentativo che consente di cogliere una significativa assonanza tra la sentenza della Corte Costituzionale e l’ordinanza delle Sezioni Unite, anche quest’ultima ha guardato all’istituto della responsabilità precontrattuale come schema normativo cui ricondurre l’affidamento, traendo spunto, a tal fine, anche¹⁵ dalla constatazione dell’evoluzione giurisprudenziale in punto di ricostruzione della responsabilità precontrattuale¹⁶; ed è pervenuta così alla conclusione che “la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell’affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell’azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima ed a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione”¹⁷.

Sarebbe certamente eccentrico, rispetto al percorso motivazionale della sentenza della Corte Costituzionale, approfondire, al di là del riferimento alla responsabilità precontrattuale come schema normativo cui ricondurre la rilevanza della tutela dell’affidamento, l’aspetto della natura della responsabilità che può essere fatta valere da parte di colui che abbia, dapprima, conseguito un’attribuzione patrimoniale, confidando sulla spettanza della stessa, e sia poi stato esposto ad un’azione di ripetizione da parte del *solvens*: e non è, dunque, necessario prendere posizione sul problema se questa ipotesi possa essere ricondotta al modello ricostruttivo della responsabilità da contatto sociale qualificato, oggetto – com’è noto – negli ultimi anni di critiche dottrinali condotte da diversi angoli visuali¹⁸, ma che appare ancora largamente utilizzato in giurisprudenza. La sentenza della Corte Costituzionale si limita, infatti – e non aveva ragione di approfondire ulteriormente il discorso sul punto – ad individuare nella responsabilità da affidamen-

¹⁵ Accanto al richiamo di Cass., 10.01.2003, n. 157, in *Danno e resp.*, 2003, 477 con nota di CONTI; di Cass., 1.12.2010, n. 24382; di Cass., 21.11.2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, 2662 con nota di RENNA SPEZZATI; di Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Corr. Giur.*, 2016, 56, con nota di AGNELLO.

¹⁶ In questo caso, il riferimento è ovviamente a Cass., 12.7.2016, n. 14188, in *Corr. Giur.*, 2016, 1504, con nota di CICERO; in *Giur. it.*, 2016, 2565, con nota di DI MAJO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1451 con nota di IULIANI. Sulla sentenza da ultimo richiamata ci si permetta anche il rinvio al nostro scritto *Verso il definitivo accreditamento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1515 ss., dove si illustrano anche i termini del precedente dibattito dottrinale e giurisprudenziale in argomento.

¹⁷ E’ quanto si legge nel § 33.2. dell’ordinanza.

¹⁸ Ci si permetta il rinvio, sul punto, al nostro *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1160 ss.

to deluso un rimedio che, in coerenza con le indicazioni impartite dalla giurisprudenza della Corte EDU, è in grado di escludere la non proporzionalità dell'interferenza che derivi dall'esperimento della pretesa restitutoria: responsabilità risarcitoria che potrebbe concretamente ricollegarsi, ad esempio, alla circostanza che l'*accipiens*, confidando sulla definitiva acquisizione al suo patrimonio della somma che gli è stata indebitamente erogata, abbia assunto obbligazioni nei confronti di un terzo, rispetto al *solvens*, venendo così costretto a contrarre un prestito a condizioni di particolare onerosità per fare fronte, successivamente, alla inaspettata pretesa restitutoria.

E' possibile invece ipotizzare alcune ricadute a livello di sistema della sentenza della Corte Costituzionale, tali da spingersi anche al di là degli ambiti normativi del diritto del lavoro e della previdenza sociale all'interno dei quali la questione di legittimità costituzionale è sorta: ed infatti è probabile che l'accreditamento del rimedio della responsabilità da affidamento deluso, nel contesto problematico affrontato dalla decisione della Corte, rafforzi ulteriormente gli indirizzi, rammentati da quest'ultima, che ad un modello analogo fanno ricorso in ipotesi di responsabilità della Pubblica Amministrazione, derivanti da un comportamento contraddittorio della medesima, tale da deludere appunto l'affidamento di un privato che, confidando invece nella correttezza di condotta dell'Amministrazione stessa, abbia conformato la propria attività¹⁹ ovvero in casi di responsabilità da affidamento riposto in informazioni somministrate da soggetti qualificati di particolare professionalità²⁰.

4. b) Il giudizio di inesigibilità della prestazione

Nell'impostazione della sentenza della Corte Costituzionale, sulla quale ci stiamo soffermando in questa sede, l'affidamento, che sia stato determinato dall'erogazione della prestazione indebita, costituisce lo sfondo sul quale si colloca il giudizio di inesigibilità

¹⁹ La sentenza menziona, al riguardo, Cass. S.U. 15.01.2021 n. 615, che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario circa la domanda di risarcimento del danno lamentato da un'impresa "per il comportamento complessivo tenuto dal Ministero nella fase propedeutica alla richiesta di ammissione alla CIGS e alla valutazione della richiesta stessa", richiamando esplicitamente Cass. S.U. 8236/2020, cit. e Cass., S.U., 13.05.2019, n. 12635, in tema di responsabilità del Ministero della Salute per avere, con il proprio comportamento ambiguo e contraddittorio, ingenerato l'affidamento in un istituto di credito circa l'erogazione ad un Ente ospedaliero di finanziamenti che, ove in effetti erogati, avrebbero consentito l'estinzione del debito tra il predetto ente e l'istituto di credito

²⁰ Al riguardo, è richiamata Cass., ord. 9.12.2019, n. 32026 (ma forse non del tutto propriamente, posto che in quel caso si trattava di un mero *obiter*, peraltro riferito ad un'ipotesi di *patronage* debole) e Cass., 28.2.2012, n. 3003 (in questo caso, era stata annullata la sentenza d'appello, recante condanna al risarcimento del danno da false informazioni in tesi somministrate da un terzo rispetto al contratto - ipotesi che la sentenza di Cassazione riconduce, astrattamente, ad un caso di responsabilità extracontrattuale - sotto il profilo della carenza di accertamento, e di motivazione, circa i presupposti dell'illecito aquiliano).

della prestazione. Anche da questo punto di vista, l'importanza della decisione, a livello di impatto sul sistema del diritto dei contratti, è evidente.

Risulta, infatti, accreditata, in questo modo, al massimo livello di autorevolezza, che è proprio delle decisioni della Consulta, una tecnica argomentativa e decisoria che, ancorché oggetto, da tempo, di elaborazioni dottrinali particolarmente raffinate²¹, non aveva sempre trovato applicazioni univoche e persuasive sul piano dell'elaborazione giurisprudenziale: e questo già per la difficoltà di individuare, nei singoli casi, in termini sufficientemente suscettibili di generalizzazione, e dunque tali da condurre a decisioni dotate di un grado accettabile di prevedibilità, le circostanze idonee a fondare il giudizio di inesigibilità della prestazione. La stessa recentissima casistica²² relativa all'incidenza della Pandemia Covid-19, e delle misure normative adottate per fronteggiarla²³, sull'esecuzione delle prestazioni dovute in relazione a rapporti contrattuali di durata in corso, che erano stati variamente investiti dalla situazione d'emergenza sanitaria, non aveva rappresentato, da questo punto di vista, un reale progresso, probabilmente perché troppo influenzata dalla peculiarità delle vicende nelle quali era emerso il contenzioso.

Si è già osservato da principio che la sentenza della Corte Costituzionale individua senz'altro all'interno del codice civile, nella regola di correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio, il referente normativo del giudizio di inesigibilità della prestazione; ed offre anche una ricostruzione accurata, e del tutto condivisibile, del modo di operare del medesimo. Infatti, e come pure si è già accennato, l'inesigibilità, secondo l'impostazione della Corte, non colpirebbe la fonte stessa dell'obbligazione, operando solo come causa esimente del debitore quando "l'esercizio della pretesa creditoria, entrando

²¹ Si pensi, per cominciare, a MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti*, cit., II, 334 ss.; assai più di recente, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 447 ss.; GAMBINO, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2015, 560 ss.; NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, 2021, 42 ss.

²² La materia ha formato oggetto di numerosissimi interventi dottrinali, spesso nella forma di commento alle pronunce dei giudici di merito. Si vedano, per qualche essenziale ragguaglio, ed in luogo di molti altri, MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, 82 ss. CARNEVALI, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *I Contratti*, 2021, 145 ss.; FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 3; di NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in EAD. (a cura di), *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19 (seminario del curriculum di Diritto privato e comparato, Diritto del lavoro e Tradizione giuridica europea del Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa)*, Pisa, 2021, 9 ss.

²³ Evocata da VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 185 ss., quale possibile ambito di utilizzazione di questa tecnica argomentativa. Lo stesso A. si sofferma peraltro, ed in prevalenza, nello scritto citato sulla possibilità, che appare invece assai discutibile, di risolvere attraverso il giudizio di inesigibilità della prestazione i problemi di solito evocati attraverso il richiamo all'istituto della Verwirkung, sullo sfondo di un ben noto, ed assai recente, precedente della Suprema Corte; su quest'ultima questione, ci si permetta il rinvio al nostro, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1186 ss.

in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto”; e potrebbe declinarsi, poi, secondo modalità operative diverse, tali ora da giustificare un ritardo nell’adempimento, ora da rendere definitivamente giustificato un adempimento parziale “che solo in casi limite potrebbe approssimarsi alla totalità dell’importo dovuto”.

Dal canto suo, la messa a fuoco – nel solco della giurisprudenza della Corte EDU – delle circostanze di fatto che il giudice della singola vicenda controversa deve considerare per poter svolgere con esiti affermativi il giudizio di inesigibilità della prestazione è sufficiente a scansare il rischio di una dilatazione dello stesso e, dunque, di una casistica giurisprudenziale che, dietro lo schermo della regola di correttezza nell’attuazione del rapporto obbligatorio, finisca per riscrivere in termini imprevedibili il contenuto precettivo dello stesso.

Si tratta, dunque, di un’impostazione che appare ben lontana da quella che era stata descritta e criticata, ancora pochi anni orsono, nei termini del “dilagare di un modello argomentativo in cui il giudice attinge direttamente la soluzione del caso concreto dalla dimensione dei principi, quasi disinteressandosi della mediazione delle regole, così condannate ad un progressivo deperimento”, tale da risolversi in un’autentica egemonia dei principi “insidiosa perché vestita di pretese moralizzanti, aggravata da un uso disinvolto e grossolano degli stessi (che) incide negativamente sul tasso di prevedibilità delle decisioni e disvela una deriva che – magari sotto le mentite spoglie della giustizia contrattuale – nasconde lo spettro dell’arbitrio del giudice”²⁴.

D’altra parte, e sempre nella prospettiva dell’impatto sistematico, sul punto, della decisione della Corte, va sottolineato ancora una volta che la stessa nasce all’interno di contesti normativi – il diritto del lavoro ed il diritto della previdenza sociale – che sono fortemente impregnati dall’esigenza di tutela della persona del lavoratore e delle sue esigenze di mantenimento e, appunto, previdenziali. Ciò sullo sfondo di principi costituzionali, quale in particolare quello racchiuso nell’art. 38 Cost., che – a conferma dell’impostazione metodologica della sentenza, già verificata nell’assenza del richiamo all’art. 2 Cost. come ipotetico fondamento, sul piano costituzionale, della clausola generale di buona fede – trovano spazio in maniera molto sobria nella motivazione della decisione²⁵, ma che probabilmente sono destinati a riemergere quale spiegazione dell’attribuzione

²⁴ Cfr. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 58. Pure D’AMICO, *Principi, clausole generali etc.* cit., 125, enfatizza la circostanza che “la Corte invita il giudice comune a compiere una lettura ‘sistematica’ della legislazione ordinaria, non limitandosi alla sola disposizione dell’art. 2033 c.c. (che, di per sé, disciplina soltanto l’obbligazione restitutoria), bensì estendendo la propria considerazione anche alle altre regole e principi del diritto generale delle obbligazioni, primo fra tutti il principio di correttezza e buona fede enunciato nell’art. 1175 c.c. (ma anche il principio di tutela degli ‘affidamenti legittimi’, desumibile da altre norme – sempre del codice civile – come l’art. 1337 c.c.)”.

²⁵ In particolare, l’art. 38 Cost. viene menzionato solo al § 10.1, come *ratio* ispiratrice di fondo delle norme speciali, che escludono senz’altro, in alcuni casi, la ripetibilità delle prestazioni previdenziali indebitamente erogate e sono, dunque, estranee al giudizio di legittimità costituzionale.

di rilevanza, al fine di graduare l'esigibilità della prestazione, a circostanze di fatto che, in altri ambiti normativi, risulterebbero quanto meno opache. Si pensi, ad esempio, alla valutazione che, secondo le indicazioni impartite dalla Corte, il giudice ordinario sarà chiamato ad operare circa la misura della rateazione ovvero in ordine alla possibilità di considerare giustificato anche un adempimento parziale di minima entità rispetto all'importo del debito restitutorio.

Da questo punto di vista, dunque, i principi affermati dalla sentenza della Corte Costituzionale – ed è del resto anche per questo che osservavamo in esordio che la stessa è destinata a restare ancora per molto tempo al centro del dibattito dottrinale – non si prestano ad essere senz'altro esportati in quello che, in contrapposizione ai diritti secondi, del lavoro e della previdenza sociale, potremmo definire il diritto civile generale. Al contrario, l'eventuale estensione a quest'ultimo ambito degli stessi richiederà un lavoro di analisi ancora molto lungo ed accurato delle caratteristiche dei differenti plessi normativi al fine di verificare – naturalmente anche nel solco delle indicazioni di volta in volta eventualmente provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU o di altri indici di valori da prendere in considerazione – la rilevabilità, pure all'interno dei diversi ambiti, di situazioni in grado, in ipotesi, di modulare il giudizio di ripetibilità di prestazioni indebite, respingendo le pretese che possano dirsi, nei singoli casi, inesigibili perché tali da risolversi in un abuso del diritto.

ABSTRACT

La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2023 del 27 gennaio 2023, decidendo una questione di legittimità sorta nei settori normativi del diritto del lavoro e del diritto della previdenza sociale, sviluppa argomentazioni di particolare rilievo sistematico in tema di affidamento e di responsabilità da violazione del medesimo, proponendo anche un'utilizzazione potenzialmente suscettibile di interessanti sviluppi futuri della teoria dell'inesigibilità della prestazione.

The Constitutional Court's judgment No. 8/2023 of 27 January 2023, deciding a question of legitimacy arising in the regulatory fields of labour law and social security law, develops arguments of particular systematic importance on the subject of reliance and liability for breach thereof; also proposing a use potentially susceptible to interesting future developments of the theory of the non-receivability of performance.



Il mestiere del giudice e il diritto *incordato* di verità



Roberto Giovanni Conti*

L'esperienza della curatela del libro dedicato a Leonardo Sciascia è stata davvero ricca di frutti fecondi che siamo andati cogliendo da qualche mese a questa parte, superata la fase critica dell'emergenza da Covid 19, soprattutto in occasione della presentazione del volume presso la Fondazione Sciascia, che può definirsi la cornice più prestigiosa, si conferma assai prodiga.

Essa mi ha da un lato fortemente arricchito per diversi motivi.

Mi ha "aperto le porte" ad uno scrittore ed intellettuale siciliano che mal conoscevo. Per altro verso, ha radicato un rapporto con Luigi Cavallaro destinato ad occupare un posto rilevante per la mia vita personale e professionale, per di più arricchito da un'altra figura altrettanto importante per Luigi, quella di suo padre, che mi è sembrata essere assai presente – nell'inconscio di Luigi e forse anche nel mio – e costante in questi anni anche nei nostri concistori telefonici, romani e racalmutesi e sempre più impreziosita dai contatti recentissimi che mi hanno dato il privilegio di riceverne una stretta di mano insieme ad amabili, bontà sua, conversazioni cariche di ricordi personali e di vita.

Questa stessa esperienza ha poi alimentato l'affetto e la riconoscenza per mio padre, per onorarne la memoria, avvocato civilista e amante delle buone letture tra le quali, appunto, Sciascia. Ed il fatto che l'Ordine degli Avvocati di Agrigento e la sua Presidente abbiano pensato ad una presentazione nella sede della Fondazione Sciascia a Racalmuto è motivo di autentico orgoglio per chi ha parimenti esercitato, sia pur per un breve periodo, la professione di Avvocato in quello stesso foro.

* Il testo prende le mosse dagli interventi svolti alle presentazioni di *Diritto verità e giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di CAVALLARO e CONTI, Bari, 2021, tenutesi presso Palazzo Steri, sede del Rettorato dell'Università di Palermo, il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" il 14 giugno 2022, alla Fondazione Leonardo Sciascia di Racalmuto il giorno 1 settembre 2022, al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Messina il giorno 2 settembre 2022 e presso il Circolo dei Magistrati della Corte dei Conti in Roma il 9 febbraio 2023. Esso è destinato al volume *A proposito di Diritto verità giustizia*, a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Agrigento, di prossima pubblicazione per i tipi di Sarcuto, Agrigento.

La fonte di innesco di questa esperienza sciasciana fu data dallo scorgere nella libreria di mio padre, nell'abitazione in cui crebbi, in un pomeriggio domenicale di oltre tre anni fa, il più nascosto e meno visibile dei volumetti di Sciascia, *Il contesto*. Cominciando a leggerlo mi passarono davanti figure descritte in modo straordinario, tra l'altro le mani del giudice Azar, ‘...*mani scarne, incordate di arterie, maculate come pietre di lichene...*’.

Mi colpì moltissimo questo aggettivo, *incordate*, a me fino a quel momento sconosciuto nel significato che Sciascia gli attribuiva, parlando delle mani del giudice Azar. Mi sembrò allora che quell'immagine della mano del giudice fosse letteralmente uscita dal libro, materializzandosi in tutta la sua vitalità matura, invecchiata, ingiallita. Ma non avevo ancora letto il molto di Sciascia, come invece feci quando l'idea del libro che oggi presentiamo si materializzò.

Qualche tempo dopo avevo trovato conferma di quella ricercatezza dell'Autore nella scelta delle parole allorché, intervistato da Ambroise, Sciascia dichiarava: “*Sì, la parola: la singola parola che suggerisce, suggestiona, si apre come un ventaglio, dispiega immagini*”.

Ora, è proprio muovendo dall'aggettivo *incordato* che proverò ad offrire qualche riflessione fugace sul senso della parola, del linguaggio e dell'interpretazione, vestendo questa volta i panni a me leggermente più congeniali del giudice piuttosto che quelli, assolutamente occasionali, di curatore del volume sciasciano.

Ma sento forte la necessità e la voglia, anche per la presenza del Primo Presidente Curzio che siciliano non è, di soffermarmi qualche istante sulla Sicilia e sulla sicilianità che spero non appaia autocelebrativa, ma semplicemente descrittiva di un sapore di Sicilia che a Luigi ed a me è piaciuto tenere stretto nella consapevolezza che Sciascia visse la *sicilitudine*, la incarnò e la rappresentò come pochi altri, da quella sicilitudine derivando l'*in sé* delle sue opere d'ingegno in continua ricerca, in continuo dissidio con se stesso e con il mondo.

Una sicilianità che ritroviamo in “*Sicilia e sicilitudine*” – *La Corda pazza, Opere 1956-1971* – quando Sciascia parla di una Sicilia “difficile da capire non soltanto nella *natura* dei suoi abitanti, contraddittoria ed estrema, ma anche nei suoi istituti giuridici” ricordando le parole di Pirandello:

I siciliani quasi tutti hanno un'istintiva paura della vita, per cui si chiudono in sé, appartati, contenti del poco, purché dia loro sicurezza. Avvertono con diffidenza il contrasto fra il loro animo chiuso e la natura intorno aperta, chiara di sole e più si chiudono in sé, perché di questo aperto, che da ogni parte è il mare che li isola, cioè che li taglia fuori e li fa soli, diffidano, e ognuno è e si fa isola da sé, e da sé si gode ...la sua poca gioia; da sé, taciturno, senza cercare conforti, si soffre il suo dolore, spesso disperato. Ma ci sono quelli che evadono.

Quegli *evasori* sui quali tornerà Sciascia in *La Lombardia siciliana*, ripercorrendo *Le città del mondo* di Vittorini e descrivendo appunto l'epopea di quei *siciliani migliori* che “... non partecipano di quella che Lampedusa chiama la *follia siciliana* (la follia di credere la Sicilia perfetta e se stessi portatori di un modo di vita impareggiabile)” e tentano di risolvere quella profonda e drammatica contraddizione del “*nec tecum ne sine tecum te vivere possum*”.

Una sicilianità che Gesualdo Bufalino non mancherà di tratteggiare in modo splendido mentre Sciascia è ancora vivo, ne *L'isola plurale*, in *Cere perse* (Aprile 1985):

Vi è la Sicilia verde del carrubbo, quella bianca delle saline, quella gialla dello zolfo, quella bionda del miele, quella purpurea della lava. Vi è una Sicilia "babba", cioè mite, fino a sembrare stupida; una Sicilia "sperta", cioè furba, dedita alle più utilitarie pratiche della violenza e della frode. Vi è una Sicilia pigra, una frenetica; una che si estenua nell'angoscia della roba, una che recita la vita come un copione di carnevale; una, infine, che si sporge da un crinale di vento in un accesso di abbagliato delirio.... Capire la Sicilia significa dunque per un siciliano capire se stesso, assolversi o condannarsi. Ma significa, insieme, definire il dissidio fondamentale che ci travaglia, l'oscillazione fra claustrofobia e claustrofilia, fra odio e amor di clausura, secondo che ci tenti l'espatrio o ci lusinghi l'intimità di una tana, la seduzione di vivere la vita con un vizio solitario. Ogni siciliano è, di fatti, una irripetibile ambiguità psicologica e morale.

Sicilitudine, d'altra parte, che sempre Bufalino – in *Diceria dell'untore* – fa diventare "isolitudine": "Gli isolani sono spinti a farsi isole dentro l'isola e a chiudere dall'interno la porta della propria solitudine, che vorrei con vocabolo inesistente definire 'isolitudine', con ciò intendendo il trasporto di complice sudditanza che avvince al suo scoglio ogni naufrago". La genesi di questo termine da lui "inventato" ce la darà lo stesso Bufalino qualche tempo dopo:

Ho inventato una parolina: isolitudine. Isola e solitudine insieme. Da questo siamo dominati, noi siciliani: da una parte ci sentiamo assicurati dal mare che ci avvolge come un ventre materno, dall'altra amputati di ciò da cui siamo esclusi. Presi da un sentimento insieme di claustrofilia e di claustrofobia."

E ancora Matteo Collura – *L'isola senza ponte*, 2007, Milano, 19 – ritornerà sull'isolitudine: *...E perciò all'esser soli, alla "isolitudine", corrisponde l'eccessiva ospitalità, così celebre nei siciliani, oppure, all'opposto, l'ombroso, claustrofobico rifiuto d'ogni contatto e colloquio* – G. Bufalino, "Io contro Stupidania", in *Corriere della Sera*, 16 giugno 1996.

Ora, a me pare davvero che è il ragionare, l'argomentare, il riflettere che sono in Sciascia e in scrittori come Consolo, Bufalino per non dire di Pirandello, Brancati, Camilleri e Savatteri a rappresentare il modello ideale di siciliano, di studioso e di giurista. Questa medesima particolare sensibilità che Sciascia possiede, forse, per essere siciliano, *paesano* e viaggiatore *nel* continente e *nell'*Europa.

Vorrei a questo punto tornare al linguaggio, all'aggettivo *incordato* usato da Sciascia ne *Il contesto* e al senso che l'autore intendeva rappresentare.

Qual era il senso, quale il significato, quale l'interpretazione?

Ma cos'è l'interpretazione per un letterato, per uno scrittore e cos'è per un giurista?

Credo che l'uso di quell'aggettivo sia stato ispirato dal *contesto* nel quale Sciascia e questa sensazione è oggi rafforzata dai fatti, dopo avere ammirato proprio in Fondazione Sciascia alcune delle foto che ritraggono lo scrittore nei suoi luoghi di abituale frequentazione e dopo avere sentito il profumo di Contrada Noce per la prima volta. Un profumo

che grazie a Luigi siamo riusciti a sentire, sedendoci sulla terrazza dove proprio Sciascia si era più volte intrattenuto ed ascoltando le sue parole dedicate a quel contesto – in *Contrada Noce*, pubblicato nella serie “Le più belle vacanze, in *Esso Rivista*, marzo-aprile 1964.

Un contesto, dunque, rappresentato dal circolo che lui frequentava, degli incontri con gente del posto e del “continente”, incontri nei quali le mani, spesso abbarbicate sui bastoni di chi lo ascoltava incurvato sulle sedie, come ci diceva Luigi, furono immagino più volte scrutate, comprese, vissute da Sciascia. Mani di agricoltori, di “panarari” che intrecciavano i “panari”, ma anche mani di letterati, mani di giovani e mani di persone, di giudici avanti con gli anni, per le quali l’epidermide si andava progressivamente asciugando, come quella del giudice Azar, lasciando il passo ai flussi sanguigni che avvolgevano, appunto incordavano le mani, quasi vaticinatrici di un tempo che va, che sta andando e non può tornare indietro.

Ora, in quell’uso di quell’aggettivo c’è, credo, tutto quello che un uomo può e deve fare nella sua vita, sia egli giudice, letterato, studioso, scienziato. Ricercare il mondo, ascoltarlo e guardarlo per come esso è e per quello che ha dentro, senza fermarsi alla mera apparenza. Una ricerca che, a volte, può anche assumere i tratti dell’invenzione, ma che non è altro se non uno scoprire, un ritrovare, un cercare nel mondo e nei fatti quello che essi rappresentano volta per volta. Insomma, è forse vero, come ricorda Don Massimo Naro, che la verità è interpretazione, è ermeneutica, è scavo – M. Naro, *La verità nel suo rovescio*, in *L'altra parola. Riscritture bibliche e questioni radicali*, Roma, 2022 203 –.

Ecco, ora, che per una serie inestricabile di rinvii e rimandi, salto sulla e ritorno alla curatela a quattro mani del libro che oggi si presenta.

Più volte mi chiesi il perché del coinvolgimento mio in questa *cosa*. E varie risposte mi sono dato. Una è quella che ha il sopravvento. Quella che Luigi Cavallaro avesse necessità di non apparire solo. Il che potrebbe avere già diversi significati e diverse interpretazioni. La mia è che quel non voler essere solo rappresentasse per Luigi la necessità di una idea di pluralità, di diversità, di complessità che, proprio rappresentata dai due curatori, trovasse eco nelle diverse letture che delle varie opere selezionate di Sciascia avrebbero offerto gli autori del libro.

Un’idea nella quale mi ritrovo e che, per quel nulla che vale, credo sia il sale del futuro della scienza giuridica e della giurisprudenza.

L’idea che, in definitiva, anche quando ci si accapiglia sul modo di intendere il concetto di interpretazione “nel diritto” – e con Luigi non abbiamo idee convergenti sul tema, al punto che a me piace dire che esse non divergono ma tendono ad essere parallele –, che certamente non è sovrapponibile a quella che caratterizza altre e diverse “arti” del pensiero umano, come pure ci ricorda Giorgio Pino nel suo importantissimo e recente studio su tale tema, è un farsi che muove dal testo della legge per adeguarlo al caso, renderlo utile, proficuo, efficace, efficiente rispetto alla vicenda che ne rende necessaria l’applicazione. Un’attività di applicazione della disposizione che si fa norma rispetto al caso e che non può avvenire senza il giudice, allo stesso tempo custode del testo e garante del significato che esso assume rispetto al caso, nel contesto in cui opera e senza mai dismettere l’idea che la disposizione e poi la norma vivono nel sistema nel quale campeggia

la persona umana ed i valori fondamentali che esso incarna. Valori che non possono trovare fondamento e posto nel singolo foro interno del giudice, ma che stanno al di sopra del singolo operatore di giustizia e che attendono di essere considerati nell'applicazione concreta della legge.

Ma dicevo che questa è la mia personale posizione e può non essere condivisa, né del resto Luigi Cavallaro, come tantissimi altri, la condivide.

Anzi, è ormai noto che per coniugare le poche paginette a quattro mani che fanno da prologo a *Diritto verità giustizia* abbiamo più volte dovuto ricorrere all'arbitraggio di Piero Curzio, entrambi evidentemente non pienamente consapevoli della leggerezza dei nostri *litigi* e dell'autorevolezza del nostro interlocutore, fortunatamente incline al perdono, quasi in veste paterna.

Ma è proprio la volontà di essere due in uno e dunque di voler conciliare posizioni a volte tra loro inconciliabili ad avere arricchito noi curatori e, si spera, anche i lettori.

Ecco perché occorre ancora una volta attingere a Sciascia quando ci ricorda che la verità rispetto a due posizioni divaricate *“sta tra le due tesi: che bisogna serenamente confrontare e contemperare, invece che metterle in sterile opposizione e polemica”* – cito testualmente ancora, e non a caso da *“Sicilia e sicilitudine”* –.

Insomma siamo ciascuno, con il nostro bagaglio culturale e professionale, reso unico, straordinariamente unico, da ciò che ognuno di noi ha nel cuore e nella ragione, *costruttori di verità*. L'essere consapevoli di non essere custodi unici di verità aiuta tutti, aiuta noi stessi e produce frutti fecondi. Al punto che quelle strade parallele di cui parlavo, anche se cartesianamente destinate a non incontrarsi mai, devono tra loro intreciarsi nel ragionamento, rimanere unite, avvolgersi l'una con l'altra, alimentarsi incessantemente senza alterigia o intento di sopraffazione dell'una sull'altra per poi produrre una sintesi che nascerà per effetto del sistema, delle regole che esso ha nel e fuori dal processo, un risultato che possa risultare il più appagante, il più accomodante per i beni e gli interessi in gioco.

Ancora una volta è Sciascia – insieme a Pirandello – a lumeggiare questa prospettiva, come ricorda Don Massimo Naro: *“...Sentire i contrari significa invece oltrepassare l'apparenza fenomenica in cui essi si lasciano avvertire, penetrare nel loro più intimo orizzonte e, al contempo, interiorizzarli entrambi in sé: per scoprire che essi non sono semplicemente inappellabilmente contrapposti, bensì polarmente posti. La loro polarità, seppur li oppone, li fa anche esistere in reciproco riferimento. I contrari, polarmente sentiti, sono l'uno dell'altro, l'uno per l'altro. A tal punto che, escludendosi, essi cessano di essere. I poli sono tali – anzi, assolutamente: sono – in quanto si esigono a vicenda.”* – M. Naro, *La verità nel suo rovescio, L'altra parola: Riscritture bibliche e questioni radicali*, Roma, 2022, 224 –.

Chiudo con un riferimento al mio lavoro di componente, ormai a scadere, delle sezioni unite civili della Cassazione, a me pare confermativo di quanto appena detto.

Mi è capitato di redire delle sentenze nelle quali i principi di diritto espressi sono stati di segno contrario a quelli che, da relatore, avevo proposto al Primo Presidente ed al collegio delle S.U. Stesa la motivazione è capitato di raccogliere i *rumors* dei colleghi, alcuni dei quali non nascondevano il loro compiacimento per la soluzione adottata e per

l'apparato motivazionale utilizzato, mentre altri non mostravano, per così dire eufemisticamente, di essere dello stesso avviso.

Ora, se dovessimo sposare la logica dei vincitori e dei vinti e della verità processuale "unica" dovremmo dire che nei casi appena ricordati ha perso la tesi (la verità-non verità) del relatore ed ha vinto quella della maggioranza delle Sezioni Unite.

Eppure a me pare che questa sia logica profondamente errata quando discutiamo di giustizia e di sentenze. Ora vi chiedo e mi chiedo: ma quella verità introiettata nel giudicato reso in funzione nomofilattica poteva mai venire fuori per come è maturata senza i vari passaggi, la tesi di minoranza, la assai scomoda posizione del relatore messo in minoranza e alle corde al cospetto del "giudizio" dei colleghi e della motivazione da stendere?

Credo fermamente che la verità "finale" non poteva realizzarsi nella sua pienezza senza i contributi, parimenti indispensabili, di chi credeva in un'altra verità ed ha contribuito alla ricerca, alla "invenzione" della verità poi espressa nella decisione finale. Una verità che, pur forte del giudicato reso con l'autorevolezza delle Sezioni Unite che la sorregge, potrebbe non essere quella finale e che si presta ad essere, in astratto, messa in discussione dai *seguiti* che la sentenza stessa produce nella dottrina e nella stessa giurisprudenza, non esistendo nel nostro ordinamento il principio della vincolatività della giurisprudenza per gli altri giudici, magari contestandone al punto il fondamento dal prospettare l'incostituzionalità della decisione o la contrarietà a parametri sovranazionali ed in tal modo invitando altre Corti a verificare il fondamento ultimo di quella verità coperta dalla pronunzia delle Sezioni Unite.

A me pare che questo tortuoso, complesso e a volte magmatico percorso, necessario al raggiungimento di una verità giudiziaria, debba essere salvaguardato dal più comodo convincimento che la complessità si elida erodendo o inaridendo gli strumenti impugnatori - che in realtà costituiscono garanzie costituzionali, alcune delle quali immodificabili ed anche da chi pensa che sia sufficiente che vi sia una verità più o meno conforme a giustizia, quale che essa sia. In tutto questo sento vivere Sciascia, il suo senso forte della ricerca, dello studio, della dolorosa ricerca della verità, insieme al valore massimo che egli dà alla persona ed alla sua dignità, più forte anche del giudicato se questo si fosse per avventura formato su false verità.

Ecco, in questo forse banale spaccato di vita giudiziaria vissuta a me pare ci sia parte del senso del *Diritto verità e giustizia* che ha rappresentato per me l'accostarsi da vicino a Sciascia, direttamente e per il tramite dei contributi che animano il volume, come anche di chi quel volume ha letto, recensito, commentato e su esso ha elaborato ulteriori riflessioni. Un senso complesso, plurale, poliedrico, si direbbe *polare* come scrive don Massimo Naro, nel quale ciascuno deve fare la sua parte con consapevolezza, coltivando massimamente le ragioni del dubbio senza tuttavia indietreggiare dal proprio ruolo.

