

Note di lettura: *Passato e presente del diritto commerciale* di Mario Libertini. La prospettiva dei contratti d'impresa e dei consumatori

Reading notes: Mario Libertini, Past and present of commercial law. The perspective of commercial and consumer contracts

Aurelio Mirone *

ABSTRACT:

L'articolo contiene una riflessione sul libro di Mario Libertini, *Passato e presente del diritto commerciale*, con particolare riferimento ad uno degli ambiti tematici privilegiati dall'A., e cioè i contratti d'impresa, rispetto ai quali si propone un'opera di rifondazione teorica. In particolare, vengono dibattuti i temi relativi all'impatto della giurisprudenza europea (specialmente in materia di consumatori) e nazionale, e quelli relativi alle tecniche di reazione dell'ordinamento rispetto al reticolato di prescrizioni che regola l'attività d'impresa.

The article contains a review of Mario Libertini's book, Past and present of commercial law, with particular reference to one of the thematic areas favored by the Author, namely commercial contracts, for which a work of theoretical re-foundation is proposed. In particular, the issues relating to the impact of European (especially about consumer law) and national jurisprudence are debated, as are those relating to the reaction techniques of the legal system with respect to the network of provisions that regulate business activity.

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi di Catania; email: aumirone@lex.unict.it.

Relazione al convegno *Passato e presente del diritto commerciale (a proposito del libro di Mario Libertini, Giappichelli, 2023)*, tenutosi il 19 febbraio 2024 alla Sapienza Università di Roma, con l'aggiunta di note bibliografiche minime. Il testo mantiene il tenore discorsivo della relazione, legato all'occasione.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La proposta interpretativa in materia di contratti d'impresa (e dei consumatori). – 3. Il flusso contraddittorio della giurisprudenza europea e di quella nazionale. – 4. Spunti per un controllo delle tendenze all'incremento della regolamentazione eteronoma dei contratti e della risposta sanzionatoria in sede civile. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Individuare in un breve intervento i profili più interessanti del volume che oggi presentiamo e provare a commentarli è disagevole per chiunque, a maggior ragione per chi – e penso di esprimere un pensiero comune a tutti i molti allievi di Mario Libertini – ha sempre avuto per il professore un senso di ammirazione che discende unicamente dalla profondità di pensiero del Maestro e dalla condivisione di fondo del metodo e delle scelte giuspolitiche di valore che vi stanno alla base¹, e che per questo motivo si rileva particolarmente forte e duraturo.

La scelta di un profilo specifico del pensiero di L., sul quale soffermarsi in questa sede, non può che rivestire carattere arbitrario. Così è anche per la prima osservazione sovvenutami al termine della lettura del libro e cioè quella di una mancanza, che ho subito colmato rileggendo un saggio che rappresenta il presupposto di molte linee di pensiero sviluppate nei contributi raccolti nel volume, e cioè “*Il vincolo del diritto positivo per il giurista*”².

L'importanza di questo lavoro, che non poteva essere inserito nel volume per la scelta dell'Autore di includere unicamente scritti pubblicati dopo il 2005, è dimostrata dal fatto che esso continua a rappresentare un punto di riferimento nel dibattito contemporaneo sull'argomentazione giuridica³. I tratti portanti del metodo di L., sviluppati ed applicati nei più diversi ambiti del diritto commerciale, costituiscono infatti una felice attuazione di quel programma, che era stato già in parte delineato nei precedenti studi di diritto positivo su alcuni istituti del diritto

¹ Vedi almeno P. FABBIO, *Il dibattito italiano su principi e clausole generali e l'ideale della certezza del diritto. A proposito di un recente libro a cura di Giovanni D'Amico*, in *ODCC*, 2018, 787; M.R. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 1 ss.

² M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, 347 ss. e in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 119 ss. (da cui si cita).

³ Cfr., V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione “orientate alle conseguenze” e il “vincolo del diritto positivo per il giurista”*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. DI CATALDO *et al.*, Milano, Giuffrè, 2016, 1714 ss., il quale a p. 1716, nt. 8, include il lavoro tra quelli che si collocano nella «cultura giuridica (giuscommerzialista) italiana (...) in una posizione di vertice».

commerciale⁴, ma che in quell'articolo viene messo a punto sul piano della teoria generale del diritto. Ed anche se alcuni passaggi sono influenzati dalla necessità di confronto con alcune tendenze culturali oramai tramontate, come quella del c.d. "uso alternativo del diritto", la *pars costruens* si rivela pienamente attuale, soprattutto nella misura in cui sviluppa ed attualizza con connotati originali il criterio ascarelliano della "continuità dell'interpretazione con i testi normativi"⁵, da un lato in contrapposizione con il mito della fedeltà alla legge⁶, ma dall'altro in critica anche alla tentazione di attrarre la funzione giurisprudenziale tra le fonti del diritto⁷.

A pagina 151 di quel saggio, così si descrive in modo convincente il metodo del *giuspositivismo critico* al quale l'A. aderisce con tratti di originalità⁸: «può dirsi che il criterio di continuità dell'interpretazione, con il diritto positivo ha carattere di «vincolo» giuridico solo per il profilo formale e procedurale (necessità di ancorare la soluzione giuridica al sistema delle fonti formalmente riconosciute); ha carattere etico-politico laddove impone al giurista di pensare ogni soluzio-

⁴ In particolare, M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1971 (ed. fuori commercio).

⁵ Per una difesa del criterio ascarelliano dalle pur autorevoli critiche ricevute, vedi M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2023, 22 (e in questa *Rivista*, 2015, 14 ss.). V. anche le relazioni raccolte in *Tullio Ascarelli e il ragionamento giuridico*, a cura di G. FERRI jr, M. STELLA RICHTER jr, Milano, Giuffrè, 2022.

⁶ Per una critica del "letteralismo", vedi, tra gli altri, G. BARALIS, *Atto primo (Il pensiero giuridico e la complessità)*, in G. BARALIS, P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 28 s.

⁷ Nel senso che il vincolo del diritto positivo, storicamente condizionato in relazione al pensiero della comunità dei giuristi ed all'evoluzione del referente socio-economico della disciplina (M. LIBERTINI, (nt. 5), 51 s.), non sia incompatibile con una creatività giurisprudenziale che non ambisca a sostituirsi al legislatore, M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Passato e presente del diritto commerciale*, (nt. 5), 195 ss. (e in questa *Rivista*, 2018, 2, 1 ss.), osservandosi che la "autolimitazione giurisprudenziale" dovrebbe impersiarsi su due punti: essa «sul piano sostanziale, comporta una piena adesione ideologica e quindi leale accettazione delle *rationes* espresse dal potere politico legittimo, mediante norme costituzionali e legali espresse; sul piano formale, comporta la piena accettazione del principio di tassatività delle fonti del diritto e, di conseguenza, una limitazione degli argomenti legittimati a fungere da fondamento di una conclusione giuridica» (M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Eur. Dir. priv.*, 1999, 522, nt. 21).

