

CAPITOLO I

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE: NOZIONE E APPLICAZIONI

Sommario: Premessa - 1. Ricostruzione storica - 2. La sistematica codicistica in materia di invalidità contrattuale - 3. “Magmatica” della nullità di protezione - 3.1 La legittimazione attiva e la convalida - 3.2 La rilevabilità d’ufficio - 3.3 La parzialità e la sostituzione - 4. La nullità virtuale di protezione - 5. Cosa è la nullità di protezione: differenze con l’annullabilità. Specialità o eccezionalità. *Ratio* unitaria?

Premessa

La presente indagine è volta a saggiare la tenuta della categoria dogmatica della “nullità di protezione”.

In effetti, quello dell’invalidità del contratto sembra uno dei settori in cui la tendenza all’eterogeneità e alla frammentazione si fa sempre più avvertita, soprattutto in considerazione della ormai massiccia produzione legislativa comunitaria.

Da questo punto di vista va rilevato, infatti, come tale normativa, per la sua caratteristica di porsi come fonte sia esterna e autonoma all’ordinamento sia di disciplina per settori non sempre omogenei, ha sollecitato l’adozione di discipline e modelli ispirati ad altre legislazioni con la conseguente introduzione di valori, principi e presupposti non solo diversi, ma neppure paragonabili a quelli codicistici, determinando in tal modo la crisi di alcune delle tradizionali categorie logico-giuridiche che trovavano spazio nel codice civile¹.

Fra l’altro, la natura eterogenea sia dei presupposti che delle conseguenze della nullità emerge anche dalla lettura di diverse norme del

¹ M. PUTTI – L. DI VIA, *L’invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo*, (a cura di) N. LIPARI, II, Cedam, 1997, pag. 691

codice, addirittura sin dall'impostazione dei tre commi dell'art. 1418 c.c.² Sebbene la norma manifesti un evidente tentativo di sistematizzazione, dall'esame dei primi due commi si ricavano, infatti, almeno tredici cominatorie di nullità, cui va aggiunta l'ulteriore casistica di cui all'ultimo comma. L'elenco andrebbe poi completato con le ipotesi, previste dal diritto razionale, in cui il contratto atipico è immeritevole di tutela o quelle connesse alla rilevanza del soggetto, come la sua mancanza o indeterminatezza.

Un elenco di tal genere è sicuramente ridondante, anche in considerazione del fatto che diverse ipotesi di nullità si sovrappongono fra loro, tuttavia non può non considerarsi che alcune previsioni hanno una pluralità di significati, come, a titolo esemplificativo, quelle relative alla mancanza degli elementi essenziali, da intendersi nel senso di indeterminatezza di essi, ovvero di loro inesistenza³.

Anche le conseguenze della declaratoria di nullità sono caratterizzate dall'eterogeneità:⁴ potendosi annoverare sia la rilevabilità d'ufficio che la irrilevabilità; la legittimazione ad agire sia assoluta che relativa; sia l'insanabilità che l'eccezionale sanatoria. Anche il dogma dell'imprescrittibilità, fra l'altro, è ormai venuto meno con la riforma della disciplina delle società per azioni.

Il quadro così brevemente delineato si complica a dismisura laddove, come si anticipava, si volga lo sguardo alla legislazione di matrice comunitaria.

2 A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* (a cura di) P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Utet, ____, pag. 1438

3 GENTILI, *Id.*, pag. 1452, il quale distingue la nullità per 1) *contrasto con norme imperative inderogabili*; 2) *mancanza di accordo*; 3) *mancanza di causa*; 4) *mancanza di oggetto*; 5) *mancanza di forma*; 6) *illiceità della causa per contrasto con norme imperative*; 7) *illiceità della causa per contrasto con l'ordine pubblico*; 8) *illiceità della causa per contrasto con il buon costume*; 9) *illiceità della causa per frode alla legge*; 10) *illiceità del motivo determinante e comune*; 11) *indeterminatezza dell'oggetto*; 12) *illiceità dell'oggetto*; 13) *impossibilità dell'oggetto*; 14) *altri casi previsti dalla legge*; 15) *immeritevolezza di tutela nei contratti atipici*; 16) *mancanza del soggetto*; 17) *indeterminatezza del soggetto*; 18) *incapacità giuridica del soggetto*

4G. FILANTI, *Nullità. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, ____, pag. 2

Il legislatore comunitario non utilizza quasi mai l'espressione "nullità", ma semmai fa ricorso a termini diversi, come quello di "inefficacia"⁵, "carattere imperativo"⁶ di alcune disposizioni; "non azionabilità"⁷; "irrinunziabilità"⁸. È solo in sede di recepimento che il legislatore nazionale continua a fare ricorso alla, per così dire tradizionale, nozione di nullità⁹. Ci si potrebbe chiedere se questo non rappresenta forse un retaggio della nostra tradizione, dal momento che la figura risulta stravolta rispetto all'ordinario paradigma codicistico: essa viene, infatti, resa portatrice di istanze e interessi, come la tutela dell'equità degli scambi, del tutto estranei alla mente del legislatore italiano del 1942: Di contro, va rilevato come in sede di recepimento non si sia quasi mai fatto ricorso all'altra figura di invalidità negoziale, l'annullabilità, tradizionalmente finalizzata alla tutela della libertà del volere del contraente, tanto che in dottrina non è mancato chi ha osservato come il diritto privato europeo abbia eliminato la figura in questione.¹⁰

La forma di nullità, che potremmo chiamare "europea" o "anomala"¹¹ non presenta, fra l'altro caratteristiche unitarie, dovendosi per di più osservare che ad essa non è sempre ascrivibile una finalità di "protezione" del contraente debole, essendo diversi, da caso a caso, gli scopi avuti di mira da legislatore.

Ne discende che non pare più possibile parlare della nullità, ma piuttosto *delle nullità*¹², non potendosi revocare in dubbio che l'ordinamento

5 Questa, ad esempio, la comminatoria originariamente prevista avverso le clausole vessatorie

6 V. art. 12, dir. 97/7; art. 7, dir. 99/4; art. 12, dir. 02/65

7 V. art. 6, dir. 93/13; art. 8, dir. 94/47; art. 7, dir. 99/44, art. 3, dir. 00/35

8 V. art. 6, dir. 85/577; art. 12, dir. 97/7; art. 12, dir. 02/65

9 V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, II, _____, Giuffrè, pag. 466

10 A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 2, pag. 200

11 Il predicato di speciale che trova largo accoglimento in dottrina non pare in questa sede appropriato, in quanto implica una presa di posizione in ordine alla natura speciale, eccezionale, ovvero, ancora, generale della portata precettiva di questa forma di nullità extracodicistica

12 G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995, pag. 174; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., pag. 1437

conosca diversi e variegati statuti di questa forma di invalidità¹³.

Stando così le cose, davanti all'interprete si aprono due strade: o prendere atto dell'esistenza di questa congerie normativa, ovvero (ed è questa la strada preferibile) trarre impulso per «*rinnovato impegno sistematico*»¹⁴.

A tal fine la presente indagine si propone, innanzitutto, di indagare le ipotesi in cui viene espressamente comminata una nullità “anomala” con finalità di protezione e, a partire dai dati offerti dall'ordinamento, di vagliare il profilo “interno” di tale comminatoria, ossia il suo *modus operandi* e, infine, il suo profilo “esterno”, ossia la sua natura di norma speciale, eccezionale o, addirittura, di regola a se stante.

1. Ricostruzione storica

Prima di indagare il campo delle nullità “anomale”, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni sui principi che hanno guidato il legislatore del 1942 nella redazione del codice civile.

Quando si parla di invalidità del contratto ci si riferisce al quella categoria dogmatica che ingloba al suo interno le ipotesi di nullità e annullabilità, nonché -ma questo non è pacifico- simulazione, rescissione e varie ipotesi di inefficacia. Si tratterebbe, quindi, di situazioni in cui la legge considera rilevante un determinato fatto contro il carattere altrimenti vincolante degli atti di autonomia privata.¹⁵

La figura dell'invalidità era pressoché ignota al diritto romano arcaico il quale era improntato ad un rigido formalismo. Soprattutto in materia contrattuale si assisteva ad una rigida divisione fra atti perfettamente validi, in quanto rispondenti ai requisiti formali e atti inesistenti perché carenti da quest'ultimo punto di vista: tutto ciò che esulava dalle forme del *ius civile*

13 G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, 1983, pag. 83

14 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 174

15 A. GENTILI, *Le invalidità cit.*, pag. 1407

era, pertanto, irrilevante.¹⁶

Volendo tralasciare l'*excursus* storico in argomento¹⁷ va rilevato come la figura dell'invalidità trovi una più compiuta elaborazione solo a partire dal XIX secolo grazie all'apporto della dottrina francese e tedesca.

Il *Code Napoleon* -cui fu successivamente ispirata la nostra codificazione del 1865- conteneva una disciplina dell'invalidità che, oltre ad essere piuttosto lacunosa, tendeva ad accostare fattispecie tra loro eterogenee; fra l'altro, il legislatore non si curava di attribuire un preciso significato a termini come *nullité-rescision* e *validité-existence*: la dottrina che si curò di tale compito, va detto, si limitò all'esegesi delle singole norme e non riuscì, come invece accadde nell'esperienza tedesca, ad enucleare delle categorie dogmatiche per i singoli istituti.

Il dibattito dottrinale sviluppatosi sul punto conosceva, essenzialmente, due diverse opinioni.

Secondo la prima, all'interno del sistema dell'invalidità negoziale si sarebbero dovute annoverare le due figure della nullità e dell'annullabilità. Sarebbe ricorsa la prima in tutte quelle ipotesi in cui il negozio fosse stato mancante dei suoi elementi essenziali¹⁸ e, dunque, da considerare irrilevante per l'ordinamento; il negozio annullabile sarebbe stato, invece, quello viziato, ma le cui sorti erano rimesse alla volontà della parte.¹⁹

La principale aporia di questa impostazione si rilevava in punto di azione, dal momento che, sebbene il contratto nullo andasse considerato come inesistente, il che equivaleva a dire che non era necessario alcuna azione per accertare questa situazione, l'art. 1304, nel disciplinare l'azione in nullità o rescissione, assoggettava i due istituti al medesimo trattamento,

16 E. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, pag. 254

17 Sul quale si rimanda all'ampia ricostruzione svolta da M. GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008, pag. 38 ss.

18 L'art. 1108 così disponeva: «*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation*».

19 L'art. 117 prevedeva che «*la conventio contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans le cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du present titre*».

ossia al termine prescrizione di dieci anni.

Vi era, poi, un'altra opinione ed era quella a mente della quale la nullità si sarebbe posta a metà strada fra l'inesistenza e l'annullabilità. All'inesistenza erano ascrivibili alcune ridotte ipotesi totalmente irrilevanti per l'ordinamento: questi atti erano improduttivi di effetti, senza che fosse necessaria alcuna pronuncia giudiziale. Si vede come, così opinando, l'ambito di applicazione dei negozi inesistenti-irrilevanti venisse notevolmente ristretto rispetto alla ricostruzione operata dall'altra opinione, dal momento che i negozi nulli così come quelli annullabili, pur presentando dei vizi erano, invece, produttivi di effetti.

Il trattamento processuale delle ipotesi di nullità e annullabilità veniva, quindi, equiparato, dal momento che in entrambi i casi era necessario reagire con l'apposita azione di cui all'art. 1304 e sarebbe stata, poi, l'autorità giudiziaria a graduare il proprio provvedimento in relazione ai vizi accertati.

Deriva da questa impostazione, tuttavia, che l'attenzione dell'interprete, dal piano delle diverse cause dell'invalidità, veniva spostata sul concreto modo di atteggiarsi della singola causa di nullità, ossia sull'esame delle singole norme e non del sistema nel suo insieme: si cominciò a distinguere, quindi, fra nullità di diritto pubblico e di diritto privato; nullità a legittimazione assoluta e relativa; nullità sanabili e perpetue.

Come è stato sottolineato, le espressioni usate dal codice erano, però, fin troppo criptiche e il dibattito scientifico si trovava ancora in una fase iniziale.²⁰

Bisogna infatti attendere gli influssi della Scuola storica del diritto e soprattutto l'apporto della Pandettistica affinché il sistema dell'invalidità possa trovare quella sistematizzazione che si è poi consolidata: in questi anni, infatti, iniziò ad emergere un processo di razionalizzazione delle fonti e di ricognizione del sistema che, procedendo per via di progressiva

20 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 115

astrazione dalle diverse fattispecie, condusse alla costruzione delle attuali categorie dogmatiche.

L'invalidità (*Ungültigkeit*) assunse le caratteristiche, pertanto, di una categoria concettuale autonoma.

Si iniziò con l'osservare, infatti, come «*l'invalidità, cioè, può essere: 1) completa o incompleta; 2) certa o incerta; 3) contemporanea o non contemporanea a quel fatto, la cui efficacia è invalidata.*»²¹.

Il primo binomio avrebbe compreso nullità e annullabilità, in quanto si sarebbero contrapposte, da una parte una pura negazione di efficacia e, dall'altra una reazione ad un nuovo atto giuridico di effetto contrario a quello anteriore.

La seconda contrapposizione sarebbe stata invece, quella fra invalidità assoluta e relativa, dal momento che incerta era quell'invalidità il cui sorgere dipendesse da circostanze fortuite ovvero dall'arbitrio umano: consistenti le prime nel verificarsi del fatto dedotto in condizione, mentre il secondo nella determinazione volitiva del soggetto.

Infine, la terza bipartizione sarebbe stata riconducibile a quelle ipotesi in cui da una parte era presente un vizio nel momento della formazione del negozio, e d'altra parte il vizio in grado di privare di efficacia il contratto si presentava solo successivamente.²²

Va, comunque, rilevato come la dottrina dell'epoca abbia ricostruito il concetto di invalidità, partendo da quello di inefficacia. Si tratterebbe di un'impostazione ormai imprecisa, dal momento che è generalmente ammessa l'efficacia di negozi invalidi (ad esempio quelli annullabili), così come l'inefficacia di negozi perfettamente validi (ad esempio quelli sottoposti a condizione sospensiva) e tuttavia tale ricostruzione ha diversi pregi. In primo luogo, quello di essere andata oltre l'allora tradizionale concezione formalistica dell'invalidità che era stata accolta nel *Code Napoleon*; in secondo luogo, quello di aver affrontato il problema

21 SAVIGY, *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di SCIALOJA, IV, Torino, 1889, pag. 611

22 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 140

dell'invalidità a prescindere dall'intervento giudiziario e cogliendo le differenze fra le manifestazioni di invalidità, al contrario di come aveva operato la dottrina francese. Infine, va detto che intuizione fondamentale della ricostruzione in discorso è proprio quella di aver spostato l'attenzione dell'interprete sul rapporto fra vizio ed efficacia della fattispecie che ne è colpita, dal momento che *«lo studio stesso dell'invalidità è volto principalmente al fine, eminentemente pratico, di poter definire quale ruolo la fattispecie possa assumere nel traffico giuridico, il che è come dire se essa sia o meno idonea a produrre conseguenze giuridiche, e se sì quali»*²³

Si deve, però, alla dottrina successiva quella più completa teorizzazione dell'invalidità che ha gettato le basi per l'impostazione *BGB* e che successivamente è stata accolta nella nostra codificazione del 1942²⁴.

In particolare, può dirsi che quell'idea di nullità “codicistica” oggi messa in crisi dalle diverse ed eterogenee ipotesi di nullità anomale, trova le sue radici proprio nell'elaborazione della Pandettistica.

Questa dottrina ha impostato la concettualizzazione dell'invalidità attorno al concetto di negozio giuridico in un processo di valorizzazione dell'elemento volontaristico.

Tale assunto di partenza, in base al quale è al volere che si riconducono gli effetti giuridici, ha condotto ad una ricostruzione sistematica dell'invalidità fondata sull'esame dei casi in cui la volontà non è atta a disciplinare i rapporti per vizi strutturali ovvero per vizi relativi al suo procedimento di formazione e ha, altresì, dato origine alla commistione fra il piano dell'invalidità e quello dell'inefficacia.

Da quest'ultimo punto di vista la lezione della dottrina tedesca si assesta sulle medesime soluzioni cui era giunta la Scuola storica in punto di “assonanza” con l'inefficacia e, tuttavia, non solo i due concetti ricevono

23 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 142

24 G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. di diritto privato* (a cura di) M. BESSONE, vol. XIII, tomo VII, Giappichelli, 2002, 31

una più nitida concettualizzazione, dal momento che quella dell'inefficacia e quella dell'invalidità vengono considerate due diverse categorie dogmatiche, una generale, l'inefficacia, e una più ristretta, l'invalidità, che si sviluppa all'interno della prima; ma vengono più compiutamente prospettate le due figure, nullità e annullabilità, alle quali riferire la categoria dell'invalidità, bipartizione, questa, che rimane inalterata anche nell'attuale impianto codicistico.

In particolare, sarebbe dato distinguere un'inefficacia in senso stretto, in cui la produzione di effetti del negozio è impedita da fatti esterni da esso e un'inefficacia in senso lato, in cui il negozio non produce effetti per vizi intrinseci di esso: quest'ultima sarebbe la categoria dell'invalidità.

Nulla sarebbe, dunque, quel negozio totalmente improduttivo di effetti, che «non vale» (*nicht gilt*) per l'ordinamento:²⁵ non sarebbe, quindi, necessaria alcuna azione per far valere questa ipotesi di invalidità, in quanto l'inefficacia sarebbe insita nell'atto in sé. Nelle ipotesi in cui, invece, il contratto viziato sarebbe annullabile, ne discenderebbero effetti inutilizzabili, in quanto l'azione tesa alla loro esecuzione sarebbe paralizzabile.²⁶

Pare, quindi, opportuno sottolineare in questa sede i corollari che si sono tratti dall'approccio pandettistico,²⁷ dal momento che il prosieguo della trattazione sarà incentrato sull'analisi di come l'attuale configurazione delle nullità si sia discostata da esso.

In primo luogo, la ricostruzione del sistema dell'invalidità in un contesto di valorizzazione dell'elemento volontaristico dovrebbe indurre ad escludere dall'ambito di tale sistema tutte le ipotesi non riconducibili all'accordo.

La rescissione e la risoluzione, si rileva, sono state accostate all'invalidità solo per giustificarne il comune trattamento giuridico di

25 WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, a cura di FADDA e BENZA, I, Torino, 1925, pag. 195

26 WINDSHEID, *op. cit.*, 197

27 A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 1412

inefficacia; in quest'ultima generale categoria andrebbero ricondotte, poi, altre ipotesi, come il difetto di legittimazione e la presenza di clausole anomale, mentre le asimmetrie informative, che non alterano la volontà, ma la regola negoziale, dovrebbero rilevare solo in termini risarcitori.

Seconda conseguenza dell'impostazione *de qua* è che immediata rilevanza acquistano esclusivamente i difetti strutturali della volontà, mentre i vizi funzionali, ossia derivanti dal contrasto della volontà con i limiti dell'autonomia privata derivanti dal rispetto di interessi generali, non potrebbero essere valorizzati. Le nullità derivanti dal mancato rispetto dei precetti legali che si impongono grazie al progressivo intervento statale nell'economia verrebbero, in tale impostazione, giustificate dalla presenza di un difetto strutturale della causa del negozio, considerandosi quest'ultima quale elemento strutturale del contratto finalizzato al controllo sul contenuto di esso.

2. La sistematica codicistica in materia di invalidità contrattuale

Come si è già detto, l'impostazione pandettistica trova ampio spazio nell'attuale codice civile. Sembra, quindi, opportuno indagare quali possano dirsi *summa capita* i caratteri della nullità codicistica.

Al contrario di quello del 1865²⁸ è evidente il tentativo di sistematizzazione della materia operata dal legislatore.

All'interno del Titolo II (Dei contratti in generale) del Libro IV (Delle obbligazioni) troviamo la disciplina della nullità (Capo XI, artt. 1418-1424) e dell'annullabilità (Capo XII, art. 1425-1446) del contratto: è evidente come da una parte il legislatore non abbia fatto ricorso al comune *genus* "invalidità" e, d'altra parte come la sua scelta sia stata comunque rispettosa di quella *summa divisio* fra le due figure ascrivibili a questa

²⁸ Questo codice dedicava all'invalidità del contratto poche norme: artt. 1105-1119 e 1300 ss. Fra l'altro, seguendo il modello francese, non era prevista l'enunciazione delle singole cause di invalidità, bensì di azioni

categoria concettuale.

Come si è già detto, l'impostazione codicistica è tributaria di quella dottrina che costruiva la teoria del negozio, partendo dal presupposto che fosse la volontà delle parti a generare la regola cui erano riconducibili gli effetti giuridici, idea di partenza, questa, che si riflette nella disciplina legislativa dell'invalidità negoziale.

Alla nullità del contratto si riportano, infatti, quei vizi che attengono alla regola posta in essere dalle parti: ciò appare evidente con riferimento alla nullità comminata per la mancanza dei requisiti essenziali, ma anche l'illiceità della causa o dei motivi, ovvero l'indeterminabilità del suo oggetto, finiscono per incidere sulla stessa *«esistenza della regola che il negozio esprime»*.²⁹

Si tratterebbe, quindi, della forma più grave di invalidità, essendo posta a presidio di interessi generali³⁰. Ciò risulta con immediata evidenza per ciò che concerne la nullità dei contratti illeciti o immorali, e tuttavia anche la nullità per difetto degli elementi essenziali appare espressiva dell'interesse pubblico, ossia quello dell'ordinamento a che il contratto presenti determinati requisiti³¹.

Al contrario, si traducono in cause di annullabilità quei vizi che ineriscono alla condizione in cui si trova il soggetto che esprime la sua volontà negoziale e che sono tali da alterare quest'ultima. Si colpirebbero, così, quegli squilibri fra le parti determinati dal fatto che la regola negoziale non è *«espressione di una volontà in grado di assumere valutazioni e decisioni pienamente consapevoli ed autonome»*.³² Essa sarebbe, dunque, una forma più attenuata di invalidità che appresterebbe una tutela di tipo patrimonialistico e privatistico, connessa alla lesione degli interessi di una

29 G.B. FERRI, *op. cit.*, pag. 9

30 F. PECCENINI, *Sub artt. 1421-1422 c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) SCIALOJA – BRANCA, Zanichelli, 1998, pag. 163

31 Coglie le differenze sottili fra elementi essenziali e requisiti A. DI MAJO _____

32 G.B. FERRI, *op. cit.*, pag. 9; A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pag. 1418

parte³³.

Da quanto osservato discendono una serie di caratteristiche distintive fra i due istituti.

Ed, infatti, mentre il contratto nullo è considerato come originariamente inefficace, *tamquam non esset*, dal momento che presenta delle anomalie talmente gravi da non poter essere preso neanche in considerazione dall'ordinamento, il contratto annullabile, presentando dei vizi meno gravi e comunque rilevanti solo per una delle parti, è dotato di un'iniziale efficacia, che può venire meno solo subordinatamente ad una manifestazione di interesse in tal senso della parte a favore della quale è prevista la causa di annullabilità: in un certo senso può dirsi che il contratto nullo nasce “morto”, quello annullabile “malato”.³⁴

Ciò ha delle importanti conseguenze sul piano processuale.

Se, infatti, il contratto è nullo e, quindi, originariamente inefficace, ai fini della sua caducazione non sarebbe necessaria alcuna azione giudiziaria e, semmai, essa andrebbe proposta, con legittimazione attiva estesa a chiunque, solo laddove fosse controversa l'asserita nullità dell'atto; al contrario, la caducazione di un contratto annullabile sarebbe sempre e comunque subordinata ad una pronuncia giudiziale ad istanza della sola parte in cui favore è prevista la causa di annullabilità. Ciò si traduce, da un lato, nella circostanza che la nullità, al contrario dell'annullabilità, è rilevabile d'ufficio dal giudice, e, d'altro nella diversa natura della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria nei due diversi casi: dichiarativa, in caso di nullità e costitutiva in caso di annullabilità, diverso essendo, in

33 A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pag. 1419

34 In proposito si riporta l'opinione a mente della quale la nullità sarebbe la «*la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale*». Si sottolinea come il concetto di sanzione vada sempre accompagnato a quello di esecuzione-coazione e tuttavia, dipendendo detta esecuzione dall'opera di un soggetto diverso dall'interessato, ossia l'onere ovvero la forza pubblica, la sanzione sarebbe sempre fallibile. Al contrario, dal momento che la nullità è negazione *ex se* non sarebbe necessaria alcuna altrui cooperazione per dichiarare tale stato di cose, essa sarebbe sempre «*sanzione infallibile ed effettiva*». Si veda N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 2, pag. 543

effetti, il *petitum* nelle due azioni.³⁵

Sempre sul piano processuale va poi rilevato che è coerente con l'idea che la nullità rappresenti la forma più grave di invalidità, connotata dall'originaria inefficacia, mentre l'annullabilità sia posta a tutela della libertà contrattuale di una delle parti, il fatto che per agire in nullità, non sia previsto alcun termine di prescrizione, che è, invece, quinquennale, per l'altra azione. In proposito, sembra, però, doversi rilevare una prima anomalia, consistente nel fatto che l'art. 1421, nel sancire l'imprescrittibilità dell'azione dichiarativa della nullità, fa salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione, mentre l'ultimo comma dell'art. 1442, sancisce la perpetuità dell'eccezione di annullabilità del contratto.

Corollario del fatto che la nullità risponde ad un interesse pubblico è, infine, la circostanza che non sia ammessa, come al contrario avviene per l'annullabilità, la convalida del contratto nullo. Sembrerebbe emergere, qui, una presa di posizione circa il carattere indisponibile dell'interesse tutelato attraverso le previsioni di cui agli artt. 1418 ss.

Se questi appena accennati, dunque, sono i caratteri distintivi delle due figure che si rinvergono ad un rapido e superficiale esame delle norme codicistiche, pare opportuno tentare di capire cosa sia, effettivamente, la nullità.

Paradigmatico della complessità della materia è che dall'esame delle norme, nonché dalla pur abbondante letteratura in argomento non emerga una definizione consolidata del concetto.³⁶

Dal punto di vista della teoria generale del diritto essa è una categoria

35 AA.VV., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, (a cura di) L. FERRONI, Giuffrè, 1998, pag. 22.

Se questa è l'impostazione tradizionalmente accolta, pare comunque opportuno menzionare l'orientamento espresso da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, pag. 678, secondo il quale la sentenza di nullità avrebbe anch'essa al pari di quella di annullabilità, natura costitutiva perché volta a privare di rilevanza l'atto nullo

36 A. GENTILI, op. ult. cit., pag. 1434

che «*che stenta a trovare un posto suo proprio*», dal momento che l'inefficacia che si connette alla nullità è causa di sovrapposizione fra quest'ultima e la categoria dell'inesistenza³⁷

Per quanto concerne il piano del diritto positivo, l'assenza di una definizione di nullità è dovuta al fatto che essa è uno «*strumento concettuale*» rimesso nelle mani dell'interprete: non per nulla, infatti, piuttosto che studiare la nullità in sé, si indaga il suo modo di operare³⁸, ossia i suoi effetti.

Dall'esame dell'art. 1418 non emerge un modello operativo unitario della nullità.

Si è, infatti, rilevato come essa possa atteggiarsi a sanzione, a fattispecie e, infine, a conseguenza.

Al primo profilo inerisce la nullità comminata per contrarietà alle norme imperative dal primo comma dell'art. 1418: accanto alle sanzioni civili del risarcimento e delle restituzioni, infatti, la nullità sanzionerebbe il contratto che si pone in contrasto con le suddette norme. Non solo, la terminologia utilizzata, fra l'altro, consacrerrebbe la nullità quale forma di invalidità generale³⁹, dal momento che, al contrario di quanto avviene con le tassative previsioni di annullabilità, il rimedio avrebbe una portata generale: tutto ciò che non è causa di annullabilità è, infatti, causa di nullità. Si tratta di un profilo, invero, piuttosto problematico, giacché il concreto operare di questa nullità “virtuale” è rimesso alle valutazioni dell'interprete, l'unico tenuto a stabilire la natura imperativa o meno di una norma, nonché la sanzione per la sua inosservanza.

Di nullità-fattispecie, invece, può parlarsi con riferimento al secondo comma dell'art. 1418, ai sensi del quale sono causa di nullità «*la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illicieità dei motivi*

37R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, _____, pag. 485

38 A. GENTILI, *op. ult. it.*, pag. 1436

39 A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 40

nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346». Il verificarsi di tali circostanze sarebbe, quindi, idoneo ad integrare quella determinata fattispecie che è la nullità.

Infine, al terzo profilo inerisce la forma di nullità comminata dal terzo comma dell'art. 1418. Nel momento in cui si prevede che il contratto possa essere nullo in tutti i casi stabiliti dalla legge, da una parte si supera l'inquadramento della nullità come fattispecie e, dall'altra, essa si pone come conseguenza dell'inosservanza di un precetto⁴⁰.

3. “Magmatica” della nullità di protezione

Quelli che si sono sin qui brevemente delineati sono i tratti che tradizionalmente si sono assegnati alla nullità e che hanno segnato il confine con la diversa figura dell'annullabilità.

Va rilevato, tuttavia, come questo paradigma sia ormai entrato in crisi a causa del proliferare di previsioni di nullità che intanto sospingono la sanzione verso qualificazioni in positivo e non più meramente in negativo degli atti⁴¹, e che, inoltre, hanno notevolmente smorzato le differenze che si rinvergono fra le due figure di invalidità⁴².

In primo luogo, può dirsi che già dalla lettura del Codice emergono le prime crepe di questa rigida bipartizione: in punto di disciplina, infatti, il dogma della legittimazione all'azione di annullamento, concessa alla sola parte nel cui interesse è prevista la causa di annullabilità, va raccordato con quanto disposto dal secondo comma dell'art. 1441 a mente del quale l'incapacità derivante dallo stato di interdizione legale può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

Ma ciò che più di ogni altra anomalia del sistema dovrebbe attirare l'attenzione dell'interprete è, appunto, la variegata disciplina della nullità

⁴⁰ A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 41

⁴¹ A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 52

⁴² AA.VV., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, (a cura di) L. FERRONI, Giuffrè, 1998, pag. 26

che emerge se si volge lo sguardo alla legislazione extracodicistica⁴³ e soprattutto quella di stampo comunitario.

Le previsioni di nullità anomale di protezione sono molteplici, sicché ogni loro elencazione sconta l'inevitabile rischio di risultare incompleta, ciò non di meno pare opportuno, semplicemente a fini ordinatori, provare ad elencarle⁴⁴. In questa preliminare operazione si cercherà di evidenziare le ipotesi più comuni di nullità anomale e, in via di prima approssimazione, si cercherà di rassegnarle con riferimento a quelle che sono le caratteristiche comuni.

Una prima distinzione sembra potersi operare con riferimento alla legittimazione relativa all'azione di nullità.

In proposito, un primo gruppo di norme è rappresentato dalle nullità nel settore creditizio (D.lgs. 1° settembre 1993 n. 385, c.d. TUB e D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, c.d. TUF).

Tali norme, a differenza di quelle che seguono, si pongono come scopo la protezione del “cliente”, nozione all'interno della quale rientra il consumatore, così come l'impresa e che, pertanto, sembrano proporsi come reazione all'asimmetria di potere contrattuale/informativo dell'istituto di credito. Invero, nel momento in cui si fa esplicito riferimento al “cliente” si svincola la tutela dal fatto che la parte contrattuale tutelata è un soggetto istituzionalmente debole come il consumatore.

L'art. 127, TUB, che detta le regole generali applicabili in punto di

43 Va osservato che ipotesi di nullità che si discostano da quanto previsto agli artt. 1418 ss. sono presenti all'interno dello stesso codice civile in materia matrimoniale e successoria. Si tratta, tuttavia, di disposizioni che esulano dalla presente trattazione, incentrata sulle nullità contrattuali. Non pare, infatti, opportuno accomunare, in punto di descrizione, la nullità negoziale a quella matrimoniale o successoria: si tratta di situazioni diverse che impongono un diverso esame delle questioni connesse. Per le medesime ragioni esula dalla presente trattazione la disciplina dell'invalidità nei rapporti sociali (in particolare la nuova disciplina della nullità della deliberazione assembleare di società per azioni, che vede una nullità sanabile e con azione prescrivibile)

44 Giova premettere che l'elencazione che segue è fondata sulle previsioni testuali in cui la nullità viene diversamente specificata. Il dibattito dottrinale sviluppatosi in materia, invero, riconosce come rimedi di protezione anche ipotesi in cui la norma si limita a sanzionare con la nullità *tout court* determinate pattuizioni, a titolo esemplificativo come quelle restrittive della concorrenza. Si tratta di questione particolarmente complessa, ossia quella della nullità virtuale di protezione, della quale si darà conto successivamente.

trasparenza delle condizioni contrattuali a tutti servizi bancari, nonché ai contratti di credito al consumo, al 4° comma dispone che *“le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice”*.

Allo stesso modo l'art. 23⁴⁵, TUF, nel sancire la nullità dei contratti di prestazione di servizi di investimento, nonché delle pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo e di ogni altro onere a carico del cliente, prevede che legittimato attivo alla relativa azione sia solo quest'ultimo.

Il secondo gruppo di norme è rappresentato, come si anticipava, dalle previsioni di nullità anomale contenute nel Codice del consumo. Punto di partenza è l'art. 36, espressamente rubricato “nullità di protezione” e che riproduce senza sostanziali differenze il disposto dell'art. 1469^{quinquies}, norma, questa, che disponeva l'inefficacia delle clausole vessatorie.

Ai sensi dell'art. 36, co. 1° le clausole considerate vessatorie sono nulle, ma il contratto rimane valido per il resto e comunque, ai sensi del terzo comma, la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore.

Allo stesso modo l'art. 134, che in materia di vendita di beni di consumo sancisce l'imperatività delle disposizioni dettate a tutela del consumatore, con previsione analoga a quella contenuta al precedente art. 36, dispone che la nullità del patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore, è azionabile solo da quest'ultimo.

Anche la nullità del contratto di assicurazione stipulato con impresa non autorizzata o alla quale sia stato fatto divieto di assumere nuovi affari, a mente dell'art. 167 del D.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle assicurazioni), è azionabile dal solo contraente assicurato.

Infine, e senza pretese di completezza, altre previsioni anomale di nullità con riferimento alla legittimazione relativa all’azione si rinven-
gono

45 Nello stesso senso si vedano anche gli artt. 24 e 30, TUF

nella disciplina dei contratti agrari e in quelle poste a tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

Con riguardo al primo profilo assumono rilevanza l'art. 21, co. 2° della l. 3 maggio 1982, n. 203, a mente del quale *“la violazione del divieto, ai fini della dichiarazione di nullità del subaffitto o della subconcessione, della risoluzione del contratto di affitto e della restituzione del fondo, può essere fatta valere soltanto dal locatore, entro quattro mesi dalla data in cui ne è venuto a conoscenza. Se il locatore non si avvale di tale facoltà, il subaffittuario o il subconcessionario subentra nella posizione giuridica dell'affittuario o del concessionario”*.

Con riferimento al secondo profilo, poi, l'art. 2 del D.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, prevede che in caso di trasferimento di diritti sui immobili da costruire il costruttore, a pena di nullità del contratto -che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente-, si procuri il rilascio e consegna una fideiussione all'acquirente di importo corrispondente al corrispettivo pagato.

Un'altra distinzione è, poi, quella relativa all'intervento del giudice a fronte di una nullità anomala.

Mentre a mente degli artt. 36 e 134 c. cons., già menzionati con riferimento alla legittimazione relativa, la nullità è rilevabile d'ufficio, le altre ipotesi tacciono al riguardo. Ci si dovrebbe chiedere, quindi, se la rilevabilità d'ufficio, caratteristica naturale della nullità codicistica, richiamata nella disciplina consumeristica, sia il naturale corollario anche delle altre ipotesi di nullità anomale.⁴⁶

Sempre in punto di intervento officioso un'altra, interessante, previsione è, invece, riscontrabile nei rapporti fra imprese, dove l'art. 7 del D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, emanato in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nella transazioni commerciali, nel sancire la nullità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del suo ritardo, affida al giudice un compito ulteriore

⁴⁶ Sul punto V. più ampiamente infra § 3.2

rispetto a quanto non siamo abituati a leggere fra le previsioni di nullità negoziali codicistiche. Questi, in particolare, anche rilevando d'ufficio la predetta nullità, può applicare i termini legali di pagamento, ovvero ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

Un altro profilo problematico, che può dar luogo ad un'ulteriore distinzione è quello relativo alla parzialità di queste forme di nullità anomale.

In particolare, accanto ad ipotesi in cui la nullità colpisce l'intero contratto, ne troviamo molteplici in cui la nullità della singola clausola non si riverbera sulla rimanente parte del regolamento.

Il secondo comma dell'art. 1815 c.c., in seguito alla novella di cui alla l. 7 marzo 1996, n. 108, prevede ora che se sono convenuti interessi usurari, la relativa clausola è nulla e niente è dovuto a titolo di interessi, mentre il contratto rimane valido per il resto.⁴⁷

Allo stesso modo, per ciò che concerne i contratti bancari, solo la violazione della forma legale del contratto determina la sua totale nullità, dal momento che tutte le altre ipotesi di nullità sono parziali: fra l'altro, alcune di esse sono regolate secondo lo schema di nullità e annessa sostituzione (artt. 117, co. 6° e 125bis, co. 6°, TUB; art. 23, co. 2° TUF).

Infine, parziali sono pure le ipotesi di nullità di cui agli artt. 36 e 134 c. cons.; ovvero dagli artt. 9, D.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, emanato in attuazione della Dir. 94/47/CE (concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili) secondo il quale *“sono nulli le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal presente decreto legislativo o di limitazione delle responsabilità previste a carico del venditore”*.

È evidente come le ipotesi di nullità anomale siano troppe e troppo

⁴⁷ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, pag. 821

variegate con riferimento al loro ambito di applicazione e alla loro disciplina, innanzitutto, per relegarle ad ipotesi eccezionali di deroga al dettato codicistico e, in secondo luogo, per non suscitare una riflessione dell'interprete circa la loro operatività.

Per questa ragione le pagine che seguiranno saranno dedicate ad un esame comparatistico delle caratteristiche della tradizionale nullità codicistica con quelle che emergono dalla lettura di queste ipotesi di nullità anomale.

Un dato, fra i molti che emergono dalla lettura di queste norme, sembra potersi evidenziare già sin d'ora, ossia che la nullità sembra perdere il suo tradizionale connotato di rimedio di fattispecie.

Innanzitutto, non pare potersi più affermare che la nullità sia comminata per l'assenza di uno dei requisiti essenziali del contratto: quasi sempre ci si trova in presenza di contratti perfezionati nel rispetto dell'art. 1325 c.c. ovvero che, anche se stipulati in assenza della forma scritta, non rientrano fra quelli compresi nell'elencazione di cui all'art. 1351 c.c.

Quale sarebbe, quindi, il senso di questa previsione di nullità?

Come si è rilevato, il perseguimento dello scopo di tutelare la parte contrattualmente più debole e quello di garantire l'efficienza del mercato, paiono realizzabili solo attraverso la conformazione del regolamento negoziale e la predisposizione di un suo contenuto minimo essenziale e non, invece, attraverso i tradizionali rimedi codicistici della caducazione per violazione di norme imperative ovvero l'inserzione automatica di clausole.