Forse è davvero venuto il momento di chiedersi cosa c'è e cosa dovrebbe esserci nella valigetta del giurista secondo Sciascia, visto che è ricorrente la figura dell'avvocato, del giudice, dell'investigatore. A questo interrogativo ho provato a fornire nella mia testa una risposta in vista della presentazione messinese, arricchita da interventi ancora una

volta plurali, complessi, dicotomici e per questo in piena linea di continuità con la spina dorsale di *Diritto verità giustizia*.

Cosa c'è e cosa dovrebbe esserci per realizzare o avvicinarsi a quell'anelito di verità e giustizia che Sciascia individua solo per dimostrare che gli uomini hanno fallito, talvolta per incuria, talaltra per malanimo, talaltra ancora per terribile ponderazione e macchinazione di un ordito deliberatamente negazionista della verità giusta e quindi dei valori dell'uomo?

E dunque cosa occorre(rebbe) di più fare per soddisfare e saziare il palato fine di Sciascia? Quanto la ricerca della verità può essere realizzata con gli strumenti a disposizione del giurista di oggi, senza pregiudicare i valori fondamentali dell'uomo? Quanto la complessità che affatica oggi più che mai le giornate del giurista è dominata o quanto è invece vissuta con disappunto, con fastidio, con leggerezza? E quanto si è oggi disposti a cogliere le intime contraddizioni fra la *complessità* della società, delle regole, della proteiforme varietà delle fonti normative e giurisprudenziali, e la ricerca spasmodica di una verità, qualunque essa sia, purché espressa nell'atto conclusivo del processo, dell'indagine, della ricostruzione anche solo storica di un fatto?

Quando Sciascia insiste sul ragionamento che dovrebbe star dietro alla giustizia a quale diritto vivente egli pensa, a quello burocraticamente rassicurante e certo, geometrico, meccanico che dunque si agganca alla regola – *recte*, alla disposizione – figlio di quel *giuridicismo* di cui parla, sapientemente, Giovanni Fiandaca nella sua indagine a proposito di Sciascia e la giustizia - G. Fiandaca, *La giustizia secondo Leonardo Sciascia*, in *Todo Modo*, 2019, 160, ovvero pensa ad un diritto ragionato, pensato, complesso, variegato, capace di superare le derive formalistiche, la carta bollata e se vogliamo il testo normativo in nome della ricerca del contesto, per cogliere il quale è necessario attingere alla complessità delle fonti e degli orizzonti che l'interprete avrà il compito di unificare? Pensa al terribile Inquisitore di Diego La Matina, al Primo Presidente della Corte di Cassazione Riches de *Il contesto* – per il quale “che un imputato l'abbia commessa o no, per i giudici non ha mai avuto importanza” –, al Senato-persecutore della povera Caterina ne *La strega e il capitano* – al procuratore Giacosa o al giudice istruttore Mari de *I pugnalatori* ed all'acume, coraggio e pazienza che agli stessi era stato loro attribuito nel costruire l'accusa nei confronti del “notabile” Sant'Elia, al giudice Coras de *La sentenza memorabile*, al giudice a latere o ancora al Procuratore generale – attento alla salvaguardia della *carriera* – o al Presidente della Corte di assise rigoroso, imperscrutabile e pronto a scaricare silenziosamente il peso e la responsabilità della decisione sul suo a latere, il *piccolo giudice di Porte aperte*?

Viene agevole pensare che l'ideale di giudice al quale Sciascia sembra ispirarsi sia proprio quello che, pur nel rigoroso rispetto della legge cerca di ritrovare, di scoprire, di “inventare” il comando della legge che possa evitare l'irreparabile, l'ingiustizia, la violazione dei diritti dell'uomo. Solo in questo modo chi pratica la giustizia può dire di esercitare degnamente il “mestiere del giudice”.

Quel *mestiere di giudice* che, appunto, il protagonista di *Porte aperte* dichiara di non avere più interesse alcuno a svolgere dopo il suo trasferimento in una piccola pretura di provincia all'indomani del verdetto che aveva escluso la condanna a morte dell'imputato.

Cosa c'è dietro questa ricerca di disvelare la verità non di comodo se non l'attenzione, che pure il giurista dovrebbe coltivare a scavare nel fondo delle vicende poste al suo vaglio per opporsi all'ingiustizia e, anzi, per estirparla, in modo da dare e ridare all'uomo la sua dignità? E quanto questo non rende ancora più attuale Sciascia in un mondo del diritto sempre più votato e indirizzato verso la *postmodernità*, per dirla ancora con l'indimenticato Paolo Grossi, proprio per il caos normativo che costituisce la regola dell'essere giuristi del nostro tempo?

Quando il *piccolo giudice a latere* di *Porte aperte* studia l'articolo di dottrina sulla pena di morte reintrodotta dal codice Rocco, non ne condivide le ragioni e si sforza di trovare nella legge il rimedio all'ingiusta pena capitale, quel giudice cosa fa se non esercitare il suo ruolo di interprete del diritto, di vivificatore del comando legislativo, di lettore della legge alla ricerca del suo senso conforme ai diritti fondamentali.

E questo vuol forse suggerire un ossequio formale e cieco alla legge – quello al quale avrebbe aspirato il Presidente della Corte di assise descritto sempre in *Porte aperte*, in soggezione rispetto al suo giudice *a latere* sul quale poi pavidamente scarica la responsabilità collegialmente assunta – o, piuttosto evocare nel giudice il dovere di coscienza critica, l'anima della legge, il cuore pulsante della disposizione che diventa norma nell'esercizio della sua concreta applicazione?

Non è, forse, che il giudice, a seguire il filo del pensiero sciasciano, possa ritenersi degno della funzione solo se attinga in profondità il senso della legge attraverso i plurimi canoni dell'interpretazione, proprio attraverso quell'attività di *invenzione* del diritto rispetto al fatto?

Proprio tutto questo in realtà sembra fare il *piccolo giudice* quando candidamente dichiara, ripercorrendo i passaggi della decisione:

“Sono convinto di aver fatto il mio dovere di uomo e di giudice; sono convinto di aver lavorato, tecnicamente, con gli argomenti giuridici, come meglio non si poteva”.

Dirà del resto Sciascia, a commento del suo lavoro: *mi è venuto di chiamarlo il piccolo giudice non perché fosse notevolmente piccolo di statura...il dirlo piccolo mi è parso ne misurasse la grandezza: per le cose tanto più forti di lui che aveva serenamente affrontato.*

E da qui, forse viene fuori per davvero il *mestiere del giudice*.

Un mestiere duro, difficile, oneroso e per il quale la riconosciuta indipendenza – anche economica – della funzione da ogni altro potere reclama livelli di professionalità e accortezza assai elevati, ai quali Sciascia sembra tenere in modo particolare.

Un giudice che Sciascia avrebbe voluto *“schivo e silenzioso com'era”* amando, nelle parole del Prof. Giovanni Tranchina pronunziate in occasione di un suo ricordo presso l'Università di Catania *“la giustizia schiva e silenziosa, non petulante, la giustizia che non fa spettacolo, la giustizia piena di pudore, la giustizia che alberga nell'animo di tanti anonimi giudici, tanti «piccoli giudici» che ogni giorno, nella sofferenza e nell'angoscia, soli con la propria coscienza, decidono della sorte dei loro simili”* – G. Tranchina, *Leonardo Sciascia: e quanto parleremo di giustizia «ce ne ricorderemo, di questo pianeta»?*, Relazione svolta, il 17 novembre 1994, nell'Aula magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, in occasione del Convegno su «La giustizia nella letteratura e nello spettacolo siciliani tra '800 e '900, da Verga a Sciascia, in *Quando parleremo di giustizia*, Palermo, 2010, 19.

Una qualità probabilmente il giudice deve avere: *“il candore: mettersi di fronte ad un caso candidamente, senza prevenzioni, senza riserve”*. Con queste parole Sciascia tratteggiava la figura di Cesare Terranova, ricordando che *“aveva lo sguardo di un bambino”*. Ma quel magistrato doveva essere anche *d’eccezionale intelligenza, dottrina e sagacia non solo ma anche – e soprattutto – di eccezionale sensibilità e di netta e intemerata coscienza*. – L. Sciascia, *Per la responsabilità dei magistrati*, in *Corriere della sera*, 7 agosto 1983, poi in *A futura memoria, (se la memoria ha un futuro)*, Milano, 1989,74 – capace di esercitare quella *funzione tenendo conto dell’opinione pubblica, ma nemmeno non tenendo conto*.

Difficile, dunque rappresentare la verità di Sciascia intorno alla giustizia ed al giudicare. Verrebbe da dire, prendendo a prestito la celebre novella di Pirandello, *una nessuna e centomila verità*.

Qui è sufficiente rappresentare pubblicamente un ringraziamento forte alle opere sciasciane che mi hanno dapprima fatto sognare di essere un piccolo giudice consentendomi poi di essere, forse, un giudice normale, più consapevole del suo ruolo e della sua complessità e difficoltà

Non resta, allora, che affidarsi alle parole di Leonardo Sciascia, sperando di esserne quanto più degni:

Ne viene il problema che un tale potere – il potere di giudicare i propri simili – non può e non deve essere vissuto come potere. Per quanto possa apparire paradossale, la scelta della professione di giudicare dovrebbe avere radice nella repugnanza a giudicare, nel precetto di non giudicare; dovrebbe cioè consistere nell’accedere al giudicare come ad una dolorosa necessità, nell’assumere il giudicare come un continuo sacrificarsi all’inquietudine, al dubbio.” ...*E l’innegabile crisi in cui versa in Italia l’amministrazione della giustizia... deriva principalmente dal fatto che una parte della magistratura non riesce a introvertire il potere che le è assegnato, ad assumerlo come dramma, a dibatterlo ciascuno nella propria coscienza, ma tende piuttosto ad estravertirlo, ad esteriorizzarlo, a darne manifestazioni che sfiorano, o addirittura attuano, l’arbitrio”* – L. Sciascia, *La dolorosa necessità del giudicare* – pubblicato su *Il giornale*, anno I, n. 12, dicembre, 1986, pp. 9-210), ora in *Appendice a Diritto verità giustizia*, 153.



Verità e Giustizia omaggio al Diritto

Vincenzo Cuffaro



Invitato a condividere le suggestioni che nascono dalla lettura dei testi raccolti dalla intelligente e felice intuizione dei due curatori come ‘omaggio a Leonardo Sciascia’ ho pensato che sarebbe stato presuntuoso, ma prima ancora noioso, provare a ripercorrere i raffinati itinerari di lettura proposti nei vari saggi che compongono il volume, in ciascuno dei quali si instaura, muovendo dalla trama dei racconti, una sorta di dialogo personale con Sciascia e si mette a fuoco, con diverse sensibilità, il senso di giustizia che ne permea le pagine.

Ho allora tentato di seguire un itinerario in parte diverso e in qualche modo personale, sollecitato dalle tre parole diritto verità giustizia che danno titolo alla raccolta dei testi.

Nel titolo le tre parole non sono separate dalla virgola e non credo si tratti di una carenza grammaticale ma di una scelta precisa, là dove la giustapposizione sintattica dei tre lemmi, ciascuno dei quali è portatore di autonomo significato, esprime plasticamente l’idea della loro necessaria interrelazione, in quanto ciascuno non può essere inteso senza l’altro, essendo l’uno all’altro correlato.

Diritto verità giustizia sono parole nette, dense di significato, parole impegnative, alle quali i giuristi hanno dedicato innumerevoli pagine; parole che ricorrono costantemente nelle diverse analisi svolte nei saggi che compongono il volume.

Tali parole ricorrono anche in un altro breve testo di Sciascia, il racconto ‘*Dalla parte degli infedeli*’ cui sono particolarmente affezionato per i motivi personali che poi esporrò e che ne hanno reso più partecipe la lettura.

La narrazione non è frutto della fantasia dell’autore, bensì magistrale ricostruzione di una vicenda reale tratta dai documenti e dalla cronaca.

La vicenda è quella del vescovo di Patti, monsignor Ficarra, e della ‘persecuzione’ della quale è vittima per un non breve arco di tempo dell’immediato dopoguerra, dal 1948 al 1957, per indurlo ad abbandonare la diocesi; persecuzione determinata da un suo atteggiamento che gli esponenti locali e poi le autorità ecclesiastiche ritengono troppo tiepido nei confronti di forze politiche che si oppongono alla Democrazia Cristiana.

Nel racconto non vi è l’analisi del potere mafioso oppure del potere dello Stato come accade per altri scritti, ma cronaca di un altro potere, espressione di un altro ordinamento. Sì, la storia della quale Sciascia rende partecipi è storia del potere ecclesiastico, anzi

la storia di come la gerarchia ecclesiastica, nella persona del cardinale che sovrintende la Sacra congregazione concistoriale, esercita tale potere e di quali strumenti si avvale per raggiungere il risultato. È la cronaca di una vessazione condotta con lo stile proprio della Curia romana, affidato a documenti epistolari redatti con un linguaggio del quale l'acuta e affascinante analisi di Sciascia vale a disvelare il significato recondito, diretto ad ottenere l'abbandono volontario della diocesi.

Ma a tale vessazione monsignor Ficarra oppone un atteggiamento gandhiano di resistenza passiva e resiste per una ragione precisa: “se, così e semplicemente, gli avessero chiesto di dimettersi dalla diocesi di Patti, c'è da credere si sarebbe dimesso in silenziosa obbedienza”, mentre ha difficoltà ad accondiscendere alla richiesta formulata in modo indiretto e ciò in quanto monsignor Ficarra “crede ... nel Dio della verità, nel Dio della giustizia”.

Emergono così anche in queste pagine di Sciascia i due lemmi ‘verità’ e ‘giustizia’ che ricorrono nel titolo e nei saggi raccolti nel volume, legandosi così in un ideale *fil rouge* alle più acute analisi svolte nei singoli saggi; ‘verità’ e ‘giustizia’ – parole o meglio idee che nel ‘diritto’ dovrebbe trovare la propria sintesi – che forse appartengano all'animo isolano, come una sorta di reazione fisiologica alle prevaricazioni che la terra siciliana ha subito per secoli.

Sciascia espone una cronaca reale e scrive di persone reali che sono in diverso modo coinvolte nella vicenda di monsignor Ficarra. Tra queste, monsignor Peruzzo, vescovo di Agrigento, che “amichevole e spregiudicatamente” lo avverte: “Secondo il mio giudizio, la S. C. Concistoriale è venuta nella decisione di togliere l'Eccellenza Vostra da Patti. Non discuto le ragioni del provvedimento, constato solo il fatto”.

Passando dalla narrazione al dialogo con il lettore, Sciascia ricorda di avere conosciuto personalmente monsignor Peruzzo “lo ricordo, monsignor Peruzzo, nelle visite pastorali a Racalmuto, e specialmente in quella in cui mi diede la cresima”. Ecco, dando ora conto di quanto prima dicevo, è questo il legame personale al racconto perché anch'io, negli anni dell'infanzia, ho conosciuto monsignor Peruzzo in occasione della cresima e questa circostanza sin dalla prima lettura mi ha fatto sentire in qualche modo coinvolto nella narrazione.

Ma i ricordi chiamano i ricordi – del resto, proprio il racconto di Sciascia inaugurò nel 1979 la fortunata Collana intitolata appunto ‘La memoria’ – e quindi vorrei (continuare a) ricordare che ‘Verità’ e ‘Giustizia’ emergono prepotentemente dalla trama di un'altra storia, anch'essa reale come quella di monsignor Ficarra ed anch'essa riguardante un'altra persona che ho avuto la ventura di conoscere, in una vicenda, che forse avrebbe suscitato l'interesse di Sciascia, compendiate in un libro di assai limitata diffusione: ‘Un delitto giudiziario. Il caso Spanò’.

Il libro – che ha quale tragico antefatto un omicidio per rapina avvenuto in Sicilia nel 1945, del quale Antonino Spanò viene ritenuto responsabile e condannato all'ergastolo nel 1947 – è la cronaca di quanto accaduto vent'anni dopo (e non è un vezzo letterario: la sentenza di Corte d'Assise è del maggio 1947, l'istanza di revisione che riapre il processo è del luglio 1965), quando viene intrapresa una battaglia in carta bollata per denunciare l'errore giudiziario ed ottenere la revisione del processo sino al definitivo riconoscimento

to di innocenza. La narrazione di questa vicenda giudiziaria è affidata alla riproduzione degli atti del processo che recano la firma del difensore formale Tullio Trifilò ma che in effetti, come chiarito dallo stesso nelle pagine introduttive, sono opera di un 'difensore fantasma': Nino Damiano, un imprenditore che prende a cuore la tragedia dell'innocente e la conduce spinto dalla "amarezza di quanti amano la Giustizia e la Verità".

Ecco, nelle accorate 'arringhe', come vengono denominate nel libro gli scritti difensivi predisposti dal difensore fantasma, è ricorrente, verrebbe fatto di osservare quasi ossessivamente, il riferimento alla verità ed alla giustizia. Verità e giustizia sono infatti invocate con una certa dose di retorica a conclusione di ciascun atto e tuttavia, in un testo che non ha certo le preziosità stilistiche di Sciascia, restituiscono, a conferma di quanto prima osservato, l'immagine di quella sorta di propensione dello spirito propria dei siciliani.

La catena dei ricordi potrebbe fermarsi qui nel riferimento ad una vicenda di esclusiva rilevanza penale se non fosse che Nino Damiano è stato protagonista di altre due e ormai risalenti vicende giudiziarie, proprio in relazione alle quali ebbi occasione di conoscerlo personalmente, che hanno invece diretta attinenza con l'esperienza civilistica e che a chiusura del mio intervento mi sembra utile richiamare brevemente.

La prima vicenda giudiziaria concerne una questione in apparenza processuale in ordine alla motivazione dei lodi arbitrali resi da un organismo arbitrale estero ed al rilievo da assegnare alla Convenzione sull'arbitrato mercantile transnazionale ratificata in Italia dalla legge n. 418/1970 in relazione alla delibazione del lodo estero in esecuzione della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, anch'essa ratificata in Italia. La cassazione, nella sentenza 8 febbraio 1982, n. 722 (in *Foro it.* 1982, I, 2285) affronta e risolve la questione della delibabilità dando risalto non alla nazionalità dell'arbitro (cioè all'appartenenza di questo ad uno Stato che non abbia ratificato la Convenzione) quanto a quella dei contraenti tra i quali si svolge l'arbitrato mercantile, ed al riguardo enuncia in termini chiari la rilevanza da assegnare alla *lex mercatoria*, con una decisione che sarà poi costantemente richiamata negli studi sulla teoria della pluralità delle fonti del diritto.

Il secondo episodio giurisprudenziale riguarda la rilevanza dell'abuso del diritto. La vicenda è quella di due imprenditori, operanti entrambi nel settore della vendita dello zucchero, che costituiscono una società paritetica per l'esercizio in comune della medesima attività di distribuzione già svolta singolarmente e, contestualmente, stipulano con la nuova società contratti di fornitura della materia prima. Nei contratti di fornitura è previsto il diritto di recesso e così, pochi mesi dopo la costituzione della società, uno dei due imprenditori esercita il recesso interrompendo la fornitura.

La reazione di uno dei due imprenditori (che, si sarà capito, era appunto Nino Damiano) arriva in cassazione che, nella sentenza 16 ottobre 2003, n. 15482 (in *Giur. It.*, 2004, 2064), afferma «*in relazione ad una pluralità di rapporti contrattuali tra loro collegati per la realizzazione di un'unica operazione economica ... la corrispondenza a buona fede dell'esercizio del diritto, di recesso, contrattualmente previsto, nella specie per il contratto di fornitura, deve essere valutata nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare all'altra par-*

te, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni». Dunque, l'esplicita enunciazione del principio sull'abuso del diritto nei termini che saranno poi riaffermati qualche anno dopo dalla cassazione nell'assai noto 'caso Renault' (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106).

Dicevo, dietro entrambi i giudizi c'era l'imprenditore Damiano che si era battuto per far valere ciò che riteneva essere il proprio diritto, ma rispetto ad entrambi questi giudizi mi piace pensare che ciò che spinse Damiano ad intraprenderli non fu solo una ragione economica ma prima ancora quella medesima pulsione alla ricerca della verità e della giustizia che lo aveva visto farsi promotore del processo Spanò.

Ed allora, i necessariamente brevi richiami a questi episodi giurisprudenziali mi sembra valgano non solo a dar conto dei motivi della giustapposizione di altre storie a quella esposta magistralmente da Sciascia nel racconto dal quale ha preso il via la mia ben più approssimativa esposizione, ma soprattutto a chiarire, a mo' di conclusione, come il tema della ricerca della verità e prima ancora dell'affermazione della giustizia non possa essere disgiunto da quello del diritto in misura tale che proiettato nel campo civilistico disvela affascinanti scenari.



Leonardo Sciascia e la pluralità degli ordinamenti giuridici



Francesco Gambino

SOMMARIO: 1. Gli intrecci tra diritto e letteratura. – 2. Leonardo Sciascia e la pluralità degli ordinamenti giuridici. – 3. Relazioni tra sistemi, linguaggi, forze sociali. – 4. *Segue:* gli interrogatori e i dialoghi del capitano Bellodi. – 5. Quale idea di diritto?

1. Gli intrecci tra diritto e letteratura

Larga e partecipe attenzione ha suscitato il libro *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di Luigi Cavallaro e da Roberto Giovanni Conti (Bari, 2021), pubblicato nella collana «Biblioteca di cultura giuridica», diretta da Pietro Curzio. È un volume che ospita contributi di insigni giuristi che – nel rileggere l’opera de Leonardo Sciascia sotto la lente degli intrecci tra il diritto, la verità e il problema della giustizia – lasciano a tratti emergere i lineamenti dello statuto epistemologico di una vera e propria disciplina, che pone in relazione il diritto con la letteratura. Maturata nella letteratura scientifica americana, questa materia oggi si affaccia, seppure in forma marginale, in alcuni laboratori e corsi di studio delle facoltà di giurisprudenza italiane. Il volume si colloca, come scrive Pietro Curzio, sul «confine tra letteratura e diritto, un confine meno definito di quanto si creda, in cui si incrociano riflessioni e sentimenti che segnano la nostra vita»¹. È, questa, una linea di demarcazione meno nitida di quanto si immagini per quelle stesse ragioni formali e sostanziali fatte valere dai saggi contenuti nel volume. Vi è in primo luogo la dimensione narrativa. Diritto e letteratura si affidano al linguaggio – alla dimora o alla gabbia del linguaggio – al fine di «strutturare una realtà amorfa

¹ P. Curzio, *Presentazione*, in *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di L. Cavallaro e R. G. Conti, Bari, 2021, 10.

e non verbale»². Non possono non incontrarsi, in questa prospettiva, nel segno di una narrazione fissata nella scrittura: narrazione che, lungo questa via, li rende omogenei ed assimilabili³. È utile qui richiamare nozioni note e consumate⁴.

Quando il giurista interpreta, spiega, narra una certa realtà, comune o tecnica che sia, ha a che fare con un metalinguaggio: il linguaggio che «sta sopra», «oltre» un altro linguaggio (il linguaggio-oggetto). È il linguaggio proprio della scienza o pseudo-scienza giuridica⁵: un linguaggio che, in linea di principio, ha per oggetto gli enunciati offerti dal materiale legislativo. Scopo del metalinguaggio – che sia rinvenibile nelle pagine di un manuale, di una monografia, di una sentenza o di una comparsa conclusionale – è quello di esplicitare il senso dei messaggi provenienti dal linguaggio normativo. Il metalinguaggio si intreccia con il problema del metodo. Indica la strada da percorrere per ricostruire il senso di verità giuridica di una disciplina, di una nozione, di un istituto, che non può non riflettere lo sguardo e le concezioni complessive di colui che interpreta la realtà indagata. Si tratta di una «impostazione sostanzialmente soggettiva»⁶, come quella dello scrittore che si interroghi, sfruttando tutto il potenziale semantico delle parole e la varietà di forme verbali e sintattiche, sui problemi della giustizia, della verità e del diritto.

2. Leonardo Sciascia e la pluralità degli ordinamenti giuridici

Come nelle pagine di Santi Romano – richiamate nel saggio di Natalino Irti dedicato a *Il giorno della civetta*⁷ – incontriamo la pluralità degli ordinamenti giuridici, la nozione di efficacia, il concetto di giuridicità, il fenomeno della rivoluzione e delle «società dei ladroni», così nelle pagine di Leonardo Sciascia ritroviamo domande e risposte intorno alla legge, al giudizio, alla giustizia, alla mafia come «sistema», al senso più concreto e autentico di quella interazione tra sistemi sociali, che è al centro delle teorie odierne sul neo-pluralismo giuridico. In questa prospettiva, alcuni frammenti delle narrazioni di Sciascia⁸ ben potrebbero iscriversi in capitoli di studi propri della sociologia del diritto.

² LIPARI, *Diritto e letteratura in "Todo modo"*, in *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di CAVALLARO e CONTI, Bari, 2021, 93.

³ ALPA, *Il diritto come letteratura*, in *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società post-moderna*, Genova, 2017, 15.

⁴ V., per una linea che in tale contesto valorizza il metalinguaggio, GAMBINO, *Le verità del credito tra diritto e letteratura*, in *LawArt*, 2, 2021, 373 ss.

⁵ Sempre incumbenti sul lavoro del giurista sono i rilievi di Benedetto Croce sui concetti giuridici, definiti dal filosofo come pseudo-concetti, semplici formazioni arbitrarie dotate di funzione pratica, di ausilio al pensare e all'agire degli uomini [in *Filosofia della pratica. Economia ed etica* (1908), 6ª ed., a cura di TARANTINO con una nota al testo di SASSO, rist., Napoli, 1949, 317 ss.].

⁶ LIPARI, *Diritto e letteratura in "Todo modo"*, cit., 93.

⁷ IRTI, *"Il giorno della civetta" e il destino della legge*, in *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di CAVALLARO e CONTI, Bari, 2021, 17 ss.

⁸ Si pensi in particolare a *Il contesto. Una parodia* (1971), Milano, 1994 e a *Il giorno della civetta*

to. Non alludo soltanto al pensiero di Santi Romano che, nelle sue indagini, muove dalla teoria generale del diritto, ma – nei limiti che saranno indicati più avanti⁹ – anche agli indirizzi più recenti del sociologo tedesco Gunther Teubner che discorre di diritto frammentato, di sistemi costituzionali e di regimi giuridici privati¹⁰. La «mafia» – scrive Leonardo Sciascia nell'«avvertenza» apparsa in occasione dell'uscita de *Il giorno della civetta* nella collana «Lecture per la scuola media» Einaudi – è un «sistema» che «non sorge e si sviluppa nel 'vuoto' dello Stato (cioè quando lo Stato, con le sue leggi e funzioni, è debole o manca), ma 'dentro' lo Stato»¹¹. Sciascia coglie e intuisce il nucleo problematico della pluralità degli ordinamenti giuridici, indagato anni prima da Santi Romano: e, in particolare, di quegli ordinamenti illegali o delittuosi che non mirano «a distruggere le istituzioni statali, ma a sottrarsi, per raggiungere fini del tutto particolari, alle repressioni e sanzioni da queste comminate»¹². La presenza, dentro lo Stato, di tali sistemi – volti, non ad annientare, bensì a inquinare la realtà statuale – solleva il problema delle relazioni, interazioni, collisioni tra ordinamenti, organizzazioni, corpi sociali; che rimanda all'esigenza di considerare i punti di vista propri delle strutture, dei codici, delle dinamiche interne all'uno e all'altro sistema. Il tema delle diverse prospettive da cui si possono osservare i fenomeni giuridici è centrale nelle relazioni tra istituzioni illegali e ordinamento statale. L'illiceità delle prime – leggiamo in una pagina di Santi Romano – «non vale e non può valere se non di fronte all'ordinamento statale, che potrà perseguirle in tutti i modi di cui dispone e quindi determinarne anche al fine, con tutte le conseguenze, anche penali, che rientrano nella sua potestà. Ma finché esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico»¹³. Si aggiunge, in un altro frammento, che nelle società dei ladroni – a differenza di quanto avviene nell'ordinamento di una rivoluzione – «una certa giustizia, in senso relativo e limitatamente ai rapporti tra i 'soci', si cerca di attuare, ed essa, entro quella sfera e dal punto di vista delle esigenze interne di essi, può anche essere piena, mentre cessa di essere giustizia in confronto delle esigenze e quindi

(1961), Milano, 1993.

⁹ V. *infra*, § 5.

¹⁰ TEUBNER, FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. e a cura di PRANDINI, Roma, 2005, 139 ss. V., per la versione in lingua inglese, ID., *Regime Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in 25 Mich. J. Int'l L. 999 (2004). Più recentemente, TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, a cura di FEBBRAJO e GAMBINO, Milano, 2013, 381-382. È da notare che il termine «regime» compare ne *Il giorno della civetta* nelle pagine dedicate all'interrogatorio di Don Mariano Arena a proposito delle grandi famiglie mafiose (SCIASCIA, *op. ult. cit.*, 92). Ritroviamo il vocabolo in una pagina di Santi Romano dedicata agli inestricabili rapporti di interdipendenza tra diritto e istituzione (*L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1962, 46): «l'istituzione è sempre un regime giuridico».

¹¹ SCIASCIA, appendice a *Il giorno della civetta*, cit., 116.

¹² ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1947, 226.

¹³ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 122-123.

ai principi proprii di altre società, cioè principalmente dello Stato»¹⁴. Affiora, in una più ampia prospettiva, il problema della «legittimazione» delle mafie che, animate, al loro interno, da regole condivise e da un proprio senso di giustizia, può spiegare il fenomeno del «radicamento»¹⁵ in determinate comunità. Il discorso non è estraneo all'ambito del diritto civile e, in specie, all'obbligazione naturale. I doveri morali e sociali, non tutelabili né coercibili nel diritto statale (cfr. art. 2034 cod. civ.), costituiscono obbligazioni giuridiche perfette e complete dal punto di vista del sistema al quale appartengono¹⁶. Si può al riguardo registrare la distanza di Santi Romano dal pensiero di Francesco Carnelutti; il quale, riflettendo sulla natura della *soluti retentio*, qualifica i doveri morali e sociali come obbligazioni giuridiche imperfette, un «germe di obbligazione, un feto»¹⁷. Qui si resta fedeli ad una concezione imperativistica del diritto, in cui l'ordinamento statale è l'unico ed esclusivo punto di vista¹⁸, che fa dell'obbligazione naturale una obbligazione giuridica imperfetta.

3. Relazioni tra sistemi, linguaggi, forze sociali

È lungo la linea illustrata, che accoglie la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, che incontriamo le narrazioni di Sciascia intorno al diritto e alla giustizia. Vi è la legge della Repubblica in nome della quale agisce il capitano Bellodi ne *Il giorno della civetta* e che scaturisce dall'idea stessa di giustizia¹⁹; e vi è «il senso della giustizia» del capo mafia Don Mariano Arena che è così istintiva e naturale da suscitare un profondo rispetto²⁰. Vi è la legge celebrata nel processo che, come si apprende da una pagina de *Il contesto*, realizza in sé la giustizia²¹ e vi è la giustizia degli uomini di pace – gli uomini d'o-

¹⁴ ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., 226.

¹⁵ GRATTERI, NICASO, *Comprendere e raccontare le mafie: storia, giustizia, cultura*, in *Mafie transmediali. Forme e generi del nuovo racconto criminale*, a cura di BERTONE e MASONI, Soveria Mannelli, 2021, 182. La pagina di Antonio Nicaso isola e distingue, nelle mafie, la violenza da ciò che garantisce il radicamento mafioso.

¹⁶ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 193.

¹⁷ CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (1927), ora in *Diritto sostanziale e processo*, scritti di Emilio Betti e Francesco Carnelutti, con presentazione di N. Irti, Milano, 2006, 247.

¹⁸ Affiora, in tutto il suo vigore, il tema della «necessità», per i cittadini e per i giudici, «di scegliere un diritto fra gli altri, quel diritto, unico ed esclusivo, che è il loro diritto» [IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano (note introduttive)*, in *L'ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di SANDULLI, Napoli, 2020, 6]. In altre parole – parole che accolgono rilievi di Giovanni Gentile [*I fondamenti di filosofia del diritto* (1916), 4^a ed., Firenze, 2003, 116] – «altro è descrivere dall'esterno, quasi sorvolando la realtà, altro, scegliere e giudicare dall'interno di un ordinamento» (IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, cit., 6).

¹⁹ SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 28.

²⁰ SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 57.

²¹ SCIASCIA, *Il contesto. Una parodia*, cit., 82. V. *infra*, § 5.

nore di cui parla Don Mariano Arena – che, pur non amministrando la giustizia, mettono ordine e risolvono vertenze²². Vi sono i nessi di imputazione propri delle norme giuridiche statuali che, facendo leva sulla «paura della punizione» e sul «desiderio della ricompensa», hanno la pretesa di imprimere una direzione ai comportamenti umani²³; e vi sono i nessi di imputazione istituiti da altri corpi o sistemi sociali che, all'accadere di certi comportamenti fanno discendere, con la certezza propria di una legge di natura, determinate conseguenze. Si pensi alla paura del piombo colante della morte che affligge il confidente, Calogero Dibella, prima ancora di pronunciare i nomi di Ciccio La Rosa e Rosario Pizzuco al capitano Bellodi. A mio avviso emerge – in queste pagine de *Il giorno della civetta* – tutto il senso della soggezione alla forza intimidatrice del vincolo associativo che oggi distingue e caratterizza il delitto di associazione mafiosa richiamato nell'art. 416-bis del codice penale. Vi è infine, da un lato, la lingua del diritto che risuona nelle aule di giustizia e nelle assemblee legislative e, dall'altro, il dialetto siciliano, che esprime una cultura chiusa, fatta di categorie, codici, nomi impenetrabili; sicché il capitano Bellodi, nell'interloquire con la vedova Nicolosi, è costretto a ricorrere ai lumi interpretativi del maresciallo²⁴. Si delinea il problema della coesistenza, interazione e collisione tra sistemi sociali, linguaggi, rapporti di forza che induce il capitano Bellodi a escogitare metodi investigativi e tecniche di comunicazione calibrate sulla psicologia dei suoi interlocutori²⁵.