⁸ Parlano di giuspositivismo inclusivo, M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, 2011, 55 ss.; M. LA TORRE, voce *Positivismo giuridico*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, 681 ss. Tra i profili sviluppati con maggiore originalità, in un contesto storico ed economico diverso da quello in cui scriveva Ascarelli, può individuarsi quello relativo al criterio dell'interpretazione differenziata delle norme tra diritto dell'impresa e diritto dei rapporti civili (cfr., M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI e aa., Bologna, Il Mulino, 2012, 33 ss.), che costituisce alla fine criterio discendente dal rifiuto del formalismo interpretativo e dogmatico (M. LIBERTINI, (nt. 2), 132 ss.).

ne come parte integrante di un ordinamento storicamente costituito e accettato nei suoi principi costitutivi; ha infine carattere di regola tecnica laddove impone all'interprete di argomentare in modo ragionevole e persuasivo, sì da rendere una certa soluzione effettivamente ricevibile la parte dell'ordinamento (cioè in primo luogo dall'insieme della giurisprudenza)».

2. *La proposta interpretativa in materia di contratti d'impresa (e dei consumatori).*

Fatta questa premessa, proverei a virare sulla stretta attualità, caratterizzata dalla continua emersione di problemi interpretativi che toccano in modo diretto i nodi teorici affrontati nel volume, e in particolare quello del rapporto tra diritto commerciale e diritto civile, sia in relazione ai confini delle due materie (che L. ricostruisce nel segno della continuità e non della specialità), sia in relazione al ruolo che i due ambienti scientifici hanno rivestito negli ultimi decenni nella cultura giuridica italiana. E dovendo scegliere un terreno di confronto, uno degli ambiti che più direttamente tocca questi nodi è quello dei contratti d'impresa, in relazione ai quali si può sintetizzare come segue il pensiero dell'A.⁹

La premessa di fondo è che il c.d. metodo del diritto commerciale, inteso come attenzione alle particolarità economiche dei fenomeni disciplinati dal diritto (e pertanto alle conseguenze che derivano dalle possibili interpretazioni delle norme)¹⁰ e come valorizzazione dei regimi speciali previsti dalle innovazioni legislative, dev'essere assunto come metodo generale nell'interpretazione dell'intero diritto privato.

La disciplina generale del contratto di matrice codicistica è a sua volta inadatta a regolamentare compiutamente i contratti d'impresa¹¹, essendo fondata sul modello della contrattazione tra pari¹². Compito dell'interprete dovrebbe essere allo-

⁹ Con il quale ho provato a dialogare più compiutamente in A. MIRONE, *I contratti d'impresa a ottant'anni dal codice civile: profili ricostruttivi a partire dall'esperienza giurisprudenziale in materia di contratti bancari e finanziari*, in questa *Rivista*, 2023, 85 ss.

¹⁰ Per la piena compatibilità del criterio con il metodo giuspositivistico, M. LIBERTINI, (nt. 2), 369. Per una critica alla posizione fra gli altri (in Italia) di L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 102 ss., secondo cui il diritto positivo rappresenterebbe un limite all'impiego dell'argomentazione consequenzialista, vedi V. CARIELLO, (nt. 3), 1728 ss., correttamente nel senso che la valutazione degli effetti resta parte del procedimento interpretativo e non momento esterno allo (e correttivo dello) stesso, legittimandosi occasionalmente interpretazioni anche antiletterali (vedi già, M. LIBERTINI, (nt. 2), 149).

¹¹ Nella stessa prospettiva, tra gli altri, C. ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, Milano, Giuffrè, 2016, 85 ss.

¹² Rileva invece trattarsi di una «piuttosto di una mera prevalenza statistica che di nota concettuale intrinseca», F. D'ALESSANDRO, *Paolo Ferro-Luzzi e il contratto: le ragioni della teoria e quelle dell'ideologia*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 355.

ra quello di elaborare, partendo dalla miriade di discipline speciali presenti nell'ordinamento, una vera e propria *pars costruens* dei profili disciplinari dell'autonomia d'impresa¹³, che possa essere utile a razionalizzare il sistema e guidare l'interpretazione¹⁴, segnando un marcato distacco dai canoni codicistici¹⁵.

In tal senso, si propone¹⁶: *i*) di ammettere un'ampia possibilità di interpretazione differenziata dei testi normativi e di applicazione analogica delle norme previste dalle discipline di settore; *ii*) di avallare il depotenziamento del formalismo contrattuale a favore dei doveri precontrattuali e di informazione; *iii*) di consentire facilmente la possibilità di una determinazione della prestazione *per relationem*; *iv*) di affermare la tendenziale rilevanza dei rapporti di fatto; *v*) di sostenere la necessità di un pregnante controllo causale dei contratti d'impresa ed un altrettanto efficace controllo sugli abusi; *vi*) di assegnare un rilevante spazio alla regolazione amministrativa dell'attività d'impresa anche in relazione ai profili contrattuali; *vii*) di privilegiare, sul piano rimediabile, la combinazione di sanzioni varie, per assicurare efficacia ma anche proporzionalità della reazione da parte dell'ordinamento, mantenendo dei criteri ordinanti che non possono fare a meno di distinzioni concettuali – come quella tra norme di contenuto e norme di comportamento – e della corretta ricostruzione di categorie e regole.

In questo quadro, le condizioni generali di contratto rappresentano innanzitutto un momento organizzativo dell'attività d'impresa, propedeutico e regolatorio ri-

¹³ In questa prospettiva, vedi almeno V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2000; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2001. Nel più generale ambito dei contratti d'impresa resta peraltro rilevante la distinzione (che in questa sede non può approfondirsi) tra contratti (anche asimmetrici) tra imprese nei livelli intermedi della produzione e della distribuzione (vedi, per un tentativo di ricostruzione sistematica, P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, Utet, 2016) e quelli tra imprese e utenti finali dei prodotti e servizi.

¹⁴ Nonostante L. lamenti una tendenza della dottrina a sfuggire da tale compito, o quanto meno a confrontarsi con esso [M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia fra contratti fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *Passato e presente del diritto commerciale*, (nt. 5), 215 ss. (e in questa *Rivista*, 2022, 373 ss.)], il tema dei contratti d'impresa continua ad essere spesso affrontato in chiave storico-descrittiva: vedi, A. NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, 319 ss.; E. DE NAPOLI, *Il contratto di impresa: un fenomeno in evoluzione*, *ivi*, 2023, 453 ss.

