



LA DICHIARAZIONE DI SCIENZA SULLA QUALIFICAZIONE DEL FATTO GIURIDICO*

ANDREA ZOPPINI

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La qualificazione giuridica della dichiarazione. – 3. Cenni alle dichiarazioni di garanzia e alle clausole di stile. – 4. Sulla corretta interpretazione della dichiarazione di scienza richiesta dalla Clausola. – 5. *Addendum*: l'illecito antitrust quale causa oggettiva di esclusione dalle gare future. – 6. Talune conclusioni.

1. Le pagine che seguono illustrano l'interpretazione delle clausole contrattuali con le quali una parte dichiara di non avere commesso illeciti antitrust.

Ai fini di quanto qui interessa, assumiamo che le condizioni generali di un contratto (di seguito, "Clausola"), dispongano quanto segue:

(i) *"Il Fornitore espressamente ed irrevocabilmente: ... d) dichiara con riferimento alla presente gara di non avere in corso né di aver praticato intese e/o pratiche restrittive della concorrenza e del mercato vietate ai sensi della normativa applicabile, ivi inclusi gli articoli 81 e seguenti del Trattato CE e articoli 2 e seguenti della Legge n. 287/1990, e che l'offerta è stata predisposta nel pieno rispetto della predetta normativa"*;

(ii) *"Qualora non risultasse conforme al vero anche una sola delle dichiarazioni rese ai sensi del precedente comma, ovvero il Fornitore non rispettasse per tutta la durata della Convenzione gli impegni e gli obblighi di cui alla lettera c) del precedente comma, la stessa si intenderà risolta di diritto ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1456 cod. civ., per fatto e colpa del Fornitore, con facoltà [...] di incamerare la cauzione prestata"* (art. 11, comma 2).

La corretta interpretazione di tali clausole contrattuali consente di prendere posizione sul *se*, ed eventualmente a quali condizioni e limiti, possano attivarsi effetti indennitari o risolutivi per un illecito antitrust il cui formale accertamento da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia intervenuto successivamente alla conclusione del contratto e al rilascio delle dichiarazioni in esso contenute¹.

2. La dichiarazione richiesta dalla Clausola (*"di non aver in corso né di aver praticato intese e/o pratiche restrittive della concorrenza e del mercato vietate ai sensi della normativa applicabile ... e che l'offerta è stata predisposta nel pieno rispetto della normativa"*) è riconducibile alla categoria generale delle *dichiarazioni di scienza*.

* Il presente scritto era destinato agli Scritti in onore di Pasquale Stanzone; per un deprecabile disguido in sede di composizione dei volumi, non è stato più pubblicato. Il comitato promotore ringrazia la Direzione della Rivista per aver consentito la pubblicazione del prezioso contributo in ideale collegamento con l'opera cui era destinato.

¹ Su cui v. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, 2° ed., Torino, 2014, a p. 160.



La parte, infatti, non promette né manifesta una volontà negoziale, ma piuttosto partecipa la propria scienza in funzione ricognitiva (: ‘io sono a conoscenza di’, non invece ‘prometto di’ ovvero ‘farò (o non farò)’). Rispetto a tale dichiarazione – in mancanza di una diversa espressa indicazione contenuta nel contratto – rileva (i) la conoscenza effettiva (ii) al momento della sottoscrizione del contratto².

Si tratta, nell’espressione anglosassone oggi in voga nella prassi contrattuale, delle c.d. ‘representations’.

Al fine di analizzare la natura e i conseguenti effetti riconducibili – in via diretta e mediata – alle partecipazioni di scienza è utile prendere le mosse da alcuni preliminari rilievi di ordine teorico.

In primo luogo, una dichiarazione di scienza riguarda un fatto occorso nel passato, e – al contrario della dichiarazione negoziale, che è per definizione *programmatica* – presuppone logicamente un processo cognitivo temporalmente *anteriore* alla partecipazione medesima e in sé *concluso*.

Il punto è pacifico e si legge con chiarezza nella voce enciclopedica di una autorevole dottrina – quella di Piero Schlesinger – : “la dichiarazione di scienza riguarda sempre un fatto del passato: più precisamente, la figura abbraccia gli atti in cui – a prescindere dai risultati che l’agente si proponga di realizzare e dagli effetti che egli ritenga di provocare – viene fornita la versione dello svolgimento di un fatto del quale il dichiarante afferma di essere a diretta conoscenza”³.