4. Segue: gli interrogatori e i dialoghi del capitano Bellodi

Alcune pagine de *Il giorno della civetta* sono a mio avviso assimilabili a quelle di un trattato di sociolinguistica. Raccontano l'uso della lingua italiana e delle sue tonalità emotive – da parte del capitano Bellodi, originario di Parma e appena trasferitosi in Sicilia – volto a penetrare in una certa cultura siciliana per ottenere nomi, confidenze, confessioni. Ciò al fine ultimo di scardinare un ordinamento illegale (il «sistema» mafia) e così rimarcare la presenza effettiva dello Stato di diritto. Troviamo le parole ferme ma docili del capitano, usate nell'interrogatorio del confidente Calogero Dibella; le parole energiche e dure con la vedova Nicolosi; le parole decise e rispettose rivolte al capo mafia Don Mariano Arena in un dialogo rappresentato anche nel film *Il giorno della civetta* del 1968 – diretto da Damiano Damiani – che risulta essere tra i più fedeli alle pagine dell'omonimo romanzo; e, infine, le parole astute e ingannevoli adoperate con Diego Marchica, al quale il capitano Bellodi fa credere di essere stato «infamato» dal Pizzuco, provocando

²² SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 57-58.

²³ KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. Treves, Torino, 1952, 222-223.

²⁴ SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 37.

²⁵ Metodi, in questa linea, «sensibili alla caratura criminale dell'indagato» (MAMMONE, *Giustizia e individuo da Kafka a 'Il contesto'*, in *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di CAVALLARO e CONTI, Bari, 2021, 83).

la confessione²⁶. Sono tutti dialoghi tesi, nella ricerca della verità dei fatti, a riaffermare l'idea di giustizia disegnata nell'ordinamento statale.

5. Quale idea di diritto?

Questo urto tra sistemi, questa intima dinamica degli interrogatori, questo conflitto tra parole e concezioni diverse della realtà, lasciano intravedere una certa idea di diritto. La domanda su quale idea di diritto risuoni nell'opera di Sciascia percorre le dense introduzioni al libro oggetto di queste pagine. Il diritto al quale pensa Sciascia non è un diritto calato dall'alto, vale a dire un diritto – come ben scrivono Luigi Cavallaro e Roberto Giovanni Conti – «agganciato meccanicamente alla regola data»²⁷; e neppure, a mio avviso, un diritto che germoglia dal basso così come viene inteso nella letteratura scientifica più recente. Si allude a quel diritto delle organizzazioni, delle istituzioni, dei corpi sociali che, in diversi settori (economia, scienza, tecnologia, sanità, ambiente, ecc.), accerchiano l'ordinamento statale per occupare spazi vuoti e guadagnare nuove forme di rilevanza²⁸; e che sempre lasciano presumere un *minimum* etico, comune a tali sistemi, tale da schiudere, nei propositi di questo indirizzo di pensiero, una dilatazione del concetto di giuridicità. È in questo quadro – dove tuttavia non ci si inoltra nel terreno più insidioso dei sistemi illegali e delittuosi – che si discorre di forme eterarchiche di sovranità, senza più un centro né un vertice²⁹. Il diritto adombrato nelle pagine di Sciascia è piuttosto un diritto inscindibile dall'individuo, che già porta in sé, con la sua storia, un'impronta normativa, subito delineabile – come afferma don Gaetano in *Todo modo* – nei primi anni dell'infanzia³⁰; e che, a causa degli eventi della vita dai quali è dominato, sospinto e trascinato, tra i sistemi e le forze sociali in cui si imbatte, si ritrova a far valere sugli altri le proprie ragioni. Così è per il frate Diego La Matina, concittadino di Sciascia, condannato al rogo dall'Inquisizione siciliana il 17 marzo 1658, il quale – come si legge in *Morte dell'inquisitore* – è diventato, nel sentimento popolare, un brigante «calato nella serie che da secoli dura ininterrotta, fino a Salvatore Giuliano; uno di quegli uomini pacifici cui l'onore

²⁶ SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 104.

²⁷ CAVALLARO, CONTI, introduzione a *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, cit., 14.

²⁸ È un contesto dominato dalla frammentazione della società globale e dal concetto di pluralismo costituzionale, che finisce per imprimere un nuovo significato al termine «politica»: che non va inteso «nel senso ristretto di politica istituzionalizzata, ma deve essere riferito anche alle istituzioni non politiche della società civile, dell'economia, della scienza, dell'istruzione, della salute, delle arti e dello sport, ossia a tutti gli ambiti sociali in cui si realizza tale processo di costituzionalizzazione» (TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, cit., 383).

²⁹ TEUBNER, FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, cit., 159.

³⁰ «E possiamo anche fare a meno dell'adolescenza e della giovinezza: ma un uomo è quale i primi dieci anni di vita lo hanno fatto; e nulla sappiamo di lui se nulla sappiamo di questi suoi dieci anni....» [SCIASCIA, *Todo modo* (1974), Milano, 1995, 94].

familiare o il bisogno arma improvvisamente la mano, e si levano alla vendetta; e costretti poi alla campagna si dedicano a taglieggiare i ricchi e a beneficiare i poveri»³¹. Ciò che, in analoga prospettiva, teme il confidente durante l'interrogatorio condotto dal capitano Bellodi ne *Il giorno della civetta* non è «la legge che nasce dalle ragione ed è ragione», ma «la legge di un uomo, che nasce dai pensieri e dagli umori di quest'uomo, dal graffio che si può fare sbarbandosi o dal buon caffè che ha bevuto, l'assoluta irrazionalità della legge, ad ogni momento creata da colui che comanda, dalla guardia municipale o dal maresciallo, dal questore o dal giudice; da chi ha la forza, insomma»³². La paura per la legge di chi comanda sembra convergere nel dialogo, narrato ne *Il contesto*, tra l'ispettore Rogas e il giudice Riches, presidente della Corte Suprema. Qui troviamo il fondamento della decisione giudiziale che si risolve in un atto, non di conoscenza, bensì di volontà. Si tratta, non di un conoscere per conoscere, ma di un *conoscere per volere*³³. È quel conoscere in funzione di un decidere che, non più revocabile in dubbio, acquista un'energia immobilizzante. È un atto all'esito di un processo dove si è attuata la legge e in cui, per ciò stesso, nonostante l'errore giudiziario, si è fatta giustizia. Leggiamo ne *Il contesto* che, come in una messa in cui avviene il mistero, la giustizia, che sia celebrata in un processo, è ormai compiuta³⁴. I gradi di giudizio «postulano», non l'errore, ma «soltanto» – puntualizza il giudice Riches – «l'esistenza di un'opinione diciamo laica sulla giustizia, sull'amministrazione della giustizia»³⁵. La sentenza è dunque un accaduto storico che sprigiona – per usare un'espressione di Jacques Derrida – una singolare forza mistica³⁶; ed è destinata, sul piano giuridico, «a passare in cosa giudicata» e quindi ad appartenere al mondo della positività. È il destino ultimo di *Nomos*³⁷. Ma quello della positività – di una legge vigente e di quella applicata, in senso conclusivo, nel processo – è il medesimo mondo di singoli uomini che, imprimendo una direzione alla realtà, sono sempre responsabili dell'intera

³¹ SCIASCIA, *Morte dell'inquisitore* (1964), Milano, 1992, 100-101.

³² SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, cit., 27.

³³ Risuona qui la linea kelseniana in cui i due soggetti interpretanti – giudice e studioso del diritto – perseguono finalità distinte: l'uno tende ad applicare il diritto, l'altro persegue fini di conoscenza (LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di GUASTINI, Bologna, 1980, 227). V., in questa prospettiva, sulla confusione tra i distinti ruoli e funzioni nell'attività interpretativa, MERKL, *Il duplice volto del diritto* (1918), in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tr. it., a cura di GERACI, con presentazione di M. Patrono, Milano, 1987, 122 ss.

³⁴ «E così è un giudice quando celebra la legge: la giustizia non può non disvelarsi, non transustanziarsi, non compiersi» (SCIASCIA, *Il contesto. Una parodia*, cit., 82).

³⁵ SCIASCIA, *Il contesto. Una parodia*, cit., 83.

³⁶ È lo stesso credito che si accorda all'autorità delle leggi: «si crede in esse e questo è il loro unico fondamento. Questo atto di fede non è un fondamento ontologico o razionale» [DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»* (1994), a cura di GARRITANO, Torino, 2003, 60-61].

³⁷ IRTI, «*Il giorno della civetta*» e il destino della legge, cit., 24.

umanità³⁸. Le azioni individuali, realizzando anche il disegno della storia umana, sempre hanno in sé un che di decisivo e di universale.

³⁸ «Il singolo risponde dell'umanità. E l'umanità risponde del singolo» (SCIASCIA, *Il contesto. Una parodia*, cit., 85).



Storie del diritto nella *Controversia liparitana*



Giacomo Pace Gravina

SOMMARIO: 1. Un cupo Settecento. – 2. Storie del diritto nella *Controversia liparitana*.– 3. Sciascia e la cultura storico-giuridica.

1. Un cupo Settecento

Uno degli specchi del Novecento sciasciano è rappresentato dal secolo dei Lumi, quel Settecento che vedeva lo sviluppo delle idee illuministiche portatrici di modernizzazione, frenate da una realtà ancora legata al lungo medioevo, con il peso del diritto e delle istituzioni feudali e l'ombra del potere della chiesa. I *philosophes* prediletti da Sciascia¹ rappresentano un'ancora di salvezza rispetto ad una quotidianità fatta di disuguaglianze, sopraffazione e oscurantismo, specie in quella Sicilia ove sono ambientati alcuni tra i suoi racconti più famosi, come *La recitazione della Controversia liparitana dedicata ad A.D. o Il Consiglio d'Egitto*. I personaggi che animano queste opere, storici o frutto di invenzione letteraria, assumono ruoli cruciali nella costruzione della dimensione storica dell'opera sciasciana, con connotati positivi e negativi che segnano fortemente la visione del coraggioso impegno sociale che il Maestro di Racalmuto ci ha trasmesso.

¹ Su Sciascia 'illuminista' cfr. le considerazioni di FIANDACA, *La Giustizia secondo Leonardo Sciascia*, in TITA (a cura di), *Della memoria. Sulla giustizia. Settant'anni di Sciascia*, Napoli, 2021, 65 ss., 79; BLANDO, *L'Illuminismo senza lumi di Sciascia*, in *Todomodo. Rivista internazionale di studi sciasciani - A Journal of Sciascia Studies*, 8, 2018, 63-74; TRIONE, *Un illuminismo inquieto. Leggere Sciascia, un approccio fenomenologico*, in *Todomodo. Rivista internazionale di studi sciasciani - A Journal of Sciascia Studies*, 8, 2018, 43-50; SANTANGELO, *Sciascia e l'Illuminismo (in salsa giacobina?)*, in *Todomodo. Rivista internazionale di studi sciasciani - A Journal of Sciascia Studies*, 8, 2018, 51 ss; SOLIMANO, *Voltaire... Voltaire... Sciascia e l'illuminismo giuridico ne Il contesto / Voltaire... Voltaire... Sciascia and the Penal Enlightenment in Il contesto*, in *Leonardo Sciascia e la Storia del diritto*, a cura di CAPPUCCIO, PACE GRAVINA, Messina, 2023, 23 ss.

In questa breve riflessione vorrei approfondire la dimensione storico-giuridica della *Controversia liparitana*, dove divengono evidenti alcuni punti nodali dell'impegno culturale dell'autore, insieme alla sua visione della storia come specchio del presente.

2. Storie del diritto nella *Controversia liparitana*

Ne *La recitazione della Controversia liparitana dedicata ad A.D.*² i veri protagonisti sono alcuni giuristi, coinvolti, durante le vicende della Guerra di Successione spagnola, nella fase in cui l'Isola era stata attribuita a re Vittorio Amedeo di Savoia, in una feroce disputa giurisdizionalistica tra il nuovo sovrano e le autorità ecclesiastiche. Un gruppo coeso di uomini coraggiosi, che intravedono già ai primi del Settecento la possibilità dell'esistenza di uno stato laico, e che credono fermamente che si tratti dell'occasione propizia per una sua affermazione nei confronti della chiesa romana, per svincolarsi dalla supremazia papale. Un interesse genuino e profondo, quello di Leonardo Sciascia, per i giuristi de *La Controversia liparitana*, che avrebbe voluto approfondire in un ulteriore scritto, cui non riuscì mai a dedicarsi³.

La vicenda narrata si situa in un tornante della storia siciliana davvero complesso, quello delle fasi finali della guerra, che vide l'Isola teatro di scontri sanguinosi e di rapide mutazioni al vertice, passando da re Filippo V di Spagna, a Vittorio Amedeo di Savoia, scacciato a sua volta dalle armate spagnole, che infine dovettero abbandonare la Sicilia nelle mani dell'imperatore del Sacro Romano Impero, Carlo VI, pretendente al trono in quanto discendente dell'altro ramo degli Asburgo, dopo la morte, senza eredi di sangue, dell'ultimo degli *Austrias*, Carlo II.

L'importanza del fatto scatenante della *Controversia liparitana*⁴, apparentemente di minima rilevanza la pretesa da parte degli acatapani dell'*universitas* di Lipari (ufficiali locali competenti per l'annona), di riscuotere una tassa che la mensa vescovile sosteneva

² SCIASCIA, *Recitazione della controversia liparitana dedicata ad A.D.*, Torino, 1969. Sulla genesi dell'opera cfr. SQUILLACIOTTI, *Nota a "Recitazione della controversia liparitana dedicata ad A.D."*, in SCIASCIA, *Opere*, Edizione riveduta e aggiornata, vol. I, Narrativa, teatro, poesia, Milano, 2020, 1981 ss. Sulla vicenda cfr. anche PACE GRAVINA, *Il 'Secolo dei lumi' di Leonardo Sciascia: tra Controversia liparitana e Consiglio d'Egitto / The 'Age of Enlightenment' by Leonardo Sciascia: Controversia liparitana and Consiglio d'Egitto*, in *Leonardo Sciascia e la Storia del diritto*, cit., 63 ss., qui ampiamente utilizzato.

³ Devo la notizia a Laura Sciascia, che ringrazio.

⁴ Sulla vicenda CARUSO, *Discorso storico-apologetico della Monarchia di Sicilia*, Palermo, 1863; SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie*, rist. ed. or. 1887, Palermo, 1969; LONGHITANO, *Il tribunale di Regia Monarchia: governo della Chiesa e controversie giurisdizionaliste nel Settecento*, in VACCA (a cura di), *La Legazia Apostolica. Chiesa, potere e società in Sicilia in età medievale e moderna*, Caltanissetta-Roma, 2000, 167-200; D'AVENIA, *La chiesa del re. Monarchia e Papato nella Sicilia spagnola (secc. XVI-XVII)*, Roma, 2015, 155 ss. Cfr. anche il sito <http://www.archivistoricoeoliano.it/wiki/la-controversia-liparitana-1711---1719>.

non fosse loro dovuta, è comprensibile solo per chi conosce l'antico privilegio dell'Apostolica Legazia, concesso da papa Urbano II al conte Ruggero il normanno con la bolla *Quia propter prudentiam tuam* del 1098, sulla quale i sovrani di Sicilia, nei secoli successivi, costruirono un ampio castello di prerogative. La latitudine del privilegio, all'epoca del racconto, si era da tempo consolidata grazie all'operato di una magistratura apposita, la Regia Monarchia di Sicilia, che dipendeva dalla corona e aveva larghe competenze in materie generalmente riservate alle gerarchie ecclesiastiche⁵.

Per usare le parole di Sciascia, l'autorità della Monarchia si incardinava in una nutrita serie di casi, purché la questione «non involga dogma di fede o regola di vita necessaria alla salute dell'anima». Sciascia dimostra conoscenza profonda del sistema della Apostolica Legazia, e dei suoi meccanismi giuridici, probabilmente arricchita dalla lettura degli studi di Gaetano Catalano, del 1950. Tanto da descrivere la Regia Monarchia come una componente fondamentale della dimensione 'costituzionale' del diritto siciliano, quel *Ius siculum* che si era affermato nella prassi del *Regnum Siciliae* di età moderna, nelle parole rivolte dal viceré Spinola al canonico Todaro: «...esiste un diritto che io non posso né ignorare né modificare; un diritto di cui anzi io sono custode e protettore... Di questo diritto il Tribunale della Monarchia è, direi, una istituzione peculiare».

Lo scontro tra il vescovo di Lipari e gli acatapani dell'*universitas* giunge ad un livello di non ritorno, sancito dalla scomunica *vitandi* nei confronti di costoro. In tale contesto entrano in gioco i giuristi della controversia: il viceré Spinola nella visione sciasciana viene affiancato da un gruppo di 'uomini di stato' laici nella battaglia di stampo giurisdizionalista contro il vescovo: i nomi sono quelli di Francesco Gastone, Giacomo Longo, Ignazio Perlongo.

Giacomo Longo è un personaggio già noto alla storiografia: giudice dei tribunali del Concistoro della Sacra Regia Coscienza e della regia Gran Corte a fine Seicento, commissario generale per sedare rivolte e combattere briganti, prese i voti religiosi nel 1713 nell'Ordine dei Teatini; venne nominato Giudice della Monarchia da re Vittorio Amedeo nel 1714, al culmine dello scontro della Controversia liparitana: si distinse per essere fautore di una politica cauta, tendente ad evitare estremizzazioni. Carica che perdette in seguito, quando venne sostituito, probabilmente per 'aprire' ad una soluzione della questione con la Chiesa romana, vista la sua forte compromissione nella vicenda liparitana. Nel 1734 fu nuovamente Giudice della Monarchia, quindi Presidente del Tribunale del Concistoro della Sacra Regia Coscienza. Morì nel 1736⁶.

⁵ Sulla Apostolica Legazia CATALANO, *Studi sulla Legazia Apostolica di Sicilia*, Reggio Calabria, 1973; FODALE, *Comes et legatus Siciliae. Sul privilegio di Urbano II e la pretesa Apostolica legazia dei Normanni in Sicilia*, Palermo, 1970; ID., *L'Apostolica Legazia e altri studi su Stato e Chiesa*, Messina, 1991; VACCA, *La Legazia Apostolica*, cit.; NAPOLI, *La Regia Monarchia di Sicilia. «Ponere falcem in alienam messem»*, Napoli, 2012; D'AVENIA, *La chiesa del re*, cit.

⁶ Su Longo cfr. D'AVENIA, «È tempo di rimedii per le coscienze, per il Stato e per le regalie». Giacomo Longo, giudice della regia Monarchia di Sicilia negli anni della dominazione sabauda, in *Couronne Royale. Colloque international autour du 300e anniversaire de l'accession de la Maison de Savoie*

Ignazio Perlongo fu un altro importante magistrato: all'epoca dei fatti avvocato fiscale del Tribunale della Regia Gran Corte, più avanti avvocato, poi presidente del Tribunale del Real Patrimonio, attento allo sviluppo economico negli anni della Sicilia austriaca: propose all'imperatore Carlo VI progetti volti a diversificare le colture agricole, a reimpiantare la canna da zucchero, a creare magistrature commerciali⁷. Nel 1722, all'apice della carriera, andrà a Vienna, in qualità di Reggente per la Sicilia nel Supremo Consiglio di Spagna.

Il personaggio fino a poco fa meno conosciuto, ma che Sciascia tratteggia più incisivamente nella 'commedia', è Francesco Gastone (Ingastone). Il giurista è certamente rilevante: era figlio del *doctor* Ignazio⁸, originario di Militello (oggi in Val di Catania) e della figlia del barone Interlandi di Favarotta. Anch'egli, come il padre, si sposò con una nobile ereditiera di Caltagirone, Francesca Bonanno Interlandi. Fu un togato dalla carriera esemplare: venne nominato commissario generale, sedette più volte sugli scranni della Regia Gran Corte tra il 1707 e il 1724, fu avvocato dei poveri e avvocato fiscale del medesimo tribunale, avvocato fiscale e per due volte uditore generale del foro militare⁹. Il 19 aprile del 1738, per la morte della madre, ricevette l'investitura a marchese dell'Ingegneri¹⁰. Come gli altri giuristi pratici suoi contemporanei, consegnò alle stampe scritti forensi: *Allegationes in causa precedentiae* e *De Spatio Asyli Ecclesiastici Canonica dissertationem in causa immunitatis*¹¹. Proprio quest'ultima opera ci offre la cifra della competenza del magistrato in materia di immunità ecclesiastica. Anche il figlio di Francesco, Ignazio Gastone Bonanno, si laureò in *utroque iure*, a Catania nel 1727¹², e fu giudice della Regia Gran Corte.

au trône royal de Sicile, a cura di PERRILLAT, Anney, 2013, 105-128; ID., *La chiesa del re*, cit., 156-157; ALIBRANDI INTERSIMONE, *Alle origini della Biblioteca universitaria di Messina. La donazione di Giacomo Longo (1731)*, in *Archivio storico messinese*, 1996, 71.

⁷ GALLO, *L'alba dei gattopardi. La formazione della classe dirigente nella Sicilia austriaca (1719-1734)*, Catanzaro, 1996, ad ind.

⁸ Su Ignazio Gastone cfr. COCCHIARA, *Gastone, Ignazio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, 957-958.

⁹ MONGITORE, *Bibliotheca Sicula sive de scriptoribus siculis qui tum vetera, tum recentiora saecula illustrarunt, notitiae locupletissimae*, Panormi, Bua, I, 1708, 214: «in Gentis Bellicae foro Fisci Patronus, et bis Proauditor Generalis, pluries per Regnum Commissarius Generalis»; SAN MARTINO DE SPUCHES, *La storia dei feudi e dei titoli nobiliari di Sicilia*, IV, Palermo, 1926, 35: «Commissario generale nel Regno per affari difficili di Stato, Giudice della Gran Corte nel 1707, 1715 e 1724, Avvocato fiscale di essa e della R. Camera, Presidente del Real Patrimonio (1736), nella quale carica morì in Palermo a 8 marzo 1743».

¹⁰ SAN MARTINO DE SPUCHES, *op. cit.*, 35; cfr. anche F.M. EMANUELE e GAETANI DI VILLABIANCA, *Della Sicilia Nobile*, vol. II, Palermo, 1759, 136 nt. d.

¹¹ Secondo MONGITORE, *op. cit.*, 214, «multa in jure scripsit, at solum edidit *Allegationes in causa precedentiae*. Panormi apud Petrum Coppolam 1698, in fol.; *De Spatio Asyli Ecclesiastici Canonica dissertationem in causa immunitatis*. Ibidem ex typographia Augustini Epiri 1699, in fol.».

¹² DI LORENZO, OPINTO, *Laureati dell'Università di Catania*, Trapani, 2019, III.1, 160.

Un gruppo coeso di giuristi con le caratteristiche di uomini di stato, che cercano di opporsi nel nome di questo allo straripare del potere e della giurisdizione della chiesa di Roma, resistendo mediante l'utilizzo di un privilegio anacronistico come l'Apostolica Legazia che diviene argine tecnico contro la tradizionale invadenza delle istituzioni ecclesiastiche. Tutti uomini impegnati in prima linea nella causa giurisdizionalista, e che dopo la parentesi sabauda si ritrovarono a mal partito: personaggi storici cui Sciascia dà l'afflato di precursori di una modernità che ancora in Sicilia stentava a penetrare.

Gastone è il personaggio che più mi ha incuriosito: risalenti ricerche archivistiche mi hanno fatto scoprire una dimensione più profonda del giurista, specie a proposito del rapporto tra autorità regie ed ecclesiastiche, in cui la sua singolare competenza aveva già avuto modo di esplicarsi. Il magistrato infatti aveva giocato un ruolo di primo piano pochi anni prima, nel 1704, in una storia dai connotati problematici, svoltasi in una città demaniale dell'Isola cui era legato da affetti familiari, Caltagirone, innescando una situazione rovente, proprio per aver violato l'immunità ecclesiastica. Si trattava di una complessa vicenda che vedeva coinvolta una giovane e ricca ereditiera, la principessina Grazia Gravina, contesa tra diversi pretendenti: lo zio Ferdinando, un cugino appartenente ad un altro ramo del casato e Antonio Statella, figlio del marchese di Spaccaforno¹³. Il matrimonio della titolare di un principato e del connesso seggio in parlamento certamente toccava la sfera dell'interesse del governo dell'Isola, e il viceré cardinale Del Giudice non tardò ad ingerirsi nella questione, inviando nella città proprio Gastone, conoscitore dell'ambiente locale, investito degli ampi poteri di commissario generale, con il segreto mandato di favorire l'unione della giovane con il cugino. Il giudice ritenne opportuno far custodire la fanciulla in un monastero di clausura, per evitare incontri pericolosi: ma l'intraprendente marchesino di Spaccaforno non si diede per vinto, e combinò sponsali segreti con l'aiuto di una monaca. Appreso il fatto Gastone montò su tutte le furie, spostò la principessina in un altro monastero di clausura, guardato a vista da uno squadrone di cavalleggeri borgognoni che avevano bloccato tutti gli accessi all'edificio, e innestò uno scontro con il vicario vescovile e con i membri dell'*élite* cittadina che parteggiavano per Statella, forse per evitare che il potere di casa Gravina divenisse eccessivo. Fu così che il giudice e i suoi soldati, inseguendo uno degli oppositori, il barone Chiarandà, per arrestarlo, irrupero con la forza nel convento dei padri crociferi, ove questi aveva trovato rifugio: proprio una delle fattispecie studiate da Gastone del *De spatio Asyli Ecclesiastici*... Il magistrato evidentemente riteneva di poter violare a ragione in questo caso tale privilegio, ma il vicario vescovile Bonanno non fu dello stesso avviso: provvide immediatamente alla scomunica del giudice. Costui non si intimorì, anzi, rilanciò: rispolverò una prerogativa pertinente alla Regia Monarchia, a lungo ritenuta solo teorica, cioè il potere del sovrano siciliano di lanciare scomuniche, e a sua volta fece scomunicare il vicario¹⁴. Recenti ricerche hanno documentato simili casi di

¹³ Sulla vicenda ho in corso di elaborazione un saggio di prossima pubblicazione.

¹⁴ CATALANO, *op. cit.*, 64, scriveva che il Giudice della Monarchia «poteva sospendere l'efficacia e dichiarare la invalidità e la nullità delle scomuniche: privilegio grande ove si pensi che alla sco-

scontro tra la giurisdizione della regia Monarchia e quelle episcopali isolane nella prima metà del sec. XVII, che innescarono una spirale di scomuniche reciproche tali da aggravare ulteriormente la tensione¹⁵. A Caltagirone si verificò una situazione paradossale, degna di una commedia: nessuno poteva parlare con i due scomunicati per non incorrere nella medesima sanzione; il capitano dei cavalleggeri borgognoni, i magistrati cittadini, i sacerdoti, non avevano più interlocutori; il giudice e il vicario erano evitati come appestati. Di una questione così intricata dovettero interessarsi il vescovo di Siracusa, alla cui diocesi Caltagirone apparteneva, e il giudice di Monarchia a Palermo. Alfine, dopo ulteriori atti di forza da parte di Gastone, cui Bonanno continuò ad opporsi fieramente, dall'alto fu imposta una 'concordia': due sacerdoti liberarono reciprocamente i contendenti dalle scomuniche, e la vicenda fu chiusa senza ulteriori clamori. La principessina fu chiamata a corte dal viceré: giunse a Palermo sotto scorta dei cavalleggeri – un vero spreco, in tempo di guerra –, e venne rinchiusa nel monastero di San Vito per evitarle contatti con l'ambiente cittadino e i pretendenti. Quando il viceré la convocò per un'udienza a Palazzo reale, la ragazza si rifiutò di uscire dal convento: di lì a breve prese i voti, e con il nome di Suor Maria Colomba di Gesù entrò nell'Ordine delle Francescane, rifiutando di sottostare ancora alle regole dettate da chi era interessato solo ai suoi titoli e al suo ingente patrimonio, tanto da smuovere, in piena Guerra di successione spagnola, il viceré, un giudice della Gran Corte, il vescovo di Siracusa, il Giudice di Monarchia, perfino uno squadrone di cavalleria, certo più utile in altri scenari.

Una storia davvero esemplare, che ci restituisce il carattere autentico di Gastone, uomo dal forte temperamento, sicuro di sé, capace di pretendere l'applicazione pratica delle proprie teorie, uomo di studio e di azione. La vicenda significativamente precorre di qualche anno quella della Controversia liparitana – e chi sa quante occasioni di scontro si sono verificate, che non hanno avuto la ventura di giungere alle estreme conseguenze, per accortezza, prudenza o ragionevolezza dei protagonisti, che ebbe certo maggiore enfasi e più gravi effetti, culminati nell'interdetto che colpì numerose diocesi siciliane. In effetti la visione sciasciana di Gastone come 'uomo di Stato' ne viene confermata; non del tutto la visione 'riformista' che lo scrittore di Racalmuto vi riconosce, collegando il giudice alla innovativa politica sabauda: la vicenda della principessina si svolge ancora al tempo dei viceré spagnoli, e il *cursus honorum* del magistrato, culminato nell'investitura a marchese dell'Ingegno nel 1738, testimonia che non uscì certo di scena dopo che Vittorio Amedeo scambiò la Sicilia con la Sardegna.

La vicenda ambientata nel Settecento specchio del Novecento vede anche una battuta di Gastone nel dialogo che chiude il III atto della *pièce*: «la sovranità di uno stato cattolico non è illimitata», a proposito dell'intreccio inestricabile delle competenze civili

munica si collegavano *ipso jure* effetti civili. In corrispondenza con quest'ultima facoltà, la dottrina regalista, come si è detto, attribuiva al Re (e quindi al suo delegato, il Giudice della Monarchia) il diritto di lanciar scomuniche: ma non ci risulta che tal presunto diritto sia stato mai esercitato».

¹⁵ D'AVENIA, *La chiesa del re*, cit., 129 ss.

ed ecclesiastiche. Il riferimento è, come noto, alla ‘dottrina della sovranità limitata’ di Leonid Breznev, del luglio 1968. Gastone/Sciascia interconnette politica, diritto, attualità: delle pretese sovietiche sugli stati ‘satelliti’ farà amara esperienza Aleksandr Dubcek, proprio l’A.D. cui è dedicata la *Controversia liparitana*. Possiamo purtroppo constatare, a distanza di più di cinquanta anni, che si tratta di un tema ancora attuale.

3. Sciascia e la cultura storico-giuridica

Le pagine di Leonardo Sciascia ci conducono in una dimensione nella quale ritroviamo costanti senza tempo, pur in romanzi e racconti collocati nel passato, e nonostante l’accuratezza dell’ambientazione: come ebbe ad affermare lo scrittore

«La storia è per me continua fluttuazione e mutazione di passato e presente: di passato che spiega il presente, di presente che spiega il passato. Più spesso, è il passato che mi fa vedere come decantati e assestati in profondità, a giusta distanza, i fatti del presente; i fatti e i problemi che vivo, con cui faccio i conti, su cui mi arrovello. Ma qualche volta è il presente che mi chiarifica e spiega i fatti del passato»¹⁶.

Lo strato profondo delle opere sciasciane di ambientazione storica mi ha sempre stupito per il notevole interesse rivolto a problematiche squisitamente storico-giuridiche, anche di notevole complessità per noi che, per vocazione o mestiere, affrontiamo quotidianamente fonti e vicende legali di tempi lontani. Numerosi testi raccontano di giudici e inquisitori, di giuristi e procedure, di antichi privilegi; addentrandosi perfino in questioni complesse come l’Apostolica Legazia di Sicilia o i cavilli del diritto feudale. Non credo che tale profonda conoscenza sia solo casuale: l’interesse dimostrato dallo scrittore di Racalmuto è strutturale, profondo, lontano dalla patina necessaria ad una ambientazione corretta e nulla più, come in numerose opere contemporanee, bensì dimostra letture accurate di fonti non sempre facilmente accessibili, e una comprensione acuta di dinamiche storico-giuridiche complesse. Nella sua biblioteca Leonardo Sciascia annoverava il notissimo manuale di Francesco Calasso *Medioevo del Diritto* e il volume di Mario Caravale su *Il Regno normanno di Sicilia*. Purtroppo allo stato delle ricerche non sappiamo di suoi rapporti diretti con storici del diritto negli anni Sessanta del Novecento: un talento personale, quindi, capace di cogliere in antiche cronache e polverosi volumi l’essenza di questioni giuridiche del passato¹⁷. Un ulteriore stimolo a rileggere con rinnovato interesse le opere del Maestro di Racalmuto.

¹⁶ SCIASCIA, *Contro i creduti giacobini*, in Caltagirone, Palermo, 1977, 103.

¹⁷ Sulla dimensione storico-giuridica dell’opera di Sciascia rinvio ai contributi pubblicati in *Leonardo Sciascia e la Storia del diritto*, cit. Si veda anche SQUILLACIOTI, *Leonardo Sciascia e la storia del diritto. Intervista a Paolo Squillaciotti*, in *LawArt - Rivista di Diritto, Arte, Storia - Journal of Law, Art and History*, 2, 2021, 335-341.