Questi ultimi, infatti, paiono essere semmai il retaggio della prevalenza degli interessi pubblici sull'iniziativa privata, un dato nel quale ormai non può più esaurirsi l'ordinamento sviluppatosi alla luce dei principi accolti in Costituzione e di politica legislativa.⁴⁸

Si può, quindi, concordare con chi propone di leggere l'art. 41 Cost., al contrario del passato,⁴⁹ in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost.: la

⁴⁸ PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 134

⁴⁹ Le letture che in passato si sono date della norma si appiattiscono, secondo PASSAGNOLI, *op. cit.*,

libertà di iniziativa economica soggiacerebbe adesso ai limiti dell'utilità sociale, della sicurezza e della dignità umana. Solo attraverso questa chiave di lettura, infatti, trovano spiegazione i molteplici interventi statali susseguitisi in una logica più di attuazione che di antagonismo alla libera iniziativa privata: ne sono indici la normazione in tema di abusi e distorsioni, situazioni, queste, che il mercato in sé e a prescindere dall'intervento statale, non sarebbe in grado di risolvere e la riaffermazione del valore di fonte del rapporto del negozio, purché conformato secondo le esigenze emergenti.⁵⁰

Il problema della tutela dell'autonomia privata finirebbe, quindi, per coincidere col problema della disciplina del mercato e della concorrenza, nonché della «*effettiva libertà di uno dei contraenti di fronte all'altro*».⁵¹

Ne discende «*l'idea dell'insufficienza del solo consenso a costituire la misura formale e sostanziale della proporzione dell'assetto di interessi posto dalle parti col regolamento negoziale*»⁵² che si traduce, poi, in nuovi e minuti oneri formali, prescritti al fine di suscitare la riflessione del contraente e di consentirgli un'adeguata informazione⁵³, nonché un'incisiva disciplina legale del regolamento contrattuale.⁵⁴

Tale contesto si traduce, quindi, in un diverso modo di atteggiarsi della nullità: non più rimedio di fattispecie, bensì funzione, ossia in immediato rapporto di congruenza e corrispondenza con un determinato assetto di interessi. Essa, quindi, cessa di essere posta a presidio di un interesse pubblico e astratto, per divenire baluardo dell'interesse particolare delle parti ogniqualvolta la *ratio* dell'intervento normativo si ponga in tale direzione.⁵⁵

pag. 135, ad un rigido schematismo. Si va, infatti, dall'intransigenza liberista alla pianificazione economica, dall'illimitata autonomia del privato ad una sua semplice discrezionalità tecnica. V. KEYNES, *Fine del «laissez faire»*, in *Riv. Soc.*, 1971, pag. 667

50 PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 138

51 F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, _____, pag. 230

52 PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 145

53 V. ROPPO, *Contratti standard* _____, pag. 292

54 PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 147

55V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*

3.1 La legittimazione attiva e la convalida

A questo punto sembra opportuno scendere maggiormente nel dettaglio delle caratteristiche delle nullità anomale.

Esse, come si è già accennato, sono variegate, motivo, questo, per cui l'esame inizierà dall'unico carattere che pare comune⁵⁶ a tutte, la legittimazione relativa all'azione.

L'azione di nullità "codicistica", al contrario di quella di annullabilità è concessa ad una serie indeterminata di soggetti, purchè, naturalmente, portatori di uno specifico interesse alla rimozione dell'atto viziato: il carattere assoluto dell'azione di nullità, infatti, non esime dalla dimostrazione di un interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*

A tal proposito, parrebbe opportuno distinguere fra il concetto di interesse ad agire e quello di legittimazione, il primo riguardante la posizione giuridica in ordine alla quale si chiede la pronuncia giudiziale, il secondo, invece, la titolarità della posizione giuridica tutelata.

Come si è rilevato, però, il riferimento all'interesse di cui all'art. 1421 ha la funzione di connotare, ampliandola, la sfera dei legittimati attivi nel giudizio di nullità, sicché può dirsi che la legittimazione attiva in questo caso non coincide con la titolarità del rapporto giuridico discendente dal contratto invalido, bensì può derivare dalla titolarità di un rapporto giuridico diverso ma dipendente dal primo, tale per cui chi agisce, pur essendo estraneo al negozio invalido, ne subirebbe comunque gli effetti della pronuncia di accertamento.

Si tratterebbe, quindi, di un superamento del disposto di cui all'art. 1372⁵⁷ determinato dalla circostanza che in seguito alla conclusione di un

(a cura di S. MAZZAMUTO), Giappichelli, 2002, pag. 207

⁵⁶ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, ESI, 2010, pag. 116

⁵⁷ F. PECCENINI, *op. cit.*, pag. 165; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, pag. 572

contratto nullo non nascerebbe alcun vincolo negoziale fra le parti avente fra loro forza di legge e improduttivo di effetti verso terzi: anche questi ultimi, pertanto, potrebbero agire avverso gli eventuali pregiudizi derivanti dal contratto nullo.⁵⁸

Naturalmente l'interesse ad agire in nullità, ossia l'«*incertezza attuale, oggettiva e tale da recare o anche solo rendere possibile un pregiudizio, per cui la pronuncia di nullità si presenta come mezzo necessario per evitare il danno relativo*»⁵⁹ deve essere adeguatamente provato, non essendo *in re ipsa*.⁶⁰ Si tratterebbe, però, di un interesse diverso da quello ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.: e se così non fosse, invero, l'art. 1421 non costituirebbe nulla più che un pleonaso.⁶¹

Sembra, dunque, preferibile riferire la surrichiamata norma all'interesse sostanziale in grado di fondare la legittimazione ad agire, legittimazione che il legislatore ha voluto estendere ad una serie indeterminata di soggetti al fine di evitare che da una fattispecie viziata possano sorgere infondate aspettative di diritto ovvero situazioni in grado di ledere l'equilibrio dei traffici giuridici.

La possibilità di postulare una nullità relativa in senso proprio⁶² accanto a quella assoluta era stata avanzata già in tempi risalenti con riferimento, a titolo paradigmatico, all'alienazione non permessa di bene dotale, la cui nullità poteva essere fatta valere solo dai coniugi⁶³ (art. 190 c.c.), tuttavia la migliore dottrina manifestava una certa difficoltà nel concepire la figura. Si osservava, infatti, che sebbene lo stesso legislatore all'art. 1421 sembrasse ammettere quest'ultima, laddove disponeva la legittimazione assoluta all'azione “*salvo diverse disposizioni di legge*”, la

58 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 234

59 GUARNIERI _____, pag. 76

60 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 229

61 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 236

62 Il termine nullità relativa può essere inteso in quattro diverse accezioni, ossia con riguardo _____, ma come rilevato da TOMMASINI, _____ l'unica utilizzabile delle quattro è quella che riguarda i legittimati all'azione.

63 CARIOTA-FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Sefi, 1940, pag. 73

configurabilità di una nullità relativa sarebbe stata «*intimamente contraddittoria*». Invero, secondo tale dottrina postulare un contratto efficace per una sola delle parti, alla quale era preclusa la possibilità di impugnarlo e, invece, inefficace per l'altra o per altri terzi, legittimati all'impugnazione, avrebbe snaturato il concetto stesso di nullità del negozio, da intendersi quale improduttività di effetti rispetto ad entrambe le parti (*quod nullum est nullum producit effectum*): l'efficacia (riflessa) rispetto ai terzi sarebbe stata, fra l'altro, solo conseguenza di una più complessa fattispecie.⁶⁴

La possibilità che la validità del contratto potesse essere messa in discussione solo da una delle parti veniva, quindi, ricondotta al profilo della sua efficacia, nel senso che, mentre il giudizio di validità, attenendo al profilo statico del negozio, non poteva sfuggire alla secca alternativa “essere – non essere”; il giudizio sull'efficacia, invece, attenendo al profilo dinamico del negozio, avrebbe concesso di graduare diversamente gli effetti del negozio nei confronti delle parti.⁶⁵

La tenuta di tale opinione sembra, però, smentita dalla successiva normazione sia interna che di stampo comunitario, nonché dalla successiva riflessione dottrinale.

Sotto il primo profilo, infatti, va osservato che la stessa legislazione meno recente sembra conoscere la figura della nullità relativa: si può menzionare, in proposito, l'art. 21, l. 3 maggio 1982, n. 203 ai sensi del quale la nullità del subaffitto, subconcessione o sublocazione del fondo rustico può essere fatta valere dal solo locatore e, peraltro, entro un termine di decadenza di quattro mesi dal momento in cui ha avuto conoscenza del subcontratto.

Con riferimento, poi, alla legislazione di stampo comunitario, basta richiamate le sopracitate norme contenute nel TUB, TUF e Codice del

64 F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1989

65 FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, _____, pag. 161

Consumo⁶⁶ per avvertire un senso di incomponibile frammentarietà fra di esse e quanto, invece, disposto all'interno della disciplina contrattuale del codice civile: l'osservazione secondo la quale la nullità impone sempre l'inefficacia del contratto con riguardo ad entrambe le parti e la conseguente legittimazione assoluta all'azione non sembrano avere superato la prova dei tempi, almeno con riguardo a determinati settori.

Ridare il concetto di nullità all'inqualificazione giuridica del fatto e alla negazione degli effetti del contratto, infatti, si scontra inevitabilmente con i molteplici statuti della figura che, invece, implicano una rilevanza ed efficacia di esso variamente graduata: sembrerebbe più coerente con l'evoluzione normativa registratasi, quindi, considerare la nullità non inqualificazione del fatto, bensì disciplina (peculiare) degli effetti del negozio rilevante.⁶⁷

Stando così le cose, quindi, la previsione di nullità relativa andrà raccordata alla *ratio* normativa che presiede alla peculiare disciplina.⁶⁸

In particolare, e salvo quanto si osserverà nel prosieguo, non pare peregrino affermare che la previsione di una legittimazione limitata a far valere la nullità del contratto di cui alla legislazione extracodicistica di matrice comunitaria, persegua lo scopo di tutelare la parte debole del contratto.

Invero, se nelle normative che si sono richiamate la legittimazione a far valere la nullità del contratto non fosse limitata al solo contraente debole, si giungerebbe a consentire al contraente forte, cui nella maggioranza dei casi è ascrivibile la presenza del vizio, di porre nel nulla in qualsiasi momento il contratto: egli potrebbe, dunque, da una parte adoperarsi per stipulare un contratto a sé oltremodo vantaggioso e d'altra parte riservarsi in qualsiasi momento di fare valere il profilo d'invalidità del contratto così, in un certo senso, riservandosi la possibilità di recedere *ad*

66 V. *supra* § 3

67 BENEDETTI, *Negozio giuridico*, _____, pag. 88

68 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 182

nutum da esso.⁶⁹

Quanto detto necessita di ulteriori precisazioni.

Si prenda a titolo paradigmatico l'art. 127 TUB, norma di grande rilievo anche sistematico, dal momento che, posta nel testo unico della materia, si pone quale regola generale sia dei contratti bancari e finanziari che di quelli di credito al consumo. La norma, nell'esplicitare che le disposizioni del titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, dispone che solo a quest'ultimo spetta la legittimazione a far valere le ipotesi di nullità previste nel medesimo titolo.

Invero le cause di nullità previste nel Titolo VI (trasparenza delle condizioni contrattuali), così come quelle previste agli artt. 23, 24 e 30 TUF, sono affatto diverse da quelle contemplate dall'art. 1418 c.c., e da ricollegare, piuttosto, alla mancanza della forma scritta del contratto o al rinvio agli usi praticati su piazza. Il requisito della forma scritta, così come il divieto di rinvio agli usi praticati, assolve, però, in queste ipotesi la funzione di colmare, quantomeno in linea potenziale, il *deficit* informativo del cliente nei confronti dell'impresa bancaria.

Come si è rilevato, la scelta di di imporre l'elemento formale come requisito del contratto si inserisce in quella tendenza legislativa che è da una parte, volta a prescrivere la forma scritta per tutta una serie di operazioni poste in essere da soggetti meritevoli di una protezione particolare, e d'altra parte, volta ad imporre dei contenuti minimi da inserire nel contratto⁷⁰ al fine di realizzare gli interessi di una categoria di soggetti nei confronti di un'altra.⁷¹

Allo stesso modo, pure la nullità della clausola di rinvio agli usi persegue analoghe finalità di protezione e di trasparenza delle condizioni, essendo volta ad eliminare la «*situazione di assoluta opacità a carico del*

⁶⁹S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, ESI, 1994, pag. 81

⁷⁰ AA.VV., *op. cit.*, pag. 570

⁷¹ R. LENER, _____, 1996, pag. 226

cliente»⁷² dovuta all'indeterminabilità dell'oggetto del contratto.

Tali osservazioni paiono asseverate dal fatto che le riferite normative facciano sempre riferimento alla più ampia nozione di “cliente” piuttosto che a quella di consumatore: vi sarebbe, dunque, una *ratio* di tutela unitaria, che governa la materia, che prescinde dalla condizione o *status* del contraente e che risiede, invece, nello squilibrio strutturale insito ai rapporti con l'impresa bancaria o l'intermediario finanziario. Ulteriore indice dell'intento del legislatore di protezione del contraente debole potrebbe ricavarsi, ad esempio, dalla lettura del terzo comma dell'art. 118 TUB, a mente del quale le variazioni contrattuali che non siano state prese nel rispetto dei doveri informativi sono inefficaci se sfavorevoli al cliente.

Emerge da quanto detto che, se la nullità in questione non fosse azionabile solo da quest'ultimo, nulla potrebbe impedire alla banca ovvero all'intermediario finanziario, volendo fare un'esemplificazione, in un primo momento di stipulare verbalmente il contratto, così venendo meno al rispetto dei doveri informativi verso controparte contrattuale, ovvero di pattuire il rinvio agli usi per la determinazione degli interessi dovuti e, in un secondo momento, di invocare la nullità del contratto o della clausola così stipulati e porre nel nulla il negozio, con evidente disagio proprio del cliente, ossia del soggetto debole alla cui tutela è improntata la normativa in discorso.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento alla normativa consumeristica e, in particolare, all'art. 36 c. cons., disposizione che per la prima volta in modo espresso introduce nel nostro ordinamento il concetto di “nullità di protezione”.

La norma dispone che la nullità delle clausole considerate vessatorie e di quelle che, anche se oggetto di trattativa, abbiano per effetto “*escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del*

⁷² AA.VV., *op. cit.*, pag. 573

professionista; escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;” e, infine, “prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilita' di conoscere prima della conclusione del contratto”operi solo “a vantaggio del consumatore” e possa essere “rilevata d'ufficio dal giudice”.

È evidente anche in tale ipotesi l'intento di protezione del contraente istituzionalmente debole, il consumatore, che ha guidato il legislatore: se non fosse concesso solo a quest'ultimo il potere di invocare la nullità del contratto, ben potrebbe il professionista, dopo aver imposto l'adozione di clausole vessatorie, rivalutare la convenienza dell'affare e decidere di agire in nullità, così sostanzialmente equiparandosi l'azione ad un recesso *ad nutum*.

Parte della dottrina ha, tuttavia, evidenziato come, seppure la relatività dell'azione sia l'esito coerente di una corretta interpretazione della norma, essa non sia espressamente prevista. L'art. 36 afferma, infatti, che la nullità opera ad esclusivo vantaggio del consumatore, il che si traduce nella circostanza che la sentenza dichiarativa del vizio oltre a non far cadere l'intero contratto, lascia comunque intatto tutto ciò che non nuoce alle ragioni del consumatore. La norma sarebbe, dunque, l'affermazione della natura parziale della nullità e non della relatività della legittimazione, sebbene quest'ultima emerga a livello ermeneutico.⁷³

Sullo stesso filone può dirsi che si muove l'opinione che nega la relatività della legittimazione a fare valere la nullità ex art. 36 c.cons. a causa dell'asserita inconciliabilità fra restrizione della legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio del vizio: si sostiene, infatti, che stante il potere/dovere del giudice di rilevare il vizio, basterebbe al professionista allegarne in giudizio gli elementi costitutivi per realizzare il medesimo

73 A. GENTILI, *op. ult. it.*, pag. 1537

obiettivo che realizzerebbe con l'azione. Si sostiene, inoltre, ad ulteriore suffragio dell'assolutezza della legittimazione ad agire *ex art. 36*, che la sua limitazione si tradurrebbe in un trattamento iniquo nei confronti del professionista ogniqualvolta il consumatore, anziché agire per la declaratoria di invalidità del contratto, decidesse di agire per l'adempimento, sul presupposto della validità della clausola vessatoria: l'espressione “vantaggio del consumatore” sarebbe, dunque, un canone ermeneutico, come quello di buona fede, lungi dal rappresentare una limitazione della legittimazione ad agire.⁷⁴

Sebbene le surriferite opinioni siano sostenute molto autorevolmente, ad avviso di chi scrive essa non paiono pienamente condivisibile. È sicuramente incontestabile che il legislatore non sia ricorso a formule, delle quali pure ha fatto uso sia nel TUB e nel TUF che in altri luoghi normativi, del tipo “*la nullità può essere fatta valere solo dal cliente/consumatore*”, ma pare altrettanto vero che l'affermazione secondo la quale l'operatività della nullità sia rivolta ad esclusivo vantaggio del consumatore importi quale logica conseguenza che solo quest'ultimo abbia il vantaggio, rispetto alla controparte, di poter decidere se agire o meno. Non dovrebbe stupire, infatti, che il legislatore, affermando che la nullità opera solo a vantaggio del consumatore abbia voluto sancire l'intangibilità delle ragioni di quest'ultimo che si rivelano, da una parte nella necessaria parzialità della nullità, così rimanendo in vita tutto ciò di opportuno per lui e, d'altra parte, nella relatività dell'azione, così attribuendosi al consumatore la scelta del mantenimento in vita del contratto abusivo, ma del quale pure può trarre un'utilità, o la sua caducazione.

Anche il rilievo d'ufficio del giudice, sul quale ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione,⁷⁵ andrebbe, poi, esercitato in maniera coerente col vantaggio del consumatore, non operando laddove lesivo delle ragioni

⁷⁴ R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, 3, 1163

⁷⁵ V. *infra* § 3.2

di quest'ultimo.

Ulteriormente può osservarsi che nel momento in cui la nullità colpisce la singola clausola abusiva la legittimazione allargata a chiunque, ossia anche al professionista, non porrebbe il problema dell'alternativa fra convenienza dell'affare anche se abusivo e sua caducazione, in quanto oggetto di rimozione sarebbe esclusivamente la pattuizione sfavorevole al consumatore, tuttavia anche se posta la questione in questi termini, non pare potersi dubitare che la legittimazione *ex art. 36 c.cons.* sia relativa: se la nullità investisse l'intero contratto, infatti, si porrebbe la possibilità che il contraente forte decidesse di recedere dal contratto, agendo in nullità, ma se, invece, la nullità colpisce, come è effettivamente previsto, la singola clausola abusiva, ossia vantaggiosa per il solo professionista, la possibilità di agire in nullità per quest'ultimo sarebbe già in linea di principio preclusa, in quanto difetterebbe in lui l'interesse al quale l'art. 100 c.p.c. subordina l'azione. E proprio sulla base dell'interesse ad agire sembra potersi risolvere l'obiezione secondo la quale la legittimazione relativa sarebbe iniqua nei confronti del professionista, in quanto lo priverebbe della possibilità di paralizzare la pretesa del consumatore che invoca l'adempimento di una clausola vessatoria.

Semmai, ciò che pare potersi affermare è che l'infelice formulazione di cui all'art. 36 c.cons. rappresenti uno degli esiti più evidenti della sciatteria legislativa con la quale gli atti di matrice comunitaria vengono recepiti nel nostro ordinamento e che è causa del proliferare di un coacervo di norme, come emerge in modo lapalissiano proprio in punto di statuti di nullità, incompatibili fra loro. Pare davvero insostenibile, soprattutto successivamente a norme come quelle contenute nel TUB e nel TUF, che in materia consumeristica il legislatore abbia voluto sancire la legittimazione assoluta all'azione di nullità.

Si è visto come il tratto della legittimazione relativa sia comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione: questione diversa è capire, invece, se la

ratio della limitazione alla legittimazione risieda esclusivamente nella tutela dell'interesse del contraente debole perché, se così fosse, si finirebbe col realizzare un'equiparazione, al meno in punto di legittimazione, fra nullità di protezione a annullabilità.

Sul punto, e salvo quanto si osserverà nel prosieguo, pare opportuno anticipare sin d'ora come lo squilibrio avversato dalle normative in esame sia non di tipo eventuale, come, invece, quello fatto oggetto delle prescrizioni ex art. 1425 c.c., bensì di tipo strutturale. In particolare è la legge che attribuisce rilievo a tale sperequazione per la sua attitudine «*ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali*». ⁷⁶

La relatività della legittimazione, oltre ad essere comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione testuali, è anche la logica conseguenza della *ratio* di tutela da esse espressa. Questione diversa è, invece, capire se, posto che solo la parte debole è legittimata ad agire in nullità, ad essa spetti anche la facoltà di convalidare il contratto nullo.

L'art. 1423 c.c., che dispone la non convalidabilità del contratto nullo contiene una clausola di salvezza in un certo senso assimilabile a quella prevista all'art. 1421, in quanto detta convalida non è ammissibile «*se la legge non dispone diversamente*». È, quindi, compito dell'interprete indagare i confini di questa disposizione, dal momento che negare *tout court* ogni possibilità di convalida del contratto nullo finirebbe con lo svuotare di significato la lettera della legge⁷⁷: se il legislatore avesse voluto impedire ogni forma di convalida, sicuramente non avrebbe disposto così come ha fatto.

Il divieto di convalida del contratto nullo appare la logica conseguenza, come evidenziato dalla abbondante letteratura in materia, della irrilevanza del contratto nullo, e della mancata integrazione della

⁷⁶ G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 185

⁷⁷ S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, pag. 937

fattispecie⁷⁸: non pare possibile, infatti, che un atto successivo possa «attribuire rilevanza effettuale a quel che -l'atto nullo- fin dal suo sorgere risulta mancante di efficacia dispositiva»⁷⁹, sicché lo stesso art. 1423 sarebbe norma superflua, tale essendo predicare l'insanabilità di un atto originariamente inefficace.⁸⁰

Tale conclusione apparirebbe, poi, confermata anche dalla circostanza che la nullità (quantomeno quella codicistica) sia posta a presidio di interessi generali⁸¹, sottratti alla disponibilità delle parti, e sia, pertanto, azionabile da chiunque ne abbia interesse⁸²: se fosse rimesso alla discrezionalità di una delle parti disporre, in un certo senso, la “riviviscenza” del contratto nullo, da una parte, si metterebbe a repentaglio l'intero sistema dei traffici e delle contrattazioni⁸³ e, d'altra parte si andrebbe ad inferire un *vulnus* al sistema delle invalidità così come disegnato nel codice.

A quest'ultimo proposito si è, infatti, sottolineato come l'attuale codice, al contrario di quello previgente, abbia contribuito ad apportare una linea di demarcazione, in punto di rimedi, fra inefficacia e invalidità, distinguendo, poi, nell'ambito di quest'ultima categoria, fra nullità e annullabilità.

Si è collocata, infatti, la ratifica, rimedio contro l'inefficacia originata da un atto non giustificato che non si pone, però, contro una norma imperativa, nel solo ambito della rappresentanza e della gestione di affari altrui; convalida e rettifica sono state, invece, disposte a solo rimedio dell'annullabilità, mentre per la nullità si sono previste la conversione, la conferma e l'esecuzione volontaria (artt. 590 e 799 c.c.).⁸⁴

78 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 190

79 S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007, pag. 78

80 S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pag. 17; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pag. 36

81 R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, _____, 486

82 M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, IV, Rimedi-1, diretto da V. ROPPO, 2006, pag. 137

83 M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 137

84 M. FRANZONI, *Sub art. 1423 - 1424c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) Scialoja – Branca, Zanichelli, 1998, pag. 183

E proprio queste due ultime figure, ossia la conferma e l'esecuzione volontaria del testamento e della donazione nulli, sarebbero state considerate quali uniche ipotesi eccezionali di convalida di un atto nullo, in conformità alla clausola di salvezza di cui all'art. 1423⁸⁵, dal momento che in questi casi si attribuisce rilevanza al comportamento del soggetto legittimato ad agire in giudizio, incompatibile con quest'ultima facoltà.

Ed, in effetti, le affinità fra le due figure non mancano, in quanto entrambe sono distinte dai sottostanti atti viziati e possono realizzarsi anche tacitamente, entrambe presuppongono la consapevolezza del vizio che inficia il contratto ed entrambe, infine, determinano un effetto conservativo.⁸⁶

Si tratta, tuttavia, a ben vedere, di ipotesi diverse dalla convalida, dal momento che in questi casi manca quell'identità, tipica della figura, fra l'autore dell'atto invalido e l'autore di essa. Inoltre, la conferma sarebbe priva di efficacia sanante, in quanto non precluderebbe la successiva iniziativa di altri soggetti legittimati ad agire in giudizio, al contrario di quanto avviene, invece, una volta che si sia convalidato l'atto invalido.⁸⁷

Fatte queste preliminari osservazioni a proposito della *ratio* del divieto di convalida del contratto nullo e dell'impossibilità di considerare tale la conferma, pare opportuno tornare al quesito che ci si era posto in precedenza, ossia quello di indagare se la clausola di salvezza di cui all'art. 1423 non permetta, in considerazione della loro particolarità, di ritenere convalidabili le diverse ed eterogenee ipotesi di nullità speciali che si sono viste.

Nella legislazione di matrice europea, invero, le differenze fra nullità e annullabilità paiono sempre più sfumate, potendosi predicare con

85 G. GIACOBBE, *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pag. 479

86 M. FRANZONI, *op. cit.*, pag. 185

87 S. POLIDORI, *op. cit.*, pag. 939 e v. anche M. FRANZONI, *op. cit.*, pag. 186 secondo il quale ulteriori caratteri anche se non decisivi della differenza fra le due figure risiederebbe nel fatto che mentre la convalida è una prerogativa generale dell'annullabilità, la conferma di cui agli artt. 590 e 799 c.c. oltre ad inerire ai soli atti nulli e non annullabili, avrebbe natura eccezionale.

sufficiente grado di certezza che le uniche caratteristiche della nullità, comuni anche alle ipotesi speciali, siano l'imprescrittibilità dell'azione e la rilevabilità d'ufficio del vizio⁸⁸. E persino lo stesso dogma dell'insanabilità del contratto nullo non pare insensibile a tale vicenda, sia pure nei limiti dell'azione e della rinuncia ad essa: si è osservato, infatti, che la legge, laddove ha voluto evitare tale disponibilità lo ha fatto espressamente⁸⁹, come è avvenuto, a titolo esemplificativo, all'art. 10, d.lgs. 50/1992.

Si è osservato, invero, che la convalida del contratto annullabile è strettamente collegata alla legittimazione relativa all'azione sicché, ragionando in termini sillogistici, le ipotesi di nullità relativa, dettata a protezione di uno dei contraenti, sarebbero passibili di convalida⁹⁰: la *ratio* sottesa alle due vicende sarebbe, fra l'altro la medesima, ossia che il contraente a tutela del quale è prevista la causa di invalidità, possa con un atto successivo, e consapevole del vizio, optare per il mantenimento del vincolo contrattuale qualora quest'ultimo continui a rispondere ad un suo interesse: invero, se questo scopo può essere perseguito dal contraente, astenendosi dall'agire in giudizio, non si vede per quale ragione esso non potrebbe essere perseguito attraverso la convalida, purchè ne ricorrano, beninteso, i requisiti di cui all'art. 1444 c.c., ossia di libertà del volere e consapevolezza.⁹¹

La tesi della convalida della nullità speciale non è, comunque, accolta senza riserve da chi pure la sostiene. Invero, si osserva, traendo spunto dalla disciplina della rescissione, che in quelle ipotesi in cui si prevede come rimedio una nullità relativa perché si è realizzato uno squilibrio contrattuale, frutto di un abuso contrario a buona fede di una delle parti, come avviene a titolo paradigmatico a proposito dei rapporti fra consumatore e professionista o dell'abuso di dipendenza economica,

88 S. POLIDORI, *op. cit.*, pag. 934

89 A. DI MAJO, *op. cit.*, 56

90S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, ESI, 1994, pag. 66

91S. POLIDORI, *op. ult. cit.*, pag. 90

andrebbe esclusa la possibilità di convalida, in quanto essa si porrebbe in contrasto con i principi di solidarietà, ragionevolezza e proporzionalità. Al contrario, la convalida sarebbe sempre ammissibile in quei casi in cui la nullità è preposta a tutela di un livello di protezione antecedente allo squilibrio e funzionale alla prevenzione di esso: si tratterebbe di quelle ipotesi in cui l'invalidità deriva da un requisito di struttura o di contenuto del contratto come avviene, a titolo esemplificativo, in tutti quei casi in cui requisiti formali sono posti a tutela della trasparenza contrattuale.⁹²

Naturalmente, ammettere la convalida del contratto nullo in tali ipotesi speciali finisce con l'urtare irrimediabilmente col dogma dell'inefficacia del contratto nullo, dovendosi inevitabilmente postulare un'efficacia, ancorché interinale, di quest'ultimo.

Tale soluzione non pare, però, soddisfacente, intanto perché si finirebbe con l'imporre al contraente debole l'onere di attivarsi per ottenere la caducazione della clausola nulla temporaneamente efficace e poi perché si andrebbe a legittimare l'affidamento su di una situazione precaria⁹³. Non solo, ma anche la rilevabilità officiosa del vizio pare inconciliabile con l'efficacia del negozio nullo.⁹⁴

Più consona a conciliare il dogma dell'inefficacia del contratto nullo con la possibilità di una sua convalida, sarebbe, quindi, ascrivere la nullità relativa a quei casi c.d. di nullità sospesa o pendente in cui una fattispecie inizialmente dotata di inefficacia assoluta si consolida per il sopravvenire di un elemento ulteriore, la convalida, che ne sana il vizio *ex tunc*.⁹⁵

Così configurando la nullità speciale, si è detto, non si porrebbero problemi all'applicazione del rimedio di cui all'art. 1444 c.c. Ed, anzi, si sostiene, quest'ultimo avrebbe un ruolo fondamentale per una più auspicabile composizione stragiudiziale delle liti sorte intorno al contratto:

92 S. POLIDORI, *Nullità relativa cit.*, pag. 949

93 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 438

94 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 439

95 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 443

il contratto potrebbe ritenersi consolidato ove si provasse la volontà, espressa per via negoziale, di volersene valere malgrado la presenza del vizio, essendo necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria solo allo scopo di accertare, se del caso, l'avvenuta invalidazione del negozio.⁹⁶

Ed, invero, ad avviso di chi scrive, il carattere dell'inefficacia pare un *proprium* anche della nullità di protezione: l'art. 1469 *quinquies*, il cui testo è stato pressoché trasposto nell'attuale art. 36 cod. cons. sanzionava, infatti, proprio con l'inefficacia le clausole vessatorie. Il fatto che la nuova formulazione della norma parli, invece, di nullità non pare dover indurre l'interprete ad ascrivere al rimedio caratteri diversi da quelli che lo hanno caratterizzato.

A ciò si potrebbe obiettare che quella disciplinata all'art. 36 cod. cons. è solo una delle ipotesi di nullità “anomale”, sicché quanto osservato potrebbe non valere per le altre figure. Tuttavia, la nullità di protezione consumeristica pare essere nella *mens legis* il paradigma del rimedio e, pertanto, l'indagine volta a costruire la sua disciplina, dovrebbe prendere tale norma come punto di partenza.

Fra l'altro, anche la lettura del terzo comma dell'art. 118, TUB sembra suffragare tale tesi, dal momento che sanziona proprio con l'inefficacia la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali non specificamente approvata dal cliente, se a lui sfavorevole. Non v'è chi non veda come tale norma si ponga a tutela di quest'ultimo con un dettato assai assimilabile a quello della nullità di protezione: in questo senso, dire che la variazione contrattuale sia nulla, piuttosto che inefficace, parrebbe, alla fine, la medesima cosa.

La tesi dell'incompatibilità della convalida con la nullità di protezione, oltre all'argomento fondato sulla radicale inefficacia di quest'ultima, trova, poi, ulteriore conferma sulla base di diverse osservazioni che sono state formulate dalla dottrina che si è espressa, dando risposta pressoché negativa

⁹⁶ M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 443

al quesito⁹⁷.

Può osservarsi, in primo luogo, come per mezzo della convalida si attribuisca al soggetto ad essa legittimato un diritto potestativo idoneo ad incidere in modo «*reale e retroattivo sulla posizione dei terzi interessati*»⁹⁸, il cui interesse alla certezza dei traffici giuridici si ritiene debba prevalere su quello della parte protetta dalla previsione di nullità relativa.

In secondo luogo, la stessa *ratio* protettiva di a queste previsioni di nullità sarebbe frustrata qualora si ammettesse la convalida del contratto invalido: la parte debole del contratto, sotto le pressioni dell'altra, potrebbe essere indotta a convalidarlo, così precludendosi la possibilità di agire in giudizio per farne dichiarare l'invalidità in un momento successivo e così frustrando, quindi, lo scopo del legislatore.⁹⁹

Inoltre, la correlazione che sia attua fra la legittimazione relativa all'azione di annullabilità e la convalida non pare potersi riproporre con riferimento alla legittimazione relativa di cui alle nullità di protezione. In quest'ultimo caso, infatti, si registra una stretta compenetrazione fra interessi particolari e generali, tali per cui la legittimazione all'azione è riservata al singolo contraente quale esponente di una più ampia categoria protetta e alla quale non può conseguire, pertanto, la completa disponibilità del rimedio, propria, invece, della convalida.¹⁰⁰

Inoltre, neppure convincente appare ipotizzare, come pure si è fatto con specifico riferimento alle clausole vessatorie¹⁰¹, che una trattativa posteriore alla formazione del contratto possa sanare la nullità della clausola.

Infatti, se, come si è detto, la clausola nulla nasce inefficace, non pare possibile che una trattativa successiva possa farla, in un certo senso, “rivivere”. Ciò che il legislatore ha voluto sanzionare con la nullità è

97 M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 138

98 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 196

99 A. GENTILI, *Le invalidità cit.*, pag. 1542

100 M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 139; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 201

101 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 458

proprio l'inserimento della clausola in assenza di trattativa, sicché, una volta che ciò sia già avvenuto, la fattispecie prevista, al realizzarsi della quale viene ricollegata la nullità, si è già consumata. Piuttosto, la circostanza che all'inserimento di una clausola vessatoria segua una trattativa, potrebbe apparire quale nuova fattispecie contrattuale che va a sostituire quella precedente nulla: ma si tratta di un rimedio diverso dalla convalida e che attiene, piuttosto, al principio di conservazione del contratto nullo assimilabile, piuttosto, se proprio si vuole trovare un'assonanza con altri rimedi tipici avverso la nullità, alla rinnovazione.

3.2 La rilevabilità d'ufficio

Questione diversa dalla precedente, e strettamente connessa a quella della relatività della legittimazione ad agire è la possibilità di predicare, pure per la nullità di protezione, la caratteristica della rilevabilità officiosa, come prevista *ex art.* 1421 c.c. In questo senso depongono, fra l'altro, diversi indici normativi, quali, a titolo esemplificativo gli artt. 36, 36 *octies decies* e 134 cod. cons.

Questo essendo l'attuale quadro normativo di riferimento, all'interprete si pongono almeno due ordini di questioni: in primo luogo, laddove la legge espressamente ammetta il rilievo officioso, quella di raccordare quest'ultimo con la circostanza che la nullità di protezione è caratterizzata dalla legittimazione relativa del solo contraente nel cui interesse è prevista la nullità; in secondo luogo, poi, quella di capire, nel silenzio della legge, se il rilievo d'ufficio possa essere considerato, come la legittimazione relativa, una caratteristica propria e indefettibile di tutte le ipotesi di nullità di protezione. Deve, infatti, rilevarsi che diverse ipotesi normative di nullità "speciale" tacciono con riguardo alla rilevabilità d'ufficio del vizio, come avviene, a titolo esemplificativo agli artt. 67 *septies decies* cod. cons.; 23, 24 e 30 del TUF.

Tradizionalmente, si è osservato come la rilevabilità d'ufficio della

nullità sarebbe espressione del carattere assoluto di essa, nonché presidio di un interesse generale¹⁰², identificato in quello di rimuovere una situazione di incertezza circa l'esistenza o l'efficacia del negozio: al fine di evitare, infatti, che si creino situazioni di affidamento su negozi improduttivi di effetti e il cui vizio può essere sollevato da ogni interessato e in qualsiasi momento, si legittima il giudice ad un intervento ablativo di tale situazione di incertezza.¹⁰³ Si tratta, però, di un'impostazione fondata, per i motivi che si vedranno nel prosieguo della trattazione, su di una lettura acritica dell'istituto, che non tiene conto delle peculiarità della disciplina codicistica oltre che di quelle settoriali.¹⁰⁴

Deve, fra l'altro, rilevarsi come la giurisprudenza abbia interpretato restrittivamente il dettato di cui all'art. 1421 c.c.

Sono infatti molteplici le pronunce secondo le quali detto rilievo potrebbe operare solo laddove sia stata proposta una domanda di adempimento del contratto o che comunque presuppone la sua validità: il giudice dovrebbe, infatti, vagliare la sussistenza delle condizioni dell'azione. Al contrario, qualora l'azione sia stata promossa per ottenere la risoluzione del contratto ovvero la sua caducazione per una causa diversa dalla nullità (come l'azione di rescissione o annullabilità), detto rilievo sarebbe precluso, ostandovi il principio dispositivo e quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c.¹⁰⁵

Come si è giustamente osservato, però, tale orientamento, alla base del quale starebbe l'idea secondo la quale il rilievo officioso sarebbe

102 M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 87

103 F. PECCENINI, *Sub artt. 1421-1422 c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) SCIALOJA – BRANCA, Zanichelli, 1998, pag. 163. Come, però, rileva G. FILANTI, *Nullità cit.*, pag. 9, il concetto di incertezza acquista una qualche rilevanza solo nel momento in cui venga concretizzata attraverso le contestazioni di controparte.

104 M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Cedam, 2004, pag. 105

105 *Ex multis* Cass. 29 luglio 2008, n. 20560; Cass. 6 ottobre 2006, n. 21632; Cass. 20 ottobre 2004, n. 20548; Cass. 7 maggio 1993, n. 5276; Cass. 11 marzo 1988, n. 2398

ammissibile solo quando il giudice è tenuto ad “applicare” il contratto,¹⁰⁶ sarebbe incoerente con la logica del sistema nella misura in cui pure la pronuncia di risoluzione, al pari di quella che dichiara l’annullabilità o la rescissione, postula un accertamento circa la validità del contratto: l’inefficacia originaria di esso, dovuta alla nullità, rende superflua, infatti, ogni altra pronuncia ablativa di esso¹⁰⁷.

Non deve, quindi, stupire se da tale maggioritario e pressochè unanime orientamento si siano discostate alcune recenti pronunce in base alle quali l’accertamento officioso non troverebbe limitazioni di sorta, essendo finalizzato alla verifica della sussistenza o meno degli elementi costitutivi della pretesa attorea: non avrebbe alcuna differenza, da questo punto di vista, che l’azione sia stata proposta per ottenere l’adempimento, ovvero la risoluzione, ovvero, ancora la rescissione o annullabilità del contratto: la nullità del negozio, infatti, escluderebbe che da esso possa essere sorto qualsiasi diritto o potestà.¹⁰⁸

Come si vede, se anche di fronte ad una norma come l’art. 1421, la cui portata applicativa dovrebbe apparire lampante, non mancano le questioni interpretative, maggiormente problematico risulta coordinare il rilievo d’ufficio con questa nullità di protezione *in fieri*, caratterizzata dalla legittimazione relativa e dall’essere prevista, almeno in prima battuta, quale forma di tutela di uno dei contraenti.