Sempre in termini generali, le partecipazioni di scienza si distinguono, in relazione al loro contenuto, a seconda che intendano: (a) asseverare la verità di un fatto; ovvero (b) generare un effetto preclusivo quanto ai fatti dichiarati.

a) Nel caso specifico, quanto richiesto dalle Condizioni generali costituisce una particolare *dichiarazione di scienza* che si qualifica normalmente come ‘assicurazione contrattuale’.

Si tratta, in particolare, di una dichiarazione: (i) resa in occasione di un rapporto negoziale, nel quale “una parte comunica all’altra un dato, che indurrà il destinatario ad accettare il sacrificio legato al sinallagma contrattuale”⁴; (ii) e che implica una garanzia della verità, la cui responsabilità si pone a carico integralmente del dichiarante, in ordine al suo contenuto: a differenza della promessa – che può riferirsi a un bene della vita futuro o a una situazione connotata da rischi e incertezze – l’impegno (al limite, implicitamente) assunto con l’attestazione non può che riferirsi ad “una realtà attuale e presente”⁵.

b) Quanto appena detto consente di distinguere questa dichiarazione dalla diversa categoria di ‘dichiarazioni di scienza’ rappresentata dalle ‘attestazioni ricognitive’, le quali sono utilizzate dal diritto per concorrere a eliminare la contestazione delle situazioni giuridiche e, perciò, sono dotate di efficacia preclusiva, al fine di influire sull’accertamento di uno stato giuridico preesistente.

² G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., p. 149 ss.; in termini generali sulle dichiarazioni di scienza contenute nel contratto, ma con prevalente interesse per i profili negoziali v. F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del “premesse che” nel documento negoziale*, Milano, 2004.

³ Così P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, § 10.

⁴ Cfr. R. SACCO, *Dichiarazione di scienza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2010, § 5.

⁵ Cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, § 4.



La disciplina propria delle attestazioni ricognitive consente, altresì, di confermare che le dichiarazioni di scienza debbano avere necessariamente ad oggetto *fatti* giuridici in senso stretto (: ho scambiato il prezzo con una cosa futura da costruire; è sorta l'isola nel fiume) e non la *qualificazione* di fatti giuridici (: il contratto concluso è un appalto; l'isola *in flumine nata* è – come ha deciso ora il legislatore modificando la regola millenaria recepita dai codici – del demanio pubblico).

È, infatti, pacifico che la qualificazione dei fatti giuridici compete esclusivamente all'ordinamento giuridico e non ai privati, che non ne possono disporre neppure attraverso dichiarazioni di volontà impegnative: le parti non possono, infatti, efficacemente convenire e impegnarsi sulla qualificazione del contratto che pongono in essere; per altro verso, la stessa qualificazione spesa non impegna in nulla il giudice, costituendo semmai un indice interpretativo della volontà delle parti.

Ciò vale evidentemente, a maggior ragione, quando la qualificazione giuridica è veicolata attraverso una partecipazione di scienza: dalla dichiarazione 'io so che il contratto posto in essere è un appalto' non può derivarsi un affidamento giuridicamente fondato in ordine agli effetti che nell'ordinamento si producono, ma neppure una conferma della sussistenza degli elementi strutturali del fatto rilevante (ben potrebbe lo scambio di una cosa futura essere qualificata dal giudice come vendita ovvero come appalto, alla luce degli elementi strutturali che in concreto definiscono l'accordo)⁶.

Proprio perché la conoscenza delle situazioni giuridiche è, per definizione, sottratta alla competenza dispositiva delle parti ed è riservata all'ordinamento e, per esso, al Giudice, una '*attestazione ricognitiva*' può legittimamente fondare un pieno affidamento – ed è conseguentemente *come tale* esigibile – solo allorché essa sia relativa a fatti, e non, invece, quando abbia ad oggetto anche una situazione giuridica.

Quanto appena affermato, oltre che sul generale principio che sottrae il potere di qualificare il fatto alla competenza dispositiva e a maggior ragione dichiarativa della parte, si desume chiaramente dalla disciplina della confessione (art. 2730 ss. c. civ.) e del giuramento (art. 2736 ss. c. civ.), connotati da definitività quanto alla statuizione dei fatti con essi rappresentati, a raffronto della ricognizione di debito (art. 1988 c. civ.)⁷.