¹⁵ La rilevanza crescente dei contratti d'impresa nel sistema, che finisce per collocare il tradizionale modello codicistico in un ambito residuale sul piano socio-economico, determina semmai forti esigenze di ripensamento della stessa disciplina generale del contratto: vedi, da ultimo, le numerose relazioni raccolte nel volume *Contratto, contratti e mercati*, a cura di M.R. MAUGERI e G. GRASSO, *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, n. 24, Roma, 2023 (in particolare, sul punto, quelle – in ordine di apparizione – di G. D'AMICO, E. NAVARRETTA, V. ROPPO, C. ANGELICI, G. GITTI, F. DENOZZA, F. MACARIO, G. ALPA).

¹⁶ M. LIBERTINI, (nt. 14), 205 ss.; ID., *Autonomia*, (nt. 8), 33 ss.

spetto ai successivi atti negoziali con clienti ed utenti¹⁷, allo stesso modo – può dirsi – in cui gli statuti societari rappresentano il momento organizzativo non solo dell’attività societaria¹⁸ ma anche dei successivi atti di circolazione delle partecipazioni sociali¹⁹. La predisposizione delle condizioni generali di contratto è pertanto innanzitutto espressione di un potere di auto-organizzazione dell’offerta di prodotto da parte dell’impresa²⁰, avente carattere di normazione privata, come tale tendenzialmente libero ma bisognoso di forme di controllo (giudiziale e amministrativa) da parte dell’ordinamento²¹. Il momento organizzativo dell’attività d’impresa, che presenta connotati propri, non elide peraltro il carattere intersoggettivo e negoziale dei successivi atti individuali, e con ciò uno spazio residuale per l’applicazione degli istituti tradizionali del diritto civile²².

3. Il flusso contraddittorio della giurisprudenza europea e di quella nazionale.

Una prospettiva di serio confronto con questo programma scientifico richiede

¹⁷ Nel senso che la disciplina delle condizioni generali di contratto rientri nel «diritto privato dei rapporti esterni delle imprese», P. SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti d’impresa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2023, I, 522.

¹⁸ Caratteristica che prescinde peraltro in parte anche dalla stessa attività d’impresa, essendo comune a tutti gli enti collettivi in quanto tali (E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, Giuffrè, 1988; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995).

¹⁹ Ed allo stesso modo in cui la regolazione amministrativa dei mercati finanziari costituisce il presupposto per i singoli atti di scambio in borsa, così potendosi accomunare “infrastrutture” giuridiche private e pubbliche necessarie a valle per i rapporti di mercato: C. ANGELICI, *Sul “contratto” di borsa*, Milano, Giuffrè, 2021, 38 ss.; ID, *Divagazioni su «Il contratto o i contratti?» e i mercati finanziari*, in *Contratto, contratti e mercati*, (nt. 15), 203 ss.

²⁰ Per la nota formula dello *Außenprivatrecht der Unternehmen*, v., K. SCHMIDT, *Handelsrecht. Unternehmensrecht*, I, 6. Aufl., Köln, Heymanns, 2014, 55 ss.

²¹ Cfr., AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di P. SIRENA e A. ZOPPINI, Roma, RomaTrE-Press, 2018; D. FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l’integrazione dei contratti d’impresa*, Napoli, Esi, 2021. Per la tendenza alla regolamentazione eteronoma del contratto (vista come “assedio”), e per la diversa possibile prospettiva della standardizzazione tecnica e della coregolazione, vedi l’interessante prospettazione di H.-W. MICKLITZ, *Contract Law under Regulatory Siege – Reveal of Contract Law?*, in *European Contract Law and Creation of Norms*, edited by S. GRUNDMANN, M. GROCHOWSKI, Cambridge, [Intersentia](#), 2021, 199 ss.

²² M. LIBERTINI, *Il mercato di borsa tra paradigmi economici e giuridici. Riflessioni sulla nozione di contratto in occasione della presentazione del libro di Carlo Angelici* Sul “contratto” di borsa, in *Passato e presente del diritto commerciale*, (nt. 5), 469 (e in *ODCC*, 2017, 171 ss.). E così, ad es., per l’applicabilità della disciplina dei vizi della volontà al voto assembleare, M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L’assemblea di società per azioni*, Sub art. 2377, Milano, Giuffrè, 2016, 357 ss.

un'opera di raccordo con il diritto vivente in materia di contratti d'impresa, che presenta oggi matrice fortemente giurisprudenziale e risulta caratterizzato da numerosi punti di frizione rispetto ad alcuni aspetti del quadro teorico sopra delineato²³, tanto da rendere plausibili anche diverse prospettive, che potrebbero definirsi di scetticismo razionale, intese a negare la possibilità di costruire categorie unificanti, capaci di leggere una realtà variegata e frammentaria²⁴.

L'impressione, infatti, è che si affaccino in modo incessante nuove questioni che impingono direttamente con i profili teorici indicati da L., e che non possono essere affrontate compiutamente senza confrontarsi con essi, ma al contempo che l'eterogeneità delle soluzioni giurisprudenziali dimostri una particolare forza delle spinte centripete rispetto alla desiderata prospettiva di unificazione del sistema.

Il panorama giurisprudenziale è a sua volta complicato dal fenomeno del frequente interessamento da parte della Corte di Giustizia rispetto a profili interpretativi della normativa europea in materia di contratti con i consumatori, che si muovono a stretto contatto con istituti ed ambiti tradizionalmente riservati al diritto interno, entrando talora in collisione con categorie consolidate.

A titolo esemplificativo, volendosi limitare ad alcune questioni emerse solamente nell'ultimo anno, basi pensare innanzitutto alla diversa prospettiva che la Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione hanno adottato rispetto al tema dei doveri degli intermediari finanziari in materia di concessione del credito.

La sentenza delle S.U. in materia di mutuo fondiario eccedente²⁵ aveva infatti ribadito da un lato la classica distinzione tra regole di condotta (cui apparterebbe la previsione di cui all'art. 38, secondo comma, t.u.b.) e regole di contenuto del contratto, e dall'altro una concezione tradizionale della nullità virtuale, limitata alle sole violazioni di norme a tutela di preminenti interessi generali e di valori fondamentali dell'ordinamento (e perciò imperative)²⁶, ed all'ulteriore condizione

²³ Cfr., A. MIRONE, (nt. 9), 88 ss. Vedi, inoltre, G. FAUCEGLIA, *L'integrazione dei contratti d'impresa profili generali ed introduttivi*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 55 ss.