Invero, si è già osservato come caratteristica propria della nullità di protezione sia la possibilità di poter essere azionata esclusivamente dal contraente nel cui interesse essa è stata prevista, ossia la parte “debole” del contratto. Tale peculiarità di disciplina, che avvicina la figura in discorso a quella dell’annullabilità, assolve indubbiamente ad una finalità di protezione e di tutela della libertà contrattuale della parte. Quest’ultima

106F. PECCENINI, *op. cit.*, pag. 174

107 MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d’ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pag. 669

108 Cass. 15 settembre 2008, n. 23674; Cass. 2 aprile 1997, n. 2858. In proposito, cfr. anche Cass. 5 novembre 2009, n. 23468 che rileva l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto

rimane, infatti, libera di scegliere se agire per la caducazione della pattuizione abusiva ovvero mantenerla in vigore qualora, in un'ottica di bilanciamento degli interessi in gioco, dovesse ritenerla comunque utile.

Tale meccanismo rischierebbe di risultare frustrato proprio dall'operatività del rilievo d'ufficio.

Infatti, dal momento che il giudice è chiamato a pronunciarsi *ex officio* sulla nullità di una determinata clausola, il solo fatto che il contratto viziato sia stato sottoposto al suo vaglio, anche per ottenere una pronuncia diversa da quella dichiarativa della nullità, dovrà indurlo a dichiararla.

È chiaro come, stando così le cose, l'azione cessa di essere nella disponibilità del contraente protetto per essere affidata ad altri soggetti: il giudice e anche, eventualmente, la parte "forte" del contratto.

Basta un esempio per chiarire la situazione. Si potrebbe porre il caso di un contratto che presenti delle clausole abusive, ma all'adempimento del quale il consumatore abbia comunque interesse: per sottrarsi all'adempimento, il professionista potrebbe allegare in giudizio tutti gli elementi costitutivi dell'abuso, sicché il giudice sarebbe chiamato a pronunciare *ex officio* la nullità del predetto contratto, con ciò vanificando l'impianto di tutela -a favore della parte debole del contratto- offerto dal meccanismo della nullità di protezione.

Stando così le cose all'interprete si offrono due alternative: una, per così dire, *destruens* volta alla dimostrazione del carattere meramente pleonastico del richiamo alla rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, e un'altra, che potremmo definire *construens*, fondata sulla valorizzazione della finalità protettiva e sulla conservazione del dettato legislativo.

Con riferimento alla prima opzione interpretativa deve rilevarsi come la dottrina, soprattutto prima dell'introduzione della normativa sulle clausole vessatorie, abbia sovente manifestato delle perplessità in ordine alla compatibilità del rilievo d'ufficio con la legittimazione ristretta

all'azione di nullità.

Se, infatti, si ritiene che il rilievo d'ufficio abbia lo scopo di evitare che attraverso la mancata eccezione di parte si venga a formare un «*indice caduco costituito dal giudicato sulla validità dell'atto*»¹⁰⁹ validità, questa, che potrebbe poi essere messa in discussione senza limitazioni temporali, allora il fatto che, a causa della legittimazione relativa all'azione sia, invece, precluso ai terzi interessati, che non sono stati parti del giudizio e non hanno, quindi, subito gli effetti del giudicato, far valere il vizio, renderebbe del tutto superfluo predicare la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione.¹¹⁰

Anche più recentemente si è messo in discussione l'opportunità del binomio legittimazione relativa/rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione. Partendo dal rilievo secondo cui la legittimazione relativa potrebbe condurre a risultati iniqui nei confronti del professionista, laddove, ad esempio, il consumatore agisse per l'adempimento di un contratto iniquo e non fosse possibile farne valere la nullità sia da parte del professionista, non essendovi egli legittimato, sia da parte del giudice, in quanto il rilievo pregiudicherebbe le ragioni della parte "debole", si giunge, allora ad escludere la legittimazione ristretta a far valere la nullità, a favore della piena operatività del rilievo officioso. Stando a tale linea interpretativa, pertanto il "vantaggio del consumatore" sarebbe un semplice canone ermeneutico, insieme con il "significativo squilibrio delle prestazioni" e la buona fede *ex art. 36 cod. cons.*¹¹¹

Il concetto di vantaggio del consumatore sarebbe, infatti, talmente vago e atecnico da non poter indurre l'interprete a costruirvi la

109 G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, 1983, pag. 139

110 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 188, il quale ha, però, cambiato la propria opinione, finendo per ammettere la possibile coesistenza della legittimazione relativa all'azione e del rilievo d'ufficio, dopo l'introduzione della dir. 93/13/CE sulle clausole vessatorie. In proposito si rimanda a ID, *Commento agli artt. 36, commi 1°, 3°, 4°, 5° e 38*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, Cedam, 2007, pagg. 384 ss.

111 R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, 3, pag. 1164

legittimazione relativa all'azione, a discapito di un altro concetto meglio definito come quello della rilevabilità d'ufficio. E, invero, ciò non frustrerebbe la finalità protettiva della norma in quanto la tutela di una delle parti non può spingersi sino all'ingiustificata sanzione del comportamento dell'altra; non solo, ma si rileva come la finalità di tutela della parte debole non sia l'unica che ispira tale normativa, sicché andrebbe presa in considerazione anche la tutela degli scambi e il buon funzionamento del mercato, interesse, questo, addirittura sovraordinato a quello del consumatore e che giustifica da una parte il rilievo d'ufficio e d'altra parte la legittimazione all'azione di nullità di chiunque vi abbia interesse.¹¹²

Proprio quello dell'interesse sotteso alla nullità di protezione, se generale o del singolo, è un altro degli argomenti che si potrebbero offrire a sostegno della tesi dell'incompatibilità fra legittimazione relativa e rilievo officioso. Quest'ultimo, infatti, sarebbe ammissibile solo a fronte di un interesse generale sotteso alla norma, come è quello al buon funzionamento del mercato, mentre la legittimazione relativa è l'espressione dell'interesse del singolo alla rimozione di una situazione viziata, come è quello della parte debole del contratto a che l'altra parte non imponga attraverso la propria forza contrattuale un regolamento di interessi iniquo.

Sempre su questa linea di pensiero si attesta, poi, il rilievo secondo il quale sarebbe proprio l'art. 112 c.p.c. ad ostare alla rilevabilità d'ufficio di tale forma di invalidità, in quanto la nullità di protezione sarebbe ricompresa fra quelle "*eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti*" e che non sono rilevabili *ex officio*.

E, quindi, delle due l'una: o si ammette che la nullità di protezione sia azionabile solo dal contraente protetto, e allora si giunge ad escluderne la rilevabilità d'ufficio, trattandosi di rimedio nella disponibilità di una soltanto delle parti del contratto, ovvero, una volta ammessa la rilevabilità officiosa, si deve escludere che la legittimazione all'azione sia relativa e si

112 R. QUADRI, *op. cit.*, 1166

deve concludere con l'ammettere che essa spetti a chiunque vi abbia interesse.

E tuttavia, è doveroso evidenziare due dati, uno connesso all'altro.

In primo luogo, il giurista non dovrebbero perdere il riferimento offerto dal dato testuale dalle norme, nonché dallo scopo avuto di mira dal legislatore che sempre più spesso si traduce in una normazione confusa e poco precisa.

Pare evidente che il legislatore, quando ha fatto ricorso ad espressioni quali *“opera a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio”* (art. 36 cod. cons) ovvero *“operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice”*(art. 127 TUB), abbia sicuramente voluto ammettere la rilevabilità d'ufficio, ma anche la possibilità che *dominus* del rimedio sia una delle parti. Infatti, l'uso della congiunzione “e” fra le due opzioni starebbe proprio a significare la coesistenza dei rimedi e non solo il fatto che la rilevabilità officiosa debba operare a vantaggio del consumatore.

Semmai, problema ulteriore è quello di rendere operativo tale impianto attraverso un congruente raccordo delle norme processuali e con quelle sostanziali.

In secondo luogo, poi, deve tenersi a mente che, nel momento in cui si parla di nullità di protezione, si sta facendo riferimento ad una forma di nullità “atipica”, diversa per finalità e contenuto da quella codicistica, e la cui disciplina non pare essere uniforme: ciò dovrebbe, dunque, indurre l'interprete a “modulare” la disciplina esistente in relazione alle nuove istanze di tutela di cui si è fatto portatore il legislatore.

Per queste ragioni, quindi, non sembrano condivisibili i rilievi che si sono esposti a proposito dell'incompatibilità del rilievo officioso della nullità di protezione con la restrizione della legittimazione all'azione.

Invero, come si è giustamente osservato, azionabilità della nullità da parte di qualsiasi interessato e rilevabilità d'ufficio di essa sono regole

autonome e affatto connesse che si ricavano da una lettura critica dell'art. 1421, tanto è vero che lo stesso art. 2379 in tema di nullità di delibere assembleari, nel disciplinare al primo comma la legittimazione assoluta all'azione e al secondo comma la rilevabilità d'ufficio evidenzia l'autonomia esistente fra i due rimedi. Ciò è tanto più vero se solo si riflette sulla circostanza che mentre la rilevabilità d'ufficio è manifestazione dell'interesse dell'ordinamento alla rimozione di un determinato atto, interesse sottratto alla disponibilità del singolo, al contrario la legittimazione relativa risponde proprio all'interesse di rendere la parte padrona dell'efficacia del negozio¹¹³. Si tratterebbe, quindi, di rimedi rispondenti a logiche e finalità diverse, sicché non se ne può parlare in termini di conseguenza dell'uno dall'altro.

La circostanza che assolutezza e rilevabilità nella maggior parte dei casi coesistano deriva dal fatto che la nullità è disposta per carenze dell'atto talmente gravi da renderlo inidoneo *ab initio* alla produzione di qualsiasi effetto, mentre qualora la nullità discenda da cause diverse da vizi strutturali la legittimazione relativa può coesistere con la rilevabilità officiosa «*ove sussista l'interesse dell'ordinamento a sovrintendere alla tecnica rimediale*».¹¹⁴

Invero, proprio la più recente normazione di matrice europea evidenzia come vi sia una sovrapposizione fra l'interesse generale al buon funzionamento del mercato, tale da giustificare la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, con quello del singolo a non essere pregiudicato dalla clausola iniqua che giustifica, invece, la limitazione della legittimazione ad agire.¹¹⁵

Ma proprio la tutela del contraente debole, che poi, è il punto di partenza dell'equilibrio degli scambi, si realizza più agevolmente proprio ammettendo la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione. Da questo

113 M. C. VENUTI, op. cit., pag. 106

114 M. C. VENUTI, op. cit., pag. 107

115 M. C. VENUTI, op. cit., pag. 112

punto di vista, infatti, sembra doveroso valorizzare il ruolo di supplenza rivestito dal giudice rispetto all'attività difensionale della parte la cui debolezza è ipotizzabile anche in sede processuale: essa, invero, potrebbe essere dissuasa dal far valere il vizio che inficia il contratto proprio perché in una situazione di soggezione, anche psicologica, rispetto all'altro contraente.¹¹⁶

Sembrerebbe, quindi, preferibile aderire alla prospettazione secondo la quale la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione non risponde alla tutela di interessi generali, quanto, piuttosto alla tutela della singola parte debole del contratto¹¹⁷, prospettazione, questa, fatta propria dalla più recente giurisprudenza comunitaria¹¹⁸ e che risulta troncante delle obiezioni mosse alla compatibilità del rilievo d'ufficio con la legittimazione relativa e di cui si è detto.

Come, poi, osserva la più recente dottrina¹¹⁹, fra l'altro, il problema del coordinamento fra i due rimedi si risolve agevolmente in sede giudiziaria.

Invero, una corretta interpretazione dell'art. 183 c.p.c. sarebbe in grado di garantire che l'intervento del giudice non sia pregiudizievole nei confronti del consumatore.

Come è stato rilevato¹²⁰, infatti, la norma attribuisce al giudice la possibilità di indicare, alla prima udienza, le questioni rilevabili d'ufficio e delle quali ritiene opportuna la trattazione, sicché il consumatore o comunque la parte debole del contratto, che non avesse agito per la

116 M.P. MANTOVANI, Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori, in *Obbl. e contr.*, 2010, 6, pag. 448; S. MONTICELLI, Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali, in *Giust. civ.*, 2003, pag. 296

117 A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatori età delle clausole*, in *Eu. dir. priv.*, ____, pag. 1183

118 V. nota supra

119 M. C. VENUTI, *op. cit.*, pag. 108; S. POLIDORI, *op. cit.*, pag. __; M. MANTOVANI, *op. cit.*, __; M. GIROLAMI, *op. cit.*, __; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, pag. 858

120 S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. Priv.*, 2002, 4, pag. 690

declaratoria di nullità della clausola, avrebbe comunque la possibilità di essere messo in condizione di sapere della possibile declaratoria di invalidità del contratto: sarebbe la parte unica legittimata all'azione, a questo punto, a decidere se, malgrado l'invalidità, continuare ad avvalersi della clausola, oppure no. Se, infatti, il contraente protetto manifestasse il proprio interesse al mantenimento della clausola invalida sarebbe precluso il rilievo d'ufficio di essa perché, così facendo, si rischierebbe di frustrare l'interesse del consumatore.

Il giudice, a fronte della clausola abusiva, avrebbe sempre il dovere di rilevarla e non una mera facoltà: tuttavia, la valutazione della convenienza della sua rimozione rimane sempre nella sfera decisionale della parte, sicché il giudice non potrebbe mai omettere il rilievo officioso sulla scorta della considerazione che ciò pregiudicherebbe il consumatore. È solo quest'ultimo, quindi, arbitro della declaratoria di invalidità della clausola.¹²¹

Una volta concluso nel senso della possibile compatibilità del rilievo d'ufficio della nullità con la legittimazione relativa, sembra doveroso interrogarsi sul secondo quesito che si era posto all'inizio del paragrafo, ossia quale regime predicare con riferimento alla rilevabilità d'ufficio del vizio qualora la norma taccia al riguardo.

Si potrebbe osservare in proposito che col termine “nullità di protezione” si fa riferimento ad ipotesi normative eterogenee fra loro quanto alla disciplina, ma non quanto alla finalità di tutela nei confronti di una delle parti¹²² e pertanto il fatto che non sia espressamente previsto il rilievo officioso non dovrebbe indurre l'interprete ad escluderlo. Si è già visto, infatti, come esso risponda anche all'interesse di tutela di una delle parti e non solo a quello generale alla rimozione di situazioni di incertezza.

Differenze come quelle presenti, a titolo esemplificativo, fra gli artt. 67

121 S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, pag. 691 e F. DI MARZIO, *op. cit.*, pag. 858 il quale però puntualizza che il rilievo officioso sarebbe sempre precluso ove ne dovesse derivare la nullità totale del contratto.

122 In proposito V. più ampiamente infra § 5

septies decies che prevede la rilevabilità d'ufficio e *67 octies decies* che tace, invece, al riguardo, sono semmai la lampante dimostrazione di come il legislatore non sia stato in grado di apprestare una disciplina unitaria delle diverse ipotesi di nullità accomunate dalla medesima *ratio* protettiva.¹²³

Sembrerebbe doversi ritenere, pertanto, che un'altra delle qualità di tale forma di nullità "atipica" la quale contiene al suo interno tratti caratteristici dell'annullabilità come la legittimazione relativa all'azione, sia, appunto, la rilevabilità d'ufficio "qualificata". Con ciò si intende che la caducazione della clausola nulla conseguente al rilievo officioso -che è atto doveroso del giudice- è subordinata all'interesse e ad una manifestazione di interesse in tal senso della parte debole del contratto.

3.3 La parzialità e la sostituzione

Infine, per completare questa breve disamina sulle caratteristiche e sul modo di operare della nullità anomala "di protezione", deve prendersi in esame il profilo della sua incidenza sull'intero contratto ovvero sulla singola clausola invalida. Può, comunque, anticiparsi sin d'ora che dall'esame delle varie ipotesi testualmente previste di nullità di protezione, emerge come caratteristica costante la sua parzialità, sicché ciò che, semmai, sembra doversi indagare è se tale parzialità presenti le medesime caratteristiche e operi sulla base degli stessi presupposti di quella prevista all'art. 1419 c.c.

Quest'ultima norma, ispirata al principio di conservazione del contratto,¹²⁴ prevede, invero che la nullità della singola clausola possa non estendersi e, quindi, portare alla caducazione dell'intero negozio, in presenza di due condizioni alternative fra loro: se risulta che i contraenti avrebbero concluso ugualmente il contratto a prescindere dall'esistenza della singola pattuizione invalida: il che equivale a dire che essa non è essenziale ovvero, inoltre, se la clausola nulla è sostituita da norme

¹²³ M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 359

¹²⁴ F. Galgano, Tratt. _____, pag. 379

imperative.

Si tratta, tuttavia, di due diversi meccanismi di salvezza del contratto, incentrati, il primo, su di un'indagine della volontà, anche ipotetica dei contraenti, e il secondo sul meccanismo della sostituzione automatica e integrazione del contenuto negoziale.

Per ciò che concerne il primo profilo, ossia quello che emerge dalla lettura del primo comma dell'art. 1419, deve dirsi che l'approccio incentrato sulla mera ricostruzione della volontà delle parti¹²⁵ sembra essere stato, ormai, sostituito da un'indagine più prettamente “economica” da condurre con criterio oggettivo ed incentrata sulla perdurante utilità del contratto, epurato dalla clausola invalida, rispetto agli interessi perseguiti dalle parti:¹²⁶ come giustamente rilevato¹²⁷, però, la differenza fra i due approcci, quello “volontaristico” e quello “economico”, si rivela nei fatti molto sfumata, dal momento che, per accertare quale sia la volontà delle parti, non può prescindersi dalla considerazione della rilevanza nel contratto della pattuizione invalida.

Deve, inoltre, rilevarsi come la giurisprudenza¹²⁸ e parte della dottrina¹²⁹ ritengano ormai la conservazione del contratto parzialmente nullo come una regola, mentre la sua caducazione totale in conseguenza della nullità della singola clausola come eccezione: graverebbe, pertanto, sul contraente interessato alla caducazione totale del contratto l'onere di provare l'essenzialità della clausola, in quanto, in mancanza di detta prova, la nullità di essa non si estenderebbe al negozio.

Venendo, ora, al secondo dei meccanismi di conservazione di cui all'art. 1419, ossia quello di cui al secondo comma della norma, va detto che

125 G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pag. 237

126 Cfr. Cass. 11 agosto 1998, n. 7871; Cass. 1° marzo 1995, n. 2340; Cass. 21 maggio 2007, n. 11673; Cass. 10 maggio 2005, n. 9747

127 A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. e contr.*, 2008, pag. 488

128 Cass. 21 maggio 2007, n. 11673; Cass. 20 maggio 2005, n. 10690; Cass. 27 gennaio 2003, n. 1189; Cass. 19 luglio 2002, n. 10536

129 F. GALGANO, *op. ult. cit.*, pag. 380; M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 110; A. PLAIA, *Del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, ___, 1188

esso trova molteplici applicazioni, come avviene, a titolo esemplificativo agli artt. 1229, 1573, 2596, 1815 *etc.* e si combina, come si è osservato, col principio dell'integrazione del contratto *ex art.* 1374¹³⁰ e 1339.

Si è acutamente rilevato come, mentre la regola desumibile dal primo comma dell'art. 1419 valorizza al massimo la volontà delle parti, al contrario, quella del secondo comma della norma le attribuisce un rilievo decrescente. Infatti, il meccanismo di integrazione di cui all'art. 1339 preclude ogni controllo di conformità fra quanto voluto e quanto previsto dalla legge: se nel contratto si rinviene una lacuna, nel senso che le parti nulla hanno disposto in proposito, la norma cogente si applica a prescindere dall'esame di quanto esso avrebbero voluto, se, invece, le parti hanno disposto in difformità dalla legge, la loro manifestazione di volontà viene cassata e sostituita dalla legge.¹³¹

La dottrina si è interrogata sulle ragioni di un simile e così pervasivo intervento statale sulla volontà delle parti, ritenendo, da una parte che esso risponda all'esigenza di salvaguardare interessi collettivi superiori a quelli dei contraenti¹³² e, d'altra parte, che se le parti avessero tenuto presente il divieto di deroga a norma imperativa e la conseguente nullità della clausola, avrebbero disposto nel senso previsto dalla legge.¹³³

In proposito, particolarmente calzanti sembrano le conclusioni cui giunge quella dottrina secondo la quale il meccanismo di cui al comma secondo dell'art. 1419, strumento volto a realizzare l'assetto di interessi dettato dal legislatore, varrebbe al contempo «*sia a determinare l'applicabilità del precetto inderogabile (...) sia a sanzionare l'operato dei contraenti*»:¹³⁴ dal momento che questi hanno convenuto in senso difforme da quanto imperativamente previsto, il contratto rimane valido a

130 F. GALGANO, *op. ult. cit.*, pag. 380

131 R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, _____, pag. 508

132 G. CRISCUOLI, *op. cit.*, pag. 123; R. SACCO, *op. ult. cit.*, pag. 509

133 Saracini, _____, pag. 352

134 M.C. VENUTI, *op. cit.*, pag. 96

prescindere da qualsiasi indagine sull'essenzialità della clausola nulla che viene, invece, sostituita in senso difforme da quanto voluto dai contraenti.

Evidenti sono, pertanto, le differenze nel modo di operare e di incidere sul contratto, della nullità *ex comma primo* o *secondo* dell'art. 1419: nel primo caso, infatti, il contratto viene privato di parte del suo contenuto, sicché si impone la verifica della rilevanza della clausola invalida, ossia una comparazione fra l'assetto di interessi originariamente previsto e quello determinato dalla caducazione della clausola: solo all'esito di tale indagine si può comprendere se la nullità della clausola si estenda o meno all'intero negozio; nel secondo caso, invece, non si verifica alcuna “mutilazione” del contratto, in quanto il suo contenuto viene corretto e riformulato «*in senso conforme alla volontà del legislatore attraverso la sostituzione automatica della norma violata*». ¹³⁵

Sembra opportuno chiedersi, a questo punto, se le considerazioni svolte con riferimento ai principi desumibili dalla lettura dell'art. 1419 si attaglino anche alle ipotesi di nullità di protezione di cui alla legislazione speciale: si rammenti, infatti, che l'altra caratteristica che emerge costantemente dall'esame di queste varie ipotesi di nullità, insieme con la legittimazione relativa all'azione, è proprio la parzialità della nullità. ¹³⁶

Invero, come si è rilevato ¹³⁷, la finalità di protezione della normativa *de qua* rischierebbe di rimanere frustrata se fosse legata alla sola legittimazione relativa all'azione e alla limitata rilevabilità d'ufficio del vizio: il contraente protetto, infatti, sarebbe posto di fronte all'alternativa di dover subire l'esecuzione della pattuizione invalida, ovvero, impugnarla e rinunciare, così, all'intero contratto.

Invero, attraverso la normativa in questione il legislatore si prefigge lo scopo di mantenere l'equilibrio fra le posizioni dei contraenti, piuttosto che

135 M.C. VENUTI, *op. cit.*, pag. 98

136 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 403

137 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 202

la sola conservazione del contratto¹³⁸ e tale scopo non potrebbe essere raggiunto che attraverso la singola e puntuale eliminazione dell'abuso, piuttosto che la caducazione stessa del contratto.¹³⁹

Deve, tuttavia, anticiparsi che, pur avendo natura parziale la nullità di protezione, essa pare estranea alla logica che governa l'art. 1419.

Con riferimento al primo comma della norma, infatti, deve osservarsi che se si dovessero applicare le regole codicistiche anche alla normativa di protezione si dovrebbe concludere quasi sempre nel senso, come si è osservato¹⁴⁰, della nullità totale del contratto: è proprio la clausola abusiva, infatti, che nella maggior parte delle volte ha indotto alla stipulazione uno dei contraenti, la parte “forte” e, pertanto, l'applicazione della regola di cui al primo comma dell'art. 1419 dovrebbe importare la nullità totale del negozio con conseguente frustrazione dell'interesse della parte debole del contratto, la quale ha comunque interesse al mantenimento di esso a condizioni non abusive.

La parzialità di tale forma di nullità si realizza, quindi, a prescindere da ogni esame sulla volontà ipotetica delle parti alle quali viene, in un certo senso, «*imposta*»¹⁴¹, tanto da aver indotto la dottrina a parlare di una forma di «*nullità parziale necessaria*».¹⁴²

Appare evidente dall'esame della legislazione e dal suo confronto con quella precedente come adesso il legislatore, consapevole delle storture del mercato e intenzionato a correggerle, faccia ricorso a nuovi strumenti, diversi dall'imposizione di vincoli inderogabili i quali hanno trovato ampio spazio, invece, durante il periodo del c.d. «*secondo capitalismo*»¹⁴³ e che, pertanto, impongono una rimediazione dei rimedi codicistici, ovvero,

138 A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Eu. dir. priv.*, 2006, 935

139 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 489; M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 406

140 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 490

141 A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 130 il quale osserva come la parzialità della nullità di protezione sia estranea alla regola cautelativa e garantista della conservazione del contratto, che trova espressione all'art. 1419

142 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 221

143 L. NIVARRA, *op. cit.*, I capitolo

addirittura, una cesura da essi, fermo restando che la sostituzione delle clausole abusive rimane uno degli strumenti più adatti per eliminare le disuguaglianze di fatto.¹⁴⁴

E ciò vale anche con riferimento al disposto di cui al secondo comma dell'art. 1419, norma che prevede l'inserzione automatica delle regole imposte dalla legge in sostituzione dei patti difformi: si è osservato, infatti, come l'adattamento del contratto e la sua riconduzione ad equità prescindano dall'imposizione di norme imperative.¹⁴⁵

L'espressa disciplina legale dei contenuti imposti pare essere estranea, infatti, alla logica che muove il legislatore comunitario degli ultimi anni che sanziona il contenuto abusivo delle pattuizioni¹⁴⁶ e che induce ad ipotizzare, piuttosto, che l'integrazione del contenuto negoziale, privato della clausola invalida, avvenga facendo ricorso non più a norme imperative, bensì a norme dispositive: queste ultime, quindi, sarebbero idonee a colmare sia le lacune originarie che sopravvenute del contratto.¹⁴⁷

Il contenuto del contratto, quindi, non è determinato *a priori*, come avviene, invece, tramite il ricorso a norme imperative, quando la nullità dipende dalla difformità del regolamento pattizio e la disciplina legale del rapporto.

Nel caso delle nullità di protezione il contenuto del contratto viene ricavato *ex post* attraverso la disciplina ricavabile da norme dispositive ovvero dall'applicazione in via giudiziaria della clausola di buona fede e correttezza o attraverso il ricorso all'equità: non si registra, infatti, un contrasto con una disciplina cogente del rapporto, quanto, piuttosto, l'esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale.¹⁴⁸

Come si è acutamente osservato, infatti, «*in tanto ha senso disporre la nullità delle pattuizioni che impongono condizioni contrattuali*

144 D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, ESI, 2008, pag. 141

145 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 490

146 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 493

147 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 409

148 A. ALBANESE, *op. cit.*, pag. 935

*ingiustificatamente gravose o delle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in quanto esse non contrastino già di per sé con una regola inderogabile».*¹⁴⁹

Si potrebbe obiettare, come giustamente si è fatto¹⁵⁰, che una simile disciplina della nullità, tale per cui la lacuna determinatasi dall'invalidazione viene sempre colmata attraverso il ricorso a norme dispositive o all'equità, rischierebbe per svuotare di significato il primo comma dell'art. 1419 e, tuttavia, in proposito paiono opportune due precisazioni.

In primo luogo, la stessa dottrina che solleva la questione conclude poi nel senso che, laddove la nullità consegua alla lesione di una norma derogabile, come avviene nei casi *de quibus*, quest'ultima è sempre in grado di “sostituire” il patto nullo.¹⁵¹

In secondo luogo, e salve le considerazioni che si faranno alla fine del capitolo e che in questa sede si anticipano, deve osservarsi che tali obiezioni, così come la constatazione secondo la quale in punto di parzialità della nullità di protezione si assisterebbe ad un sovvertimento del disposto dell'art. 1419 e ad un «*allargamento delle maglie della disciplina tradizionale come indebolimento del concetto di imperatività*»¹⁵² muovono da un unico punto di partenza, ossia ritenere termine di paragone la disciplina codicistica, dal momento che si mettono in evidenza tutti i tratti di similitudine e di divergenza con quest'ultima, per concludere nel senso di un sovvertimento delle regole imposte dal codice.

Ma forse potrebbe osservarsi che, visti i tratti di peculiarità e l'irriducibilità alla *ratio* codicistica della nullità di protezione, si stia assistendo alla nascita di una forma di invalidità “nuova” di stampo più prettamente comunitario, sicché confrontarla con quella “tradizionale”

149 A. ALBANESE, *op. cit.*, pag. 936

150 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 493

151 A. D'ADDA, *op. cit.*, pag. 494

152 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 409

codicistica e chiedersi se l'applicazione di uno dei meccanismi di conservazione del contratto non svisciva l'altro, non parrebbe avere molto senso.

D'altronde non è un caso ed, anzi, pare coerente col rinnovato quadro normativo come il legislatore del c.d. “*terzo capitalismo*”¹⁵³ non miri a sostituirsi al mercato, quanto, piuttosto, a regolarne il funzionamento.

4. La nullità virtuale di protezione

L'indagine condotta sinora ha avuto per oggetto le caratteristiche ascrivibili alla nullità di protezione.

Nello svolgere tale analisi, tuttavia, si sono sempre prese come riferimento le ipotesi di nullità di protezione testuali, ossia per le quali è stato il legislatore stesso a prevedere che essa sia totalmente o anche sono parzialmente anomala rispetto alla più tradizionale previsione “codicistica”. Si è visto, infatti, come talvolta il legislatore predichi per questa forma di invalidità sia la limitata legittimazione all'azione nonché la rilevabilità d'ufficio, oltre che la necessaria parzialità (come avviene, a titolo esemplificativo all'art. 36 c. cons), mentre altre volte ascriva al rimedio in questione solo alcune caratteristiche peculiari rispetto al paradigma codicistico (ad esempio l'art. 30 co. 7 TUF fa riferimento alla sola legittimazione relativa all'azione di nullità totale del negozio, tacendo con riguardo alla rilevabilità d'ufficio del vizio, mentre l'art. 7 d.lgs. 231/2002 ammette un articolato intervento del giudice anche in via officiosa in punto di riconduzione ad equità del contratto, ma nulla dice a proposito della legittimazione all'azione).

Di tutte queste ipotesi già testualmente “anomale”, si è già detto, si è cercato di enucleare dei tratti caratteristici.

Un problema diverso, però, e ad avviso di chi scrive più interessante, è

153 L. NIVARRA, *op. cit.*, **I capitolo**

capire se, posto che la nullità di protezione ha determinate caratteristiche con riferimento sia alla *ratio* protettiva sia alle regole di operatività, la disciplina di essa possa applicarsi anche alle ipotesi in cui il legislatore, in un contesto normativo inequivocabilmente di protezione nei confronti di una delle parti, si sia limitato a sanzionare con la semplice nullità una determinata pattuizione. Si tratterebbe, invero, di una nullità “silente” che legittima il dubbio nell’interprete se ad essa debba applicarsi l’ordinario regime codicistico, come sembrerebbe apparire *ictu oculi* dalla lettura della disposizione, ovvero, e meglio, si debba fare un passo ulteriore e predicare per tale previsione il medesimo regime visto per la nullità di protezione.

Come ha rilevato Passagnoli¹⁵⁴ la possibilità di predicare una nullità virtuale di protezione era apparsa in passato inammissibile.

Effettivamente, soprattutto prima che del fiorire della copiosa legislazione comunitaria, le previsioni di nullità che derogavano ai principi codicistici costituivano, invero, un numero esiguo ed erano espressione di una *ratio* non univoca che di volta in volta trovava il suo fondamento nella normativa di riferimento. A fronte di tale frammentarietà del sistema e dell'impossibilità per l'interprete di scorgere un'unica *ratio* protettiva, era inevitabile «*escludere l'impiego (...) della nullità virtuale, in quanto figura che solo dal sistema trae la propria legittimazione concettuale e positiva*».¹⁵⁵ In tale quadro normativo la nullità di protezione si poneva alla stregua di un'eccezione alla regola codicistica, sicché non era predicabile alcun ricorso ad essa fuori dai casi espressamente disciplinati dalla legge.

Sembra potersi dire, però, che il quadro normativo sia di molto cambiato, inducendo l’interprete, pertanto, ad una nuova riflessione sul ruolo della nullità virtuale di protezione.

E d'altronde, proprio quello della nullità virtuale è un argomento che proprio negli ultimi anni¹⁵⁶ ha suscitato sempre maggiore interesse da parte

154 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 236

155 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 236, nota 134

156 V. l'ampio dibattito sviluppatosi a proposito delle regole di condotta imposte agli intermediari

degli interpreti, con specifico riferimento alla distinzione fra regole di validità e regole di condotta.

Come si è, però, osservato,¹⁵⁷una volta riformulata la distinzione fra le due suddette regole, nel senso dell'impossibilità per il giudice di ricavare l'invalidità di un contratto in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede;¹⁵⁸e una volta concluso nel senso che le espresse previsioni di invalidità collegate alla violazione di determinati obblighi di comportamento non costituiscano delle eccezioni, ma siano, quasi, applicazione del principio di separazione delle due regole, in quanto l'impossibilità di ricavare l'invalidità del contratto dalla violazione della buona fede grava solo sul giudice e non sul legislatore, viene conseguentemente meno il collegamento operato fra il tema della nullità virtuale e quello della separazione fra regole di validità e di comportamento.

La decisione circa il rimedio da far conseguire alla violazione di una regola di condotta, nel silenzio del legislatore, non dovrebbe derivare dal principio di separazione e dal connesso divieto di ricavare l'invalidità del contratto dalla violazione di una regola di condotta, bensì da altri criteri come quello dello "*scopo della norma violata*" ovvero della "*direzione del divieto*".¹⁵⁹

Le osservazioni che si sono appena svolte introducono il passo successivo della nostra riflessione.

In primo luogo, sembra più opportuno abbandonare l'idea di dover collegare la nullità all'espressa previsione normativa di una regola di validità ovvero di comportamento e, in secondo luogo, come si è osservato, si dovrebbe prendere atto della circostanza per cui le diverse ipotesi di nullità protettive sarebbero espressione della medesima *ratio* di rimedio allo

finanziari

157 G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, pag. 737

158 G. D'AMICO, *op. cit.*, pag. 735

159 M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 46

squilibrio strutturale fra i contraenti.¹⁶⁰

Si è, infatti, evidenziato come sia la nullità delle clausole abusive sia quella derivante dalla violazione di norme imperative in funzione protettiva siano tutte espressione di un ordine pubblico di protezione del singolo contraente come del mercato: essa, infatti, non si esaurisce nella tutela del singolo, ma lo trascende per coinvolgere l'intero mercato¹⁶¹.

Non solo. Anche l'argomento sfavorevole all'ammissibilità della nullità virtuale di protezione, fondato sulla circostanza che l'art. 1421 ammette la relatività della legittimazione ad agire nei soli casi previsti dalla legge, non sembra cogliere nel segno. A prescindere dal fatto che, come si argomenterà anche successivamente, la nullità di protezione costituisce, ad avviso di chi scrive, un *genus* a parte di invalidità, del tutto autonomo dalle forme tradizionali codicistiche, sicché ogni raffronto con le norme del Libro IV non appare pertinente, può concordarsi con chi sostiene che, comunque, il richiamo alla legge di cui all'art. 1421 autorizza la ricerca di una norma non necessariamente esplicita, ma anche implicita. Ne conseguirebbe che l'interprete, una volta accertata la nullità quale conseguenza della violazione di una norma imperativa con funzione protettiva, potrebbe, altresì, inferire la natura protettiva della nullità in questione.¹⁶²

E, d'altra parte, se ciò non fosse possibile le situazioni giuridiche protette per il tramite delle c.d. "*norme imperative imperfette*" rimarrebbero prive della peculiare forma di tutela offerta dalla nullità di protezione.¹⁶³

Questo essendo il quadro offerto dall'attuale legislazione, non sembrerebbero esserci ostacoli a postulare l'ammissibilità della nullità virtuale di protezione: questione diversa è, invece, quella relativa al procedimento da seguire per fondarla. Si potrebbe, infatti, fare ricorso all'analogia, ad una riduzione teleologica dell'art. 1421 ovvero, ancora, ad

160 G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 237

161 F. DI MARZIO, *op. cit.*, pag. 843

162 F. DI MARZIO, *op. cit.*, pag. 855

163 F. DI MARZIO, *op. cit.*, pag. 854

un'applicazione, come dire, generalizzata dell'art. 36 c. cons.

Per quanto riguarda la prima delle modalità, come si è osservato¹⁶⁴, essa potrebbe operare in una duplice accezione. Da una parte, infatti, può darsi il caso che la norma imperativa imperfetta investa rapporti espressivi dello squilibrio strutturale fra i contraenti: in queste ipotesi, anche se la legge tace con riguardo alla disciplina della nullità, sarebbe facile scorgere quella medesima *ratio* protettiva che legittimerebbe l'applicazione del regime previsto per le nullità anomale. D'altra parte, però, deve considerarsi che esistono rapporti in cui tale valutazione circa lo squilibrio strutturale fra i contraenti può operarsi solo *ex post*, in cui, cioè, il comportamento vietato consiste nel compimento di un atto di natura negoziale: si tratterebbe comunque di ipotesi che consentono quella valutazione dello squilibrio che è espressiva della *ratio* della nullità di protezione.

A questa impostazione sono stati però, mossi, due ordini di obiezioni.

Da una parte si è, infatti, osservato, come al medesimo risultato offerto dall'applicazione analogica dell'art. 1418, co. 1, si può pervenire anche attraverso una “*riduzione teleologica*” della disposizione di cui all'art. 1421 fondata sulla natura protettiva della nullità.¹⁶⁵

D'altra parte, poi, si è osservato come il problema dell'applicazione analogica della nullità virtuale debba essere ulteriormente articolato, ponendosi esso in due diverse situazioni.

La prima di esse riguarda la possibilità che, previsto il rimedio invalidatorio, la legge taccia con riguardo al suo regime: in questo caso nulla osterebbe al ricorso all'analogia, sebbene ciò che è virtuale non sarebbe tanto la nullità (che è, invece, prevista), quanto, piuttosto, il suo carattere protettivo.

La seconda situazione si realizza, invece, quando il legislatore ponga una norma imperativa, ma taccia con riguardo alle conseguenze della sua violazione: in questa evenienza sarebbe più arduo ricorrere alla nullità

¹⁶⁴ G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pag. 238

¹⁶⁵ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pag. 88

virtuale di protezione dal momento che, così facendosi, al giudice si attribuirebbe un ambito di discrezionalità eccessivo. Egli sarebbe non solo arbitro del rimedio, ma, altresì, della sua disciplina.¹⁶⁶

Infine, deve darsi atto della circostanza per cui proprio la recente previsione di cui all'art. 36 c.cons. abbia indotto parte degli interpreti a fondare la nullità virtuale di protezione su di un'applicazione generalizzata di tale norma.

Tale impostazione si fonda sull'asserita natura generale del suddetto articolo, suscettibile di applicazione a tutte le norme del codice del consumo che presentino una disciplina incompleta e dalla connessa residualità della disciplina codicistica proprio con riferimento a tali rapporti: ne discenderebbe, pertanto, una generalizzata applicazione della disposizione anche a tutti quei rapporti B2C che presentino una disciplina incompleta.¹⁶⁷

Rimane, però, il fatto che tale impostazione, fondata sulla circostanza per cui una delle parti del contratto, è un consumatore, non risulta *de plano* predicabile anche con riferimento alla contrattazione fra imprese. Ciò non significa che per tali rapporti non possa predicarsi la possibilità di enucleare una nullità virtuale di protezione, bensì che l'applicazione diretta dell'art. 36 c.cons. anche a tali rapporti andrebbe ulteriormente specificata.