La confessione e il giuramento accertano la realtà giuridica quando la dichiarazione ha ad oggetto *fatti*, e segnatamente "la verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte" (la confessione, art. 2730 c. civ.) o "un fatto proprio della parte a cui si deferisce o sulla conoscenza che essa ha di un fatto altrui" (il giuramento, art. 2739, 2° comma, c. civ.).

Al contrario la dichiarazione in ordine alla qualificazione di un fatto giuridico (: 'riconosco il mio debito di 100'), in quando avente ad oggetto non un fatto (: ho ricevuto da te 100), ma la qualificazione di una situazione giuridica (: l'essere *o non* debitore), non produce

⁶ V. ancora P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, cit., § 10.

⁷ V. in tal senso, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, § 56, il quale per l'appunto distingue, su queste basi, la confessione e il giuramento, da un lato, e la ricognizione di debito, dall'altro. Le prime "sono dichiarazioni di scienza relative a fatti giuridici. L'una e l'altro hanno efficacia preclusiva perché sul loro effetto non influisce la falsità della dichiarazione e perché la loro presenza comporta il dovere del giudice di risolvere la quaestio facti ponendo come premessa della sua decisione il fatto dichiarato"; la seconda non ha invece efficacia preclusiva "appunto perché ha per oggetto una situazione giuridica: se avesse efficacia preclusiva comporterebbe il divieto di ogni indagine sul fatto giuridico e il dovere del giudice di accertare la situazione giuridica in conformità al contenuto dell'atto ricognitivo, mentre il nostro diritto positivo ammette il dichiarante a provare la inesistenza del fatto giuridico (art. 1988 c.c.)".



alcun effetto sostanziale e determina invece una inversione processuale dell'onere della prova.

3. Questo non significa che il contratto non possa contenere nelle premesse, come in effetti sovente accade, la dichiarazione di essere “*compliant with the law*”.

Tale dichiarazione impone un'attività ermeneutica per verificare e perimetrare su cosa verta l'impegno (allora negoziale) e/o si sia generato il legittimo affidamento della controparte.

Ciò che dev'essere oggetto d'indagine è se le parti abbiano voluto:

(i) dichiarare e partecipare la propria scienza su fatti che rilevano per il contratto (come nel caso della nostra Clausola);

(ii) esprimere una volontà negoziale, garantendo la difformità e un'eventuale sopravvenienza, impegnandosi a indennizzare la controparte nel caso di sopravvenute difformità;

(iii) introdurre nel contratto una clausola di stile, che non sottende un impegno o regola.

A ben guardare, si tratta di clausole il cui contenuto dichiarativo, e poi precettivo, è radicalmente diverso.

Altro è partecipare una base informativa, propria del contraente al momento della conclusione del contratto.

Altro è impegnarsi a tenere indenne la controparte rispetto a fatti futuri non ancora noti (ad esempio la successiva scoperta di un illecito che deprime il valore dell'oggetto del contratto). Perché in questo caso le parti allocare il rischio contrattuale tra loro e imporre un riequilibrio economico, per solito sotto forma di indennizzo, rispetto a elementi pregiudizievoli sopravvenuti.

Altro è introdurre una locuzione cui non si riconduce alcuna volontà negoziale ovvero nessuna partecipazione informativa.

4. Facendo a questo punto applicazione delle premesse teoriche svolte, si tratta di verificare quale sia il significato che debba attribuirsi alla *rappresentazione contrattuale* richiesta alla parte sulla base a quanto previsto dalla Clausola, affinché questa possa ritenersi fonte di un qualche impegno giuridicamente rilevante (e presupposto poi, in caso di *falsità*, d'un effetto risolutivo).

Per spiegare in termini elementari il problema, si tratta di attribuire alla clausola presente nel contratto un significato coerente con la natura della dichiarazione di scienza richiesta e di trarne una coerente conseguenza in termini di applicazione delle regole ermeneutiche in materia contrattuale.

Una volta, infatti, chiarito l'effettivo contenuto della dichiarazione resa ai sensi del contratto ci si potrà interrogare su cosa significhi “conforme al vero” e se rilevi quale presupposto della clausola risolutiva.