Giustizia e “senso della giustizia”. Il romanzo di Leonardo Sciascia nella lettura dei giuristi



Vincenzo Ricciuto

1. Nelle pagine finali de *Il contesto*, quando finalmente l'ispettore Rogas – “un letterato dal forte rigore intellettuale” – riesce a farsi ricevere da Riches, il presidente della Corte Suprema, per manifestargli tutti i suoi dubbi sulla condanna di Cres, ritenuto innocente da Rogas, l'alto magistrato si avventura in un apologo sulla giustizia (o meglio: sull'amministrazione della giustizia) proprio per escludere, con sdegno, che la condanna di Cres sia conseguenza di un errore giudiziario.

E così argomenta, “assumendo l'atteggiamento di un prete al catechismo”: “Prendiamo, ecco, la messa: il mistero della transustanziazione, il pane e il vino che diventano corpo, sangue e anima di Cristo. Il sacerdote può anche essere indegno, nella sua vita, nei suoi pensieri: ma il fatto che è stato investito dall'ordine, fa sì che ad ogni celebrazione il mistero si compia. Mai, dico mai, può accadere che la transustanziazione non avvenga. E così è un giudice quando celebra la legge: la giustizia non può non disvelarsi, non transustanziarsi, non compiersi. Prima, il giudice può arrovellarsi, macerarsi, dire a sé stesso: non sei degno, sei pieno di miseria, greve di istinti, torbido di pensieri, soggetto ad ogni debolezza e a ogni errore; ma nel momento in cui si celebra, non più. E tanto meno dopo. Lo vede lei un prete che dopo aver celebrato messa si dica: chissà se anche questa volta la transustanziazione si è compiuta? Nessun dubbio: si è compiuta. Sicuramente”; e dunque: “L'errore giudiziario non esiste”. Incalza Rogas: “Ma i gradi del giudizio, la possibilità dei ricorsi, degli appelli.” La replica di Riches: “Postulano, lei vuol dire, la possibilità dell'errore. Ma non è così. Postulano soltanto l'esistenza di un'opinione diciamo laica sulla giustizia, sull'amministrazione della giustizia. Un'opinione che sta al di fuori. Ora quando una religione comincia a tener conto dell'opinione laica, è ben morta anche se non sa di esserlo. E così la giustizia, l'amministrazione della giustizia: e uso il termine amministrazione, si capisce, per farle piacere; e comunque senza la minima ombra statale e burocratica”.

L'apologo del giudice Riches porta dritti – e non senza un forte sollievo intellettuale – all'aforisma di quel raffinato scrittore francese che fu Alphonse Karr (*L'esprit d'A. Karr: Pensées Extraites de Ses Oeuvres Completes*, Paris, 1877): “non si devono confondere i preti con la religione; né i giudici con la giustizia: perché è così che gli uomini si abituanano a sfi-

dare Dio e la giustizia”. Che è, poi, la conclusione a cui conduce anche il pensiero di un altro giudice, il Presidente di Tribunale Bourriche, che nelle parole di un grande romanziere francese, Anatole France (*Crainquebille*, Paris, 1913) riteneva che “il metodo di esaminare i fatti secondo le buone regole della critica è inconciliabile con la retta amministrazione della giustizia. Se il magistrato commettesse l'imprudenza di seguire questo metodo, i suoi giudizi dipenderebbero dalla sua sagacia personale, che, per lo più, è limitata, e dalla debolezza umana, che non ha limiti. Che autorità avrebbero questi giudizi? Non si può negare che la metodologia storiografica sia del tutto inadeguata a procurare le certezze di cui si ha bisogno quando si giudica”. E dunque nella visione del Presidente Bourriche “coloro i quali chiedono che i giudizi dei tribunali siano fondati sulla ricerca metodica della verità dei fatti sono pericolosi sofisti, nemici insidiosi della giustizia civile e della giustizia militare.”. E così, Anatole France, nella vicenda di quel brav'uomo, Crainquebille, venditore ambulante, ci dice che “Il Presidente Bourriche ha uno spirito giuridico troppo raffinato per far dipendere le sue sentenze dalla ragione e dalla scienza, le cui conclusioni sono da secoli, oggetto di dispute. Egli le fonda sui dogmi e le fa riposare sulla tradizione. I suoi giudizi, perciò, eguagliano in autorità i comandamenti della Chiesa”.

L'apologo di Riches porta al cuore dell'opera di Sciascia, ad una sua “nevrosi”¹ od anche “ossessione” letteraria, come egli stesso definì il suo rapporto con il tema della giustizia, *topos* costitutivo delle vicende umane di quasi tutti i suoi romanzi e che di questi ne offre la chiave di lettura². E tuttavia, non senza ragione, non si è mancato di rilevare, nell'ambito dell'analitica ed intensa riflessione che la dottrina del diritto penale ha dedicato al rapporto tra l'autore siciliano e la giustizia penale, che “la passione giuridica di Leonardo Sciascia non assume mai forme degenerative viscerali, ma, al contrario, si nutre di una analitica vivisezione di vicende giudiziarie raccontate dopo accurati carotaggi degli archivi e puntuali rivisitazioni delle fonti”³.

2. Nel bel libro, *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*⁴, i due curatori del volume, Luigi Cavallaro e Roberto Giovanni Conti (entrambi autorevoli giudici della

¹ COLLURA, *Il maestro di Regalpetra*, Milano, 2019, 159.

² È CONTI, *Sulla strada di Diritto, verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia* (v.nota 3), in *Giustizia insieme*, 2021, a ricordare come Sciascia si sentisse “ossessionato” dal tema giustizia, come egli stesse affermò in occasione del Convegno “Il problema della giustizia”, svoltosi a Recalmuto, suo paese di nascita, il 27 aprile 1986.

³ AMODIO, CATALANO, *La sconfitta della ragione. Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, Palermo, 2022, 26. E sempre nell'occasione del centenario della nascita di Leonardo Sciascia si è sviluppata ulteriormente la riflessione sull'opera letteraria ed intellettuale dello scrittore siciliano, soprattutto nell'ambito del diritto penale. Tra i numerosi interventi e pubblicazioni, cfr. ZILLETI, SCUTO (a cura di) *Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia*, Firenze, 2022, ove, tra gli altri, cfr. V. MAIELLO, *Il liberalismo penale di Sciascia alla prova del pentitismo. Tra letteratura e militanza Civile*, secondo cui l'opera dello scrittore siciliano “ha contribuito a favorire la lettura sociale di un modello liberale e garantista di responsabilità penale e della sua verifica processuale”, 7.

⁴ CAVALLARO, CONTI (a cura di), *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, Bari, 2021,

Cassazione, non è certo irrilevante qui sottolinearlo!) ricordano nella loro *Introduzione* che fu proprio Sciascia a confessare a Claude Ambroise (il curatore delle opere dello scrittore siciliano) che “ tutto, ai suoi occhi, era legato al problema della giustizia (in cui si involge quello della libertà, della dignità umana, del rispetto tra uomo e uomo)”, constatando, i due curatori, “come, nell’intera sua opera, l’anelito per la giustizia costituisca l’autentico *pendant* delle innumerevoli ‘ingiustizie’ (alcune reali, altre immaginate, altre spinte volutamente all’eccesso, al paradosso, alla parodia, alla parabola) di cui sono invece popolate le sue pagine”. Dalle quali viene fuori, come rilevano Cavallaro e Conti, “uno spaccato per nulla edificante del ‘pianeta giustizia’ e dei suoi attori - giudici, avvocati o investigatori che siano: quasi tutti intenti a fabbricare le menzogne di cui si alimenta una ‘verità giudiziaria’ fasulla, ancorché ‘verosimile’”.

E nell’appena edito libro di Ian Thomson, “*Una conversazione a Palermo con Leonardo Sciascia*”⁵, l’autore conclude che “nei libri di Sciascia la Giustizia appare essere un concetto illogico, privo di senso”, nonostante i disperati tentativi di alcuni “illuminati” – secondo la formulazione di Voltaire nelle sue *Lettere filosofiche* – di cercare ed offrire una ragione della propria vicenda umana e professionale, come il capitano Bellodi de *Il giorno della civetta* o, appunto, l’ispettore Rogas de *Il contesto*.

E scrive Sciascia che nell’esperienza di quest’ultimo – un uomo “che aveva dei principi in un paese in cui quasi nessuno ne aveva” – “c’erano più fughe di innocenti che di colpevoli. I colpevoli aspettavano a piede fermo che l’attenzione della polizia si concretizzasse in un mandato di arresto; con impazienza, e magari con una confessione, attraversavano la zona poliziesca: per approdare a quella giudiziaria più sicura, più garantita, dove anche le confessioni avevano bisogno di prova e la prova quasi sempre mancava. Gli innocenti invece fuggivano”, come nel caso di Cres, che entrato innocente nell’ingranaggio poliziesco e giudiziario ne “era uscito dopo cinque anni e senza nemmeno la soddisfazione di una sentenza che riconoscesse, se non l’innocenza, almeno l’insufficienza di quelle prove”.

Rogas si aggrappa alla ragione, perché scrive Sciascia “ho sempre creduto che la ragione sia l’arma più efficace che abbiamo per rimediare ai mali di questo mondo. Ma la ragione da sola non è sufficiente. Dovrebbe essere sempre moderata, come qualsiasi fede, da una sana dose di scetticismo. Il dubbio è l’origine della saggezza”. E citando Diderot, lo scrittore siciliano conclude che “ciò che non è stato esaminato con imparzialità, non è stato esaminato affatto. Perciò, lo scetticismo è il primo passo verso la verità”.⁶

E così anche ne *Il giorno della civetta* (“la legge che nasce dalla ragione ed è ragione”; che così è sentita dal capitano Bellodi, che “con la fede di un uomo che ha partecipato ad una rivoluzione e dalla rivoluzione ha visto sorgere la legge; e questa legge che assicurava libertà e giustizia”), Sciascia manifesta la sua fede nella ragione, fonte di quei principi

26.

⁵ THOMSON, *Una conversazione a Palermo con Leonardo Sciascia*, Soveria Mannelli, 2022, 18.

⁶ THOMSON, *Una conversazione a Palermo*, cit., 53-54.

illuministici e tuttavia con la laica consapevolezza che la legge nasce pur sempre dall'uomo ed è da questo interpretata, applicata, talvolta riscritta.

È al personaggio Parrinieddu, *confidente* dei carabinieri, che Sciascia affida tutto il suo grave pessimismo sul destino della legge, che è legge di un uomo, che “nasce dai pensieri e dagli umori di quest'uomo, dal graffio che si può fare sbarbandosi o dal buon caffè che ha bevuto, l'assoluta irrazionalità della legge, ad ogni momento creata da colui che comanda, dalla guardia municipale o dal maresciallo, dal questore o dal giudice; da chi ha la forza, insomma”. E così, “che la legge fosse immutabilmente scritta ed uguale per tutti, il *confidente* non aveva mai creduto, né poteva: tra i ricchi e i poveri, tra i sapienti e gli ignoranti, c'erano gli uomini della legge; e potevano, questi uomini, allungare da una parte sola il braccio dell'arbitrio, l'altra parte dovevano proteggere e difendere”.

Ricorre, nei romanzi di Sciascia, la distinzione – se non la dicotomia – tra la astratta previsione legislativa ed il comando imposto da un uomo in toga o in divisa; ne emerge, come tratto costante, la visione del diritto e della giustizia dello scrittore siciliano, l'idea dello svuotamento del contenuto del precetto legislativo a favore dell'applicazione della norma, con tutta la irrazionalità che scaturisce da quel comando di quegli “uomini della legge”, secondo il *confidente* Parrinieddu.

E dunque, la legge come prescrizione astratta non evita né impedisce l'arbitrio e così la speranza di Parrinieddu che teneva un figlio in seminario era che questi ne uscisse prima di prendere i voti “per diventare, meglio che prete, avvocato. Varcato il muro non poteva più far paura, la legge: e bello sarebbe stato guardare quelli rimasti di là del muro, del filo spinato”.

3. La giustizia, quella dell'apologo del giudice Riches, quella dell'Istituzione (del Potere) che applica la legge ritorna puntualmente nelle pagine di Sciascia: così ne *La Strega e il capitano*, dove lo scrittore siciliano, traendo spunto da un riferimento contenuto nel XXXI capitolo dei *Promessi sposi*, si propone di realizzare una sorta di postilla alla *Storia della Colonna Infame* (anche in ragione della sua ammirazione per Manzoni⁷) e ricostruisce la vicenda della presunta strega Caterina per dimostrare la mostruosità e follia di quella Giustizia: “Terrificante è sempre stata l'amministrazione della giustizia, e dovunque. Specialmente quando fedi, credenze, superstizioni, ragion di Stato o ragion di fazione la dominano o vi si insinuano”.

Ed è Nicolò Lipari, sempre nel volume di Cavallaro e Conti, rappresentando il pessimismo di Sciascia, a rilevare come “nella sua ricerca della giustizia l'individuo rimane

⁷ Cfr. E. AMODIO – E.M. CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit. 34, dove i due autori parlano di affinità “genetica” con Alessandro Manzoni: “la sua venerazione per lo scrittore lombardo nasce prima di tutto dall'avvertire che anche per lui la storia non è una fuga dalla realtà per nascondersi dietro un ‘travestimento passatista’, ma è il filo di Arianna che fa scoprire continuità e discontinuità nella vita sociale”.

sempre inesorabilmente sconfitto se pensa di affidarne l’attuazione agli organi dello Stato o ai suoi ministri”⁸.

E sconfitti sono anche i protagonisti delle investigazioni raccontate da Sciascia che arrivano a pagare personalmente per l’ostinazione, lo zelo con cui hanno condotto il loro lavoro, invisio al potere, come accade per i personaggi – e solo per citare quelli più noti dei romanzi di Sciascia – del capitano Bellodi de *Il giorno della civetta* e dell’Ispettore Rogas de *Il contestato*.

E puntualmente si è rilevato che “Sciascia si tiene lontano dai togati e diffida di loro. Essi sono portatori di un dogma dell’accertamento giudiziario inteso come atto sacrale. Si potrebbe parlare di un misticismo giudiziario che la vocazione laica ed empirista di Sciascia non può condividere”⁹.

Ed è ancora una giurista, Gabriella Luccioli, a sottolineare come “tutta la produzione letteraria di Sciascia testimonia della mancanza di fiducia per i giudici del suo tempo, definiti in alcune occasioni ‘burocrati del male’ e configurati generalmente come figure ambigue, come antieroi fautori dell’impostura, protagonisti di procedimenti giudiziari troppo inquisitori ed ispirati a logiche di prevaricazioni: ad essi lo scrittore non esitò a rivolgere le critiche più aspre, in quanto una giustizia che non è capace di tradursi in verità non merita rispetto e deve essere fieramente contestata”¹⁰.

E non può stupire che Leonardo Sciascia trovi in un illustre giurista il riferimento costitutivo della sua avversità a quella che potremmo definire la “Giustizia secondo Riches”. Nell’esergo del romanzo *Porte aperte* – considerato unanimemente un libro-manifesto contro la pena di morte – lo scrittore siciliano riporta un passaggio assai noto de *Il mistero del processo* di Salvatore Satta che riproduce una conferenza tenuta dal giurista presso l’Università di Catania il 4 aprile 1949¹¹: “La realtà è che chi uccide non è il legislatore ma il giudice, non è il provvedimento legislativo ma il provvedimento giurisdizionale. Onde il processo si pone con una sua totale autonomia di fronte alla legge e al comando, un’autonomia nella quale e per la quale il comando, come atto arbitrario d’imperio, si dissolve e imponendosi tanto al comandato quanto a colui che ha formulato il comando trova, al di fuori di ogni contenuto rivoluzionario, il suo momento eterno”.

Tradotto sul piano letterario, il tormento del “piccolo giudice” di *Porte aperte* – dal quale ci si aspetta una sentenza di morte – nasce proprio dalla consapevolezza “che non sarà la legge, che pur commina in astratto la pena di morte, ad aver ucciso un uomo. A farlo, in concreto, sarà la sua sentenza, e ciò non gli dà pace”¹².

⁸ N. LIPARI, *Diritto e letteratura in “Todo modo”*, in L. CAVALLARO-R.G. CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 97.

⁹ E. AMODIO-E.M. CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit., 75.

¹⁰ G. LUCCIOLI, *Il sopravvento della superstizione sulla verità e sulla giustizia: “La strega e il capitano”*, in L. CAVALLARO-R.G. CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 125.

¹¹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, pubblicato in origine in S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968.

¹² N. ZANON, *Leonardo Sciascia e “il callo del giudice”*, in L. ZILLETTI e S. SCUTO (a cura di), *Ispezioni*

E così, a ben vedere, la prospettiva del “giurista” Sciascia (“La laurea in legge era la suprema ambizione della sua vita, il suo sogno”: Leonardo Sciascia, *Una storia semplice*) si amplia, investe il compito del magistrato, la sua funzione; e così la questione dell’interpretazione giudiziaria e dell’interpretazione del diritto, più in generale. Fino a cogliere la non coincidenza tra diritto e legge, se è vero, come si è autorevolmente rilevato, che “Sciascia è convinto che la legge non sia uguale per tutti, onde non può in essa consistere il diritto: ‘quella ineguaglianza della legge che la comune opinione ritiene intrinseca al suo realizzarsi contro il principio che invece uguale per tutti la proclama’”.¹³

Sciascia coglie la mutevolezza e la precarietà della giustizia del caso concreto e tuttavia questi limiti sono poca cosa rispetto alla ‘giustizia oracolare’ che è invece falsamente uguale per tutti.

È ancora l’apologo di Riches sull’amministrazione della giustizia a far dire alla dottrina del diritto penale che Sciascia individua proprio in quel passaggio del suo romanzo la irrazionalità (anzi, la follia) della “giustizia oracolare”; ed efficacemente si è scritto che “il rifiuto del misticismo giudiziario induce Sciascia a dare maggior enfasi al suo modo di concepire la giustizia in senso anti-oracolare anche per arginare l’arbitrio degli uomini di legge. Ed indica come indispensabile supporto dell’agire giuridico nelle investigazioni e nel processo ‘la scienza del cuore umano’ vale a dire l’idea di fondo che la giustizia è fatta da uomini per altri uomini, con la conseguenza che l’*umanitas* deve governare la prassi e metterla al riparo da ogni forma di oppressione o vessazione in danno dell’imputato e dei testi chiamati a collaborare con le autorità”.¹⁴

E del resto, Sciascia ci dice che “aver davanti l’uomo, parlargli, conoscerlo, per Rogas contava più degli indizi, più dei fatti stessi”; perché, “un fatto è un sacco vuoto”, dice l’ispettore, “bisogna metterci dentro l’uomo, la persona, il personaggio perché stia su”.

È l’approdo letterario di un ‘diritto vivente’ vs. l’astrattezza della legge, dell’impotenza, dell’irrazionalità di quest’ultima? Contro l’idea dei giudici sacerdoti e del misticismo giudiziario, incapaci di valutare le vicende umane, le verità degli uomini contro le finzioni del diritto?

4. Il pessimismo di Sciascia, l’indignazione morale secondo la lettura di Voltaire e degli Encyclopédistes hanno portato anche a chiedersi se lo scrittore siciliano lasciasse (o possa aver lasciato) una qualche via d’uscita, una qualche vaga e tenue speranza di ricostruire quel tormentato rapporto tra diritto, verità e giustizia, mutuando il titolo dal bel volume curato da Luigi Cavallaro e Roberto Giovanni Conti.

Sono proprio questi due autori ad individuare nell’opera letteraria di Sciascia, nella sua vicenda intellettuale, una qualche possibilità, ancora, di ricomporre quella frattura-

della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia, Firenze, 2022, 139.

¹³ LUPO, *Il diritto tra legge e giudizio: “Porte aperte”*, in L. CAVALLARO-R.G. CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 133.

¹⁴ AMODIO, CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit., 20.

ra, dal momento che la crisi del diritto e della giustizia è conseguenza dalla cattiva loro amministrazione da parte delle istituzioni preposte all'applicazione della legge e non da una irrimediabile “crisi della ragione” (questa sì, che la renderebbe irreversibile) e così lasciando aperta la possibilità, appunto, “che il giudizio raggiunga non una ‘verità’ qualunque, ma precisamente quella verità che possa dirsi anche ‘giusta’”¹⁵.

Nella direzione di una qualche lettura positiva di Sciascia sull'amministrazione della giustizia (senza peraltro mai ricavarne l'idea di uno Sciascia riformatore secondo un modello illuminista) forse può cogliersi il tentativo dello scrittore siciliano di assecondare la sua passione giuridica e l'“ossessione” del “vero giudiziario” nella prospettiva individuata dalla dottrina del diritto penale “di curare la formazione e la cultura degli uomini di legge, poliziotti e magistrati, piuttosto che esaurire tutto l'impegno dell'orizzonte di riforma nella creazione di nuovi precetti penali che potrebbero poi essere vanificati da chi opera come autore del comando da seguire in concreto”¹⁶.

E certo in questa chiave deve essere letto un suo breve ma esemplare intervento consegnato all'articolo *La dolorosa necessità del giudicare*¹⁷, dove, a proposito del reclutamento dei nuovi magistrati sulla base, come è noto, di un concorso svolto su temi riguardanti la teoria del diritto, trova occasione di riflettere su “un potere che non somiglia a nessun altro che sia possibile conseguire attraverso un corso di studi di eguale durata, attraverso una uguale intelligenza e diligenza di studio, attraverso un concorso superato con uguale quantità di conoscenza dottrinarie e con uguale fatica”.

Perché, secondo Sciascia, “il potere di giudicare i propri simili non può e non deve essere vissuto come potere. Per quanto possa apparire paradossale, la scelta della professione di giudicare dovrebbe avere radice nella ripugnanza a giudicare, nel precetto di non giudicare; dovrebbe cioè consistere nell'accedere al giudicare come ad una dolorosa necessità, nell'assumere il giudicare come un continuo sacrificarsi all'inquietudine, al dubbio”.

E a questo punto, la ricostruzione dello scrittore siciliano coglie la frattura tra giudici e legge, che trae origine dal “vagheggiare – e poi praticare – il grande potere che la nostra società ha conferito al giudice come potere fine a se stesso come potere finalizzato ad altro che non sia, caso per caso, quello della giustizia secondo legge, secondo lo spirito e la lettera della legge: spirito – si vorrebbe – mai disgiunto dalla lettera”.

La riflessione di Sciascia finisce, chiaramente, sul terreno politico-istituzionale, in un *Contesto*, per rimanere al titolo del suo romanzo più rappresentativo su questo tema, che è sempre lo stesso nella realtà italiana contemporanea, dove la crisi dell'amministrazione della giustizia “deriva principalmente dal fatto che una parte della magistratura non riesce a *introvertire* il potere che le è assegnato, ad assumerlo come dramma, a dibat-

¹⁵ CAVALLARO, CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 13.

¹⁶ AMODIO, CATALANO, *La sconfitta della ragione*, cit., 21.

¹⁷ SCIASCIA, *La dolorosa necessità del giudicare*, in *Il Giudice*, anno I, n. 1, 1986, 9-10, ora riproposto in *Appendice* nel volume L. CAVALLARO, CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 153.

terlo ciascuno nella propria coscienza, ma tende piuttosto ad *estroversarlo*, ad esteriorizzarlo, a darne manifestazioni che sfiorano, o addirittura attuano, l'arbitrio".

È un tema risalente nella dottrina italiana, che ben potrebbe sintetizzarsi nelle parole di Giovanni Tarello, secondo cui il giudice indipendente, autonomo garantito e financo *giuridicamente irresponsabile* "è stato allevato per *attuare il diritto*, piuttosto che arbitrare interessi"¹⁸, come la pur ineliminabile contiguità dei giudici con gli apparati e le logiche del potere potrebbe indurre a fare.

Né meno grave è il rischio che essi cedano alla tentazione – che l'assenza o l'incapacità del legiferare potrebbe indurre – di costituirsi come potere normativo autonomo, pur considerando, oggi, la crisi che essi vivono "della capacità ordinatrice della fattispecie legale di matrice statutale"; ovvero il frantumarsi nella realtà giuridica contemporanea della "sequenza ordinata di norma, fatto e giudizio, nella quale i manuali di diritto privato e di diritto costituzionale riassumevano e concludevano l'esperienza giuridica"¹⁹. Rodolfo Sacco ammoniva come le giovani generazioni di civilisti avessero dimenticato "com'era comodo avere il sistema. Chi ha un sistema ha una certezza"²⁰.

E così, proprio a fronte della "crisi del sistema" della realtà giuridica contemporanea, della crisi del metodo della sussunzione sillogistica "in cui l'antica tradizione dottrinale risolveva il giudizio, data essendo la norma e accertato che si fosse il fatto", il giudice estensore delle motivazioni di una sentenza finisce per avere il dubbio "che ciò che sta scrivendo corrisponda davvero alla 'esatta interpretazione della legge' auspicata da Calamandrei"²¹.

Qui il percorso del giudice, proprio ad evitare quei paventati rischi, per "arginare l'arbitrio degli uomini di legge" dovrà pur sempre muoversi secondo schemi ordinanti e sistematici che rappresentino il modo in cui la realtà può essere razionalmente conosciuta, una realtà che non può certo rimanere estranea alle riflessioni e alle decisioni del giudice, salvo a muoversi secondo l'apologo di Riches.

Il tema si amplia, inevitabilmente, ai temi del diritto astratto o concreto, al diritto vivente, al formalismo o all'antiformalismo, ecc. Certo è che il giurista – e dunque anche il giudice – ben oltre le forme dell'astrazione concettuale od anche normativa non può mai omettere di considerare che quegli schemi e modelli sono proiezioni di una realtà sociale che ne costituisce il punto di riferimento e senza la quale, come la Giustizia di Riches, non avrebbero alcun senso, meri meccanismi e strumenti concettuali di "finzione" del diritto contro la verità (vera) delle vicende umane.

¹⁸ TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica – Intervista a Giovanni Tarello*, a cura di BESSONE, Bologna, 1979, 11.

¹⁹ Così CAVALLARO, CONTI, *Diritto verità giustizia*, cit., 11.

²⁰ SACCO, *Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1988), Padova, 1991, 1002-1003.

²¹ Così CAVALLARO, CONTI, *op. cit.*, 12.

Del resto, secondo l'ammonimento di R.von Jhering ai giuristi, “si deve prima aver perso la fede nella teoria, per potersene servire senza pericolo”²².

5. Per lo scrittore siciliano, c'è un *senso della giustizia* che quasi sempre si contrappone alla legge e alla giustizia come sistema istituzionale.

Ed è quel *senso della giustizia* che misura la legge e la giustizia di chi comanda (“chi comanda fa legge, e chi vuole godere della legge deve stare con chi comanda”, fa dire Sciascia al personaggio Pizzuco ne *Il giorno della civetta*) e che serve a cogliere la verità degli uomini e a “smascherare” la finzione del diritto.

Legge, giustizia e “senso della giustizia”: è nella relazione tra queste categorie “ordinatrici” del pensiero di Sciascia che occorre trovare la chiave di lettura della sua visione delle vicende umane calate nel contesto giuridico e giudiziale.

Nel dialogo, dentro la caserma, tra il maresciallo Ferlisi – siciliano, comandante della stazione dei carabinieri –, ed il capitano Bellodi – di Parma, uomo della resistenza che ha visto sorgere la Repubblica e le sue leggi – si coglie l'idea del primo sul “senso della giustizia”, che è “istintivo, naturale, un dono”, dice il maresciallo, è la capacità che certi uomini hanno “di saper fare”, “di comunicare, di crearsi immediatamente un rapporto di simpatia, di amicizia” e che per questo “sono uomini rispettati”.

E per dirla tutta, nella teoria del maresciallo e nella sua esposizione al capitano Bellodi, “c'è una cosa che voi non sapete: questi uomini, che la voce pubblica vi indica come capi mafia, hanno una qualità che io mi auguro di trovare in ogni uomo, e che basterebbe a far salvo ogni uomo davanti a Dio: il senso della giustizia”, appunto, “che li rende oggetto di rispetto”.

“Parlo di senso della giustizia, non di amministrazione della giustizia”, conclude il maresciallo, perché è con il primo che una lite per un pezzo di terra, un'eredità, un debito, trova soluzione, “viene un terzo a metterci d'accordo, a risolvere la vertenza”; laddove, davanti alla *vostra* giustizia, quella del capitano Bellodi, mandato lì in Sicilia dallo Stato per riaffermare i principi dello Stato e della sua Giustizia, la lite sarebbe continuata per anni, le parti si sarebbero abbandonate alla violenza. E quindi che interesse avrebbe un “uomo di pace, un uomo che mette pace” di “usurpare l'ufficio di giustizia che lo Stato detiene e che, per carità, è legittimo...”.

A commento di questo colloquio, Natalino Irti (“*Il giorno della civetta*” e *il destino della legge* ²³) dedica la propria riflessione a questa “categoria concettuale” della letteratura (e del diritto!) di Sciascia.

E così, a fronte del “senso di giustizia” del maresciallo Ferlisi, di quel concetto Natalino Irti una diversa idea di Bellodi, laddove rileva che nell'esperienza del capitano (“uomo”, scrive Sciascia, “che ha partecipato a una rivoluzione e dalla rivoluzione ha visto sorgere la legge; e questa legge che assicurava libertà e giustizia, la legge della Repubblica

²² VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza* (trad. it. di Giuseppe Lavaggi), Firenze, 1952, 62.

²³ IRTI, *Il giorno della civetta e il destino della legge*, in CAVALLARO, CONTI, *op. cit.*, 17.

serviva e faceva rispettare”) non v’è istinto o elargizione di doni, ma scelte di volontà e di vita, assunzioni di responsabilità.

Sicché, scrive Irti, “il senso di giustizia’ non ha la oscura naturalità di un istinto, ma è risultato di storia umana, di antichi rapporti sociali e consuetudini di vita, onde è, anch’esso, ‘legge’ al pari di quella statale. La sua ‘naturalità’ è soltanto immaginaria, e serve, a modo di espediente teorico, per distinguerla e innalzarla al di sopra di quella statale, che appare voluta e ‘artificiale’”. E l’uomo “oggetto di rispetto” – nella ricostruzione che Natalino Irti fa di quella intensa pagina letteraria di Sciascia – per il suo ‘senso di giustizia’ “nulla ha da vedere con l’osservante ‘rispetto della legge’; la ‘pace’, il metter pace, prende due significati diversi: nel primo, è accordo di interessi, imposto o suggerito dal terzo che così soddisfa il suo ‘senso della giustizia’; nel secondo, è la protezione offerta nell’ordine e nel vincolo della stabilita convivenza”.

6. Il ‘senso di giustizia’ apre la via alla riflessione su questa categoria concettuale di Sciascia nei suoi rapporti con la legge come volontà dell’ordinamento giuridico statale; e ci inoltriamo, così, sul terreno del diritto e della sua produzione, sull’effettività e vigenza delle norme, sulle sanzioni per la loro inosservanza.

Si badi. Sciascia non descrive, nei suoi romanzi, la morte del diritto, di cui pure una illustre dottrina²⁴ ne prevedeva il sicuro verificarsi in ragione della sua inutilità per gli uomini, muovendo dall’assunto del linguaggio evangelico secondo cui del diritto i buoni non avranno bisogno ed i cattivi non avranno timore; ed in ogni caso né gli uni né gli altri si affideranno ad un sistema definito diritto per regolare il loro agire.

I personaggi dei romanzi di Sciascia, uomini di legge o mafiosi, hanno esattamente in mente la necessità del diritto, delle regole, della disciplina dei comportamenti di ogni vicenda umana che comporti relazioni, vita associativa.

Ma nella rappresentazione letteraria di Sciascia le regole, per *quei* personaggi, trovano fonti diverse: la loro produzione, la loro effettività, la vigilanza sulla loro osservanza, l’applicazione delle sanzioni per il loro mancato rispetto fanno capo a soggetti diversi, ad ordinamenti distinti e contrapposti, che sono costitutivamente in conflitto tra loro, l’esistenza dell’uno esclude quella dell’altro.

Sciascia ne dà, come sempre, uno straordinario esempio, riconducendolo alle riflessioni del capitano Bellodi: “la famiglia è l’unico istituto veramente vivo nella coscienza del siciliano: ma vivo più come drammatico nodo contrattuale, giuridico, che come aggregato naturale e sentimentale. La famiglia è lo Stato del siciliano. Lo Stato, quello che per noi è lo Stato, è fuori: entità di fatto realizzata dalla forza: e impone le tasse, il servizio militare, la guerra, il carabiniere. Dentro quell’istituto che è la famiglia, il siciliano valica il confine della propria naturale e tragica solitudine e si adatta, in una sofisticata contrattualità di rapporti, alla convivenza. Sarebbe troppo chiedergli di valicare il confine tra la famiglia e lo Stato. Magari si infiammerà dell’idea dello Stato o salirà a dirigerne il

²⁴ CARNELUTTI, *La morte del diritto*, Padova, 1953.

governo: ma la forma precisa e definitiva del suo diritto e del suo dovere sarà la famiglia, che consente più breve il passo verso la vittoriosa solitudine”.

Sono le pagine più belle ed intense de *Il giorno della civetta*, dove il diritto diventa letteratura, rappresentazione di verità degli uomini a fronte dell'astrazione della legge che costruisce e definisce istituti, rapporti, situazioni solo formali e dunque finzioni della vita.

Nella letteratura giuridica, e soprattutto della dottrina del diritto civile, le pagine di Sciascia conducono ad uno dei grandi temi da sempre al centro della riflessione di illustri studiosi.

Nel ricordo personale di chi scrive, la memoria va all'anno accademico 1980-81 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “La Sapienza”, nei primi giorni di lezioni di Istituzioni di diritto privato.