Se, infatti, è vero che l'art. 36 rappresenta una disciplina generale dei rapporti di consumo che il codice civile ha, invece, una portata residuale in materia, ciò non è altrettanto esplicito con riferimento ai rapporti d'impresa. Non deve meravigliare, quindi, che proprio chi propugna una lettura generalizzata dell'art. 36 c.cons. per fondare la nullità virtuale di protezione, finisca, poi, per ritenere preferibile il ricorso all'analogia proprio per superare l'*impasse* creato dall'eterogeneità dei rapporti di impresa rispetto a quelli di consumo. Se, infatti, è vero che in entrambi i casi è presente un'istanza di tutela di una delle parti, va osservato come non solo i soggetti

¹⁶⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, pag. 739

¹⁶⁷ M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 362

delle discipline siano diversi, ma la “trasmigrazione” di norme da una disciplina settoriale ad un'altra, mette in discussione la natura generale del codice civile.

In questa fase dell'indagine non pare ancora opportuno prendere posizione a proposito del procedimento su cui fondare la nullità virtuale di protezione, dal momento che si tratta di una opzione che, come si è appena accennato, non può prescindere dall'indagine sul rapporto esistente fra le discipline speciali e quella generale codicistica, sicché si rimanda alla successiva trattazione ogni presa di posizione al riguardo.

Al momento sembra solo opportuno “cristallizzare”, in un certo senso, un dato di fatto, ossia che non deve sembrare peregrino all'interprete ragionare in termini di una nullità virtuale di protezione, dal momento che la tutela di uno dei contraenti e conseguentemente del mercato è ormai uno degli obiettivi dichiarati dell'attuale legislazione soprattutto comunitaria.

5. Cosa è la nullità di protezione: differenze con l'annullabilità. Specialità o eccezionalità. Ratio unitaria?

A questo punto sembra giusto riprendere le fila del discorso che si è affrontato si qui e trarre, per quanto possibile, le prime conclusioni a proposito de questa peculiare forma di invalidità.

Come giustamente si è messo in rilievo da recente¹⁶⁸, questa forma di nullità “europea” riflette l'impostazione comunitaria. Questa legislazione più che concetti, ha politiche ed, in effetti, la nullità di protezione è nata come uno strumento di politica economica.

La Comunità europea si è, infatti, impegnata sin dal suo sorgere nella rimozione di tutti quegli ostacoli frapposti dalle legislazioni nazionali al principio di libera concorrenza: strumento di questa politica sono state anche le diverse comminatorie di invalidità, come quelle previste contro gli

168 A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, 1, pag.77

atti costitutivi di cartelli o alle concentrazioni vietate fra imprese, dipendenti non dalla struttura dell'atto (in sé perfetto), bensì dagli effetti che esso produce sul mercato.¹⁶⁹

Proseguendo su questa linea, la comunità europea è intervenuta sempre più massicciamente su quelle che sono le politiche dei consumatori, sempre con lo scopo, comunque, dell'incentivazione economica attraverso l'eliminazione delle inefficienze di mercato derivanti dagli abusi delle imprese, scopo che, naturalmente, non può che giovare in via diretta anche al singolo. Tale *policy* non è stata, però, limitata alla sola normativa consumeristica, bensì anche ai rapporti fra imprese dove, ad esempio, si è introdotto, accanto ai concetti già espressi dalla normativa antitrust, anche il concetto di abuso di dipendenza economica¹⁷⁰.

Tale politica, si anticipava, non ha potuto non riflettersi sulle patologie del contratto, laddove, tuttavia, il legislatore interno, in sede di recepimento, sempre più spesso ricorre alla formula “nullità” pur non esplicitandone la peculiare disciplina.

Un dato che può mettersi già in evidenza, tuttavia, è che se di queste nullità si può parlare in termini di anomalia rispetto al paradigma codicistico, non per tutte si può parlare come di nullità di protezione: non per quelle previste dalla legislazione antitrust, ad esempio, in quanto lo scopo di tutela del mercato prescinderebbe dalla tutela del singolo utente, seppur un riflesso di protezione, va detto, non manchi nei contratti a valle.¹⁷¹

In tale contesto la nullità assume, dunque, caratteristiche del tutto peculiari.

Tale legislazione pare segnata, infatti, dall'oltrepassamento della teoria della fattispecie. Mentre quest'ultima sta alla base della previsione di nullità codicistica, la legislazione comunitaria commina la nullità non certo o,

169 A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pag. 79

170 A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pag. 85

171 A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pag. 87; E. CAMILLERI, _____

comunque, non solo per la carenza di elementi della fattispecie, quanto, piuttosto in funzione di controllo e costruzione del regolamento di interessi fra le parti¹⁷²: ne è conferma l'obbligo di predisposizione di un determinato contenuto minimo.

Al contrario dell'impostazione codicistica, in cui non viene in rilievo la conformità del contratto ad un determinato assetto di interessi, nell'impostazione comunitaria il contratto è connesso al mercato¹⁷³ e l'invalidità diviene proprio un rimedio, posto all'esito di un giudizio,¹⁷⁴ per l'inosservanza di un dover essere normativo.¹⁷⁵

Come si è rilevato, infatti, ciò che viene attenzionato attraverso questa forma di nullità non è più lo squilibrio normativo fra le parti, bensì quello economico.¹⁷⁶ Ne sarebbe conferma la circostanza che il tratto caratteristico di questa forma di invalidità, almeno dal punto di vista soggettivo, è rappresentato da rapporti seriali contraddistinti da un'asimmetria contrattuale in cui ciò che il legislatore si propone di garantire è la parificazione, almeno dal punto di vista informativo, dei contraenti. Non deve stupire, quindi, che, con ciò contravvenendosi alla tradizionale e ormai (obsoleta) bipartizione fra regole di validità e di responsabilità, la violazione di norme di comportamento comporti la nullità della pattuizione e non, invece, l'insorgenza di un'obbligazione risarcitoria.¹⁷⁷ Da questo punto di vista non dovrebbe sembrare peregrino immaginare che la capacità di intendere e volere del contraente possa essere interpretata nel senso di una corretta informazione di quest'ultimo.¹⁷⁸

Ciò segnerebbe, dunque, il passaggio della nullità da sanzione a protezione, ma non solo. Al contrario dell'impostazione codicistica, in cui

172 V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele* (a cura di S. MAZZAMUTO), Giappichelli, 2002, pag. 207

173 V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) C.

CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, II, _____, Giuffrè, pag. 475

174 A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 46

175 V. SCALISI, *op. ult. cit.*, pag. 475

176 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 333

177 A. GENTILI, *Le invalidità cit.*, pag. 1538

178 A. GENTILI, *Le invalidità cit.*, pag. 1539

dalla previsione della nullità di un dato atto l'interprete trae un divieto, l'impianto legislativo comunitario è strutturato in maniera tale che, posto un divieto, sta all'interprete farne discendere la conseguente nullità dell'atto compiuto in sua violazione.¹⁷⁹

Emerge da quelle che sono le caratteristiche costanti di questa forma di nullità, ossia dal punto di vista della sua operatività, la legittimazione relativa, e dal punto di vista della sua *ratio*, la tutela di un contraente, come la distanza fra nullità e annullabilità sembri di molto accorciata, tanto da indurre a pensare che alla fine non si tratti che di una peculiare forma di annullabilità, sotto il *nomen iuris* di nullità.

Invero, tale impostazione per quanto suggestiva, non pare doversi seguire.

È incontrovertibile, infatti, che la nullità di protezione si proponga lo scopo di tutelare la libertà contrattuale di una delle parti e, tuttavia, l'interesse del singolo viene preso in considerazione solo marginalmente, dal momento che il legislatore comunitario rimette a quello nazionale la tutela del singolo. Come si è detto all'inizio del paragrafo, infatti, lo scopo della legislazione europea è la garanzia della correttezza degli scambi e del gioco della concorrenza, scopi, questi, per i quali è strumentale in un certo senso, la garanzia della libertà contrattuale del singolo utente: è proprio questo che segna la differenza con l'annullabilità. Mentre quest'ultima è comunque disposta a tutela degli interessi del singolo, la nullità di protezione è sempre e comunque disposta a tutela di interessi generali, seppur per il tramite di quelli del singolo.¹⁸⁰ Come si è rilevato, il rimedio predisposto dall'ordinamento comunitario che, per *ratio* e impostazione, è maggiormente assimilabile alla tradizionale annullabilità codicistica sarebbe, piuttosto, il recesso.¹⁸¹

A questo punto sembra doverosa una riflessione sulla natura di questa

179 A. DI MAJO, *op. cit.*, pag. 133

180 A. GENTILI, *Le invalidità cit.*, pag. 1540

181 A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia cit.*, pag. 208

forma di invalidità, dal momento che si è escluso che essa sia assimilabile sia alla nullità che all'annullabilità codicistiche.

Come messo in luce dalla dottrina, le diverse ipotesi di nullità di protezione non presentano tratti in comune oltre a quelli della comune matrice comunitaria, della presenza nella legislazione di settore¹⁸² e della *ratio* protettiva nei confronti di una delle parti¹⁸³ e per essa del mercato. Anche dal punto di vista del suo *modus operandi*, poi, essa si presenta alquanto variegata, dal momento che l'unica costante, come è stato efficacemente definito lo «*zoccolo duro*», di questa forma di invalidità sarebbe soltanto l'essere azionabile dalla parte debole del contratto.¹⁸⁴

La disciplina di essa dipende, infatti, dalla possibilità di realizzare l'interesse generale senza, così facendo, penalizzare quello del singolo¹⁸⁵. Si è giustamente detto che «*in certi casi è in questione una clausola, in altri l'intero contratto. Talora l'irrazionalità è certa, altre volte è solo presumibile. In taluni casi concreti il pregiudizio per la parte protetta è tale che giustifica senz'altro che sia liberata dal patto, in altri essa può avere tutto sommato più interesse a mantenerlo in piedi piuttosto che tornare sul mercato. Di qui una varietà di situazioni. Di qui una disciplina delle nullità di protezione necessariamente variegata*».¹⁸⁶

Un talmente peculiare modo di atteggiarsi della nullità di protezione potrebbe indurre a configurarla come ipotesi eccezionale, ovvero speciale ovvero, ancora regola a se stante.

Quest'ultima ricostruzione, seppur molto autorevolmente sostenuta¹⁸⁷

182 Sembra però opportuno osservare che anche all'interno del codice civile sono presenti delle ipotesi di nullità che si potrebbero definire di protezione come quella, a titolo esemplificativo, del patto commissorio o della clausola del mutuo che preveda interessi usurari. In entrambi i casi è evidente che, anche se nulla dice la legge, legittimato all'azione è sicuramente la parte tutelata, ossia il debitore in un caso e il mutuatario, nell'altro. Addirittura all'art. 1813 è lo stesso legislatore che ha cura di precisare che la nullità della clausola non inficia il contratto, e le stesse considerazioni potrebbero valere per quanto riguarda la pattuizione commissoria se essa fosse inserita come clausola di un contratto.

183 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 333

184 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 116

185 A. GENTILI, *La «nullità di protezione» cit.*, pag. 77

186 A. GENTILI, *La «nullità di protezione» cit.*, pag. 115

187 V. da ultimo V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia, cit.*, pag. 488

non pare persuasiva, non fosse altro che per la circostanza che per poter qualificare un determinato istituto alla stregua di una regola unitaria, sarebbe necessario rinvenire in esso quella uniformità non solo di *ratio*, ma anche di disciplina che, invece, si è vista mancante nelle diverse ipotesi di nullità di protezione. Se, infatti, si sostiene che un determinato fatto è una regola, se ne dovrebbero trarre sempre i medesimi effetti: nel caso delle nullità di protezione, invece, se anche si riuscisse ad enucleare una regola di comportamento, vista la variegata disciplina di essa, sarebbero sempre di più le deroghe.

Si potrebbe pensare, quindi, che la nullità di protezione altro non sia che un'eccezione alla regola della nullità codicistica.

Ma neppure questa ricostruzione sembra appagante.

Si può ancora fare riferimento all'insegnamento bettiano in base al quale le norme eccezionali troverebbero la loro giustificazione in una situazione particolare in virtù della quale potrebbero spingersi sino ad escludere le regole generali¹⁸⁸. È fuor di dubbio, però, che le esigenze di tutela della parte debole del contratto, da una parte e l'abbondanza delle ipotesi di nullità di protezione, dall'altra, abbiano fatto perdere a quest'ultima il carattere di eccezionalità. Non si tratterebbe più, infatti, di una deroga ai principi tradizionali della nullità codicistica, quanto piuttosto dell'emersione di un nuovo settore di normazione del diritto.

A questo punto sembra opportuno prendere in esame la terza delle surriferite opinioni, ossia quella che vuole la nullità di protezione quale norma speciale, ossia quel tipo di norma che, più che derogare ai principi dell'ordinamento, li specifica e li adatta a determinate circostanze.¹⁸⁹

Ed in effetti sembrerebbe preferibile ritenere che la nullità di protezione assuma una valenza “specializzante” dei principi codicistici proprio in virtù della sua *ratio* protettiva. Della tradizionale figura della nullità sembrano rimasti, infatti, il connotato della iniziale inefficacia

188 E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, ____ pag. 121

189 E. BETTI, *op. loc. cit.*

dell'atto che ne è affetto e dell'imprescrittibilità dell'azione¹⁹⁰: le altre caratteristiche della nullità sono, invece, di volta in volta, modulate in relazione al perseguimento del *best interest* della parte protetta.¹⁹¹

La natura speciale di tale forma di nullità si presta, naturalmente, ad una sua estensione in via analogia anche ad altre ipotesi e tuttavia proprio questo aspetto, cui si è già fatto cenno a proposito delle nullità virtuali di protezione, pare particolarmente significativo.

Come acutamente messo in rilievo da recente l'alternativa fra l'applicabilità ad una data fattispecie della nullità codicistica o di quella di protezione non rappresenta soltanto «una sfida alla pretesa egemonica della regola (e del concetto) di conio classico».¹⁹² Nel momento in cui, infatti, si pone la scelta fra le due strade alternative e l'interprete si trova a dover giustificare l'applicabilità al caso di specie della nullità codicistica anziché di quella di protezione, allora sarà proprio il rapporto fra norma generale e speciale ad entrare in crisi.

Proprio l'esistenza di una regola generale dovrebbe, infatti, escludere in radice la possibilità di ritenere esistente una lacuna e di dover trarre disciplina da una regola speciale; ma se ciò non avviene, vuol dire che la regola codicistica, in un certo senso, ha cessato di rappresentare quel “diritto comune” cui attingere sempre e automaticamente¹⁹³.

Si tratta di un argomento, però, troppo denso di conseguenze per poter essere esaurito: vi si è solo fatto cenno in questa sede, perché ad esso verranno dedicate le osservazioni che seguiranno.

In questa sede, momentaneamente si è solo voluto mettere in rilievo come l'ordinamento vada via via conoscendo sempre e più variegati rimedi, espressione, questi, del fatto che la disciplina del contratto non può sicuramente dirsi esaurita dal codice civile.

190 M. GIROLAMI, *op. cit.*, pag. 461

191 A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, 1, 82

192 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 115

193 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 118

In particolare, la risposta che si darà al quesito che si è posto in principio della tesi, ossia quale sia il regime della nullità predicabile per il patto che realizza dall'abuso di dipendenza economica, se quello codicistico o quello di protezione, non può prescindere dalla riflessione sul rapporto fra diritto comune e diritto speciale.

CAPITOLO II

LA DIALETTICA GENERALE E SPECIALE NELLA SUA EVOLUZIONE STORICA

Sommario: Premessa – 1. Sul procedimento di codificazione - 2. La codificazione del 1865 – 3. Dalla crisi del codice del 1865 al codice del 1942 - 4. Ricostruzione storica dell'edificazione di una categoria generale del contratto – 5. Il contratto in generale nel codice civile – 6. L'evoluzione legislativa successiva – 7. L'emersione di “micro-sistemi” e le reazioni della dottrina

Premessa

Si è messo in evidenza nelle pagine che precedono come le nuove e variegate forme di nullità c.d. di protezione, costituiscano delle forme “speciali” di invalidità all'interno del nostro ordinamento.

Tale conclusione non è, però, senza conseguenze.

Invero, molteplici sono le ipotesi di norme speciali che, pur modulando una determinata disciplina, riescono a coesistere con i principi accolti dal nostro sistema senza mettere in dubbio la coerenza di quest'ultimo: si potrebbe dire che, anzi, questa è proprio la finalità delle norme speciali, ossia quella di adattare a determinate esigenze la disciplina dettata in generale.

Tuttavia, quando si riflette sulla portata applicativa delle nullità di protezione, le conclusioni appena formulate non possono essere accolte senza riserve. Parliamo, infatti, di norme che già solo per la fonte (prettamente comunitaria) e la *sedes materiae* (quasi sempre extracodicistica) dovrebbero indurre l'interprete a riflettere su di esse. Ma se è vero, come è vero, che da questi due soli elementi non possono trarsi argomenti a sostegno della forza centripeta delle nuove previsioni, né,

tantomeno, della loro natura “speciale”¹⁹⁴, sembra più utile constatare come, in primo luogo, queste ipotesi di nullità siano talmente numerose da potersi dire che la nullità di protezione si sta ormai “affiancando” alla tradizionale nullità negoziale, e, in secondo luogo, come tali previsioni siano caratterizzate da una forza che potremmo definire “espansiva” nel senso di sollecitare un'applicazione di esse anche per casi non espressamente previsti.

Proprio questo è un argomento denso di conseguenze, dal momento che l'applicazione della disciplina speciale in luogo di quella generale, la quale pure sarebbe applicabile, deve indurre a riflettere sul rapporto dialettico fra le due discipline.

Ma quello della valenza applicativa della nullità di protezione non è che uno, e sicuramente dei più evidenti, degli indici del mutato quadro delle fonti del nostro ordinamento.

Lasciando da canto le questioni della gerarchia delle fonti, infatti, deve darsi atto che la nostra è una tradizione giuridica che è stata edificata attorno al concetto di “codice”, inteso, nel senso di Domat e Pothier, come quel corpo normativo per definizione onnicomprensivo nel quale rinvenire la disciplina di ogni fattispecie. La realtà dei fatti sembra, tuttavia, avere smentito questo assunto di partenza: fatte salve le osservazioni che seguiranno, può in tale sede osservarsi come non solo la struttura dello stesso codice civile sia stata, per alcuni versi, modificata attraverso lo strumento della “novellazione”¹⁹⁵, ma si sia assistito, soprattutto negli ultimi anni ad un profluvio di leggi, spesso espressione della medesima *ratio*, che, pur avendo lo stesso rango delle norme del codice, si pongono all'esterno di esso in un rapporto che starà all'interprete definire di competizione ovvero di combinazione.

Come se ciò non bastasse, va dato atto della circostanza che ormai

194 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1999, pag. 53

195 P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pag. 407

sempre più spesso assistiamo all'emanazione di “codici” aventi la pretesa di dettare la disciplina di singoli settori dell'ordinamento che vengono, quindi, sottratti al campo applicativo del codice civile.

Se questo è, quindi, lo “stato dell'arte” è evidente come quella concezione che voleva il codice civile al centro dell'universo dell'interprete e attorno ad esso i satelliti costituiti dai corpi normativi “speciali” non possa più essere accolta *sic et simpliciter*. Con ciò non si vuole naturalmente prendere posizione già si d'ora sull'eventuale erroneità di questa concezione, ma si vuole semplicemente osservare come essa debba formare oggetto di una rinnovata indagine che sia condotta alla luce della più recente legislazione.

A questo proposito deve, però, sottolinearsi come tale riflessione non sia nuova nella nostra dottrina, la quale, anzi, come si è rilevato¹⁹⁶, vi ritorna periodicamente, e non sia stata neppure sollecitata esclusivamente dall'abbondante legislazione extracodicistica di matrice comunitaria degli ultimi anni.

Per questo motivo, e al fine di prendere posizione sulla questione sottesa alla tesi, sembra utile ripercorrere le opinioni che si sono formate sul punto.

Deve però darsi atto della circostanza che mentre adesso gli interpreti discettano circa il rapporto fra normativa codicistica e non, la questione, che non era sfuggita alla migliore dottrina sin dagli anni Quaranta riguardava, piuttosto, come configurare il rapporto fra la parte generale del contratto e le regole codicistiche volte a dettare la disciplina dei singoli tipi contrattuali.

Mentre oggi, quindi, i due “estremi” della questione sono costituiti dal “codice” da una parte e da tutto ciò che è esterno ad esso dall'altra; all'epoca in cui si è cominciato a riflettere sul rapporto fra disciplina generale e speciale, tutta la questione si esauriva all'interno del codice.

¹⁹⁶ P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, pag. 806

E, tuttavia, un'indagine attuale sul rapporto fra le due normative non solo non sarebbe completa, ma non sarebbe neppure veritiera, se prescindesse dai risultati cui è giunta la dottrina in passato.¹⁹⁷

Norma cardine dalla quale è attualmente opportuno prendere le mosse per indagare il rapporto fra regole generali e speciali è l'art. 1323 che, posto all'interno di quel titolo del Libro IV del codice che è dedicato ai "contratti in generale" espressamente dispone che «*tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo*».

Come già evidenziato,¹⁹⁸ tuttavia, prima ancora di prendere posizione sul rapporto fra la parte generale del contratto e la disciplina speciale, sembra opportuno ripercorrere l'evoluzione storica del procedimento di codificazione nonché della nozione di contratto.

1. Sul procedimento di codificazione

Si è rilevato come l'opera di codificazione possa essere considerata una delle caratteristiche essenziali della moderna storia giuridica in quanto fortemente connessa all'affermazione della sovranità statale: non è un caso, invero, che la prima grande opera di codificazione, il *Code Napoleon*, veda la luce proprio nella Francia rivoluzionaria.¹⁹⁹

197 Non paia un fuor d'opera al lettore la citazione di T. TERZANI, *La fine è il mio inizio*, Longanensi, 2011, pag. 126, secondo il quale «*nei fatti non trovi la risposta. La trovi in qualche cosa di più profondo che in questo caso è la cultura, la storia*». Secondo l'Autore, che sollecita un'indagine giornalistica volta a comprendere i fatti attuali solo attraverso la conoscenza del passato, vi sarebbe, ad esempio, un «*legame fra la fine del comunismo come ideologia di rivolta degli oppressi (...) e l'Islam fondamentalista di oggi*», nel senso che, mentre in passato chi voleva opporsi all'ideologia del capitalismo occidentale ricorreva all'ideologia marxista-leninista quale struttura di riferimento, attualmente lo stesso ideale capitalista è avversato il diverso strumento ideologico del fondamentalismo. Cfr. pag. 145

Si tratta di una tesi indubbiamente suggestiva, ma che andrebbe comunque sottoposta a critica e non è questa la sede per farlo. Ma le parole dell'Autore, ad avviso di chi scrive, devono fungere da stimolo anche per il giurista nella sua attività di ricerca.

198 E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pag. 385

199 C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Laterza, 1985, pag. 4

Si assiste, infatti, ad un processo di progressiva statalizzazione del diritto in virtù del quale la tradizione romanistica dismette la sua vocazione universale per divenire una fonte sussidiaria con la conseguente prevalenza della normazione statale su di ogni altra fonte.²⁰⁰

Pare, quindi, opportuno, ripercorrere sia pur per grandi linee l'*iter* ideologico che ha portato alla codificazione.

Come si è da più parti rilevato²⁰¹, il termine “codice” è suscettibile di una molteplicità di significati tutti disomogenei fra loro: se, infatti, il *codex* era il libro cucito sul dorso da contrapporre al *volumen*, tale termine successivamente designò quelle raccolte di leggi fatte per iniziativa imperiale e non privata in cui veniva inclusa la normativa esistente e fatta oggetto di manipolazioni ed interventi al fine di eliminare le aporie e le incoerenze presenti, come avvenne nel caso del *Codex Theodosianus* e *Iustinianus*.

Tale nozione di “codice” ossia di testo promulgato unitariamente in cui il materiale giuridico esistente veniva messo in ordine si afferma almeno fino a tutto il Seicento, periodo in cui, invece tale termine inizia a designare lo stesso diritto. Bisognerà aspettare l'Ottocento e il fiorire dell'ideologia e della politica dell'epoca perché il termine assuma il significato tecnico e moderno che gli si è soliti attribuire: per “codice” si intenderà, allora, «*un libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall'unità di materia corrispondente ad un settore dell'organizzazione giuridica, vigente per tutta l'estensione geografica dell'area di unità politica (per tutto lo Stato), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente e non integrabile con il diritto previgente, nonché destinato a lunga durata*».²⁰²Come si è rilevato, fra

200 C. GHISALBERTI, *op. cit.*, pag. 3

201 G. TARELLO, *Codice*, in *Enc. giur. Treccani*, pag. 1; A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Utet, pag. 443

202 G. TARELLO, *op. cit.*, pag. 1

l'altro, l'evoluzione e l'affermazione dell'opera di codificazione ha avuto per oggetto quella civile, considerandosi ininfluenti, in proposito, l'esistenza di codici penali o processuali, molto probabilmente in ragione del fatto che la forma "codice" si sarebbe imposta quale strumento principe di legislazione solo provando di poter regolare la materia del diritto privato, come dimostrato dai successi arrisi al *Code Napoleon* (1804) e all' *A.B.G.B.* (1811), in luogo degli incerti esordi dell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1789-94) e del *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756).²⁰³

Invero, la scelta per la codificazione rappresentava l'esito comune a due diverse ideologie del diritto circolanti nel Settecento, quella volontaristica e quella razionalistica, entrambe volte a definire come sarebbe dovuto essere il diritto.²⁰⁴

La prima di esse, che trova il suo fondatore in Pufendorf, si fondava sull'idea che il diritto non fosse altro che un atto di arbitrio dell'Autorità: esso, infatti, avrebbe incontrato sia limiti di fatto che morali, ma mai limiti giuridici.

In quanto atto di volontà, il diritto sarebbe stato, inevitabilmente, mutevole nel tempo: con il che si screditava l'idea che il diritto fosse qualcosa di immutabile e fosse tanto più nobile quanto più antico, in favore delle spinte riformatrici.

La provenienza dall'Autorità, poi, recava seco la conseguenza che il diritto vigesse all'interno di tutto il territorio statale, con ciò corroborando quelle tesi che propugnavano l'identità della legislazione interna e la differenziazione di essa fra i vari stati, al contrario di quanto avveniva, invece, durante la vigenza del c.d. "diritto comune".

In quanto atto di volontà dell'Autorità e non della legge naturale, infine, il diritto non sarebbe consistito tanto in asserzioni, quanto, piuttosto, in comandi, prevalentemente divieti: ne derivava la necessità che il

²⁰³ A. GAMBARO, *op. cit.*, pag. 444

²⁰⁴ G. TARELLO, *op. cit.*, pag. 5

destinatario del comando dovesse conoscerlo preventivamente e, quindi, una forte spinta verso la “legge-documento” in luogo delle consuetudini e delle prassi giudiziarie.²⁰⁵

La seconda delle ideologie in discorso, ossia il Razionalismo di Leibniz e Wolff si fondava sull'idea che, essendo il diritto un dato della realtà come ogni altro, la conoscenza di esso dovesse fondarsi sul metodo generale di conoscere: la soluzione di ogni questione giuridica, al pari di ogni altra, sarebbe dovuta derivare, dunque, secondo le regole della logica da premesse certe.

Queste ultime altro non erano che le regole del diritto, proposizioni che predicavano le qualità di un ente: intendendosi per quest'ultimo il destinatario delle norme e per qualità gli *status* e le situazioni in cui si sarebbe trovato il soggetto.

Si contrapponeva, quindi, all'imperativismo delle teorie volontaristiche il descrittivismo, ossia l'idea che le proposizioni giuridiche fossero tali non in quanto comandate, ma in quanto vere: il diritto sarebbe stato, dunque, sempre coerente e le norme non ancora note si sarebbero reperite tramite il ragionamento logico a partire dalle altre norme già note; ragion per cui il diritto si sarebbe potuto compendiare in pochissime proposizioni fondamentali. Di fronte ai limiti della deduzione logica, fra l'altro, il giurista avrebbe dovuto soffermarsi sui predicati giuridici e sulle qualità: a titolo esemplificativo, di fronte ad un dubbio su di una dazione di denaro, ci si sarebbe dovuti soffermare sul concetto di mutuo.

Ulteriore caratteristica di questa ideologia era l'idea che il diritto costituisse da sé solo un sistema di talché tutte le proposizioni sarebbero state in relazione sistematica, logica e concettuale con tutte le altre.

Secondo entrambe le suddette teorie il diritto sarebbe dovuto consistere in chiare, brevi e semplici leggi tali da poter rendere edotto chiunque della propria posizione davanti ad esso. Invero, la certezza

205 G. TARELLO, *op. cit.*, pag. 2

assicurata dal codice veniva esaltata dal confronto col diritto a produzione giurisprudenziale: dal momento che la legge presentava il vantaggio, al contrario della sentenza creativa, di non avere efficacia retroattiva rispetto alle parti, si coltivò l'idea di emanare un testo organico e sistematico rispetto ai testi legislativi allora vigenti caratterizzati assai spesso da un significato oscuro, lacunoso e contraddittorio.

Si afferma, pertanto, con la Rivoluzione francese l'idea di «*emanare un codice semplice come la natura che potesse parlare a tutte le menti e a tutti i cuori*»²⁰⁶ tale che ogni cittadino avrebbe potuto comprenderne le disposizioni.²⁰⁷

E, tuttavia, non va obliterata la circostanza che, come si è evidenziato, il dogma della certezza del diritto trovava le sue radici anche nelle condizioni della dottrina francese al tempo della Rivoluzione: proprio in quegli anni, infatti, il ceto dei giuristi viveva una fase di *debacle*, che ne aveva annientato il prestigio, dovuta alla dispersione dei componenti dei *Parlements*, allo scioglimento dell'ordine professionale degli avvocati e alla chiusura delle facoltà di Diritto.²⁰⁸ L'unico modo di conservare il prestigio di tale ceto era, quindi, quello di fondarlo esclusivamente sul testo normativo: i giuristi smisero di essere interpreti delle regole di costume e di giustizia per trasformarsi in esegeti della norma.

E proprio alla Scuola dell'esegesi, secondo la quale la volontà legislativa poteva esprimersi solo a mezzo di testi normativi generali e astratti i cui unici interpreti erano i giuristi, il *Code Napoleon* deve tutte le sue fortune.

Il codice fu, infatti, rivisto da capo a fondo, se ne sciolsero le antinomie, se ne precisarono le nozioni oscure, mentre l'area di quelle di chiaro significato fu ampliata. I giuristi successivi si formarono, quindi, prendendo sempre come punto di partenza la norma del codice e

206 A. GAMBARO, *op. cit.*, pag. 450

207 A. ESMEIN, *L'originalite du Code Civil, in Livre du Centenaire*, I, pag. 5

208 A. GAMBARO, *op. cit.*, pag. 451

l'interpretazione di essa si andò fondando sui commenti, repertori e trattati esistenti. Tale impostazione, basata sull'esegesi della norma e sui commenti esistenti, fu tale da garantire la certezza del diritto anche in considerazione del fatto che la *Cour de Cassation*, una volta abbracciata una teoria non se ne discostava facilmente, riuscendo con gli anni a domare «*con la sua coerenza, anche nell'errore, le ribellioni delle corti di Appello che ingenuamente credevano di essere soggette solo alla legge*». ²⁰⁹È evidente come in questo senso il dogma della certezza del diritto non possa essere tributario del solo codice, ma anche di tutta l'impostazione che di esso era stata la base e tuttavia, come si è osservato, sono sempre le enunciazioni di principio, come è quella della codificazione, a catalizzare maggiore attenzione rispetto alla fenomenologia delle prassi applicative.

E, tuttavia, quello della certezza del diritto non è l'unica delle ragioni che sovente si portano a fondamento delle spinte alla codificazione: da più parti si è sostenuto, infatti, come essa sia stata l'esito naturale dell'affermazione della società borghese, essendo i valori di essa pienamente rispecchiati dall'opera napoleonica.

È, invero, innegabile che proprio in tale periodo storico europeo si affermava l'idea che le fonti del diritto dovessero identificarsi con la sovrana autorità statale e col rifiuto, pertanto, di qualsivoglia “legge fondamentale” superiore a quest'ultima.

Come si è acutamente osservato, infatti, in tale contesto, la positivizzazione dei diritti fondamentali, anziché approdare ad un procedimento di costituzionalizzazione, come invece avveniva negli Stati Uniti, conduceva alla «*codificazione delle libertà borghesi e dei rapporti di libero mercato nella forma di diritti civili-privati*» ²¹⁰tanto che si è giunti a ritenere che, con riferimento al panorama interno, la vera costituzione dell'Italia, più che lo Statuto Albertino, fosse stata proprio il codice del

209 A. GAMBARO, *op. cit.*, pag. 451

210 L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 4, pag. 515

1865.²¹¹

In proposito e per esigenze di completezza pare, però, opportuno precisare come il fattore culturale-ideologico non sia stato l'unico impulso all'opera di codificazione.

È, invero, indubbio che il *Code Napoleon* sia frutto della rivoluzione borghese e, tuttavia, tale classe sociale non è stata l'unica ad avvertire l'esigenza di organizzare il mercato una volta conquistato il potere politico.

Deve, infatti, dirsi che, da una parte, la legislazione codicistica era stata adottata già in paesi in cui la direzione politica era estranea alla borghesia come la Prussia di Federico Guglielmo II e l'Austria dell'Imperatore Francesco II e, d'altra parte, dopo il Congresso di Vienna il Codice era stato reintrodotta nel meno borghese degli stati preunitari, il Regno delle Due Sicilie. Non solo, la prova che il codice non avrebbe avuto la funzione di organizzare il mercato sarebbe stata offerta, peraltro, dal fatto che a tale esigenza nei paesi di *common law* si era pervenuti anche senza codificare.

Sembra, pertanto, più corretto ritenere che l'opera di codificazione vede nella borghesia il suo propulsore e, tuttavia, non nasce con lo scopo di regolare il mercato, bensì con quello di superare il particolarismo giuridico in favore della certezza del diritto.

Tale conclusione sarebbe asseverata, poi, dalla constatazione che il rivoluzionario Code Napoleoni e il conservatore A.B.G.B. prevedevano, con le necessarie ed inevitabili differenziazioni, gli stessi principi ossia l'abolizione della diversificazione dei diritti civili in relazione allo *status* delle persone; l'eliminazione dei vincoli perpetui sui beni; la fissazione di regimi di circolazione di questi ultimi; il diritto di chiudere i fondi; il riconoscimento dell'autonomia privata; l'affermazione della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore e, infine, la possibilità di trasmettere per

211 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pag. 561

testamento il proprio patrimonio.²¹²

2. La codificazione del 1865

La prima opera di codificazione italiana vide la luce nel 1865. Al contrario che nelle altre esperienze, la questione della codificazione non formò oggetto del vivace dibattito che, invece, aveva suscitato negli altri paesi, dal momento che, con ogni probabilità, non si arrivò mai a dubitare dell'utilità sociale di un codice civile: l'esperienza dell'applicazione del codice napoleonico all'Italia continentale era stata talmente favorevole che, una volta restaurato l'ordine antico, si preferì non tornare al vecchio sistema delle fonti di produzione giuridica.

In particolare, mentre nel Lombardo-Veneto era subentrato il codice austriaco il quale era di ispirazione e contenuto sostanzialmente diverso dal *Code Napoleon*, i diversi codici albertino, parmense, estense e del Regno delle Due Sicilie erano fortemente ispirati all'opera di codificazione francese; solo in Toscana e nello Stato Pontificio, invece, alla soppressione di quest'ultima seguì la restaurazione dell'ordine antico.

Il metodo della codificazione si era, in un certo senso, imposto alla mentalità giuridica dell'epoca, come emerge dalla relazione al primo progetto di revisione del codice albertino del 1860 secondo la quale «*la formula codificata del diritto*» si era imposta quale «*vocazione del secolo, condizione dei civili progressi*» e, pertanto, «*la questione del metodo di codificare era già sciolta dal fatto e dal consenso universali*».

Una volta realizzata l'Unità d'Italia, quindi, l'esigenza di unificare anche la legislazione delle varie regioni non poteva che passare attraverso la compilazione di un codice, fortemente tributario di quello napoleonico e arricchito dall'esperienza delle codificazioni preunitarie, cosicché le polemiche sulla codificazione non presero alcuna consistenza. In

212 A. GAMBARO, *op. cit.*, pag. 451

particolare, nelle intenzioni del legislatore stava proprio l'idea non tanto di emanare un nuovo codice avulso dalle esperienze pregresse, quanto, piuttosto, di compilarne uno che organizzasse quel diritto comune che si era formato in virtù dell'applicazione del *Code Napoleon*.

Ciò era stato determinato da molteplici fattori storici e sociali.

In relazione ai primi di essi, deve, infatti, rilevarsi, come il *Code* fosse stato fortemente ispirato dal diritto romano che allora era ritenuto patrimonio comune della società occidentale.

Sotto il secondo profilo, poi, va rilevato che il legislatore del 1865 abbia comunque voluto fare proprie le idee, esito della Rivoluzione francese, che avevano trovato la loro organizzazione giuridica all'interno del codice napoleonico. Idee, queste, che trovavano una corrispondenza nelle condizioni della società italiana, caratterizzata dall'ascesa della borghesia e da un rinnovato rapporto, da una parte, tra lo Stato e il cittadino e, dall'altra parte, tra il principio di autorità e quello di libertà. A titolo esemplificativo, la concezione della proprietà del codice francese, intesa quale attributo essenziale delle personalità, si attagliava perfettamente alle esigenze e alle aspirazioni della società italiana; così come la preminenza dei valori individuali, arricchiti dai principi di uguaglianza e di libertà affermatasi durante la Rivoluzione, si era affermata anche all'interno della società borghese italiana; anche le strutture economiche italiane aderivano, inoltre, alle categorie giuridiche napoleoniche in quanto anch'esse fondate sulla maggiore importanza della proprietà immobiliare e sulla libertà dei commerci.

La legge, nel rispetto dei principi liberali, nel riconoscere l'autonomia privata, si limitava, pertanto, a definire le procedure e gli schemi di azione, senza emettere alcun sindacato a proposito degli scopi perseguiti di volta in volta dalle parti. Già allora, infatti, ai fini della valida stipulazione del contratto la legge richiedeva la sola presenza di una causa lecita per obbligarsi, non essendo ritenuta tale solo quella contraria alla legge, al buon

costume o all'ordine pubblico: si trattava, come si è osservato, di una formula tipicamente espressiva dei principi liberali e tale da poter accogliere anche successivamente nuovi valori.²¹³

In proposito si è, tuttavia, rilevato che già nella codificazione napoleonica e, conseguentemente, nella nostra, l'idea individualistica affermata durante l'Illuminismo risultasse temperata da una concezione moralizzatrice riconducibile al sentimento giansenistico che si era diffuso fra i giudici.²¹⁴

Il nostro codice subiva ancora di più tale influenza, che poi si sarebbe ulteriormente affermata, e alla quale sarebbero state già allora riconducibili, invero, alcune disposizioni volte ad attenuare i rigori di una rigida applicazione dello *strictum ius* e ad evitare ingiuste locupletazioni in danno della parte più debole della dinamica contrattuale: ne sarebbero stati esempi le norme che attribuivano al giudice la facoltà di concedere un “termine di grazia” al debitore inadempiente e quella che, in caso di cessione del credito e di inadempienza del ceduto, limitava la responsabilità del cedente che avesse promesso la solvibilità di esso, al solo corrispettivo della cessione.²¹⁵

L'idea della completezza e sufficienza del codice permeava anche l'elaborazione italiana, tanto è vero che in sede di redazione si era seguita la tradizionale impostazione fondata sul binomio fattispecie-effetti, sulla base del convincimento che l'interprete nulla dovesse aggiungere all'accertamento del fatto compiuto dalla norma, con la conseguente eliminazione di norme come le clausole generali e dei concetti fluidi in genere.