Si deve, in particolare, verificare se alla parte sia stato richiesto: (i) di dichiarare di essere a conoscenza di *fatti* rilevanti in termini concorrenziali (quali ad es.: l'apertura di un'istruttoria, l'intervenuto accertamento, l'esistenza di sanzioni pregresse); (ii) ovvero, di-



versamente, di operare una *qualificazione giuridica* di fatti occorsi (dichiarando di non aver integrato, con i propri comportamenti, fattispecie suscettibili astrattamente di essere qualificate come anticoncorrenziali dall'Autorità Garante e, poi, dal giudice amministrativo in sede di impugnazione delle medesime).

Alla luce di quanto sin qui argomentato, pare legittimo concludere che la Clausola deve essere interpretata come riferita a 'fatti', e non, invece, alla loro 'qualificazione giuridica'.

Un fatto può essere conosciuto e rispetto ad esso si può partecipare la scienza (così seriamente impegnandosi sulla relativa veridicità); la qualificazione giuridica implica un'attività non meramente conoscitiva, ma valutativa qual è la sussunzione di un fatto in una fattispecie prevista da una norma e, poi, l'accertamento di un conseguente effetto giuridico.

Questo vale a maggior ragione quando si parli di illeciti antitrust il cui accertamento implica sovente la valutazione *ex post* degli effetti determinati nel mercato dal comportamento di più parti.

Nel caso che mi occupa, infatti, se si volesse interpretare la Clausola nel senso *sub (ii)* ciò implicherebbe riconoscere al privato la possibilità di ricondurre più fatti materiali, anche provenienti da altri soggetti diversi ed estranei alla propria sfera giuridica (: quindi i comportamenti materiali che sottendono una pratica restrittiva della concorrenza realizzata da più soggetti) a una fattispecie giuridicamente rilevante (: quella che vieta le pratiche restrittive della concorrenza poste in essere da più imprenditori).

Le considerazioni innanzi esposte inducono, quindi, ad escludere che la Clausola abbia richiesto di rendere una siffatta *representation*, la cui esistenza non può essere accertata se non dall'ordinamento (nell'attività dell'AGCM, o attraverso il vaglio del giudice amministrativo).

Né evidentemente il contraente ha prestato una garanzia a tal fine, posto il tenore testuale della clausola che non sottende alcun impegno negoziale.

Da ciò discende che:

(i) invocando l'applicazione del principio dell'interpretazione utile (art. 1367 c. civ.), la Clausola deve essere interpretata *restrittivamente*, limitando la possibilità di configurare la sua violazione all'ipotesi che il contraente dichiari che non sono a sua conoscenza fatti che siano stati, o siano, ovvero ancora che siano suscettibili, ragionevolmente, di essere valutati come anticoncorrenziali (come nel caso che si verifica all'avvio di un procedimento antitrust);

(ii) ove, invece, si volesse valorizzare nella massima estensione possibile il significato letterale delle parole adottate dal contratto, la Clausola deve essere ritenuta 'inefficace', perché, come chiarito, non difetta al privato qualificare sul piano giuridico una fattispecie, essendo tale compito riservato al solo ordinamento e, in ultima istanza, al Giudice.

5. Esigenze di completezza richiedono di affrontare l'ulteriore questione inerente alla corretta interpretazione della prescrizione, contenuta nel Disciplinare di Gara, secondo cui, "qualora venga accertata la realizzazione nella presente gara di pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato vietate ai sensi della normativa applicabile - ivi inclusi gli articoli 81 e ss. del Trattato



CE e gli articoli 2 e ss. della Legge n. 287/1990 -, la Consip S.p.A. si riserva la relativa valutazione, anche ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'articolo 68 del R.D. n. 827/1924, al fine della motivata esclusione dalla partecipazione delle successive procedure di gara indette dalla Consip stessa ed aventi il medesimo oggetto della presente gara”.

Sul punto, va preliminarmente osservato che l'accertamento della realizzazione di pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato da parte dell'AGCM non costituisce, di per sé, legittima causa di esclusione dalle 'nuove' procedure di gara “ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/06” (oggi, art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016).