²⁴ Vedi F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa*, (nt. 8), I, 33 ss.

²⁵ Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719. In argomento, si veda quanto meno S. BOATTO, *sub art. 38*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², a cura di C. COSTA, A. MIRONE, Torino, Giappichelli, 2024, 380 ss.; G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contr.*, 2014, 454; T. MAUCERI, *Una soluzione esaustiva per il mutuo fondiario eccedentario?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 397 ss.; A. MIRONE, (nt. 9), 121 ss.; F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, in *Contr.*, 2023, 154 ss.; T. RUMI, *La tormentata vicenda del credito fondiario*, in *Contr.*, 2022, 65 ss.; U. SALANITRO, *Dopo le Sezioni Unite, quale disciplina per il credito fondiario eccedente il limite di finanziabilità?* in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, II, 338.

²⁶ In senso opposto, si veda, rispetto ad altro tema, Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2020, n. 17959, che ha ritenuto nullo *ex art. 1418*, primo comma, c.c. (e non già ai sensi del secondo comma, o an-

che la violazione sia apprezzabile testualmente ed oggettivamente, senza margini valutativi di natura economica. E ciò, di fronte ad una norma che, pur attenendo ad un dovere di condotta dell'intermediario (non erogare finanziamenti oltre un determinato limite), contiene una precisa regola afferente ad un elemento del contratto (e cioè il suo oggetto, sia pure per specificazione), e non certo una clausola generale di tipo elastico.

La Corte di Giustizia, nel caso *Nàrokui*, avalla invece il ricorso alla sanzione della nullità per la violazione di una chiara norma di condotta come quella sul dovere di valutazione del merito creditizio dei consumatori²⁷, in contrasto con l'opinione corrente in Italia, che sostiene l'applicazione di rimedi esclusivamente risarcitori²⁸. Orientamento che si pone in continuità ideale con le pronunzie nel caso *OPR-Finance*²⁹, ove si prevede la necessità che il Giudice valuti d'ufficio il rispetto del dovere di corretta valutazione del merito creditizio (soluzione che pone non pochi interrogativi sia di ordine sostanziale che processuale) e nel caso *Ultimo Portfolio*³⁰, ove si valuta come compatibile con la normativa europea la sanzione della decadenza integrale dagli interessi (soluzione che nel nostro ordinamento è prevista solamente per il caso dell'usura).

Un'altra vicenda per cui sembrano profilarsi disarmonie non facilmente riconducibili a sistema è quella dei finanziamenti in valuta estera. La posizione delle Sezioni Unite³¹, relativa ad un caso di leasing con clausola di doppia indicizza-

nullabile), il contratto frutto di estorsione (in contrasto con l'orientamento prevalente per il caso della truffa). Evidenzia lo "straripamento della nullità virtuale" ed il rischio ancillarità del diritto civile rispetto al diritto penale, L. MODICA, *Contratto e norma penale*, in *Contr.*, 2023, 353 ss.

²⁷ Corte Giust., 11 gennaio 2024, causa C-755/22. La sentenza ritiene conforme alla dir. 2008/48/CE l'art. 86, secondo comma, della legge della Repubblica ceca (l. n. 275/2016) in materia di credito al consumo, che prevede espressamente la sanzione della nullità rilevabile d'ufficio. Nei §§ 40 e 41 la sentenza ribadisce i principi di effettività e dissuasività delle sanzioni a tutela del consumatore, e con ciò la valutazione per cui la sanzione della nullità integrale è compatibile anche con il principio di proporzionalità della sanzione, anche nel caso in cui il contratto «sia stato integralmente eseguito senza che tale consumatore abbia subito conseguenze pregiudizievoli nel corso o a seguito di tale esecuzione» (§ 56). Sembrerebbe potersi evincere in tal senso una malcelata (ed anzi evidente) preferenza della Corte per il rimedio invalidativo rispetto a quello risarcitorio, che presenterebbe certamente nella specie una minore capacità dissuasiva.

²⁸ E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina del merito creditizio*, *Riv. dir. banc.*, 2023, 457 ss. Per una moderata apertura alla sanzione invalidativa, limitatamente ai casi dell'assoluta mancanza di valutazione del merito creditizio o di operazioni c.d. spoliative, in una prospettiva di superamento della distinzione tra norme di condotta e norme di contenuto, A.A. DOLMETTA, *La valutazione del merito creditizio nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto d'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 331 ss.

²⁹ Corte Giust., 5 marzo 2020, causa C-679/18.

³⁰ Corte Giust., 21 dicembre 2022, causa C-243/2. E v. già, Corte Giust., 9 novembre 2016, causa C-42/14, *Home Credit Slovakia*.

³¹ Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657.

zione (valutaria e finanziaria), è nel senso di escludere, in ottica “conservativa” del contratto, che l’oscurità ed intrasparenza di una clausola, l’aleatorietà ed asimmetria del contratto, o lo squilibrio delle prestazioni, possano di per sé costituire la base per una valutazione di immeritevolezza di clausole atipiche ai sensi dell’art. 1322 c.c.³², così privilegiando una prospettiva ben diversa da quella adottata in materia di contratti derivati³³.

In tal modo si determina tuttavia una forte (e non del tutto razionale) disparità di trattamento rispetto ai contratti con i consumatori³⁴, caratterizzati da una giurisprudenza particolarmente severa della Corte di Giustizia. Così nel recente caso *Bank M.*³⁵, in cui la Corte, dopo aver ripetutamente censurato le clausole sul piano della loro oscurità ai sensi della dir. 93/13/CE, imponendo elevati *standard* di chiarezza (di fatto mai riscontrati nei casi giudicati³⁶) al fine di avallarne la validità, ha aperto la strada a sanzioni ultra-compensative – che vadano oltre la ripetizione dell’indebitto, fino alla retroversione dei profitti³⁷ – con l’argomento che occorrerebbe impedire in radice alle imprese la possibilità di internalizzare i costi della sistematica violazione della disciplina normativa³⁸.

³² In senso adesivo, ed ancor più netto, G. D’AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2023, 260 ss. V., sul punto, con approccio condivisibile, F. AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediale: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta estera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1219 ss.; e la posizione invece critica di D. MAFFEIS, *Clausola e causa nel diritto civile della finanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 938 ss., ove rife. ai precedenti contributi dell’A., che propende per la nullità per immeritevolezza delle clausole.

³³ Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770. V., in senso critico sulla prospettiva del controllo di validità, M. ANOLLI, A. PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un’analisi interdisciplinare*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 195 ss., i quali propendono per l’applicazione di rimedi risarcitori.