Se il codice aveva tali pretese di completezza e il sistema risultava, in tal modo, compiuto, le leggi che rimanevano all'esterno di esso non potevano che costituire delle deroghe, delle eccezioni al codice in quanto

213 N. IRTI, *op. ult. it.*, pag. 24

214 G. GANDOLFI, *Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pag. 1158

215 G. GANDOLFI, *op. cit.*, pag. 1159

volte a disciplinare materie che, per il loro oggetto, mal si sarebbero prestate ad essere disciplinate all'interno del codice, ovvero, ancora, rappresentavano delle eccezioni alla regola codicistica, eccezioni che, comunque, non minacciavano le caratteristiche di definitività e di completezza che si riconnettevano all'opera di codificazione.²¹⁶

Deve, comunque, dirsi che il nostro codice del 1865 pur essendo, come si è detto, fortemente tributario della tradizione francese e conservando le caratteristiche dell'elasticità e dell'assenza di un rigido schematismo proprie del codice napoleonico, che permisero alla dottrina e alla giurisprudenza di elaborare soluzioni aperte al sostrato sociale, rappresentava tuttavia un incontestabile progresso rispetto al modello di riferimento per la chiarezza del dettato, la duttilità del contenuto delle norme più rilevanti e lo sviluppo dato ad alcuni istituti.

3. Dalla crisi del codice del 1865 al codice del 1942

L'opera di codificazione del 1865, si è visto, rappresentava e, in un certo senso, “cristallizzava” la situazione sociale di quegli anni; tuttavia, i mutamenti sociali che ne seguirono misero in crisi proprio la concezione dell'individuo e il principio della proprietà per come in esso erano stati affermati.

Invero, la fine del XIX e l'inizio del XX secolo vedono l'affermazione dello sviluppo della grande impresa cui conseguono la formazione del proletariato industriale, la maggiore rilevanza assunta dai problemi di lavoro e lo sviluppo delle idee socialiste. Sono questi gli anni delle due grandi Guerre in cui «*la bufera investe le grandi strutture sociali, trascina e confonde milioni di uomini sui campi di battaglia, solleva problemi di entità e di dimensione imprevedibili*».²¹⁷

Questo mutato quadro sociale non poteva non incidere, quindi, sulla

216 N. IRTI, *op. ult. it.*, pag. 24

217 N. IRTI, *op. ult. it.*, pag. 26

legislazione.

Se, infatti, la società si fa sempre più complessa e iniziano ed emergere le esigenze di classi sociali fra loro eterogenee, si fa sempre più avvertita la necessità da parte del legislatore di ricorrere allo strumento della legge speciale:²¹⁸ invero, non si tratta ormai di apprestare una disciplina eccezionale per determinate ipotesi, quanto, piuttosto di dettare una disciplina che si adatti alle nuove esigenze che emergono. In tale contesto, pertanto, la legislazione speciale oltre a fornire risposte alle domande che provengono dalla realtà, rendono omaggio all'unità dei codici, continuando a rappresentare questi ultimi non solo il diritto esclusivo ed unitario dei privati, ma anche il diritto comune vigente.²¹⁹

In questa fase della legislazione, tuttavia, il problema del rapporto fra codice civile e legislazione speciale non era ancora avvertito nei medesimi termini in cui lo è divenuto successivamente: colpiva maggiormente gli interpreti, invece, la c.d. ipertrofia del diritto privato, mentre la questione della parte generale costituì uno dei temi che possiamo considerare assenti nel dibattito dottrinale dell'epoca.

Tale atteggiamento troverebbe la sua ragione nel fatto che la nostra dottrina, pur essendosi formata sul modello tedesco che era basato su di un grande sforzo ricostruttivo, si inseriva comunque nel solco tracciato dalla tradizione francese la quale, al contrario, rifuggiva dall'edificazione di una "parte generale" optando, in sua vece, per l'esegesi dei testi.²²⁰

Il mutato quadro sociale non poteva non incidere, però, anche sull'allora vigente legislazione codicistica dapprima con la riforma del codice di commercio del 1865 che era culminata nel codice di commercio del 1882 e, successivamente agli acuti contrasti sociali determinatisi in

218 N. IRTI, *op. ult. it.*, pag. 27 e F. PIGA, *Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pag. 60

219 N. IRTI, *op. ult. it.*, pag. 27

220 P. RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, pag. 68

seguito alla Prima Guerra, con l'idea di riformare lo stesso codice civile.

Fu, quindi, emanata la l. 30 dicembre 1923 di delega al Governo della facoltà di emendare il codice civile e di pubblicare nuovi codici di procedura civile, di commercio e della marina mercantile: in virtù di ciò, pertanto, fu nominata una Commissione Reale la quale predispose negli anni fra il 1924 e il 1937 i progetti preliminari dei primi tre libri dell'attuale codice e il progetto preliminare del codice di commercio.

Ma i progetti di riformatori non si limitavano a ciò, dal momento che in quegli anni veniva costituita una commissione mista italo-francese col proposito di realizzare una legislazione uniforme nei due paesi in materia di obbligazioni e contratti. Tale elaborazione, che culminava in un progetto comune del 1928, si proponeva quale modello che potesse servire alle nazioni europee ed extracontinentali che intendessero sottoporre a revisione i loro codici e tuttavia, pur trovando molteplici assertori, non ebbe seguito.

Maggior seguito ebbero, invece, i lavori della Commissione Reale, tanto è vero che, dopo diversi anni di elaborazione, nel 1939 vedeva la luce il primo e l'anno successivo il secondo libro del codice civile. A questo punto, però, i lavori della Commissione iniziarono a procedere in maniera affrettata, anche sotto le pressioni politiche che volevano un codice espressione dell'ideologia fascista.

E, fortunatamente, quest'ultima riuscì a non prevalere nella stesura del dettato legislativo soprattutto grazie all'opera dei giuristi che presero parte alla codificazione: a titolo esemplificativo si riuscì, infatti, a non codificare i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista quali premesse al codice a mezzo del riconoscimento giuridico della Carta del lavoro approvata dal Gran Consiglio nel 1927; si riuscì, inoltre, in punto di tecnica legislativa, a ricorrere alle tradizionali ricostruzioni dottrinali e a trasporre sul piano del dettato legislativo le più accreditate massime giurisprudenziali.

Prevalse, poi, l'idea che l'articolazione del diritto privato in due

diversi codici, quello civile e quello del commercio, non era adeguato al mutato contesto sociale, sicché si decise di rendere uniforme la disciplina civile e commerciale, impostando la disciplina dell'attività economica dal punto di vista soggettivo sulla figura dell'imprenditore e dal punto di vista oggettivo sui concetti di impresa e azienda. Si attribuì maggiore valore, conseguentemente, alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, uno degli elementi più rilevanti dell'attività imprenditoriale.

In virtù di tale unificazione dei due codici, quindi, l'idea iniziale di emanare solo altri due libri ("cose e diritti reali" e "obbligazioni e contratti") in aggiunta ai due già in vigore del codice civile ("Delle persone e della famiglia" e "Delle successioni") dovette lasciare spazio ad una diversa sistemática: prevalse l'idea, infatti, di dedicare un ulteriore libro ("Del lavoro") alla regolamentazione delle attività economiche e dei suoi soggetti e un libro ("Della tutela dei diritti") ad istituti apparentemente diversi, ma teleologicamente accomunati dal fatto di avere la funzione di assicurare in via preventiva o successiva l'attuazione del diritto soggettivo.

Se di questo codice non si possono certo vantare le caratteristiche rivoluzionare proprie, invece, della codificazione napoleonica, bisogna ammettere che il giudizio positivo su di esso, oltre a dipendere dai progressi tecnici rispetto alla pregressa legislazione e dalla sua impostazione sistemática, si fonda essenzialmente sulla vitalità delle idee che ne sono alla base e sulla precisione con cui quest'ultime sono state tradotte in regole giuridiche.²²¹

Non mancavano, tuttavia, le concessioni all'impostazione corporativa, come sarebbe emerso dalla lettura di alcune disposizioni quali, paradigmaticamente, l'art. 2063 che inquadrava l'economia nel contesto delle corporazioni; gli artt. 2088 e 832 che sancivano il dovere di incrementare la produzione nazionale ricadente, rispettivamente, sull'imprenditore e sul proprietario; ovvero, ancora, l'affermazione della

221 R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, 1960, *passim*

funzione sociale della proprietà.²²²

Pur ponendosi nel solco della tradizione non mancavano -deve ammettersi- gli elementi di novità nella nuova opera di codificazione. Ad esempio, al contrario di quello previgente, «*locato dai francesi*»²²³ e di chiara impronta individualistico-liberale, l'attuale codice, espressione della cultura italiana, pur essendo informato al principio dell'autonomia provata, correlata comunque ai principi di tutela della produzione e del credito e di doverosità del lavoro produttivo, è caratterizzato da una chiara impronta “sociale” in quanto informato ai valori espressi dalla Carta del lavoro.²²⁴

Si tratta comunque, come si è rilevato, di un'opera che non si discosta dalla tradizione ottocentesca per quanto concerne il sistema delle fonti, dal momento che la pretesa di compiutezza del codice e la sua primazia sono affermate attraverso il ricorso ai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato” (art. 12 Prel.) come mezzo di autointegrazione del diritto positivo e dal divieto di analogia delle leggi eccezionali (art. 14 Prel.).

4. Ricostruzione storica dell'edificazione di una categoria generale del contratto

La nozione di contratto quale accordo per costituire, modificare o estinguere un rapporto era estranea al diritto romano classico il quale presentava sul punto notevoli incertezze ed oscillazioni²²⁵ e ricollegava il *contractus* al vincolo obbligatorio in sé, piuttosto che all'accordo.²²⁶

222 A. DONATI, *A proposito di una voce sulla codificazione civile del 1942*, in *Vita not.*, 2007, pag. 29

223 PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, ___pag. 408

224 A. DONATI, *op. cit.*, pag. 29

225 G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Giappichelli, 1963, pag. 29

226 E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, pag. 385

Il verbo *contrahere*, invero, possedeva diversi significati tali da legittimare variegati usi del termine che spaziavano dal senso diretto materiale (*contrahere vultum, frontem etc.*) all'applicazione nei rapporti umani. Da quest'ultimo punto di vista il termine, da una parte poteva designare rapporti che importassero l'applicazione di conseguenze giuridiche (*contrahere delictum, stipulationem etc.*), ma, d'altra parte, era passibile di un' ampia e

Il termine addirittura non compare negli scritti dei giuristi i quali, in sua vece, ricorrevano ad espressioni quali *negotium*, *actum* o *res gesta*.

Come si è osservato,²²⁷ lo sviluppo di significato del termine *contractus* deriva dal fatto che, verosimilmente, nelle Istituzioni gaiane l'*obligatio ex delicto* si poneva quale appendice alla trattazione delle *obligationes ex contractu*, intese quest'ultime quale ampia categoria rappresentativa dell'*obligationem contrahere* per eccellenza e sulle quali si è, quindi, edificato il concetto di *contractus* in antitesi a quello di *delictum*.

Il *contractus* avrebbe dovuto essere distinto dal concetto di *negotium*, di affare, dal momento che solo nel primo l'affare in sé considerato era produttivo del vincolo obbligatorio: ed era proprio questa la ragione per la quale il *contractus* era per i Romani fonte di obbligazioni.

Tale impostazione, che vedeva come elemento fondante della categoria del contratto l'*obligari*, inteso, quindi, come causa del consenso, viene, in un certo senso, capovolta dalla successiva impostazione bizantina. In base ad essa, infatti, elemento fondante del contratto era il consenso e, semmai, elemento perfezionatore di esso sarebbe stata l'adozione di una particolare forma ovvero la dazione della *res*.

La *stipulatio* diventa, in questo senso, forma di espressione del consenso con conseguente emersione delle singole cause del contratto: si rende, pertanto, possibile individuare i diversi tipi di esso proprio in relazione alle diverse cause sostanziali. Tutto ciò, tuttavia, riguardava il solo ambito limitato dei contratti tipici, perché ne restavano esclusi, di converso, quelli innominati.²²⁸

Ciò che era ancora estraneo all'elaborazione teorica romana era la costruzione di una categoria generale di contratto, ma esisteva, piuttosto, la disciplina dei singoli tipi contrattuali. Invero, non esisteva una teorica dei limiti generali entro i quali l'accordo potesse produrre effetti né, tantomeno,

generalizzata applicazione al campo delle obbligazioni

227 G. GROSSO, *op. cit.* pag. 32

228 G. GROSSO, *op. cit.* pag. 69

una generica affermazione della libertà contrattuale.

Già nelle fonti romane comunque inizia ad affermarsi il principio in base al quale, a prescindere dall'esistenza di contratti nominati, bastava l'accordo fra le parti perché nascesse il vincolo obbligatorio, principio, questo, che troverà una più compiuta elaborazione nei commentatori bizantini che parleranno di contratti innominati.²²⁹

Va, però, rilevato che l'attuale sistematica del contratto come categoria generale è l'esito dello sviluppo successivo al diritto romano. A questo si deve, piuttosto, l'idea che la forma della *stipulatio* fosse necessaria per rendere obbligatori, entro limiti determinati, i più svariati contenuti delle pattuizioni, ma tale idea, tuttavia, troverà una più compiuta elaborazione solo nel diritto post-classico e giustiniano. Anche tale successiva riflessione, però, come la precedente,²³⁰ era fondata sulla tipicità contrattuale dovuta alla forma o alla causa.

Tale impostazione rimarrà ferma per tutto il periodo del c.d. diritto comune sino alla successiva elaborazione della dottrina del diritto naturale che si rinvigorisce durante l'Illuminismo con le affermazioni della libertà del singolo e dell'autonomia della sua volontà quale necessaria e sufficiente giustificazione per la nascita del vincolo obbligatorio: come si è osservato si finisce con l'affermare *«la natura spirituale del fenomeno contrattuale, del tutto sciolto da elementi rituali, o simbolistici, o materialistici, o formalistici, ancora propri degli ordinamenti contrattuali dei popoli primitivi»*.²³¹

Si deve, quindi, all'opera di Domat²³² e Pothier²³³ l'enucleazione di regole costanti e comuni a tutti i negozi, in maniera tale da enucleare con procedimento astrattivo una categoria generale del contratto.

229 G. GROSSO, *op. cit.* pag. 164

230 G. GROSSO, *op. cit.* pag. 239

231 F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, _____, pag. 785

232 DOMAT, *Les lois civiles. Des obligations, titre I: des conventions en general*, (trad. it.), Pavia, 1825, *passim*

233 POTHIER, *Obligations*, Bruxelles, 1831, *passim*

Tale opera di astrazione troverà una più completa elaborazione, però, in epoca successiva, nella teoria del negozio giuridico, nella quale si ricomprende il contratto, che si deve alla pandettistica tedesca.²³⁴

Come si è, però, rilevato, *«la elaborazione della categoria del negozio giuridico ha risentito alquanto dell'individualismo dominante l'epoca in cui tale teoria fu enunciata ed elaborata. Da un lato le forme più complesse e vincolistiche a cui ha portato lo sviluppo del capitalismo, primo elemento disgregatore di quel concetto assoluto di libertà economica individuale da cui è partito, e insieme la rivoluzione industriale, col risultato di una produzione di serie, che importa anche contrattazione di serie, dall'altro lato, fattore questo dominante e positivo, le tendenze sociali che hanno portato al superamento dell'individualismo assoluto che aveva dominato la speculazione dei secoli XVII e XVIII e la vita del secolo XIX, e l'affermarsi sempre più deciso del socialismo, oltrechè nel pensiero anche nelle realizzazioni, attraverso le impellenti esigenze delle masse, dall'altro lato ancora una reazione dell'astrattismo dogmatico, hanno portato ad una profonda crisi di questo concetto del negozio giuridico, che si innesta sul grave problema teorico generale riguardo la norma, che esso ci pone. Ed anche lo stesso concetto generale del contratto, e la libertà contrattuale ancora affermata nell'art. 1322 del nostro codice civile attuale, ne risente un contraccolpo»*.²³⁵ Deve, infatti, rilevarsi come l'edificazione di una categoria generale del contratto debba raccordarsi, da un lato, con la sistematica al fine di non tralasciare le più minute particolarità e individualità e, d'altra parte con la tendenza a nuove forme di vita sociale.

5. Il contratto in generale nel codice civile

La codificazione del '42 realizza un'evoluzione della disciplina del

234 In proposito si rimanda alla ricostruzione operata da CALASSO, *Il negozio giuridico*, ____, *passim* e PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, pag. 77

235 G. GROSSO, *op. cit.* pag. 241

contratto per effetto della recezione dell'impostazione propria del regime tedesco: proprio in quest'ambito, infatti, si avverte con maggior vigore il superamento dell'impostazione individualistica in favore di quella più prettamente solidaristica, e di cui si è detto, alla quale conseguono l'accoglimento della teoria dell'affidamento, la mutata rilevanza dell'elemento volitivo e la diversa configurazione del regime patologico.

Da una parte, infatti, viene rivisto il principio secondo il quale il contratto, qualunque sia il suo contenuto, anche se iniquo, si impone al giudice: alla "lesione", infatti, che nel vigore del codice del 1865 non era neppure causa di invalidità, viene dedicato l'intero capo sulla rescissione. Inoltre, l'attuale impostazione ammette un intervento del giudice volto a ridurre l'ammontare della penale se "manifestamente eccessivo" al contrario di quanto prevedeva il codice previgente che ammetteva detto intervento solo se l'obbligazione principale fosse stata parzialmente eseguita.²³⁶

Consegue da questo rinnovato modo di valutare i rapporti fra le parti non solo in ottica individualistica la valorizzazione del canone di interpretazione ed esecuzione del contratto secondo "buona fede" che ben si combina col principio di tutela dell'affidamento, come emerge, paradigmaticamente nella disciplina dell'errore.²³⁷

Per quanto riguarda l'organizzazione della materia, poi, il nostro codice civile dedica gli artt. 1321-1469 alla disciplina generale del contratto: si è osservato come in tal modo il legislatore abbia voluto predisporre uno «*stampo uniforme, racchiudendo le costanti formali del contratto medesimo e nel quale è possibile versare qualsiasi contenuto*».²³⁸ In particolare, l'opera legislativa sembrerebbe essere andata ben oltre la «*piena consacrazione*» della figura generale del contratto,²³⁹ nel senso di dotare tale figura di un'autonoma forza espansiva che le era estranea nel

236 G. GANDOLFI, *op. cit.*, pag. 1159

237 G. GANDOLFI, *op. cit.*, pag. 1160

238 F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, _____, pag. 786

239 SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, _____ pag. 49

vigore del codice del 1865.²⁴⁰

Invero, non si è mancato di notare come parecchi istituti propri di discipline speciali del previgente codice siano stati successivamente trasfusi nella parte generale del contratto del codice del 1942²⁴¹ in un processo che si è definito di *generalizzazione*.²⁴²

Così stando le cose, non poteva sfuggire alla dottrina, anche immediatamente all'emanazione del codice, la questione relativa al rapporto fra il quadro complessivo di regole disegnato agli artt. 1321-1469 e quelle concernenti, invece, le singole e specifiche figure contrattuali.

In proposito, si riteneva che di fondamentale importanza fosse l'art. 1323 a mente del quale «*tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo*».

Il concetto di “norme generali” non era, però, univoco: in un primo senso, infatti, esso avrebbe potuto designare uno schema astratto di regole da contrapporre a quelle specifiche dei singoli tipi contrattuali. Ma tale concetto, come si anticipava, era suscettibile di un ulteriore e preminente significato: in quest'ultimo senso, infatti, le “norme generali” avrebbero costituito quelle norme comuni suscettibili di applicazione anche ai contratti tipici, in concorso e non in antitesi con le norme dettate *ratione materiae*.

Tale conclusione si basava sull'osservazione a mente della quale le norme generali sul contratto avrebbero costituito qualcosa di monco dal

240 E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, pag. 396

241 Come rammenta E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, pag. 397 «*la (generale) azione di rescissione del contratto concluso in stato di bisogno (art. 1448 c.c.) deriva dall'istituto (particolare) della rescissione della vendita immobiliare di cui all'art. 1529 del codice civile abrogato; l'art. 1347 c.c., in tema di possibilità sopravvenuta dell'oggetto, è eredità del disposto di cui all'art. 1461 c.c. abr., dettato in tema di compravendita; l'art. 1349 c.c., relativo alla determinazione dell'oggetto deriva dall'art. 1454 c.c. abr., sempre concernente il contratto di compravendita; gli artt. 1377 (trasferimento di una massa di cose) e 1378 (trasferimento di cosa determinata solo nel genere) del codice civile traggono le loro origini (rispettivamente) dagli artt. 1451 e 1450 contemplati dal codice civile previgente in tema di compravendita; gli artt. 1460 (eccezione di inadempimento) e 1461 (mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti) c.c., sono stati mutuati dalla disciplina della compravendita (art. 1469) del codice civile del 1865*».

242 F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Vol. XXI, T. 1, GIUFFRÈ, 1968, pag. 39

punto di vista sostanziale, dal momento che a connotare concretamente il singolo contratto e ad esprimere la sua finalità economica sarebbero state, poi, le norme particolari ad esso. Le norme generali avrebbero rappresentato, quindi, la struttura portante dei singoli contratti, ossia un complesso di regole “in bianco” da potersi applicare ad essi senza difficoltà, mentre la loro impronta caratterizzante sarebbe stata fornita dalle norme speciali.²⁴³

Per tali ragioni, quindi, il rapporto fra i due complessi di norme non poteva essere di antitesi o reciproca esclusione, quanto, piuttosto, di combinazione. La disciplina del singolo contratto andava, infatti, costruita combinando le diverse norme: in caso di mancata previsione di effetti da parte della normativa speciale sarebbe “emersa”, a colmare la lacuna, la regola generale rinvenibile fra gli artt. 1321-1469.

Tale impostazione, che vedeva le norme generali sui contratti quali norme comuni nel senso che si è indicato, rispondeva, fra l’altro ad esigenze di economia.

In primo luogo, infatti, l’idea che le norme generali costituissero uno schema “in bianco” suscettibile di applicazione a tutti i contratti, risolveva anche il problema della disciplina predicabile per i contratti atipici: qualora nel regolamento previsto dalle parti fosse stata ravvisabile una lacuna, infatti, questa sarebbe stata colmata *de plano* attraverso il ricorso alla disciplina generale.

Inoltre, si osservava, tale disciplina comune avrebbe costituito un valido schema di riferimento per disciplinare gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale,²⁴⁴ nonché per disciplinare la figura dell’accordo.²⁴⁵

243 F. MESSINEO, *Contratto cit.*, pag. 787

244 Negozi che, giova rammentare, pur avendo una notevole rilevanza pratica erano rimasti esclusi dalla disciplina del codice civile del 1865 per essere consegnati al codice del commercio o all’allora vigente normativa extracodicistica. Prendendoli in considerazione e predicando per essi la medesima disciplina applicabile al contratto in generale, l’attuale codice civile mostra di colmare una lacuna che si era creata nella previgente legislazione.

245 F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, pag. 788

Si tratta di un'impostazione, questa, tuttavia, destinata ad essere sottoposta a critica: se, infatti, essa poteva mantenere una sua coerenza all'indomani dell'emanazione del codice civile, l'evoluzione legislativa successiva, di cui si dirà subito, avrebbe presto messo in rilievo i vizi di questo argomentare.

Invero, anche volendo mantenere l'attenzione al solo dato normativo offerto dalle disposizioni codicistiche e senza allungare lo sguardo verso la normativa *extra codicem*, come, invece, si farà successivamente, è inevitabile constatare che l'idea di una parte generale del contratto, idonea a regolare quest'ultimo come figura unitaria non può essere accolta *sic et simpliciter*.

In primo luogo, è sovente la disciplina dei diversi tipi contrattuali ad escludere espressamente l'applicazione della disciplina generale del contratto: a titolo esemplificativo, la transazione non può essere impugnata per lesione o annullata per errore di diritto; ovvero la sopravvenienza nel contratto di appalto importa la revisione del prezzo e non la risoluzione.²⁴⁶

In secondo luogo, poi, il rapporto fra la normativa particolare dei contratti e quella in generale, pur non essendo di antitesi è comunque di esclusione, nel senso che la normativa tipica detta una disciplina che porta alle medesime conseguenze di quella generale, ma esclude l'applicabilità di quest'ultima: ad esempio, il contratto di somministrazione si risolve in caso di inadempimento di “*notevole importanza*”, valutazione ben diversa rispetto alla “*non scarsa importanza*” di cui all'art. 1455 c.c.²⁴⁷

Infine, anche l'assunto in base al quale solo la normativa generale avrebbe contenuto le disposizioni relative alla struttura del contratto poteva essere sottoposto a critica, dal momento che disposizioni di questo tipo si rinvenivano anche nella disciplina delle diverse tipologie contrattuali, come dimostra la disciplina dell'annullabilità del contratto di assicurazione per

246 G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 2, pag. 328

247 G. DE NOVA, *op. cit.*, pag. 330

reticenze del contraente di cui all'art. 1892 c.c. In particolare, non si sarebbe potuto negare in radice che norme di tal fatta potessero essere considerate limitate al solo tipo contrattuale cui si riferiscono: ad esempio, le norme sulla garanzia per evizione, pur riferendosi alla compravendita, sono applicabili a tutte le ipotesi di garanzia a titolo oneroso.²⁴⁸

Già basandosi sul solo dato codicistico emerge, quindi, una notevole frammentazione della figura del contratto con la possibile conseguenza che le norme dettate in generale, più che costituire l'impalcatura sulla quale modellare ogni tipo negoziale svolgerebbero, piuttosto, la funzione di diritto residuale, risultando escluse dalla normativa particolare ogniqualvolta vi sia coincidenza della sfera di applicazione.²⁴⁹

Ci si dovrebbe chiedere, quindi, quale sia stata, semmai, la consistenza effettiva della categoria generale del contratto.²⁵⁰

6. *L'evoluzione legislativa successiva*

Sin qui si è brevemente ripercorso l'*iter* della codificazione e si sono svolti alcuni cenni a proposito del modo in cui veniva delineata la categoria generale del contratto.

Il dato costante ed inoppugnabile che emerge da quanto detto è che in quel periodo storico si era affermata una concezione “codicentrica”, dal momento che non può in alcun modo negarsi che il sistema trovava la sua ragion d'essere all'interno del codice civile: le questioni riguardanti lacune ed antinomie andavano risolte, infatti, basandosi sul solo dato codicistico e le eventuali (poche) norme *extra codicem* assunsero dapprima al rango di eccezioni e successivamente a quello di una sparuta minoranza di disposizioni speciali dettate solo a disciplina di istituti che *ratione materiae* non avrebbero potuto trovare posto all'interno del codice.

248 P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, pag. 809

249 G. DE NOVA, *op. cit.*, pag. 331

250 P. VITUCCI, *op. cit.*, pag. 809

Se nella vigenza del *Code Napoleon* più che di centralità del codice poteva parlarsi di identificazione del sistema stesso in esso,²⁵¹ anche successivamente, dunque, il codice costituiva lo strumento principe offerto all'interprete.

Su questa linea di pensiero, fra l'altro, sembrerebbe collocarsi anche l'idea che la parte generale del contratto di cui agli artt. 1321-1469 c.c. costituisse il sostrato sul quale modellare ogni specifico contratto tipico o atipico. Si afferma, infatti, in tal modo che di fronte ad una lacuna l'interprete può sempre ricorrere alla disciplina generale del codice: anche da questo punto di vista, quindi, il sistema si esaurisce sempre all'interno di questa legge fondamentale e onnicomprensiva che sarebbe, appunto, il codice civile.

A voler usare un'espressione figurata è come se il sistema stesso, rappresentato dal codice e le diverse norme che lo compongono anche se estranee a quest'ultimo, in un certo senso, si “riavvolgessero” sul codice: il sistema è il codice e all'interno di esso trova disciplina, così come quella sparuta minoranza rappresentata dalle norme *extra codicem*. Il tutto, quindi, ossia il punto di partenza e di arrivo per l'interprete è rappresentato dal codice civile.

Tale impostazione poteva avere sicuramente una sua tenuta dogmatica all'indomani del 1942, quando le leggi speciali non erano, appunto, che un'esigua minoranza e il codice raccoglieva, altresì, i valori dell'ideologia corporativa: gli esiti della Guerra, però, non potevano che riflettersi anche sull'impianto normativo interno.

Si è già anticipato, infatti, che il grande conflitto provocò una sorta di «*accelerazione della storia*»,²⁵² facendo sì che nell'arco di pochi anni la società non si riconoscesse più nella tavola di valori propri della borghesia liberale: a quest'ultima si andava affiancando, infatti, con sempre maggior vigore il proletariato, latore di esigenze nettamente diverse rispetto a quelle

251 P. SCHLESINGER, *op. cit.*, pag. 404

252 D. HALÉVY, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, Paris, 1948

che sino ad allora avevano trovato la loro risposta nella legislazione vigente.

Ci si riferisce, in particolare, a quel periodo storico che segna il passaggio dalla fase del primo capitalismo verso quella successiva, e che si può collocare all'interno di quasi tutto il XX secolo, caratterizzato, da una parte, dalla presa d'atto che il mercato possa fallire e, d'altra parte, dallo scopo di affidare allo Stato la promozione di una società migliore.²⁵³

Si tratta proprio di uno sviluppo che parrebbe essere tutto interno allo stesso capitalismo e non, invece, determinato dalle pressioni esercitate sul sistema dai conflitti di classe.

In primo luogo, deve osservarsi che, se è vero, come è vero, che l'intervento progressivo dello Stato nell'economia nasce anche per dare risposta alle esigenze dei ceti più deboli è altrettanto vero, però, che l'irrompere della classe operaia e della lotta di classe non furono altro che una conseguenza del modo di produzione capitalistico.

In secondo luogo, poi, non deve obliterarsi la circostanza che attraverso l'intervento statale nell'economia si favoriva l'attività del singolo capitalista, scaricando sulla società costi che altrimenti sarebbero rimasti a suo carico.²⁵⁴

Tale stato di cose trova, peraltro, il suo emblema nella promulgazione della Costituzione repubblicana del 1948.

In un primo momento la cultura giuridica manifestò una certa chiusura nei confronti di quest'ultima, predicando il carattere meramente programmatico delle sue disposizioni, ovvero interpretandole alla luce delle norme codicistiche. Come si è osservato²⁵⁵, si trattava, però, di un atteggiamento conservatore, alimentato dal timore di sovvertire gli equilibri radicatisi con la codificazione e non da preoccupazioni politiche, destinato

253 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 25

254 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 26

255 S. MAZZAMUTO- L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pag. 532

velocemente a mutare.

La Costituzione era, infatti, aperta ad ideologie, come quella cattolica e socialista, estranee al precedente percorso legislativo e in virtù delle quali si realizzava un ampliamento del catalogo dei diritti di libertà. In tale rinnovato contesto, addirittura, muta il modo in cui viene considerato l'individuo: egli viene tutelato non solo in quanto soggetto atomisticamente considerato, come, invece, in passato, ma in quanto membro di gruppi intermedi, ossia formazioni sociali che si pongono fra i poteri pubblici e i singoli.²⁵⁶

E proprio questo ha delle pesanti ricadute sulla legislazione.

L'impianto legislativo si arricchisce, infatti, di una diversa tipologia di norme, quelle definite *di scopo* le quali, anziché limitarsi a garantire la libertà dei privati dall'ingerenza pubblica, indicano allo Stato gli obiettivi da conseguire per il benessere comune con ciò selezionando gli interessi meritevoli di tutela.

È la legge che, quindi, attraverso tali norme, come gli artt. 41 e 42 Cost., intervenendo sull'autonomia privata seleziona gli scopi da perseguire; essa cessa di essere lo strumento offerto ai privati per conseguire liberamente i fini prescelti, per divenire la regola finale.²⁵⁷ In un certo senso, la differenza fra la norma strumentale e quella finale potrebbe essere compendiata in quella che intercorre fra la formulazione di regole di viabilità e l'indicazione, invece, della direzione che ognuno dovrebbe prendere.²⁵⁸

Il progressivo intervento statale si riflette, quindi, anche sulla tecnica legislativa.

Invero, si perde il linguaggio unitario del codice perché la legge inizia ad assumere caratteristiche di concretezza ed individualità, così determinando il progressivo moltiplicarsi delle fonti extracodicistiche non

256 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 29

257 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 30

258 F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, trad. it. R. COSTANZI, Milano, 1948, pag. 66

solo nel numero, ma anche nelle modalità espressive che si fanno sempre più discordi, prolisse e programmatiche. In tale contesto diventa, quindi, più complicato per l'interprete ricostruire l' "intenzione del legislatore" e "il significato proprio delle parole" di cui all'art. 12 Prel., dovendosi ricorrere a tal scopo al solo ambito delle terminologie usate nei diversi campi di disciplina.²⁵⁹

L'intervento statale in economia si manifesta, poi, oltre che attraverso il moltiplicarsi di norme imperative,²⁶⁰ in luogo di quelle dispositive che avevano caratterizzato la fase del primo capitalismo, anche attraverso l'emanazione di leggi che inducono il destinatario di esse a determinarsi in un certo modo.

A tal proposito rilevano le leggi c.d. incentivo, ossia leggi che inducono i privati a compiere una determinata azione rispondente all'interesse pubblico che, in assenza della previsione normativa, non sarebbe stata compiuta, attraverso la concessione di un vantaggio,²⁶¹ come, a titolo esemplificativo, la disciplina dei mutui di scopo.

Come si è osservato, e con ciò ci si raccorda a quanto precedentemente notato quando si poneva in evidenza come lo sviluppo del capitalismo fosse un processo endogeno a se stesso, tale forma di legislazione, oltre a rappresentare una forma di governo nell'economia è servita, soprattutto a *«sopperire alla cronica difficoltà di accesso al credito, in una con la più marcata difficoltà di autofinanziarsi, delle piccole e medie imprese»*²⁶² e, quindi, non altro che uno strumento per venire incontro alle esigenze degli imprenditori: Allo stesso modo, poi, -si osserva-, la previsione di un obbligo legale a contrarre, come quella di cui all'art. 2597, che sicuramente si pone quale limitazione all'autonomia privata, altro non rappresenta, in ultima istanza, che una risposta alla mancanza di una normativa antitrust.²⁶³

259 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 32

260 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 29

261 G. GUARINO, *Sul regime costituzionale* _____ pag. 132

262 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 27

263 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 28

Si è detto del cambiamento di prospettiva assunto dal legislatore in questi anni. Pare adesso opportuno, quindi, indagare il modo in cui concretamente prese forma il progressivo intervento dello Stato nell'economia.

Come si diceva, la legge, facendosi sempre più individuale e concreta, inizia ad assumere un marcato carattere contrattuale, nel senso di intervenire in settori prima riservati all'autonomia privata: si è detto che essa diventa “*statuto di gruppi*”, nel senso che non appena una cerchia di soggetti «*consegue nella forma della legge gli scopi, che avrebbe potuto raggiungere, o aspirare a raggiungere, mediante gli antichi strumenti negoziali, allora la legge diviene regola di un gruppo specifico e cessa di essere regola del cittadino neutro*». ²⁶⁴

Non può non menzionarsi, in proposito, l'impianto normativo disegnato sulla base dell'accordo raggiunto fra lavoratori e datori di lavoro.

Il diritto del lavoro, invero, riveste un ruolo molto rilevante nell'economia della presente trattazione perché, da una parte è espressione di una normativa nata sulla base dell'incontro di volontà fra le parti sociali, d'altra parte, ancora, pare essere espressione di come il valore della giustizia distributiva, affermatosi con la Costituzione, riuscisse a penetrare all'interno della legislazione;²⁶⁵ non solo, ma esso costituisce, fra l'altro, una branca del diritto, disciplinata da regole sue proprie, sussumibile nella formula diritto secondo e sulla quale si tornerà a breve.

Invero, se si volessero brevemente analizzare le peculiarità della disciplina lavoristica in ottica di comparazione con quella generale del contratto, sembrerebbero potersi isolare due diversi filoni, uno, relativo ai principi regolatori della materia e un altro, relativo alle fonti della disciplina.

Sotto quest'ultimo profilo, come si è rilevato,²⁶⁶l'art. 39 Cost.

264 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 40

265 L. MENGONI, _____, in *Giorn. dir. lav. e rel ind.*, 1990, 1, pag. 17

266 L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 16

attribuisce alle associazioni sindacali un potere che non è riconosciuto a nessun'altra associazione, ossia quello di vincolare i propri membri a rapporti contrattuali mediante la predisposizione di condizioni generali di contratto non derogabili in sede di contrattazione individuale: il contratto collettivo di lavoro, dunque, sarebbe un atto negoziale, ma a struttura imperativa.

Si tratterebbe di una forma contrattuale del tutto incompatibile con i principi regolatori del contratto in generale che vedono l'autonomia privata quale principio fondamentale della contrattazione e che potrebbe raccordarsi alle regole generali civilistiche solo attraverso il riferimento all'istituto della rappresentanza; ma si tratterebbe di un raccordo ormai intaccato dalla proliferazione di leggi speciali che affidano alle associazioni sindacali più rappresentative sempre maggiori poteri.

Per quanto riguarda i principi regolatori della materia, poi, va detto che un ruolo molto importante è svolto dalle previsioni di cui alla carta costituzionale.

Tali principi che, come si è osservato²⁶⁷, al contrario di quelli di cui all'art. 12 Prel., non sono tratti dalle stesse norme che compongono l'ordinamento, ma, in un certo senso, sono imposti *a priori*, innovano il sistema: in particolare, solo alcuni dei principi costituzionali dettati in materia lavoristica esprimono regole di comportamento, come quelli sull'equità della retribuzione, sul riposo settimanale e sul diritto di sciopero, mentre gli altri rappresentano delle norme di scopo, ossia delle direttive rivolte al legislatore, come quelli relativi al diritto ad un lavoro.

7. L'emersione di “micro-sistemi” e le reazioni della dottrina

Appare evidente, quindi, come il diritto del lavoro, avendo una sua

²⁶⁷ L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 10

autonoma *ratio*, ed essendo disciplinato da regole sue proprie, rappresenti un corpo normativo ormai distaccato dal sistema generale del diritto civile, così come lo sono divenute successivamente altre normative, ed emblema dei “micro-sistemi” che si vanno progressivamente contrapponendo alla disciplina generale, sicché pare opportuno, adesso, indagare le reazioni della dottrina davanti a tale fenomeno.

In particolare, sembrerebbero potersi isolare due diverse linee di pensiero: una, che mettendo in rilievo il profluvio di leggi speciali, manifesta una decisa opzione nel senso della “disgregazione” del sistema sorto intorno al codice e un'altra, che, invece, pur prendendo atto dell'espansione del sistema legislativo, ritiene che il codice possa comunque rappresentare la fondamentale linea interpretativa per il giurista.

Prima di addentrarsi in questa indagine, però, sembrano opportune alcune considerazioni in ordine al concetto di “specialità”.

In particolare, quest'ultimo, così come quello di generalità, non è altro che il frutto di un giudizio di comparazione e di interpretazione a nulla rilevando la sede, codicistica o meno, in cui si trova la norma: invero, se così non fosse nessuna norma potrebbe dirsi speciale, dal momento che la struttura logica di quest'ultima è la medesima di tutte le altre norme, una fattispecie alla quale sono ricollegati degli effetti²⁶⁸.