Nell'introdurre e trattare il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici, Natalino Irti a noi giovani studenti frequentanti il suo corso di lezioni riportò proprio le pagine di Sciascia de *Il giorno della civetta*, l'intensità di quelle pagine e la loro significazione sotto il profilo giuridico, ricordando i colloqui tra quei personaggi, lo scorrere delle figure alla ricerca della loro migliore collocazione sul palcoscenico del diritto, a fronte della pluralità degli ordinamenti, muovendo proprio dalle parole di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, 1917-1918), illustre giurista siciliano, che, come è noto a noi tutti, ammoniva che “ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto”.

E così, ancora, richiamando le condotte dei vari personaggi, ognuno di loro impegnato a dar conto o a dar lezione al capitano Bellodi, ossia lo Stato in persona, a sua volta sconvolto dinnanzi a tanta variegata umanità nella tragicità – ma anche verità – delle proprie vicende; e così dinnanzi allo smarrimento della vedova Nicolosi, incerta, nella sua testimonianza, se dar retta al capitano – e dunque allo Stato – o a quegli altri, ai mafiosi, alla loro legge.

Ed è Natalino Irti a ricordarci, ancora oggi, come quelle pagine di Sciascia che descrivono la pluralità di istituzioni o corpi sociali “nulla dicono, né possono dire, circa la responsabilità della scelta; nulla suggeriscono, né possono suggerire, circa la decisione di abitare dentro l'una o dentro l'altra. E così si torna, quasi per inatteso cammino, alla ‘naturale e tragica solitudine’, non soltanto del siciliano ma di ciascun individuo, il quale è dalla vita chiamato ad una scelta, e nessuno può sostituirlo in questa decisione e farla per suo conto. La scelta tra i due ‘sistemi’, tra il nativo ‘senso di giustizia’ o l'astratta lontananza delle norme statali, è affidata alla decisione del singolo, che li ha ambedue dinanzi a sé, – o, meglio, dentro di sé – e li confronta e valuta, e infine ne ‘preferisce’ uno, e vi si chiude in modo pieno ed esclusivo. Non c'è via di mezzo, né soluzione transattiva, poiché ciascun ‘sistema’, appunto perché ‘sistema’ (ossia uno stare insieme nell'unità) vuole l'individuo tutto per sé; include ed esclude”²⁵.

²⁵ IRTI, *op. cit.*, 22.

7. Il tema della pluralità degli ordinamenti richiama – come suo presupposto concettuale – quello della dimensione giuridica statale, e così pone la domanda se possa aversi una dimensione giuridica per così dire *parallela* alla prima che, pur nella diversità dell'origine, della provenienza, dei soggetti e della sua effettività, della prima ne ricalchi in qualche modo l'essenza nelle sue manifestazioni.

Certo, storicamente, la funzione del diritto ha trovato la propria realizzazione nell'ordinamento giuridico statale che ne ha assicurato effettività e tutela ed in quell'ambito con maggiore compiutezza rispetto ad altri organismi, realizzando meglio la sintesi tra razionalità ed autorità nelle relazioni e vicende umane.

E così *quell'*ordinamento ha finito per imporre il proprio sistema di qualificazione e valutazione delle condotte, ha dettato o consentito schemi e modelli di organizzazione di interessi. Ed anzi, ancor prima, la dimensione giuridica statale ha tracciato – e traccia – il discrimine tra ciò che è diritto e ciò che diritto non è.

La questione è ricondotta, nelle riflessioni della dottrina del diritto civile, semmai ai limiti di quella dimensione giuridica, ponendosi il tema degli “spazi” che rimangono “liberi dal diritto”, e non tanto con riguardo a quell'area per la quale non è necessaria alcuna regolamentazione (poteri, obblighi, doveri, soggezioni) ma, per dirla con l'illustre dottrina di Pietro Rescigno, “anche agli ambiti da cui il diritto può rimanere assente, anche se non manca una dimensione ‘giuridica’ dei fatti alla stregua della prospettiva che nella nostra vicenda culturale va sotto il nome di dottrina della pluralità degli ordinamenti. Nella prospettiva ricordata, in primo piano si pone la capacità di organizzazione della realtà sociale al di là degli stretti comandi provenienti dall'autorità statale”²⁶.

Leonardo Sciascia coglie il fenomeno (giuridico) della pluralità degli ordinamenti nella rappresentazione di tutti i personaggi che sfilano davanti al capitano Bellodi e sono chiamati a scegliere a chi dare retta, a quale legge ubbidire, quali sanzioni temere dell'uono o dell'altro ordinamento.

E ciò evoca in Natalino Irti l'idea che “la dottrina della pluralità degli ordinamenti traduce in linguaggio giuridico la pluralità degli ‘inizi’, ossia delle scelte individuali, per cui ciascun uomo *non si trova* in un dato diritto, ma *vuole* la legge alla quale prestare obbedienza. Quando teorici e filosofi del diritto scorgono ordinamenti giuridici anche in bande criminali, moti rivoluzionari, sette religiose, e dunque in qualsiasi umano aggregato che dia a sé stesso un inizio e un corpo di leggi, così moltiplicando e relativizzando i *nomoi* fondativi, allora si avverte come questa folla di Dei, questo *politeismo giuridico*, possa sciogliersi soltanto per la decisione di ciascun individuo. Non si tratta più di descrivere, dal di fuori e dall'alto, la pluralità dei mondi giuridici, ma di scegliere il proprio: che è il luogo di vincoli obbliganti e di individuale obbedienza”²⁷.

²⁶ RESCIGNO, *Introduzione* al volume *Oltre il diritto*, a cura di COSTANZA, Padova, 1994, 5.

²⁷ IRTI, *op. cit.*, 23.

8. In una pagina scritta da Sciascia (una nota nel 1972, in occasione di una delle tante edizioni de *Il giorno della civetta* per i tipi dell'Einaudi), lo scrittore siciliano ricorda che scrisse quel racconto nel 1960 ed “allora il Governo non solo si disinteressava del fenomeno della mafia, ma esplicitamente lo negava”, pur a fronte di inchieste e saggi che del fenomeno, invece, si occupavano diffusamente. Ed addirittura venivano pubblicati romanzi ed opere teatrali della fine dell'800 o dei primi anni del secolo scorso, che pur non configurando un'apologia di quel fenomeno, tuttavia rappresentavano una certa realtà sociale, una borghesia, scrive Sciascia, che “assumeva la mafia quasi come una ideologia e la praticava come regola di vita, dei rapporti sociali, della politica”.

Insomma, secondo Sciascia, quelle opere “erano un'apologia non della mafia come associazione delinquenziale (che in questo senso si negava esistesse) ma di quello che il più grande studioso delle tradizioni popolari siciliane, Giuseppe Pitrè, chiamava ‘il sentire mafioso’: cioè di una visione della vita, di una regola di comportamento, di un modo di realizzare la giustizia, di amministrarla, al di fuori delle leggi e degli organi dello Stato”.

Sarebbe bastata già questa rappresentazione a far parlare di un “ordinamento” a sé, ma Sciascia va oltre, *quel* sentire diventa “sistema”, contiene e muove poteri ed interessi economici. Ma, avverte lo scrittore, quel sistema “non sorge e si sviluppa nel ‘vuoto’ dello Stato (cioè quando lo Stato, con le sue leggi e le sue funzioni, è debole o manca) ma ‘dentro’ lo Stato”.

È ancora il tema della dimensione giuridica statale, della vicenda che la cultura del diritto ha posto come questione della pluralità degli ordinamenti.

Natalino Irti scrive che Sciascia “avverte il ‘destino della legge’, ‘destino di Nomos’, che, da un lato, è, e non può non essere, impersonale, astratto lontano, e, dall'altro, è percorso da un'interiore sofferenza, da una inquieta vibrazione a farsi diverso”.

Quel “diritto ad essere uomo” di cui parla l'avv. Di Biasi (ne *Il Consiglio d'Egitto* del 1961, due anni dopo *Il giorno della civetta*: “Il diritto del contadino a essere uomo... non si può pretendere da un contadino la razionale fatica di un uomo senza contemporaneamente dargli il diritto ad essere uomo...Una campagna ben coltivata è l'immagine della ragione: presuppone in colui che la lavora l'effettiva partecipazione alla ragione universale, al diritto”) fa dire ad Irti che “quel diritto non è un dono naturale, una qualità di carattere biologico, ma va ‘dato’, e darglielo non si può, nella terrena storia degli uomini, se non traducendolo e incorporandolo nella tutela della legge. La quale, ricevendolo in sé, lo fa diritto positivo, cioè posto da uomini per altri uomini, e lo assicura al singolo nella particolarità dei casi e nella concretezza delle situazioni sociali. La pretesa a una ‘razionale fatica’ non è disgiungibile da una ‘effettiva partecipazione alla ragione universale, al diritto’: il circolo della ‘razionalità’ richiede la ‘effettività’ di una tutela, raggiungibile soltanto in forza di una legge, non vagamente ‘universale’, ma storicamente positiva”²⁸.

La lettura della narrativa di Sciascia in ordine alla legge e al diritto porta – secondo quel circolo della razionalità – al loro rapporto con la giustizia (“la voce solenne di Dike”,

²⁸ IRTI, *op. cit.*, 23-24.

scrive Irti), e così questa “facendosi umana e terrena ‘esperienza’, si risolve nella pretesa di tutelare una o più categorie di interessi, o realizzare uno o più ideali, e perciò si innalza a ‘giudice’ del diritto positivo, dicendolo ‘giusto’ se soddisfa quegli interessi o ideali e ‘ingiusto’ se li lascia privi di protezione”.

E così, conclude Irti, “la positività è il destino ultimo di *Nomos*”, “legge e sentenza appartengono al mondo della positività”, sul rilievo che “una pretesa di ‘giustizia’ che non tenda a effettuale vigore di norme, e dunque a tradursi in diritto positivo, è consolante illusione o ingannevole vaneggiare”²⁹.

La ricostruzione del fenomeno giuridico nella narrativa di Sciascia, le letture che i giuristi hanno offerto del rapporto tra “Diritto verità giustizia” (per rimanere al titolo del libro curato da L. Cavallaro e R.G. Conti) nella posizione dello scrittore siciliano portano a cogliere nella sua letteratura la visione del primato del diritto positivo (“la legge che nasce dalla ragione ed è ragione”, ne *Il giorno della civetta*) poiché, alla fine, come scrive Giovanni Battista Ferri in tema di pluralità degli ordinamenti giuridici “tra le tante regole che la realtà sociale esprime, le regole prodotte dal sistema statale sono quelle fornite di maggior forza, quelle che, a differenza di tutte le altre, sono in grado, come è testimoniato dalla stessa esperienza storica, di conferire la stabilità e la vincolatività più incisive ai rapporti che nascono in maniera, per così dire, *conforme* al loro contenuto. E, proprio per questa specifica caratteristica, si è finito, come è noto, per considerarle le uniche regole che è possibile, senza tema di smentita, definire *giuridiche*”³⁰.

Le uniche che porteranno alla fine del romanzo di Sciascia a far dire – anzi, a poter far dire – al capitano Bellodi -rientrato a casa dopo la vana, a quel momento, ricerca della verità sugli omicidi su cui era stato mandato ad indagare- che sarebbe tornato in Sicilia per assicurare libertà e giustizia, secondo la legge della Repubblica, pur consapevole dei rischi: “Mi ci romperò la testa”, dirà a voce alta.

²⁹ IRTI, *op. cit.*, 24. Nel giudizio di LIPARI, *Diritto e letteratura in “Todo modo”*, cit., 97, “l’opera di Sciascia si colloca, da questo punto di vista, lungo la linea di uno spartiacque che mi sembra segnare il passaggio dalla stagione di *Nomos* a quella di *Dike*”. Sul destino di *Nomos* torna ancora N. Irti, ricordando, sull’idea di W. Jaeger, che “legge è il diritto non ‘trovato’ in qualche oscuro luogo della terra o del cielo, non intuito o sentito, ma ‘posto’ dalla volontà umana”. Così, “il levarsi del ‘diritto’ contro ‘la legge’ si rivela per proposito e desiderio di altre leggi, così riconoscendo che soltanto la posizione di norme è in grado di realizzare ‘diritto’ o ‘giustizia’ o qualsiasi ideale di società”: IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI, IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, 151-152.

³⁰ FERRI, *Il diritto statale e il suo doppio*, in COSTANZA (a cura di), *Oltre il diritto*, 10. E così, l’illustre giurista sottolinea come “L’ordinamento statale, come è noto, si è storicamente imposto sulle altre forme di organizzazione della società, per la maggior efficienza del suo sistema organizzativo, per l’ampiezza della sua produzione normativa, per l’articolazione di questa che tende a disciplinare interessi e comportamenti, qualificandoli e valutandoli nel quadro di una visione generale dell’intera società cui si rivolge”, 24.



Per un rinnovamento della teoria generale del diritto privato, ovvero: la forza sociale dell'individualismo*



Mauro Grondona

SOMMARIO: 1. Premessa: il diritto di una società aperta. – 2. Il pluralismo giuridico. – 3. L'ordine giuridico.

1. Premessa: il diritto di una società aperta

Il libro di Michele Spanò si presenta, ai miei occhi, come un'ambiziosa (e, nella prospettiva dell'a., pienamente riuscita) proposta di teoria generale del diritto, tutta protesa sul versante della socialità, diciamo pure del comune e del collettivo: comune e collettivo quali poteri istituenti, cioè poteri che creano diritto, e lo fanno a beneficio del collettivo e contro l'individuale. Nel presupposto che, tra il collettivo e l'individuale, non vi possa essere se non tensione e frizione; laddove, come cercherò più avanti almeno di accennare, l'attuale e per molti versi felice condizione del diritto postmoderno – nel senso di: plurale, flessibile, globalizzato, antidogmatico, giurisdizionalizzato – non solo può favorire una conciliazione tra l'individuale e il collettivo, e dunque tra le pretese delle persone e l'ordinamento, tra la libertà e i suoi limiti, ma può far sì che la dimensione collettiva, e cioè sociale, come tale ineliminabile, se non a costo di privare l'essere umano di uno dei suoi tratti costitutivi, appunto la socialità, funzioni quasi come paracadute, rispetto agli innumerevoli esperimenti sociali che l'agire individuale spontaneamente origina. In questo senso, l'individuale e il sociale, la libertà e il limite, il diritto privato e il diritto pubblico, la forza soggettiva e la forza oggettiva della giuridicità, non esprimono grandezze, o dimensioni, o aree, o luoghi politici (del resto, ogni azione, tanto individuale

* Appunti sparsi a margine di: Michele Spanò, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022.

quanto sociale, ha una intrinseca, ineliminabile, politicità) reciprocamente lontani, o, ancor peggio, contrapposti, ma del tutto complementari: ciò che è individuale può rimanere tale (se risulta socialmente recessivo), ma spesso ciò che è individuale diviene anche sociale, proprio grazie a quelle caratteristiche di duttilità, flessibilità, adattabilità, inclusività (il diritto contemporaneo al quale tutti guardiamo con fiducia è il diritto di una società aperta, non il diritto delle ancore numerose società chiuse e che, in quanto tali, si oppongono all'apertura, cioè alla forza nomopoietica dell'individuo, che è la forza nomopoietica della libertà), competizione (tra idee, modelli, diversi individualismi: del resto, l'appena evocata società aperta è una società a fondamento individuale; e potremmo dire – richiamando alla memoria la famosa affermazione di Rodolfo Sacco, per cui 'la funzione sociale del contratto è il mercato' – che la funzione sociale dell'individuo è la società libera), che l'attuale diritto presenta, offrendo così grande spazio per una rinnovata e ambiziosa riflessione a cavallo tra il principio dell'*ex facto oritur ius* e la figura del *ius controversum*, che, appunto oggi, se si riuscisse a lavorare in stretta sinergia con giusantichisti (il diritto greco è una luce che splende, senza abbagliare¹; ma troppo spesso è lasciata spenta) e giusantropologi², potrebbero essere messi a frutto in relazione a un evolucionismo giuridico che va di pari passo con la vertiginosa accelerazione del tempo del cambiamento (il problema più spinoso, questo, per una società liberale e per quell'individualismo filosofico-politico che ne è il presupposto ordinamentale; ma, a veder bene, è ancora e sempre il problema del rapporto tra continuità e discontinuità, che sta appunto al cuore di ogni prospettiva ermeneutica, e il diritto è una costante riflessione ermeneutica su sé stesso e sulla forza trasformativa di esso, nonché, appunto, sui tempi e sulle modalità delle trasformazioni socio-giuridiche in quanto tali), e che necessariamente richiede nuove e sperabilmente originali risposte teoriche.

Spanò – dicevo in apertura – guarda al diritto dal lato della socialità. Non è infatti un caso che tutti i saggi di cui il libro si compone siano, per un verso, una critica rivolta contro il diritto soggettivo (peraltro, un istituto giuridico che non sembra indispensabile come tale, almeno oggi³: il concetto di pretesa individuale⁴, e soprattutto di interesse meritevole di tutela, parrebbero più elastici e dunque maggiormente idonei all'interno di un sistema ordinamentale non instabile ma certamente mobile quale quello delle

¹ STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020.

² FOLETS, GOODALE, SAPIGNOLI, ZENKER (ed. by), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford, 2022.

³ E tuttavia, già ieri, osservava, ben fondatamente, SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile* (1960), in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, 2895 ss., qui 2898: «[D]a un punto di vista metodologico, non si raccomanda un'interpretazione che cerca di cogliere il significato di un elemento di una certa fattispecie, avvalendosi di un concetto dogmatico, quale quello di diritto soggettivo assoluto: concetto che non solo è frutto di elaborazione puramente teorica, ma per di più è particolarmente tormentato e controverso».

⁴ Qui il riferimento imprescindibile, soprattutto nella prospettiva giusevoluzionista, resta LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004. Ma allora si vedrà con gran profitto: CUBEDDU, *Scambio dei poteri e stato delle pretese. Scritti su Bruno Leoni*, Prefazione di A. Mingardi, Torino, 2021.

contemporanee società aperte), e, per altro verso, una critica rivolta contro la classica (ma anch'essa certamente oggi meno salda di ieri) distinzione tra diritto privato e diritto pubblico (da questo punto di vista, preciso subito, proprio una visione giusevoluzionista a fondamento individuale può consentire un continuo scambio tra diritto privato e diritto pubblico al di fuori di ogni dogmatismo nozionistico rispetto a determinate categorie concettuali, che sono come sempre meri strumenti ordinatori, senza poter avere, in sé, alcuna rilevanza, e soprattutto incidenza, ontologica).

Peraltro, al di là di sensibilità culturali e propensioni politico-filosofiche maggiormente orientate lungo l'asse della socialità ovvero lungo quello dell'individualità, non c'è dubbio che, non già chi si occupi di diritto privato in senso strettamente esegetico-normativo, ma chi pensi al diritto privato in primo luogo come a una teoria generale della società (teoria, di cui, peraltro, noi tutti siamo parte attiva, in quanto esseri viventi in un contesto politico, quale quello del cosiddetto mondo occidentale, che guarda con favore a tutto ciò che porta o che possa portare a un progressivo avanzamento della libertà individuale – in questa prospettiva evoluzionista, anche l'errore, ovviamente, è strumento di conoscenza, e dunque di miglioramento e di progresso; del resto, ogni società effettivamente liberale è una società popperiana, o comunque è una società nella quale il tasso di 'popperianesimo giuspolitico' è bensì tale da non far temere gli errori, ma, al contempo, è altresì tale da favorire un contesto culturale all'interno del quale il concetto stesso di libertà non si trasformi in errore, e l'errore reiterato, perché non corretto, distrugga così la stessa libertà), in questo volume troverà interessanti e condivisibili supporti per meglio tracciare (anche criticamente, s'intende) il percorso della libertà e dell'autonomia, che però sono, e restano, gli assi portanti di qualunque teoria sociale non autoritaria.

Orbene, rispetto all'impostazione generale di Spanò, chi scrive è sicuramente d'accordo nel vedere (ma ovviamente con fiducia assai maggiore) nei poteri individuali, dunque nell'azione umana (qui pensando in particolare alla lezione della Scuola austriaca, e su questo punto soprattutto a Ludwig von Mises, nonché alla magnifica elaborazione teorica hayekiana⁵, che è un vero pilastro epistemologico proprio rispetto alla dimensione attuale della giuridicità: a trazione individuale, e dunque giurisprudenziale; tanto che, si potrebbe dire senza particolari difficoltà, al di là delle sempre in agguato tigne tra l'ideologismo e il dogmatismo, che siamo tutti hayekiani, cioè siamo tutti individualisti, e l'individualismo – sommamente benefico perché aperto a recepire tutto ciò che di meglio l'umanità è in grado di realizzare – non coincide con quell'egoismo da tanti identificato in un malefico prodotto liberale, anzi, nel liberalismo comunitario potendo trovare un temperamento in quella chiave sociale che è il perfetto contraltare della dimensione indivi-

⁵ V. in particolare: HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, ed. by SHEARMUR, Chicago, 2022; ID., *The Sensory Order and Other Writings on the Foundations of Theoretical Psychology*, ed. and with a Foreword by V.J. Vanberg, Chicago, 2017; in trad. it., usciti in nuova ed. presso Società aperta, abbiamo ora: VON HAYEK, *L'ordine sensoriale. I fondamenti della psicologia teorica*, Prefazione di R. Cubeddu, Milano, 2021; ID., *Diritto, legislazione e libertà*, a cura di INFANTINO e MONATERI, Milano, 2022.

duale), il più efficace, efficiente, effettivo ‘motore sociale’ – con un continuo e reciproco scambio tra ciò che è individuale e ciò che è, o che è anche, sociale.

2. Il pluralismo giuridico

Vediamo allora, intanto, come si presenta il volume, che nasce come raccolta di saggi (una ‘notizia sui testi’ si legge a p. 26), e «[c]iascun saggio è un colpo di sonda deciso a fare luce su una relazione – quella che lega il diritto privato al collettivo, al molteplice, all’innumerabile, al più d’uno – che sembra avere la forma di un’impossibilità» (9).

Orbene, all’introduzione ‘Fare il molteplice. Appunti per una ri-civilizzazione del diritto privato’, seguono sette scritti: ‘Istituire i beni comuni. Una prospettiva filosofica-giuridica’; ‘Il comune rimedio. Un’apologia minima della tutela’; ‘Situazioni dell’autonomia. Sul carattere cooperativo del diritto privato’; ‘«Cambiare sole»’. Il diritto privato come infrastruttura del comune’; ‘Più d’Uno. La class action tra «tortificazione» del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo’; ‘Le istituzioni dei privati. Autonomia, rapporti, cooperazione’; ‘Al di là del diritto soggettivo. Il diritto civile e la politica dei moderni’.

La critica di Spanò, vista nella sua portata generale, che qui mi limito ad accennare, ha ovviamente non solo una rilevanza teorica, ma anche significative ricadute pratiche: «Tutti gli istituti del diritto privato – contratto, proprietà, responsabilità civile – attendono di essere riletti alla luce di un diritto privato concepito e praticato come diritto del comune. Un diritto privato liberato dal nesso che ancora lo lega falsamente e pericolosamente allo Stato, alla legge e al pubblico [...]» (87).

Aggiungerei che, sotto il profilo teorico, la critica che l’a. sviluppa non è l’unica che possa condurre a conseguenze, se non identiche, simili, almeno rispetto alla dimensione del pluralismo giuridico: penso, ad esempio, alla raffinatissima elaborazione teorica che un filosofo del diritto come Francesco Viola sta svolgendo in questi ultimi anni, insistendo bensì sul diritto come ragione pratica dell’agire, e dunque aprendo alle prassi sociali, ma poi da ultimo distinguendo tra individualismo e singolarismo, o singolarità⁶, temendo egli infatti che la centralità del singolo possa in sostanza distruggere, più che non costruire, laddove Spanò non teme affatto le singolarità, ma anzi guarda a esse come aggregati sociali mobili, e appunto plurali, che, aggregandosi a seconda dell’interesse che questi soggetti intendono proteggere, e anzi vedere protetti, producono nuovo diritto («I bisogni sociali, proprio quando cominciano a essere soddisfatti universalisticamente, divengono anche la posta in gioco di movimenti politici della differenza e della singolarizzazione», 121).

In ogni modo, il punto di partenza del ragionamento e dell’impostazione del lavoro è nel segno del pluralismo: sociale e quindi politico; il punto di arrivo è nel segno di un

⁶ VIOLA, *Diritto e cultura* (draft – 8 novembre 2022), https://www.academia.edu/90470121/Diritto_e_cultura; e ora ID., *Indipendenza, dipendenza, interdipendenza in una società di singoli*, in ALICI, PIEROSARA (a cura di), *Debito e promessa. Tra dipendenza e autonomia*, Milano, 2023, 23 ss.

diritto oggettivo e cioè di un ordinamento giuridico che in sostanza è il prodotto di questo pluralismo.

Naturalmente, la forza del pluralismo, la forza del collettivo, la forza del comune va differenziata: c'è una forza materiale (e l'aspetto della materialità nel libro ritorna più volte), e poi c'è una forza giuridica, quel giuridicamente rilevante che, come tale, entra nel perimetro delle fonti del diritto.

Ma il problema non è tanto quello delle fonti del diritto (oggi, davanti a un diritto fortemente giurisdizionalizzato, non siamo certamente in un'epoca in cui la situazione giuridica soggettiva fatta valere è tutelata solo se possa essere sussunta all'interno di una fattispecie che attribuisca al soggetto un diritto); il problema è quello della giuridicizzazione degli interessi.

Dal punto di vista delle tutele («La tutela è davvero un nuovo nome dell'equità, che però non opera secondo il principio del restauro e della deroga, ma come motore del cambiamento giuridico e dell'estensione di ciò che conta come diritto, una volta che abbia spezzato il rapporto tra determinazione del diritto e realizzazione – tramite azione – dell'interesse», 53), non c'è dubbio che vi è stata un'espansione (si parla ormai abitualmente di linguaggio dei rimedi, e Adolfo di Majo è infatti autore utilizzato da Spanò) rimediale, e quindi, al di là del fatto che vi sia o no un diritto soggettivo, ci dovrà essere tutela quando vi sia un interesse qualificato dalla giurisprudenza (nella logica di una dialettica storicisticamente orientata, s'intende) come giuridicamente rilevante.

Mi pare, allora, che il principale problema non sia oggi quello dell'abbattimento del diritto soggettivo, che è stato sconfitto, direi con certezza, a partire dalla celeberrima sentenza di Cassazione n. 500 del 1999 (in dottrina, ciò era accaduto senza dubbio ben prima, a partire dagli anni Sessanta, come ognuno ben sa); si tratta piuttosto di riflettere intorno alle tecniche argomentative attraverso cui far entrare nello spazio della giuridicità ciò che non è, o non è ancora, giuridico: qui le opzioni teoriche sono le più varie, nel senso che possono essere, e in effetti sono, differenti le strade che si possono percorrere per arrivare a una giuridicità non imposta da un legislatore, ma costruita, e forse meglio proposta, dal basso, e poi però recepita da un livello più alto: l'ordinamento giuridico reso duttile dal ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto.

3. L'ordine giuridico

Parlare di recezione della giuridicità implica necessariamente far riferimento a un filtro, a una mediazione, esercitata da un livello che sta sopra il mero fatto: è un aspetto insuperabile e al centro della questione dell'ordine: tanto politico, quanto giuridico.

Siamo dunque di fronte all'esercizio di un potere politico, accentrato o diffuso che sia, il quale, selezionando e distinguendo, non libera comunque il diritto dalla dimensione ordinamentale: che si tratti poi di un ordinamento statuale o non statuale, non cambia i termini della questione.

Michele Spanò è antistatalista da sinistra, e persegue con fiducia la sua strada («Il diritto e la società sono [...] una cosa sola [...], 87); ma le cose non sono così diverse, se

pensiamo agli antistatalisti da destra: soprattutto Murray Rothbard e i suoi seguaci – pochi ma certamente agguerriti.

Anch'essi vogliono abbattere lo Stato; anch'essi non possono superare il problema del filtro: recezione, qualificazione, accoglimento, riconoscimento. Possono essere tanti i nomi che contraddistinguono un fenomeno che è reale, e che del resto pone anche la questione del conflitto rispetto alla quale, tanto chi guardi all'individuo quanto chi guardi al collettivo o alle singolarità sparse nell'ambito sociale, e che poi trovano necessariamente momenti di aggregazione, è sensibile.

Proprio il conflitto pone il problema di disporre di un criterio di giudizio, di un *tertium comparationis*, di un ordine giuridico, che, nazionale o sovranazionale, statutale o non statutale, opera sempre in chiave selettiva, e in questo senso sovrana (e l'esempio di Cesarini Sforza, che pure Spanò in più luoghi presenta come punta avanzata del pluralismo, in realtà – come rileva del resto lo stesso a. –, delude, perché Cesarini Sforza era un convinto corporativista, e in questo senso un giurista ideologicamente autoritario).

Orbene, se l'obiettivo è quello di mettere a punto una teoria giuridica che consenta di rendere più mobile l'assetto giuridico, di renderlo plurale, cioè di far entrare nel massimo grado possibile gli interessi sociali all'interno dell'ordinamento (ora non distinguiamo tra interessi individuali e interessi collettivi, nel senso di interessi di collettività, di gruppi), è ovvio che un filtro serve, perché siamo perfettamente all'interno della lotta per il diritto, cioè della lotta per il riconoscimento giuridico.

Io mi sento vicino alla proposta di un pluralismo integrale, che ben può essere accostata a quel liberalismo integrale di cui si accennava all'inizio e che però ammette la falsificazione (e in questo senso è una teoria scientifica e non solo una dottrina ideologica): la falsificazione si ha nel momento dell'eccesso di pluralismo sfociante in un eccesso di tutela (tanto è vero che, appunto il già evocato Popper, poneva dei limiti contro quell'eccesso di liberalismo che rischia di portare alla distruzione la società aperta).

Si tratta allora di un rischio insito tanto in una teoria tutta improntata al sociale, al collettivo, al comune, quanto in una teoria tutta improntata all'individuale.

Del resto, ci sono alcune pagine dedicate al tema della pretesa, valorizzata non tanto nell'ottica dell'azione, ma nel senso strumentale di nuovo interesse portato in giudizio perché possa ricevere una qualificazione giuridicamente rilevante e in favore, ovviamente, di chi questa qualificazione invoca («Ciò che governa in prima istanza il diritto dei rimedi è dell'ordine dell'interesse e del bisogno, non del diritto; dell'attore, non dell'ordinamento. Se perciò esso intrattiene un rapporto non estrinseco con il processo e le sue regole, tuttavia non si esaurisce mai in esse. A contare nel caso dei rimedi è sempre prima di tutto l'effettività della tutela giurisdizionale, ma soltanto laddove essa sia compresa a sua volta come un effetto di quegli stessi rimedi che la sollecitano; che, propriamente, attivandosi, la "effettuano"», 50).

Benissimo, a mio modo di vedere, che la pretesa assuma il ruolo di fonte indiretta. Fonte diretta, è impossibile: ma ciò è impossibile pure nell'ottica del collettivo, del comune; anche il collettivo, il comune esprimono un ordine giuridico: ovviamente, quando ci si trova di fronte a gruppi contraddistinti da una compattezza ideologica, è chiaro che non sia avvertita la presenza ordinamentale, ma anche qui l'ordinamento c'è, esattamente

te come c'è (dico 'ordinamento' nel senso di un livello più ampio e sovraindividuale) all'interno di quegli esperimenti di città o comunità libertarie statunitensi; come c'è all'interno di quegli esperimenti di costituzione e di gestione di beni comuni: ogni esperienza circoscritta, ma ideologicamente forte e compatta, sembra non porre il problema della differenza tra fatto e diritto, tra interesse materiale e interesse giuridicamente rilevante, tra azione del singolo e ordine giuridico, tra diritto e società.

In realtà, il problema è risolto *in radice* perché non c'è conflitto politico, e dunque giuridico, tra i membri di tali gruppi.

E tuttavia il conflitto è fondamentale, tanto in chiave teorica che pratica, appunto perché serve ad aprire gli spazi della giuridicità, in quel costante percorso di edificazione del giuridico (Riccardo Orestano è ben presente nella riflessione di Spanò). Ma il conflitto sociale, cioè all'interno dello spazio sociale, non è solo un conflitto tra gruppi, tra collettivi, tra aggregati, è anche (anzi è soprattutto) un conflitto tra interessi individuali: e tuttavia la dimensione individuale rimane molto sullo sfondo, dato che l'individuo richiama il diritto soggettivo, richiama la dogmatica tradizionale, e Michele Spanò scrive, a p. 11, che fidarsi della dogmatica significa farne l'apologia.

Se la dogmatica tradizionale ha certamente bisogno di un rinnovamento e di un adeguamento (e proprio questo volume potrà svolgere una tale funzione critica), è anche vero che una dogmatica tradizionale protesa sul fronte individuale può rivelarsi oggi particolarmente utile, recuperando prospettive che parevano ormai superate.

Mi riferisco in particolare al fatto che in alcune pagine del volume emerge l'idea di un ritorno del negozio, che mi trova del tutto d'accordo, appunto perché, se parliamo di contratto, l'aspetto patrimoniale è in primo piano, ma se parliamo di negozio è l'aspetto volontaristico a emergere: certo non più in senso strettamente e anacronisticamente psicologico⁷. Al contrario, una volontà negoziale che, in questo senso, contribuisce potentemente a ricostruire quell'ordine giuridico che è ineliminabile e indispensabile nella sua capacità adattativa, soprattutto rispetto alla dimensione politica di quel liberalismo comunitario cui si è fatto cenno; un ordine giuridico che nel suo costante rigenerarsi (e, rigenerandosi, andando a incidere così sulla dogmatica) è più efficace strumento di tutela delle nuove pretese e dei nuovi interessi.

Da questo punto di vista, l'individuo non è mai un nemico sociale: l'individuo è quel singolo che agendo nel contesto sociale produce nuovo diritto. Ecco che, allora, e nel segno della cooperazione tra ciò che è individuale e ciò che diviene sociale, è vero che il diritto e la società sono una cosa sola (87).