³⁴ Cfr., P. GIUDICI, *Le Sezioni Unite e i derivati impliciti*, in *Soc.*, 2023, 1111 ss.; F. AZZARRI, (nt. 32), 260 ss.

³⁵ Corte Giust., 15 giugno 2023, causa C-520/21.

³⁶ Anche la giurisprudenza interna applica oramai criteri molto restrittivi, adeguandosi agli standard della CGUE: per un recente quadro, anche degli orientamenti dell’ABF, v. G. MARINO, *sub art. 120-quaterdecies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², (nt. 25), 1948 ss.

³⁷ Ritengono la posizione fortemente derogatoria rispetto ai principi interni in materia di responsabilità precontrattuale, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Invalidità post-vessatoria dei contratti dei consumatori. Restituzioni risarcitorie e altre calamità*, in *Foro it.*, 2023, 369 ss. Diversamente orientato, F. MACARIO, *L’evoluzione delle categorie (e della dogmatica) del diritto contrattuale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ivi*, 383 ss.

³⁸ Rilevano che la sentenza sembra porsi in conflitto con la prospettiva adottata da Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in materia di c.d. nullità selettiva (che ben consente di fatto all’intermediario di “compensare” in via di eccezione partite negative e positive all’interno di un rapporto d’investimento viziato da nullità), S. PAGLIANTINI, *Culpa in contrahendo da contratto nullo e retroversione del profitto al consumatore: uso alternativo del diritto o una storia semplice?*, in

Nell'ultimo turno di tempo si sono peraltro affacciate ulteriori vicende processuali che toccano in modo diretto il profilo dell'autonomia delle imprese nella determinazione della propria offerta di prodotto.

Si pensi alla riemersione della questione sulla validità dei piani di ammortamento alla francese nei mutui³⁹, che pur nel tecnicismo della materia – dimostrato dall'interessante dialogo che si è sviluppato tra giuristi e matematici⁴⁰ – tocca direttamente i profili richiamati, non solamente per la proposta di attribuire portata ultra-espansiva e in chiave invalidativa alla disciplina di trasparenza e in particolare ad alcune clausole generali che impongono taluni doveri di assistenza al cliente (v., art. 120-*novies* t.u.b.)⁴¹, pur in assenza di norme che vietino sul piano contenutistico la prassi negoziale in questione, ma proprio per interferenza che si potrebbe venire a determinare sui profili dell'autonomia d'impresa.

L'impressione, infatti, è che il tema sia venuto ad evidenza essenzialmente per la mancanza di alternative sul mercato ad una certa forma di offerta contrattuale, che presenta determinate caratteristiche (in particolare, quella della “rata costante”), pur tendenzialmente adatte alla larga maggioranza della clientela. E che a tale situazione (valutata come indesiderabile) si intenda sopperire impropriamente elevando oltremodo la portata delle regole sulla determinatezza e completezza del contratto o di quelle sugli obblighi di assistenza e consulenza alla clientela, nella consapevolezza che la disciplina *antitrust* può entrare in gioco solamente ove sussistano i presupposti del consapevole coordinamento da parte delle imprese⁴².

E pur tuttavia, anche quest'ultimo baluardo sembra talora essere posto in discussione, come nel caso dell'unica pronuncia di legittimità finora resa in relazione al filone processuale dei mutui ancorati al tasso *Euribor*⁴³. La posizione della Cassazione – che ritiene la nullità di tutti contratti contenenti il riferimento al tasso manipolato da alcune banche a livello sovranazionale – spinge infatti il meccanismo della ripercussione a valle della nullità delle intese ben oltre i confini che

Foro it., 2023, 377 ss.; A.A. DOLMETTA, *La clausola di «doppia conversione al cambio convenzionale» tra interesse pubblico (Corte di giustizia) e interessi privati (sezioni unite della Corte di cassazione)*, *ivi*, 400 ss.

³⁹ Cass., Prima Presidente (ord. di rimessione alle Sezioni Unite), 7 settembre 2023.

⁴⁰ V., F. CACCIAFESTA, *Qualche commento all'articolo A margine dell'ammortamento «alla francese»: gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza di A.A. Dolmetta*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 751 ss.

⁴¹ R. NATOLI, *Ammortamento “alla francese”: una questione di trasparenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 201 ss.

⁴² A meno di non aderire alla prospettazione – a mio avviso priva di fondamento normativo e potenzialmente “eversiva” – per cui ogni impresa dovrebbe mantenere un adeguato livello di differenziazione dell'offerta di prodotto o comunque di “negoziabilità” del contratto, a pena di nullità dello stesso: P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 622 ss.

⁴³ Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889.

avevano già toccato generosamente le Sezioni Unite⁴⁴, pur essendo queste ultime rimaste ambigue in relazione agli esatti contorni del punto relativo al necessario livello di partecipazione dell'impresa convenuta rispetto all'intesa anticoncorrenziale (inesistente nel caso Euribor). E ciò, senza considerare che l'intesa non aveva neanche realizzato una uniformazione delle condotte sul mercato, dato che l'Euribor è solamente una componente del prezzo, tipicamente accompagnata da uno spread autonomamente deciso dall'intermediario⁴⁵; uniformazione a valle che non era peraltro neanche obiettivo delle banche coinvolte nel procedimento, le quali miravano invece ad influenzare il mercato dei derivati sui tassi d'interesse (vuoi per finalità di copertura dei rischi, vuoi per fini speculativi).

4. *Spunti per un controllo delle tendenze all'incremento della regolamentazione eteronoma dei contratti e della risposta sanzionatoria in sede civile.*

Il punto è allora come porsi complessivamente di fronte a questa evoluzione che, sia pure con alcune eccezioni, mostra una tendenza all'accentuazione della risposta sanzionatoria dell'ordinamento, a fronte di una contestuale tendenza all'aumento della regolazione eteronoma del contratto⁴⁶. Tanto che, a livello di vertice, permane il dubbio se nell'attuale fase storica la via più adatta per orientare l'interpretazione sia quella di un rinnovamento della dogmatica del contratto o non quella (comunque inevitabile) di un'attenta ponderazione a largo raggio degli effetti delle soluzioni adottate⁴⁷ (non sempre adottata a livello giurisprudenziale)⁴⁸.

⁴⁴ Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994.

⁴⁵ Non sorprende, pertanto, la reazione di una parte della giurisprudenza di merito rispetto alla posizione della Cassazione (e forse anche alla sua motivazione alquanto superficiale, in esatto contrasto con il canone dell'onere di argomentazione ragionevole e persuasiva delle soluzioni, ripetutamente valorizzato nell'Opera in commento): v., Trib. Torino, 29 gennaio 2024, in www.diritto bancario.it; Trib. Milano, 21 febbraio 2024, cit. ne *Il Sole 24 Ore*, 5 marzo 2024.