Affinché, però, possa trovare applicazione il giudizio di comparazione cui si accennava innanzi è necessario che le due norme, ossia quella presa a parametro di riferimento e l'altra, siano caratterizzate da un elemento in comune: in particolare, fattispecie ed effetti delle due non coinciderebbero, dal momento che una norma (quella speciale) sotto questo profilo presenterebbe una differenza, nel senso che aggiunge una nota ulteriore alla previsione generale. Conseguentemente, il campo applicativo della norma speciale risulta ridotto rispetto a quello della norma generale, presentando essa degli elementi di specialità, ma, una volta che sia abrogata, il campo

268 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 54 *passim*

applicativo della norma generale, contratto dalla presenza di quella speciale, si riespanderebbe sino a ricomprendere i casi prima disciplinati da quest'ultima.

La norma eccezionale, invece, si differenzierebbe da quella speciale perché, pur essendo anch'essa l'esito di un giudizio di comparazione, non disporrebbe effetti ulteriori rispetto alla previsione generale, bensì diversi: la norma speciale, quindi, svolgerebbe la logica interna della norma generale, aggiungendo un effetto ulteriore; quella eccezionale, invece, romperebbe la logica della norma generale, introducendo una propria e diversa logica.

Come si diceva prima, la fase legislativa che si sta esaminando e che segna il passaggio dalla fase del liberalismo giuridico a quella dell'intervento statale nell'economia è segnata dal fatto che le norme speciali, dettate per determinate categorie di rapporti, siano andate occupando via via spazi di disciplina sempre più ampi, determinando la nascita di altre norme speciali: non si tratterebbe più, ormai, di un procedimento di tipo verticale, nel senso che da una previsione generale si andrebbero separando progressivamente settori di disciplina speciali, bensì di un procedimento di tipo orizzontale, originando le discipline speciali da altre discipline speciali: l'ambito di applicazione della norma generale risulterebbe, quindi, ridotto.

Si tratterebbe di una fase legislativa disorganica e torrentizia, caratterizzata non solo dall'emanazione di corpi normativi riconducibili alle più diverse finalità, ma anche dal fatto che essi, deviando da quest'ultime, hanno un contenuto interdisciplinare.²⁶⁹

In proposito, però, come si è acutamente osservato, la questione dei diritti di settore o “secondi”, ossia dei corpi normativi caratterizzati dalla creazione di istituti nuovi o dalla modulazione degli istituti generali ad obiettivi specifici, non dovrebbe essere sovrapposta a quella della

²⁶⁹ C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice, L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in _____, pag. 26

legislazione *extra codicem*, dal momento che, da una parte il diritto secondo può trovare spazio all'interno dello stesso codice e, dall'altra, che la legislazione particolare può comunque contribuire all'interpretazione delle figure proprie del diritto generale.²⁷⁰ Il diritto privato generale inizierebbe a vivere in quegli anni, quindi, un'intrinseca bipartizione: per quanto concerne le fonti, infatti, i riferimenti sarebbero dati dal codice e dalla legislazione particolare; per quanto riguarda le materie, invece, ed è questo il punto di frizione del sistema originariamente inteso, accanto ad un diritto privato generale, si sarebbero accostati i diritti particolari o “secondi”.²⁷¹

Proprio valorizzando questo dato, negli anni Settanta trovò ampio spazio la suggestiva tesi della disgregazione del sistema.²⁷²

In particolare, partendo dalla constatazione che le norme speciali andavano sottraendo alla disciplina codicistica interi settori per disciplinarli in testi organici extracodicistici, doveva concludersi nel senso della nascita di diversi micro sistemi, ovvero “*statuti di gruppo*” dettati in ragione delle peculiarità delle diverse classi sociali e posti non in posizione di subordinazione rispetto al codice civile: invero, con quest'ultimo si sarebbe venuta a creare una relazione paritaria diversificabile solo in base al contenuto dei diversi sistemi.²⁷³

Proprio tale stato di cose avrebbe dovuto suggellare la crisi dell'unità del codice civile.

Dal momento che le norme speciali andavano occupando progressivamente spazi più ampi di disciplina, sottraendoli al codice, a quest'ultimo non sarebbe rimasta che una funzione residuale di disciplina delle ipotesi non già regolate dalle norme speciali: il rapporto generale/speciale uscirebbe, quindi, stravolto da tale impostazione, visto che la norma speciale non svilupperebbe più le previsioni codicistiche, ma

270 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 21

271 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 22

272 N. IRTI, *op. cit.*, *passim*

273 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 71

sarebbe il codice civile stesso a dover completare le previsioni della normativa speciale.²⁷⁴

Tale situazione di crisi del codice, secondo la tesi in discorso, sarebbe stata irreversibile, dal momento che la situazione storica ed economica non erano più tali da poter postulare l'esistenza di un cittadino non appartenente ad una determinata categoria: la figura del cittadino in sé considerato non sarebbe stata altro che una «*superstite nostalgica della grande Rivoluzione*», dal momento che il cittadino avrebbe demandato alla forza negoziale del suo gruppo rappresentativo la tutela dei propri interessi. Non solo. Ma anche laddove la normativa avesse avuto per oggetto di disciplina non l'attività dei singoli, ma i beni, essa non sarebbe stata altro che statuto di un gruppo, ossia della classe che utilizza o aspira ad utilizzare i beni oggetto di disciplina.²⁷⁵

In tal modo, da una parte, si consumava, la “*fuga dal codice civile*” e, dall'altra, prendeva campo l' “*età della decodificazione*”.

Invero, il codice non sarebbe stato più né la sede delle garanzie del cittadino, che ormai trovano spazio nella Costituzione, né dei principi generali che ormai venivano espressi dalle singole leggi di settore. L'irrompere di queste lo avrebbe ridotto o a disciplina residuale delle poche ipotesi non regolate dalla normativa speciale ovvero a disciplina generalissima data per presupposta da quest'ultima.

Sulla base di tali dati era giocoforza concludere nel senso della superfluità del codice civile, dal momento che i limitati casi residui non disciplinati dalla normativa di settore, anziché continuare a trovare spazio in un testo normativo ormai arido avrebbero potuto trovare disciplina o attraverso il ricorso all'analogia ai casi simili o materie analoghe contemplati nei diversi micro sistemi, ovvero, ancora, attraverso la previsione di una normativa *ad hoc*: il codice civile avrebbe, dunque, potuto perdere anche quel limitato ambito di disciplina rappresentato dalle ipotesi

274 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 40

275 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 41

residuali affinché queste ultime venissero disciplinate da leggi esterne ad esso.²⁷⁶

Si tratta di una tesi che, sebbene molto autorevole e molto suggestiva, dal momento che catalizzava l'attenzione dell'interprete su di un inarrestabile fenomeno che era allora alla sua fase iniziale e che, semmai, sembra si stia consumando solo adesso, raggiungendo i connotati di “drammaticità” che se ne predicavano, veniva contraddetta con vigore da altra parte della dottrina.

Quest'ultima opinione anche tuttora, a fronte del repentino modificarsi della legislazione trova larghi consensi, sicché essa verrà in tale in tale sede solo accennata, per poi trovare maggior spazio nel prosieguo della trattazione.

Invero, a fronte del proliferare di norme settoriali non mancava chi, al contrario di quanto si diceva prima, riteneva che il moltiplicarsi delle discipline specifiche, lungi dal provocare la “disgregazione” del sistema, avrebbe dovuto offrire all'interprete nuove prospettive sulle quali interpretare le norme codicistiche.²⁷⁷

La nascita di micro settori, infatti, non avrebbe intaccato la preminente posizione assegnata al codice, dal momento che essi rimanevano comunque settori di disciplina limitati e che, fra l'altro, facevano continuo riferimento alle categorie normative codicistiche: sarebbe stato, semmai, compito dell'interprete riconoscere tali collegamenti.²⁷⁸

La presenza di diversi diritti “secondi”, quindi, lungi dallo svuotare di significato il codice, lasciandogli una portata applicativa meramente residuale, ne imponeva una rilettura alla luce dei nuovi equilibri determinati dalla proliferazione di norme settoriali. Il “diritto privato generale” non risultava, quindi, scalfito dalle nuove norme, ma semmai, queste lo innovavano, rendendolo specchio fedele dei tempi: ad esso si sarebbe

276 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 47

277 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 80

278 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 79

dovuta, pertanto, continuare ad attribuire una valenza precipua di “guida” per l'interprete in un rapporto di reciproca interrelazione con i diritti “secondi”.

CAPITOLO III

LA DIALETTICA GENERALE – SPECIALE

Sommario: Premessa - 1. La perdita di unità del paradigma contrattuale - 1.1 Ipergrafia delle fonti normative - 2. La lacuna di cui all'art. 9, co. 3, l.n. 192/98 - 2.1 L'invalidità nei contratti d'impresa - 3. La tesi della riconducibilità della nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica all'alveo codicistico - 3.1 La “parte generale” del contratto – 4. L'art. 9 come ipotesi di nullità di protezione. Il “contratto asimmetrico” - 4.1 Il “terzo contratto” - 4.2 I “rapporti “reticolari” - 5. La disgregazione del sistema - 5.1 Conclusioni . I caratteri della nullità di cui all'art. 9, co. 3 della l.n. 192/98

Premessa

Dall'analisi svolta nelle pagine che precedono sono emersi diversi aspetti che inducono ad una riflessione critica circa il rapporto fra normativa generale e normativa speciale.

Proprio il tema della nullità di protezione risulta, ad esempio, emblematico di tale questione: come si è visto, infatti, si tratta di una forma di invalidità “speciale”, introdotta in un determinato settore di disciplina e caratterizzata da una sua vocazione, per così dire, “espansiva”.

Ma proprio la possibilità di predicare il regime previsto per questa peculiare forma di invalidità ad altre ipotesi, dovrebbe indurre l'interprete a riflettere sull'attuale tessuto normativo: in particolare, ci si potrebbe soffermare su quella autorevolissima affermazione secondo la quale *«una disciplina incompleta di diritto secondo implica il ricorso, per tutto quanto in essa non previsto, al diritto privato generale. E il diritto privato generale*

*non disciplina la nullità nei termini delle nullità di protezione».*²⁷⁹

Allo stato attuale, infatti, affermazioni come questa non possono essere date per scontate dall'interprete, ma necessitano di essere vagliate ed argomentate perché, mentre, da una parte, il ricorso alle norme del c.d. diritto primo o generale appare senz'altro il più sicuro dei ripari a fronte della congerie normativa esistente, d'altra parte, però, non può obliterarsi la circostanza che proprio da tale congerie normativa si ricavano principi e *rationes* non sempre sovrapponibili o coincidenti con quelli con i quali l'interprete si è trovato sinora ad operare e che inducono a riflettere sulla portata delle normative settoriali.

Non può sfuggire la circostanza, ad esempio, che parecchie di quest'ultime si facciano latrici di quell'ordine pubblico di protezione che era ignoto al legislatore del 1942 e, tuttavia, l'estensione analogica di una disciplina speciale ad altra con le medesime caratteristiche non si esaurisce in una semplice interpretazione ermeneutica, ma introduce un *vulnus* irreparabile al concetto di disciplina generale.

Prima di procedere oltre, però, sembrano opportune alcune considerazioni preliminari in ordine ai concetti di generale e speciale, ovvero di diritto primo e di diritti secondi.²⁸⁰

Come si è acutamente messo in rilievo, infatti, la questione dei diritti di settore o “secondi”, ossia dei corpi normativi caratterizzati dalla creazione di istituti nuovi o dalla modulazione degli istituti generali ad obiettivi specifici, non dovrebbe essere sovrapposta a quella della

279 C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi, La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, _____ pag. 25

280 Sebbene il binomio generale/speciale e diritto primo/diritto secondo sia spesso utilizzato in maniera sinonima, così come nella presente trattazione, pare opportuno richiamare l'opinione di chi ha avvertito l'esigenza di precisare come, mentre il primo dei due binomi sarebbe, in un certo senso, “neutro”, limitandosi a descrivere un fenomeno, la seconda coppia linguistica, invece, esprimerebbe un giudizio di prevalenza del c.d. diritto primo o generale su quello secondo o speciale. Cfr. M. LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (appunti per una discussione)*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, _____, pag. 275.

Invero, il termine “secondo” starebbe ad evidenziare che questi diritti settoriali sono originati da un diritto “primo”: avrebbero subito una sorta di “deviazione” dalla disciplina del diritto comune per essere assoggettati ad una logica diversa. Cfr. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 3.

legislazione *extra codicem*, dal momento che, da una parte il diritto secondo può trovare spazio all'interno dello stesso codice e, dall'altra, che la legislazione particolare può comunque contribuire all'interpretazione delle figure proprie del diritto generale.²⁸¹

Il diritto privato generale, invero, avrebbe iniziato a vivere negli anni delle prime riforme e dell'apertura al *welfare state*, che si fanno coincidere col c.d. “secondo capitalismo”²⁸² un'intrinseca bipartizione: per quanto concerne le fonti, infatti, i riferimenti sarebbero stati offerti dal codice e dalla legislazione particolare; per quanto riguarda le materie, invece, ed è questo ciò che è stato considerato il punto di frizione del sistema originariamente inteso, accanto ad un diritto privato generale, si sarebbero accostati i diritti particolari o “secondi”, espressivi delle esigenze di determinati gruppi sociali.²⁸³

Concludendo, oggetto delle seguenti riflessioni sarà se effettivamente le discipline speciali e il loro rapporto con quella generale siano tali da ribaltare la posizione di centralità sino ad adesso conferita a quest'ultimo ovvero se, invece, i diritti speciali, pur rappresentando quelle macchie presenti nelle carte geografiche con su scritto *hic sunt leones*, come ricorda suggestivamente Mengoni,²⁸⁴ non necessitino ancora gli “snodi” interpretativi offerti dal diritto generale.

1. La perdita di unità del paradigma contrattuale

Come si è avuto modo di illustrare nelle pagine che precedono, negli ultimi anni si è assistito ad uno sviluppo, per certi versi addirittura frenetico, della legislazione extracodicistica, soprattutto quella di stampo comunitario. Su quest'ultimo profilo, ossia sulle molteplici fonti normative attraverso le quali l'interprete è oggi chiamato a “districarsi”, si avrà modo

281 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 21

282 L. NIVARRA, *op. cit.*, *passim*

283 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 22

284 L. MENGONI, _____, in *Giorn. dir. lav. e rel ind.*, 1990, 1, pag. 10

di tornare nel prosieguo della trattazione.

Al momento pare opportuno, invece, segnalare come tale moltiplicazione normativa abbia avuto delle importanti conseguenze in ordine all'idea di contratto consegnataci dalla tradizione.

L'idea codicistico-liberale di contratto è, infatti, quella che lascia massimo margine di discrezionalità all'autonomia privata: l'intervento del giudice trova, infatti, spazio solo laddove si assista ad uno squilibrio genetico o funzionale dell'accordo delle parti, come testimoniano le previsioni in tema di invalidità e rescissione, da una parte, e di risoluzione giudiziale, dall'altra. Al di fuori di queste ipotesi²⁸⁵, invece, non è prevista alcuna forma di controllo del regolamento contrattuale ovvero di sua riconduzione al più generale principio di equità.

Si è osservato come il modello contrattuale, che potremmo definire tradizionale, di diritto comune, consegnato alle previsioni codicistiche, postulerebbe la presenza di contraenti avvertiti e pienamente consapevoli e, come tali, responsabili delle scelte tradotte nel regolamento contrattuale.²⁸⁶ Di conseguenza, l'intervento esterno volto a correggere quest'ultimo sarebbe subordinato alla presenza di vizi e squilibri che l'ordinamento non riesce ad ammettere: all'infuori di questa ipotesi, alle parti è lasciato il più ampio spazio, anche se ciò si traduce in un aggravio degli oneri gravanti su di una in favore dell'altra.

Tale idea, fortemente radicata all'emanazione del codice, subisce una prima battuta d'arresto con la legislazione interventista inauguratasi negli anni Settanta, per poi, in un certo senso, “sgretolarsi” a fronte dell'attuale produzione legislativa.

L'idea di contratto è, infatti, radicalmente mutata, da una parte a causa

285 Fermo restando il divieto di previsioni contrarie all'ordine pubblico al buon costume e alle norme imperative, nonché lo scrutinio di meritevolezza degli interessi che devono presiedere alla stipula di un contratto atipico ex art. 1322, co. 2.

286 P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 266

dell'imponente impianto legislativo previsto a tutela del consumatore, dapprima attraverso la dir. 93/13/CE sulle clausole vessatorie e poi attraverso il codice del consumo²⁸⁷ e, d'altra parte a causa delle normative previste a tutela del contraente “imprenditore debole” da normative quali quella sulla subfornitura, sui ritardi di pagamento o sul *franchising*.²⁸⁸ Normative, tutte queste cui si sta facendo riferimento, alle quali non possono non aggiungersi Tub e Tuf, i quali, prendendo come oggetto di tutela il “cliente” offrono un ampio spettro di tutela sia al consumatore che all'imprenditore.

E, tuttavia, anche quest'ultimo “ceppo” normativo cui si è fatto riferimento, ossia quello cui si riconducono le normative consumeristiche e quelle a tutela dell'imprenditore debole, non parrebbe essere una categoria unitaria,²⁸⁹ sicché attualmente parrebbe più corretto postulare una contrapposizione fra contratto di diritto comune e contratto del consumatore,²⁹⁰ ossia tra scambi con e senza accordo.²⁹¹

Quest'ultima forma contrattuale, al contrario della prima, sarebbe caratterizzata da un controllo del legislatore molto penetrante,²⁹² attraverso la predisposizione di una disciplina eteronoma del rapporto, in ragione della disparità di potere contrattuale fra le parti: il *deficit* informativo del consumatore, unitamente alla sostanziale esclusione di quest'ultimo dalla predisposizione del regolamento contrattuale, sarebbero, infatti, una costante della contrattazione di massa.

E tale penetrante controllo legislativo del regolamento contrattuale sarebbe tale da riconfigurare i termini e la rilevanza della privata

287 Ossia, i c.d. contratti “*business to consumer*”, spesso compendiate nell'acronimo B2C

288 Ossia, i c.d. contratti “*business to business*”, spesso compendiate nell'acronimo B2B

289 V. *amplius infra* § 4

290 G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 11

291 N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pag. 347

292 G. OPPO, *I contratti d'impresa fra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei provati e regolazione del mercato*, (a cura di P. SIRENA), Giuffrè, 2006, pag.17

autonomia, autorizzando la correzione giudiziale del contratto.²⁹³

Notevoli sarebbero, quindi, le differenze di disciplina rispetto al contratto di diritto comune.

In primo luogo, si è rilevato che già con riferimento alla formazione del vincolo contrattuale il *ius poenitendi* concesso al consumatore assolverebbe alla funzione di proteggere quest'ultimo dalla «*aggressione stipulativa*» perpetrata in suo danno dal professionista. Peraltro, tale previsione, originariamente prevista all'art. 4, d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, è stata successivamente estesa dall'art. 5, d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 alla contrattazione a distanza; dall'art. 30, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 427 alla vendita di prodotti finanziari; dall'art. 5, d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427 alle vendite di multiproprietà, dall'art. 125 tub, con ciò ponendo in evidenza come il legislatore sia intervenuto massicciamente a conformare il regolamento contrattuale in ragione della peculiare *ratio* protettiva che presiede alla disciplina consumeristica.

Non solo. Ma la disciplina del recesso cui si sta facendo riferimento e, in particolare, l'art. 4 del d.lgs. 50/92 evidenziano un difetto di coordinamento fra la disciplina generale e quella speciale.

La norma, infatti, ammette la possibilità di esercitare il *ius poenitendi* non solo dai contratti, ma anche dalle “proposte contrattuali”, con ciò obliterando la circostanza, si rileva²⁹⁴, che il recesso dalla proposta contrattuale trova già disciplina all'interno del codice come revoca dalla proposta e che, peraltro, quest'ultima è liberamente esercitabile anche in assenza dei presupposti e delle condizioni cui la normativa in discorso subordina il recesso del consumatore. L'unico modo per impedire che l'applicazione di una disciplina protettiva, quale è quella di cui d.lgs. 50/92,

293 CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2005, 4, pag. 552

294 V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Giappichelli, 2005, pag. 16

frustri la tutela del contraente debole sarebbe, dunque, quello di concludere nel senso della libera recedibilità anche dalle proposte irrevocabili, ma tale osservazione sembra ostacolata dal fatto che la norma si riferisca alle proposte sia vincolanti che non vincolanti.²⁹⁵

In secondo luogo, poi, ulteriore caratteristica della disciplina consumeristica risiederebbe nel controllo contenutistico del contratto, come dimostrato dalla disciplina delle clausole abusive, la quale sembra porsi quale necessitata conseguenza della circostanza che il contraente debole, oltre ad essere privo del bagaglio di informazioni che sono, invece, in mano al professionista, non partecipa attivamente alla fase della contrattazione che gli viene, in un certo senso, “imposta” da quest'ultimo.

A tale esigenza di tutela, peraltro, si raccorda quanto già osservato con riferimento alle ipotesi di nullità di protezione. Anche questa forma di invalidità, infatti, ha trovato applicazione con lo scopo di salvaguardare l'interesse del consumatore a fronte della conclusione di un contratto iniquamente lesivo dei suoi interessi.²⁹⁶

Infine, anche l'impianto rimediabile della legislazione consumeristica presenta indubbi elementi di novità rispetto alle previsioni codicistiche. Basti il riferimento, in proposito, all'art. 130 c. cons., dettato in materia di vendita di beni di consumo, il quale a fronte di un difetto di conformità del bene, impone al venditore la riparazione o la sostituzione di esso, trovando ingresso la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo solo qualora esse non siano possibili.

La norma è ispirata ad una chiara esigenza protettiva, dal momento che ribalta il modello codicistico fondato, in tema di garanzia per vizi del bene venduto, sulle azioni edilizie, allo scopo di garantire al consumatore l'ottenimento in natura delle utilità che questi si era prefisso attraverso la stipula del contratto, con ciò stimolando, peraltro, i servizi di assistenza alla clientela.

295 V. ROPPO, *op. cit.*, pag. 17

296 Cfr. cap. I

Non solo. La norma, così come le altre che impongono al professionista il rispetto di determinati vincoli formali, si caratterizza anche per il superamento della tecnica di tutela di tipo potestativo, propria delle azioni edilizie, in favore di una tutela fondata su obblighi di *facere*: all'obbligo di sostituire o riparare il bene, infatti, possono essere equiparati l'obbligo di redazione di determinate clausole del contratto in maniera chiara e comprensibile, così come gli obblighi di trasparenza, correttezza e diligenza.²⁹⁷

Volendo semplificare, quindi, la disciplina consumeristica segnerebbe una netta cesura da quella codicistica per quanto riguarda la formazione del vincolo contrattuale, il contenuto di questo, i rimedi e, complessivamente la riconfigurazione dell'idea di autonomia privata: non pare, quindi potersi dubitare della perdita di unità del paradigma contrattuale originariamente inteso. Problema diverso sarà, invece, quello relativo alla possibilità di riordinare il materiale normativo esistente.²⁹⁸

1.1 *Ipertrofia delle fonti normative*

Proprio quest'ultimo profilo, ossia quello del materiale normativo esistente, suggerisce un'ulteriore riflessione.

Se, come si è detto, l'interprete si trova oggi ad operare con un concetto di contratto, in un certo senso, “destrutturato”, nel senso che a fianco del paradigma codicistico, si trova oggi un “contratto del consumatore”, il cui ambito applicativo è particolarmente ampio, espressivo delle esigenze protettive di una larghissima fascia di contraenti, l'attività interpretativa si fa particolarmente gravosa a causa del moltiplicarsi delle fonti normative esistenti e delle quali si darà in questa sede, sia pur brevemente, conto.

In particolare, volendo preliminarmente fissare un ordine nella

297 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 39

298 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 13

trattazione che seguirà, si darà conto, da una parte, della legislazione vigente allo stato attuale e, d'altra parte, dei progetti di codificazione europea che hanno trovato seguito in questi ultimi anni.

Sotto il primo profilo, notevoli sono le differenze rispetto al passato, non solo rispetto alla prima fase di vigore del codice, ma anche rispetto agli anni del primo interventismo statale in economia, per quanto riguarda le fonti e le caratteristiche della legislazione.

In primo luogo, si è rilevato che lo “stato dell'arte” attuale registra, rispetto agli anni precedenti una sorta di sterilizzazione delle istanze provenienti dalla Costituzione:²⁹⁹ in particolare, quella stagione che aveva visto un costante riferimento ai valori costituzionali, quali quelli espressi dagli artt. 2 o 41, intesi alla stregua di fonti del diritto dei contratto o in ragione del criterio di legittimità delle leggi ovvero di norme di applicazione diretta, sembra essere ormai tramontata.

Ed, effettivamente, non potrebbe essere diversamente se solo si riflette sul fatto che nell'attuale fase politica di integrazione transnazionale, accanto alla Costituzione si pongono tutta una serie di atti normativi, anche alla stregua dei quali operare il vaglio di legittimità, come sancito *ex art.* 117 Cost., ignoti all'esperienza giuridica pregressa. Sicché a chi si chiede se il “tramonto” della Costituzione non sia che una fase temporanea,³⁰⁰ sembrerebbe doversi dare risposta negativa.

E a proposito dell'integrazione col diritto comunitario e al suo impatto con la legislazione interna devono adesso mettersi in evidenza alcuni profili che indubbiamente incidono sul sistema tradizionalmente inteso.

Questi ultimi anni sono stati, infatti, caratterizzati da un'intensissima produzione legislativa comunitaria: invero, se, fino alla prima metà degli anni Ottanta, quest'ultima si manteneva al margine del diritto dei contratti, essendo incentrata su settori quali il diritto societario, del lavoro o di specifici settori del mercato, a partire dagli anni Novanta, invece, questa

299 V. ROPPO, *op. cit.*, pag. 8

300 V. ROPPO, *op. cit.*, pag. 8

inizia ad investire sempre più massicciamente il diritto dei contratti.³⁰¹

In particolare, oltre alle numerosissime direttive, fra le quali si possono enumerare, solo a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, la 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, la 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria, le 2004/39/CE e 2006/73/CE (Mifid di I e II livello) e la 2007/64 sui servizi di pagamento, il panorama comunitario è, inoltre, completato dai numerosi regolamenti, come quello Roma I sulle obbligazioni contrattuali, programmi di azione della Commissione, per non parlare della rilevanza degli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di Giustizia.³⁰²

Fra tutti questi atti, costituenti il c.d. *acquis communautaire* un ruolo di primo piano, per quanto riguarda l'armonizzazione delle legislazioni, è sicuramente offerto dalle direttive, le quali, sia con riferimento al tipo di disciplina dettata che al linguaggio utilizzato presentano notevoli elementi di discontinuità e rottura rispetto all'esperienza interna.

Come si è osservato,³⁰³ infatti, per quanto riguarda il primo dei due surrichiamati profili, ossia quello relativo all'estensione della disciplina, le direttive presentano tutte la medesima caratteristica della settorialità e dell'analiticità.

Ciò si tradurrebbe non solo in un appesantimento dello strumento normativo, il quale, a causa dell'eccessiva analiticità della disciplina, risulta poco flessibile, ma anche, e soprattutto, nella perdita dell'idea di "sistema". In particolare, sembra essersi perso ogni riferimento e ogni tentativo di connessione fra la disciplina che viene dettata e il tessuto normativo esistente nel quale essa va ad inserirsi, tanto è vero che, ad esempio, esula dall'attenzione del legislatore comunitario la verifica di coerenza fra i rimedi offerti ad una classe di consumatori e quelli offerti ad altra classe:

301 V. ROPPO, *op. cit.*, pag. 96

302 V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore a contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 2, pag. 267

303 V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, *cit.*, pag. 96

spesso a tal fine, infatti, troviamo prevista la nullità di protezione ovvero il recesso di pentimento senza che alla differenza dei rimedi corrisponda una differenza sostanziale fra le situazioni da tutelare.

Con riferimento al secondo dei profili, poi, deve sottolinearsi come anche il linguaggio del legislatore comunitario, spesso pesante e burocratico, sia molto lontano da ciò cui l'esperienza codicistica ci ha abituati: mancherebbe, infatti, quella sobrietà e chiarezza di linguaggio che, traducendosi in formulazioni ampie e generali, permette la durata nel tempo e la flessibilità di uno strumento legislativo come il codice.³⁰⁴

A quanto si è testè osservato a proposito delle direttive e della difficoltà di sussumerle entro gli schemi concettuali con i quali siamo stati abituati a ragionare, va, poi, aggiunto il fatto che per il loro tramite si introducono modelli legislativi propri di determinate esperienze interne che quasi mai sono quelle italiane, il tutto entro tempi sempre più stringenti.

Tutto ciò non può, quindi, non riflettersi sulla legislazione interna, da una parte attraverso l'espansione della legislazione speciale e la connessa erosione del ruolo di quella generale e, d'altra parte proprio attraverso i contenuti di questa (nuova) legislazione speciale.

Quest'ultima, infatti, si pone come obiettivo la regolazione del mercato al fine di conferire maggiore efficienza ed equità alle relazioni fra i protagonisti di esso. Come è stato efficacemente osservato, il rapporto fra diritto ed economia vive un'evoluzione dagli anni Quaranta ad oggi: il diritto da mimetico, ossia riproduttivo delle regole dello scambio, diventa omeopatico, ossia stimolo per un miglior funzionamento del mercato attraverso il contenimento di distorsioni quali lo squilibrio di potere normativo, economico e informativo fra le parti³⁰⁵ passando, per il tramite degli anni Settanta, da una fase di ortopedia legislativa, ossia di conformazione del regolamento contrattuale ad obiettivi ulteriori avuti di

304 V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 98

305 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 33

mira dall'ordinamento.³⁰⁶

Stando così le cose, non può non cambiare, quindi, la fisionomia stessa della legge speciale.

Se, infatti, l'esperienza interna ha sempre visto il primato delle norme dispositive e suppletive su quelle imperative, proprio allo scopo di lasciare quanto più ampio margine di discrezionalità all'autonomia delle parti, in un contesto in cui, invece, il legislatore interviene per sopperire al *deficit* di potere contrattuale di uno dei contraenti, deve giocoforza registrarsi un'inversione di tendenza, nel senso di una progressiva prevalenza delle norme imperative rispetto alle altre, come si è visto, ad esempio, per quelle normative che impongono veri e propri obblighi di *facere* sul professionista.

Anche il ricorso agli usi subisce, peraltro, una rilevante battuta d'arresto, rappresentando un elemento di opacità e di poca chiarezza per una delle parti che, istituzionalmente, è meno informata dell'altra.³⁰⁷

Ma la legislazione speciale non è l'unica fonte ad incidere radicalmente sull'originario assetto dell'ordinamento. In questi anni si registra, infatti, anche un notevole incremento della legislazione *subprimaria*, come dimostrato dal fatto che, ad esempio, la disciplina dei contratti bancari e finanziari si ricava, oltre che dal Tub e dal Tuf, anche da numerosi ulteriori regolamenti della Banca d'Italia, della Consob e del CICR; allo stesso modo, poi, notevoli atti normativi sono demandati alla competenza delle diverse *Authorities*.³⁰⁸

Finora si è fatto riferimento, prevalentemente al c.d. *aquis communautaire* e al suo impatto sulla legislazione interna.

Deve, però, darsi atto di un'altra importante tendenza di stampo comunitario, ossia quella che ha per obiettivo la redazione di un quadro comune di riferimento di regole. Si tratta di ciò che viene definito il “diritto comune europeo”, per contrapporlo a quello “comunitario”.

306 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 10

307 V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 13

308 V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 20

Il dibattito che si registra sull'argomento, così come tutta l'evoluzione normativa, è sin troppo ampio per potersene compiutamente dare conto in questa sede. Ciò che si metterà in evidenza sarà, invece la tendenza di tali codificazioni “colte” e, più precisamente, del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) all'armonizzazione delle legislazioni nazionali e il fatto che per loro tramite vi si addivenga.

Esso, infatti, vede la luce nel 2008, dopo diversi progetti sull'armonizzazione, come i *Principles of European Contract Law* (PECL) elaborati dalla Commissione presieduta dal Prof. Ole Lando e i *Principles of Existing EC Contract Law* (ACQP) dovuti all'elaborazione dell'*Acquis Group*, allo scopo di riordinare, in un certo senso, il materiale normativo esistente in ambito comunitario e conferirgli coerenza come sistema.

Il DCFR presenta sicuramente delle caratteristiche che lo avvicinano molto ai tradizionali fenomeni di codificazione.

Come si è rilevato,³⁰⁹ infatti, esso è, in primo luogo, un “codice”, il cui sostrato costituzionale sarebbe offerto dal Trattato di Lisbona, ossia un insieme di regole coerenti per la regolazione del mercato, il quale, oltre a norme “di azione” contiene anche principi e definizioni.

Ma ciò non basta. Il DCFR rappresenta, inoltre, il *trait d'union* fra i sistemi europei di *civil law* e *common law*, nonché il punto di riferimento per quegli stati membri che stanno ricostruendo il loro sistema del diritto dei contratti.

Un dato che incontestabilmente emerge, tuttavia, è legato all'inquieta dialettica fra il DCFR e l'*acquis*, ossia fra l'idea di una ampia codificazione e una razionalizzazione di tutto il diritto delle direttive: tale situazione, infatti, rappresenterebbe il «*segno più tangibile della crisi irreversibile di un'idea forte di sistema giuridico e del correlativo, crescente anacronismo della categoria della specialità che, invece, storicamente, era stato*

309 M. MELI, *The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/249_en.pdf, pag. 4

*strumento privilegiato di governo delle inevitabili tensioni che si producevano all'interno del sistema stesso».*³¹⁰

Stando così le cose, e auspicando una interrelazione continua e costante fra diritti interni e diritto comunitario, la quale sola riesce a descrivere realisticamente il processo di europeizzazione del diritto,³¹¹ ci si potrebbe chiedere quanto effettivamente il DCFR stia contribuendo a ciò e a quanto, inoltre, abbia contribuito al processo di riorganizzazione e sistematizzazione della materia. In altre parole, ci si potrebbe chiedere se, visto il dato normativo esistente, si possa parlare di un “codice” per l'Europa.

Esso si pone, invero, come un rilevante parametro di riferimento per l'applicazione e l'interpretazione della legislazione interna e, tuttavia, i tempi per l'armonizzazione sono troppo lunghi per poter giungere a delle conclusioni sin da adesso.

Ora, a me pare, però, che il fatto che tali progetti non siano ancora approdati a nulla di concreto e che, anzi, si vadano moltiplicando a loro volta,³¹² sia un dato che non possa essere messo da canto in virtù di questo tanto propugnato “eurottimismo codificatorio”. Sembrerebbe il caso, forse, di prendere atto delle irriducibili differenze sia economiche che normative esistenti fra i vari paesi e, piuttosto che tentare un'opera di codificazione tanto vasta -quanto all'ambito di applicazione- quanto defatigante, prendere in considerazione la possibilità, se proprio di unificazione della normativa a livello europea si vuol discorrere, che il sistema, al pari di quelli di *common law*, sia fondato sui precedenti della giurisprudenza comunitaria.

Certo, si tratterebbe della prevalenza del modello angloamericano al quale nessuna delle principali tradizioni europee è avvezza, ma deve anche osservarsi che i legislatori interni si sono pure dovuti abituare a dare

310 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 129

311 Come ben rilevato da M. MELI *op. cit.*, pag. 3, infatti, sul punto esistono due diversi orientamenti, uno, nazionalista, che considera il processo di armonizzazione europea un attacco alla legislazione e un altro che, invece, auspica tale processo di integrazione.

312 Lo stesso DCFR da luglio 2011 non è che un ricordo, essendo ormai stato sostituito dal CFR

esecuzione al loro interno a direttive di un organo sovrastatale, quale è la Comunità, sicché non credo che il modello culturale sinora di riferimento possa ostare all'adozione di un altro. Piuttosto che tentare di mettere ordine alla congerie normativa attraverso un codice europeo, il quale prima o poi inevitabilmente si troverebbe a dovere scontare la sua vetustà rispetto alla normazione futura, sarebbe meglio mettere radicalmente in discussione ciò a cui la tradizione ci ha abituati e pensare ad un modello diametralmente opposto.

2. La lacuna di cui all'art. 9, co. 3, l.n. 192/98

Le considerazioni svolte sinora hanno avuto per oggetto una ricognizione del materiale normativo esistente e la presa d'atto che esso è ormai irriducibile all'originario paradigma, sia con riferimento alla “qualità” delle norme esistenti sia con riferimento al moltiplicarsi di esse.

Tale assetto sembrerebbe indurre, quindi, ad una riconsiderazione del rapporto fra norme generali e speciali, dal momento che quest'ultime sottraggono settori sempre più ampi alla disciplina delle prime.

Adesso sembrerebbe doveroso occuparsi di un'altra questione, l'esame della quale è prodromico al problema del regime predicabile per la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica, se quella di diritto comune o quella di protezione.

L'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192³¹³ al terzo comma, una volta

313 Il quale testualmente recita:

«1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.»

3bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento

sancito il divieto di abuso di dipendenza economica, sancisce la nullità del patto realizzato in violazione di tale divieto.

La legge, quindi, pare chiara nel determinare la conseguenza di tale violazione, la nullità. Tale conclusione, tuttavia, visto il contesto normativo attuale non pare sufficiente.

Invero, non pare potersi negare che la normativa sulla subfornitura e, in particolare, il divieto di abuso di dipendenza economica ivi contenuto, manifestino una chiara vocazione “protettiva”. Si è già visto, e il tema sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo che segue, che l'attuale filone legislativo di impronta comunitaria si pone come obiettivo la regolazione del mercato e il suo migliore funzionamento non soltanto attraverso una maggiore tutela del consumatore finale, ma anche delle imprese. Anche nei rapporti interimprenditoriali, invero, si possono venire a creare delle situazioni di squilibrio, sicuramente diverso per le caratteristiche dei soggetti coinvolti rispetto a quello esistente nei rapporti fra professionisti e consumatori, ma pur sempre di squilibrio: sarebbero espressione di tale *ratio*, normative quali quella qui in discorso sul contratto di subfornitura, il d.lgs. n. 231/02 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali o la l.n. 129/04 sull'affiliazione commerciale.

E, tuttavia, malgrado l'indubbia finalità protettiva della disposizione in discorso, il legislatore sembrerebbe esprimere una chiara presa di posizione nel senso della nullità *sic et simpliciter*.

Invero, non poche sono le disposizioni che sanciscono la nullità quale sanzione per la violazione di un divieto: basti pensare, a titolo esemplificativo, a norme quali l'art. 1471, per rimanere all'interno del codice, ovvero a norme quali l'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE), se si vuole volgere lo sguardo al contesto europeo.

In entrambi questi casi, la conclusione nel senso dell'immediata applicabilità degli artt. 1418 ss. pare quasi una conseguenza automatica.

dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso l'abuso»

Nessuno potrebbe revocare in dubbio ovvero trovare ragioni che depongono in senso contrario al fatto che a far valere, rispettivamente, la nullità dell'acquisto compiuto dagli amministratori dei beni dello Stato, comuni, province ed altri enti pubblici rispetto ai beni affidati alla loro cura e degli ufficiali pubblici rispetto ai beni affidati al loro ministero, e la nullità delle intese restrittive della concorrenza,³¹⁴ possa agire qualsiasi interessato.