⁷ Su tutti questi aspetti, va visto ora il notevole lavoro, illuminante sotto vari profili, di DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021.



La cultura delle riviste giuridiche tedesche: frammenti dal più recente dibattito sul diritto privato.



Angelo Barba

SOMMARIO: **1.** Digitalizzazione e responsabilità extracontrattuale. – **1.2.** La responsabilità civile tra analogia e intervento del legislatore. – **1.3.** La responsabilità da decisione del soggetto digitale. – **1.4.** La responsabilità da prodotto. – **1.5.** Le soluzioni tecniche proposte. – **1.6.** Produttore e operatore nelle proposte di Direttive UE. – **2.** La sostenibilità: un principio generale. – **2.1.** Funzione regolatoria del diritto privato. – **2.2.** Il principio generale di sostenibilità e la catena del valore. – **2.3.** La struttura della disciplina. – **2.4.** Disciplina nazionale e proposta di disciplina europea. – **3.** La complessità del diritto privato.

1. Digitalizzazione e responsabilità extracontrattuale

La lettura critica che voglia individuare, ed in categorie tematiche ricondurre, le direzioni di senso del discorso sul diritto privato che prevalgono nei contributi di ricerca accolti di recente in *alcune*, non certo in tutte né in tutte le più prestigiose¹, riviste scientifiche tedesche, può fare riferimento alla digitalizzazione ed alla sostenibilità.

Con riguardo alla prima categoria, i quesiti principali sono quelli affrontati dalla Sezione civilistica del 73[^] Deutschen Juristentages (DJT) Hamburg 2020/Bonn 2022 per la costruzione di un sistema di responsabilità extracontrattuale per i danni causati da prodotti o servizi basati sull'Intelligenza Artificiale (IA).

¹ Questo contributo, per comprensibili ragioni editoriali, ha potuto tener conto delle pubblicazioni apparse nell'anno 2022 solo sulle riviste giuridiche tedesche che erano nella disponibilità dell'Autore.

A tal riguardo, è da segnalare la preziosa funzione culturale che ormai da tempo svolge la rivista *Juristenzeitung* nel promuovere più inclusive occasioni di riflessione circa gli esiti della mediazione culturale e tecnica tra società civile e Stato (società politica) che l'Associazione DJT riesce, solo grazie all'elevata qualità e indipendenza della sua attività scientifica, a realizzare.² Conviene forse ricordare che la DJT e.V. è una comunità di ricerca giuridica che impegna il giurista teorico ed il giurista pratico in un meditato, a volte anche aspro, confronto organizzato non solo per elaborare proposte destinate a sollecitare l'iniziativa del legislatore (nazionale ed europeo), ma anche per acquisire o consolidare il sapere ermeneutico ed il sapere dogmatico necessari per l'evoluzione applicativa del sistema giuridico (*Rechtsfortbildung*).

1.2. La responsabilità civile tra analogia e intervento del legislatore

In generale, l'intelligenza artificiale solleva interrogativi che il giurista, sia teorico sia pratico, percepisce prima del politico per ragioni di prossimità culturale alla concreta esperienza. Il rapporto tra tecnologia e diritto, con particolare riguardo alla responsabilità civile, rivela bisogni di protezione che il diritto privato vivente non riesce ad intercettare e che l'osservatore analizza utilizzando le strategie epistemologiche rese disponibili dall'ermeneutica e dalla dogmatica. Lacune del diritto che solo in parte possono essere integrate attraverso l'interpretazione analogica, costruendo regole di decisioni coerenti rispetto al sistema.

I limiti sistematici all'interpretazione analogica giustificano, nella riflessione del giurista tedesco, una maggiore attenzione per le regole di responsabilità extracontrattuale. Infatti, l'applicazione analogica del § 278 BGB, che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari del debitore (norma ragguagliabile all'art. 1228 c.c.), legittima l'elaborazione di una regola di decisione coerente con il processo ermeneutico di assoluta oggettivazione – in applicazione del § 278 BGB il debitore risponde anche dei fatti dannosi provocati dall'ausiliario incapace - della responsabilità contrattuale. A voler sintetizzare, l'interpretazione analogica del § 278 BGB esclude la possibilità che l'utilizzazione da parte del debitore di sistemi autonomi di intelligenza artificiale sia fonte di un'immunità che, già nella disciplina vigente, resta estranea all'ipotesi in cui il debitore si avvalga di altre persone nell'adempimento.³ L'evoluzione della tecnologia non impedisce – questo il senso del discorso – l'applicazione della regola generale di responsabilità per i fatti dannosi riconducibili al contesto organizzativo predisposto dal debitore per l'esecuzione della prestazione.

² Si v. il saggio di G. SPINDLER, *Neue Haftungsregelungen für autonome Systeme?*, in *JZ*, 2022, 793 ss. Cfr. altresì I. ORSSICH, *Das europäische Konzept für vertrauenswürdige Künstliche Intelligenz*, in *EuZW*, 2022, 254 ss.; J. OECHSLER, *Die Haftungsverantwortung für selbstlernende KI-Systeme*, in *NJW*, 2022, 2713 ss.

³ Si v. S. KLINGBEIL, *Schuldnerhaftung für Roboterversagen. Zum Problem der Substitution von Erfüllungsgehilfen durch Maschinen*, in *JZ*, 2019, 718 ss.

Le discipline della responsabilità extracontrattuale, invece, resistono alla elaborazione di integrazioni (o estensioni) ermeneutiche che il controllo dogmatico possa legittimare in termini di coerenza sistematica e rendono necessario l'intervento del legislatore.

L'interrogativo che caratterizza ed orienta il dibattito sui sistemi di IA, con riguardo ai profili di teoria generale e di politica del diritto (nella specifico significato che quest'ultima affermazione assume nella cultura giuridica tedesca in contrapposizione al diritto della politica), può essere sintetizzato nel senso della necessità di un sistema di responsabilità extracontrattuale complesso, per garantire le condizioni normative che possano generare la fiducia e, quindi, la diffusione delle modalità organizzative dell'azione economica basate su processi decisionali automatizzati.

La tecnica rimediabile della responsabilità civile extracontrattuale, questa l'impostazione del discorso, viene convocata – accanto alle tecniche sanzionatorie del diritto pubblico (*public enforcement*) – per realizzare una strategia di *private enforcement* destinata ad individuare e presidiare – ma in maniera decentrata – la combinazione tra protezione e innovazione tecnologica; ossia il punto di equilibrio tra interessi ed esigenze antagonisti che promuove la transizione verso l'economia digitale e, con questa, l'acquisizione dei vantaggi economici e sociali generati dall'IA.⁴

Si tratta di una direzione di analisi che utilizza le acquisizioni teorico-generalistiche circa la funzione regolatoria del diritto privato ormai consolidate nella cultura giuridica tedesca⁵, e che, in particolare, organizza il sistema della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati dall'IA nella consapevolezza che tale formula (intelligenza artificiale) custodisce e descrive solo una modalità organizzativa dell'azione che viene scelta (la modalità) da un 'utente' persona fisica, persona in senso giuridico o autorità pubblica (art. 3, punto n. 4, legge intelligenza artificiale)⁶. I sistemi di IA attivano processi decisionali automatizzati per lo svolgimento di un'azione *per conto* dell'utente.

1.3. La responsabilità da decisione del soggetto digitale

Nel segno di una responsabilità per scelta organizzativa del soggetto che si affidi al processo decisionale autonomo, si colloca la ricostruzione della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da sistemi di IA come manifestazione del *Entscheidungsrisiko* (rischio da decisione) – non del *Kausalrisiko*, ossia del rischio da utilizzazione di un

⁴ La politica sceglie il diritto come tecnica di gestione dei conflitti economici e sociali generati dallo sviluppo tecnologico (politica del diritto) e poi individua la tecnica giuridica – di diritto pubblico e/o di diritto privato - che ritiene più adeguata allo scopo (diritto della politica).

⁵ Con la poderosa monografia di A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016; ma v. anche J. CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

⁶ Con la formula "Legge sull'intelligenza artificiale" si fa riferimento alla proposta di Regolamento del 21. 4. 2021, COM (2021) 206 final. Sul concetto di intelligenza artificiale v. A. STAEHELIN, *Begriff und Wesen der Künstlichen Intelligenz*, in *GRUR*, 2022, 1569 ss.

prodotto - e la sua conformazione come *digitale Assistenzhaftung*, ossia come tipologia rimediabile intermedia ma autonoma rispetto ai 'modelli' offerti dalla responsabilità (contrattuale) ex § 278 BGB e dalla responsabilità ex § 831 BGB (corrispondente per diritto italiano all'art. 2049 c. c.), ma senza la possibilità della prova liberatoria prevista, invece, da quest'ultima disposizione.⁷ Si afferma la responsabilità *eines Prinzipals* (del dominus) dell'organizzazione dell'attività (non solo, dunque, di un'attività di impresa) per l'autonoma decisione errata e antiggiuridica del soggetto digitale cui il dominus ha affidato l'organizzazione dell'azione per suo conto.

Una ricostruzione, quest'ultima, che è rimasta isolata nel dibattito più recente e che rappresenta la più compiuta elaborazione teorica per risolvere in termini di autoreponsabilità generata dalla scelta organizzativa vantaggiosa - quella di utilizzare un meccanismo decisionale autonomo che può generare azioni antiggiuridiche - il fondamentale problema politico ed economico che l'argomentazione giuridica riconduce all'alternativa o alla combinazione tra responsabilità del produttore e responsabilità dell'operatore.

La ragione che giustifica l'imputazione della responsabilità non è l'utilizzazione o l'immissione sul mercato di un 'prodotto' pericoloso, bensì l'antigiuridicità (non la colpevolezza) di un comportamento deciso - in autonomia - dall' algoritmo. Una forma di *Rechtswidrigkeitshaftung* diversa dalla *Gefährdungshaftung*.⁸

Sullo sfondo, è dato rintracciare un interrogativo dogmatico assai complesso: quello della possibilità di utilizzare la soggettività, intesa come categoria che descrive una tecnica giuridica, per dare forma - dunque rilevanza - all'autonomia del processo decisionale attivato ed elaborato (solo) dal sistema di IA e per gestire il rischio generato da questa autonomia decisionale. Una modalità argomentativa che, meditata senza assecondare frettolose suggestioni, rivela in realtà la consapevolezza dell'interprete circa la necessità - imposta dalla digitalizzazione - di una rinnovata sistematica della responsabilità oggettiva. Un esito argomentativo costruito sulla consapevolezza dell'osservatore circa l'inadeguatezza dei modelli normativi di responsabilità oggettiva organizzati sui *processi causali* originati dai beni, dalle cose, per sostenere - in termini di allocazione dei costi economici e sociali - il rischio generato dall'autonomia del *processo decisionale* dell'algoritmo. Ossia di modelli costruiti in prevalenza sull'uso del bene e non sul comportamento.

L'autonomia decisionale del sistema di IA esclude la configurabilità, necessaria nel sistema tradizionale per l'imputazione del danno, della oggettiva relazione tra responsabilità e potere di controllo umano sulla cosa. Rispetto a questa inadeguatezza, sopravvenuta in ragione dello sviluppo tecnologico, è sembrato possibile configurare una regola di responsabilità oggettiva per i danni provocati dal comportamento antiggiuridico di un soggetto (c.d. agente) digitale. La categoria della soggettività giuridica digitale viene convocata ed attivata nella dinamica giuridica come medio dogmatico necessario per la co-

⁷ È la nota posizione di G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte*, in *AcP*, 2018, 155 ss. Sull'interpretazione evolutiva del § 278 BGB cfr. J. E. SCHIRMER, *Hersteller als Erfüllungsgehilfe*, in *AcP*, 2022, 572 ss.

⁸ G. TEUBNER, *op. cit.*, 192.

struzione di un sistema di responsabilità oggettiva per l'*Autonomierisiko*, che resiste alla rassicurante finzione, o illusione, della sovranità umana sull'azione.⁹

La *digitale Assistenzhaftung* descrive un'evoluzione della responsabilità vicaria giustificata dall'autonomia del processo decisionale attivato e controllato dall'IA, da un lato; e dalla scelta dell'utente di organizzare la propria azione attraverso un meccanismo di funzionalizzazione di tale autonomia decisionale, dall'altro. L'agente digitale agisce per conto dell'utente e tale relazione organizzativa rende responsabile l'utente per la decisione errata e antiggiuridica del soggetto agente.

Una vicenda culturale che rivela – a tratti dissimula – la curiosità o la diffidenza del giurista verso le evoluzioni antropologiche attivate dallo sviluppo tecnologico.

1.4. La responsabilità da prodotto

Tuttavia, l'inadeguatezza dei tradizionali modelli di responsabilità oggettiva rispetto alla digitalizzazione delle relazioni sociali ed economiche viene affrontata e superata anche attraverso un'argomentazione alternativa. Un modello di responsabilità oggettiva edificato sull'inclusione del sistema di IA nella categoria giuridica di "prodotto". In questa direzione di analisi, il discorso propone al legislatore europeo soluzioni normative orientate nel senso dell'evoluzione del sistema disegnato dalla Direttiva 85/374/CEE.

L'argomentazione continua ad utilizzare il 'prodotto' e la logica causale (*Kausalrisiko*) che tale categoria include ed attiva nella dinamica giuridica.

L'impostazione accolta dalla DJT- che ripropone quella condivisa dalla prevalente riflessione teorica - resiste all'idea di riconoscere la "ePerson", ossia la autonoma soggettività giuridica dei sistemi di IA, ed insiste sulla estensione della disciplina di origine europea della responsabilità da prodotto difettoso ai danni provocati dai sistemi di IA.

Il problema della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati dai sistemi di IA viene accolto e meditato nella direzione di analisi indicata dalla combinazione di meccanismi rimediali conformati secondo il modello della responsabilità oggettiva (*Gefährdungshaftung*), da un lato; e di meccanismi che utilizzano il modello della responsabilità per colpa semplificati non solo sotto il profilo dell'accesso ai mezzi di prova ma anche con riguardo all'onere della prova mediante la tecnica della presunzione semplice, dall'altro.

Un sistema complesso che ripropone la possibilità che la responsabilità da prodotto concorra con la responsabilità per colpa del produttore (§ 823 Abs. 1 BGB) al fine di realizzare un dispositivo risarcitorio di maggiore effettività rimediale (arg. ex § 15, Abs. 2, ProdHaftG).¹⁰

⁹ Cfr. inoltre G. BORGES, *Haftung für KI-Systeme Konzepte und Adressaten der Haftung*, in *Computer und Recht*, 2022, 553 ss.; O. GIERING, *Künstliche Intelligenz und Arbeit: Betrachtungen zwischen Prognose und betrieblicher Realität*, *Z. Arb. Wiss.* 76, 50–64 (2022). <https://doi.org/10.1007/s41449-021-00289-0>.

¹⁰ Cfr. Art. 127, Cod. cons.

La combinazione tra i due modelli rimediali viene elaborata e ricostruita nel discorso giuridico più recente secondo un'impostazione che si allontana da quella che era già stata accolta nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio formalizzata nel 2020¹¹.

In particolare, *a*) viene abbandonato il criterio della misura (o intensità) del rischio da autonomia del sistema di IA per individuare il confine della responsabilità oggettiva rispetto alla responsabilità per colpa e *b*) viene ridimensionata la centralità dell'operatore.

A prevalere, è una linea di politica del diritto diversa da quella accolta nella proposta di Regolamento 2020: organizzare la disciplina della responsabilità civile extracontrattuale per i danni provocati dai Sistemi di IA in maniera più aderente al principio del *günstigen Kostenvermeiders* (cheapest cost avoider). In tale direzione di analisi la complessità del sistema riproduce e formalizza la diversa posizione del produttore rispetto all'operatore (Front-beck e Front-end) nei processi di digitalizzazione identitaria (individuale) e dei rapporti sociali ed economici.¹²

1.5. Le soluzioni tecniche proposte

La relazione tra potere di controllo umano e responsabilità oggettiva induce a proporre (*de jure condendo*) un sistema di responsabilità che accoglie e formalizza la complessità rimediale – quella resa necessaria dall'*Autonomierisiko* – mediante la combinazione tra responsabilità oggettiva del produttore (*Produkthaftung* ex ProdHaftG modificato) e responsabilità per colpa del produttore (*Produzentenhaftung* ex 823 BGB), da un lato; e responsabilità dell'operatore, dall'altro. Quest'ultima (la responsabilità dell'operatore) conformata sia come oggettiva - secondo il modello offerto dal § 7 StVG – sia come responsabilità per colpa presunta dell'operatore (Front -end, Front-beck) secondo il paradigma ricavato dai §§ 831, Abs. 1 e 836 Abs. 1 (BGB, corrispondenti, in larga parte ai modelli offerti, per diritto italiano, dagli artt. 2049, 2051 e 2053).

Per tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva viene altresì suggerita la previsione di obblighi assicurativi.

In particolare, la nuova disciplina armonizzata della responsabilità da prodotto difettoso dovrebbe prevedere una fattispecie di responsabilità oggettiva del produttore di Sistemi di IA che prescinde dall'esistenza del difetto ed è organizzata, in ragione della misura di autonomia del processo decisionale digitale - quindi della esistenza o meno di un potere di controllo umano - sulla connessione causale tra autonoma decisione digitale anti-giuridica e danno.¹³

¹¹ Si tratta della ben nota Proposta di Regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, P9_TA (2020)0276.

¹² Tali figure sono utilizzate nella riflessione secondo la definizione normativa contenuta nell'art. 3 della Proposta di Regolamento 2020.

¹³ Cfr. il saggio di H. ZECH, *Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung beim Einsatz Künstlicher Intelligenz?*, in *NJW-Beilage*, 2022, p.33 ss.; J. OECHSLER, *Die Haftungsverantwortung*

Il difetto del ‘prodotto digitale’ – come fenomenologia del *Verschuldens* che si risolve nella violazione di una *Verkehrspflicht* – rileva, mediante la tecnica della presunzione semplice, solo nella responsabilità del produttore in base al § 823, Abs. 1 BGB. Si presume il difetto del Sistema di IA ed il nesso di causalità tra difetto e danno.

La responsabilità extracontrattuale dell’operatore (*der Betreiber*) – quella contrattuale dovrebbe essere disciplinata dal § 278 BGB esteso dal legislatore ai *digitale Assistenzsysteme* – è costruita utilizzando un modello ricavato dai §§ 831 Abs. 1 e 836 Abs. 1 BGB e conformata in base ad *a)* una presunzione semplice di colpa, alla *b)* irrilevanza della misura di autonomia decisionale del Sistema di IA e ad *c)* una estensione soggettiva della nozione tecnica di operatore tale da includere anche il consumatore.

Viene inoltre proposta una responsabilità oggettiva dell’operatore che, tuttavia, si limita a riprodurre la regola che il sistema giuridico tedesco già conosce per la circolazione dei veicoli (*Betriebsgefahr*, § 7 StVG) anche a guida autonoma (1a StVG) e che è costruita sulla figura del “detentore” utilizzatore del veicolo (*der Halter*). Dunque, una responsabilità oggettiva dell’operatore Front-end senza specificazioni, quindi anche dell’operatore consumatore, che viene configurata solo in relazione alla *Betriebsgefahr*, § 7 StVG per i veicoli a guida autonoma.¹⁴

A tal riguardo, le ragioni delle critiche e delle perplessità che è dato registrare in alcune riflessioni muovono dalla considerazione che il riferimento all’operatore come soggetto fatto responsabile in via oggettiva per i danni provocati da veicoli gestiti da sistemi di IA, se utilizzata come equivalente funzionale dell’*Halters* nella responsabilità per i danni provocati dagli autoveicoli, non riesce a tener conto dell’effettiva misura di potere di controllo di cui l’operatore Front-end dispone.¹⁵

1.6. Produttore e operatore nelle proposte di Direttive UE

Dunque, alla stregua di una considerazione complessiva delle discipline della responsabilità extracontrattuale che vengono proposte, emerge una sistematica alternativa rispetto a quella prefigurata dal legislatore europeo attraverso l’art. 11 del Regolamento 2020, che sembrava orientata, invece, nel senso della centralità dell’operatore come soggetto responsabile. Diversità che trae origine, almeno in larga parte, dalle sollecitazioni critiche rispetto all’impostazione accolta nel Regolamento 2020 che sono state elaborate in punto di analisi teorico generale e di politica del diritto.

Il riferimento è alla convinzione che la responsabilità extracontrattuale sia una tecnica di diritto privato necessaria ma non sufficiente per costruire l’equilibrio sostenibi-

für selbstlernende KI-Systeme, cit., 2714.

¹⁴ Si v. G. SPINDLER, *Neue Haftungsregelungen für autonome Systeme?*, cit., 798. Cfr. inoltre S. BURCHARDI, *Risikotragung für KI-Systeme*, in *EuZW*, 2022, 685 ss.

¹⁵ In tal senso sembrano orientati F. SEDLMAIER - A. K. BOGATAJ, *Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren*, in *NJW*, 2022, 2953.

le, in termini di efficienza economica e di benessere sociale, tra sicurezza e innovazione tecnologica¹⁶.

In particolare, la responsabilità oggettiva dell'operatore Front-end genera sicurezza attraverso un meccanismo di deterrenza che – laddove manchi un effettivo potere di controllo - incide sull'intensità dell'utilizzazione del sistema di IA. L'operatore può evitare la responsabilità *non* utilizzando il sistema autonomo: la deterrenza coincide quindi con la minore diffusione (utilizzazione) dell'innovazione tecnologica acquisita.

Al contrario, la responsabilità oggettiva del produttore (o dell'operatore Back-end) attiva anche il contratto di scambio come tecnica di costruzione dell'equilibrio sostenibile. Il prezzo del sistema digitale, e con questo la contendibilità della domanda, viene determinato dal produttore anche in considerazione della sua responsabilità oggettiva e per colpa. Il prezzo competitivo dovrà comunque accompagnare una offerta di sistema di IA che presenti un livello di sicurezza adeguato e, quindi, sollecitare nel produttore l'esercizio della massima misura possibile di controllo.

Considerazione questa che non esclude la responsabilità per colpa dell'operatore Front-end (persino consumatore) in base al § 823 BGB (corrispondente all'art. 2043 c.c.), bensì la necessità (opportunità giuridica) di una sua responsabilità oggettiva.

L'impostazione ormai prevalente nel più recente dibattito tedesco sembra accolta in due proposte di Direttiva europea: quella relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, destinata a sostituire la Direttiva 85/374/CEE¹⁷, e quella relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale¹⁸.

Mentre la prima, attraverso la definizione di prodotto, include i Sistemi di IA così adeguando il modello rimediabile anche a questa tipologia di innovazione tecnologica; la seconda, senza incidere sulle discipline nazionali della responsabilità civile per colpa – ed in particolare sulle definizioni di colpa e di causalità - fissa regole che rendono più accessibili i mezzi di prova, e individua ipotesi di presunzione semplice di colpa ed una regola di presunzione relativa del nesso di causalità in caso di colpa.

A riguardo la riflessione sistematica più avanzata è nel senso che entrambe le Direttive sono rivolte (la prima non solo) ai produttori di Sistemi di IA e che il sistema costruito mediante i due interventi normativi consentirebbe di risarcire anche i danni che la responsabilità da prodotto difettoso non riesce a raggiungere. La proposta di Direttiva KI-Haftung¹⁹ assicura – rispetto alla proposta di Direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso – una più estesa tutela risarcitoria della proprietà (cfr. art. 4, n. 6, proposta di

¹⁶ Cfr. G. WAGNER, *Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel*, in *JZ*, 2023, 1 ss. (3).

¹⁷ Proposta del 28. 9. 2022, COM(2022) 495 final.

¹⁸ Proposta del 3.10. 2022, COM(2022) 496 final.

¹⁹ Proposta del 3.10. 2022, COM(2022) 496 final.

Direttiva²⁰), dei diritti della personalità ed una tutela risarcitoria per i danni meramente patrimoniali (reine Vermögensschäden)²¹.

2. La sostenibilità: un principio generale

Accanto alla digitalizzazione è la sostenibilità, lo si accennava in precedenza, ad impegnare la riflessione del privatista di cultura tedesca. Il tema emerge con significativa frequenza ed intensità nelle (poche) riviste esaminate ed in relazione ad interrogativi tecnici diversi. Spesso l'elaborazione teorica deve farsi carico, tra l'altro, della ineludibile necessità di rivedere o di controllare le categorie del discorso giuridico sul diritto privato e, in particolare, sulle sue funzioni nella regolazione dei rapporti sociali.

In punto di analisi teorico generale, la qualificazione della sostenibilità come *principio* fondamentale della legalità costituzionale estesa alle norme interposte viene elaborata attraverso il riferimento all'art. 20a GG e 37 Carta di Nizza, e raccogliendo le preziose sollecitazioni ermeneutiche e dogmatiche offerte dalla fondamentale sentenza 2021 del *BVerfG*²².

Tale sentenza, assai nota e analizzata con molta attenzione anche in Italia, ha contribuito, tra l'altro, a confermare del concetto di sostenibilità (*Nachhaltigkeit*) il complesso contenuto di senso elaborato dalla riflessione teorica interdisciplinare. Intesa come *Verbundbegriff*, ossia come concetto integrato in cui confluiscono (e si combinano) i saperi ecologico, economico e sociale, il termine sostenibilità custodisce, ed attiva nelle dinamiche epistemologiche, la necessità di ottimizzare (*Optimierungsgebot*) il contesto esistenziale della persona. Descrive, detto in altri termini, la direzione teleologica che deve orientare lo sviluppo delle conoscenze, la costruzione e la protezione *dinamica* delle indispensabili condizioni ecologiche, sociali ed economiche della vita umana²³.

Qualificata come *principio* generale, ossia come forma di rilevanza giuridica che funziona per bilanciamento con altri principi antagonisti e non per sussunzione – modalità che caratterizza, invece, la dinamica giuridica della *regola* – la sostenibilità accolta nell'Art. 20a GG custodisce e descrive un compito dello Stato. Seleziona uno scopo di interesse generale – la protezione del bene comune che il legislatore costituzionale individua con la formula “*die natürlichen Lebensgrundlagen*” (fondamenti naturali della vita) – che deve orientare non solo l'azione del legislatore, del giudice e della pubblica amministra-

²⁰ Proposta del 28. 9. 2022, COM(2022) 495 final.

²¹ G. WAGNER, *Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer*, in *JZ*, 2023, p.123 ss.

²² Si v. a riguardo, A. HELLERGADT - V. JOUANNAUD, *Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht*, in *AcP*, 2022, 163 ss. La sentenza menzionata nel testo è *BVerfG*, 24. 03. 2021, in *NJW*, 2021, 1723 (Klimabeschluss).

²³ Si tratta di una concezione della sostenibilità che, nel dibattito tedesco, viene elaborata da W. Kahl; si v. in particolare W. KAHL (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, TÜBINGEN (Mohr Siebeck), 2008, *passim*, ma in parti, 25 ss. e 267 ss.

zione, ma anche la necessaria mediazione culturale tra norma e fatti (atti) istituzionali di attuazione (la legge, la sentenza, l'atto amministrativo) che viene svolta dall'interprete. Una mediazione culturale elaborata attraverso un articolato processo epistemologico: quello in cui il sapere dogmatico organizza il sapere ermeneutico *in* sapere sistematico²⁴.

In particolare, il discorso giuridico sul principio generale di sostenibilità si caratterizza, da un lato, per il riconoscimento della prevalenza assiologica della condizione ecologica dell'esistenza umana (i fondamenti naturali della vita) nel processo euristico di integrazione con le condizioni sociale ed economica; dall'altro, per la funzione argomentativa riconosciuta al principio²⁵.

2.1. Funzione regolatoria del diritto privato

La sostenibilità diventa così il medio dogmatico necessario per orientare il sapere ermeneutico verso la costruzione di una sistematica dei diritti fondamentali delle generazioni future. Attraverso il bilanciamento con altri principi antagonisti, la sostenibilità seleziona una direzione assiologica dell'ermeneutica diversa da quella che caratterizza la tutela dinamica dei diritti fondamentali. Gli interrogativi che attivano il principio generale della sostenibilità non riguardano l'adeguamento delle forme e delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali della persona allo sviluppo attuale delle tecnologie e delle conoscenze. Riguardano, invece, la possibilità di garantire condizioni di sviluppo compatibili con l'effettiva tutela dei diritti fondamentali delle generazioni future.

In termini di protezione del clima, a voler sintetizzare solo il senso della storica decisione resa dal *BVerG* nel 2021, la misura della riduzione di emissioni di gas serra che lo Stato deve realizzare viene individuata, ed in termini di illegittimità costituzionale della legge federale del 2019 formalizzata, in considerazione della necessità di assicurare *anche* alle generazioni future – ossia per il tempo successivo al 2030 - la possibilità di una gestione dell'onere di riduzione dei gas serra compatibile con i diritti fondamentali. Il principio di sostenibilità custodisce, in relazione alle condizioni ecologiche (quindi non solo in relazione al clima) ed a quelle economico e sociali a queste connesse, il valore costituzionale della tutela intertemporale della persona e della sua dignità.

Il principio generale di sostenibilità rivela, e nella dinamica giuridica attiva, un *limite interno* al potere generato dalla conoscenza e dal progresso tecnologico. Un limite funzionale a generare e conservare le condizioni ecologiche, sociali ed economiche ne-

²⁴ A. HELLGARDT - V. JOUANNAUD, *op. cit.*, 170 ss. Gli Autori utilizzano, non sempre in maniera esplicita, le note acquisizioni di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 9^a Ed., Suhrkamp (Frankfurt am Main), 2020: a) circa la differenza tra principi e regole e b) con riguardo alla ricostruzione dei principi come Optimierunggebote, 71 ss., 75 ss. e 87 ss. Cfr. inoltre C. MÖLLERS - N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JZ*, 2021, 1069 ss.

²⁵ Cfr. anche D. ZIMMER - L. SCHÄFER, *Nachhaltigkeitskooperationen in kartellrechtlicher und rechtsökonomischer Betrachtung*, in *JZ*, 2022, 870 ss.

cessarie ad evitare che la *Macht del sapere* attivi dispositivi e forme di *Gewalt sull'essere*, ossia sulla vita intesa secondo una concezione oggettiva e integrale dell'umano.

Attraverso questo processo argomentativo, il discorso rivela ragioni di conferma e di rinnovato interesse per la funzione regolatoria del diritto privato.

Infatti, uno degli interrogativi che caratterizza la riflessione riguarda la tecnica giuridica che il legislatore può scegliere di utilizzare per realizzare il valore assiologico custodito dalla sostenibilità e la possibilità che l'interpretazione giurisprudenziale della norma o la concretizzazione delle clausole generali possano o debbano accogliere il principio di sostenibilità come uno dei valori ordinanti dei processi ermeneutici.

Sullo sfondo, dunque, non vi è solo l'interrogativo della *mittelbaren Drittwirkung* dell'art. 20a GG, ma anche quello più generale della funzione regolatoria del diritto intesa come compito di *enforcement* della sostenibilità che il legislatore può scegliere di affidare alle tecniche rimediali del diritto privato.

Un discorso che coinvolge, a voler esemplificare, anche la disciplina della garanzia per vizi della cosa venduta (§ 434 BGB)²⁶, quelle delle immissioni (§ 906 BGB) o la concretizzazione della clausola generale "die guten Sitten" nella disciplina della responsabilità extracontrattuale (§ 826 BGB) o della clausola generale nella disciplina di tutela della proprietà che giustifica, in base ad una regola di decisione elaborata dalla concretizzazione giudiziale, la pretesa di rimozione del pregiudizio (§ 1004 BGB)²⁷.

Tuttavia, è la relazione tra *public* e *private enforcement*, quest'ultimo con riguardo alla utilizzazione della tecnica rimediale di tipo risarcitorio, che viene approfondita nella direzione di senso indicata dalla sostenibilità.

2.2. Il principio generale di sostenibilità e la catena del valore

Il principio di sostenibilità orienta anche la riflessione ermeneutica che ha accompagnato l'entrata in vigore – 1 gennaio 2023 - della legge sui doveri di diligenza conformativi dell'(attività di) impresa all'interno della catena di approvvigionamento (*Lieferketten-gestez*, LkSG) e funzionali alla protezione dei diritti umani e dell'ambiente²⁸.

Occorre a riguardo chiarire che la nozione tecnica di *Lieferkette*, contenuta nel § 2, al n. 5, non è più ristretta della nozione aziendalistica di catena del valore (*Wertschöpfungskette*) e si riferisce ai processi aziendali che conducono alla produzione ed alla distribuzione di beni e servizi a partire dall'acquisizione delle materie prime sino alla distribuzione al cliente finale (*Endkunde*) imprenditore o consumatore.

²⁶ Cfr. R. RACHLITZ - L. KOCHENDÖRFER - J. GANSMEIER, *Mangelbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung*, JZ 2022, 705 ss.

²⁷ A. HELLGARDT - V. JOUANNAUD, *op. cit.*, 198 ss. e 202 ss. Istruttivo, sembra, il confronto con la motivazione della sentenza Cass. SS. UU., 1° febbraio 2023, n. 3077.

²⁸ Si v. P. WIATER, *Unternehmerische Menschenrechtsbindung nach Maßgabe des Lieferkettengesetzes*, in JZ, 2022, 859 ss.

Il diritto generato dalla politica dei diritti umani, ossia il diritto della politica che si rende funzionale alla politica dei diritti umani, convoca il dovere di diligenza per costruire una modalità conformativa dell'attività di impresa destinata a riflettersi sui rapporti tra imprese.