⁴⁶ Vedi H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of the European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *28 Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss.; F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationship Through “Organisational Law”*, in *European Review of Contract Law*, 2017 (2), 123 ss. In tale contesto, non par forse più tanto vero che contratto e società si distinguono per il fatto che nel primo caso si tratterebbe di «un mondo di monadi isolate che entrano in contatto tra di loro solo per realizzare uno scambio, allora basato sulla libera volontà di entrambe le parti», mentre tale schema verrebbe del tutto meno nel secondo, caratterizzato dalla formazione di “poteri” (F. D'ALESSANDRO, (nt. 12), 537).

⁴⁷ Cfr., ad es., V. DI CATALDO, *Esiste uno stile giuridico neo-liberale? Uno studio per Francesco Denozza*, in questa *Rivista*, 2020, 9 ss., per il quale sarebbe sostanzialmente inutile inseguire

In questa sede, preme solamente formulare alcuni sintetici rilievi di sintesi e di contorno, in ottica di continuità rispetto alla proposta interpretativa di Mario Libertini.

a) Il diritto dei contratti d'impresa è attualmente caratterizzato da un fermento giurisprudenziale, su questioni di rilevante carattere teorico, che non si rinviene in altri ambiti del diritto commerciale, nel senso che l'evoluzione dell'ordinamento è data in questo settore proprio dalle spinte che derivano dal contenzioso giudiziario, molto più di altri ambiti del diritto commerciale – come quello societario – in cui le linee portanti dell'evoluzione del sistema provengono da spinte di tipo diverso: da istanze organizzative della classe imprenditoriale (si pensi alla crisi del principio capitalistico dovuto alla espansione del voto plurimo⁴⁹) a istanze politiche caratterizzate da una forte condivisione sociale (si pensi alla legislazione in materia ESG)⁵⁰. Maggiore, pertanto, è il rischio che la disciplina venga ricostruita sulla base della patologia delle relazioni negoziali e non sulla loro fisiologia⁵¹, a scapito delle esigenze di efficiente regolazione del mercato e delle attività d'impresa⁵².

b) Nell'ambito dei contratti d'impresa è in effetti necessaria una riorganizzazione teorica ancora tutta da fondare, a partire dalla manualistica che risulta arretrata⁵³, essendo normalmente costruita sull'articolazione della disciplina dei contratti speciali (codicistici e non), che invece coglie oramai una parte limitata della complessiva regolazione dei contratti d'impresa.

cornici teoriche di riferimento, dovendosi privilegiare l'ottica di considerazione del diritto come "scienza sperimentale". Per la distinzione tra consequenzialismo forte e debole, e per la tendenziale legittimità della prima opzione nel nostro ordinamento, sia pure nell'ambito di alcune "regole d'uso" (come la selezione delle conseguenze rilevanti, la selezione dei punti di vista valoritativi e il dovere di argomentazione espressa) e "vincoli" formali (come quello dell'interpretazione autentica), vedi V. CARIELLO, (nt. 3), 1738 ss.

⁴⁸ Il che spiega anche l'inarrestabile ascesa dello specialismo: J.M. EMBID IRUJO, recensione a *Passato e presente del diritto commerciale*, in *Quadernos de Derecho y Comercio*, 80, julio-diciembre 2023, 333. In senso favorevole alla critica di L. allo specialismo, S. CASSESE, *Principi e autori di una materia articolata*, ne *Il Sole 24 Ore*, 2 luglio 2023.

⁴⁹ Il riferimento d'attualità è alla recente l. 5 marzo 2024, n. 21, recante "Interventi a sostegno della competitività dei capitali". Sul tema vedi quanto meno le relazioni raccolte in AA.VV., *Principio capitalistico. Quo vadis?*, a cura di F. BRIOLINI, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵⁰ Cfr., A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, Il Mulino, 2023. In senso critico, F. D'ALESSANDRO, *Il martello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale d'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 409 ss.

⁵¹ M. LIBERTINI, *Ancora a proposito*, (nt. 7), 200.

⁵² Cfr., A. ZOPPINI, *Vincenzo Roppo e la teoria "non euclidea" del contratto (discussa con i casi dell'Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni)*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 67 ss.

⁵³ Per un tentativo, vedi *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, a cura di M. CIAN, Torino, Giappichelli, 2024, 119 ss.; nonché G. FAUCEGLIA, A. LUMINOSO, F. MARTORANO, G. RACUGNO, *Contratti d'impresa e operazioni bancarie*, Torino, Giappichelli, 2015.

c) Il diritto dei consumi – originariamente avviato dalla direttiva sulle clausole abusive, ma oramai composto da numerose e crescenti normative settoriali⁵⁴ – è oramai parte integrante della disciplina dei contratti d’impresa – tanto che in alcuni ordinamenti, come quello austriaco, la stessa disciplina delle clausole abusive è contenuta nel codice di commercio⁵⁵ – ed è sostanzialmente trascurato dalla dottrina giuscommercialistica⁵⁶. Questa assenza nel dibattito finisce per determinare un possibile *vulnus* nella riflessione sull’impatto che le sentenze della CGUE stanno provocando sul sistema⁵⁷, e in particolare il rischio che le ragioni e le specificità dell’impresa non siano adeguatamente considerate all’interno di questo dibattito.

d) In particolare, l’importanza della giurisprudenza europea in materia di contratti con i consumatori deriva da un duplice rilievo. Il primo è che in alcuni importanti settori della contrattazione d’impresa – e in particolare nel settore finanziario – il contratto coincide con il prodotto e viene pertanto a costituire elemento primario dell’attività imprenditoriale⁵⁸ (e forse non a caso proprio questi settori sono oggetto costante dell’attenzione da parte della CGUE). Il secondo è che il grimaldello dell’art. 4, secondo comma, dir. 93/13/CE, che consente il controllo di vessatorietà della clausola sull’oggetto e sul prezzo quando non trasparenti, applicato estensivamente dalla giurisprudenza⁵⁹, finisce a sua volta per consentire al Giudice di interferire in modo diretto con i tratti essenziali dell’autonomia d’impresa⁶⁰.

⁵⁴ Vedi, anche per una sistemazione della materia, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*², Milano, Wolters Kluwer, 2020.

⁵⁵ Cfr., G.B. PORTALE, *Tra diritto dell’impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 149 ss.

⁵⁶ Basti pensare che la menzionata sentenza della CGUE, 15 giugno 2023, nel caso *Bank M.* è commentata su *Foro it.*, 2023, 369 ss., da otto (autorevoli) civilisti, senza la partecipazione di alcun giuscommercialista.