Ma nel caso dell'abuso di dipendenza economica quest'ultima soluzione, così come tutte le altre che seguono all'applicazione delle norme codicistiche dettate in tema di nullità, non pare altrettanto pacifica.

Un esempio potrebbe chiarire meglio il senso del discorso.

Si ponga il caso, tipicamente espressivo di una situazione di dipendenza economica, di due imprese legate da un rapporto di subfornitura, ma non solo,³¹⁵ una delle quali, contando sulla sull'altrui situazione di dipendenza, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

Tale patto, dispone la norma, è nullo, ma occorre chiedersi quali sarebbero le conseguenze dell'applicazione del regime codicistico della nullità, ossia se per caso il rimedio non sia più dannoso del problema.

Potrebbe, anzi, spesso accade che l'impresa debole reputi più conveniente aderire ad uno schema contrattuale iniquo, piuttosto che rinunciare ad una possibile fonte di guadagno offerto dalla relazione con l'impresa forte.

In un contesto del genere, predicare la nullità codicistica come sanzione del patto abusivo significherebbe lasciare aperta la possibilità che l'impresa forte, non ritenendo più conveniente la relazione con l'altra, faccia

314 Invero, qualche dubbio si potrebbe porre a proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza, ma si tratta di una questione facilmente risolvibile nel senso dell'applicabilità degli artt. 1418 ss. cc. se solo si pone mente al fatto che la normativa in questione si propone come obiettivo immediato la migliore efficienza della concorrenza e, quindi, del mercato e non, invece, la tutela dell'impresa che subisce gli effetti dell'intesa: la tutela di essa è, infatti, il risultato di un migliore assetto del mercato, ma non è certo lo scopo del legislatore.

315 La norma, infatti, pur se inserita all'interno della normativa sulla subfornitura si ritiene applicabile a tutti gli schemi contrattuali in cui possa realizzarsi una condotta abusiva

valere il vizio, recedendo, quindi, *ad nutum* dal contratto e lasciando l'impresa debole priva di una sia pur iniqua fonte di guadagno, in maniera non dissimile da quanto si è visto innanzi a proposito del consumatore.³¹⁶

Sembrirebbe più appropriato ritenere anche quella di cui all'art. 9 una forma di nullità di protezione, ma a ciò osta un chiaro dato.

Stando così le cose, all'interprete si aprono due strade: o dare corso ad una pedissequa applicazione del dato normativo, ovvero, ed è questa la soluzione preferibile, prendere atto della circostanza che l'art. 9 presenta una lacuna di disciplina, dal momento che è assai difficile immaginare che il legislatore, dettando una previsione a tutela dell'impresa debole, non abbia voluto fornire il correlativo rimedio di protezione come, invece, avviene nel settore consumeristico o anche nelle altre normative a tutela dell'impresa debole, come dimostra il riferimento all'art. 7 del d.lgs. n. 231/02.

Sembra, infatti, che il legislatore abbia ommesso di arricchire il senso della nullità in discorso con riferimenti quali la relatività della legittimazione ad agire e sia compito dell'interprete colmare tale lacuna: una lacuna, quindi, in senso assiologico e non normativo, perché interroga l'interprete su ciò che effettivamente il legislatore ha voluto:³¹⁷ ossia se lo schema di tutela tradizionale ovvero di protezione.

In questa sede deve darsi atto della circostanza che già il fatto che si formuli tale interrogativo evidenzia una certa “fluidità” fra le diverse normative, entrando in crisi l'idea che quella generale sia sempre e solo il riferimento immediato per l'interprete: se davvero fosse così, infatti, il dubbio che l'art. 9 disponga una nullità di protezione neppure si porrebbe, perché sarebbe immediato il riferimento agli artt. 1418 ss.

Il fatto che, poi, al fine di fornire una risposta all'interrogativo si pongano sul medesimo piano il diritto generale e quello speciale di protezione implica un ulteriore problema che verrà analizzato nel prosieguo

316 Cfr. *supra* §

317 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 117

della trattazione.

2.1 L'invalidità nei contratti d'impresa

Quella sulla subfornitura, si anticipava, non è l'unica normativa prevista a tutela dell'imprenditore debole: deve, infatti, rilevarsi che la tendenza legislativa di questi ultimi anni si pone proprio lungo tale solco, in alcuni casi sanzionando l'abuso (subfornitura), in altri l'iniquità dell'accordo (ritardi di pagamento) e, in altri ancora, esigendo una durata del contratto sufficiente ad ammortizzare gli investimenti sostenuti per entrare a far parte di una rete di distribuzione (affiliazione commerciale).

Tratto comune di tali previsioni, oltre al fatto di riguardare rapporti interimprenditoriali caratterizzati da un'asimmetria di partenza, è che ad una fattispecie elastica si accompagni una «*compressione degli spazio di autonomia lasciati ai contraenti*»: normative quali quelle sulla subfornitura e sui ritardi di pagamento sanciscono, infatti, direttamente la nullità, così come l'insufficienza della durata del contratto a garantire l'ammortamento degli investimenti dovrebbe indurre a postulare una nullità virtuale *ex art. 1418, co. 1.*³¹⁸

Da un certo punto di vista, si potrebbe guardare a queste previsioni di invalidità, raffrontandole con altre con le quali presentano dei punti di assonanza, come la disciplina di protezione consumeristica e propugnando, di conseguenza, l'interpretazione estensiva di quest'ultima alle altre situazioni.

Si tratta di quell'approccio che, pervenendo alla conclusione dell'abbandono dell'idea della nullità codicistica in favore di una configurazione di essa mutuata dalla tradizione francese,³¹⁹ propone una

318 G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GIETTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 113

319 Come nota, però, G. VILLA, *op. cit.*, pag. 117, l'idea del superamento del paradigma codicistico non risulta pacifica se si volge lo sguardo alle altre esperienze. Il legislatore tedesco, ad esempio, ha introdotto all'interno del BGB tutte le norme protettive di derivazione comunitaria,

configurazione del rimedio fondata sugli interessi di volta in volta perseguiti dalle parti e pone, fra l'altro, le basi per la teoria sul contratto asimmetrico, o terzo contratto, che sarà oggetto di approfondimento (e critica) nei paragrafi che seguono.³²⁰

A prescindere dalle riserve che si possono esprimere con riferimento all'idea di postulare un *unicum* della normativa a tutela del consumatore con quella a tutela dell'impresa debole, deve rilevarsi che le norme a tutela di quest'ultima debole originano da un più complesso contesto e involgono ambiti di valutazione più ampi, sicché il loro esame andrebbe svolto non tenendo come unico punto di riferimento la rispondenza o meno al diritto generale, bensì il quadro più complesso offerto dal diritto della concorrenza.³²¹

Con specifico riferimento al divieto di abuso di dipendenza economica si osserva, ad esempio, che, stante la necessità per l'imprenditore debole di affrontare investimenti specifici e non riconvertibili e il rischio che i proventi sperati si disperdano nel caso dell'interruzione della relazione contrattuale, la condotta abusiva oltre ad essere dannosa sotto il profilo dell'immediata giustizia distributiva, finisce con l'ostacolare gli investimenti specifici, oltre ad attribuire vantaggi ingiustificati all'imprenditore che, adottando tale pratica, rafforza la propria posizione nel mercato senza che a ciò corrisponda una maggiore efficienza.

Tali osservazioni si attagliano, naturalmente, anche alle questioni sollevate dall'inosservanza del c.d. *recovery period rule* nell'affiliazione commerciale, ma non vi è estranea neppure la normativa sui ritardi di pagamento.

Anche in quest'ultimo caso, infatti, i *considerando* della direttiva cui il d.lgs. 231/02 ha dato attuazione sottolineano l'esigenza di impedire le

mentre quello francese, come il nostro, ha scelto la strada di un'autonoma codificazione del diritto dei consumi.

320 Crf. *infra* § 4

321 G. VILLA, *op. cit.*, pag. 118

distorsioni della concorrenza: l'abuso consisterebbe, qui, nella previsione di clausole che trasferiscono il rendimento del denaro da un contraente all'altro senza valida giustificazione e, al pari della legge sulla subfornitura, la valutazione sulla condotta illegittima dell'impresa non potrebbe prescindere da valutazioni, per così dire, esterne alla singola relazione contrattuale e coincidenti con le condizioni del mercato.³²²

In tutti questi casi, fra l'altro, e a riprova della circostanza che tutelato è anche il mercato, a far scattare il rimedio invalidatorio non basta la semplice asimmetria fra le imprese, ma è necessario che di tale asimmetria si sia abusato.

Se, infatti, il mercato è in grado di offrire un'alternativa all'imprenditore debole, ovvero se l'accordo sui termini di pagamento è espressivo di prassi commerciali frutto di una corretta dinamica concorrenziale, allora la questione di una condotta abusiva non si porrà neppure.

Al contrario, l'assenza di alternative sufficienti sul mercato e la connessa “costrizione” al vincolo con l'impresa forte, così come l'allontanamento da prassi commerciali corrette, legittimano il ricorso allo strumento invalidatorio.

Appare, quindi, evidente, da quanto osservato un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, pare innegabile l'emergere di un nucleo di disciplina dell'impresa debole la quale sembrerebbe essersi staccata dalla “generale” disciplina della parte debole che è quella del consumatore.

In altre parole, se l'interprete è stato abituato a ragionare nel senso di una normativa, e per ciò che ci occupa in questa sede, di una normativa sulla nullità “generale”, cui si è affiancata la disciplina di protezione espressamente dedicata al consumatore, sembrerebbe che da quest'ultimo filone si sia separato, con una sorta di -volendo utilizzare un termine

322 G. VILLA, *op. cit.*, pag. 121

figurato- mitosi, un diritto speciale di protezione dell'impresa debole.

In secondo luogo, tale diritto dell'impresa debole risulta comunque “speciale” rispetto a quello, già speciale, del consumatore, dal momento che, rispetto a quest'ultimo, si fa carico di questioni ed istanze di tutela diverse e, appunto, “specializzanti” e non riducibili a quelle proprie del diritto del consumatore e coincidenti con la funzione di regolazione del mercato.

Da tale osservazione si fanno discendere una serie di conseguenze.

Preliminarmente, infatti, si rileva che il migliore assetto del mercato importa quale conseguenza una maggiore tutela del consumatore al quale verrebbe così garantito un «*flusso continuo di proposte innovative*»³²³ con la conseguenza che l'opzione nel senso della relatività del rimedio invalidatorio andrebbe scrutinata di volta in volta, non essendo immediata conseguenza della disciplina dell'imprenditore debole, avendo riguardo al fatto che per il suo tramite si voglia tutelare o meno un interesse disponibile della parte debole.³²⁴

Inoltre, dal momento che il rimedio in discorso avrebbe come primo obiettivo il dinamismo concorrenziale e per effetto di ciò la tutela dell'imprenditore debole, l'ablazione del vincolo contrattuale ad opera del giudice, opera che andrebbe condotta alla stregua di un processo di concretizzazione di clausole generali³²⁵ e che andrebbe congruamente motivata,³²⁶ andrebbe intesa quale rimedio pur sempre possibile, ma comunque eccezionale, operante solo sulla base dei principi di proporzionalità e adeguatezza: il dinamismo contrattuale, infatti, attribuisce un valore particolarmente rilevante alla stabilità del rapporto contrattuale.³²⁷

323 A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pag. 540

324 M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata* _____, pag. 157

325 Su tale operazione ermeneutica si rinvia a L. NIVARRA _____

326 A. ZOPPINI, *op. cit.*, pag. 541

327 A. ZOPPINI, *op. cit.*, pag. 541

3. La tesi della riconducibilità della nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica all'alveo codicistico

Quanto sin qui osservato depone senza dubbio nel senso di una moltiplicazione non solo delle fonti di disciplina, ma anche dei settori speciali, ossia di quelle deviazioni dal tronco originario offerto dal diritto generale per assoggettare determinate questioni a logiche diverse.³²⁸

Ci si dovrebbe chiedere, però, se tale moltiplicazione delle fonti e delle discipline non implichi comunque il ricorso alla disciplina generale e, in special modo, a quella codicistica.³²⁹

Vero è, infatti, che attualmente l'interprete si trova a districarsi fra un ginepraio di norme tutte portatrici di autonome *rationes*, ma altrettanto vero è che sinora la tradizione civilistica non è mai riuscita a prescindere dal costante riferimento al dettato codicistico, così come confermato dall'esperienza delle codificazioni “colte” in ambito europeo.³³⁰

Così impostati i termini della questione, si aprono due diversi termini di riflessioni, il primo relativo alla circostanza che, nel silenzio del legislatore, la nullità *ex art.* 1418 ss. sia effettivamente il rimedio più idoneo avverso il patto che realizza l'abuso di dipendenza economica; il secondo, poi, relativo alla circostanza che, presente una lacuna, la disciplina generale codicistica debba essere comunque, in assenza di indicazioni in senso contrario, l'immediato riferimento per l'interprete, quasi l'impalcatura sulla quale è edificato il diritto dei contratti, così come osservava il Messineo a proposito del rapporto fra disciplina generale e tipica del contratto.³³¹

Con riferimento al primo ordine di questioni, infatti, non mancano opinioni a mente delle quali il regime codicistico della nullità meglio disciplinerebbe la sanzione al divieto di abuso di dipendenza economica anche in considerazione, si osserva, dell'evidente parallelismo con

328 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 5

329 M. GORGONI, *Rapporto tra regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, in *Studium iuris*, _____, pag. 1405

330 *Cfr. supra* § 1.1

331 F. MESSINEO, *Contratto cit.*, pag. 787

l'invalidità delle intese *ex l. 287/90*.³³²

Tale conclusione potrebbe essere meglio sviscerata se solo si pone mente alle due caratteristiche che si sono viste costanti nella nullità di protezione, ossia la necessaria parziarietà e la relatività della legittimazione ad agire cui si connette un rilievo officioso “qualificato”.³³³

Con riferimento alla prima caratteristica, invero, si è osservato che una corretta interpretazione e applicazione dell'art. 1419 ben potrebbe realizzare gli obiettivi di tutela della previsione.

In primo luogo, infatti, la nullità, secondo la previsione legislativa, sarebbe comunque limitata al singolo patto abusivo, conformemente all'*ancillary restraint doctrine*.³³⁴

Ciò non dovrebbe, tuttavia, far obliterare il fatto che la pedissequa applicazione dell'art. 1419 importerebbe la nullità dell'intero rapporto alla dimostrazione che entrambe le parti (e, quindi, il contraente debole, così come quello forte) non avrebbero prestato il loro consenso senza la parte del contratto colpita da invalidità: il contraente che impone un determinato contenuto al contratto solitamente è contrario al mantenimento di quest'ultimo se privato di quella parte che, peraltro, è proprio la fonte del suo maggiore profitto. Tale conclusione non potrebbe neppure essere superata dalla notazione secondo la quale l'estensione della nullità all'intero rapporto dipenderebbe dall'incompatibilità «*tra l'efficacia del regolamento residuo e il rispetto sostanziale del piano di interessi originariamente convenuto*». ³³⁵

La nullità del patto nella maggior parte dei casi si dovrebbe, quindi, estendere all'intero contratto, la volontà dei contraenti rappresentando il parametro più idoneo al quale ancorare il giudizio sulla sua conservazione: ne discenderebbe la frustrazione dell'interesse della parte protetta, la quale

332 A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Tratt. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003, pag. 537

333 Cfr. *supra* cap. 1, §§ 3.1-3.2-3.3

334 A. MUSSO, *op. cit.*, pag. 538

335 E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pag.

si troverebbe, così, nell'alternativa fra il subire un rapporto contrattuale iniquo ovvero rinunciarvi.

Proprio per tali ragioni parte della dottrina demanda all'interprete una verifica e un vaglio maggiormente approfondito circa le conseguenze dell'applicazione dell'art. 1419.³³⁶

Tale opinione, pur riconoscendo la specialità e non l'eccezionalità della nullità di protezione, nega la possibilità di procedere all'interpretazione analogica di essa per quanto concerne l'art. 9 a causa della molteplicità delle previsioni di nullità di protezione e delle connesse *rationes* che renderebbero difficile l'individuazione della norma da applicare analogicamente.

Non solo. Si osserva, peraltro, che il procedimento analogico in questione sarebbe, comunque, sovrabbondante rispetto ad una questione che potrebbe trovare soluzione *«attraverso una operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 1419 che ne escluda l'applicabilità nelle ipotesi in cui l'estensione dell'invalidità all'intero contratto si porrebbe in contrasto con le finalità di tutela che hanno indotto il legislatore a stabilire la nullità della clausola»*.³³⁷

La necessaria parzialità della nullità di cui all'art. 9, secondo la prospettiva in discorso, non sarebbe l'esito di un procedimento di interpretazione analogica della nullità di protezione quanto, piuttosto, il frutto di una valutazione dell'interprete il quale dovrebbe individuare quelle ipotesi in cui, considerati gli interessi tutelati dalla previsione di invalidità, la nullità dovrebbe rimanere limitata a singole pattuizioni.

A conferma dell'esattezza di tale impostazione si riporterebbe, poi, quell'autorevole opinione dell'esperienza tedesca,³³⁸ in cui il § 139 BGB esprime una chiara presa di posizione avverso la conservazione del

336 A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eu. dir. priv.*, 1999, pag. 1186

337 A. ALBANESE, *op. cit.*, pag. 1191

338 K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, pag. 424

contratto parzialmente nullo, secondo la quale, attraverso un'operazione di *teleogische Reduktion*, si potrebbe desumere il carattere parziale della nullità, avuto riguardo agli interessi coinvolti.

Tale modo di procedere, tuttavia, proprio sulla base di quanto già osservato a proposito della nullità di protezione e di quanto si dirà nel prosieguo della trattazione, non pare pienamente convincente.

Innanzitutto, se è vero che le ipotesi di nullità anomale sono molteplici e ognuna rispondente ad un'autonoma *ratio*, è altrettanto vero che sembra essersi ormai formato un “nucleo” costante di questa forma di nullità composto dai due elementi ricorrenti della necessaria parzialità e della relatività della legittimazione col rilievo officioso qualificato: problema diverso e che si esaminerà in seguito è, semmai, quello relativo al fatto che le norme sulla nullità di protezione si ritrovino a livello interpretativo sul medesimo piano di quelle codicistiche, ma si tratta di un diverso ordine di problemi.

In secondo luogo, poi, la riduzione teleologica dell'art. 1419 di cui si discorre si risolverebbe, alla fine, nel medesimo ragionamento posto alla base della nullità di protezione: posto che l'applicazione del regime dell'invalidità *sic et simpliciter* andrebbe a ledere l'interesse protetto, allora la previsione viene diversamente modulata, proprio in relazione a quest'ultimo. Si tratta del medesimo ordine di argomenti che si pongono alla base della nullità virtuale di protezione, sicché, al di là del *nomen* utilizzato, emblema, forse, dell'attaccamento alle forme codicistiche, il risultato finale non cambierebbe: sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, la parzialità della nullità sarebbe logica conseguenza della *ratio* protettiva della norma.

Ma quello fondato sulla riduzione teleologica dell'art. 1419 non è l'unico argomento portato a sostegno della predicabilità del regime codicistico per la sanzione di cui all'art. 9.

Si osserva, infatti, che la nullità in discorso potrebbe dare luogo a meccanismi di sostituzione automatica del regolamento contrattuale

invalido *ex artt.* 1339 e 1419, co.2: l'equità, che informa la disciplina in discorso, dovrebbe, infatti, comportare un potere giudiziale di sostituzione delle clausole squilibrate con soluzioni più congrue.³³⁹ Dal momento che non sempre di quest'ultime si potrebbe avere un parametro certo e sufficientemente diffuso, si valorizza l'utilità dell'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio, considerandosi unico limite per il giudice l'impossibilità di sostituirsi a scelte discrezionali dell'imprenditore, in maniera non dissimile, quindi, a quanto si opina a proposito della determinazione del contenuto contrattuale *ex art.* 2932.

Deve osservarsi, tuttavia, come tale soluzione difficilmente sarebbe perseguibile, non fosse altro che per l'intrinseca difficoltà e discrezionalità della scelta operata dall'organo valutativo. La *reductio ad equitatem*, quindi, sarebbe possibile soltanto nelle ipotesi in cui le clausole risultino abusive sotto un profilo strettamente giuridico, nel senso che, come previsto *ex art.* 1229, vi sia un unico parametro di riferimento, ovvero in senso economico, qualora i criteri sostitutivi siano oggettivamente predeterminabili in relazione allo *standard* di mercato.³⁴⁰

Non solo. Ma come si è recentemente osservato, poi, se l'obiettivo della normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica è quello di favorire il libero mercato su base concorrenziale, il controllo giudiziale sul contenuto del contratto andrebbe quanto più possibile limitato.³⁴¹

Fatte tali considerazioni può adesso passarsi all'esame della seconda delle caratteristiche ascrivibili alla nullità di protezione, la relatività della legittimazione ad agire e il rilievo "qualificato" d'ufficio.

Sotto tale profilo si è sostenuto che non vi sarebbero nella normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica elementi tali da giustificare una legittimazione ristretta all'azione e, pertanto, meglio si presterebbe a disciplina il rimedio codicistico.

339 BARBA, _____ in *La subfornitura nelle attività produttive* (a cura di CUFFARO), _____, pag. 159

340 A. MUSSO, *op.cit.*, pag. 540

341 S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eu. dir. priv.*, 2010, 3, pag. 615

in cui, effettivamente, il rimedio invalidatorio comminato risponde al paradigma codicistico. Il divieto di abuso dell'altrui dipendenza economica, di contro, pur partecipando delle logiche preposte a tutela del mercato, tutela in prima istanza l'imprenditore debole e, pertanto, sembrerebbe più consono alla *ratio* protettiva della disciplina, affidare a quest'ultimo la disponibilità del rimedio in questione.

Consegue da quanto osservato, poi, l'inaccettabilità dell'automatico rilievo d'ufficio.

3.1 La “parte generale” del contratto

Sembra opportuno, adesso, passare al secondo ordine di questioni.

Un conto è, infatti, ritenere il regime codicistico il migliore predicato per la nullità di cui all'art. 9; altro conto è, invece, ed è ciò di cui ci si occuperà in questa sede, ritenere che il codice costituisca la disciplina di parte generale cui attingere in presenza di una lacuna.

Ed, invero, l'idea che il nostro sistema continui comunque, malgrado la molteplicità di fonti normative esistenti e di *rationes* di cui si fanno portatrici, ad essere fondato attorno all'idea di un “diritto privato generale” è da più parti e molto autorevolmente sostenuta.

Si potrebbe dire che la relazione fra diritto generale e speciale è apprezzabile sotto tre distinte prospettive.³⁴⁵

Per quanto riguarda la prima di esse, si è osservato come il diritto speciale, ponendosi come derivazione e deviazione dal diritto generale si pone quasi come una forma di avanguardia di quest'ultimo.

Ne sarebbe esemplare, infatti, la circostanza che la previsione di cui all'art. 1339 della sostituzione automatica di clausole legali a quelle contrastanti con le norme imperative, altro non sarebbe che la generalizzazione del modello dei rapporti fra contratto collettivo e individuale di lavoro di cui all'art. 54, r.d. n. 1130/26.³⁴⁶

345 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit., passim*

346 L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in L. MENGONI, *Il contratto di*

Con riferimento alla seconda di esse, poi, il diritto speciale andrebbe scandagliato quale sistema autosufficiente di norme e si tratterebbe di una verifica prodromica alla terza prospettiva, ossia quella, che più ci occuperà, relativa all'influenza della normativa speciale su quella generale.

Un esame di questa seconda prospettiva non potrebbe prescindere dalle notazioni mengoniane a proposito rapporto fra disciplina generale e diritto del lavoro.

Secondo il Maestro, infatti, non vi sarebbero state valide ragioni per le quali sussumere l'impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione lavorativa entro l'abito applicativo dell'art. 2119 come giusta causa di interruzione del rapporto.

L'esistenza di una norma speciale, quindi, non sarebbe stata in grado di "neutralizzare" la previsione generale di cui agli artt. 1256 e 1453, dal momento che la "giusta causa" cui fa riferimento l'art. 2119 si concreta in un comportamento, consistente essenzialmente nella dichiarazione unilaterale di una delle parti, non riconducibile alla generale previsione codicistica.

Il recesso per giusta causa, invece, sarebbe stato più vicino alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento e proprio l'esame congiunto delle due diverse disposizioni avrebbe fatto emergere il *proprium* della disposizione giuslavorista. Si tratterebbe, pertanto, di specificità della disciplina che non andrebbe obliterata in nome dell'idea che il diritto di settore sia la semplice specificazione del diritto generale e, tuttavia, la sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, non trovando una disciplina specifica, sarebbe stata disciplinata secondo le regole generali cui si è fatto riferimento.³⁴⁷

Tali notazioni conducono verso il terzo spunto di riflessione a proposito del diritto speciale, ossia il suo impatto sistematico e

lavoro, (a cura di) M. NAPOLI, Milano, 2004, pag. 67

347 L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, pag. 264

spingerebbero verso la conclusione secondo cui le coordinate di disciplina risiederebbero solo nel diritto generale: una lacuna di parte speciale dovrebbe, quindi, spingere l'interprete verso di esso e non, invece, verso altra normativa speciale.

Ciò ha delle importanti ricadute per quanto riguarda, quindi, il regime predicabile per la nullità del patto abusivo.

Si osserva, infatti, che pur potendosi ravvisare un'identità di *ratio* fra la normativa sulle clausole vessatorie e quella sull'abuso di dipendenza economica, non per questo potrebbe avallarsi un'operazione di interpretazione analogica della prima nei confronti della seconda.

Invero, anche se si riscontra un'innegabile tendenza degli ordinamenti a tutelare i contraenti deboli a prescindere dalla loro qualificazione sociale,³⁴⁸ l'interprete non potrebbe comunque contrapporre punti di vista fra loro esterni, ossia la buona fede in funzione integrativa del contratto e l'efficienza del mercato, sulla base della ragionevolezza: quest'ultima, infatti, non potrebbe sostituire quella struttura dogmatica che va posta a fondamento delle operazioni di riduzione teleologica. Al contrario, perché il criterio di ragionevolezza possa guidare l'interprete in operazioni di questo tipo, esso dovrebbe inserirsi all'interno delle strutture dogmatiche dell'argomentare giuridico.³⁴⁹

Proprio tali ragioni risiederebbero a fondamento dell'impossibilità di applicare analogicamente la disciplina consumeristica a quella dell'impresa: invero, il diritto generale rappresenterebbe comunque quel sostrato comune di disciplina cui attingere in caso di lacune.

Non vi sarebbe, dunque, alcuna osmosi fra discipline speciali, tra le quali sussisterebbe pur sempre il *medium* offerto dal diritto generale.

La possibilità di estendere analogicamente una disciplina speciale ad un'altra sarebbe ammissibile, quindi, solo al ricorrere di due condizioni,

348 Ne sarebbero esemplari, infatti, oltre alle normative sulla protezione dell'impresa debole, anche la normativa interna sulle clausole vessatorie e l'art. 4:109 PDEC

349 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 23

consistenti «*da un lato nella verifica di inadeguatezza delle disciplina di diritto generale dall'altro da una giustificazione sistematica che consenta di apprezzare la mancanza di una regola analoga a quella di un altro diritto secondo come una lacuna in senso proprio, un ammanco di disciplina che il legislatore avrebbe evitato se avesse contemplato l'ipotesi che si tratta di regolare*». ³⁵⁰

Nel caso della nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica, come si è visto, è presente una lacuna in senso assiologico, nel senso che l'interprete è chiamato a pronunciarsi su ciò che il legislatore abbia voluto disciplinare, ma non è presente una vera e propria lacuna di disciplina, nel senso che essa è prevista ed è per l'appunto la nullità. Sulla base delle considerazioni che precedono, quindi, non dovrebbero esservi ragioni che giustificino l'applicabilità al caso concreto della nullità di protezione, essendovi già il chiaro riferimento alla nullità codicistica.

Si tratta di un punto di vista molto autorevolmente sostenuto e, tuttavia, sembrerebbero esservi degli aspetti non pienamente convincenti.

In particolare, la tesi in discorso è fondata sul dato che il diritto generale rappresenti quel nucleo comune di disciplina che, ponendosi quasi come un'impalcatura sulla quale si sono edificate tutte le altre discipline che deviano da esso, rappresenterebbe l'immediato riferimento per l'interprete in caso di dubbi interpretativi.

Tuttavia, criticamente, potrebbe rilevarsi che tale qualità che si attribuisce al diritto privato generale viene quasi data per scontata e non viene dimostrata. L'idea dell'esistenza di un diritto generale, invero, proprio alla luce dell'attuale evoluzione normativa dovrebbe essere oggetto di dimostrazione ed, eventualmente, solo all'esito di tale prova si potrebbe discorrere del fatto che esso continui o meno a fungere da guida per l'interprete.

Assumere l'esistenza e l'intangibilità di un diritto privato generale

350 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 25

senza un vaglio critico su di esso, potrebbe quasi sembrare il frutto di un ragionamento apodittico, condotto sulla base di premesse non verificate e non certamente questo il caso dell'autorevolissima dottrina in discorso. Piuttosto ciò che sembra opportuna è una verifica di tale affermazione, che potrebbe, peraltro, risultare rispondente alla realtà dei fatti, ed è ciò che si tenterà di fare nel prosieguo della trattazione.³⁵¹

A correggere la suindicata impostazione sembrerebbe l'opinione secondo la quale il diritto privato generale, non potendo più contare su confini ben definiti, non risiederebbe più all'interno del codice civile. Sarebbe, pertanto, compito dell'interprete quello di «*verificare la portata delle singole norme per saggiarne il valore generale o meno, quale che ne sia la fonte o la collocazione*».³⁵²

L'irrompere di norme della più diversa specie impone, quindi, una ridefinizione dell'impostazione tradizionale, in base alla quale sta all'interprete valutare se le norme settoriali non esprimano comunque una tendenza alla generalità.

Ne conseguirebbe la permanenza della dialettica fra diritto generale e diritto speciale, il primo (e conseguentemente il secondo) da definire attraverso l'opera interpretativa.

Ma se le basi di tale ragionamento paiono concordi con quelle dell'opinione che si è già esaminata, ossia il vigore del diritto privato generale, diversi sono però gli esiti delle due impostazioni.

Secondo la prima, infatti, la coincidenza del diritto generale in quello codicistico, ostando all'estensione analogica di una disciplina speciale ad altra, imporrebbe di sussumere sotto gli artt. 1418 ss. l'abuso di dipendenza economica.

Secondo quest'altra impostazione, invece, posto che starebbe all'interprete riconoscere la vocazione generale o meno di determinate previsioni, una volta riconosciuta (e argomentata) la natura generale della

351 Cfr. *infra* § 5

352 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pag. 619

nullità di protezione, non vi sarebbero ragioni per non predicare tale regime anche per la condotta di cui all'art. 9.

Si tratta di un'impostazione che, soprattutto per il risultato cui consentirebbe di giungere, pare molto più accettabile e, tuttavia, vi sono alcuni aspetti che paiono passibili di considerazioni critiche che in questo momento verranno anticipate, per poi trovare una più completa trattazione in seguito.³⁵³

Invero, in primo luogo, affidare all'interprete il ruolo di ricercare e definire di volta in volta il diritto privato generale rischierebbe di introdurre forti elementi di discrezionalità e di incertezza nella risoluzione delle questioni attinenti ai singoli istituti. Volendo rimanere al tema della nullità di protezione, ad esempio, la sua natura di rimedio speciale, con vocazione generale a disciplinare tutte le situazioni di squilibrio non è pacifica, non potendosi escludere *a priori* (come ritiene taluno) che possa trattarsi di un rimedio eccezionale.

Ci si dovrebbe chiedere, quindi, quale sarebbe il modo per sancire irrefutabilmente la natura generale di una previsione.

In secondo luogo, poi, ammesso che tale ricerca possa dare esiti positivi, rimarrebbe pur sempre non chiarito quale sarebbe il senso di andare alla ricerca di norme generali in quel ginepraio che è la legislazione settoriale, la medesima opinione che propugna tale tesi ammettendo, ad esempio, che la stessa legislazione comunitaria ignora la differenza fra norme generali e speciali.³⁵⁴

La circostanza che il diritto privato generale debba oggi essere ricercato all'interno delle singole discipline di settore sembra piuttosto il chiaro indice di quanto ormai si sia smarrito il senso di tale connotazione.

353 Cfr. *infra* § 5

354 S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pag. 619

4. L'art. 9 come ipotesi di nullità di protezione. Il “contratto asimmetrico”

Si è dato conto, sinora, delle opinioni che, pur con accenti diversi si muovono nel senso della conservazione della parte generale del contratto: una delle due, peraltro, esprime una chiara presa di posizione nel senso dell'applicabilità del rimedio codicistico anche alla previsione di cui all'art. 9.

Deve adesso prendersi in considerazione l'impostazione che vede nell'art. 9 una nullità di protezione “silente”, nel senso di essere tale, in virtù della *ratio* protettiva della normativa in cui è inserita, pur in assenza di ulteriore specificazione legislativa.

Tale conclusione, che peraltro trova larghissimo accoglimento, risulta fondata, oltre che sul procedimento analogico, sulla convinzione che tutti i contratti di impresa, ossia quelli che coinvolgono professionisti e consumatori e quelli che coinvolgono, invece, solo professionisti, siano tutti accomunati dalla medesima *ratio* di protezione della parte debole.

Si tratta di una tesi indubbiamente suggestiva che deve essere, però, attentamente analizzata.

Il condivisibile punto di partenza è che il contratto del consumatore costituisca un nuovo paradigma contrattuale, dal momento che le differenze rispetto al paradigma codicistico andrebbero a situarsi in settori talmente nevralgici di disciplina da non poter fare ritenere diversamente, come dimostrerebbero il contenimento delle regole sulla nullità; il *vulnus* inferto al valore del vincolo contrattuale dalla nuova disciplina sul recesso e al principio dell'insindacabilità dell'equilibrio contrattuale, nonché commistione fra regole di validità e di responsabilità sui quali si tornerà a breve.³⁵⁵

Con riferimento all'equilibrio del contratto, infatti, si è osservato come la tradizione ci abbia abituato a ragionare in termini di sindacabilità dell'equilibrio nelle sole ipotesi in cui lo squilibrio delle prestazioni sia

³⁵⁵V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, cit., pag. 34

sopravvenuto, come nella disciplina delle sopravvenienze; ovvero derivi da una ridotta capacità di scelta del contraente, come nella disciplina della rescissione o dell'incapacità; ovvero, infine, derivi dallo scarto esistente fra il corrispettivo fissato contrattualmente e quello imposto *ex lege*, come nella disciplina dei prezzi imposti.

Al contrario di ciò, la disciplina consumeristica impone regole volte alla garanzia dell'equilibrio delle prestazioni come dimostrerebbe, in maniera esemplare la disciplina delle clausole vessatorie che sanziona con la nullità le clausole che determinano un “significativo squilibrio” fra le parti. La dottrina cui ci si riferisce, la quale accomuna sotto tale profilo anche l'art. 9 l.n. 192/98 che sanziona l' “eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi” fra le imprese, osserva, infatti, come l'esame di tali discipline non dovrebbe indurre in inganno l'interprete, sì da fargli credere che tutelato sia solo l'astratto equilibrio normativo fra i contraenti.

Per il tramite del vaglio sull'equilibrio delle prestazioni, infatti, si perviene agevolmente ad un controllo sull'equilibrio economico del rapporto, come dimostrerebbero le formulazioni ampie delle norme in discorso, nonché il fatto che nella contrattazione i diritti e gli obblighi hanno comunque un “costo”.³⁵⁶

Si tratta di un modello, pertanto, fortemente innovativo, se solo si pone mente al fatto che, al contrario dell'idea tradizionale, viene ora presa in considerazione la fisiologia e non la patologia sociale; oggetto di disciplina è un settore molto ampio della contrattazione, consistente in tutti quei rapporti che vedono fronteggiarsi un professionista e un consumatore; e, infine, l'equilibrio economico del contratto non viene identificato in uno specifico parametro economico.³⁵⁷

Per quanto riguarda, poi, la commistione fra regole di validità e responsabilità, un ruolo particolarmente rilevante sarebbe svolto dalla clausola generale di buona fede. Invero, il nuovo filone legislativo farebbe

³⁵⁶ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 40

³⁵⁷ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 45

dipendere l'invalidità dalla violazione di quest'ultima, di cui sono paradigmi l'imposizione di clausole vessatorie o l'omissione degli obblighi d'informazione, con il che si realizza un "rimescolamento" delle regole di responsabilità con quelle di validità: infatti, il giudizio su quest'ultima, tradizionalmente riferito alla struttura del contratto, dipenderebbe adesso dal comportamento delle parti.³⁵⁸

Si ritiene, dunque, che l'area ricoperta da questo nuovo modello contrattuale sia in continua espansione: non solo, quindi, l'amplissimo settore dei rapporti col consumatore, ma anche quelli non così caratterizzati soggettivamente, come i contratti fra imprenditori.

Il comune *trait d'union* fra ambiti così diversamente caratterizzati soggettivamente risiederebbe, dunque, nella situazione di "debolezza" di una delle parti ovvero di "asimmetria di potere contrattuale".³⁵⁹

Ciò si fonderebbe sulla constatazione che «*sempre più spesso i rulemakers europei tendono a regolare le relazioni contrattuali che intercorrono fra soggetti del mercato, a prescindere dalla circostanza che si tratti di relazioni specificamente B2C. In alcuni casi, la regolazione riguarda contratti B2B. In altri casi riguarda la generalità dei rapporti che determinati operatori stringono con le loro controparti, senza nessuna distinzione basata sullo status di tali controparti (che possono essere, indifferentemente, consumatori o professionisti o soggetti non qualificabili né consumatori né professionisti)*».³⁶⁰

Il contratto del consumatore, dunque, dopo aver rotto il tradizionale equilibrio fra parte generale del contratto e parte speciale di disciplina dei singoli tipi, partecipando come un terzo elemento, sia dell'una che dell'altra, rischierebbe di indirizzare inevitabilmente, con la sua forza espansiva, il sistema nel senso della frammentarietà e disorganicità. Tuttavia, la dottrina in discorso ritiene che quest'ultimo sia un rischio solo potenziale, ma non

358 V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 49

359 V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 53

360 V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo cit.*, pag. 279

attuale.

Invero, si sostiene che l'unitarietà del sistema sarebbe irrimediabilmente pregiudicata nella sola ipotesi in cui si realizzi una moltiplicazione delle normative B2B: a fronte della disciplina generale si troverebbero, in tal modo, due diverse discipline speciali, quella B2C e quella B2C.

E, tuttavia, questo non è l'unico scenario possibile.

Un recupero dell'unitarietà del sistema sarebbe invece perseguibile se la legislazione, anziché procedere in senso settoriale, si rivolgesse indifferentemente a tutti i contratti caratterizzati dalla disparità fra le parti, in altri termini, al “contratto asimmetrico”.³⁶¹

Tale modo di procedere presenta indubbi elementi di interesse, soprattutto nella misura in cui pone in evidenza come, in primo luogo, la presenza della disciplina consumeristica sia un elemento fortemente eversivo dell'originario paradigma contrattuale e, in secondo luogo, non siano solo i rapporti B2C ad apprestare un rimedio avverso la disparità di potere contrattuale fra le parti, la giustizia distributiva rappresentando uno, non l'unico, degli elementi che presiede alle operazioni normative attuali.

V'è però da chiedersi come un paradigma contrattuale (quello del consumatore) caratterizzato da una tale forza eversiva ed espansiva, possa rimanere ad essere considerato una disciplina settoriale non ponga, piuttosto, in discussione il concetto stesso di diritto generale.