Si tratta, ed è una considerazione che viene sottolineata, di un approccio diverso da quello consueto nella costruzione della responsabilità sociale di impresa. Il legislatore nazionale abbandona le tecniche di *nudging* nella costruzione della sostenibilità sociale ed economica, non solo ambientale; in particolare supera il modello giuridico costruito sulla figura dell'onere e dell'autoresponsabilità di impresa che utilizza fiducia, consenso e reputazione come oggetto di libero (volontario) investimento intangibile, e dunque come fonte di valore dell'impresa²⁹.

La diligenza come obbligo sostanziale – ossia assistito da un apparato sanzionatorio efficace proporzionato e dissuasivo che lo renda effettivo – rivela un approccio giuridico più incisivo di quello che caratterizza(va) la Direttiva 2013/34/UE anche dopo la modifica introdotta con la Direttiva 2014/95/UE e, solo per alcuni aspetti di generale impostazione, ragguagliabile a quello che caratterizza, per diritto italiano, le dichiarazioni individuali o consolidate di carattere non finanziario previste dal d.lgs. n. 254 del 30 dicembre 2016 (cfr. artt. 8 e 9). Un diverso approccio, che l'osservatore tedesco riconosceva e descriveva anche attraverso il trascorrere dalla Direttiva CSR del 2014 – attuata in Germania con l'introduzione dei §§ 289b e ss. nel HGB – alla proposta di Direttiva relativa alla “comunicazione societaria sulla sostenibilità” (ESG). Tale proposta di modifica, tra l'altro, della Direttiva CSR³⁰ veniva osservata con interesse sia per l'articolata disciplina dell'informativa sulla sostenibilità (art. 19bis – nel testo tedesco, art. 19a), sia per il consistente apparato sanzionatorio di diritto pubblico ex art. 51³¹.

Il testo approvato in via definitiva della Direttiva 2022/2464/UE³², sebbene non contenga l'apparato sanzionatorio che era previsto, invece, nella proposta all'art. 51, conferma la progressiva affermazione di un modello normativo caratterizzato nel senso della maggiore effettività dell'obbligo di “rendicontazione di sostenibilità” (art. 19 bis, 29 bis e 29 quinquies)³³.

²⁹ Sul „Nudging-Ansatz” (approccio di Nudging) cfr. M. NIETSCH, *Von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung – Eine Momentaufnahme zum Vorschlag der Corporate Sustainability Reporting Directive*, in ZIP, 2022, 449 ss.

³⁰ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, 21.4.2021 COM (2021) 189 final.

³¹ Si v. M. P. WELLER – N. BENZ, *Klimaschutz und Corporate Governance*, in ZGR, 2022, 563 ss.

³² Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

³³ Cfr. Per una prima riflessione S. ALLGEIER, *CSRD-Nachhaltigkeitsberichterstattung und KMU-Schutz*, in NZG, 2023, 195 ss.

2.3. La struttura della disciplina

L'ambito di applicazione dei doveri di diligenza è individuato nel LkSG mediante il riferimento all'impresa *ungeachtet ihrer Rechtsform* (§ 1): l'applicazione della regola è indifferente alla forma giuridica dell'impresa. L'ambito di applicazione è delimitato solo in base a criteri quantitativi – soglie minime (*Schwellenwerten*) – individuati attraverso il numero dei dipendenti e può includere, accanto alle imprese che hanno sede ed operano nel mercato interno, persino imprese di paesi terzi³⁴.

Del dibattito, non privo di contenuti critici che riflettono anche il lungo e aspro confronto politico che ha caratterizzato i lavori parlamentari, conviene limitarsi a sottolineare tre aspetti.

Il primo riguarda il dovere di diligenza in relazione alla considerazione e utilizzazione della sostenibilità come concetto integrato. L'impresa è obbligata nella costruzione e nella esecuzione dei rapporti contrattuali (con altre imprese) che organizzano la catena del valore – quindi all'interno della sua *Lieferkette* – a rispettare ragionevoli doveri di diligenza funzionali alla analisi, alla gestione, alla prevenzione o alla riduzione dei rischi di impatto negativo generato dalla violazione di diritti umani o di doveri connessi alla protezione dell'ambiente.

La correlazione tra diritti umani ed ambiente, che tuttavia ancora esclude un preciso riferimento alla protezione del clima (*Klimaschutz*), viene formalizzata in una articolata tipologia di doveri di organizzazione aziendale che, attraverso l'intera catena di approvvigionamenti e di distribuzione, assumono connotazione di principi regolativi di un determinato mercato.

Il dovere di diligenza, una volta collocato all'interno della catena del valore, raggiunge e conforma l'azione di altre imprese e tende a regolare il funzionamento del mercato nel segno della sostenibilità sociale ed ambientale e, quindi, individua un modello di sostenibilità economica.

Il secondo aspetto da sottolineare riguarda le tecniche di enforcement selezionate dal legislatore tedesco.

Viene costruito un apparato rimediale di diritto pubblico e viene espressamente esclusa la possibilità di attivare la tutela risarcitoria di diritto privato nel caso di violazione dei doveri di diligenza tipizzati (§ 3, Abs. 3 LkSG).

Una previsione, quest'ultima, resa necessaria dalla effettiva possibilità ermeneutica di ricondurre la violazione dei doveri di diligenza tipizzati al § 823, Abs. II (contrarietà ad un *Schutzgesetz*) o al § 823, Abs. I (violazione di *Verkehrssicherungspflicht*)³⁵.

³⁴ Si v. M. NIETSCH -M. WIEDMANN, *Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *NJW*, 2022, 1 ss.

³⁵ Cfr. S. BURCHARDI, *Lieferkettensorgfaltspflichten: Risiken für die Unternehmensleitung*, in *N(eue) Zeitschrift für G(esellschaftsrecht)*, 2022, 1467 ss.

2.4. Disciplina nazionale e proposta di disciplina europea

Il terzo aspetto, forse quello più interessante in punto di analisi teorico-generale, riguarda il LkSG come occasione che ha sollecitato un'azione di armonizzazione da parte dell'UE³⁶.

In tale direzione di analisi, il LkSG viene collocato accanto alla *loi de vigilance* francese del 2017. Rispetto a tali discipline nazionali caratterizzate da una attitudine regolativa del mercato interno, la Commissione europea si è dovuta attivare con una proposta di Direttiva relativa ai doveri di diligenza delle imprese funzionali alla sostenibilità³⁷.

Di quella proposta, che per molti aspetti riprende il LkSG, viene sottolineato non solo l'esplicita inclusione nel dovere di diligenza della lotta ai cambiamenti climatici (art. 15), ma anche il diverso approccio di enforcement (*Durchsetzung*). A differenza del legislatore nazionale, il legislatore europeo prevede *anche* una tecnica di private enforcement. In particolare, l'art. 22 regola la responsabilità civile della società – come definita in maniera molto articolata nell'art. 3 – per i danni determinati dal mancato rispetto degli obblighi di diligenza.

L'analisi del giurista tedesco si sofferma, anche a tal riguardo, sul rinnovato valore sistematico da riconoscere agli 'obblighi di mezzi' – *Mittelverpflichtung* – rispetto alla garanzia di risultati che, in alcuni casi, esorbitano dai poteri di controllo dell'impresa. Anche la suggestiva figura della cascata contrattuale – *Vertragskaskade* – sembra promettere sollecitazioni e riflessioni con riguardo alla forma giuridica che assume il fatto aziendale denominato catena del valore.

Tuttavia, l'interrogativo dogmatico più interessante (non solo) per il giurista tedesco riguarda il rapporto tra *public* e *private enforcement* in relazione alla regola di risarcimento contenuta nell'art. 22, comma 2, secondo periodo della proposta di Direttiva.

Infatti, non solo l'esistenza, ma persino la portata (*Umfang*) della responsabilità può dipendere da azioni avviate dalla società già inadempiente per conformarsi, *in futuro*, ai correttivi richiesti dall'autorità di controllo.

L'azione successiva dell'impresa, in quanto conforme all'indicazione dell'autorità, incide in maniera *retroattiva* (*rückwirkend*) sul fatto di danno che si è già verificato, limitando o persino escludendo il risarcimento. Una regola che il giurista tedesco osserva con critica diffidenza in considerazione della possibilità che possa condurre ad un "dogmatischen Durcheinander" in relazione alla *Ausgleichsfunktion* della responsabilità civile³⁸.

³⁶ A tal riguardo v. L. HÜBNER, V. HABRICH, M. P. WELLER, *Corporate Sustainability Due Diligence. Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung*, in *N(eue) Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2022, 644 ss.

³⁷ Proposta, 23.2.2022 COM (2022) 71 final. Si v. T. BOMSDORF – B. BLATECKI-BURGERT, *Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *ZRP*, 2022, 141 ss.

³⁸ L. HÜBNER, V. HABRICH, M. P. WELLER, *op. cit.*, 649.

3. La complessità del diritto privato

I frammenti del discorso giuridico che l'osservatore può rintracciare attraverso i più recenti contributi apparsi su alcune riviste giuridiche tedesche rivelano un'impostazione ed un contenuto che confermano il senso di un impegno culturale nella costruzione di una più complessa razionalità ordinante del sistema del diritto privato³⁹.

Digitalizzazione e sostenibilità, meditate in relazione alle tecniche rimediali del diritto privato, descrivono fenomenologie culturali riconducibili alla *Politisierung* del diritto privato⁴⁰. Ossia alla progressiva acquisizione della assoluta e ineludibile necessità ma anche di tutta l'insufficienza di una concezione del diritto privato come apparato tecnico caratterizzato nel senso della neutralità assiologica delle forme giuridiche. Una conformazione destinata *solo* a garantire il primato della libertà individuale all'interno di un sistema privo di identità politica, ossia di specificità assiologica. Una concezione che sottovaluta le attitudini infrastrutturali e regolatorie del diritto privato nei sistemi di democrazia pluralista.

Nel segno di una progressiva evoluzione culturale che *a)* trae origine dalla prima giurisprudenza costituzionale sulla *Drittwirkung von Grundrechten*, *b)* si manifesta attraverso l'introduzione di discipline del lavoro e delle locazioni ad uso abitativo ad elevata sensibilità sociale⁴¹, e *c)* acquisisce poi una definitiva elaborazione con il dibattito sulla *Materialisierung* del diritto privato avviato dal famoso scritto di C. W. Canaris⁴², si sviluppa e si consolida un discorso giuridico che tende a superare la classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Il diritto privato diventa politico in quanto tecnica di regolazione (*Regulierung*), ossia come modalità che il legislatore può utilizzare, accanto o in alternativa al diritto pubblico, per la realizzazione di finalità che la scelta politica, attraverso le forme istituzionali della legittimazione che caratterizzano le democrazie pluraliste, seleziona come di prevalente interesse generale nei limiti della legalità costituzionale estesa alle norme interposte.

Le più recenti evoluzioni normative, anche quelle che regolano l'attività di impresa e l'organizzazione delle forme collettive del suo esercizio – non solo le società di capitali ma anche le società di persone (MoPeG) – confermano l'evoluzione del sistema giuridico verso l'utilizzazione delle tecniche del diritto privato per la realizzazione *decentrata* di interessi generali.

³⁹ Un'operazione culturale ricostruita, tra gli altri, da M. AUER, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

⁴⁰ Cfr. la riflessione di H. ZECH, *Nachhaltigkeit und Digitalisierung im Recht*, in *ZfDR* 2022, 123 ss.

⁴¹ Con riguardo alla disciplina delle locazioni è significativa, a tale ultimo riguardo, la recente riforma introdotta con i §§ 555b ss. e 559 ss. BGB.

⁴² Il riferimento è al noto saggio *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, in *AcP*, 2000, 273.

Anche digitalizzazione e sostenibilità, in questa direzione di analisi, rivelano una ulteriore e diversa attitudine del diritto privato. Se infatti, *Grund- und Menschenrechte* (i diritti fondamentali e i diritti umani) continuano a *conformare* il diritto privato; occorre altresì tener conto del processo di progressiva legittimazione del diritto privato come tecnica giuridica utilizzata *per dare forma*, nella concreta esperienza, ai diritti fondamentali ed ai diritti umani.

Quest'ultima funzione identifica la trasformazione del classico diritto privato *individualfixirt* in *politischen Privatrecht*⁴³.

⁴³ Sulla „politischen Funktion der Privatrechtsordnung“, v. J. CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht*, cit., 59 ss.; D. LOOSCHELDERS, *Gleichheit und Materialisierungstendenzen im Privatrecht des 20. und 21. Jahrhunderts*, in M. GEBAUER – S. HUBER (Hrsg.), *Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebert 2022, 63 ss.



Leggendo le riviste spagnole



Lourdes Fernández del Moral Domínguez

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** La legge 2 giugno 2021, n. 8, riforma della legislazione civile e processuale sulle misure di sostegno alle persone con disabilità nell’esercizio della loro capacità giuridica. – **3.** La legge 15 dicembre 2021, n. 17 sul regime giuridico degli animali.

1. Premessa

La lettura delle principali riviste spagnole di diritto civile dell’anno 2022 rivela, non diversamente da quanto accade in Italia, un’ampia varietà di approfondimenti non solo di temi classici del diritto privato ma anche di profili innovativi legati allo sviluppo delle nuove tecnologie e alla relativa tutela. Non può trascurarsi, in primo luogo, il numero speciale pubblicato dalla rivista “Actualidad jurídica iberoamericana”¹ in onore di Cesare Massimo Bianca, in cui numerosi autori italiani, europei e americani hanno affrontato questioni riguardanti tutti i settori del diritto civile attuale, in tributo al riconosciuto apporto del Maestro anche oltre le frontiere del nostro Paese.

Due, tra i tanti, i temi che s’impongono per la novità e l’ampiezza di attenzione riservata loro dalla dottrina di lingua spagnola: quello sulle misure di sostegno alle persone con disabilità e quello sulla protezione degli animali. Ai suddetti argomenti sarà dedicata questa lettura.

¹ *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. straordinario 16, fasc. 2.

2. La legge 2 giugno 2021, n. 8, riforma della legislazione civile e processuale sulle misure di sostegno alle persone con disabilità nell'esercizio della loro capacità giuridica

2.1. La Spagna ha attuato la Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità, firmata a New York nel 2006, cui il Paese ha aderito nel 2007, prima ancora che altrettanto facesse l'Unione Europea. La riforma spagnola del 2021 è di estrema rilevanza benché non esente da critiche, specialmente per le questioni che non trovano una risposta positiva sicura. L'attuazione concreta data dall'ordinamento spagnolo, omologo rispetto al nostro sul piano del "contesto culturale" e con principi e basi giuridiche in gran parte comuni, sollecita anche per la dottrina italiana riflessioni che presto saranno di attualità, avendo anche l'Italia aderito nel 2009 alla Convenzione internazionale cui dovrà prossimamente darsi attuazione.

La legge spagnola ha inteso dare attuazione a quanto prescritto dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità².

L'affermazione del principio di uguaglianza di tutte le persone, con o senza disabilità, con riguardo alla capacità giuridica in tutti gli aspetti della vita, richiedeva una modifica sostanziale dell'ordinamento giuridico spagnolo, sulla concezione del disabile come

² Articolo 12: Uguale riconoscimento dinanzi alla legge 1. Gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono 16 assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà.

A proposito dell'art. 12 appena citato e dell'interpretazione fornita dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità, v. LÓPEZ AZCONA, *Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. straordinario 16, fasc. 2, 636 ss.; LÓPEZ BARBA, *El artículo 12 de la Convención y el deber de los estados partes de proteger a las personas con discapacidad por en el ejercicio de su capacidad jurídica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. straordinario 16, fasc. 2, 668 ss.

soggetto bisognoso di assistenza e protezione, per dare attuazione al diverso obiettivo di consentire l'accesso delle persone con disabilità al sostegno necessario per esercitare in autonomia i propri diritti, secondo la propria volontà e le proprie preferenze

Il necessario adattamento della normativa spagnola ai precetti della Convenzione si è venuto realizzando gradatamente attraverso l'articolato percorso di una serie di riforme intervenute negli ultimi anni³. Fra queste forse la riforma attuata con la legge n. 8/2021 è la più ambiziosa, pur lasciando ancora aperti alcuni aspetti per il completamento dell'attuazione della disciplina della Convenzione⁴.

La riforma in esame incide sull'ordinamento giuridico spagnolo nella sua globalità. Molto numerose sono le leggi modificate da essa: il Codice civile, la legge sulla giurisdizione volontaria, la legge di procedura civile, la legge ipotecaria, la legge sul registro civile, sul notariato, sul patrimonio protetto delle persone con disabilità, il Codice di commercio e il Codice penale. Rimangono però molte altre norme, che dovranno ancora essere modificate, in cui restano tracce, anche terminologiche, di un sistema precedente ormai incompatibile con il vigente⁵.

La riforma viene presentata dallo stesso legislatore e dalla dottrina prevalente come un cambio radicale e rivoluzionario del sistema che compie un capovolgimento determinante e profondo della filosofia e della concezione su cui si impernia il regime applicabile alle persone con disabilità. Vi sono tuttavia voci critiche, alcune tendenti a sminuire la portata del cambiamento, altre muovendo critiche alle lacune lasciate dalla riforma, le quali rischierebbero di ridurre notevolmente l'effettiva attuazione della riforma, altre accusando le nuove norme di causare incertezze potenzialmente pregiudizievoli per le esigenze del traffico giuridico⁶.

³ In questo processo di riforma possiamo sottolineare alcune tappe fondamentali: la legge 1 agosto 2021, n. 26 di adattamento della normativa alla Convenzione Internazionale sui diritti delle persone con disabilità; il Real Decreto Legislativo 29 novembre 2013, n.1 con il quale si approva il Testo Unico della Legge Generale sui diritti delle persone con disabilità e sulla loro inclusione sociale; la *Ley Organica* 30 marzo 2015, n.1 con la quale si opera una riforma al Codice penale in relazione alla figura della persona con disabilità; la nuova normativa sulla giurisdizione volontaria introdotta con la legge 2 di luglio 2012, n. 15 (modificata successivamente dalla legge 24 giugno 2017, n. 4 con riguardo al diritto delle persone con disabilità a contrarre matrimonio a condizioni di uguaglianza); la *Ley Organica* 5 dicembre 2018, n. 2 con la quale si modifica la *Ley Organica* riguardante il regime elettorale generale per garantire il diritto di voto a tutte le persone con disabilità.

⁴ GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad in Familia y sucesiones. Cuaderno jurídico*, 2021, n. 136, 46.

⁵ GARCÍA RUBIO, *ult. loc. cit.*

⁶ CALAZA LÓPEZ, *Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 53 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Capacidad para testar y discapacidades*, in *Revista de Derecho privado*, 2022, 3 ss.; PRADOS GARCÍA, *Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16, 32 ss.

L'idea centrale della riforma consiste nel riconoscimento del diritto delle persone con disabilità ad essere considerate in modo eguale rispetto a tutti gli altri soggetti, spettando ad esse pari libertà di assumere le proprie decisioni, eseguire gli atti giuridici così decisi ed esercitare i propri diritti in prima persona. Abbandonando il sistema tradizionale di protezione paternalistica, si introduce, quale regola-cardine, quella secondo cui solo se e nella stretta misura in cui per adottare le decisioni la persona avesse bisogno di sostegno, l'ordinamento giuridico dovrebbe apprestare gli opportuni mezzi di supporto per garantirne la piena integrazione nel mondo sociale e giuridico⁷.

Il punto focale si sposta: la persona con disabilità non viene vista più come un soggetto da proteggere, talvolta anche nei confronti di se stesso, bensì opera nello stesso contesto di libertà, autonomia e autodeterminazione proprio di ogni persona, che deve poter esercitare i propri diritti secondo i propri desideri, preferenze e volontà. La preoccupazione del legislatore non è dunque più la protezione del soggetto, piuttosto l'attuazione delle misure necessarie per metterlo in condizione di attuare la propria autonomia, anche a rischio di sbagliare⁸.

In linea con questa nuova impostazione, la riforma non offre una definizione di disabilità, trattandosi di un concetto dinamico in continua evoluzione. Come dichiara lo stesso Preambolo della Convenzione dell'ONU, la disabilità "è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su basi di uguaglianza con gli altri"⁹. Da ciò l'esigenza prevalente di superare con le misure di sostegno, che diventano il punto centrale di questo sistema, le barriere di ogni tipo che possano impedire al soggetto con disabilità di partecipare alla vita giuridica consapevolmente e liberamente.

In tale prospettiva, la riforma cerca di superare la dicotomia tra capacità giuridica e capacità d'agire. La nuova legge, infatti, seguendo la terminologia utilizzata dalla Convenzione, si riferisce esclusivamente, sul piano lessicale, alla capacità giuridica e al suo esercizio. La capacità di essere titolari di situazioni giuridiche e la capacità di compiere atti giuridici e determinare con la volontà le proprie situazioni giuridiche vengono inglobate in un insieme inscindibile sotto il *nomen iuris* di "capacità giuridica", obliterando qualunque riferimento autonomo alla capacità di agire.

2.2. Il nuovo sistema sopprime qualunque dichiarazione di incapacità. Non è più possibile che un'autorità, quindi neanche quella giudiziale, attribuisca al soggetto una

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Líneas básicas de la reforma del Código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. extraordinario 16, fasc. 2, 690 ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, *La clave hermenéutica de la nueva legislación civil sobre la capacidad jurídica*, in *Revista de Derecho privado*, 2022, 41 ss.

⁸ BATUECAS CALETRÍO, *Novedades introducidas por la Ley 8/2021 en la capacidad requerida para el reconocimiento de la filiación y el reconocimiento de un hijo mayor de edad*, in *Revista de Derecho privado*, 2022, n. 4, 33 ss.; CORRIPIO GIL-DELGADO, *El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 702 ss.

⁹ Preambolo della Convenzione, lett. e)

qualificazione che implichi la sottrazione di una parte della capacità giuridica, nel senso in cui la intende la Convenzione. Si eliminano completamente i procedimenti destinati alla dichiarazione di incapacità. Vi sono solo procedimenti volti a individuare le misure di sostegno di cui una persona possa avere bisogno per svolgere la propria attività e sviluppare la propria personalità in tutti i campi, da quelli personali a quelli patrimoniali.

Le misure di sostegno sono elencate nel nuovo art. 250 C.c. Non si tratta però di un elenco tassativo e restrittivo, in quanto, come vedremo, sono previste forme di sostegno flessibili e senza un contenuto predefinito¹⁰.

Le misure di sostegno previste nell'art. 250 C.c. sono di tre tipi: volontarie, informali e giudiziali. Inoltre, si prevede che in situazioni di urgenza e dinanzi alla mancanza di qualunque altro tipo di sostegno, questo sia esercitato provvisoriamente dall'entità pubblica incaricata di questa funzione nel corrispondente territorio (art. 253 C.c.) affinché il sostegno necessario sia sempre assicurato.

Le misure di sostegno volontarie sono oggetto del Capitolo II del nuovo Titolo XI del Codice civile. L'art. 255 C.c. afferma che qualunque persona maggiore di età o minore emancipato, in previsione o nell'attualità di circostanze che possano rendere difficile l'esercizio della propria capacità giuridica in condizioni di uguaglianza con gli altri, può prevedere con atto pubblico delle misure di sostegno con riguardo alla propria persona o ai propri beni. Misure, quindi, che possono essere previste sia per il presente, contemporaneamente all'istaurazione, che per il futuro. Il soggetto con disabilità attuale o anche solo potenziale ha grande libertà nella determinazione del contenuto delle misure: può, in particolare, configurare come ritiene opportuno il loro regime di attuazione, la portata delle prerogative di chi debba prestare il sostegno, il modo in cui esso debba essere fornito, nonché gli strumenti o gli organi cui sia affidato il controllo, le misure di salvaguarda contro gli abusi, i conflitti di interessi o le influenze indebite, ed inoltre i meccanismi e i termini di revisione delle suddette misure e le specifiche modalità di estinzione (art. 255 C.c., comma 2 e 3)¹¹.

La dottrina ha manifestato perplessità in relazione al requisito formale che la legge sembra richiedere per la manifestazione di volontà che dispone le misure volontarie. Per alcuni autori la formalità dell'atto pubblico non si concilia con la flessibilità e l'ampiezza del concetto di misura volontaria che pare prevalere nella Convenzione e nella Prima Osservazione Generale del Comitato per i diritti delle persone con disabilità. In ogni caso, resta aperta la questione relativa al valore da riconoscere alla volontà manifestata

¹⁰ CORRIPIO GIL-DELGADO, *El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 669 ss.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Medidas de apoyo y seguimiento a las personas con discapacidad. La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 5, 1 ss.

¹¹ CORTADA CORTIJO, *Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 1; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Medidas de apoyo y seguimiento a las personas con discapacidad: La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 5.

senza il rispetto della forma solenne¹², questione che può in ipotesi muoversi tra il polo della esigenza di tutela del disabile a dover ricorrere a forme che lo richiamino circa l'importanza della decisione che sta assumendo e il polo della certezza dei terzi circa l'atto adottato dal disabile, che grazie alla forma solenne può ottenere l'iscrizione nei pubblici registri. Tra i due poli è aperta la problematica degli effetti dell'atto di volontà del disabile che, pur non avvenuto rispettando le forme prescritte, sia nondimeno ricostruibile con certezza e che, a dispetto della mancata iscrizione di pubblici registri, possa essere opponibile ai terzi che ne avessero comunque conoscenza.

D'altra parte, un'enfasi eccessiva alla tutela dei terzi in ordine alla conoscibilità del dato iscritto nel registro pubblico sembra sconsigliata dalle previsioni di legge che restringono il diritto di accesso dei terzi alle informazioni pubblicate nel registro civile in nome della tutela dei diritti fondamentali delle persone con disabilità, tra cui il diritto all'intimità e alla protezione dei dati personali.

Ne consegue il fondamento non sicuro della tesi favorevole a giustificare la forma solenne sulle esigenze pubblicitarie, con ulteriore implicazione che, il tema dei vizi di forma debba essere impostato e risolto in coerenza con i principi di autodeterminazione del disabile, almeno fin quando non sia effettivamente pregiudicato il legittimo affidamento del terzo.

Quanto sopra rilevato sembra d'altra parte trovare conferma anche alla luce del carattere informale che caratterizza la seconda misura di sostegno prevista nell'art. 255 C.c., imperniata sul cosiddetto "guardiano di fatto".

La disposizione attribuisce rilievo alle misure di sostegno prestate al soggetto con disabilità in modo informale da parte di una persona del suo contesto più vicino, normalmente dell'ambito familiare o affettivo. Il "guardiano di fatto", a differenza di quanto accadeva nella prassi prima dell'entrata in vigore della riforma, smette di essere considerato come una figura provvisoria e diviene piuttosto misura di sostegno stabile e di durata indefinita. Tale misura che può addirittura rappresentare l'unico mezzo di sostegno riconosciuto come idoneo e necessario alla luce del caso concreto, oppure può coesistere con altre misure quali una curatela *ad hoc* o un "difensore giudiziale" (su cui *infra*), se ciò sia richiesto dalle specifiche necessità della persona con disabilità.

In linea di massima la funzione del "guardiano di fatto" è assistenziale e non rappresentativa, sebbene possa svolgere anche quest'ultima con riguardo a singoli atti, avendo però in tal caso bisogno di un'autorizzazione giudiziale *ad hoc* mediante un apposito procedimento di giurisdizione volontaria. L'autorizzazione giudiziale non è peraltro necessaria qualora il guardiano solleciti una prestazione economica in favore della persona con disabilità, sempre che questa non comporti un cambio significativo nella forma di vita della persona, o compia atti giuridici sui beni del soggetto con disabilità che abbiano

¹² GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad in Familia y sucesiones. Cuaderno jurídico*, 2021, n. 136, 53.

scarsa rilevanza economica o non abbiano una speciale rilevanza personale o familiare (art. 264 C.c.).

Un punto essenziale della riforma, ribadito più volte nelle norme della legge spagnola, consiste nella rilevanza assoluta del principio del rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità. In forza di questo principio, qualunque misura di sostegno deve essere interpretata ed attuata nel senso di aiutare la persona con disabilità a discernere la propria volontà, i propri desideri e le proprie preferenze, ragione per cui chi ha il compito di sostenerla deve fornirle le informazioni necessarie, supportarla nella comprensione del significato, della portata e delle conseguenze delle azioni da compiere, vale a dire metterla in condizione di formare nel modo più completo possibile la propria volontà¹³. Solo in via eccezionale, nei casi in cui la persona con disabilità non sia in grado, proprio a causa della disabilità, di concludere il processo di formazione della volontà, la misura di sostegno può prevedere il compimento dell'atto attraverso la rappresentanza svolta da un terzo. Ma, anche in questo caso, la volontà del soggetto con disabilità non può essere sostituita. Si prevede infatti che il rappresentante debba operare seguendo la volontà, i desideri e le preferenze del soggetto con disabilità. Qualora questi non abbia potuto manifestare la propria volontà in modo contestuale, il rappresentante deve indagare nel passato della persona, nelle opinioni manifestate in precedenza, nel vissuto anteriore, per verificare quale ragionevolmente sarebbe la sua volontà in relazione alla specifica azione da compiere, quali sarebbero stati i suoi desideri se avesse potuto manifestarli autonomamente. Il rappresentante non può invece sostituire questa volontà così ricostruita con il proprio pensiero o con la propria valutazione, neppure se lo considera il bene supremo per il soggetto con disabilità. Solo in caso di assoluta impossibilità di ricostruire i possibili desideri e volontà della persona con disabilità, il rappresentante è legittimato a seguire quello che ritiene il migliore interesse del disabile.

Qualora una persona con disabilità abbia bisogno di misure di sostegno ma non le abbia previste volontariamente e non sia nemmeno sostenuta da un guardiano di fatto, il Pubblico Ministero o i parenti prossimi possono iniziare un procedimento di giurisdizione volontaria volto alla fissazione da parte del giudice delle misure opportune. Anche nell'ambito di questo procedimento il soggetto con disabilità dev'essere sentito affinché possa manifestare la propria volontà, la quale sarà vincolante per il giudice. Se il processo si svolge senza opposizione, si conclude con un provvedimento che dispone tali misure. Tuttavia se in qualche fase del procedimento dovessero riscontrarsi opposizioni di possibili interessati, compreso il soggetto con disabilità, si darà luogo a un procedimento contenzioso volto all'adozione di una sentenza con cui vengano decise le misure adatte al sostegno.

¹³ L'art. 249 C.c. dispone espressamente che le persone che prestino il sostegno dovranno fare in modo che la persona con disabilità possa sviluppare il proprio processo decisionale, informandola, aiutandola nella comprensione e ragionamento e facilitando la possibilità di esprimere le sue preferenze. Inoltre, si preoccuperanno per fare in modo che nel futuro la persona con disabilità possa esercitare la sua capacità giuridica prescindendo sempre di più delle misure di sostegno.

In un caso come nell'altro, il giudice ha un ampio margine di flessibilità per individuare le misure più adatte al caso concreto, stabilendo la portata della misura, il contenuto, le modalità di esecuzione, la persona che la dovrà attuare, il termine di revisione, il meccanismo di controllo. Il giudice è tuttavia in ogni caso tenuto ad operare in base ai principi di necessità e proporzionalità nell'individuare le misure più adatte per la singola persona (art. 249, co. 1 e art. 268, co. 1, C.c.).

Al riguardo, l'art. 250 del C.c. indica nella curatela la misura formale di sostegno da applicare a coloro che necessitano di sostegno di modo continuativo. L'estensione di questa curatela è determinata nel provvedimento giudiziale in base alla situazione e alle circostanze della persona con disabilità nonché alle esigenze del suo sostegno.

Come regola generale, la curatela svolge una funzione assistenziale e solo eccezionalmente può esercitare poteri di rappresentanza. In tal caso, come il "guardiano di fatto", il curatore è tenuto a rispettare la volontà, i desideri e le preferenze del soggetto con disabilità.

Il ruolo del curatore si distacca nettamente da quello attribuito a questa figura in passato. Non si tratta di prestare assistenza, come in precedenza, affiancando l'incapace nella manifestazione della volontà negoziale. Nel nuovo sistema, il soggetto con disabilità prende le decisioni nell'esercizio della capacità giuridica ed è l'unico a manifestare la dichiarazione di volontà negoziale, anche se per la formazione della sua volontà consapevole e libera dovesse avere bisogno di contare sul supporto del curatore, il quale ha il compito di informare, spiegare, rendere comprensibili i presupposti, le conseguenze, la portata dell'atto che la persona con disabilità sta per compiere, in modo tale da rendere la manifestazione di volontà consapevole e libera e dichiarata all'esterno in modo comprensibile.

Altra misura di sostegno è quella del "difensore giudiziale" (*defensor judicial*). La sua nomina è prevista in relazione a determinate tipologie di situazioni indicate dall'art. 295 C.c.; in particolare, qualora esista un conflitto di interessi tra la persona che deve prestare il sostegno e la persona con disabilità o nei casi in cui la persona incaricata del sostegno non possa esercitarlo per qualunque causa.

La tutela viene assolutamente esclusa dall'ambito delle misure di sostegno con riguardo a persone maggiorenne con disabilità e resta relegata all'ambito dei minori che per qualunque ragione non sono soggetti alla potestà genitoriale¹⁴.

Sono state eliminate anche altre figure precedentemente in vigore nel sistema spagnolo, quali la potestà prorogata e la potestà riabilitata, già previste a tutela dei minori con disabilità per evitare che, raggiunta la maggiore età, nelle more dell'ottenimento di una sentenza dichiarativa dell'incapacità, il soggetto potesse restare privo di tutela. Nella normativa vigente, il minore emancipato può volontariamente determinare la misura di

¹⁴ BERROCAL LANZAROT, *El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 1673 ss.

sostegno che ritenga opportuna per il momento in cui raggiungerà la maggior età (art. 255 C.c.).

2.3. La dottrina spagnola, nel 2021 ma soprattutto nel 2022, ha analizzato le ricadute delle modifiche normative sopra richiamate nei diversi settori dell'ordinamento.