⁵⁷ Sulla tendenza della CGUE a porsi come corte civile europea, C. SCHMID, *The ECJ as a Constitutional and Private Law Court. A Methodological Comparison*, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) Discussion Paper*, n. 4/2006.

⁵⁸ V., in ottica di analisi economia, già M. GRILLO, M. POLO, *La standardizzazione dei contratti bancari*, in *Conc. merc.*, 1997, 293 ss.; e in relazione ai profili *antitrust*, A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003, 117 ss.

⁵⁹ La potenzialità espansiva della giurisprudenza unionale, sviluppatasi soprattutto in relazione alla vicenda dei finanziamenti indicizzati alla valuta estera, è dimostrata da una recente applicazione in materia di contratti d’opera professionale, in cui è stata giudicata l’abusività di clausole che pur fissino esattamente e chiaramente una tariffa su base oraria, e tuttavia «senza che siano comunicate al consumatore, prima della conclusione del contratto, informazioni che gli consentano di prendere la sua decisione con prudenza e piena cognizione delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione di tale contratto»: CGUE, 12 gennaio 2023, causa C-395/2021, *D.V.* E per le conseguenze della nullità, in specie ritenuta totale, con divieto per il giudice nazionale di sostituire la clausola nulla con una valutazione giudiziale del compenso dovuto, *infra*, nt. 65.

⁶⁰ Cfr., G. D’AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all’oggetto principale del*

e) Peraltro, la stessa dottrina civilistica è oramai orientata a ritenere che la legislazione consumeristica abbia come obiettivo primario la regolazione e lo sviluppo quali-quantitativo del mercato comune, più che la tutela delle fasce più deboli della società in sé⁶¹, legittimando l'interrogativo, che di volta in volta può avere esito diverso, sulla possibilità che singole norme di tale legislazione – come quelle in materia di doveri di consulenza ed assistenza al cliente – abbiano portata espansiva. È anche vero che l'estensione analogica della disciplina consumeristica non è operazione agevole, il che, per alcune questioni in cui la CGUE ha adottato un approccio molto rigido, valorizzando in modo elevato il profilo formale della chiarezza e trasparenza del contratto⁶² (talvolta oltre le esigenze sostanziali di tutela del cliente), finisce per determinare un rilevante disallineamento del livello di tutela tra consumatori e altri clienti deboli (come professionisti intellettuali, microimprese, ecc.), che suscita interrogativi di coerenza del sistema.

f) In questo contesto, la CGUE privilegia un'ottica di massima deterrenza della normativa a tutela dei consumatori, senza particolare attenzione alle tradizionali categorie civilistiche⁶³, ed avallando anzi approcci "atecnici" che potrebbero diffondersi in settori contigui. Basti pensare, sempre in materia di credito al consumo, alla tesi secondo cui la mancanza di chiarezza della clausola ai sensi dell'art. 4, il cui esito negativo legittimerebbe il controllo sullo squilibrio degli elementi essenziali del contratto, avrebbe ad oggetto non solamente il testo della clausola stessa, ma anche il comportamento di fatto dell'impresa nella fase prenegoziale⁶⁴,

contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima), in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, Giappichelli, 2018, 87 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 859 ss.

⁶¹ Fra gli altri, G. COMPARATO, H.-W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, *The Regulatory Character of European Private Law*, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, edited by C. TWIGG-FLESNER, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, 35 ss. Nel senso che «la qualificazione soggettiva di una delle parti contraenti come consumatore non individua la ragione sistematica di tale disciplina, ma costituisce soltanto una delimitazione (più o meno stringente) del suo ambito di applicazione», P. SIRENA, (nt. 17), 520, il quale ritiene «coerente con la funzione che il diritto privato europeo è chiamato generalmente a svolgere che la disciplina dei contratti stipulati dai consumatori tenda a replicare o a imitare decisioni regolatorie e gli *standards* di vigilanza che sono utilizzati dalle autorità competenti nei confronti delle imprese vigilate» (521).

⁶² Cfr., S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di giustizia da Arpad Kasler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.

⁶³ V., M.R. MAUGERI, *Post-caducazione da vessatorietà e post-vessatorietà: il caso Bank M.*, in *Foro it.*, 2023, 411, che parla di argomentazioni «poco in linea con il linguaggio a cui il civilista è abituato».

⁶⁴ V., CGUE, 20 settembre 2017, causa C-186/16, *Andriuc*: «L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile presuppone che, nel caso dei contratti di

con una commistione di profili tenuti tradizionalmente distinti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In particolare, destano perplessità la più recente preferenza della CGUE al carattere totale e non parziale della nullità⁶⁵, in controtendenza rispetto ad altre indicazioni europee, anche di tipo normativo, che sembrerebbero valorizzare le istanze di conservazione del contratto (ritenute determinanti anche dalle Sezioni Unite nella sentenza sulla nullità a valle di intese anticoncorrenziali); ed anche la forte opposizione della CGUE all'utilizzo da parte del giudice di meccanismi sostitutivi volti all'eterointegrazione del contratto⁶⁶.

A volte, peraltro, nelle sentenze della CGUE sembra rinvenirsi proprio quell'approccio di autolegittimazione della giurisprudenza, criticato nell'Opera che si commenta⁶⁷, caratterizzato da un'argomentazione per stratificazioni di precedenti, accompagnata dal ricorso a principi (come quello di tutela del consumatore) che non vengono sempre fatti oggetto di bilanciamento con altri principi⁶⁸, sovente trascurati senza grande timore, come in *Bank M.*, dove la CGUE afferma senza

credito, gli istituti finanziari debbano fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa. A tal proposito, tale requisito implica che una clausola, in base alla quale il prestito deve essere rimborsato nella medesima valuta estera nella quale è stato contratto, sia compresa dal consumatore non solo sul piano formale e grammaticale, ma altresì in relazione alla sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, possa non solo essere a conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il prestito è stato contratto, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari. Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche necessarie al riguardo».