Inoltre, l'idea che l'unitarietà del sistema possa essere mantenuta attraverso una legislazione che abbracci indifferentemente tutti i rapporti caratterizzati dall'asimmetria non pare realizzabile, in primo luogo, perché attualmente non si ravvisano indirizzi del legislatore, interno come comunitario, in tal senso; in secondo luogo, poi, perché una legislazione “onnicomprensiva” rischierebbe di non tenere in debita considerazione le differenze esistenti fra i diversi oggetti di tutela che saranno oggetto delle

³⁶¹ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pag. 281

considerazioni che seguono.³⁶²

4.1 Il “terzo contratto”

Quello suindicato non è, però, l'unico approccio a fronte della considerazione dei comuni obiettivi di tutela della disciplina consumeristica e dell'impresa debole.

A fronte del riconoscimento di queste due polarità del diritto civile, quella occupata dalla disciplina del contratto in generale e del contratto asimmetrico, infatti, «*si è mossa la ricerca della “terra di mezzo”, di un'area intermedia occupata in ipotesi dal terzo contratto*»³⁶³ che, in via di prima approssimazione, potremmo dire coincidente con la disciplina B2B.

In particolare, ha trovato riscontro l'idea che la teoria del contratto asimmetrico, pur ponendo in luce un'indubbia caratteristica dell'attuale fenomeno della contrattazione, rischi di rimanere meramente descrittiva, molteplici essendo i profili di distinzione fra i rapporti con i consumatori e con gli imprenditori “deboli”.

Fra l'altro, l'accoglimento di una teoria che accomuna quanto a presupposti ed effetti di disciplina i due settori, troverebbe importanti conseguenze, dal momento che, si è osservato, l'estensione analogica da una disciplina all'altra, che conseguirebbe all'idea che rapporti fra professionisti e consumatori o imprenditori deboli siano riconducibili alla medesima *ratio*, soprattutto con riferimento alle norme che autorizzano la correzione giudiziale del contratto, riconfigurerebbe i termini e la rilevanza dell'autonomia privata.³⁶⁴

362 Cfr. *infra* § 4.1

363 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 13

Deve, però rilevarsi che l'espressione “terzo contratto” si deve a R. Pardolesi. Cfr. Prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004

364 C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2005, 4, pag. 552

Ed, effettivamente, almeno cinque³⁶⁵ sembrano essere le differenze fra contratti del consumatore e contratti con imprese “deboli” che militano avverso una considerazione unitaria del fenomeno della contrattazione asimmetrica.

In primo luogo, deve rilevarsi come, con riferimento alle modalità della contrattazione, l'intervento protettivo normativo sia giustificato dalla circostanza che il regolamento contrattuale sia predisposto unilateralmente dal professionista: la prova del superamento dell'asimmetria viene, infatti, offerta attraverso la trattativa individuale, come dimostra la previsione di cui all'art. 34 cod. cons. Al contrario, nei rapporti fra imprese la predisposizione unilaterale del contratto non è una costante, sicché lo squilibrio andrebbe valutato caso per caso.³⁶⁶

In secondo luogo, poi, lo stesso squilibrio assumerebbe una diversa configurazione fra le due ipotesi, consistendo, nel caso del consumatore in una situazione strutturale di debolezza dovuta alla carenza di informazioni, nel caso dell'impresa, invece, in situazioni esterne ad essa e coincidenti col mercato. Ad esempio, la dipendenza economica non si riferisce ad una situazione di squilibrio, ma definisce una *«asimmetria potenziale, situazione che pur potendo (ed anzi, di regola essendo in grado di) condizionarlo, precede il dato giuridico della contrattazione e nulla ancora dice sull'abusività in concreto della sua singola manifestazione»*.³⁶⁷

L'alterato esercizio dell'autonomia privata, consistente nell'abuso, dovrà, quindi, essersi tradotto nella mancata o ridotta partecipazione alla determinazione del regolamento contrattuale da parte dell'impresa non giustificata da ragioni oggettive o criteri di razionalità: ciò dimostra, quindi, come la logica valutativa propria della normativa consumeristica, basata sulla asimmetria presunta, sia poi difficilmente esportabile al diverso settore dei contratti d'impresa.

365 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 16

366 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 17

367 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 18

Una profondo elemento di differenziazione fra le due figure contrattuali è, inoltre, offerto da un terzo profilo, ossia quello relativo alle ragioni della tutela.

Si è già evidenziato, infatti, come la protezione dell'impresa debole, sia per quanto concerne il divieto di abuso di dipendenza economica che per quanto concerne la normativa sui ritardi di pagamento, sia fortemente connessa al tema della concorrenza.

Diversamente, invece, la normativa consumeristica, pur non rimanendo estranea alle ragioni di tutela del mercato, nel senso di impedire che gli operatori, approfittando del *deficit* informativo del consumatore, possano imporre clausole idonee a determinare vantaggi anticoncorrenziali, non si pone come obiettivo primo di tutela il mercato.³⁶⁸

Invero, l'invalidità della clausola abusiva non dipende dalla circostanza che, suo tramite, si possano determinare vantaggi anticoncorrenziale: essa sarà comunque nulla anche se praticata in tutto il mercato da tutti i professionisti e senza che, quindi, uno di essi risulti indebitamente avvantaggiato rispetto agli altri, ovvero anche se l'impiego di essa sia limitato a così pochi rapporti che non ne possa scaturire un'alterazione della concorrenza.³⁶⁹

Discende da quanto osservato, quindi, che diversi saranno anche i parametri offerti al giudice per valutare l'illegittimità del comportamento, il mercato, nel caso delle imprese e l'equilibrio economico dello scambio, nel caso dei consumatori.³⁷⁰

Infine, l'ultimo profilo di distinzione risiederebbe nella peculiare struttura dei rapporti fra imprese, rispetto a quelli con i consumatori.

Tali rapporti risultano, infatti, modellati secondo schemi di relazionalità a lungo termine di cui un contratto altro non è che un singolo

368 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 20

369 G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 118

370 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 21

momento attuativo e, pertanto, la valutazione dell'assetto di interessi che si viene a determinare andrebbe parametrata all'insieme delle relazioni negoziali e non al singolo contratto.³⁷¹

Proprio tali ragioni, dunque, militerebbero avverso la ricomprensione nell'unica categoria del contratto asimmetrico delle due diverse ipotesi del contratto col consumatore e del contratto con l'imprenditore debole e a favore della tesi del "terzo contratto".

In particolare, come si è rilevato,³⁷² tale impostazione presenterebbe l'indubbio vantaggio di impedire la sovrapposizione di irriducibilmente diversi indici normativi per giustificare un generalizzato controllo sull'equità del contratto e dell'autonomia privata.

Se così non fosse, infatti, si rischierebbe di poter sindacare, in nome della giustizia del regolamento contrattuale, qualunque rapporto asimmetrico fra imprenditori, anche in assenza di una situazione di abuso e, come si è visto, la sussistenza di quest'ultimo, al contrario che nella disciplina consumeristica, non è immanente alla contrattazione, ma deve essere vagliata concretamente di volta in volta: ne risulterebbe frustrato, in prima istanza, il concetto stesso di autonomia privata.

Ulteriore pregio della categoria in discorso sarebbe, poi, quella di esprimere comunque un tentativo di raccordo sistematico fra i contratti B2B dove coesistono fra loro componenti fortemente eterogenee

Resta da definire, tuttavia, cosa possa effettivamente intendersi con tale espressione, quali i rapporti in quadrabili nella fattispecie "terzo contratto".

Il "primo contratto" sarebbe, dunque, quello stipulato fra imprenditori, ossia fra soggetti pienamente consapevoli; il "secondo" sarebbe, invece, quello che coinvolge il consumatore, ossia il soggetto strutturalmente caratterizzato da una carenza di informazioni, mentre tutto il resto dei

371 G. AMADIO, *op. cit.*, pag. 21

372 E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 318

rapporti andrebbe a confluire nell'area ricoperta dal “terzo contratto”.³⁷³

Già da tale prima approssimativa definizione della categoria emerge un primo profilo problematico relativo alle difficoltà di operare una netta ed inequivocabile definizione del settore di disciplina di questo modello: se si ritiene, infatti, lo *status* delle parti come condizione per l'esistenza del primo e del secondo contratto, il terzo rimarrebbe categoria definibile unicamente inserendo una distinzione aggiuntiva, come quella di “professionisti non sofisticati”. Si tratterebbe, tuttavia, di una categoria connotata da forti margini di discrezionalità, dal momento che, mentre esiste una chiara linea di demarcazione fra la figura del consumatore e quella del professionista, altrettanto non si può dire circa la differenza esistente fra il professionista “sofisticato” e non.³⁷⁴

Ci si potrebbe chiedere, peraltro, se tutti i tipi contrattuali astrattamente caratterizzati da una situazione di debolezza possano essere ricompresi entro l'ambito di disciplina del “terzo contratto”: si è rilevato, ad esempio, come lo stesso rapporto di subfornitura non sia ontologicamente identificabile con il contratto asimmetrico, *«potendo ben aversi ipotesi di contratto simmetrico od ipotesi in cui il potere contrattuale sia nelle mani del subfornitore, dunque l'asimmetria operi, ma in direzione opposta»*. Il contratto asimmetrico, quindi, avrebbe una tale natura trans tipica da indurre a rifuggire la sua riduzione a discipline tipologiche *ad hoc*.³⁷⁵

Non solo. Il fatto che all'interno dell'area ricoperta dal terzo contratto confluiscono tutti i rapporti non compresi nell'area ricoperta fra il primo e il secondo, dovrebbe indurre a farvi rientrare anche i contratti stipulati fra consumatori. Si giungerebbe, in tal modo, ad una moltiplicazione delle distinzioni, dal momento che *«non basterebbe definire quando un imprenditore sia “non sofisticato”, ma perché sia conveniente trattare*

373 P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 266

374 P. FEMIA, *op. cit.*, pag. 266

375 F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, pag. 302

imprenditori e consumatori in modo diseguale: l'imprenditore non sofisticato diversamente dal sofisticato, il consumatore che entra in relazione con un imprenditore sofisticato (secondo contratto) da quello che entra in relazione con un consumatore (terzo contratto)»,³⁷⁶ essendo necessario, peraltro, elaborare una disciplina per tutti i casi omessi, come quelli riguardanti, a titolo esemplificativo, i rapporti fra consumatori sofisticati e non, imprenditori non sofisticati e consumatore sofisticato e non e via dicendo in una moltiplicazione delle differenziazioni che, anziché restituire organicità al sistema, evidenzerebbe, invece, il senso della sua disgregazione.

Fra l'altro, la logica tipizzante e tassativa che starebbe alla base dell'idea di un contratto terzo, nel contribuire a generare sistemi autonomi e non comunicanti fra loro finirebbe col contrastare l'obiettivo di garantire una maggiore uguaglianza sostanziale nell'esercizio dell'autonomia privata: ne verrebbe pregiudicata, invero, la possibilità di identificare nuovi squilibri di forza e di operare collegamenti ermeneutici, soprattutto in campo rimediabile, fra contratto asimmetrico e del consumatore e dell'imprenditore debole.³⁷⁷

4.2 I “rapporti “reticolari”

Nel tentativo di superare le obiezioni che si muovono alla teoria del “contratto asimmetrico” e, a sua volta, del “terzo contratto” si è recentemente posta l'attenzione sulla circostanza che i contratti fra imprese andrebbero inquadrati nell'idea di “rete”.³⁷⁸

Si è osservato, infatti, come nei contratti fra i consumatori l'asimmetria non atterrebbe al momento dello scambio, ma rappresenterebbe la

376 P. FEMIA, *op. cit.*, pag. 267

377 E. NAVARRETTA, *op. cit.*, pag. 321

378 C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2005, 4, pag. 562

conseguenza dalla struttura stessa della rete: non una contrapposizione fra contraenti, come avviene nei rapporti col consumatore, bensì di connessione secondo la logica di cooperazione e condivisione delle conoscenze che è imposta dalla specializzazione dei settori produttivi.³⁷⁹

Ne deriverebbe l'inadeguatezza del modello tipico del contratto di scambio con riferimento ai rapporti fra imprese, dal momento che la relazione interimprenditoriale che si viene a creare richiede la formalizzazione del legame determinatosi con l'accesso alla rete per un tempo necessario all'ammortizzazione degli investimenti effettuati a tal fine.

Proprio per tali ragioni, dunque, il concetto di “asimmetria” non sarebbe appropriato a definire e a disciplinare tali rapporti, dal momento che, si sostiene, o si limita a segnalare un profilo problematico, ma non la soluzione di esso, ovvero appresta una soluzione inadeguata: formulare il concetto di asimmetria con riferimento alla mera disparità di potere, ovvero in virtù di essa, estendere i rimedi protettivi a tutti i rapporti fra imprenditori, significherebbe applicare un rimedio in assenza del relativo problema.

La vera questione non sarebbe, quindi, l'eliminazione delle asimmetrie.

«Il problema è, invece, quello di far sì che le relazioni di rete si svolgano nel tempo secondo modalità coerenti con la logica che li informa e che ne garantisce la complessiva competitività come sistema di produzione/distribuzione integrata. E tale logica sembra quella per la quale alla produzione integrata e cooperativa dei beni finali dovrebbe corrispondere un sistema di distribuzione e riattribuzione del valore acquisito coerente e proporzionale alla “quota” di lavoro prestato da ciascun nodo nella rete: risultato che può essere impedito non tanto da una generica scorrettezza di quelle imprese che si trovano in posizione di dominanza relativa, quanto da uno specifico comportamento di free-riding, consistente nell'appropriazione opportunistica di quote di valore prodotte

379 C. CAMARDI, *op cit.*, pag. 564

*dall'impresa per così dire soggiocata».*³⁸⁰

Si è, però, osservato che l'adesione a tale punto di vista priverebbe di significato proprio normative come quella sulla subfornitura o sul ritardo nei pagamenti, dal momento che si pongono come rimedio per quelle relazioni fra imprese forti e deboli che possono risultare eccessivamente gravose per quest'ultime.³⁸¹

Come si è rilevato, poi, anche l'idea che il solo il contratto di durata e non anche quello di scambio, sia adatto a regolare i rapporti fra imprenditori, non pare passibile di critiche, dal momento che sembrerebbe obliterare il fatto che anche i contratti di durata possano realizzare uno scambio.

Peraltro, per quanto ci occupa, la teoria in discorso non sembrerebbe fornire una valida argomentazione per quanto concerne i rimedi predicabili per i rapporti “reticolari”.

Dal fatto che questi rifuggano dallo schema e dalla logica preposta ai rapporti consumeristici sembrerebbe, infatti, potersene inferire l'applicabilità dei rimedi codicistici, non riconoscendosi in virtù di queste normative il senso di una frattura sistemica e l'introduzione di nuove logiche.³⁸²

5. La disgregazione del sistema

Si sono già visti i differenti punti di vista esistenti con riguardo al regime predicabile per la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica e di essi si sono evidenziati in chiave critica i fattori di incoerenza. Pare adesso opportuno tirare le somme del discorso che abbiamo condotto e cercare di scrutinare il problema con un diverso approccio metodologico, anticipando sin d'ora, però, che il regime che

380 C. CAMARDI, *op. cit.*, pag. 570

381 C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pag. 15

382 C. CAMARDI, *op. cit.*, pag. 589

meglio pare disciplinare l'invalidità in questione è proprio quello della nullità di protezione.

Punti di partenza di questo diverso approccio metodologico saranno, appunto, le critiche che si possono rivolgere alle opinioni che si sono viste, opinioni che, in via di approssimazione, possono essere suddivise in due macrocategorie: quelle a mente delle quali la nullità di cui all'art. 9 non si sottrarrebbe alla logica codicistica e quelle a mente delle quali, pur con diverse argomentazioni, la nullità di cui all'art. 9 avrebbe funzione protettiva e riequilibratrice della simmetria contrattuale.

Si è già osservato come il regime codicistico della nullità urterebbe contro gli obiettivi di tutela che si è prefisso il legislatore nel sancire l'abuso di dipendenza economica: vero è che la normativa in questione si propone come obiettivo il miglioramento del mercato concorrenziale, ma altrettanto vero è che tale obiettivo passa attraverso il *medium* della tutela dell'impresa debole. Predicare il regime codicistico, oltre a condurre a conseguenze fortemente inique, come quella, già vista, di legittimare in un certo senso il recesso *ad nutum* dell'impresa "forte", frustrerebbe, quindi, la *ratio* della normativa stessa.

Invero, come si è osservato, il rimedio di cui all'art. 1418 interviene per eliminare un risultato illecito creato da una regola concorrenziale quando vi sia una violazione di norme imperative, diversi essendo i rimedi esperibili avverso pattuizioni astrattamente ammissibili, ma influenzate da pregressi comportamenti illeciti. La nullità di cui all'art. 9, invece, non riferendosi esclusivamente a pattuizioni anticompetitive, attua uno schema di intervento peculiare, rispondente alle finalità dell'intervento normativo che la commina, e non coincidente con le logiche codicistiche.³⁸³

L'idea, poi, posta alla base di tale argomentare, secondo cui il diritto privato generale, incarnato nel codice civile continuerebbe a costituire il punto di riferimento per l'interprete, oltre a non essere provata,

383 G. VILLA, *op. cit.*, pag. 133

sembrerebbe, a tacer d'altro, sconfessata proprio dalla moltitudine di leggi speciali esistenti, ognuna delle quali latrice di *rationes* sue proprie e disciplina di settori molto ampi dell'ordinamento.

Ma anche le diverse opinioni a mente delle quali la nostra esperienza conoscerebbe adesso un nuovo paradigma contrattuale, come quello offerto dall'idea del “contratto asimmetrico” o del “terzo contratto” che, tenendo conto delle asimmetrie esistenti nella contrattazione, ponga rimedio a quest'ultime attraverso una disciplina protettiva, non paiono appaganti, o perché accomunano erroneamente fenomeni, come quello della contrattazione fra imprenditori e con consumatori, fra loro irriducibilmente diversi, ovvero perché nel tentativo di voler restituire organicità al sistema non fanno altro che evidenziare proprio la disorganicità di esso.

Ma a prescindere da queste notazioni critiche, l'argomento che attualmente non pare più accettabile è quello secondo il quale a fronte della lacuna di cui all'art. 9 l'interprete, constatato che la disposizione sul divieto di abuso di dipendenza economica presenta la medesima *ratio* della disciplina consumeristica e non di quella codicistica, dovrebbe applicare analogicamente la prima e non la seconda.

Il risultato cui si perviene è indubbiamente condivisibile, tuttavia ciò che non è condivisibile è il percorso logico-argomentativo posto alla base di tale soluzione, che appare troppo semplicistico: l'estensione analogica di un rimedio quale quello di cui all'art. 36 cod. cons. non può essere fondato *sic et simpliciter* sulla comunanza di *ratio* protettiva fra le due disposizioni.

In primo luogo, ad esempio, proprio perché si è visto, ed è questo il merito della teoria del “terzo contratto”, che i rapporti fra imprenditori sottostanno a presupposti, logiche ed obiettivi di tutela ulteriori e a loro volta “speciali” rispetto alla normativa di protezione del consumatore, in maniera tale da non potersene inferire, in assenza di peculiari argomentazioni, l'applicabilità analogica della disciplina di un settore a quella di un altro.

Ma allora, stando così le cose, ossia l'impossibilità di sussumere all'interno della disciplina codicistica la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica e di applicare analogicamente a tale previsione l'art. 36 cod. cons., ci si dovrebbe domandare a quali argomenti fare appello per giustificare la natura protettiva di tale divieto e poi, conseguentemente³⁸⁴, chiarire i confini e le caratteristiche di questa forma di nullità di protezione.

La risposta al quesito passa irrimediabilmente attraverso la rimediazione del rapporto dialettico generale/speciale.

In primo luogo, infatti, come già si notava ben prima che la legislazione comunitaria intervenisse così massicciamente all'interno dell'ordinamento, è accaduto che le leggi “speciali” abbiano sottratto intere materie alla disciplina codicistica, formando del “micro-sistemi” di norme retti da logiche autonome e lasciando al codice, inteso come diritto generale, la disciplina delle sole ipotesi residuali.³⁸⁵

Non solo. Come si è acutamente rilevato, appare oggi quasi un azzardo concettuale far confluire nel settore della “specialità” discipline che si propongono di permettere al mercato di funzionare al meglio *«perché, bisogna chiedersi come fa ad essere speciale un insieme di norme solidali con il mercato ossia con quello che oggi presso che universalmente viene considerato il riferimento primario di tutte le policy legislative e, in particolare, di quelle dell'Unione Europea»*.³⁸⁶ la valutazione di ciò che rappresenta il diritto comune, infatti, non può essere condotta alla stregua del dato formale consistente nella sua inclusione in un codice, ma, piuttosto, della sua capacità a rispecchiare un progetto e un modello di società.³⁸⁷

Ma allora oggetto di riflessione non è tanto se normative settoriali come quella consumeristica rappresentino oggi un ulteriore diritto comune

384 Cfr. *infra* § 5.1

385 N. IRTI, *op. cit.*, pag. 38

386 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 33

387 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 34

in sostituzione ovvero al fianco di quello con cui tradizionalmente ci siamo confrontati, quanto, piuttosto che senso abbia in questo momento storico riferirsi al diritto generale.

La riprova di ciò sarebbe offerta proprio dalla soluzione che si dà al problema della nullità di cui all'art. 9.

In particolare, il fatto stesso che l'interprete abbia l'onere di argomentare le ragioni che lo inducono ad applicare al caso di specie il rimedio codicistico e non quello di protezione è il chiaro segno quasi del “ribaltamento” del rapporto fra norma generale e speciale, dal momento che le norme generali, incarnando anche una logica di economia legislativa, «sperimentano un'applicazione diretta, non mediata da alcuna procedura argomentativa».³⁸⁸

E non avrebbero senso quelle obiezioni secondo le quali si dovrebbe continuare a parlare di un diritto comune da scovare, ad opera dell'interprete, in quelle norme che, pur trovandosi in discipline settoriali, abbiano una vocazione al generale.³⁸⁹

Deve, infatti, osservarsi che la moltiplicazione delle fonti di questo “nuovo” diritto generale non sarebbe altro che la presa di coscienza del fatto che ormai esistono diverse e irriducibili discipline caratterizzate in senso “espansivo”. Postulare l'esistenza di un diritto generale non riconducibile più ad un'unica fonte, riferimento immediato per l'interprete, rappresenta quindi la presa d'atto della disgregazione del concetto stesso di diritto generale.

O, infatti, quest'ultimo è unico, fonte generale di disciplina e giacimento di regole direttamente applicabili ad ogni ipotesi peculiare che, nella sua peculiarità non trovi una specifica disciplina, ovvero non ha più senso continuare a ragionare in questi termini.

Deve prendersi atto, invece, e ciò concettualmente risulta oltremodo difficile per il giurista di *civil law* abituato per tradizione a ragionare in

³⁸⁸ L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 119

³⁸⁹ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pag. 619

termini codicistici, che le diverse discipline esistenti rappresentano tutte, ivi compreso il codice, delle “monadi” per le quali la qualificazione di generale o speciale è ormai superflua.

Si tratta di discipline, quindi, poste tutte sul medesimo piano e che permettono un procedimento di “integrazione osmotica” l'una verso l'altra.

Il *vulnus* ora inferto all'idea di diritto generale non è più di tipo quantitativo, come quando se ne accentuava il carattere di residualità a fronte dell'abbondante legislazione speciale, pur continuandosene a riconoscere il valore di giacimento di regole cui attingere ad integrazione di discipline speciali incomplete³⁹⁰, ma qualitativo: deve contestarsi proprio l'idea che esso continui ad essere il riferimento di ogni disciplina speciale lacunosa.³⁹¹

Certo, si potrebbe obiettare che un simile modo di procedere faccia perdere all'interprete i fermi punti di riferimento offerti dal diritto comune, costringendolo a districarsi in un labirinto normativo senza uscite.

Ma, di fatto, la realtà attuale sembra andare proprio in tal senso e, pertanto, appare preferibile una lucida (e forse pessimistica) presa d'atto dei fatti, piuttosto che il mantenimento di un ideale ormai superato.

In secondo luogo, poi, abbandonare l'idea di un diritto generale non si traduce necessariamente con la perdita dei “punti cardinali” offerti da esso, quanto piuttosto nella possibilità di trovare regole più adatte alla disciplina delle singole ipotesi non regolate senza dovere necessariamente passare dalle “forche caudine” della giustificazione dell'inosservanza del paradigma codicistico.

5.1 Conclusioni. I caratteri della nullità di cui all'art. 9, co. 3 della l.n. 192/98

Se la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica

390 N. IRTI, *op. cit.*, *passim*

391 L. NIVARRA, *op. cit.*, pag. 120

può a buon diritto considerarsi un'ipotesi di nullità di protezione per le ragioni che si sono appena viste, bisogna adesso capire quali siano le caratteristiche disciplinari di questa ipotesi di nullità.

Si è visto, infatti, che quella della nullità di protezione non è una categoria unitaria, bensì variegata al suo interno,³⁹² sicché bisognerebbe ricostruire quale sia il regime più appropriato a disciplinare l'ipotesi che ci riguarda.

In particolare, uno sembra essere il dubbio da sciogliere ossia se anche con riferimento alla nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica possa predicarsi il rimedio di cui all'art. 7 del d.lgs. 231/02 (disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali).

Si è visto, infatti, come caratteristiche della nullità di protezione siano la parzialità e le relatività della legittimazione ad agire cui si accompagna un rilievo officioso “qualificato”: l'art. 7 appena richiamato, poi, ammette la possibilità che il giudice, dichiarata la nullità dell'accordo possa intervenire (quasi sostituendosi alle parti) per applicare i termini legali ovvero ricondurre ad equità il contenuto del contratto.

Dal momento che anche quella sui ritardi di pagamento è una normativa che in una logica concorrenziale è volta a disciplinare i rapporti fra imprese in cui, in un certo senso, si realizza un abuso, è legittimo il dubbio se il rimedio ivi previsto possa transitare, secondo quella forma che si è vista di integrazione osmotica fra normative settoriali, verso la disciplina dell'abuso di dipendenza economica.

La risposta al quesito sembrerebbe essere, però, negativa.

Deve rilevarsi, infatti, come la regola di cui all'art. 7 della rideterminazione d'ufficio assuma dei caratteri di interventismo talmente penetranti da non poter assurgere a modello di disciplina oltre il caso previsto.³⁹³

Si è detto, infatti, della possibilità di applicare in via diretta una

392 Cfr. *supra* cap. 1

393 G. VILLA, *op. cit.*, pag. 128

disciplina speciale ad un'altra, ma ciò naturalmente ove si ravvisi l'esigenza di arricchire e meglio specificare una disciplina mancante e proprio la riconduzione ad equità del regolamento non pare il caso della normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica.

Si è rilevato, infatti, come in quest'ultimo caso mancherebbero al giudice quei parametri chiari ed inequivocabili ai quali rapportare la riconduzione ad equità del rapporto: *«la riduzione ad equità dell'art. 7 opera su elementi del contratto accessori (il termine di adempimento della sola obbligazione pecuniaria e gli interessi moratori) e si giova di indici di riferimento precostituiti, quali gli interessi legali speciali ed i termini previsti dal d.l.gs. n. 231/2002 che rendono più rigoroso il compito del giudice chiamato a motivare le ragioni dello scostamento dalle previsioni di legge e comunque più agevolmente controllabile il suo operato.»*³⁹⁴

La caratterizzazione rimediale in questione non pare, quindi, predicabile per la nullità di cui all'art. 9, co. 3 della l. n. 192/98, per la quale paiono più conferenti le caratteristiche proprie dell'invalidità di cui all'art. 36 cod. cons. e consistenti nella parzialità, nella relatività della legittimazione ad agire e, infine, nella rilevabilità officiosa solo se non pregiudizievole alla parte tutelata.

³⁹⁴ G. VILLA, *op. cit.*, pag. 129

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.VV., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, (a cura di) L. FERRONI, Giuffrè, 1998, pag. 22

G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, 6, 1333

A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eu. dir. priv.*, 1999, 1180

A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Eu. dir. priv.*, 2006, 917

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Giappichelli, 1955

G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio* _____

G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *NGCC*, 2009, pt. II, f. 6, 241

G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 9

G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. Priv.*, 2005, 2, 285

BARBA, ___ in *La subfornitura nelle attività produttive* (a cura di CUFFARO), _____,

G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico*, _____

G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in (a cura di) G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, 799

G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649

N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, IV ed., Donzelli, Roma, 2004

M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*. Relazione tenuta a Palermo il 24 aprile 2009 nell'ambito del ciclo di seminari dei dottorati in Diritto privato generale e Diritto dell'impresa

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, _____

E. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, pag. 254

B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, I, Giuffrè, 1959

A. BOSO CARETTA, *Abuso di dipendenza economica e clausola di recesso ad nutum*, nota di commento a Trib Torre Annunziata – Sez. Castellamare di Stabia 30.3.2007, in *Giur. merito*, 2008, 2, 341

U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* _____

F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 301

C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2005, 4, 549

E. CAMILLERI, *I C.D. “contratti a valle” tra diritto della concorrenza e diritto privato generale*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, Giuffrè, 2008

CARIOTA-FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Sefi, 1940

C. CARUSI, *I precedenti*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 31

C. CASTRONOVO, *I «Principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm. e delle obbligazioni*, 1995, I, 21

C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 1, 158

- C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi, La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, Giuffrè, 2008
- C. CASTRONOVO, *I «Principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 21
- C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice, L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in _____, 20
- C. CASTRONOVO, *L'appassimento dello stato moderno e un libro sull'obsolescenza delle leggi*, in *Jus*, 1983, 1-2, 218
- R. CATALANO, *Note sull'art. 9, l. 18 gennaio 1998, n. 192: l'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Dir. e giur.*, 2007, 3, 343
- R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, Suppl., 61
- T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, nota di commento a Trib. Catania 5.1.2004, in *NGCC*, I, 985
- G. CERIDONO, *Commento all'art. 9*, in *Commentario della l. _____ 1998, n. 192* (a cura di) N. LIPARI, in *NLCC*, 2000, pt. II, f. 1, pag. 429
- G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in Tratt. Bessone
- G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004
- G. COMANDÈ, *Rimedi generali e regole comuni per l'Europa: alcune riflessioni*, in *Remedies in Contract* (a cura di) G. VETTORI, Cedam, 2008, 57
- G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959
- A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 487
- G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di) G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 37
- G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, 732

G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolamentazione del mercato*, Giuffrè, 2006, 321

G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, 737

S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 5, 613

G. DE NOVA, *Dieci «voci» per una tavola rotonda su «il nuovo diritto dei contratti»*, in (a cura di) G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, 814

G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?* _____

G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 2, 327

G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 4, 633

A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Eu. dir. priv.*, 2007, 801

A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009

A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giappichelli, 2003

A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. di diritto privato* (a cura di) M. BESSONE, vol. XIII, tomo VII, Giappichelli, 2002, 31

F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, 673

F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. Priv.*, 2005, 4, 837

F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. Priv.*, 2002, 4, 721

F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 681

- F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008
- DOMAT, *Les lois civiles. Des obligations, titre I: des conventions en general*, (trad. it.), Pavia, 1825
- A. DONATI, *A proposito di una voce sulla codificazione civile del 1942*, in *Vita not.*, 2007, 15
- P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2899
- G. DORIA, *Impresa pubblica e terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 249
- A. ESMEIN, *L'originalite du Code Civil*, in *Livre du Centenaire*, I, _____
- P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, nota di commento a Trib. Trieste, ord. 21.9.2006, in *NGCC*, I, 899
- P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica* _____
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, _____,
- P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 265
- G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. di diritto privato* (a cura di) M. BESSONE, vol. XIII, tomo VII, Giappichelli, 2002, 31
- G.B. FERRI, *La formazione del «civilista europeo»*, in *Contr. impr. Eu.*, 1996,2, 463
- G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 7-8, 421
- G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, 1983
- G. FILANTI, *Nullità. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, _____

M. FRANZONI, *Sub artt. 1423-1424 c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) SCIALOJA – BRANCA, Zanichelli, 1998

N. FURIN – E. DE NEGRI, *In tema di responsabilità civile nell'interruzione del servizio di energia elettrica erogato dalle imprese*, in *NGCC*, 2006, II, 215

G. GABRIELLI, *Categorie civilistiche e “diritti secondi” nella disciplina dei patti di prelazione*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA _____

E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in (a cura di) E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, VOL. I, T. I, UTET, 1999, 33

F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale* (a cura di) A. CICU – F. MESSINEO, Giuffrè, 2002

F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 2, 919

F. GALGANO, *Sub art. 1421 c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) SCIALOJA – BRANCA, Zanichelli, 1998

A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Utet, _____

G. GANDOLFI, *Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1994, 1155

A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* (a cura di) P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Utet, _____

A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 2, 159

A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, 1, 77

A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 2, 200

A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. Priv.*, 2005, 2, 255

A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova*

nozione di contratto?, in *Riv. dir. Priv.*, 2001,1, 20

A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolamentazione del mercato*, Giuffrè, 2006, 95

C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Laterza, 1985

G. GIACOBBE, *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962

G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1332

G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 5, 602

M. GIORGIANNI, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1993, 2, 482

G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 83

M. GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008

A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della “nullità del contratto” e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 3, 199

M. GORGONI, *Rapporto tra regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, in *Studium iuris*,_____, 1403

B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Giuffrè, 2008

P. GROSSI, *Introduzione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 7

G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Giappichelli, 1963

G. GUARINO, *SUL REGIME COSTITUZIONALE*

GUARNIERI_____

- D. HALÉVY, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, Paris, 1948
- F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, trad. it. R. COSTANZI, Milano, 1948
- N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 2, 541
- N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1999
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347
- KEYNES, *Fine del «laissez faire»*, in *Riv. Soc.*, 1971, pag. 667
- K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1980
- R. LENER, _____, 1996,
- M. LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (appunti per una discussione)*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, Giuffrè, 2008
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379
- F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663
- F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolamentazione del mercato*, Giuffrè, 2006, 277
- F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 179
- M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, IV, Rimedi-1, diretto da V. ROPPO, 2006, pag. 1
- M.P. MANTOVANI, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 6, 444
- M.R. MAUGERI, *Rimedi civilistici e abuso di sfruttamento da parte di un'impresa in posizione dominante*, in *Remedies in Contract* (a cura di G. VETTORI), Cedam, 2008, 139
- M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia*

privata _____

M.R. MAUGERI, *Commento all'art. 11*, in *Commentario della l. 5 marzo 2001, n. 57* (a cura di) V. MELI, in *NLCC*, 2001, 1061

S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, in *Diritto civile e diritti speciali*, (a cura di) A. PLAIA, Giuffrè, 2008

S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come ricostruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. impr. Eu.*, _____

S. MAZZAMUTO- L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 529

S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eu. dir. priv.*, 2010, 3, 601

S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 3, 1097

C. MEDICI, *Il controllo sul contenuto economico dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 4, 681

M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, 59

M. MELI, *The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/249_en.pdf

L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 321

L. MENGONI, _____, in *Giorn. dir. lav. e rel ind.*, 1990, 1, 9

L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, (a cura di) M. NAPOLI, Milano, 2004

L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 4, 515

- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1948
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Vol. XXI, T. 1, GIUFFRÈ, 1968
- A. MIRONE, *Le “fonti private” del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 3, 264
- L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1, 16
- MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489
- S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 295
- S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pag. 669
- S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2009, 12, 1115
- S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. Priv.*, 2002, 4, 685
- A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Tratt. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003
- R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto (priv) sez. comm. aggiornamento*, Utet
- R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004
- E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 507
- E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 317
- R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, 1960

- R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, 1964
- A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eu. dir. priv.*, 2009, 1, 1
- L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, ESI, 2010
- L. NIVARRA, _____ *clausole generali*
- M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in (a cura di) G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, 830
- M. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 2, 308
- G. OPPO, *I contratti d'impresa fra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, (a cura di P. SIRENA), Giuffrè, 2006, 15
- G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolamentazione del mercato*, Giuffrè, 2006, 15
- A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatori età delle clausole*, in *Eu. dir. priv.*, ____, 1179
- M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 137
- S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007
- S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009, 11, 1040
- S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. e mercato*, 2009, 1, 20
- M.T. PARACAMPO, *Conciliazione e tutela d'urgenza nelle controversie in materia di subfornitura, nota di commento a trib. Bari, sez. Altamura, ord. 10/8/2000*, in *NGCC*, 2001, pt. I, 227
- R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 331

- G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995
- G. PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, (a cura di) F. RUSCELLO, ESI, ___ 627
- S. PATTI, *Tradizione civilistica e tradizioni europee*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006,
- F. PECCENINI, *Sub artt. 1421-1422 c.c.*, in *Comm. Codice civile* (a cura di) SCIALOJA – BRANCA, Zanichelli, 1998
- A. PLAIA, *Del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, ___, 1186
- P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in (a cura di) G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, 827
- F. PIGA, *Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 56
- S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, ESI, 1994
- S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, pag. 931
- POTHIER, *Obligations*, Bruxelles, 1831
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, pag. 678
- L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Giuffrè, 1967
- S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 17
- M. PUTTI – L. DI VIA, *L'invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo*, (a cura di) N. LIPARI, II, Cedam, 1997, 690
- PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, ___
- R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, 3, 1143

P. RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 65

E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 678

V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, 669

V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore a contratto asimmetrico ?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, 267

V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Giappichelli, 2005

V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3, 896

V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 521

V. ROPPO, *Contratti standard* _____, pag. 292

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di diritto privato* IUDICA – ZATTI, Giuffrè, _____

L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, 13

E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1, 120

D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, ESI, 2008

R. SACCO, *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Nov. Digesto Italiano*, XI, 1957, 455

R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, (a cura di) R. SACCO – G. DE NOVA, Utet, _____, 475

- R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto priv.*, Utet, ____, 293
- F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, _____, pag. 230
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1989
- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di SCIALOJA, IV, Torino, 1889
- V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele* (a cura di S. MAZZAMUTO), Giappichelli, 2002
- V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, II, ____, Giuffrè, 465
- A. P. SCARSO, *Sulla c.d. «disparità di potere contrattuale»*, in *Studium iuris*, 2008, 5, 548
- A. P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I parte*, in *Resp. civ e prev.*, 2008, 3, 261
- A. P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – II parte*, in *Resp. civ e prev.*, 2008, 3, 512
- P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 403
- C. SCOGNAMIGLIO, *«Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e discipline di settore*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 263
- C. SCUTO, *Il concetto del contratto e le sue varie applicazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 649
- H. SIMONETTI, *Nota a Trib. Roma 5 febbraio 2008*, in *Foro it.*, 2008, I, 2326
- P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, in *Remedies in Contract* (a cura di G. VETTORI), Cedam, 2008, 251
- P. SPADA, *Opposizione alla registrazione del marchio e nullità relativa*, in

Riv. dir. Priv., 2001, 1, 5

G. TARELLO, *Codificazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Utet, ____

G. TARELLO, *Codice*, in *Enc. giur. Treccani*, _____

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976

TOMMASINI, _____

L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, ____, 662

L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 1, 149

M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Cedam, 2004

G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, Cedam, 2007

G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Remedies in Contract* (a cura di G. VETTORI), Cedam, 2008, 271

G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 743

G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 559

G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 113

G. VILLA, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 413

P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, 804

WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, a cura di FADDA e BENZA, I,

Torino, 1925

V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra contratti commerciali e contratti dei consumatori)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57

V. ZENO-ZENCOVICH – M. C. PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, pt. II, 216

V. ZENO-ZENCOVICH e A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti dei consumatori*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* (a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI), Giuffrè, 2006, 581

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515

A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. GITTI – G. VILLA), Il Mulino, 2008, 223