In materia di obbligazioni e contratti, ha suscitato interesse nella letteratura spagnola la questione dell'esecuzione di queste misure di sostegno e il loro contributo al processo di formazione della volontà contrattuale del soggetto con disabilità, nello spirito di aiutare ma non influenzare la persona bisognosa del sostegno.

Diversi studi, a questo proposito, sono stati dedicati al rilevante ruolo rivestito dal notaio in sede di formazione della scrittura pubblica. Secondo autorevole interpretazione, al notaio spetta il compito del "primo sostegno" quando si presenti alla stipula una persona con disabilità priva di misure di sostegno. È il notaio, in particolare, a dover informare la persona, aiutandola nella comprensione e nel ragionamento e facilitando la manifestazione delle sue preferenze. Se dovesse constargli che, grazie all'ausilio datole, la persona riesce a manifestare la propria volontà, il notaio legittimamente procederà alla stipula. In caso contrario, se non risulti che la persona disabile abbia adottato misure volontarie, il notaio è tenuto a sollecitare l'intervento giudiziario. Se, nonostante le misure di sostegno, la persona non sia comunque in grado di esprimere o formare la sua volontà, il notaio dovrà in ogni caso negare il compimento dell'atto (art. 663 C.c.). In estrema sintesi, al notaio non è richiesta una valutazione sullo stato di disabilità della persona, ma egli è tenuto a valutare esclusivamente se, alla luce delle circostanze concrete, questa abbia potenzialità intellettive, cognitive e volitive tali da formare la propria volontà¹⁵, dovendo, in caso di esito positivo, dar luogo all'atto pubblico e dovendo, in caso contrario, rifiutarne la stipula.

2.4. Altro tema oggetto di attenzione è quello dell'efficacia del contratto concluso da un soggetto con disabilità in un sistema in cui sono state soppresse le dichiarazioni giudiziali di incapacità.

Al riguardo, l'art. 1302 C.c. sancisce l'annullabilità dei contratti conclusi da persone con disabilità per le quali siano state disposte misure di sostegno e che però non se ne avvalgano al momento della conclusione del contratto nonostante la necessità dell'utilizzo delle misure fosse a ciò necessario. La legittimazione a domandare l'annullamento spetta allo stesso soggetto con disabilità, ricorrendo al necessario sostegno, e ai suoi eredi, in caso di morte antecedente alla consumazione della decadenza dell'azione.

La legittimazione attiva spetta anche alla persona che avrebbe dovuto eseguire la misura di sostegno ma solo nei casi in cui l'altro contraente fosse a conoscenza dell'e-

¹⁵ LECIÑENA IBARRA, *Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 275-276; JEREZ DELGADO, *Los contratos celebrados por personas con discapacidad*, in *Actualidad civil*, 2022, n.6.

sistenza delle misure di sostegno o avesse approfittato della situazione di disabilità per ottenere un ingiusto vantaggio¹⁶.

Nel silenzio della norma, la dottrina si è domandata come conciliare la legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento del soggetto con disabilità e il suo diritto a rinunciare alle misure di sostegno.

Quest'ultimo diritto è attualmente al centro di un intenso dibattito. La maggioranza della dottrina non trova difficoltà ad ammetterlo in relazione alle misure volontarie, mentre più acceso è il dibattito in relazione alle misure coattive giudiziali. La giurisprudenza, infatti, nelle prime pronunce successive all'entrata in vigore della legge, pur riconoscendo il principio di supremazia della volontà, dei desideri e delle preferenze del soggetto con disabilità, ha affermato che a certe condizioni estreme l'autorità giudiziaria può imporre misure coattive di sostegno anche contro la volontà del soggetto interessato¹⁷.

Se ed in quanto il diritto a rinunciare alla misura venga ammesso (riguardi cioè tutte le misure o solo quelle volontarie), resta l'interrogativo se sia possibile che il soggetto con disabilità non si avvalga dei mezzi di sostegno e poi chieda l'annullamento proprio sulla base della mancanza di sostegno¹⁸. Alcuni autori ritengono, al riguardo, che la domanda di annullamento per mancato sostegno non sia compatibile con l'avvenuta rinuncia e individuano, piuttosto, nelle comuni regole sui vizi della volontà e sull'incapacità naturale l'unica strada per giustificare che la persona con disabilità contesti il contratto stipulato volontariamente senza l'ausilio delle misure di sostegno¹⁹.

La questione fa emergere con forza la precarietà della posizione dell'altro contraente e dei mezzi limitati posti a sua disposizione per conoscere l'esistenza delle misure di sostegno, il loro contenuto e se il soggetto con disabilità vi abbia rinunciato intenzionalmente o quanto meno consapevolmente. Potrebbe sostenersi forse, al riguardo, che per rinunciare alle misure di sostegno sia richiesta la stessa forma solenne prescritta per ricorrervi, vale a dire l'atto pubblico, il che darebbe almeno una certa possibilità di accesso ai terzi. Tuttavia, anche all'atto di rinuncia, come a quello di ricorso alle misure adottato senza rispettare la forma solenne, possono ragionevolmente estendersi le considerazioni critiche sopra svolte circa il fatto che, in tal modo, la volontà effettiva della persona con disabilità rischierebbe di non essere attuata. Resterebbe, poi, comunque l'incertezza relativa alla rinuncia alle misure di sostegno di carattere informale attuate attraverso il

¹⁶ Si fa spazio nel Codice civile spagnolo una nozione che si ritrova nei lavori europei che propongono una uniformazione del diritto contrattuale ma che difetta ancora nel sistema spagnolo di uno sviluppo e dei criteri di valutazione certi.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, *Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se refoma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, in *Anuario de Derecho civil*, 2022, 279 ss.; SERRANO CHAMORRO, *Consideracione sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 2, 1 ss.

¹⁸ PRADOS GARCÍA, *op. cit.*, 32 ss.

¹⁹ PRADOS GARCÍA, *ult. loc. cit.*

“guardiano di fatto”, il quale ha bisogno dell’autorizzazione giudiziale solo per svolgere funzioni rappresentative che, nel quadro disegnato dalla riforma, dovrebbero essere eccezionali.

Un dubbio interpretativo circa l’art. 1302 C.c. è rinvenuto nel fatto che per ritenere il contratto annullabile la norma presuppone che le misure cui la persona con disabilità rinuncia siano state effettivamente disposte e che esse fossero però necessarie per la stipula del contratto. Ciò sembrerebbe postulare che il fatto che le misure siano state disposte non implichi anche, di per sé, che esse siano “necessarie” per la stipula. Questa differenza di piani sembra spiegabile, sul piano sistematico, tenendo in considerazione che uno dei punti centrali della riforma è quello di evitare qualificazioni generali e astratte volendo, invece, verificare in concreto, al momento della stipula, se sussistano o meno le condizioni perché la persona eserciti in modo consapevole i suoi diritti, formando liberamente la propria volontà. Potrebbe, in questa prospettiva, verificarsi una situazione in cui, a dispetto dell’adozione delle misure, in concreto esse risultino non necessarie perché la persona è in grado di agire senza ricorrervi. Se questa fosse l’interpretazione, ovviamente il tema centrale diventerebbe quello della prova, per nulla semplice e tuttavia determinante per potersi configurare l’impugnabilità stessa del contratto.

Ancora in tema di annullamento, la riforma ha modificato anche le norme riguardanti gli obblighi restitutori conseguenti alla pronuncia di invalidità eventualmente a carico del soggetto con disabilità. Si prevede, in particolare, che se il contraente avente diritto alla restituzione era a conoscenza delle misure di sostegno o ha comunque approfittato della situazione di disabilità ottenendone un vantaggio ingiusto, la persona con disabilità non sia obbligata a restituire quanto ricevuto se non nella misura in cui si sia arricchita (art. 1304 C.c.).

In presenza della medesima situazione soggettiva in capo al terzo contraente, il soggetto con disabilità è legittimato ad esercitare l’azione di annullamento anche se la cosa si è persa a causa di un suo comportamento colposo o doloso (art. 1314 C.c.). Secondo alcuni interpreti un simile trattamento di favore per le persone con disabilità, in un sistema ispirato all’uguaglianza delle posizioni giuridiche di tutte le persone, rappresenterebbe un’incongruenza che il legislatore avrebbe dovuto eliminare, mantenendo la regola speciale solo per i minori²⁰.

2.5. Un’altra ricaduta importante della riforma riguarda la responsabilità civile.

Il Preambolo della legge n. 8/2021 espressamente dichiara che “la considerazione delle persone con disabilità come soggetti pienamente capaci, nella doppia dimensione di titolarità ed esercizio dei suoi diritti, non può non riflettersi anche inesorabilmente nell’idea di responsabilità, il che comporta il corrispondente cambio nel concetto di imputabilità soggettiva nella responsabilità per fatto proprio e in una nuova e più ristretta concezione della responsabilità per fatto altrui”.

²⁰ PRADOS GARCÍA, *op. cit.*, 35.

La responsabilità della persona con disabilità lascia ferma la corresponsabilità del curatore titolare di pieni poteri rappresentativi se il danno è stato causato dalla persona con disabilità convivente (art 299 C.c.). Il curatore potrà liberarsi da responsabilità solo provando di aver impiegato la diligenza del buon padre di famiglia per evitare il danno.

La riforma lascia aperto e anzi contribuisce a accentuare il dibattito in atto nella dottrina spagnola sull'interpretazione generale dell'art. 1902 C.c. in cui si stabiliscono i presupposti della responsabilità extracontrattuale senza tuttavia nulla dire sui requisiti di capacità soggettiva perché il fatto dannoso sia imputabile all'autore.

La dottrina spagnola si divide fra un filone maggioritario che sostiene un criterio soggettivo di colpa, in forza del quale per vedersi imputata responsabilità civile si richiede che il soggetto agente abbia la capacità di intendere e di volere e un orientamento favorevole invece a una lettura oggettiva del requisito della colpa, da riscontrarsi ogniqualvolta si sia verificata una deviazione della condotta del soggetto agente dal modello astratto cui tutti sono tenuti ad adeguarsi.

Alcuni autori hanno quindi ravvisato nella riforma introdotta dalla legge n. 8/2021, in quanto prescrittiva della responsabilità anche a carico della persona con disabilità, una conferma positiva dell'impostazione oggettiva della colpa²¹. Questa deduzione non sembra tuttavia potersi trarre dal nuovo art. 299 C.c. introdotto dalla legge in esame, secondo quanto ha rilevato altra parte degli interpreti. Come conferma il già richiamato Preambolo della legge, il legislatore considera anche la persona con disabilità come soggetto dotato di piena capacità giuridica, identicamente a ogni altro. Sembra quindi più coerente con la finalità e la *ratio* della riforma ritenere che il legislatore abbia inteso collocare il soggetto con disabilità sullo stesso piano degli altri anche per quanto riguarda le obbligazioni e la responsabilità. Nulla impedisce, dunque, di applicare anche ad esso il requisito della capacità d'intendere e di volere per ritenerlo imputabile del danno causato²², il che impedisce di considerare che la riforma abbia sbilanciato il dibattito a favore delle tesi della nozione oggettiva di colpa, ancor oggi difficilmente conciliabile con la distinzione tra colpa e dolo affermata dallo stesso Codice civile spagnolo.

Altri studi sono stati dedicati alle ricadute della riforma sull'istituto del matrimonio, sulle convenzioni matrimoniali e sul regime di comunione legale.

In particolare, l'art. 56 in tema di capacità a contrarre matrimonio, pur non formalmente modificato, risente necessariamente della nuova previsione circa la possibilità di sostegno nella formazione della volontà della persona con disabilità²³.

²¹ BERNAD MAINAR, *Incidencia de la Ley 8 /2021 en el derecho de obligaciones*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 2095 ss.

²² MORENO MARTIN, *La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica*, in *Diario La Ley*, 2022, n. 10107, 1 ss.

²³ La dottrina spagnola non ha mancato di sottolineare i problemi ermeneutici che pone la nozione di piena rappresentanza: GÓMEZ VALENZUELA, *Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 208 ss.; SANTILLÁN SANTA CRUZ, *La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas*

Per quanto riguarda le convenzioni matrimoniali, la legge n. 8/2021 ha abrogato l'art. 1330 C.c., che prevedeva la possibilità per l'incapace giudiziale di stipulare convenzioni matrimoniali con l'assistenza dei suoi genitori, del tutore o del curatore. Data la presunzione di capacità, la persona con disabilità può oggi stipulare le convenzioni anche senza sostegno, salvo, come detto, il ruolo del notaio rogante nel valutare la mancanza in concreto delle condizioni per una consapevole formazione della volontà, con le conseguenze già richiamate, fino al caso-limite in cui la persona non risultasse in grado di stipulare neppure con l'ausilio delle misure di sostegno; in quest'ultimo caso non potrà darsi luogo alla stipula della convenzione (art. 1316 C.c.).

Tra le modifiche introdotte dalla legge n. 8/2021 nel diritto di famiglia²⁴ si segnalano gli artt. 1387 e 1393, co. 1, C.c. riguardanti la gestione e lo scioglimento della comunione legale.

In virtù del nuovo art. 1387 C.c. l'amministrazione e il potere di disposizione dei beni in comunione legale si trasferisce *ope legis* al coniuge nominato curatore con pieni poteri rappresentativi del coniuge con disabilità. D'altro canto, l'art. 1393, co. 1 C.c. dispone che la comunione legale si sciogla giudizialmente su richiesta dell'altro coniuge nel caso in cui al coniuge con disabilità vengano disposte misure giudiziali di sostegno che comportino l'attribuzione di pieni poteri rappresentativi in ambito patrimoniale (sembra doversi intendere, a un soggetto diverso, dato che altrimenti opererebbe ragionevolmente il richiamato art. 1387 C.c.).

2.7. Sono molto numerose le norme del Codice civile modificate dalla riforma, tra cui disposizioni in tema di cittadinanza, regole sugli effetti delle crisi matrimoniali in presenza di figli maggiorenni con disabilità che abbiano bisogno di sostegno, regole sull'attribuzione della filiazione quando vi siano genitori o figli con disabilità²⁵.

con discapacidad en el régimen de sociedades de gananciales: a propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio, in Revista crítica de Derecho inmobiliario, 2022, 815 ss.

²⁴ Sulle numerose incidenze della riforma in materia di diritto di famiglia, v. anche BLANDINO GARRIDO, *Incidencia de la reforma en materia de capacidad jurídica en los procesos de nulidad, separación y divorcio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. extraordinario 16, fasc. 2, 940 ss.

²⁵ Su alcuni temi collegati con la riforma, v. tra altri, BATUECAS CALETRÍO, *op. cit.*, 33 ss.; DE LA IGLESIA MONJE, *El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 1065 ss.; DÍAZ PARDO, *Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 103 ss.; ESTELLÉS PERALTA, *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de percepción de alimentos por la descendencia mayor de edad. Especial referencia a hijos e hijas con discapacidad*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 229 ss.; SILLERO CROVETTO, *Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. extraordinario 16, fasc. 2, 1622 ss.; TORRELLES TORREA, *Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código civil*, in *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, 1387 ss.

La riforma modifica anche alcune norme riguardanti il diritto delle successioni. A questo riguardo, in particolare, il nuovo art. 663 C.c. prevede che non possono testare le persone che nel momento della formazione del testamento non sono in grado di formare o esprimere la propria volontà neppure mediante l'ausilio delle misure di sostegno. Anche a questo riguardo vale quanto richiamato sopra in ordine ai doveri e alle prerogative del notaio²⁶.

Di grande portata sono anche le modifiche relative al diritto processuale, nell'ambito delle quali si segnala, tra le tante novità, innanzitutto la tendenza alla “degiurisdizionalizzazione”, nel senso che quando sia possibile definire le misure di sostegno in forma volontaria non debba trovar spazio l'intervento giudiziale.

Altra novità importante riguarda l'adozione giudiziale delle misure di sostegno, per la quale deve ricorrersi preventivamente alla giurisdizione volontaria e solo in caso di opposizione, anche da parte del soggetto con disabilità, può instaurarsi il procedimento contenzioso²⁷. Particolare importanza acquista in questo contesto la figura del “facilitador”, ruolo svolto da un esperto neutrale rispetto alle parti, che ha la funzione di gestire gli incumbenti procedurali necessari ad assicurare che il diritto della persona con disabilità alla tutela giudiziale possa essere di fatto vulnerato²⁸.

Anche la riforma processuale non è rimasta esente da critiche, a volte per incompletezza, a volte per incongruenza o poca chiarezza²⁹.

3. La legge 15 dicembre 2021, n. 17 sul regime giuridico degli animali

3.1. La seconda recente e rilevante riforma legislativa spagnola, oggetto di ampio dibattito in letteratura nel corso del 2022, che ha dato luogo a modifiche nel Codice civile,

²⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, 3 ss. MARTÍN SANTISTEBAN, *Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad*, in *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2022, n. 57; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Testamentos de las personas con discapacidad sensorial tras la Ley 8/2021*, in *Revista jurídica del Notariado*, 2022, 493 ss.

²⁷ CALAZA LÓPEZ, *Hitos estructurales de la discapacidad*, in *Actualidad civil*, n. 10, 1 ss.; DAMIÁN MORENO, *La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal*, in *Anuario de Derecho civil*, 2022, 399 ss.

²⁸ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 9, 1 ss.; MARTÍN PÉREZ, *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento*, in *Derecho privado y Constitución*, 2022, n. 40, 11 ss.

Su altre misure di agevolazione della partecipazione del soggetto con disabilità nei diversi tipi di procedure, v. anche, PÉREZ TORTOSA, *Mediación, e-mediación e i-mediación con personas con discapacidad intelectual*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 11, 1 ss.

²⁹ CALAZA LÓPEZ, *Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 53 ss.

nella legge ipotecaria e nella legge di procedura civile³⁰, riguarda il regime giuridico degli animali.

La finalità primaria della riforma è di promuovere il rispetto e la cura degli animali, specialmente di quelli che convivono con le persone.

La legge non propone una definizione e una classificazione delle diverse categorie di animali, tuttavia dalla lettura del contenuto delle disposizioni si può affermare che oggetto della nuova normativa sono fundamentalmente gli animali domestici³¹. Quando applicabili ad animali di altro tipo, le norme lo indicano espressamente.

Il Codice civile è stato modificato in alcune parti della disciplina dei beni e in alcune regole sulla proprietà, sul possesso, sull'occupazione, sull'invenzione e sull'usufrutto di animali.

Inoltre, si introducono alcune modifiche nel regime dei vizi nella compravendita di animali e si inseriscono alcune norme relative al destino degli animali domestici nell'ambito della regolamentazione delle crisi matrimoniali e della successione del proprietario.

In questo contesto, la prima modifica compiuta dal legislatore è quella riguardante il concetto stesso di animale in generale, distinguendolo dalle cose. Gli animali sono esseri vivi dotati di sensibilità e il regime giuridico delle cose è ad essi applicabile nella misura in cui sia compatibile con la loro natura o con le norme destinate alla loro protezione (art. 333 bis C.c.). I proprietari, possessori o titolari di altri diritti sugli animali devono esercitare i loro diritti nei limiti stabiliti dalla legge e rispettando la qualità di essere sensibile, nonché assicurando il benessere dell'animale³².

Per quanto riguarda la disciplina dei frutti, l'art. 357 C.c. introduce per gli animali una fondamentale differenza rispetto ai frutti naturali o industriali, per i quali vale la regola tradizionale che tali si intendono solo quelli manifestati o nati, considerando tali anche i nascituri già concepiti ma ancora non nati.

Gli animali quali oggetto di diritti presentano delle caratteristiche del tutto peculiari. Da un lato, infatti, oggetto di appropriazione, dall'altro, a differenza delle cose inanimate, sono esseri dotati di sensibilità. Proprio per le loro qualità particolari, la legge introduce nello stesso art. 333 bis C.c. due regole. Con una si riconosce il rimborso delle

³⁰ Come la legge stessa dichiara nel suo Preambolo, la presente riforma si inserisce in una linea già segnata da altri ordinamenti europei che prima della Spagna avevano provveduto a compiere delle modifiche nei rispettivi ordinamenti per adattarli meglio alla più intensa sensibilità della società europea verso gli animali. In questo ambito è possibile osservare la riforma approvata in Austria (1986), Germania (1990), Svizzera (2002), Belgio (2009), Francia (2015) e Portogallo (2017).

³¹ FUENTES-LOJO RIUS, *El nuevo estatuto jurídico de las mascotas: Familienmitglied*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 2.

³² DÍAZ ALABART, *De los animales en el código civil*, in *Revista de Derecho Privado*, 2022, n. 1, 4 ss.; ORELLANA CANO, *La reforma del régimen jurídico de los animales: de «cosas» a «seres sintientes»*, in *Actualidad civil*, 2022, n. 5, 1 ss.; FERNÁNDEZ BENAVIDES, *La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021*, in *El Notario del siglo XXI*, in <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11181-la-reforma-de-regimen-juridico-de-los-animales-a-proposito-de-la-ley-17-2021-de-diciembre>

spese sostenute per le terapie e la cura di un animale ferito o abbandonato alla persona che se ne sia fatta carico. Il rimborso è dovuto da parte del proprietario dell'animale o della persona tenuta alla cura, secondo una misura proporzionata, anche se le spese siano state superiori al valore economico dell'animale.

Ai proprietari e a chi conviva con un animale domestico la legge, inoltre, riconosce il diritto al risarcimento del danno morale derivato dalla morte o dalla menomazione grave della salute fisica o psichica subita dall'animale a causa della lesione arrecata dal fatto di un terzo³³.

Molte delle norme introdotte dalla riforma, la quale limita la sua attenzione a specifici aspetti e lascia irrisolti importanti temi di ordine generale, hanno ricevuto le critiche degli autori che rinvergono talora in esse addirittura un'estensione maggiore di quanto non si abbia in caso di lesione o morte di un essere umano, laddove si consente il risarcimento a tutti coloro che convivono con l'animale, mentre per gli umani ha rilievo la relazione parentale³⁴.

3.2. La riforma affronta anche il caso in cui l'animale sia oggetto di comproprietà, per affermare la regola che questo tipo di comunione può sciogliersi esclusivamente con l'accordo unanime di tutti i comproprietari. In assenza di accordo unanime dei comproprietari, la divisione non può realizzarsi attraverso la vendita, con deroga quindi della regola generale che riconosce ad ogni comproprietario il diritto a chiedere in qualsiasi momento la divisione della cosa comune. Spetta invece, ai sensi dell'art. 404 C.c., all'autorità giudiziaria il potere di decidere il destino dell'animale tenendo presente il suo benessere e l'interesse dei comproprietari, il che può condurre anche a disporre la turnazione dei tempi che l'animale deve trascorrere con ciascuno di essi e la relativa distribuzione tra loro degli oneri collegati alla sua cura.

La dottrina ha segnalato anche in questo contesto alcune incertezze derivate fondamentalmente dagli ampi poteri che sembrano attribuiti al giudice, in particolare circa la possibilità che venga assegnato ad un soggetto, anche contro la sua volontà, un turno di convivenza, assistenza e cura dell'animale.

3.3. Per quanto riguarda l'usufrutto sugli animali, si registra una norma specificamente dedicata ad animali diversi da quelli domestici, concernente l'usufrutto di gregge. In virtù di essa, l'usufruttuario è obbligato a sostituire con i nuovi nati gli animali che muoiano annualmente e in modo naturale o vengano a mancare per predazione di altri animali (art. 499 C.c.). Se, invece, il gregge oggetto di usufrutto perisse completamente senza colpa dell'usufruttuario a causa di una malattia contagiosa o per un evento straordinario, l'usufruttuario è liberato per effetto della restituzione al proprietario dei resti

³³ Sull'interpretazione del nuovo art. 333 bis C.c., v. anche RODRIGUEZ CASTAÑO, *Una breve reflexión sobre el art. 333 bis, 2 del CC*, in *Revista de consumo CESCO*, n. 1, 2022.

³⁴ DÍAZ ALABART, *op. cit.*, 14-15.

degli animali o di quanto questi abbiano prodotto. Se invece, è venuta a mancare solo una parte del gregge, l'usufrutto continuerà per la parte superstite³⁵.

In relazione all'invenzione di animali persi, l'art. 611 C.c. afferma l'obbligo per il soggetto rinveniente di restituirli al proprietario o a chi sia responsabile della loro cura, se ne conosce l'identità. Se ne deduce che, in caso opposto, la proprietà sull'animale sarà acquisita dal rinveniente³⁶.

Non sorge invece obbligo di restituzione qualora il soggetto che ritrovi l'animale abbia percepito fondati indizi di maltrattamento o di abbandono. In questo caso, scatterà per lui l'obbligo di informare le autorità competenti. Resta la lacuna della norma sulla consegna dell'animale in quest'ultimo caso.

In caso di restituzione al legittimo proprietario o al responsabile della cura dell'animale, la persona che lo ha trovato e restituito ha in ogni caso diritto al rimborso delle spese sostenute per la sua cura e per la restituzione nonché il risarcimento dei danni che l'animale abbia eventualmente arrecato.

3.4. La riforma stabilisce espressamente che gli animali non possono costituire oggetto di pegno. Per quanto riguarda, invece, l'ipoteca, la legge distingue tra animali produttivi e animali domestici. Ai primi non si estende l'ipoteca gravante sul fondo destinato allo sfruttamento pecuniario, industriale o di ozio. In relazione ai secondi resta vietato il patto di estensione dell'ipoteca sull'immobile³⁷.

Il divieto di utilizzare gli animali come garanzia dell'adempimento di un'obbligazione ha portato la dottrina spagnola a ritenere che non sia possibile riconoscere il diritto di ritenzione in capo al soggetto che, in virtù di un contratto, abbia dispensato cure e assistenza all'animale di un altro proprietario ed ai quali non sia stato pagato il debito maturato per queste prestazioni³⁸.

Su questa linea, la riforma ha anche modificato la normativa riguardante il processo civile comprendendo gli animali tra i beni che non possono essere oggetto di pignoramento. Lo potranno essere invece le rendite da essi eventualmente generate (art. 605, co. 1, *Ley de enjuiciamiento civil*).

3.5. Per quanto riguarda la modifica della normativa sui vizi occulti nella vendita, l'art. 1484 co. 2, C.c. introduce la fattispecie di responsabilità del venditore di animali

³⁵ Se l'oggetto dell'usufrutto è un gregge sterile e questo è perito o perso in qualche modo, senza colpa dell'usufruttuario, quest'ultimo ha tre possibilità per liberarsi dell'obbligazione di restituzione: se il gregge è stato consegnato con un prezzo stimato, dovrà pagare detto prezzo; se non c'è stata una simile stima, ha diritto a restituire degli animali in quantità e qualità uguali a quelli ricevuti, o potrà pagare il prezzo di mercato al momento in cui è finito l'usufrutto.

³⁶ D'altra parte, l'art. 611 C.c. riconosce che gli animali che non abbiano un proprietario sono suscettibili di acquisto per occupazione, con le eccezioni derivate dalle norme sulla loro identificazione, protezione e preservazione.

³⁷ Sul punto, v. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Aspectos notariales de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales*, in *Rivista jurídica del Notariado*, 2022, 53 ss.

³⁸ DÍAZ ALABART, *op. cit.*, 13.

per l'inadempimento dei suoi doveri di assistenza veterinaria e delle cure necessarie per garantire la salute e il benessere dell'animale, qualora quest'ultimo subisca una lesione, malattia o alterazione significativa della condotta che abbia avuto origine prima della vendita. Inoltre il venditore sarà responsabile nei confronti del compratore anche per i vizi o difetti occulti, sebbene non fosse a conoscenza di essi, salvo che il contratto preveda il suo esonero per questa ipotesi e il venditore ignori i vizi o i difetti (art. 1485 C.c.). Queste norme sono state oggetto di critiche da parte della dottrina per mancanza di chiarezza sull'eventuale prova liberatoria da parte del venditore.

3.6. Tra le altre modifiche operate dalla riforma sul testo del Codice civile si segnalano alcune norme riguardanti le situazioni di crisi matrimoniale. Muovendo dalla considerazione dell'animale come essere sensibile e dall'esigenza di salvaguardia del suo benessere, il legislatore ha disciplinato l'accordo regolatore della separazione o del divorzio tra coniugi inserendo tra le questioni che ne formano parte necessaria anche il destino degli animali domestici. Questo deve essere regolato tenendo presente non solo l'interesse dei membri della famiglia, ma anche il benessere dell'animale prevedendo, ove necessario, la distribuzione dei tempi di convivenza e anche gli oneri connessi con la cura dell'animale (art. 90 b) bis).

Se gli accordi raggiunti dai coniugi fossero gravemente pregiudizievoli per il benessere degli animali domestici, l'autorità giudiziaria, nell'approvare l'accordo, deve stabilire le misure idonee da adottare a tal fine.

Se l'accordo regolatore viene formalizzato con l'intervento del notaio o di un funzionario competente ai sensi della legge spagnola, e il pubblico ufficiale si avvede che gli accordi possano essere lesivi o gravemente pregiudizievoli per gli animali domestici, ha l'obbligo di comunicarlo agli stipulanti e di ritenere conclusa la procedura. In questo caso, per ottenere l'approvazione del loro accordo i coniugi devono rivolgersi al giudice, il quale, come detto, dispone le eventuali misure a tutela dell'animale, cosa che è tenuto a fare anche nell'ambito della regolamentazione dei rapporti tra i coniugi che non abbiano trovato un accordo.

Il giudice, in particolare, può attribuire la custodia dell'animale a uno o ad entrambi i coniugi e determinare le modalità della stessa, nonché la distribuzione degli oneri connessi alla cura dell'animale. I criteri ai quali la decisione del giudice deve ispirarsi sono, ancora una volta, l'interesse dei membri della famiglia e il benessere dell'animale, indipendentemente dalla titolarità del diritto di proprietà sull'animale e dal soggetto a cui ne sia stata affidata la cura. Tutto ciò dovrà essere annotato nel registro di identificazione degli animali.

Merita di essere segnalato che nel co. 7 dell'art. 92 C.c., dedicato alle cause che possono determinare la mancata attribuzione dell'affidamento congiunto ai genitori in relazione ai figli minori, la riforma ha introdotto gli eventuali maltrattamenti degli animali o la minaccia di arrearli come mezzo per condizionare negativamente il coniuge o i figli. La *ratio*, in questo caso, non sembra collegarsi tanto alla protezione dell'animale quanto al disvalore del comportamento del soggetto che determina a suo carico una valutazione sfavorevole in punto di affidamento dei figli minori.

Da ultimo, la riforma ha introdotto l'art. 914 *bis* C.c. in materia di successioni, con oggetto la destinazione dell'animale domestico dopo la morte del proprietario. Se il *de cuius* non ha disposto nulla in testamento al riguardo, l'animale viene consegnato agli eredi o legatari che ne facciano richiesta.

Questa norma ha sollevato molti dubbi per la sua lacunosità che la rende incapace di risolvere plurime questioni in concreto³⁹.

Qualora non risulti possibile consegnare immediatamente l'animale al soggetto designato dal testatore o agli eredi che lo abbiano sollecitato, in mancanza di indicazioni del testatore per garantirne la cura, l'animale dovrà essere consegnato all'amministrazione competente per la raccolta degli animali abbandonati fino alla conclusione della procedura di attuazione della successione (art. 914 *bis*, co. 2, C.c.). Tutto ciò potrebbe durare parecchi mesi, il che fa dubitare che questo modo di procedere si concili con la finalità della riforma di proteggere il benessere dell'animale.

Il legislatore prevede anche il caso in cui nessuno dei successori voglia occuparsi dell'animale e allora l'organo amministrativo competente potrà cederlo a un terzo per la sua cura e protezione. Non si prevede, invece, per il caso in cui nessun erede manifesti l'intenzione di prendere con sé l'animale, la possibilità, forse più naturale, che tutti gli eredi si accordino, in quanto comproprietari dello stesso, per venderlo o per donarlo.

Infine, la riforma dispone, per il caso in cui gli eredi che richiedano l'animale siano più di uno, che l'autorità giudiziaria sia incaricata di aggiudicare l'animale tenendo presente il benessere dello stesso⁴⁰.

Anche riguardo a questa riforma si riscontrano in dottrina voci contrapposte. Al di là della sentita esigenza di protezione degli animali, alcuni autori criticano la scelta del legislatore di aver modificato il Codice civile con alcune norme che avrebbero forse trovato una sistemazione più opportuna in leggi speciali dedicate alla cura e alla protezione degli animali. In generale, però, le critiche si appuntano soprattutto sul fatto che la riforma, intervenendo sul Codice civile, finisce per creare più dubbi che soluzioni, soprattutto in relazione ad alcuni temi che già precedentemente trovavano adeguata risposta nella prassi attraverso l'interpretazione che ha progressivamente attribuito rilievo alla natura di bene particolare da riconoscere all'animale⁴¹.

³⁹ In primo luogo, la disciplina del Codice civile presuppone che il *de cuius* sia l'unico proprietario, altrimenti non potrebbe disporre che della sua quota. Altre questioni si pongono nel caso in cui il *de cuius* sia stato sposato in regime di comunione legale. Dovrebbe appurarsi se l'animale può essere considerato un bene rientrato in comunione o un bene privativo. Se fosse stato un bene in comunione, la soluzione più ragionevole sembra quella che resti con l'altro coniuge con il quale si presume, poi, che sarà abituato a vivere, ma allora si pone anche la domanda se la quota del *de cuius* sull'animale debba essere imputata alla quota ereditaria del coniuge superstite. Lo stesso dubbio si potrebbe porre in relazione all'erede al quale venisse assegnato l'animale. Sul punto, v. DÍAZ ALABART, *op. cit.*, 13.

⁴⁰ MARTOS CALABRÚS, *Sucesión mortis causa y animales de compañía*, in *Revista de Derecho civil*, 2022, 289 ss.

⁴¹ V. sul dibattito DÍAZ ALABART, *op. cit.*, 3 ss.