Ciò risulta chiarito dalla più recente giurisprudenza che si è pronunciata sul punto: i provvedimenti dell'AGCM che accertano la commissione di pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato non legittimano le stazioni appaltanti a disporre l'esclusione dalle gare dei partecipanti per grave illecito professionale consistente in “significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione”. La previsione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 (che ha sostituito il precedente art. 38, comma 1 lett. f) del d.lgs. n. 163/2006), infatti, è riferibile a molteplici fattispecie, comprensive di condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante); ma “in tale ventaglio di ipotesi non possono rientrare anche i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore”⁸.

La statuizione che si legge nel Disciplinare di Gara, pertanto, non può essere legittimamente interpretata come uno strumento capace, in via surrettizia, di estendere il novero delle cause di esclusione *ex lege* dalle gare d'appalto:

(i) non solo perché ciò rappresenterebbe una palese violazione del principio di tassatività delle stesse;

(ii) ma anche in quanto una simile lettura risulterebbe in contrasto con le esigenze di *favor participationis* che ispirano l'intera disciplina dei contratti pubblici.

Tale conclusione risulta avvalorata se si considera che il rilievo del principio di *favor participationis* ha una portata che si estende ben oltre la disciplina degli appalti pubblici, ricollegandosi, in termini più generali, alla promozione della concorrenzialità del mercato.

Se la concorrenza era autorevolmente apparsa “un limite alla tutela della libera iniziativa economica già nell'impostazione originaria dell'art. 41 Cost.”⁹, nessun dubbio può di ciò aversi a fronte dell'attuale formulazione dell'art. 117 Cost., che ha riservato in via esclusiva allo Stato il compito di legiferare in materia, conferendo in tal modo rilevanza costituzionale autonoma agli strumenti normativi di promozione di un mercato concorrenziale¹⁰.

Ciò implica che la concorrenza non è (più) inquadabile come un limite estrinseco all'autonomia privata, che deve di volta in volta trovare giustificazione ai sensi dell'art. 41 Cost., ma rappresenta invece una forma di mercato costituzionalmente protetta, i cui prin-

⁸ Tar Campania, Salerno, 2 gennaio 2017, n. 10.

⁹ Così M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 440.

¹⁰ V. sul punto M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1429 ss.



cipi inevitabilmente conformano, dall'interno, gli atti di autonomia privata che sul quel mercato sono destinati a produrre effetti¹¹.

In questo quadro, il contratto – quale prima espressione dell'autonomia e dell'iniziativa economica privata – diventa strumento funzionale agli obiettivi del diritto antitrust, con inevitabili conseguenze quanto all'interpretazione delle statuizioni in esso contenute, che dovranno inevitabilmente essere orientate al rispetto di quell'assetto di mercato che nella Carta costituzionale trova formale recepimento¹².

Con riguardo al caso che mi occupa, tali rilievi di ordine teorico confermano, una volta di più, l'impossibilità – o, per altro verso, l'illegittimità – di un'interpretazione del combinato disposto del Disciplinare di Gara e delle Convenzioni capace di porsi in antitesi con gli interessi tutelati dalla normativa antitrust, ed in particolare di estendere, oltre le ipotesi tassativamente previste dalla legge, le cause di legittima esclusione di un operatore di mercato dall'accesso ad una gara pubblica.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono ritengo in definitiva di poter concludere nel senso che:

(i) la Clausola:

a) deve essere interpretata restrittivamente, limitando quindi la possibilità di configurare la sua violazione all'ipotesi che il contraente dichiari che non sono a sua conoscenza fatti che siano stati, o siano, ovvero ancora che siano suscettibili, ragionevolmente, di essere valutati come anticoncorrenziali (come nel caso che si verifica all'avvio di un procedimento antitrust);

b) o che, in alternativa, essa deve essere ritenuta 'inefficace', perché non compete al privato qualificare sul piano giuridico una fattispecie, essendo tale compito riservato al solo ordinamento e, in ultima istanza, al Giudice;

(ii) la corretta interpretazione della prescrizione contenuta a pag. 43 del Disciplinare di Gara induce ad escludere che l'accertamento della realizzazione di pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato da parte dell'AGCM possa costituire, di per sé, legittima causa di esclusione di un operatore di mercato da 'nuove' procedure di gara.

¹¹ Cfr. il mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

¹² In tal senso, v. G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in ID., A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 79; nonché F. MACARIO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e l'abuso di dipendenza economica*, in AA. VV., *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, t. 2, p. 859 ss.