⁶⁵ Vedi CGUE, 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*, che ha ritenuto “manipolativa” e pertanto preclusa al legislatore nazionale anche la soluzione dell'integrazione del contratto con il tasso di cambio della Banca centrale (in quel caso polacca), propendendo per la nullità totale e la restituzione delle reciproche prestazioni. E vedi, in altra materia, CGUE, 12 gennaio 2023, (nt. 59), secondo cui il diritto dell'Unione osta a che il giudice nazionale, accertata la abusività della clausola sulla determinazione contrattuale del compenso spettante al professionista, sostituisca la pattuizione dichiarata abusiva con una valutazione giudiziale del compenso dovuto (essendo solamente consentita l'ipotesi poco realistica di una clausola convenzionale che adotti un criterio suppletivo). Sul contrasto di tale prospettiva con i tradizionali principi in materia di prestazione di lavoro autonomo, M. LAMICELA, *Estensione della nullità della clausola abusiva all'intero contratto ed effetti restitutori: nuove ambiguità nelle valutazioni della Corte di Giustizia*, in *Pactum*, 2023, 375 ss. Si veda, altresì, CGUE, 8 settembre 2022, causa C-80/21 a C-82/21, *E.K.* (per la nullità del contratto, valutando insufficiente la caducazione delle clausole che prevedono il pagamento in valuta locale del debito); e in arg., F. MORELLO, *La Corte di Giustizia erode ancora l'“eccezione Käsler”. Nullità parziale, restituzioni e denegata integrazione del contratto nel mutuo in valuta estera*, in *Pactum*, 2023, 399 ss.

⁶⁶ Cfr., M.R. MAUGERI, *Post-caducazione*, (nt. 63), 407 ss.; P. PERLINGIERI, *L'integrazione dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 543 ss.; D. FAUCEGLIA, (nt. 21).

⁶⁷ M. LIBERTINI, *Ancora a proposito*, (nt. 7), 195 ss.; Id., (nt. 2), 152.

⁶⁸ Cfr., G. D'AMICO *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, (nt. 60), 14 ss.

particolari remore che l'interesse alla stabilità dei mercati non rileva perché non può essere perseguito a scapito di una violazione di legge (assunto che può forse condividersi rispetto all'*an* della sanzione, ma non certo alla tipologia di reazione dell'ordinamento)⁶⁹.

Di fronte a questo attivismo, occorre prendere atto – ma questo è oramai un dato assodato – che la giurisprudenza europea va studiata non in ottica di comparazione, ma come fonte sovraordinata del diritto civile e commerciale⁷⁰. E tuttavia, di fronte a paradigmi, logiche argomentative e soluzioni innovative e talora disorientanti, il giurista si trova di fronte ad un dilemma: svolgere il ruolo di voce critica, nel tentativo forse illusorio (ma almeno in parte necessario) di ricondurre la giurisprudenza europea ad un maggiore rigore interpretativo⁷¹; oppure provare un approccio di razionalizzazione che prenda atto delle nuove tendenze, aggiornando il bagaglio dei concetti, e lavorando in certi casi con maggiore fantasia ed apertura sugli spazi concessi dalla normativa nazionale⁷².

Quel che è certo, è che il vincolo del diritto positivo impone di guardare al valore dell'unitarietà dell'ordinamento⁷³, e pertanto, anche di fronte a casi che riguardano singole classi di soggetti (come i consumatori) e/o singole tipologie di contratti (di volta in volta individuati sulla base di tipi, di categorie o di requisiti previsti ad hoc)⁷⁴, è importante che la tenuta delle soluzioni non sia solamente interna, e cioè relativa al caso deciso, ma anche esterna, rispetto alle fattispecie più simili e vicine, in relazione alle quali deve valutarsi la coerenza di armonie e disarmonie⁷⁵.

⁶⁹ Così, in modo *tranchant*, CGUE, 15 giugno 2023, (nt. 56), § 93: «non si può ammettere che i professionisti possano eludere gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/13 per un motivo di salvaguardia della stabilità dei mercati finanziari. Infatti, spetta agli istituti bancari organizzare le loro attività in modo conforme a tale direttiva».

⁷⁰ M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Passato e presente del diritto commerciale*, (nt. 5), 142 s. (e in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 599 ss.).

⁷¹ In generale, nel senso che gli orientamenti volti a rafforzare oltremodo l'effettività delle norme finiscano spesso per azzerare differenze degne di rilievo, L. MODICA, (nt. 26), 355 ss.

⁷² Vedi, per il superamento della «dogmatica contrapposizione condotta/validità», F. DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale "regolatoria"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 673, il quale tuttavia osserva come «sia difficile negare l'urgente bisogno di un apparato concettuale che consenta di operare le opportune distinzioni».

⁷³ Vedi M. LIBERTINI, (nt. 2), 136 s.

⁷⁴ V. G. GITTI, *Settorializzazione delle discipline e dimensione oggettiva dei contratti*, in *Contratto, contratti e mercati*, (nt. 15), 323, che distingue discipline «per tipi», «per categorie» e «per oggetti».

⁷⁵ Per la necessità che il bilanciamento di ogni trattamento differenziato delle classi dei soggetti interessati dalla normativa non sia puramente «tecnico», ma coinvolga valutazioni che attengano non solo all'allargamento del mercato, ma anche alla sua efficienza e qualità, F. DENOZZA, (nt. 24), 88

5. Conclusioni.

Un'ultima battuta. Nel saggio del 2020 di commento a tre recenti libri sulla storia del diritto commerciale, l'A. qualifica l'odierna dottrina giuscommerciale come dottrina complessivamente "debole", cui mancherebbe il pregio della stabilità di chiari punti di riferimento, e in particolare delle fonti, che è presupposto dei processi razionali di costruzione di principi e concetti⁷⁶. Non è questa la sede per avvalorare o contestare questo giudizio. Ritengo tuttavia che vada certamente condivisa la strada del contrasto agli specialismi, non solamente per il fine, forse illusorio, di ricreare le basi per una teoria forte dell'impresa, caratterizzata da principi ordinanti condivisi e di agevole utilizzo interpretativo, ma soprattutto perché i nessi tra i diversi profili della disciplina dell'impresa⁷⁷ sono indispensabili anche per una più modesta attività di corretta interpretazione delle norme, visto che alla fine è per l'appunto sempre dell'impresa che si tratta, in tutte le sue forme, in tutte le sue fasi e in tutte le sue relazioni⁷⁸.

ss. Vedi, inoltre, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss.

⁷⁶ M. LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale. A proposti di tre libri recenti*, in *Passato e presente del diritto commerciale*, (nt. 5), 96 s. (e in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno*, 2020, 735 ss.), in critica a G.B. PORTALE, *Il diritto privato dell'impresa tra "fusioni" e "scissioni" dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2019, 1 ss.

⁷⁷ Si pensi, in ambito finanziario, al rapporto tra la disciplina della vigilanza e quella del rapporto con i clienti: cfr., G. FAUCEGLIA, (nt. 23), 56, 67 ss.

⁷⁸ Anche se, dall'altro lato, potrebbe simmetricamente rilevarsi che «[a]l contratto, è vero non si sfugge, visto che li fuori non c'è nient'altro» (F. D'ALESSANDRO, (nt. 12), 536).